

Panorámica del Derecho procesal constitucional y convencional

Eduardo Ferrer Mac-Gregor

Prólogo de Diego Valadés

Estudio introductorio de Héctor Fix-Zamudio



 Marcial
Pons

PANORÁMICA DEL DERECHO
PROCESAL CONSTITUCIONAL
Y CONVENCIONAL

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR

Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas
de la Universidad Nacional Autónoma de México
Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

PANORÁMICA DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL

Prólogo de
DIEGO VALADÉS

Estudio introductorio de
HÉCTOR FIX-ZAMUDIO



Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2013

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del «Copyright», bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamo públicos.

© Eduardo Ferrer Mac-Gregor

© MARCIAL PONS

EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.

San Sotero, 6 - 28037 MADRID

☎ (91) 304 33 03

www.marcialpons.es

ISBN: 978-84-15664-30-7

Depósito legal: M. 16.770-2013

Diseño de la cubierta: ene estudio gráfico

Fotocomposición: JOSUR TRATAMIENTO DE TEXTOS, S. L.

Impresión: ELECÉ, INDUSTRIA GRÁFICA, S. L.

Polígono El Nogal - Río Tiétar, 24 - 28110 Algete (Madrid)
MADRID, 2013

*A la memoria de Jorge Carpizo,
jurista ejemplar y ser humano excepcional;
cuyo recuerdo estará siempre presente
en la comunidad jurídica iberoamericana
que tanto le debe...*

*A mi querido y admirado
maestro Héctor Fix-Zamudio,
por sus enseñanzas de vida y amistad,
en su octagésimo noveno aniversario*

ÍNDICE

	Pág.
PRESENTACIÓN	29
PRÓLOGO , de Diego VALADÉS	31
ESTUDIO INTRODUCTORIO , de Héctor FIX-ZAMUDIO.....	37

PRIMERA PARTE

LA CIENCIA DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL. TEORÍA GENERAL Y FORJADORES

I. APROXIMACIÓN AL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL...	49
1. CONCEPTO.....	49
2. NATURALEZA	49
3. DESARROLLO HISTÓRICO	50
A) Antigüedad	51
B) Edad Media y Edad Moderna.....	52
C) Edad Contemporánea.....	53
4. CONFIGURACIÓN CIENTÍFICA.....	55
A) Precursora (1928-1942)	55
B) Descubrimiento procesal (1944-1947)	55
C) Desarrollo dogmático procesal (1942-1955).....	56
D) Definición conceptual y sistemática (1955-1956).....	56
5. CONTENIDO	57
A) Derecho procesal constitucional de la libertad.....	57
B) Derecho procesal constitucional orgánico	58
C) Derecho procesal constitucional local.....	58
D) Derecho procesal constitucional supranacional	58
6. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA.....	59

	Pág.
II. JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL: ¿CONVERGENCIA O CONVIVENCIA?	61
1. JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL. DESARROLLOS PARALELOS: EUROPA Y AMÉRICA LATINA.....	61
2. ¿CONVERGENCIA O CONVIVENCIA?	66
3. HACIA LA CONSOLIDACIÓN DE UNA NUEVA DISCIPLINA AUTÓNOMA.....	70
A) Asociaciones científicas	70
B) Enseñanza universitaria	71
C) Obras especializadas.....	75
III. LA CIENCIA DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL	79
1. EXORDIO.....	79
2. LA CIENCIA PROCESAL Y LA CIENCIA CONSTITUCIONAL.....	79
3. EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL COMO FENÓMENO HISTÓRICO SOCIAL.....	89
A) Antigüedad	89
B) Edad Media y Edad Moderna.....	90
C) Edad contemporánea.....	92
4. EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL COMO CIENCIA: CUATRO ETAPAS DE DESARROLLO	94
A) Precursora (1928-1942)	95
B) Descubrimiento procesal (1944-1947).....	95
C) Desarrollo dogmático procesal (1946-1955).....	96
D) Definición conceptual y sistemática (1955-1956).....	96
5. CONCLUSIÓN	103
IV. ¿ES KELSEN EL FUNDADOR DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL? ANÁLISIS DE UN DEBATE CONTEMPORÁNEO	105
1. EL PUNTO DE PARTIDA: ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO.....	105
2. EL DEBATE CONTEMPORÁNEO: SAGÜÉS Y GARCÍA BELLAUNDE.....	106
3. NUESTRA POSTURA: CUATRO ETAPAS DE DESARROLLO CIENTÍFICO (1928-1956)	111
4. CONCLUSIONES	124
V. NICETO ALCALÁ-ZAMORA Y EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL	127
VI. LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DEL PROCESO Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL PROCESAL. LA APORTACIÓN DE COUTURE	133
VII. MAURO CAPPELLETTI Y EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL COMPARADO	139
1. INTRODUCCIÓN.....	139
2. SEMBLANZA DE MAURO CAPPELLETTI.....	140

	Pág.
3. ENSEÑANZAS DE CAPPELLETTI EN MÉXICO.....	143
4. INFLUENCIA DE PIERO CALAMANDREI	145
5. DERECHO COMPARADO	148
6. MÉTODO COMPARATIVO Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL	150
7. SECTORES DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL	152
8. EL CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES	156
A) Control judicial y control político	156
B) Antecedentes históricos	157
C) Tipologías.....	158
D) Otros problemas.....	164
9. LOS PODERES DEL JUEZ CONSTITUCIONAL Y SU LEGITIMACIÓN DEMOCRÁTICA	165
10. EPÍLOGO	168
VIII. EL PRIMER ESTUDIO SISTEMÁTICO SOBRE EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL. LA GRAN APORTACIÓN DE FIX-ZAMUDIO.....	171
1. INTRODUCCIÓN.....	171
2. LA TESIS DE LICENCIATURA DE FIX-ZAMUDIO Y SUS PRIMERAS PUBLICACIONES (1955-1956)	172
3. ANÁLISIS DE SU CONTENIDO.....	173
A) Planteamiento del problema	174
B) Situación de la materia en el campo del Derecho procesal.....	175
C) El Derecho procesal constitucional	176
D) El proceso constitucional	179
E) Conclusiones	181
4. SÍNTESIS DE LAS APORTACIONES DE FIX-ZAMUDIO.....	182
5. COLOFÓN: EL PRIMER ESTUDIO SISTEMÁTICO SOBRE LA DISCIPLINA.....	184
IX. LAS SENTENCIAS DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO MEXICANO	187
1. INTRODUCCIÓN.....	187
2. PRINCIPIOS BÁSICOS DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES ..	192
3. LAS SENTENCIAS CONSTITUCIONALES EN SENTIDO ESTRICTO.....	195
4. LA INTERPRETACIÓN CONFORME.....	197
5. CONTENIDO.....	203
6. EFECTOS	209
7. CUMPLIMIENTO Y EJECUCIÓN	210
8. LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL.....	216
9. LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL Y SU TRASCENDENCIA EN EL ÁMBITO INTERNO	231
10. CONCLUSIONES.....	234
X. LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN MÉXICO: 200 AÑOS.	239
1. INTRODUCCIÓN.....	239

PRIMERA PARTE

2.	EL CONCEPTO CONTEMPORÁNEO DE GARANTÍA CONSTITUCIONAL.....	241
3.	INFLUENCIA EXTERNA E INTERNA EN EL ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES (1810-1917)....	248
	A) Influencia externa	248
	B) Evolución interna.....	250

SEGUNDA PARTE

4.	DESARROLLO DE LAS GARANTÍAS DURANTE LA VIGENCIA DE LA CONSTITUCIÓN ACTUAL (1917-2009)	258
	A) El juicio de amparo y el Poder Judicial de la Federación	258
	B) La controversia constitucional.....	266
	C) El procedimiento de investigación de la Suprema Corte	269
	D) El juicio político.....	273
	E) El procedimiento no jurisdiccional para la protección de los derechos humanos	276
	F) La acción abstracta de inconstitucionalidad de leyes.....	279
	G) Las garantías constitucionales en materia electoral.....	281
	H) Responsabilidad patrimonial del Estado.....	285
5.	LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN LAS ENTIDADES FEDERATIVAS Y EN EL ÁMBITO TRANSNACIONAL.....	288
6.	PERSPECTIVAS DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES	293
7.	BIBLIOGRAFÍA BÁSICA.....	298

SEGUNDA PARTE

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD

XI.	AMPARO. PRIMERA APROXIMACIÓN.....	303
	1. CONCEPCIÓN Y ORIGEN.....	303
	2. ETAPAS DE DESARROLLO.....	304
	3. DERECHOS Y LIBERTADES TUTELADOS.....	305
	4. EXPANSIÓN	305
XII.	EL AMPARO IBEROAMERICANO (ESTUDIO DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL COMPARADO)	307
	1. DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL COMPARADO	307
	2. DEL <i>HABEAS CORPUS</i> AL AMPARO	313
	3. LA EXPANSIÓN MUNDIAL DEL AMPARO	314
	4. EVOLUCIÓN DEL AMPARO IBEROAMERICANO	316
	5. TENDENCIAS CONTEMPORÁNEAS.....	321
	A) <i>Nomen Iuris</i>	322
	B) Naturaleza jurídica	322
	C) Consagración constitucional y legal	322
	D) Derechos y libertades tutelados	322

	Pág.
E) Magistratura constitucional	323
F) Legitimación activa.....	324
G) Legitimación pasiva	324
H) Plazos	324
I) Conductas impugnables	325
J) Medidas o providencias cautelares o precautorias	325
K) Amparo internacional (interamericano y europeo)	325
6. BIBLIOGRAFÍA ESPECIALIZADA.....	326
A) Argentina	326
B) Bolivia.....	327
C) Brasil.....	327
D) Chile.....	328
E) Colombia	329
F) Costa Rica.....	331
G) Ecuador	331
H) El Salvador	331
I) España	331
J) Guatemala	332
K) México	333
L) Nicaragua	335
M) Panamá.....	335
N) Paraguay	336
O) Perú.....	336
P) Uruguay	337
Q) Venezuela.....	337
XIII. FUERZA EXPANSIVA DE LA JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE AMPARO	339
1. INTRODUCCIÓN.....	339
2. FUERZA EXPANSIVA DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE INCONSTITUCIONALIDAD DE LEYES.....	342
3. CONCLUSIONES	349
XIV. AMPARO COLECTIVO EN MÉXICO: HACIA UNA REFORMA CONSTITUCIONAL Y LEGAL.....	351
1. EXORDIO: ¿AMPARO COLECTIVO O ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN MATERIA FISCAL?.....	351
2. TERMINOLOGÍA.....	355
3. ¿DERECHOS O INTERESES?.....	355
4. TIPOS DE INTERÉS: SIMPLE, JURÍDICO Y LEGÍTIMO.....	357
5. VINCULACIÓN ENTRE LOS NUEVOS DERECHOS Y EL INTERÉS LEGÍTIMO. DIFERENCIAS CON LA ACCIÓN POPULAR.....	359
6. MARCO CONSTITUCIONAL	360
7. REGULACIÓN LEGAL	360
8. LOS INTERESES COLECTIVOS Y EL JUICIO DE AMPARO MEXICANO	363
9. PRECEDENTES DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA	366
10. EL CONCEPTO DE INTERÉS JURÍDICO E INTERÉS LEGÍTIMO EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO	367

	Pág.
11. LA TITULARIDAD DE LOS DERECHOS COLECTIVOS EN MATERIA ECOLÓGICA.....	369
12. EL INTERÉS LEGÍTIMO EN LAS CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES.....	369
13. INTERÉS LEGÍTIMO Y ACCIONES DE GRUPO EN MATERIA ELECTORAL.....	370
14. PRECEDENTES RELEVANTES DE TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO.....	371
15. EL PROYECTO DE NUEVA LEY DE AMPARO.....	373
16. EPÍLOGO: HACIA UNA REFORMA CONSTITUCIONAL Y LEGAL.....	379
XV. OTERO Y REJÓN EN EL AÑO DE LA INVASIÓN: PREÁMBULO DE LA PRIMERA SENTENCIA DE AMPARO.....	381
1. INTRODUCCIÓN.....	382
2. BREVES REFERENCIAS SOBRE LA FORMACIÓN DEL DERECHO DE AMPARO.....	383
3. EL AÑO DE LA INVASIÓN Y LAS DISCREPANCIAS ENTRE OTERO Y REJÓN.....	385
4. EL ACTA CONSTITUTIVA Y DE REFORMAS Y EL VOTO PARTICULAR DE OTERO.....	389
5. EL PRIMER JUICIO DE AMPARO.....	391
6. A MANERA DE CONCLUSIÓN.....	392
XVI. EL AMPARO ELECTORAL EN MÉXICO Y ESPAÑA. UNA PERSPECTIVA COMPARADA.....	393
1. INTRODUCCIÓN.....	393
2. INFLUJOS RECÍPROCOS ENTRE EL AMPARO ESPAÑOL Y EL MEXICANO. EL APARTAMIENTO DE AMBOS MODELOS RESPECTO DEL AUSTRIACO DE JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL CONCENTRADA EN MATERIA ELECTORAL.....	395
A) Las mutuas influencias de los modelos español y mexicano en materia de amparo.....	395
B) Influjos del modelo de Tribunal Constitucional austriaco de 1920 en el Tribunal español de Garantías Constitucionales de 1931.....	397
C) El recurso de amparo y la jurisdicción constitucional en materia electoral en la Constitución republicana de 1931.....	399
3. DESARROLLO Y CONFIGURACIÓN ACTUAL DEL JUICIO PARA LA PROTECCIÓN DE DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES EN MÉXICO. UNA JURISDICCIÓN ELECTORAL ESPECIALIZADA PARA LA TUTELA JURÍDICA DE ESTOS DERECHOS.....	401
A) El ineludible punto de partida: el debate Iglesias-Vallarta en torno a la justiciabilidad de la materia político-electoral en vía de amparo.....	401
B) Un punto de inflexión: La reforma constitucional de 1996 en materia electoral.....	403
C) El juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano como genuino «juicio de amparo electoral».....	404

	Pág.
<i>a)</i> En torno al dilema sobre el modelo de control constitucional de las leyes en materia electoral.....	405
<i>b)</i> Sistema procesal del juicio para la protección de los derechos político-electorales de los ciudadanos.....	409
4. DE LA REVISIÓN JUDICIAL DE ELECCIONES AL AMPARO DE DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES EN ESPAÑA. LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PARA RESOLVER EL RECURSO DE AMPARO ELECTORAL.....	411
A) Algunos precedentes de importancia en torno a la revisión judicial de las elecciones.....	411
B) Los derechos fundamentales del artículo 23 como derechos amparables en la Constitución de 1978.....	412
C) El concepto constitucional del recurso de amparo y la materia electoral.....	413
D) Los recursos de amparo de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General.....	417
<i>a)</i> Regulación del amparo electoral.....	417
<i>b)</i> Entre la especificidad de los plazos y las generalidades procesales del recurso constitucional de amparo.....	419
<i>c)</i> Recurso de amparo electoral contra la proclamación de candidaturas (arts. 49.3 y 49.4 LOREG).....	419
<i>d)</i> Recurso de amparo electoral contra la proclamación de candidatos electos (art. 114.2 LOREG).....	420
5. SIMILITUDES Y DIFERENCIAS ENTRE LOS SISTEMAS JURÍDICOS ESPAÑOL Y MEXICANO DE «AMPARO ELECTORAL». COROLARIO COMPARATIVO.....	421

TERCERA PARTE

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL ORGÁNICO

XVII. ARTÍCULO 94 CONSTITUCIONAL (HISTORIA Y REGULACIÓN ACTUAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN).....	427
1. PROLEGÓMENOS.....	427
2. BREVE RESEÑA HISTÓRICA DEL PODER JUDICIAL FEDERAL.....	431
A) Gobierno español.....	431
B) Etapa insurgente.....	432
C) Constitución federal de 1824.....	435
D) La República centralista 1836-1846.....	436
E) Acta de Reformas de 1847.....	440
F) La Suprema Corte como Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal (1824-1855).....	442
G) Constitución federal de 1857.....	444
H) Constitución federal de 1917 y sus reformas.....	449
3. EL ARTÍCULO 94 Y SUS REFORMAS.....	460
A) El ejercicio del Poder Judicial de la Federación.....	460
B) El Consejo de la Judicatura Federal.....	463
C) Composición de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.....	465

	Pág.
D) La publicidad de las sesiones	467
E) Funcionamiento del Poder Judicial de la Federación y responsabilidades de sus servidores públicos.....	469
F) Organización judicial.....	475
G) Plenos de Circuito	477
H) La administración de justicia federal y los acuerdos plenarios de la Suprema Corte	478
I) Análisis y resolución de asuntos prioritarios	480
J) La jurisprudencia obligatoria.....	481
K) La remuneración de los jueces.....	485
L) Estabilidad judicial, remoción y haber por retiro.....	486
M) No reelección judicial	488
4. BIBLIOGRAFÍA	488
XVIII. LOS PODERES DEL JUEZ CONSTITUCIONAL Y LAS MEDIDAS CAUTELARES EN CONTROVERSI A CONSTITUCIONAL	493
1. INTRODUCCIÓN.....	493
2. LOS PODERES DEL JUEZ CONSTITUCIONAL Y LAS DECISIONES JURISDICCIONALES.....	496
3. CARACTERÍSTICAS GENERALES DE LA SUSPENSIÓN DEL ACTO RECLAMADO EN CONTROVERSI A CONSTITUCIONAL....	499
A) Instrumentalidad	499
B) Autonomía.....	500
C) Provisionalidad	501
D) Mutabilidad	501
4. ATRIBUCIONES DEL MINISTRO INSTRUCTOR Y MARCO JURÍDICO.....	502
5. RESULTADO DE LA DECISIÓN CAUTELAR	509
A) Concesión	509
B) Negar.....	510
6. PRESUPUESTOS MATERIALES DE LA SUSPENSIÓN.....	514
A) Antecedentes de la apariencia del buen Derecho.....	514
B) <i>Fumus boni iuris</i>	520
C) <i>Periculum in mora</i>	521
D) Adecuación de la medida.....	522
7. MUTABILIDAD DE LA SUSPENSIÓN Y RECURSOS.....	524
8. CONCLUSIÓN	528
XIX. ACCESO A LA JUSTICIA Y CONSTITUCIONALISMO SOCIAL.....	531
1. LA VISIÓN SOCIAL DEL ACCESO A LA JUSTICIA Y SUS PRINCIPALES BARRERAS	531
2. POBREZA Y DESIGUALDAD: ASESORÍA JURÍDICA, DEFENSORES Y COSTOS DEL PROCESO.....	535
A) Asesoría jurídica y procesal.....	536
B) Justicia gratuita y costos del proceso	537
3. EL OBSTÁCULO ORGANIZATIVO: ACCIONES COLECTIVAS, POPULARES Y PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LITIGIOS DE INTERÉS PÚBLICO.....	538

	Pág.
A) Acciones colectivas.....	538
B) Acciones populares	539
C) Procesos constitucionales colectivos	540
D) Participación ciudadana en litigios de interés público.....	540
4. JUSTICIA «COEXISTENCIAL»: MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS	542
5. ACCESO A LA JUSTICIA DE GRUPOS VULNERABLES: NIÑOS Y ADOLESCENTES, MUJERES, PERSONAS CON CAPACIDADES DIVERSAS Y PUEBLOS INDÍGENAS.....	546
A) El acceso a la justicia de los niños y adolescentes	546
B) El acceso a la justicia de las mujeres	548
C) El acceso a la justicia de las personas con habilidades diversas.....	549
D) El acceso a la justicia de los pueblos indígenas	551
XX. LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE MÉXICO COMO LEGISLADOR POSITIVO.....	553
1. INTRODUCCIÓN.....	553
2. LA SUPREMA CORTE COMO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	554
A) Breves antecedentes.....	554
B) Evolución constitucional	554
C) Competencias	555
D) Otras competencias y atribuciones.....	556
3. LA SUPREMA CORTE COMO LEGISLADOR POSITIVO.....	556
A) Juicio de Amparo (efectos particulares).....	557
B) Acción abstracta de inconstitucionalidad de normas generales (leyes y tratados internacionales) y controversias constitucionales (efectos <i>erga omnes</i>)	560
a) Omisiones legislativas	566
4. CONCLUSIONES	568
XXI. INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN. IMPLICACIONES CONTEMPORÁNEAS A LA LUZ DEL CASO <i>MARBURY VS. MADISON</i>.....	571
1. INTRODUCCIÓN.....	571
2. BREVE REFERENCIA AL CASO <i>MARBURY VS. MADISON</i>	572
3. LAS OMISIONES DE LA PROPIA CONSTITUCIÓN: IMPREVISIÓN CONSTITUCIONAL	573
4. LAS OMISIONES INCONSTITUCIONALES: INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN.....	575
5. LAS OMISIONES ILEGALES: ILEGALIDAD POR OMISIÓN.....	582
6. LAS OMISIONES INCONVENCIONALES: INCONVENCIONALIDAD POR OMISIÓN.....	585
7. BIBLIOGRAFÍA	589
XXII. EL CONTROL ABSTRACTO DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LEYES EN MÉXICO. TIPOLOGÍA DE RESOLUCIONES.....	593
1. LAS REFORMAS JUDICIALES MEXICANAS (1994, 1996 Y 2006).....	593
2. NATURALEZA DE LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD....	595

	Pág.
3. LA SENTENCIA CONSTITUCIONAL	597
4. LAS SENTENCIAS DE ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD ...	602
5. TIPOLOGÍA ESPECÍFICA DE RESOLUCIONES EN ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD	607
A) Introducción y problemática.....	607
B) Invalidación por reducción del texto	609
C) Interpretativas propiamente dichas (interpretación conforme e invalidez sin reducción textual)	609
D) Resoluciones «manipulativas» (restrictivas, aditivas y sustitu- tivas).....	611
E) Resoluciones exhortativas	615
F) Otras resoluciones: apelativa y de aviso	615
XXIII. COSA JUZGADA Y PRECEDENTE EN LA ACCIÓN DE INCONSTI- TUCIONALIDAD MEXICANA	619
1. INTRODUCCIÓN.....	619
2. EFECTOS DE COSA JUZGADA DE LAS RESOLUCIONES EN AC- CIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD	621
A) Resoluciones estimatorias calificadas.....	621
B) Resoluciones estimatorias no calificadas	625
C) Resoluciones desestimatorias (no) calificadas	630
3. EFECTOS DE PRECEDENTE CONSTITUCIONAL	631
A) El precedente judicial en México	631
B) Acción de inconstitucionalidad y vigor jurisprudencial	632
4. INTERPRETACIÓN CONFORME A LA CONSTITUCIÓN.....	634
XXIV. LA DEMOCRACIA Y EL JUEZ CONSTITUCIONAL	639

CUARTA PARTE

**DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL,
LOCAL Y SUPRANACIONAL**

XXV. AMPARO LOCAL.....	647
1. INTRODUCCIÓN.....	647
2. DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL LOCAL.....	648
A) Breves antecedentes.....	648
B) Garantías y magistraturas constitucionales	649
a) Veracruz.....	649
b) Coahuila	650
c) Guanajuato.....	650
d) Tlaxcala	650
e) Chiapas	651
f) Quintana Roo.....	651
g) Nuevo León	651
h) Querétaro	652
3. AMPARO LOCAL	652

	Pág.
A) El antecedente de la queja en Chihuahua	652
B) Razones históricas de la falta de regulación del amparo local.....	653
C) El juicio de protección de los derechos humanos en Veracruz.....	653
D) El juicio de protección constitucional en Tlaxcala	654
E) El juicio de protección de derechos fundamentales de Querétaro	655
4. ARTICULACIÓN CON EL AMPARO FEDERAL.....	657
5. CONSIDERACIONES FINALES	657
XXVI. EL CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL.....	659
1. EL PARADIGMA DE LA SUPREMACÍA JURÍDICA DE LA CONSTITUCIÓN Y DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DE LAS LEYES.....	659
2. LA INTERNACIONALIZACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL.....	664
A) Sistema Universal	665
B) Sistemas regionales de protección de derechos humanos.....	666
C) Derecho Comunitario	670
3. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL.....	670
4. EL CONTROL CONCENTRADO DE CONVENCIONALIDAD POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS	672
5. EL CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD POR EL JUEZ NACIONAL: ¿UN NUEVO PARADIGMA PARA EL ESTADO CONSTITUCIONAL EN LATINOAMERICANO?	674
A) Nacimiento de la doctrina	674
B) Desarrollo de la doctrina	676
C) Aplicación de la doctrina en México.....	678
XXVII. INTERPRETACIÓN CONFORME Y CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD. EL NUEVO PARADIGMA PARA EL JUEZ MEXICANO.....	683
1. EXORDIO.....	683
2. LA INTERNACIONALIZACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL	688
A) Sistema Universal.....	689
B) Sistemas regionales de protección de derechos humanos.....	690
C) Derecho comunitario	695
3. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL	696
4. LA CLÁUSULA DE INTERPRETACIÓN CONFORME EN EL DERECHO COMPARADO	698
5. LA NUEVA CLÁUSULA DE INTERPRETACIÓN CONFORME (CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL) EN MÉXICO.....	701
6. EL «CONTROL CONCENTRADO DE CONVENCIONALIDAD» POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.....	705

	Pág.
7. EL «CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD» POR EL JUEZ NACIONAL EN AMÉRICA LATINA. HACIA UNA TEORÍA GENERAL	707
A) Nacimiento de la nueva doctrina jurisprudencial	708
B) Evolución y reiteración	710
C) Principales características a la luz de su desarrollo jurisprudencial	712
a) Carácter «difuso»: todos los jueces nacionales «deben» ejercerlo	712
b) Intensidad del «control difuso de convencionalidad»: de mayor grado cuando se tiene competencia para inaplicar o declarar la invalidez de una norma general	720
c) Debe ejercerse «de oficio»: sea invocado o no por las partes	723
d) Parámetro del «control difuso de convencionalidad»: el «Bloque de Convencionalidad»	724
e) Efectos del «control difuso de convencionalidad»: retroactivos cuando sea necesario para lograr la plena efectividad del derecho o libertad	727
D) Fundamento jurídico del «control difuso de convencionalidad»: el Pacto de San José y la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados	729
8. LA RECEPCIÓN DEL «CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD» EN MÉXICO	731
9. EL CONTROL CONVENCIONAL DEL «CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD»	747
10. EL «DIÁLOGO JURISPRUDENCIAL»: HACIA UN <i>IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE</i> EN AMÉRICA LATINA	751
XXVIII. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD POR EL JUEZ NACIONAL	755
1. INTRODUCCIÓN	755
2. LA EXPANSIÓN INTERNACIONAL DEL AMPARO	756
3. SISTEMA INTERAMERICANO	756
4. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD: UN NUEVO DESAFÍO PARA LOS JUECES NACIONALES	764
5. CONCLUSIÓN	766
XXIX. LA PRIMERA SENTENCIA INTERNACIONAL CONDENATORIA EN CONTRA DEL ESTADO MEXICANO. EL CASO CASTAÑEDA Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL	769
1. INTRODUCCIÓN	769
2. ANTECEDENTES Y HECHOS DEL CASO CASTAÑEDA	771
3. LA SENTENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA	774
A) El fallo parcialmente condenatorio: <i>efectos de cosa juzgada</i>	775
a) Desestimación del planteamiento de violación a los derechos fundamentales de participación democrática	775

	Pág.
b) Desestimación del planteamiento de violación al derecho a la igualdad ante la ley.....	776
c) Violación al derecho de protección judicial.....	777
B) La jurisprudencia: <i>efectos de cosa interpretada</i>	778
a) Los derechos de participación democrática	778
b) El derecho a la protección judicial.....	780
4. LA EFICACIA DIRECTA DE LA CONVENCIÓN AMERICANA Y DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA EN EL ORDEN JURÍDICO NACIONAL	781
A) La solicitud de modificación de jurisprudencia constitucional: ¿En cumplimiento de una sentencia internacional?.....	783
B) La interpretación <i>minimalista</i> de la jurisprudencia de la Suprema Corte por parte del Tribunal Electoral: <i>el control de las leyes electorales con base en tratados internacionales sobre derechos humanos</i>	785
C) La reforma constitucional	786
D) Reordenación del sistema jurídico nacional: la incorporación directa de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	786
5. LAS RELACIONES ENTRE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL (JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL) Y LA CONVENCIÓN AMERICANA (JURISPRUDENCIA REGIONAL).....	787
A) ¿Hacia un diálogo entre la Suprema Corte y la Corte Interamericana?	790
B) Apertura judicial al Derecho internacional de los derechos humanos	792
6. EL (RE) NACIMIENTO DEL CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL DE LAS LEYES POR EL TRIBUNAL ELECTORAL.....	796
7. A MANERA DE CONCLUSIÓN.....	802
XXX. EL CASO RADILLA Y SU IMPACTO EN EL ORDEN JURÍDICO NACIONAL	805
1. EXORDIO	805
2. HECHOS RELEVANTES	809
3. LA SENTENCIA CONDENATORIA EN CONTRA DEL ESTADO MEXICANO	811
A) Violación a los derechos a la vida, integridad y libertad personales.....	811
B) Violación al derecho a la personalidad jurídica.....	812
C) Violación al derecho a la integridad personal de los familiares de la víctima	812
D) Violación al derecho de acceso a la justicia.....	813
E) Violación al derecho de acceso a investigaciones penales en plazos razonables.....	814
F) Violación al derecho a la participación de las víctimas en el procedimiento penal.....	814

	Pág.
G) Inconvencionalidad de la intervención de la jurisdicción militar para resolver los hechos relativos a la desaparición forzada del señor Radilla Pacheco.....	815
H) Inconvencionalidad del artículo 57, fracción II, inciso <i>a</i>), del Código de Justicia Militar por facultar a los tribunales castrenses a juzgar a todo militar al que se le imputen delitos ordinarios por el solo hecho de estar en servicio.....	817
I) Violación al derecho a la protección judicial efectiva, ante la ineffectividad del juicio de amparo para impugnar la jurisdicción militar.....	818
J) Violación al deber de adoptar disposiciones de Derecho interno para garantizar los derechos humanos reconocidos en la CADH: Inconvencionalidad del artículo 215-A del Código Penal Federal.....	818
4. APORTACIONES AL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.....	819
A) Pruebas. Su particular carga probatoria en los procesos sobre violación a los derechos humanos.....	819
B) Desaparición forzada de personas. Constituye un acto de carácter continuo, por lo que su prohibición resulta aplicable a pesar de que el origen de tales hechos sea anterior a la vigencia de los tratados respectivos (interpretación estricta de la declaración interpretativa de México sustentada en el principio constitucional de irretroactividad de las leyes).....	820
C) Desaparición forzada de personas. Constituye una violación múltiple de derechos humanos.....	820
D) Desaparición forzada de personas. Implica el deber correlativo del Estado en el sentido de tipificar penalmente dicha conducta de manera autónoma y adecuada.....	821
E) Jurisdicción penal militar. Los jueces del orden castrense sólo son competentes para juzgar a militares activos por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar.....	822
F) Jurisdicción militar. Es inconvencional —por violación del principio al juez natural— que el Derecho nacional otorgue competencia a los jueces del orden castrense para juzgar violaciones a derechos humanos, pues de tales actos debe conocer la jurisdicción ordinaria.....	822
G) Jurisdicción militar. Resultan inconvencionales las leyes nacionales que extiendan aquella competencia a delitos que no tienen estricta conexión con la disciplina militar o con bienes de ese ámbito.....	823
H) Desaparición forzada de personas. Las víctimas (familiares) tienen los derechos fundamentales a participar en el proceso penal respectivo, a que tales actos sean juzgados por la jurisdicción ordinaria, y al acceso a una vía impugnativa efectiva a esos efectos.....	823
I) Invalidez de la reserva formulada por el Estado mexicano a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, por establecer que la jurisdicción militar debe co-	

	Pág.
nocer de los asuntos sobre desaparición forzada atribuido a militares en servicio.....	824
J) Principio de interpretación de la legislación nacional conforme a los derechos reconocidos en la Convención Americana y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana	825
5. IMPACTO DEL CASO <i>RADILLA</i> EN EL DERECHO MEXICANO ...	826
A) El <i>Caso Reynalda Morales</i> : ¿Inconvencionalidad de la interpretación constitucional de la SCJN, que deniega derechos a la víctima tratándose de la jurisdicción penal militar?	826
B) Debate de los ministros de la SCJN en torno a si el Poder Judicial de la Federación resulta obligado o no al cumplimiento de la sentencia <i>Radilla</i>	830
6. DEBERES DE REPARACIÓN DERIVADOS DE LA SENTENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.	838
A) A cargo del Poder Judicial	838
B) A cargo de otros Poderes del Estado.....	841
7. EPÍLOGO.....	842
 XXXI. HOMICIDIOS DE MUJERES POR RAZÓN DE GÉNERO. EL CASO CAMPO ALGODONERO (LOS FEMINICIDIOS DE CIUDAD JUÁREZ).	 845
1. INTRODUCCIÓN.....	845
2. HECHOS RELEVANTES.....	848
3. LA LITIS	849
4. LA SENTENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.....	850
A) Homicidio de mujeres por razón de género, violación al deber de no discriminación del artículo 1.º de la CADH	850
B) Violación al deber de garantía a los artículos 4.º (derecho a la vida), 5.º (derecho a la integridad personal), 7.º (derecho a la libertad personal) de la CADH, en relación con el artículo 7.º de la Convención Belém do Pará (deber de prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer)	851
a) Primer momento (antes de la desaparición de las víctimas).....	851
b) Segundo momento (antes del hallazgo de los cuerpos).....	852
C) Violación a los artículos 8.º1 (garantías judiciales) y 25.1 (protección judicial) de la CADH, ante el incumplimiento del deber de investigar efectivamente los hechos denunciados.....	853
D) Violación al artículo 19 CADH (derechos de las niñas).....	853
E) Violación al artículo 5.º de la CADH (tratos degradantes y derecho a la integridad personal de los familiares de las víctimas)	854
a) Por causa del sufrimiento de los familiares por lo ocurrido con las víctimas y por la ausencia de búsqueda de la verdad.....	854
b) Por causa de las amenazas, intimidación y hostigamientos sufridos por los familiares.....	854

	Pág.
F) Desestimación del planteamiento de violación al deber de respeto a los artículos 4.º (derecho a la vida), 5.º (derecho a la integridad personal), 7.º (derecho a la libertad personal) de la CADH, imputada directamente a agentes estatales.....	854
G) Improcedencia de las alegaciones relacionadas con el derecho de protección a la honra y a la dignidad de la persona.....	855
5. LOS VOTOS CONCURRENTES	855
6. PRINCIPALES APORTACIONES DEL CASO A LOS DERECHOS HUMANOS: LA NECESIDAD DE ACTUALIZAR LA JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA	856
A) Interpretación de las normas internacionales sobre derechos humanos	856
B) Prohibición de discriminación y violencia contra la mujer.....	860
C) Derecho a la vida. Su dimensión sustantiva y procesal	863
D) Deber de investigar efectivamente los hechos que afectan a la vida, la libertad y la integridad personal.....	865
E) Deber de reparación adecuada, tratándose de situaciones de discriminación generalizada.....	868
7. EFICACIA DIRECTA DE LA SENTENCIA EN EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO	872
A) El deber de reparación adecuada a cargo del Estado, conlleva la obligación de los poderes públicos competentes para restituir a las víctimas en los derechos humanos violados	872
B) ¿Qué autoridades del Estado mexicano están obligadas a concretar el deber de reparación adecuada derivado de la sentencia <i>Campo Algodonero</i> ?.....	879
a) Obligaciones a cargo del procurador general de la República y del procurador de justicia del Estado de Chihuahua.....	880
b) Obligaciones a cargo del Poder Judicial del Estado de Chihuahua.....	882
c) Obligación a cargo del procurador y subprocuradores del Estado de Chihuahua	883
d) Obligaciones a cargo del secretario de Gobernación y del secretario general de Gobierno del Estado de Chihuahua.	884
e) Obligaciones del secretario de relaciones exteriores y del consultor jurídico de dicha dependencia.....	884
f) Obligaciones a cargo del presidente de la República.....	885
g) Obligaciones a cargo del Ayuntamiento y de la Comisión de Nomenclatura y Documentos, del Municipio de Juárez del Estado de Chihuahua.....	885
h) Obligaciones a cargo del Congreso del Estado de Chihuahua y del secretario de planeación y evaluación de dicha entidad federativa	886
i) Obligación a cargo de la Secretaría de Educación y Cultura del Estado de Chihuahua	887
j) Obligaciones a cargo de la Secretaría de Salud del Estado de Chihuahua	887

	Pág.
8. ¿QUÉ HACER FRENTE A LAS OMISIONES DE LOS PODERES PÚBLICOS DE ACATAR LA SENTENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA? EL PROCEDIMIENTO EN VÍA DE REGRESO...	888
9. MEDIDAS DEL ESTADO MEXICANO ANTERIORES A LA SENTENCIA CONDENATORIA	892
10. NECESIDAD DE UNA LEGISLACIÓN PARA EL CUMPLIMIENTO DE LAS SENTENCIAS INTERNACIONALES.....	896
11. EPÍLOGO	897

XXXII. ACCESO A LA JUSTICIA Y DEBIDO PROCESO DE LOS PUEBLOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.....	899
1. INTRODUCCIÓN.....	899
2. NOCIÓN DE DEBIDO PROCESO	901
A) Concepto.....	902
B) Naturaleza	902
C) Alcance.....	902
3. PROTECCIÓN DEL DEBIDO PROCESO Y LOS SUJETOS DEL PROCESO	903
A) Protección de derechos.....	903
B) Protección de los sujetos del proceso	904
4. GARANTÍAS MÍNIMAS DEL DEBIDO PROCESO DE LOS PUEBLOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS.....	905
A) Acceso a la justicia	906
a) Derecho a un recurso sencillo, rápido y eficaz.....	907
b) Derecho al plazo razonable	914
5. INDEROGABILIDAD DEL DEBIDO PROCESO EN ESTADOS DE EMERGENCIA	918
6. A MANERA DE CONCLUSIÓN.....	921

XXXIII. LA OBLIGACIÓN DE «RESPETAR» Y «GARANTIZAR» LOS DERECHOS HUMANOS A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA. UNA FUENTE CONVENCIONAL DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL MEXICANO.....	923
1. INTRODUCCIÓN: SOBRE EL CASO <i>RADILLA</i> Y LA IMPORTANCIA DEL ESTUDIO DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA	923
2. LA OBLIGACIÓN DE RESPETAR Y GARANTIZAR LOS DERECHOS HUMANOS (ART. 1.º DE LA CONVENCIÓN AMERICANA).....	929
A) El «respeto» de los derechos.....	930
B) La «garantía» de los derechos	932
a) La obligación del Estado de asegurar el pleno goce y ejercicio de los derechos	933
b) El deber de proteger a las personas frente amenazas de agentes privados o públicos en el goce de los derechos.....	935

	Pág.
c) Adoptar medidas de prevención general frente a casos de violaciones graves de derechos humanos	936
d) Reparar a las víctimas.....	937
e) Cooperar con los órganos internacionales para que estos puedan desarrollar sus actividades de control	939
C) La relación entre los derechos sustantivos de la Convención Americana y las obligaciones de respetar y garantizar los derechos.....	940
3. LA CLÁUSULA DE NO DISCRIMINACIÓN	941
A) La evolución de la jurisprudencia de la Corte Interamericana.	941
B) El «despertar» de la cláusula de no discriminación	943
4. EL ÁMBITO DE PROTECCIÓN JURISDICCIONAL DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS	946
5. LOS SERES HUMANOS COMO SUJETOS DE PROTECCIÓN DEL SISTEMA INTERAMERICANO: LA CONCEPCIÓN Y EVENTUAL DESARROLLO DEL CONCEPTO DE «PERSONA» PREVISTO EN EL ARTÍCULO 1.º DE LA CONVENCIÓN AMERICANA.....	947
A) Los derechos de los accionistas de empresas	948
B) Los derechos de los pueblos y comunidades indígenas.....	949
6. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD COMO UN ELEMENTO INDISPENSABLE PARA EL RESPETO Y GARANTÍA DE LOS DERECHOS	951
A) El origen del concepto y de la doctrina del «control de convencionalidad»	951
B) La relación del «control de convencionalidad» con la obligación de respetar y garantizar los derechos	953
7. EPÍLOGO	954
XXXIV. EL DEBER DE ADOPTAR DISPOSICIONES DE DERECHO INTERNO. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 2.º DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS Y SU IMPACTO EN EL ORDEN JURÍDICO NACIONAL.....	957
1. INTRODUCCIÓN.....	957
2. LA RELACIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE ADOPTAR MEDIDAS LEGISLATIVAS O DE OTRO CARÁCTER PARA HACER EFECTIVOS LOS DERECHOS Y LIBERTADES CONSAGRADOS EN LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (ART. 2.º) Y LA OBLIGACIÓN GENERAL DE GARANTIZAR LOS DERECHOS (ART. 1.º)	960
3. LA OBLIGACIÓN DE ADOPTAR MEDIDAS LEGISLATIVAS O DE OTRO CARÁCTER PARA LA EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES	963
4. SUPUESTOS Y EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA.....	966
A) Pueblos indígenas o tribales.....	966
B) Leyes de amnistía.....	970
C) Libertad de expresión y acceso a la información.....	974

	Pág.
D) Derecho del inculpaado a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior en materia penal.....	977
E) Pena de muerte.....	978
F) Fuero militar	979
G) Derecho laboral.....	982
H) Estabilidad e inamovilidad de jueces.....	982
I) Obligaciones similares en otros tratados del Sistema Interamericano de Derechos Humanos que complementan lo dispuesto en el artículo 2.º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos	985
5. EL ARTÍCULO 2.º DE LA CONVENCIÓN AMERICANA COMO FUNDAMENTO DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD	988
6. EL IMPACTO EN EL ORDEN JURÍDICO NACIONAL.....	991
XXXV. LA SUSPENSIÓN DE GARANTÍAS EN LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS	997
1. A MODO DE INTRODUCCIÓN: LA SUSPENSIÓN DE GARANTÍAS EN EL CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO	997
2. LA SUSPENSIÓN DE GARANTÍAS EN EL PACTO DE SAN JOSÉ: PRECISIONES CONCEPTUALES	1003
3. LOS PRESUPUESTOS DE LA SUSPENSIÓN DE GARANTÍAS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS (PÁRR. 1.º DEL ART. 27).....	1006
4. LÍMITES Y CONTROL DE LA POTESTAD SUSPENSORIA: LOS DERECHOS HUMANOS NO SUSPENDIBLES O INDEROGABLES (PÁRR. 2.º DEL ART. 27)	1008
A) Límites genéricos al «derecho de suspensión» de los Estados partes	1008
B) Límites a la potestad suspensoria de los Estados partes en materia de «garantías judiciales indispensables»	1012
a) El <i>habeas corpus</i> como garantía judicial indispensable e insuspendible.....	1012
b) El reforzamiento conceptual de las garantías judiciales en situaciones de emergencia por la jurisprudencia interamericana	1015
C) Parámetros de la jurisprudencia interamericana para el control jurisdiccional de las medidas suspensivas de derechos humanos	1016
5. PROCEDIMIENTO A CARGO DEL ESTADO PARTE QUE HAGA USO DE LA FACULTAD DE SUSPENSIÓN DE GARANTÍAS (PÁRR. 3.º DEL ART. 27).....	1018
6. CONCLUSIÓN	1018
XXXVI. EFICACIA DE LA SENTENCIA INTERAMERICANA Y LA COSA JUZGADA INTERNACIONAL: VINCULACIÓN DIRECTA HACIA LAS PARTES (<i>RES JUDICATA</i>) E INDIRECTA HACIA LOS ESTADOS PARTE DE LA CONVENCIÓN AMERICANA (<i>RES INTERPRETATA</i>) (SOBRE EL CUMPLIMIENTO DEL CASO <i>GELMAN VS. URUGUAY</i>).....	1021

	Pág.
1. INTRODUCCIÓN: IMPORTANCIA DE LA PRESENTE RESOLUCIÓN DE SUPERVISIÓN DE CUMPLIMIENTO DE SENTENCIA .	1021
2. INCIDENCIA DE LA SENTENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DEL URUGUAY DE 22 DE FEBRERO DE 2013 EN EL DEBIDO E INTEGRAL CUMPLIMIENTO DE LA SENTENCIA DE LA CORTE IDH EN EL CASO <i>GELMAN</i>	1025
3. EFICACIA DE LA SENTENCIA INTERAMERICANA Y LA AUTORIDAD DE LA COSA JUZGADA INTERNACIONAL: SU PROYECCIÓN DIRECTA HACIA LAS PARTES (<i>RES JUDICATA</i>) E INDIRECTA HACIA LOS ESTADOS PARTES DE LA CONVENCION AMERICANA (<i>RES INTERPRETATA</i>)	1030
A) Eficacia vinculante de la sentencia internacional.....	1030
B) Autoridad de la cosa juzgada internacional de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (formal y material)	1032
C) Eficacia de la sentencia interamericana como «cosa juzgada» (<i>res judicata</i>) con efectos <i>inter partes</i> y como «norma convencional interpretada» (<i>res interpretata</i>) con efectos <i>erga omnes</i> ...	1033
a) Eficacia subjetiva de la sentencia interamericana como «cosa juzgada internacional»	1034
b) Eficacia objetiva de la sentencia interamericana como «norma convencional interpretada»	1038
c) Diferencia en los alcances y grado de vinculación entre la eficacia subjetiva de la sentencia « <i>inter partes</i> » y la eficacia objetiva de la sentencia « <i>erga omnes</i> »	1049
D) Eficacia objetiva de la sentencia como parte del sistema de «garantía colectiva»	1051
4. AUTORIDAD DE LA «COSA JUZGADA INTERNACIONAL» Y «CONTROL DE CONVENCIONALIDAD»	1054
A) <i>Res judicata</i> y «control de convencionalidad»	1055
B) <i>Res interpretata</i> y «control de convencionalidad»	1058

PRESENTACIÓN

La presente obra reúne treinta y seis trabajos publicados en el último lustro (2008-2013). Se publican tal y como aparecieron en su versión original en México y en varios países latinoamericanos y europeos, que de alguna manera refleja la dinámica tendencia de expansión del Derecho procesal constitucional.

Para una mayor claridad sistemática se han agrupado en cuatro partes. La primera refiere a los estudios relativos a la teoría general y a los que consideramos forjadores de la disciplina científica en su periodo fundacional (1928-1956). Las tres partes restantes comprenden ensayos sobre diversos tópicos que integran los sectores del Derecho procesal constitucional (de la libertad, orgánico, local y supranacional), a manera de superficie de la disciplina.

Como podrá fácilmente advertir el lector, no se trata de un libro sistemático y ni siquiera de trabajos acabados. Simplemente constituyen *ensayos* que están sujetos a revisión, pero que en su conjunto brindan una *panorámica* de la disciplina, de sus contenidos y desafíos. Varios de los trabajos aquí reunidos han sido escritos en coautoría con muy destacados juristas latinoamericanos, con quienes me une una amistad fraternal y de quienes tanto he aprendido. A todos ellos les agradezco la autorización para publicarlos en esta obra.

Mi agradecimiento también a Juan José PONS por la publicación de la obra en su prestigiosa editorial, y a los eximios doctores Diego VALADÉS y Héctor FIX-ZAMUDIO, por haber aceptado escribir el *Prólogo* y el *Estudio preliminar* respectivamente.

Dedico este libro a dos juristas y seres humanos excepcionales. Al doctor Héctor FIX-ZAMUDIO por el inmerecido privilegio de aprender a su lado en todos estos años y sobre todo por su amistad, siendo un ejemplo constante de vida. Y a la memoria del doctor Jorge CARPIZO, que partió hace un año de manera inesperada en su mejor momento, lleno de proyectos y vitalidad. Deja un hueco difícil de llenar en la comunidad universitaria de México y en el corazón de sus amigos y juristas iberoamericanos que tanto le debemos.

Eduardo FERRER MAC-GREGOR
*Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM,
Ciudad de México, primavera de 2013*

PRÓLOGO

La obra que el lector tiene en su manos es producto del trabajo sistemático, inteligente y dedicado de uno de los más brillantes juristas mexicanos. Eduardo FERRER MAC-GREGOR, autor de los ensayos que integran este volumen, es un escritor prolífico, un observador agudo de la realidad jurídica, un constructor de conceptos y de instituciones jurídicas.

Quien lea las páginas que siguen va a constatar que su autor es un jurista en plena madurez; que posee una asombrosa erudición y que goza de una excepcional capacidad analítica. Reconocido ya como una figura descollante del Derecho en México, es representativo de una joven generación de juristas cuya creatividad está influyendo en importantes cambios institucionales en el país. Además, en el caso del profesor FERRER MAC-GREGOR, tiene también una gran presencia internacional, como conferenciante y catedrático universitario, y en tiempo más reciente también como juzgador interamericano.

La vocación de nuestro autor se perfiló muy temprano. Tanto, que a la conclusión de sus estudios de licenciatura, en su natal estado de Baja California, fue reconocido y premiado como el alumno de Derecho más destacado de su generación en todo el país. También en sus estudios de grado, en especial en su doctorado en la Universidad de Navarra, fue acreedor a la máxima distinción académica por la calidad de sus aportaciones. Esos antecedentes explican que su tesis doctoral, La acción constitucional de amparo en México y España, haya sido publicada poco después de ser sustentada y premiada por el jurado de examen, y que hoy se encuentre ya próxima a la quinta edición.

Casi otra veintena de libros y monografías acompañan a ese notable trabajo, más un centenar de artículos académicos, capítulos de libros y prólogos. Infatigable, estudia con dedicación y escribe con fruición. Además, el profesor FERRER MAC-GREGOR se da tiempo para ilustrar a los más variados auditores de expertos. En no menos de una treintena de instituciones mexicanas y otras tantas extran-

jas ha sido escuchado y aplaudido. En Alemania, España, Francia, lo mismo que en Estados Unidos y Jamaica, o en Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Panamá, Paraguay, Perú, Puerto Rico, República Dominicana y Uruguay, Eduardo FERRER MAC-GREGOR ha dado a conocer sus ideas con la elocuencia que es uno más de sus rasgos característicos. Habla sin afectación, con profundidad, de manera serena y convincente, con el rigor expositivo propio de quien domina a fondo su ciencia.

Como si lo anterior no fuera bastante, a su intensa actividad académica, realizada en buena medida como investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, suma su paso por la judicatura federal mexicana e interamericana. En la primera fue alto funcionario judicial de los tribunales colegiados y del tribunal electoral, y culminó su carrera como secretario de estudio y cuenta de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En el ámbito internacional primero fue juez ad hoc de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y ahora es juez numerario.

También ha compaginado esas tareas académicas y jurisdiccionales con la participación en proyectos de reformas constitucionales y legales, y con estudios y dictámenes acerca de cuestiones específicas relacionadas con la defensa y la promoción de los derechos humanos en diversos países.

Después de lo anterior parecerá ocioso decir que soy uno de los muchos admiradores de Eduardo FERRER MAC-GREGOR y que me siento muy orgulloso de ser su compañero de labores en el Instituto donde ambos somos investigadores. Lo digo, empero, porque también puedo afirmar, al conocerlo y gozar de su amistad, que si bien ya es poseedor de una obra consolidada, su talento y su capacidad de trabajo nos deparan más aportaciones valiosas en el futuro.

Quien a su vez lea el jugoso estudio introductorio formulado por don Héctor FIX-ZAMUDIO, advertirá también que el eminente maestro se siente muy satisfecho porque uno de sus más aventajados discípulos, y los tiene muchos, haya alcanzado la plenitud de la madurez intelectual e innove en un territorio doctrinario muy poblado por grandes inteligencias, a lo largo y ancho de nuestra América y de Europa.

Disciplina joven, que hermana las preocupaciones y el método de las ciencias procesal y constitucional, el Derecho procesal constitucional es una de las más dinámicas elaboraciones jurídicas de nuestro tiempo. Asomarnos a los treinta y seis ensayos que componen este volumen es una forma de constatar la riqueza de esta fascinante materia.

Inspirado por las enseñanzas de nuestro maestro FIX-ZAMUDIO e ilustrado por los frecuentes diálogos con mi querido colega y amigo Eduardo, me he acercado al conocimiento de la disciplina en la que maestro y discípulo dan cátedra a la par. Por eso, por ejemplo, hace tiempo propuse hablar de un Derecho procedimental parlamentario, como el conjunto de normas que regulan las relaciones de comunicación, cooperación y control entre los congresos y los demás órganos del poder.

El Derecho parlamentario está concernido con los aspectos propios de la organización y del funcionamiento de esos órganos de representación política, en especial de lo que atañe a su actividad legiferante. Pero la representación política es mucho más compleja que la sola tarea legislativa y las formas de interacción

institucional en las democracias contemporáneas suponen un haz de responsabilidades reguladas que exceden con mucho lo que de manera tradicional se incluye en el Derecho parlamentario. Una parte importante de la relación política interorgánica está en los procedimientos políticos normados, que se traducen en formas de cooperación y de control.

Hay un aspecto en el que es necesario insistir, a propósito de las valiosas contribuciones que contiene este volumen. El Derecho procesal constitucional, desde la perspectiva de los derechos humanos, presenta una enorme riqueza conceptual e institucional. Este solo fenómeno sería bastante para admitir que se trata de una disciplina indispensable para entender el constitucionalismo contemporáneo. Empero, hay otro factor que debe ser subrayado y que resulta como una de las conclusiones de las ilustradas e ilustrativas páginas que siguen: el Derecho procesal constitucional ha hecho posible el objetivo de hacer de la Constitución una norma jurídica.

En el correr del tiempo, como se puede apreciar en esta obra, se fueron perfilando las diversas instituciones que llevaron a la configuración de esta disciplina de reciente cuño. Sugiero, a este respecto, estudiar con especial atención la primera parte del volumen, referida a la teoría general de la nueva ciencia.

Un gran problema del constitucionalismo fue consolidar la Constitución misma como norma jurídica. Esto, que hoy parece una obviedad, no lo era hace todavía pocas décadas, cuando incluso se solía distinguir entre las partes dogmática o programática de la Constitución y la orgánica. Durante décadas fue común aludir a la Constitución como programa, y en muchos países, entre ellos México, la norma suprema fue convertida en el destino favorito del discurso político.

En principio parecería que el problema de la positividad de las constituciones es una contradicción, porque la norma que sirve de base a todo el resto del sistema normativo de un Estado es, por definición, norma jurídica. En efecto, un sistema normativo sólo puede ser el resultado de una norma jurídica anterior y superior; pero desde otro ángulo, el empírico, lo que se sabe y constata empíricamente es que en el largo itinerario seguido por casi todas las sociedades, las constituciones fueron avanzando, y pasaron de un ensamble de disposiciones jurídicas y de proclamas políticas al perfil que les corresponde como las normas fundamentales de cada sistema jurídico. Este suele ser el punto de arribada, pero no fue el de partida.

Ni siquiera las que son consideradas como constituciones paradigmáticas se han librado, en alguna etapa de su evolución, de que algunas de sus disposiciones hayan sido meras expresiones nominales. De no haber sucedido así, no habrían requerido la presencia de tribunales activos para corregir los desvíos, ni habrían experimentado las demandas sociales de corrección. La discriminación, por ejemplo, contradujo el principio constitucional de igualdad en Estados Unidos durante casi dos siglos; en Gran Bretaña la corrupción electoral, todavía presente en los albores del siglo XX, no guardaba relación con lo dispuesto con el Bill of Rights, del siglo XVII; la estabilidad democrática postulada por sucesivas cartas fundamentales francesas no se produjo sino hasta después de trece intentos fallidos; la construcción del constitucionalismo iberoamericano ha sido accidentado y muchas veces frustrante, pero no tiene la exclusividad de esas vicisitudes en el panorama mundial.

El trayecto ha sido accidentado, pero es sintomático que la presencia de un robusto cuerpo de Derecho procesal constitucional haya contribuido a la homogeneización de los cuerpos constitucionales, incluyendo su positividad, en todos los casos en los que está involucrado el Derecho procesal constitucional y éste a su vez corresponde a una estructura normativa y no nominal. Allí donde la presencia de la jurisdicción constitucional obedece sólo a propósitos declarativos o incluso decorativos, el orden constitucional completo sigue siendo nominal; en cambio cuando esa jurisdicción forma parte de la norma y de la normalidad, el orden constitucional alcanza, o tiende a hacerlo, la plenitud normativa.

Los argumentos de Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y de Joaquim GOMES CANOTILHO, por ejemplo, para mostrar las características de la constitución como norma jurídica o para denotar su función dirigente, implicaban la necesidad de instituciones procesales eficaces que imprimieran validez a todo el conjunto de disposiciones que integran la norma suprema. Éste ha sido, sin duda, el objetivo de quienes concibieron las bases y desarrollaron las instituciones que hoy configuran el Derecho procesal constitucional.

Para consolidar las constituciones como norma jurídica ha sido clave la jurisdicción constitucional. Lo primero que los sistemas constitucionales procuraron fue limitar los excesos del gobierno absoluto, ante el que se erigió el sistema representativo. El rasgo dominante del constitucionalismo en su fase inicial fue el fortalecimiento de la representación política, tanto así que en sus inicios se contempló como una desviación el denostado gobierno de los jueces, que además suponía una infracción al principio de separación de poderes. Debe tenerse presente que MONTESQUIEU atribuyó un papel secundario a la judicatura.

En Estados Unidos la objeción más seria a la resolución en el caso Marbuy vs. Madison provino de los jeffersonianos, entre quienes los jueces carecían de legitimidad democrática para calificar e invalidar una ley aprobada por los representantes de la nación. Con argumentos parecidos las tensiones todavía subsisten en otros sistemas. Eso explica la lenta evolución, la declaración general de inconstitucionalidad y la peligrosa tendencia a introducir normas de contenido reglamentario en las constituciones, que entre otros efectos negativos tiene el de limitar la libertad interpretativa de los jueces constitucionales.

De ahí la importancia creciente que tienen los tratados internacionales. Por los imperativos de su negociación, esos acuerdos son redactados en un lenguaje más abstracto que las constituciones, lo que ofrece a cada parte suscriptora la posibilidad de entender lo que más le interesa o conviene. Los beneficiarios indirectos de las generalizaciones propias de la diplomacia son los justiciables, pues los juzgadores nacionales e internacionales gozan así de un espacio más holgado para ejercer sus facultades interpretativas.

Elaborar, desarrollar y consolidar la jurisdicción constitucional llevó mucho tiempo. El constitucionalismo contemporáneo surgió en el siglo XVIII, en tanto que la expansión de la justicia constitucional es un fenómeno que cobró vigor a partir de la segunda posguerra mundial. Además, el Derecho interno de fuente internacional, su recepción nacional y los correspondientes instrumentos jurisdiccionales supranacionales se robustecieron apenas en el último cuarto del siglo XX y se encuentran aún en la etapa de consolidación en América Latina y su periodo germinal en África.

Esta obra ofrece varias opciones de lectura. Una es la que corresponde a los cultores del Derecho procesal constitucional; otra la que hacemos quienes nos dedicamos al Derecho constitucional y a la teoría de la Constitución. Agrupar los ensayos que dan cuerpo a la obra fue un acierto del profesor FERRER MAC-GREGOR. Por más que los múltiples seguidores de su doctrina hayamos leído muchos de esos trabajos en diversos momentos, contar con los textos agrupados en cuatro grandes partes representa una gran ventaja para su estudio.

El autor nos previene en el sentido de que éste no es un libro sistemático. Empero, este hecho no impide una lectura sistemática. El autor está consciente de que cada componente de la obra correspondió a un esfuerzo particular y atendió a una circunstancia específica. Ésta es la perspectiva que tiene quien concibió, investigó y desarrolló cada uno de los temas que conforman el volumen. Pero desde otro punto de vista, el lector encontrará que la sistematicidad del libro está en la amplia gama de ángulos desde los que puede ser contemplado el derecho procesal constitucional.

Quien opte por sólo leer uno o algunos de los ensayos contenidos en la obra, puede estar seguro de que encontrará información muy amplia y análisis muy seducidos sobre los temas particulares que le hayan interesado; pero quien aborde la obra completa tendrá lo que nos indica el título de la obra: una visión panorámica de la materia. Esto es muy valioso para identificar los elementos constitutivos de la disciplina a la que se alude, así como las interacciones con el Derecho constitucional.

En esta obra leemos, por ejemplo, que las garantías constitucionales son «los medios jurídicos, de naturaleza predominantemente procesal, que están dirigidos a la reintegración del orden constitucional cuando el mismo ha sido desconocido o violado por los propios órganos del poder, o de particulares o grupos de poder en posición de privilegio». En una primera aproximación podría decirse que las garantías así concebidas sólo tienen un efecto remedial, pero esto no es así; en los órganos del poder también generan un efecto inhibitorio que los lleva a tomar medidas para no exponerse a ser exhibidos en el terreno político o a ser derrotados en el ámbito jurisdiccional. De esta suerte las garantías procesales actúan también, por vía refleja, como garantías políticas de observancia de la Constitución.

Otro aspecto relevante de la obra son los apuntamientos que su autor hace en cuanto a las orientaciones dominantes, inferidas de las experiencias jurídicas nacionales e internacional. Jurista avezado, Eduardo FERRER MAC-GREGOR sabe identificar las tendencias que se perfilan a partir de innovaciones legales, de tesis jurisdiccionales y de posiciones doctrinales. Además, suma sus propias propuestas, dictadas por su convicción en materia de justicia, como cuando se refiere a ampliar el ámbito de protección de los derechos humanos o a modernizar el juicio de amparo, por ejemplo, o inspiradas por sus convicciones democráticas, como cuando postula restablecer en México los principios de responsabilidad política que ya estuvieron vigentes en la Constitución de 1857.

La riqueza de los temas abordados por el autor de la obra resulta muy sugerente para el constitucionalista. De los muchos temas que aborda y que podrán nutrir el debate futuro está lo relativo al acceso a la justicia. Es una cuestión preterida en la mayor parte de los sistemas constitucionales contemporáneos, sin advertir que su omisión está en la base de muchas expresiones desestructuradas de inconformidad

social. El acceso dificultado a la justicia traslada a la calle lo que bien podría atenderse en los tribunales, y va en detrimento de la cultura jurídica.

Me detengo aquí. La tentación de proseguir en el diálogo con el autor me podría desviar del objetivo de estas palabras preliminares, que no es otro que el de dar la bienvenida a este rescate necesario de los ensayos que la componen. Cada ensayo es un producto de la inteligencia y del saber y entra, al fin, al nicho que lo preservará del tiempo.

Este libro, como todos los que se le parecen por la calidad de su contenido, será objeto de tantas lecturas como lectores tenga. Lápiz en mano, cada uno irá señalando afinidades y diferencias, datos para recordar y aportaciones para registrar. Éste, como todos los buenos libros, está llamado a ser también un buen amigo, siempre dispuesto a darnos compañía y norte, sin jamás importarnos.

Si cada lector hace su lectura, yo he hecho la mía. Aunque conocía con antelación varios de los textos aquí incorporados, la lectura del conjunto me ha brindado una experiencia enriquecedora. Es posible que muchos se acerquen a este volumen con el propósito de estudiar un asunto en especial; no quedarán defraudados, pero a todos recomiendo que si procuran una visión amplia del Derecho procesal constitucional se den el tiempo necesario para recorrer uno a uno los capítulos que siguen.

No es un mérito menor de esta obra el estilo elegante y pulcro de su autor. La precisión de los conceptos jurídicos es más que un afán literario; es una responsabilidad científica, porque el Derecho es un conjunto de palabras con poder. El buen uso de la palabra, por el legislador, por el juzgador, por el administrador y desde luego por el jurista, es un atributo esencial para cumplir con esa responsabilidad.

Estamos ante un texto llamado a perdurar. Veremos muchas ediciones de lo que hoy aparece reunido por primera vez. Por mi parte agradezco mucho a mi admirado y querido colega y amigo por haberme dado la oportunidad de disfrutar de la lectura y relectura de esta obra en la fase previa a su edición definitiva.

Diego VALADÉS

Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas
de la Universidad Nacional Autónoma de México

Ciudad Universitaria, mayo de 2013

ESTUDIO INTRODUCTORIO

Me es muy grato redactar unas líneas de introducción al nuevo libro del doctor Eduardo FERRER MAC-GREGOR POISOT, joven pero ya destacado colega del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México y actualmente juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cargo que tuve el privilegio de desempeñar en una etapa temprana de dicho tribunal internacional (1986-1997) y que con posterioridad ocupó nuestro también ilustre colega del propio Instituto, el doctor Sergio GARCÍA RAMÍREZ (1998-2009).

En los años que serví como juez interamericano en la década de los ochenta y noventa del siglo pasado, los casos que resolvía la Corte eran escasos, muy distinto a la actividad que ahora realiza al haberse incrementado notoriamente los asuntos contenciosos, lo que implica un sacrificio personal para los jueces que en su mayoría no radican en la sede del tribunal, tienen que estudiar desde sus respectivos países un número considerable de asuntos y luego trasladarse a Costa Rica para participar en las sesiones ordinarias y extraordinarias correspondientes, situación muy distinta es la que sucede en el Tribunal de Estrasburgo; en esa Corte Europea, los jueces se dedican tiempo completo a su actividad jurisdiccional y radican de manera permanente en su sede, a la vez que cuentan con recursos personales y económicos muy superiores a los de la Corte Interamericana.

Por lo anterior, es que debe destacarse el esfuerzo del doctor FERRER MAC-GREGOR, al combinar sus amplias labores de investigación y docencia universitaria en México, con la de juez internacional, lo cual no es una tarea sencilla. El presente volumen, que recoge más de treinta estudios jurídicos dedicados a la dinámica disciplina del *Derecho Procesal Constitucional*, materia que ha tenido un desarrollo muy destacado especialmente en Latinoamérica y que el autor ha venido cultivando con especial intensidad, desde su tesis doctoral realizada en España y publicada en el año 2000 en México por la editorial Porrúa, bajo el título de *La acción constitucional de amparo en México y España. Estudio de derecho comparado*, que alcanzó cuatro ediciones posteriores.

En efecto, esta disciplina ha provocado numerosas reflexiones en los últimos años, especialmente por los juristas latinoamericanos, motivando que se discuta tanto por procesalistas como constitucionalistas sobre su naturaleza, metodología, sectores y contenido, lo que ha provocado que incluso se distinga esa denominación con otras connotaciones que en ocasiones suelen utilizarse como sinónimos de la misma, utilizando indistintamente los vocablos control, defensa, justicia o jurisdicción, todas ellas con el calificativo de constitucional, para referirse en general y con frecuencia de manera indiscriminada, para calificar los diversos instrumentos de solución de conflictos derivados de la aplicación de normas constitucionales. En mi concepto, aun cuando en apariencia puede estimarse como un problema exclusivamente semántico, en realidad considero que posee repercusiones importantes en el enfoque metodológico con el cual se aborda la materia.

Si se analizan estos vocablos de manera cuidadosa, no obstante que se utilizan como equivalentes, entre estas denominaciones existen matices y modalidades. En primer lugar, el control es un nombre genérico con una significación muy amplia, pues comprende toda clase de instrumentos que se utilizan para lograr la efectividad de la normativa constitucional y pueden asumir naturaleza política, económica o social. La defensa constitucional abarca tanto mecanismos de protección o preventivos, para lograr el funcionamiento equilibrado y armónico de los diversos órganos del poder, como los medios de carácter instrumental para resolver los conflictos que se presentan cuando los primeros son desconocidos o infringidos. A su vez, justicia constitucional, se refieren a instrumentos jurídicos predominantemente procesales utilizados para la solución de conflictos surgidos de la aplicación de normas constitucionales.

En cierto sentido, el término jurisdicción constitucional se refiere a los tribunales especiales que tienen como función esencial resolver controversias derivadas de la ley fundamental, así como los procedimientos necesarios para el planteamiento y resolución de estos conflictos.

La denominación contemporánea de Derecho procesal constitucional, que da título a esta obra y contiene estudios muy valiosos sobre este sector; se ha difundido rápidamente en la doctrina particularmente latinoamericana; si bien no es aceptada universalmente, la misma no se opone a los vocablos justicia o jurisdicción constitucionales, que prefieren denominar un sector de los autores, especialmente europeos. En efecto, el Derecho procesal constitucional se refiere a la disciplina, como rama reciente y especializada del Derecho procesal general, comprendida por la teoría o doctrina del proceso o del Derecho procesal, que tiene como objeto de estudio a los conceptos contenidos en las últimas denominaciones mencionadas. En consecuencia, se puede sostener que la diferencia entre la justicia o jurisdicción constitucionales con el Derecho procesal constitucional, radica en que las primeras forman parte de la normatividad y el segundo constituye una disciplina científica y puede entenderse, según se ha sostenido anteriormente, como una rama del Derecho procesal general cuyo contenido está formado por la jurisdicción, los procesos y procedimientos, así como por los organismos judiciales encargados de la solución de los conflictos de carácter constitucional.

Por tanto, resulta evidente que el enfoque que utiliza el Derecho procesal constitucional radica en su vinculación con la teoría o doctrina general del

proceso o del Derecho procesal, como acertadamente lo utiliza el doctor FERRER MAC-GREGOR en los valiosos ensayos contenidos en el presente volumen, sin desconocer los vínculos estrechos que tiene especialmente con el Derecho constitucional y el Derecho internacional de los derechos humanos. En España, es pertinente destacar la opinión del distinguido procesalista Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, quien fue uno de los primeros tratadistas en utilizar la expresión derecho procesal constitucional con esta precisión metodológica, en cuanto afirmó que: «... sólo empleando la técnica propia del Derecho procesal podrán replantearse correctamente y en consecuencia, resolverse felizmente los problemas que plantean las normas reguladoras del proceso constitucional...» (*Derecho procesal constitucional*, Madrid, Civitas, 1980, pp. 50-51).

También resulta conveniente destacar que el Derecho procesal constitucional, en su carácter de disciplina procesal que tiene por objeto de conocimiento la justicia o la jurisdicción constitucionales, ha logrado un desarrollo espectacular en la doctrina latinoamericana de los años recientes, de manera que ha propiciado la creación de cátedras, cursos, simposios y congresos nacionales e internacionales, así como instituciones de investigación como el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, promovido por el muy reconocido constitucionalista argentino Néstor Pedro SAGÜÉS, quien actualmente lo preside con gran dinamismo y en cuya organización participan muy destacados cultivadores de esta disciplina, como los conocidos juristas Domingo GARCÍA BELAUNDE, de Perú; Rubén HERNÁNDEZ VALLE, de Costa Rica; Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, de Chile; Osvaldo ALFREDO GOZAÍNI, de Argentina; Francisco FERNÁNDEZ SEGADO y Pablo PÉREZ TREMPs, de España; Allan R. BREWER CARÍAS y Carlos AYALA CORAO, de Venezuela, por sólo mencionar algunos de sus destacados integrantes y donde también figura el doctor FERRER MAC-GREGOR. Este Instituto ha celebrado hasta la fecha VIII Encuentros Iberoamericanos, el último, en Cádiz, España, el año pasado. Un evento emblemático por cumplirse doscientos años de la Constitución gaditana.

Asimismo, desde 2004, el Instituto referido publica de manera semestral la *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, con dieciocho números hasta la fecha y que precisamente dirige el autor de esta obra, quien también preside el Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional desde su fundación en 2004, el que ha efectuado hasta la fecha seis congresos nacionales, el último recientemente realizado en este año de 2013 en la Ciudad de Toluca, con la temática del «Derecho procesal constitucional local», sector de esta disciplina que ha adquirido un dinamismo especial en la última década, al crearse diversas garantías y magistraturas en las Constituciones de las Entidades Federativas mexicanas. También, debe destacarse que el autor dirige con acierto la *Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional*, colección muy valiosa que abarca más de ochenta números monográficos.

Este desarrollo tan dinámico de la disciplina del Derecho procesal constitucional se advierte, además, en varios ordenamientos que se han expedido en nuestra región, con el propósito de unificar en un solo texto normativo los instrumentos de protección de las normas constitucionales. Una de las legislaciones más avanzadas en este campo es el Código Procesal Constitucional de Perú, publicado en la ciudad de Lima el 31 de mayo de 2004, con reformas posteriores,

y que ha tenido una aceptación y reconocimiento importantes, gracias al impulso que también desde la doctrina viene realizando desde hace mucho tiempo el muy destacado constitucionalista de ese país, el doctor Domingo GARCÍA BELAUNDE. También debe mencionarse el recién publicado *Código Procesal Constitucional* de Bolivia, publicado mediante la Ley núm. 254, del 5 de julio de 2012, aparentemente inspirado en el de Perú, pero es tan reciente que es preciso esperar para poder calificar sus efectos. La evolución ha continuado con posterioridad al establecimiento de leyes y códigos procesales especializados en la regulación del Derecho procesal constitucional, tendencia que también se advierte de manera acelerada tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, especialmente la de Latinoamérica, pero también en Europa y otros países, no obstante que en el continente europeo tenía predominio el análisis de la «justicia constitucional», debido a que la materia ha sido analizada de manera preferente desde el punto de vista del derecho constitucional.

Es su labor académica y de divulgación del Derecho procesal constitucional, el doctor FERRER MAC-GREGOR, siendo letrado de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y miembro del Colegio de Secretarios de dicho tribunal, organizó el Primer Seminario de Derecho Procesal Constitucional, en la Ciudad de México los días 20 de septiembre al 1 de octubre del año 2000, en el cual participaron numerosos juristas tanto de México como de Latinoamérica. Con el material presentado en esa importante reunión académica, apareció en 2001 el voluminoso libro con el título precisamente de *Derecho Procesal Constitucional*. Se publicó una segunda edición a fines de ese mismo año. La obra despertó verdadero entusiasmo no sólo en México, sino también en el resto de los países de la región, de tal manera que se adhirieron a dicha publicación numerosos juristas, especialmente de Iberoamérica, pero también de otros países, por lo que se hizo necesaria una tercera edición en el año 2003, que apareció en tres volúmenes y finalmente en cuatro volúmenes, la cuarta y la quinta en 2005 y 2006, respectivamente, con reimpressiones posteriores, con gran éxito en México y muchos países de nuestra región, contribuyendo a la difusión de esta disciplina gracias al esfuerzo colectivo de importantes juristas latinoamericanos e iberoamericanos, entre los que se encuentra el autor de esta obra Eduardo FERRER MAC-GREGOR.

En cuanto al contenido del presente volumen, el autor la divide en cuatro partes. En la primera, dedicada a la teoría general y a lo que denomina como forjadores del Derecho procesal constitucional, analiza precisamente las etapas históricas y los fundamentos de la disciplina. El autor estima que existe una etapa fundacional del Derecho procesal constitucional entre los años de 1928 y 1956, iniciando por las aportaciones de Kelsen en su influyente trabajo sobre «La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)», publicado en la *Revista Francesa de Derecho Público y Ciencia Política*, en 1928, donde expone los lineamientos básicos en los cuales condensa sus ideas sobre la necesidad de una jurisdicción constitucional y de su organismo, la Corte Constitucional de la Carta Federal Austriaca (1920-30) que promovió y de la cual fue magistrado durante varios años. Dicho estudio tuvo una gran influencia en los siguientes años con la polémica con Carl SCHMITT sobre quién debería ser el guardián de la Constitución, y que a la postre prevalecieron las ideas de KELSEN al extenderse los tribunales constitucionales en la mayoría de los países de la segunda posguerra. También, el autor analiza las aportaciones de Niceto ALCALÁ-

ZAMORA Y CASTILLO, que tuvieron una influencia decisiva en la función de la escuela procesalista, y a quien puedo llamar mi padre académico. El autor analiza las aportaciones de Piero CALAMANDREI y Eduardo J. COUTURE, que, con distintos enfoques, desarrollan aspectos relevantes de la disciplina. Este último, procesalista uruguayo, influyó en el análisis sistemático de los elementos fundamentales del Derecho procesal contenidos en las constituciones contemporáneas y que estimamos deben analizarse en una disciplina limítrofe denominada «Derecho constitucional procesal», como una rama del derecho constitucional, que comprende tres aspectos esenciales: *a)* la jurisdicción, *b)* las garantías judiciales y *c)* las garantías de las partes. Y que debe distinguirse del «Derecho procesal constitucional», que tiene como objeto esencial el análisis de las garantías constitucionales, es decir, los instrumentos fundamentalmente procesales dirigidos a la reintegración del orden constitucional, cuando el mismo ha sido desconocido o violado por los órganos del poder. Ambas disciplinas se entrecruzan constantemente, lo que requiere una colaboración de sus cultivadores. Y favorecido con la incorporación de los instrumentos internacionales de derechos humanos, se viene configurando la disciplina del «Derecho procesal internacional».

Las tres restantes partes de la obra del doctor FERRER MAC-GREGOR se refieren a los sectores o contenidos de la disciplina. Si bien se puede sostener que la mayoría de los estudiosos del Derecho procesal constitucional han llegado a la conclusión de que se trata de un sector del Derecho procesal general, y por ello vinculada la teoría o doctrina del proceso o del Derecho procesal, y no un sector del análisis del Derecho constitucional; al tratarse de una materia de frontera entre estas dos ramas del Derecho, existe incertidumbre del contenido de la misma, por lo que es comprensible que no sea sencillo determinar sus límites. El autor de la obra incluso se refiere a la posible convergencia o convivencia de posturas entre procesalistas y constitucionalistas. En cualquier caso, no debe perderse de vista que las divisiones que se han hecho de las ramas del Derecho no pueden considerarse como sectores estancos, sino clasificaciones doctrinales para poder profundizar ciertas instituciones jurídicas, pues en última instancia el Derecho es una unidad, pero tan extensa que, salvo el examen de su teoría general o desde el punto de vista filosófico, es preciso dividirla cuando se trata de sectores del derecho positivo, para estar en aptitud de profundizar su análisis.

En este sentido, aun cuando no se ha llegado a una aceptación general en cuanto al contenido de la disciplina, la doctrina mayoritaria se ha adherido a la clasificación y la terminología tripartitas realizada por el insigne jurista italiano Mauro CAPPELLETTI, lo que no impide que el Derecho procesal constitucional se analice en forma paralela desde el ángulo de otra trilogía adoptada por el Derecho procesal general, o sea, de acuerdo con la clásica división de acción, jurisdicción y proceso, que se aplica a todas las ramas de enjuiciamiento como categorías procesales básicas. Desde esta perspectiva, el autor engloba sus diversos ensayos precisamente en las áreas que deben examinarse en el estudio del Derecho procesal constitucional, pudiendo dividirse en tres sectores: *a)* Jurisdicción constitucional de la libertad; *b)* Jurisdicción constitucional orgánica, y *c)* Jurisdicción constitucional transnacional.

A) La jurisdicción constitucional de la libertad. Esta denominación que ha tenido una gran aceptación se inicia con una obra clásica del mismo CAPPELLETTI

publicada originalmente en el año de 1955 (*La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Milano, Italia, Giuffré, 1955) y que tuvimos el privilegio de traducir al español, con la denominación *La jurisdicción constitucional de la libertad* (México, UNAM, 1961). Ha alcanzado gran desarrollo en los últimos años, ya que comprende a los abundantes y variados instrumentos jurídicos, predominantemente procesales, que se han establecido en nuestra época con el objeto de tutelar los derechos humanos consagrados en los mismos ordenamientos, y a partir de la segunda posguerra, también consagrados en instrumentos internacionales, cada vez más numerosos, que además deben aplicarse con criterio progresivo.

La complejidad creciente de estos instrumentos de tutela de los derechos fundamentales se debe al intenso desarrollo de los derechos humanos en los textos constitucionales, que se incrementa de manera constante con la ratificación y aprobación de los tratados de derechos humanos, que se incorporan a los ordenamientos constitucionales internos, como derechos humanos de fuente internacional, que por su gran extensión han dado origen a una nueva disciplina que adquiere cada vez más autonomía y que se puede calificar como «Derecho constitucional de los derechos humanos», en crecimiento continuo de manera paralela a la materia que se conoce como derecho internacional de los derechos humanos.

Es difícil proporcionar un panorama al menos aproximado de las numerosas y complejas instituciones procesales y jurídicas que se han desarrollado en las cartas fundamentales de nuestra época, y si bien se pueden intentar varias clasificaciones, resulta adecuada la que tiene su base en la distinción de los medios jurídicos de protección de los derechos humanos, de acuerdo con las tradiciones jurídicas y geográficas en las cuales se han originado.

a) En primer lugar, por su implantación en el tiempo se pueden destacar dos instrumentos originados en los países de la tradición angloamericana, y entre ellos el más antiguo es el conocido como *habeas corpus* (castellanizado como hábeas corpus o exhibición personal), ya que este mecanismo surgió en el Derecho medieval inglés con el objeto de proteger la libertad e integridad personales de los súbditos ingleses contra las detenciones indebidas de las autoridades administrativas, y que se podía interponer ante un juez o tribunal para que examinara la legalidad de la privación de la libertad, y en su caso, determinar la libertad del afectado. Este instrumento, establecido en un principio con numerosas restricciones, se perfeccionó paulatinamente y se transmitió al Derecho de las colonias (posteriormente países independientes), algunos de ellos asociados con la metrópoli por conducto de la *Commonwealth*. Al transmitirse a las colonias americanas, fue reconocido por las constituciones de los Estados, y posteriormente, así sea de manera indirecta en la Constitución Federal, la que influyó en los ordenamientos latinoamericanos establecidos con posterioridad a su independencia de España y Portugal, y también a ordenamientos constitucionales de otros países de Europa continental, y se ha convertido en la actualidad en una institución tutelar prácticamente universal, con pocas excepciones.

b) En la Constitución de los Estados Unidos de 1787 se introdujo de manera incipiente el principio esencial de la *judicial review of legislation* (que se conoce como revisión judicial de la constitucionalidad de las disposiciones legislativas), de acuerdo con la cual los jueces, tanto locales como federales (y

como última instancia la Suprema Corte Federal), tienen la facultad y la obligación de desaplicar en cada caso concreto las normas generales que se opongan a la Carta Federal. Esta institución, también debido a la influencia de dicha Ley Fundamental norteamericana en las constituciones latinoamericanas, dio origen al juicio de amparo mexicano, que como es sabido se estableció primeramente en la Constitución del Estado de Yucatán de 1841, y posteriormente en el ámbito nacional en el documento expedido en mayo de 1847 con el nombre de Acta de Reformas (a la Constitución Federal de 1824), y consagrado definitivamente en los artículos 101 y 102 de la Constitución Federal de 1857, que corresponden a los artículos 103 y 107 de la Carta Federal vigente de 1917.

En estos tres documentos, además del sentido original de la impugnación de las disposiciones legislativas, se le agregó la protección respecto de actos concretos de cualquier autoridad que infringiesen los derechos individuales de los habitantes. El juicio de amparo mexicano se extendió con ese nombre en la mayoría de los ordenamientos latinoamericanos, a partir de los últimos decenios del siglo XIX y durante el siglo XX; esa denominación proviene de la tradición española, en la cual tiene el significado de instrumento jurídico de tutela y protección de los derechos de las personas, no solamente respecto de sus bienes, sino también en relación con sus derechos personales, pues si bien en su desarrollo en Latinoamérica puede abarcar únicamente el hábeas corpus, también alcanza el conjunto de derechos humanos, e inclusive la violación de éstos por disposiciones legislativas.

El nombre de juicio, recurso o procedimiento de amparo, como bien lo estudia el doctor FERRER MAC-GREGOR, ha tenido una amplia expansión entre los instrumentos de protección de los derechos humanos, ya que no sólo se ha consagrado en numerosas legislaciones latinoamericanas, con diversas modalidades, sino que también se ha regulado con instituciones equivalentes, con denominaciones similares como *mandado se segurança* en Brasil (traducido al castellano como mandamiento de amparo); recurso de protección en Chile (en cuyo ordenamiento se utiliza la denominación de amparo para el hábeas corpus), o acción de tutela en el ordenamiento colombiano. Además ha trascendido al Derecho español, tanto en la Constitución republicana de 1931, como en la actual de 1978, en su artículo 53; y se ha utilizado ese nombre como traducción al castellano de otros instrumentos equivalentes como el de las quejas constitucionales ante los respectivos tribunales constitucionales de la República Federal de Alemania y de Austria, y de cierta manera en la impugnación ante el tribunal Federal de Suiza. Así, tal denominación de amparo se ha incorporado a varios instrumentos internacionales en su versión al español, como en las Declaraciones Americana y Universal de los Derechos Humanos (cuyas disposiciones han adquirido carácter imperativo); el Pacto de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana, para calificar el instrumento que deben establecer los Estados parte para tutelar de manera efectiva los derechos humanos por conducto de un procedimiento sencillo y breve.

c) Asimismo, pueden situarse en este sector los organismos no jurisdiccionales de protección de los derechos humanos, que se inspiran en el modelo escandinavo del *Ombudsman*, institución que de acuerdo con el paradigma original está dirigido a proteger a los particulares contra los actos y resoluciones

de las autoridades administrativas que infringen sus derechos de legalidad, todo ello por medio de un procedimiento muy flexible de fácil acceso para los afectados, por medio del cual se pretende resolver el conflicto por allanamiento o conciliación de las autoridades demandadas, y si ello no es posible, se realiza una investigación que culmina con una recomendación no obligatoria dirigida a las mismas autoridades, que si es aceptada, se convierte en obligatoria. Este paradigma escandinavo fue modificado al introducir este instrumento en las constituciones democráticas de Portugal (1976-1982) y de España (1978), que habían padecido largas dictaduras, por el Promotor de la Justicia y el Defensor del Pueblo, respectivamente. Ambos ordenamientos establecieron que el objeto esencial de este mecanismo de protección debía dirigirse esencialmente a la protección de los derechos humanos. Varios ordenamientos constitucionales de Latinoamérica se inspiraron particularmente por la institución española, con algunas modalidades y diversas denominaciones, pero la mayoría de ellas han adoptado el nombre de Defensor del Pueblo.

B) *La jurisdicción constitucional orgánica* está constituida por los medios procesales por conducto de los cuales los órganos gubernamentales afectados, y en ocasiones un sector minoritario de los legisladores, pueden impugnar actos y disposiciones normativas de otros organismos del poder que infrinjan o invadan las competencias territoriales o atribuciones de carácter horizontal o vertical, establecidas en las disposiciones constitucionales. Cuando el conflicto se refiere a la constitucionalidad de disposiciones legislativas asume un carácter abstracto (lo que la doctrina alemana califica como *abstrakte Normenkontrolle*), lo que significa que no surge en un proceso concreto y puede interponerse previamente o con posterioridad a la promulgación o entrada en vigor de la norma general impugnada, y la decisión respectiva asume efectos generales o *erga omnes*.

El doctor FERRER MAC-GREGOR analiza con acierto en este apartado no sólo la acción abstracta de inconstitucionalidad de normas generales, sino también los conflictos competenciales y de atribuciones entre los órganos de poder, las medidas cautelares en este proceso constitucional, así como los distintos efectos que producen las sentencias y su tipología. Asimismo analiza la cosa juzgada, sus efectos y el precedente en estos procesos constitucionales y las implicaciones de las omisiones legislativas.

Cabe aclarar que la división puramente conceptual entre las jurisdicciones orgánica y de la libertad no puede aplicarse de manera estricta en el desarrollo de la praxis de los citados mecanismos, ya que podemos citar el ejemplo significativo del Consejo Constitucional francés, como un organismo establecido directamente para el examen de la constitucionalidad de las disposiciones generales aprobadas por el órgano legislativo, pero todavía no promulgadas (es decir, por conducto de un control de carácter preventivo), y dirigidas a la protección de las normas constitucionales que fijan las atribuciones y competencias de los órganos del poder, que se ha destacado esencialmente en la tutela de los derechos fundamentales; si bien debido a la reforma constitucional de 2005, el Consejo Constitucional francés ya tiene atribuciones de control *a posteriori*, lo que lo acerca materialmente a un genuino tribunal constitucional.

C) El tercer sector es el denominado *Jurisdicción constitucional transnacional*, la cual ha ido adquiriendo un carácter supranacional. Aun cuando a pri-

mera vista pudiera parecer extraño que esta categoría forme parte del Derecho procesal constitucional, que posee un carácter predominantemente interno, en años recientes, esta disciplina ha experimentado la influencia creciente y constante de la penetración y extensión de los conflictos constitucionales al campo supranacional, tanto en el ámbito del Derecho internacional en sentido estricto, como en el transnacional de las normas de integración (de carácter intermedio entre el ámbito interno y el internacional en sentido estricto), mismas que regulan a las comunidades que se han establecido de manera creciente; en un primer momento, únicamente en el terreno económico, y paulatinamente que han abarcado campos mucho más amplios de integración como la Unión Europea, y en nuestro continente las comunidades andina, centroamericana y del llamado Mercosur, cada una de las cuales ha establecido un tribunal especializado en dichas materias.

En el campo del Derecho internacional en sentido propio, se observa un acelerado fenómeno que se ha calificado como la creciente internacionalización de las constituciones contemporáneas, y de manera específica en el campo del Derecho internacional de los derechos humanos, lo que implica una relación creciente ente la aplicación de disposiciones internas y de las que pertenecen al campo supranacional, algunas de las cuales forman parte directa del derecho nacional, por medio de mecanismos de incorporación al orden jurídico interno, por lo que deben considerarse como normas nacionales de fuente internacional. Por lo que se refiere a nuestra región, la mayoría de las Cartas Fundamentales latinoamericanas otorgan a los tratados de derechos humanos un nivel superior al Derecho nacional, e inclusive en algunos de ellos se les confiere el rango de normas constitucionales.

El doctor FERRER MAC-GREGOR aborda en varios de sus trabajos lo que la Corte Interamericana ha denominado como control de convencionalidad», y que incluso como juez *ad hoc* de dicho Tribunal Internacional desarrolla en un importante voto concurrente razonado. Este tipo de control ha tenido aceptación progresiva en muchos países de la región, como sucedió, por ejemplo, en México, a través del cumplimiento de una sentencia del Tribunal Interamericano en el *Caso Radilla Pacheco*, lo que incluso llevó a la Suprema Corte de Justicia a la aceptación del control difuso de constitucionalidad, que tradicionalmente se había restringido por una interpretación constitucional. Esta apertura se debió también a la trascendental reforma constitucional de amparo y de derechos humanos de junio de 2011, y que hasta el mes de abril de 2013 se aprobó la nueva Ley de Amparo que abrogó a la anterior de 1936, que reglamenta este proceso constitucional, que había sido un reclamo de la doctrina mexicana desde hace mucho tiempo.

En este sector, el autor analiza igualmente otras sentencias condenatorias para el Estado mexicano, como el *Caso Campo Algodonero*, conocido como de los feminicidios de Ciudad Juárez, y el *Caso de Castañeda Gutman*. Asimismo, estudia las implicaciones de las obligaciones generales para los Estados parte que se derivan de los artículos 1.º y 2.º del Pacto de San José, el debido proceso de los pueblos y comunidades indígenas, la suspensión de garantías de conformidad con el artículo 27 de la propia Convención Americana y los efectos de la cosa juzgada internacional.

No es posible extenderse en mayores comentarios, pero basta la lectura de los párrafos transcritos para percatarse del desarrollo que ha experimentado el Derecho procesal constitucional en los últimos años, que se puede calificar de espectacular, lo que significa un avance para la regulación constitucional de los derechos humanos a nivel interno e internacional, y que el autor desarrolla con amplitud en los trabajos que integran la presente obra. Incluso, el autor se refiere a la dimensión local o estadual, como lo ha denominado y propuesto desde hace tiempo, y como se evidencia en México, especialmente a partir del año 2000, con la reforma a la Constitución del Estado de Veracruz, donde se han consagrado auténticas garantías a nivel local y que conocen distintas magistraturas estatales, sean salas o tribunales constitucionales, o cuya competencia se atribuye a los Tribunales Superiores de Justicia, cuyo análisis ha sido destinado en el V Congreso Mexicano de Derecho Procesal, como lo señalamos con anterioridad.

De esta manera, el doctor FERRER MAC-GREGOR parte de una primera parte que denomina teoría general y forjadores del Derecho procesal constitucional, agrupa sus ensayos en estas cuatro dimensiones de la disciplina, es decir, en el Derecho procesal constitucional de la libertad, orgánico, supranacional y local. En muchos de los trabajos se advierte la utilización del método histórico comparativo lo cual es un acierto para entender las instituciones que comprenden esta compleja disciplina. En efecto, el método histórico comparativo permite un análisis detenido en el tiempo y en el espacio, donde se puede comprender la evolución que han experimentado hasta su configuración contemporánea y las relaciones e influencias por las instituciones similares en distintos países, especialmente en la actualidad donde los tradicionales modelos de justicia constitucional no permanecen en un estado puro, al ser actualmente la mayoría de los sistemas de carácter mixtos.

Esta *Panorámica del Derecho procesal constitucional y convencional* que nos ofrece nuestro estimado colega del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y juez internacional, publicada por la prestigiosa editorial Marcial Pons de España, y para la que tengo el privilegio de redactar estas breves y superficiales líneas, es una importante contribución a la consolidación científica de esta apasionante, compleja y dinámica disciplina jurídica.

Héctor FIX-ZAMUDIO

Investigador Emérito del Instituto de Investigaciones Jurídicas
de la Universidad Nacional Autónoma de México
Ciudad Universitaria, mayo de 2013

I. APROXIMACIÓN AL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL *

1. CONCEPTO

Es la disciplina jurídica que se encarga del estudio sistemático de la jurisdicción, magistratura, órganos y garantías constitucionales, entendiendo estas últimas como los instrumentos predominantemente de carácter procesal dirigidos a la protección y defensa de los valores, principios y normas de carácter fundamental (procesos y procedimientos constitucionales).

2. NATURALEZA

En la actualidad se advierten dos posturas dominantes sobre la naturaleza del Derecho procesal constitucional: 1) *La europea*, que sin entrar en el deslinde con el procesalismo científico la considera parte de estudio de la ciencia constitucional con la denominación mayoritaria de «justicia constitucional», y 2) *La latinoamericana*, que defiende su autonomía científica con dos vertientes: a) «autonomía mixta», al estimar que deben considerarse los principios, instituciones, metodología y técnicas del Derecho constitucional y del Derecho procesal, y b) «autonomía procesal», que partiendo de la teoría general del proceso, estima deben construirse sus propias categorías, principios e instituciones, si bien con un acercamiento importante al Derecho constitucional. Esta última postura es la más aceptada y la que se ha ido paulatinamente consolidando. Bajo esta perspectiva, si bien se parte en considerarla como una disciplina procesal autónoma, los vasos comunicantes con el Derecho constitucional son intensos, incluso con mayores proyecciones que las demás ramas procesales respecto a las materias sustantivas (procesal civil o procesal penal, respecto al Derecho civil o penal, por ejemplo), debido a que sus categorías esenciales suelen encontrarse en la propia

* Publicado en M. CARBONELL, *Diccionario de Derecho Constitucional*, 3.ª ed., México, Porrúa, 2009, t. I, pp. 438-448.

ley fundamental, teniendo como objeto genérico la supremacía constitucional (además de otros específicos como la defensa de los derechos fundamentales, así como la protección de atribuciones y normas constitucionales).

El objeto de estudio de ambas corrientes, sin embargo, se aproxima a tal grado que en ocasiones parece ser el mismo y todo depende del enfoque con el cual se analice. En este sentido, desde la mejor dogmática contemporánea se han realizado esfuerzos muy serios para iniciar el deslinde de las ciencias procesal y constitucional, con respecto al «Derecho procesal constitucional». Por una parte, FIX-ZAMUDIO, apoyándose en las ideas de COUTURE sobre las garantías constitucionales del proceso civil, elaboró (desde la década de los setenta del siglo pasado) la tesis relativa a la existencia de una nueva disciplina limítrofe denominada «Derecho constitucional procesal» (como parte del Derecho constitucional) que comprende aquellas instituciones procesales elevadas a rango constitucional. Esta postura fue trazada para delinear lo que es propiamente objeto de estudio del «Derecho procesal constitucional» (como rama procesal), de aquella que corresponde a la ciencia constitucional. La distinción ha sido acogida por varios juristas no sin ciertas dudas por un sector de la doctrina. El propio FIX-ZAMUDIO también distingue entre las connotaciones de «justicia constitucional» y «Derecho procesal constitucional». Considera que no son incompatibles y más bien resultan complementarios en la medida que la «justicia constitucional» se refiere al conjunto de instrumentos tutelares que conforman el contenido del «Derecho procesal constitucional», siendo esta última la disciplina científica que los estudia.

Desde la perspectiva del Derecho constitucional y particularmente de la justicia constitucional, varios constitucionalistas destacados identifican al Derecho procesal constitucional con las funciones procedimentales que realizan los Tribunales Constitucionales. P. HÄBERLE lo define como «el Derecho procesal autónomo del Tribunal Constitucional constituido por la Constitución o del Tribunal al que se confían sus funciones». Este autor distingue «entre el Derecho procesal constitucional en sentido estricto, que abarca desde su inicio (por medio de peticiones) hasta su terminación (incluyendo las posibles órdenes de ejecución-efectos de la sentencia), y el Derecho procesal constitucional en sentido amplio, que incluye también la elección del juez constitucional y las posibles regulaciones en la formulación de un voto singular». Con distinto enfoque, aunque también vinculado a la actuación procedimental de la Corte Constitucional, G. ZAGREBELSKY reconoce la existencia de un Derecho procesal constitucional *sui generis* «que comprenda en sí pluralidad de perspectivas, que deben reconstruirse alrededor de bienes jurídicos múltiples. Un Derecho procesal capaz de comprender las razones no siempre coincidentes de la tutela subjetiva de los derechos constitucionales, pero también las razones de la tutela objetiva de la Constitución».

3. DESARROLLO HISTÓRICO

El Derecho procesal constitucional comprende dos realidades: el fenómeno histórico social y su estudio científico.

Desde la primera perspectiva, se comprende el análisis de los instrumentos jurídicos de protección de los derechos humanos o de altos ordenamientos, así

como las jurisdicciones u órganos que conocían de estos mecanismos en las diversas épocas y sistemas jurídicos. Así se estudian las instituciones, medios de defensa, garantías, personajes, jurisdicciones, jurisprudencia, doctrina e ideologías, lo que permite escudriñar sus antecedentes remotos desde la antigüedad. Corresponde a las «fuentes históricas» de la disciplina, sean éstas legislativas, jurisprudenciales o ideológicas. A continuación esbozamos el fenómeno histórico social del Derecho procesal constitucional sin ningún propósito de exhaustividad, dividiendo su análisis en las cuatro etapas históricas tradicionales:

A) Antigüedad

Señala CAPPELLETTI algún antecedente remoto en Grecia. Se refiere al precedente ateniense, de la superioridad y rigidez del *nómos* (que equipara a una especie de ley constitucional) con respecto del *pséfisma* (que lo considera como un decreto). El *pséfisma* debía ajustarse al *nómos* para que fuese legal. El efecto del *pséfisma* contrario al *nómos* consistía esencialmente en una responsabilidad penal de quien había propuesto el decreto a través de una acción pública de un año denominada *grafé paranónon*; además, el efecto también consistía, por fuerza de principio, en la invalidez del decreto ilegal, es decir, contrario al *nómos*.

Al estudiar los antecedentes del juicio de amparo mexicano, algunos juristas han encontrado instituciones o antecedentes remotos en dos figuras del Derecho romano. En el interdicto pretoriano de *Homine libero exhibendo* (Ley I, Libro 43, Título 29 del Digesto), consistente en un mecanismo para la defensa de los hombres libres que eran detenidos con dolo, es decir, arbitrariamente por particulares, de tal suerte que se podía exhibir al hombre libre (*Quem liberum dolo malo retines, exhibeas*) a través de un procedimiento sumarísimo. J. C. FERRIER, en su *Paratitla* de los Títulos del Digesto señala: «Con este entredicho compele el pretor al que retiene con dolo a un hombre libre, a que lo presente. No es de asunto particular o de interés meramente privado, sino de oficio y a favor de la libertad. Es exhibitorio. Què sea exhibir, lo dice el & 8 de la L. 3 de este título (2). También es popular; pues a nadie se ha de prohibir que pida a favor de la libertad, L. 3 & 9 eod.; pero si muchos lo intentan, el pretor elige uno, el mas interesado, el mas idóneo, y quedan los demás escludidos. L. 3, & 13. Se da contra el que dolosamente detiene al hombre libre, L. 1, h; por consiguiente cesa contra el que detiene con justa causa, L. 3, & 2 et seq. H. t., y contra el que detiene, porque el detenido lo quiere, salvo que esté engañado ó seducido. L. 3, & 5. Ha de constar para que tenga lugar, que el detenido es libre, ó está en posesión de su libertad. L. 3, & 7. L. 4, & 1, h. t. Concorre con el juicio de la ley favia contra los plagiarios sin que mutuamente se destruyan, pues el entredicho se dirige a la exhibición, y el procedimiento criminal a la pena y al escarmiento. L. 3, *in prin.* H. t. Es perpétuo, L. 3, & últ., y eso se introdujo contra la índole de las acciones populares a favor de la libertad».

Por otra parte, en la República romana existió la figura del tribuno de la plebe (*tribunus plebis*), que surgió como conquista de las demandas de los plebeyos de tener un contrapoder a la potestad consular eminentemente patricia. La casa del tribuno debía estar abierta día y noche para la defensa de éstos y eran nombrados por la asamblea de la plebe (*concilium plebis*). El tribuno de la plebe

se instituyó como sacrosanto (*sacrosanctitas*), por lo cual tenía protección de cualquier daño. A través de la *Intercessio tribunicia*, se solicitaba ante el tribuno de la plebe *apellatio auxilium* en contra de un mandato de los magistrados y la protección se podía extender para anular las leyes. Este tribuno de la plebe defendía los intereses populares, al impedir la aplicación de las disposiciones legislativas contrarias a dichos intereses (*intercessio*), otorgando protección personal a los perseguidos por las autoridades (*iusauxilii*). Incluso, la *intercessio* «fue un instrumento clave en la oposición política llevada a cabo por el tribuno de la plebe frente a las decisiones de los magistrados patricios», al poder vetar la ley o propuesta del magistrado que incluía otros tribunos de la plebe (*ius intercessionis*).

B) Edad Media y Edad Moderna

Se ha considerado al *Habeas Corpus Amendment Act* de 28 de mayo de 1679, con dieciocho preceptos, como el primer ordenamiento detallado que regula a un proceso constitucional, si bien éste existió desde la Carta Magna de 1215 y en la Ley Inglesa de 1640.

También en el Reino de Aragón existió una figura encargada de velar por el cumplimiento exacto de los diversos fueros. El justicia mayor apareció en el siglo XII y tuvo su esplendor entre los años 1436 y 1520. Incluso se hablaba en esa época de la figura del «Justiciazgo» para comprender al justicia y a sus lugartenientes. Conocían fundamentalmente de los procesos forales aragoneses (los de mayor arraigo eran: de inventario, de firma de Derecho, de aprehensión y de manifestación de persona). La finalidad de los mismos consistía en la protección o defensa de los súbditos en contra de los actos excesivos y arbitrarios de la autoridad real y eclesiástica, que constituían contrafuero en perjuicio de los mismos. En las Cortes de Tarazona, de 1592, se estableció que el cargo de justicia dejaba de ser inamovible y podía ser proveído por el rey, así como los nombramientos de los lugartenientes, lo que provocó el decaimiento de la institución. Los Decretos de Nueva Planta de Felipe V (1707) constituyen el antecedente formal de su desaparición.

Para CAPPELLETTI el antecedente directo del control judicial de las leyes fue la batalla de Lord Edward Coke por la supremacía del *common law*, verificada por los jueces sobre el rey y el parlamento, especialmente el célebre *Bonham's Case* de 1610. No obstante la doctrina de Coke emanada de este caso y entendida como instrumento de lucha contra el absolutismo del rey o del parlamento, en Inglaterra se consolidó la supremacía del parlamento a partir de la revolución de 1688. De esta forma estima que el antecedente directo del control judicial de la constitucionalidad de las leyes se debe a la doctrina de Sir Edward Coke, que logró acogida en los Estados Unidos y paradójicamente fue abandonada en Inglaterra y ahora en sus ex colonias, donde ha prevalecido la «supremacía del parlamento» y no la de los jueces.

Asimismo, se han encontrado instituciones en el Derecho indiano, especialmente como antecedentes del juicio de amparo mexicano. Los recursos ante las Audiencias de México y Guadalajara; el recurso de fuerza; el recurso «obedézcase pero no se cumpla»; el recurso de nulidad por injusticia notoria; y lo

que el historiador del Derecho A. LIRA GONZÁLEZ ha bautizado como el «amparo colonial», tesis seguida por BARRAGÁN BARRAGÁN y GARCÍA BELAUNDE en el Perú, cuya naturaleza en realidad corresponde a un interdicto posesorio. El propio BARRAGÁN BARRAGÁN ha puesto de relieve los cuatro amparos regulados por las Siete Partidas. Mención especial merece la obra de J. L. SOBERANES FERNÁNDEZ y F. J. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, denominada *Apuntes para la historia del juicio de amparo*, que han estudiado con profundidad desde la perspectiva histórica a la institución, desde los *amparamientos* en las Partidas, los antecedentes aragoneses, anglosajones y coloniales, antes referidos, hasta los orígenes constitucionales en Yucatán.

C) Edad Contemporánea

En este periodo se desarrollan las constituciones escritas. Las ideas de J. LOCKE y de MONTESQUIEU sobre la división del poder encuentran cálida recepción y sirven para el establecimiento de los derechos fundamentales y la limitación del poder en el constitucionalismo contemporáneo. Se consagra el principio de supremacía constitucional en el artículo VI de la Constitución de los Estados Unidos de 1787. Ya HAMILTON comentaba este principio en *El Federalista* al sostener que la Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces, de tal manera que «debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios».

El punto de inflexión del fenómeno histórico social, en su dimensión contemporánea, se suele ubicar en el paradigmático *Caso Marbury vs. Madison* resuelto por la Suprema Corte de los Estados Unidos el 24 de febrero de 1803, por el *Chief Justice* John Marshall y especialmente a través de la repercusión de la *judicial review of legislation* a nivel mundial. Si bien, como lo señala GRANT, el control judicial de las leyes no es propiamente una invención norteamericana, sino más bien la aplicación, en las constituciones escritas, de los principios y de las técnicas desarrolladas por el *common law* inglés para impedir que las corporaciones públicas y privadas traspasaran el campo de su autoridad. Incluso, antes de ese famoso y trascendental fallo de MARSHALL, el Tribunal de New Jersey en el *Caso Holmes vs. Walton* (1780), resolvió un caso de inconstitucionalidad de un estatuto local y provocó que la legislatura aceptara el criterio procediendo a su reforma. Esa práctica ya se realizaba en las entidades federativas. El juez WYTHE, maestro de MARSHALL y que integraba el Tribunal de Apelación de Virginia, entendía ese poder de los jueces sobre la legislatura si traspasaba los límites que el pueblo le ha impuesto en la constitución (*Caso Commonwealth vs. Caton*, de 1782).

CAPPELETTI advierte la influencia del control judicial de las leyes estadounidenses y señala una tendencia evolutiva común y universal del fenómeno, tanto en el *common law* como en el *civil law*, distinguiendo tres etapas o épocas, a manera de una dialéctica hegeliana (tesis, antítesis y síntesis), que denominó como «derecho natural», «derecho legal» y «justicia constitucional». En los países del *common law*, surge la primera etapa derivada del pensamiento de COKE, si bien implícita cuatro siglos antes en BRACTON, consistente en la supremacía del *common law*; la segunda época, con la Revolución de 1688, en la que se olvida la enseñanza de COKE y prevalece la supremacía del parlamento sobre la superior-

ridad del *common law*; y la tercera, cuando surgen las constituciones escritas y se establecen en los Estados Unidos de Norteamérica las cortes supremas para hacer prevalecer la «*higher law*», a partir del paradigmático caso resuelto por la Corte Suprema de 1803, si bien con ciertos precedentes anteriores resueltos por las cortes supremas estatales como el propio MARSHALL lo señala.

Esta tendencia evolutiva también puede advertirse en la familia jurídica de base romanística. En el *civil law*, estimaba que se pueden ubicar también estas tres etapas, si bien en épocas posteriores: la primera, en la que las escuelas iusnaturalistas proclamaban la inaplicabilidad de leyes contrarias al Derecho natural. Así lo advertía, por ejemplo, de la doctrina de la «*Hereuse impuissance*» (feliz impotencia) del rey de violar las «*lois fondamentales du royaume*», es decir, la doctrina francesa de la inviolabilidad de las *leges imperii*. Esta concepción del *jus naturale* que arraigó de manera importante, lo vinculaba con el pensamiento de PLATÓN y de ARISTÓTELES, y particularmente con la doctrina tomística, los filósofos estoicos y a CICERÓN. Consideró que de alguna forma constituía un precedente valioso de lo que siglos después se consolidó en el control de la constitucionalidad de las leyes. En la segunda etapa prevaleció el principio de legalidad, y en la tercera el pensamiento de KELSEN al establecer cortes especializadas para interpretar las constituciones.

En este periodo deben también mencionarse las ideas del abate SIEYÈS y el Senado Conservador de la Constitución francesa de 1799, que tuvieron impacto en el siglo XIX y en el pensamiento de C. SCHMITT. Según este autor, a la muerte de CROMWELL (1658) y después de los primeros ensayos modernos de constituciones escritas, se propuso una corporación especial, a manera del eforato espartano, que viniera a mantener la ordenación existente del *Commonwealth* y a impedir la restauración de la monarquía. Encontraron ahí su origen las ideas referentes a un «defensor de la libertad» y luego a un «defensor de la Constitución», que se abrieron paso en el círculo de HARRINGTON. Dice SCHMITT que: «Ahí tiene su origen la idea de aquellas que, a través de las cartas constitucionales de Pensilvania, llegan hasta las de la Revolución francesa. En Francia, en la Constitución del año VIII (1799) aparece el Senado como defensor (*conservateur*) de la Constitución. En este caso, también, semejante instituto precede inmediatamente a una reacción política, la de la época de Napoleón I. Por esto es doblemente interesante comprobar que el *Sénat conservateur* no desempeñó su papel tutelar de la Constitución hasta la derrota militar de Napoleón, cuando por decreto de 3 de abril de 1814 declaró que Napoleón y su familia quedaban desposeídos del trono por haber vulnerado la Constitución y los derechos del pueblo». Las argumentaciones de SCHMITT, por supuesto, están encaminadas a defender su postura ideológica relativa al decisionismo político y es por ello que acoge la doctrina de B. CONSTANT relativas al órgano moderador u órgano neutro o armónico.

Los antecedentes en estos cuatro periodos históricos sólo representan un bosquejo sin entrar en mayor detalle y en otros precedentes como los existentes en Latinoamérica en el denominado sistema Colombo-Venezolano de control constitucional de leyes (1850-1858) o la instauración del juicio de amparo en la Constitución de la República de Yucatán de 1841. Hemos tratado simplemente de señalar algunas de las instituciones, figuras, etapas, ideologías y momentos relevantes y significativos en el Derecho procesal constitucional como fenómeno histórico social, a manera de «fuentes históricas» de la disciplina, cuyo estudio

dogmático, como sucede en otras áreas del conocimiento, se desarrollaría tiempo después.

4. CONFIGURACIÓN CIENTÍFICA

La dogmática del Derecho procesal constitucional, en cambio, adquiere relevancia a partir de la creación de los Tribunales Constitucionales europeos. Especialmente de la Corte Constitucional austriaca de 1920 y particularmente del estudio de H. KELSEN publicado en París en 1928, relativo a «*La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)*». Este influyente ensayo podría representar lo que la obra de BULÖW para el Derecho procesal o la de GERBER para el Derecho constitucional, al desencadenar el comienzo de una nueva concepción dogmática y que repercutiría después en la autonomía científica de sus disciplinas. Esto no significa ignorar la importancia de otros trabajos anteriores, muy valiosos por cierto, pero que no tuvieron el impacto que causó aquel trabajo precursor de KELSEN sobre la garantía jurisdiccional de la Constitución, basamento sobre el cual se construyó lo que hoy se conoce como Derecho procesal constitucional en su dimensión científica.

Con la polémica ideológica SCHMITT-KELSEN sobre el guardián de la Constitución, los planteamientos del segundo se consolidaron y se dieron ampliamente a conocer, surgiendo una nueva corriente dogmática. A partir de ahí se inicia una transición a la luz de la corriente del procesalismo científico. Primero al advertir su existencia como disciplina autónoma (N. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO), luego su desarrollo dogmático (COUTURE, CALAMANDREI y CAPPELETTI), hasta llegar a su sistematización científica como rama autónoma procesal (FIX-ZAMUDIO). De tal suerte que es en este periodo donde estimamos debemos ubicar el nacimiento del Derecho procesal constitucional como ciencia (1928-1956).

Para una mayor claridad se pueden advertir cuatro etapas concatenando las contribuciones de estos insignes juristas, hasta llegar a su configuración sistemática como disciplina autónoma procesal:

A) Precursora (1928-1942)

Se inicia con el trabajo de cimentación teórica de KELSEN, relativo a las garantías jurisdiccionales de la Constitución (1928) y al reafirmarse su postura con la polémica que sostuvo con C. SCHMITT sobre quién debería ser el guardián de la Constitución (1931). En este periodo y en el exilio KELSEN publica en los Estados Unidos un ensayo de corte comparativo entre los controles de constitucionalidad de las leyes austriaca y norteamericana (1942), que constituye el primero en su género, por lo que si bien no tuvo un impacto significativo resulta de utilidad para la disciplina científica.

B) Descubrimiento procesal (1944-1947)

El procesalista español N. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, en sus primeros años de exilio en Argentina (1944-1945) y luego en México (1947), advierte la existen-

cia de una nueva rama procesal y le otorga denominación. En Argentina al titular su obra *Estudios de Derecho procesal (civil, penal y constitucional)* en 1944; y al año siguiente de manera expresa señala que la institución del amparo debe ser considerada dentro del Derecho procesal constitucional, en una reseña que realiza a un comentario de un libro en la *Revista de Derecho Procesal* (1945). Y en México así lo sostiene en su clásica obra *Proceso, autocomposición y autodefensa (contribución al estudio de los fines del proceso)* en 1947.

C) Desarrollo dogmático procesal (1946-1955)

Etapa en la cual el mejor procesalismo científico de la época realiza importantes contribuciones para acercarse a la tendencia del constitucionalismo. Es el periodo del estudio de las garantías constitucionales del proceso iniciada por COUTURE (1946-1948) y del análisis de la jurisdicción constitucional e instrumentos procesales de control a través de las colaboraciones de CALAMANDREI (1950-1956) y CAPPELLETTI (1955). COUTURE inicia toda una corriente dogmática en el estudio de las garantías constitucionales del proceso, especialmente del proceso civil, pero utiliza la expresión «garantía» como sinónimo de derecho fundamental y no como mecanismo procesal de defensa. CALAMANDREI estudia el fenómeno de la jurisdicción constitucional a la luz del procesalismo científico, realizando clasificaciones muy valiosas sobre la caracterización de los sistemas de justicia constitucional y analizando especialmente los efectos de las sentencias constitucionales, pero no lo realiza en su integridad ni advierte la existencia de la disciplina. CAPPELLETTI agrupa el estudio de los instrumentos procesales de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales en la categoría que denomina «jurisdicción constitucional de la libertad» que con el paso del tiempo se ha aceptado, y luego desarrolla su teoría en el ámbito supranacional, pero no emplea la expresión ni advierte la existencia de una nueva rama procesal.

D) Definición conceptual y sistemática (1955-1956)

El último eslabón constituye la definición conceptual como disciplina procesal y la realiza FIX-ZAMUDIO en su trabajo relativo a *La garantía jurisdiccional de la constitución mexicana. Ensayo de una estructuración procesal del amparo* (1955), publicado parcialmente al año siguiente en diversas revistas mexicanas (1956).

Las aportaciones de aquellos juristas son fundamentales para fraguar el primer estudio dedicado «al análisis de la disciplina científica como objeto de estudio específico» y con la intención de sistematizarla a partir de su naturaleza procesal. Se debe al jurista mexicano H. FIX-ZAMUDIO, que, recogiendo el hallazgo de su maestro y utilizando el trabajo precursor de Kelsen de 1928, así como las aproximaciones científicas de CALAMANDREI, COUTURE y CAPPELLETTI, define y le otorga los contornos científicos a la disciplina, determina su naturaleza jurídica, la conceptualiza dentro del Derecho procesal inquisitorial, le otorga un contenido específico y la distingue de lo que es propio del Derecho constitucional. Y lo hace en su tesis para lograr el grado de licenciado en Derecho (1955), cuyos capítulos fueron publicados por separado al año siguiente en diversas revistas mexicanas (1956).

En Latinoamérica, a partir de la década de los setenta del siglo pasado, la semilla científica sembrada retoma nuevos brotes por los que podríamos denominar forjadores de segunda generación. Curiosamente por dos constitucionalistas: D. GARCÍA BELAUNDE y N. P. SAGÜÉS. El primero en Perú, al advertir la existencia de la disciplina cuando emprende un análisis sobre el hábeas corpus en su país (1971); y el segundo en Argentina, al estudiar la institución del amparo (1979). En la década de los ochenta y noventa desarrollan su contenido aceptando implícita o directamente la postura inicial de FIX-ZAMUDIO de 1955-1956, sobre su autonomía procesal. A través de importantes publicaciones, organización de seminarios, congresos, conferencias y enseñanza universitaria, dan a conocer la disciplina y han contribuido de manera importante en su desarrollo científico.

D. GARCÍA BELAUNDE, si bien discrepa en cuanto al contenido que en los años sucesivos le ha otorgado FIX-ZAMUDIO relativo a la distinción con otra rama limítrofe que denomina «Derecho constitucional procesal», lo cierto es que acepta sin ambages y defiende con argumentos sólidos y propios la postura esencial del jurista mexicano: la naturaleza procesal de la disciplina. Por su parte, N. P. SAGÜÉS también acoge la vertiente procesal del Derecho procesal constitucional y acepta a su vez la confluencia del «Derecho constitucional procesal» como materia de la ciencia constitucional, si bien advierte «mutaciones y zonas comunes» que conlleva la posibilidad del análisis «mixto» de los institutos.

Estos forjadores de segunda generación se han convertido en genuinos embajadores del Derecho procesal constitucional a lo largo y ancho de Latinoamérica. Han formado «escuela» en sus respectivos países y en general en nuestro continente. Esto ha llevado incluso a la formación de institutos o asociaciones científicas como el *Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional* (2003), así como asociaciones en diversos países latinoamericanos. Desarrollo que ha propiciado las modificaciones de los planes de estudio para introducir la asignatura «Derecho procesal constitucional», como sucedió en la Facultad de Derecho de la UNAM, que se imparte a nivel licenciatura (2008) y en posgrado (2003).

5. CONTENIDO

El Derecho procesal constitucional se divide, para efectos de estudio, en cuatro sectores:

A) Derecho procesal constitucional de la libertad

Comprende el estudio de aquellos instrumentos consagrados en los textos fundamentales para la protección de los derechos fundamentales y los derechos humanos previstos en los instrumentos internacionales debidamente reconocidos por los Estados. En este sector se encuentran el amparo, el *habeas corpus*, el *habeas data*, el *ombudsman*, el procedimiento de investigación de la Suprema Corte, etcétera.

B) Derecho procesal constitucional orgánico

Se refiere al análisis de las garantías constitucionales diseñadas para dirimir conflictos competenciales y de atribuciones constitucionales entre los distintos órganos de poder, así como también la acción abstracta de inconstitucionalidad de las normas generales.

C) Derecho procesal constitucional local

Comprende el estudio de los distintos instrumentos encaminados a proteger los ordenamientos, constituciones o estatutos de los estados, provincias o comunidades autónomas. En México, a partir del año 2000 ha florecido este sector, con las modificaciones a las Constituciones de los estados de Chiapas, Coahuila, Estado de México, Guanajuato, Nuevo León, Quintana Roo, Tlaxcala y Veracruz, al consolidarse un subsistema de mecanismos locales de control y en algunos casos «salas constitucionales» (Veracruz, Quintana Roo y Estado de México) e incluso un «Tribunal Constitucional» (Chiapas).

D) Derecho procesal constitucional supranacional

Constituye un sector que cada día adquiere mayores dimensiones debido a la importancia creciente de los pactos e instrumentos internacionales, así como de tribunales internacionales, especialmente los relativos a la protección de los derechos humanos, como el Tribunal Europeo (Estrasburgo, Francia), la Corte Interamericana (San José, Costa Rica) y la Corte Africana (Arusha, Tanzania) de Derechos Humanos, que realizan una función semejante a los Tribunales Constitucionales en el ámbito interno, lo que ha generado el llamado «control de convencionalidad» de los actos y leyes nacionales, incluso de la jurisprudencia constitucional (como sucedió en el «Caso Castañeda», resuelto el 6 de agosto de 2008 condenando al Estado mexicano por violar el derecho a la protección judicial previsto en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

En cada uno de estos sectores pueden analizarse el tipo de órgano, magistratura y jurisdicción constitucional y el tipo de control, los distintos instrumentos o garantías constitucionales, y la forma y métodos de interpretación y argumentación constitucionales que realizan los tribunales especializados en sentido propio, o bien los tribunales de mayor jerarquía o inclusive los jueces ordinarios en los sistemas difusos.

Particularmente, las principales *garantías constitucionales* que integran el objeto de estudio del Derecho procesal constitucional mexicano (a nivel federal) son: i) *juicio de amparo* (arts. 103 y 107); ii) *controversia constitucional* (art. 105, fracc. 1); iii) *acción abstracta de inconstitucionalidad* (art. 105, fracc. II); iv) *procedimiento de investigación de la Suprema Corte* (art. 97, párr. 2); v) *juicio de revisión constitucional electoral* (art. 99, fracc. IV); vi) *juicio para la protección de los derechos político electorales del ciudadano* (art. 99, fracc. V); vii) *procedimiento no jurisdiccional de los derechos humanos* (art. 102, apartado «B»); viii) *juicio*

político (arts. 110 y 76, fracc. VII); ix) *responsabilidad objetiva y directa del estado* (art. 113, párr. 2); x) *desaparición de poderes por el Senado* (art. 76, fracc. V); xi) *cuestiones políticas* (art. 76, fracc. VI), y xii) *conflictos sobre límites territoriales de las entidades federativas* (art. 76, fracc. XI).

6. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

- FERRER MAC-GREGOR, E.: *Derecho procesal constitucional. Origen científico (1928-1956)*, Madrid, Marcial Pons, 2008.
- FIX-ZAMUDIO, H.: *Introducción al Derecho procesal constitucional*, México, Fundap, 2002.
- GARCÍA BELAUNDE, D.: *El Derecho procesal constitucional en perspectiva*, México, Porrúa, 2008.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Derecho procesal constitucional*, Madrid, Civitas, 1980.
- GOZAÍNI, O.: *Introducción al Derecho procesal constitucional*, Buenos Aires-Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2006.
- SAGÜÉS, N. P.: *Derecho procesal constitucional. Logros y obstáculos*, Buenos Aires, Ad-Hoc-Fundación Konrad Adenauer, 2006.
- ZAGREBELSKY, G.: *¿Derecho procesal constitucional? y otros ensayos de justicia constitucional*, México, Fundap, 2004.

II. JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL: ¿CONVERGENCIA O CONVIVENCIA? *

1. JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL. DESARROLLOS PARALELOS: EUROPA Y AMÉRICA LATINA

El Derecho procesal constitucional, como cualquier rama del Derecho, tiene una doble significación. Por un lado expresa el conjunto normativo diferenciado dentro del ordenamiento y por otro aquella disciplina jurídica especializada en su estudio. Como lo señala RUBIO LLORENTE, la delimitación de estos dos aspectos entre las diversas disciplinas jurídicas es en buena medida resultado de la convención y por tanto objeto de debate ¹.

La ciencia del Derecho procesal constitucional, es decir, considerado en su segunda connotación, se encuentra en franca expansión y desarrollo. Por lo menos en Latinoamérica. Estamos conscientes de que esto no sucede en el continente europeo, donde han arraigado las expresiones «justicia constitucional» o «jurisdicción constitucional». Mientras que esta última postura se ha desarrollado de manera notable en la dogmática constitucional debido a la expansión y consolidación de los Tribunales Constitucionales, la corriente que podemos denominar «Latinoamericana» viene paulatinamente abriéndose paso en las últimas décadas con distinto perfil. No se refiere a un simple cambio de nomenclatura. Se trata de una posición científica de dimensión sustantiva, para referirse a la nueva parcela del Derecho público que se encarga del estudio sistemático de las garantías constitucionales y de la magistratura que las conoce.

Este movimiento de autonomía científica no es pacífico en la actualidad. Los pocos e importantes autores europeos contemporáneos que de manera cons-

* Publicado en *Revista de Derecho Procesal*, Madrid, Gráficas Juma, 2008, pp. 117-139.

¹ Cfr. F. RUBIO LLORENTE, voz «Derecho constitucional», en *Enciclopedia jurídica básica*, Madrid, Civitas, 1995, t. II, pp. 2206-2208, en p. 2206.

cientemente han incursionado en el estudio de la naturaleza del Derecho procesal constitucional, le otorgan una clara especificidad constitucional (HÄBERLE)²; o tienen dudas de su configuración, si bien la aceptan como una modalidad «muy *sui generis*» (ZAGREBELSKY)³. Otros, al reflexionar sobre este movimiento latinoamericano, prefieren mantener la denominación de «justicia constitucional» sobre otras connotaciones y enfoques, al estimarla «más dúctil y omnicomprensiva» (PEGORARO)⁴; siendo escasas las posturas desde una visión más cercana a la teoría procesal (M. D'AMICO)⁵.

Es común entre los juristas europeos utilizar la expresión «Derecho procesal constitucional» como sinónimo de «justicia constitucional» (PIZZORUSSO-ROMBOLI-RUGGERI-SPADARO)⁶, por sólo mencionar la importante corriente italiana y especialmente al *Gruppo di Pisa*, cuyos encuentros científicos desde la década de los noventa han tenido repercusiones importantes sobre la *giustizia costituzionale*. Su estudio se realiza esencialmente desde la óptica estrictamente de la ciencia constitucional, circunstancia que explica sean los constitucionalistas sus principales cultivadores y no obstante el reconocimiento de la existencia de un «proceso constitucional» y que en la actuación de la Corte Constitucional existen manifestaciones propias del Derecho procesal⁷.

Esta perspectiva entiende que la «jurisdicción o justicia constitucional», «*justice constitutionnelle*» o «*giustizia costituzionale*» (como se prefiere denominar en España⁸, Francia⁹ e Italia¹⁰) forma parte del Derecho constitucional y den-

² P. HÄBERLE, «El Derecho procesal constitucional concretizado frente a la judicatura del Tribunal Federal Constitucional alemán», en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 1, enero-junio de 2004, pp. 15-44.

³ G. ZAGREBELSKY, «¿Diritto processuale costituzionale?», en *Giudizio a quo e promovimento del proceso costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1990. Existe traducción al español, junto con otros trabajos: *¿Derecho procesal constitucional? y otros ensayos de justicia constitucional*, México, Fundap, 2004.

⁴ L. PEGORARO, *Giustizia costituzionale comparata*, 2.ª ed., Torino, G. Giappichelli, 2007. Particularmente, *vid.* en el capítulo V el tema «Scienza giuridica e giustizia costituzionale: le proposte per un diritto processuale costituzionale», pp. 193-197.

⁵ M. D'AMICO, «Dalla giustizia costituzionale al diritto processuale costituzionale: spunti introduttivi», *Giurisprudenza italiana*, parte quarta, Dottrina e varietà giuridiche, 1990, pp. 480-504.

⁶ *Cfr.*, entre otros, A. PIZZORUSSO, «Uso ed abuso del diritto processuale costituzionale», en *Diritto giurisprudenziale*, a cura di M. Bessone, Torino, G. Giappichelli, 1996 [también publicado en J. MIRANDA (coord.), *Perspectivas constitucionais. Nos 20 años da Constituição de 1976*, vol. 1, pp. 889-908; R. ROMBOLI (a curi di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale*, Torino, G. Giappichelli, 1990-2002; A. RUGGERI y A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, 3.ª ed., Torino, G. Giappichelli, 2004, p. 6.

⁷ *Cfr.* el influyente estudio de G. ZAGREBELSKY, voz «Processo costituzionale», en *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffrè, 1987, vol. XXXVI, pp. 522 y ss.

⁸ Además de los importantes ensayos de M. ARAGÓN y F. RUBIO LLORENTE, *vid.*, entre otros, los siguientes libros: V. FERRERES COMELLA, *Justicia constitucional y democracia*, 2.ª ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007; E. ESPÍN TEMPLADO *et al.*, *La reforma de la justicia constitucional*, Pamplona, Aranzadi, 2006; R. ALONSO GARCÍA *et al.*, *Justicia constitucional y Unión Europea*, Madrid, Civitas, 2005; M. AHUMADA RUIZ, *La jurisdicción constitucional en Europa*, Madrid, Thomson-Civitas, 2005; L. PEGORARO, *La justicia constitucional. Una perspectiva comparada*, Madrid, Dykinson, 2004; J. J. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, Madrid, Tecnos, 2002; J. ALMAGRO NOSETE, *Justicia constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1992 (si bien este autor utilizó por primera vez la expresión «Derecho procesal constitucional» en España en el año de 1979); N. LÖSING, *La jurisdiccionalidad en Latinoamérica*, Madrid, Dykinson, 2002; F. CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Á. J. GÓMEZ MONTORO, M. MEDINA GUERRERO y J. L. REQUEJO PAGÉS, *Jurisdicción y procesos constitucionales*, 2.ª ed., Madrid, McGraw Hill, 2000; F. FERNÁNDEZ SEGADO, *La jurisdic-*

(Véanse notas 9 y 10 en página siguiente)

tro de ella debe ser estudiada, sin que existe preocupación o ánimo alguno por considerarla «rama autónoma del Derecho constitucional», es decir, que pueda tener «autonomía científica constitucional». Dicho en palabras de L. PEGORARO, «no hay ningún interés en diferentes o nuevos enfoques sobre el tema»¹¹. Al reflexionar sobre la cuestión, ZAGREBELSKY señala: «Por cuanto me consta, la

ción constitucional en España, Dykinson, Madrid, 1997; D. GARCÍA BELAUNDE y F. FERNÁNDEZ SEGADO (coords.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1997; M. MONTORO PUERTO, *Jurisdicción constitucional y procesos constitucionales*, 2 vols., Madrid, Colex, 1991; J. J. GONZÁLEZ RIVAS, *La justicia constitucional: Derecho comparado y español*, Madrid, Edersa, 1985.

⁹ Entre las obras publicadas en Francia destacan: C. GREWE, O. JOUANJAN, E. MAULIN y P. WACHSMANN (coords.), *La notion de «justice constitutionnelle»*, Paris, Dalloz, 2005; M. FROMONT, *La justice constitutionnelle dans le monde*, Paris, Dalloz, 1996; F. MODERNE, *Sanctions administratives et justice constitutionnelle*, Economica-PUAM, 1993; D. ROUSSEAU, *La justice constitutionnelle en Europe*, Paris, Montchrestien, 1992; B. POUILLAIN, *La pratique française de la justice constitutionnelle*, Paris, Economica, 1990; P. BON, F. MODERNE e Y. RODRÍGUEZ, *La justice constitutionnelle en Espagne*, Paris, Economica-PUAM, 1984; Ch. EISENMANN, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, Paris, LGDJ, 1928; además del *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, Economica Presses Universitaires d'Aix-Marseille-PUAM, publicado desde 1985 bajo la dirección de Louis Favoreu y del «Groupe d'Etudes et de Recherches sur la Justice Constitutionnelle», en *Aix-en-Provence*.

¹⁰ Las obras publicadas en Italia que utilizan esa denominación, entre otras, A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, 5.ª ed., Milano, Dott. A. Giuffrè, 2007; L. PEGORARO, *Giustizia costituzionale comparata*, Torino, G. Giappichelli, 2007; E. MALFATTI, S. PANIZZA y R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, 2.ª ed., Torino, G. Giappichelli, 2007; F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2007; R. BALDUZZI y P. COSTANZO (coords.), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, Torino, G. Giappichelli, 2007; L. MEZZETTI et al., *La giustizia costituzionale*, Padua, Cedam, 2007; S. M. CICONNETTI, *Lezioni di giustizia costituzionale*, 3.ª ed., Torino, G. Giappichelli, 2006; G. ROLLA, *Scritti sulla giustizia costituzionale*, Génova, ECIG, 2006; AAVV, *L'accesso alla giustizia costituzionale. Caratteri, limiti, prospettive di un modello*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006; P. PASQUINO y B. RANDAZZO, *La giustizia costituzionale ed i suoi utenti. Atti del Convegno internazionale (Milano, 14 aprile 2005)*, Milano, Dott. A. Giuffrè, 2006; F. S. MARINI, *Appunti di Giustizia costituzionale*, Torino, G. Giappichelli, 2005; A. RUGGERI y A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, 3.ª ed., Torino, G. Giappichelli, 2004; F. TERESI, *Elementi di giustizia costituzionale*, Bari, Cacucci, 2004; Á. DI GREGORIO, *La giustizia costituzionale in Russia. Origini, modelli, giurisprudenza*, Milano, Dott. A. Giuffrè, 2004; M. OLIVETTI y T. GROPPI (coords.), *La giustizia costituzionale in Europa*, Milano, Dott. A. Giuffrè, 2003; F. FERNÁNDEZ SEGADO, *La giustizia costituzionale nel XXI secolo. Il progressivo avvicinamento del sistema americano ed europeo-kelseniano*, CCSDD, Bologna, Bonomo, 2003; N. SAITTA, *La camera di consiglio nella giustizia costituzionale*, Milano, Dott. A. Giuffrè, 2003; M. D'AMICO, *Lezioni di giustizia costituzionale. Il giudizio in via incidentale*, Milano, CUSL, 2003; E. CRIVELLI, *La tutela dei diritti fondamentali e l'accesso alla giustizia costituzionale*, Padua, CEDAM, 2003; T. MARTINES, *Fonti del diritto e giustizia costituzionale*, Milano, Dott. A. Giuffrè, 2000; G. DE VERGOTTINI (coord.), *Giustizia costituzionale e sviluppo democratico nei Paesi dell'Europa Centro-Orientale*, Torino, G. Giappichelli, 2000; R. TARCHI (coord.), *Esperienze di giustizia costituzionale*, 2 vols., Torino, G. Giappichelli, 2000; M. R. MORELLI, *Funzioni della norma costituzionale, meccanismi di attuazione, procedure di garanzia. Il sistema italiano di giustizia costituzionale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2000; P. HÄBERLE, *La verfassungsbeschwerde nel sistema della giustizia costituzionale tedesca*, Milano, Dott. A. Giuffrè, 2000; J. LUTHER, R. ROMBOLI y M. MAZZA, *La giustizia costituzionale in Europa Orientale*, Padua, CEDAM, 1999; P. PINNA, *La costituzione e la giustizia costituzionale*, Torino, G. Giappichelli, 1999; L. PEGORARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*, Torino, G. Giappichelli, 1998; F. SORRENTINO, *Lezioni sulla giustizia costituzionale*, Torino, G. Giappichelli, 1998; M. D'AMICO y V. ONIDA, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi. Materiali di giustizia costituzionale. Il giudizio in via incidentale*, Torino, G. Giappichelli, 1997; V. ANDRIOLI, *Studi sulla giustizia costituzionale*, Milano, Dott. A. Giuffrè, 1992; G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, 2.ª ed., Torino, Il Mulino, 1988; H. KELSEN, *La giustizia costituzionale*, Torino, G. Giappichelli, 1981; M. ANGELICI, *La giustizia costituzionale*, Milano, Dott. A. Giuffrè, 1974.

¹¹ Cfr. la encuesta que respondió a la obra D. GARCÍA BELAUNDE y E. ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, *Encuesta sobre Derecho procesal constitucional*, México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2006, p. 72.

fórmula “Derecho procesal constitucional” aunque no es usada con frecuencia, no ha entrado hasta ahora en el léxico jurídico utilizado habitualmente. Además en los casos en los cuales se hace uso de ésta, no aparece que sea con una particular e intencional riqueza conceptual»¹². Y bajo ese tamiz de pertenencia a lo estrictamente constitucional aparece como un apartado en los libros de texto, en los programas de estudio universitarios o en los congresos generales sobre Derecho constitucional¹³.

La tendencia se advierte también en el ámbito iberoamericano, desde el *II Coloquio Iberoamericano de Derecho Constitucional*, cuya temática central fue *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*, celebrado en el Hotel Sochagota, en Paipa, Colombia, del 7 al 11 de noviembre de 1977¹⁴; y de los Congresos Iberoamericanos¹⁵ o Congresos Mundiales¹⁶ de Derecho Constitucional, al abordar en sus temáticas a la justicia constitucional o *judicial review* como parte de esta disciplina. No obstante, en el *I Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional* (México, 1975), se enfatizó en la necesidad de la vinculación entre las ramas del Derecho constitucional y del Derecho procesal, al reflejarse en una de las conclusiones del evento: «Es necesaria una mayor aproximación entre los constitucionalistas y los cultivadores del procesalismo científico, con el objeto de estudiar con mayor profundidad y en forma integral las materias que corresponden a las zonas de confluencia entre ambas disciplinas y que tienen relación directa con la función del organismo judicial»¹⁷.

Desde el campo del procesalismo se le ha prestado poca atención, como se advierte de los Congresos Mundiales¹⁸ e Iberoamericanos¹⁹ de Derecho proce-

¹² G. ZAGREBELSKY, *¿Derecho procesal constitucional? y otros ensayos de justicia constitucional*, op. cit., p. 16.

¹³ Así sucede también en otros países, por ejemplo, en Portugal, donde el *Direito procesal constitucional* es considerado por importantes constitucionalistas como un apartado del Derecho constitucional. Cfr., entre otros, J. MIRANDA, *Manual de direito constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, t. I, 7.^a ed., p. 18 y t. VI; 2.^a ed., pp. 60-63; y J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 2.^a reimpresión de la 7.^a ed., Coimbra, Almedina, 2003, especialmente el título 6, capítulo 3: *Direito procesal constitucional*, pp. 965-975.

¹⁴ Vid. la memoria de este evento: *II Coloquio Iberoamericano de Derecho Constitucional. La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1984.

¹⁵ Hasta la fecha se han realizado IX Congresos Iberoamericanos: I: Ciudad de México (1975); II: Ciudad de México (1980); III: Ciudad de México (1985); IV: Madrid (1988); V: Querétaro (1994); VI: Bogotá (1998); VII: Ciudad de México (2002); VIII: Sevilla (2003); IX: Curitiba, Brasil (2006). El X Congreso Iberoamericano tendrá lugar en Lima, Perú, en 2009. En general, sobre la historia del Instituto y las temáticas desarrolladas, vid. el trabajo de J. CARPZO, *Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 1974-2004*, México, UNAM, 2004.

¹⁶ Los Congresos Mundiales de Derecho Constitucional se organizan por la *International Association of Constitutional Law*, fundada en 1981. Hasta la fecha se han realizado VII Congresos. Los dos últimos tuvieron lugar en Santiago de Chile (enero, 12-16, 2004) y en Atenas, Grecia (junio, 11-15, 2007). El VIII Congreso se realizará en la ciudad de México en 2010.

¹⁷ Cfr. H. FIX-ZAMUDIO y S. VALENCIA CARMONA, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, 5.^a ed., México, Porrúa-UNAM, 2007, p. 227.

¹⁸ Hasta la fecha se han realizado XIII Congresos Mundiales, organizados por la Asociación Internacional de Derecho Procesal: I: Florencia (1950); II: Viena (1953); III: Munich (1957); IV: Atenas (1967); V: México (1972); VI: Gante (1977); VII: Wurzburg (1983); VIII: Utrecht (1987); IX: Coimbra-Lisboa (1991); X: Taormina (1995); XI: Viena (1999); XII: México (2003); XIII: Bahía (2007). El XIV Congreso Mundial se desarrollará en Berlín en 2011.

¹⁹ Las primeras Jornadas se realizaron en Montevideo en 1957, al año de fallecimiento de E. J. COUTURE y como homenaje a su memoria. Actualmente se denominan Jornadas Iberoamericanas

sal. Algunos coloquios o congresos internacionales se han relacionado con la temática debido a la influencia de COUTURE o CAPPELETTI²⁰. En las Jornadas Iberoamericanas se ha estudiado especialmente el tema del amparo o las garantías constitucionales del proceso, lo que propició incluso que se propusieran unas «Bases Uniformes para un amparo Latinoamericano»²¹, o unas «Bases constitucionales para un proceso civil justo»²². Sólo en las *XIX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal* celebradas en Caracas (2004), uno de los temas específicos fue «El Derecho procesal constitucional»²³, y en las *XXI Jornadas Iberoamericanas* se dedicará un apartado a los «Procesos Constitucionales»²⁴. El poco interés y desarrollo mostrado por los procesalistas resulta paradójico si se tiene en consideración que los orígenes científicos de la disciplina fueron establecidos por eminentes procesalistas, como veremos más adelante, que advirtieron el fenómeno de la constitucionalización del ordenamiento jurídico y de la creación de procesos y jurisdicciones especializadas en lo constitucional, lo que provocó su acercamiento a la ciencia constitucional, a la luz del penetrante pensamiento que iniciara KELSEN en su famoso artículo de 1928.

Ante estas dos posturas de «apoderamiento» y de «ausencia», en el nuevo milenio se aprecia un acercamiento creciente entre constitucionalistas y procesalistas al tratar de consolidar al Derecho procesal constitucional como disciplina jurídica autónoma. En ese diálogo interdisciplinario, que trata de abrir nuevos enfoques a la disciplina, se pueden advertir en general dos posturas de autonomía. La vertiente que la considera «autónoma mixta», al estimar que debe construirse bajo los conceptos, métodos y estructuras del Derecho constitucional y

de Derecho Procesal, auspiciadas por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Se celebran por lo general cada dos años. Las Jornadas se han efectuado en: I: Montevideo (1957); II: México (1960); III: São Paulo (1962); IV: Caracas-Valencia (1967); V: Bogotá-Cartagena de Indias, (1970); VI: Valencia, Venezuela (1978); VII: Guatemala (1981); VIII: Quito (1982); IX: Madrid (1985); X: Bogotá (1986); XI: Río de Janeiro (1988); XII: Mérida, España (1990); XIII: Cuernavaca (1992); XIV: La Plata (1994); XV: Bogotá (1996); XVI: Brasilia (1998); XVII: San José (2000); XVIII: Montevideo (2002); XIX: Caracas (2004); XX: Málaga (2006). Las XXI Jornadas Iberoamericanas tendrán lugar en octubre de 2008 en Lima, Perú.

²⁰ Uno de los temas del II Congreso Mundial de Derecho Procesal, celebrado en Viena, del 5 al 8 de octubre de 1953, fue «Las garantías constitucionales del proceso», con la participación de COUTURE. El VII Congreso Mundial celebrado en Wurzburg (1983) tuvo como eje central «la efectividad de la protección judicial y el orden constitucional», promovido por CAPPELETTI. Y también promovido por este jurista, destaca en 1988 la celebración del congreso Extraordinario en ocasión del noveno centenario de la Universidad de Bolonia, relativo a «la protección judicial de los derechos humanos a nivel nacional e internacional».

²¹ *Vid.* la propuesta de H. FIX-ZAMUDIO en las IV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, celebradas en Caracas y Valencia, Venezuela, los últimos días de marzo y primeros de abril de 1967, para unas «Bases Uniformes para un amparo Latinoamericano». Propuesta también encabezada por A. RIVAS y A. M. MORELLO; *vid.* de este último «El amparo. Una ley uniforme para Hispanoamérica», en *XIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, México, UNAM, 1993, pp. 575-580.

²² *Vid.* la ponencia presentada por J. OVALLE FAVELA, en las XX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, celebradas en Málaga, en octubre de 2006.

²³ Si bien con un enfoque más cercano al «Derecho constitucional procesal» propiamente dicho, que al «Derecho procesal constitucional, ya que sólo se abordó el debido proceso como garantía constitucional. *Cfr.* las ponencias de J. ALMAGRO NOSETE, «Garantía del proceso justo (o debido)» y T. BAUMEISTER TOLEDO, «Garantías procesales de un proceso justo», en *Temas de Derecho procesal. XIX Jornadas Iberoamericanas y V Congreso venezolano de Derecho procesal. Homenaje a José Rodríguez Urraca y José Gabriel Sarmiento Núñez*, Caracas, Invedepro, 2004, pp. 87-115 y 117-143.

²⁴ Las XXI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal tendrán lugar en Lima, en octubre de 2008.

del Derecho procesal. Esta postura, atractiva sin lugar a dudas, nos debe llevar a la reflexión de si existen en realidad disciplinas jurídicas «mixtas» o bien si la tendencia contemporánea de cualquier materia es el enfoque multidisciplinario, con independencia de su propia naturaleza de pertenencia a una particular rama jurídica.

Una segunda corriente, la expuesta por FIX-ZAMUDIO desde 1955-1956, defiende la «autonomía procesal», tratando de establecer los principios y cimientos como rama de naturaleza procesal, de tal suerte que sea tan autónoma como el Derecho procesal civil o procesal penal lo son del Derecho civil o penal. Esta postura, en general, estima que si bien el Derecho procesal constitucional comparte los conceptos tradicionales de la teoría del proceso, existen particularidades y categorías propias que deben construirse y diferenciarse especialmente del tradicional proceso civil que contribuyó a sentar las bases generales del proceso, y de ahí avanzar en las categorías que caracterizan al proceso constitucional. Bajo este último enfoque, incluso, se distinguen las posturas tradicionales y las que pretenden introducir nuevas variantes a la teoría del proceso, tratando de «compartir» o establecer «categorías comunes» entre las dos disciplinas tradicionales o bien construir «categorías propias», utilizando las existentes en el Derecho procesal y con un acercamiento importante al Derecho constitucional, en aras de abonar en la formación científica y autónoma del Derecho procesal constitucional.

2. ¿CONVERGENCIA O CONVIVENCIA?

De lo dicho en el epígrafe anterior se advierten las dos posturas dominantes sobre la naturaleza del Derecho procesal constitucional: 1) *La europea*, que sin entrar en el deslinde con el procesalismo científico la considera como parte de estudio de la ciencia constitucional con la denominación mayoritaria de «justicia constitucional», y 2) *la latinoamericana*, que defiende su autonomía científica con dos vertientes: a) «autonomía mixta», al estimar que deben considerarse los principios, instituciones, metodología y técnicas del Derecho constitucional y del Derecho procesal, y b) «autonomía procesal», que partiendo de la teoría general del proceso deben construirse sus propias categorías, principios e instituciones, si bien con un acercamiento importante al Derecho constitucional. Esta última postura es la más aceptada y la que se ha ido paulatinamente consolidando. Si bien es una disciplina procesal, los vasos comunicantes con el Derecho constitucional son intensos, incluso con mayores proyecciones que las demás ramas procesales respecto a las materias sustantivas (procesal civil o penal, respecto al Derecho civil o penal, por ejemplo), debido a que en muchas ocasiones sus categorías se encuentran en la propia Constitución.

No es el momento de entrar al análisis detallado de cada postura. La primera pertenece a la ciencia constitucional. La segunda reivindica su autonomía científica. El objeto de estudio de ambas, sin embargo, se aproxima a tal grado que en algunas ocasiones parece ser el mismo y todo depende del enfoque con el cual se analice.

Ante este panorama debemos preguntarnos si en realidad ¿son excluyentes? o bien ¿pueden coexistir estas dos posturas? Esta es una cuestión de fondo sobre la cual poco se ha reflexionado.

Pareciera que en el horizonte se vislumbran dos posibilidades: la convergencia o la convivencia.

A) ¿Se puede llegar a una única postura? Y si es así, ¿cómo la denominaríamos y cuál sería su contenido y encuadre científico? ¿Será procesal, constitucional o mixta? ¿En realidad existen las disciplinas mixtas? O más bien se debe utilizar el moderno enfoque interdisciplinario en el estudio de las disciplinas, con independencia de su naturaleza jurídica.

El llegar a una convergencia entre las dos corrientes descritas también podría llevar a la aceptación convencional de una sobre la otra. Por ejemplo, la aceptación del Derecho procesal constitucional como la última fase del desarrollo científico del fenómeno de lo que en un primer momento se denominó jurisdicción constitucional. Esta es la postura de D. GARCÍA BELAUNDE, que defiende y ha dado a conocer desde hace tiempo. Su tesis queda reflejada en un libro que lleva el sugestivo título *De la jurisdicción constitucional al Derecho procesal constitucional*²⁵. Postura que bajo diferente enfoque desde Italia advertía M. D'AMICO, en su ensayo denominado precisamente «Dalla giustizia costituzionale al diritto processuale costituzionale: spunti introduttivi»²⁶. En este último ensayo la autora enfatiza sobre el origen procesal de la justicia constitucional y realiza consideraciones importantes sobre las particularidades de los procesos constitucionales y del Derecho procesal constitucional a la luz de la teoría procesal²⁷.

O también pudiera suceder al revés, que el fenómeno adquiera tal caracterización científica desde la dogmática constitucional que prevalezca y sea convencionalmente aceptada en el campo de estudio de la ciencia constitucional y la ciencia procesal, a manera de una etapa evolutiva de lo que hasta ahora se ha desarrollado especialmente en el viejo continente a través de la denominada justicia constitucional. Esto implicaría, a la vez, que la pretendida emancipación del Derecho procesal constitucional quede mermada y como un mero intento científico que nunca logró cuajar lo suficiente.

B) También puede suceder que no se llegue a una convergencia, sino a una aceptación mutua de las posturas. Esto ocurriría si ambas adquieren madurez científica, de tal suerte que su construcción sea simultánea y convencionalmente aceptada por la ciencia constitucional y la dogmática procesal. Implica que al margen del importante desarrollo dogmático constitucional que los especialistas en Derecho constitucional han realizado de la «justicia constitucional», se inicie una genuina etapa reivindicatoria en la construcción teórica del proceso constitucional desde el procesalismo científico. Lo cual no ha sucedido hasta el momento. Parece ser una «zona vedada» para el desarrollo científico procesal (por lo menos así se advierte en Europa, salvo excepciones), no obstante los avances incuestionables del proceso civil y del proceso penal, así como la construcción de otras ramas como el proceso administrativo y laboral, o los que se encuentran en fase de desarrollo como el proceso electoral. El desarrollo científico del proceso constitucional pareciera uno de los pendientes inaplazables que deben

²⁵ Esta obra cuenta con cuatro ediciones. Las últimas dos ediciones aparecen en México (Fundap, 2004) y Perú (Grijley, 2003).

²⁶ *Giurisprudenza italiana, op. cit.*

²⁷ *Cfr. op. últ. cit.*, especialmente el apartado sobre «“Giustizia costituzionale” o “diritto processuale costituzionale”», pp. 490-495.

afrontar los procesalistas. Este desarrollo podría llevar a esta convivencia si se logran acuerdos mutuos de aceptación de lo que es estrictamente procesal y de lo que es materia constitucional, o bien aceptando un solo camino compartido de desarrollo científico. De lo contrario la convergencia llevaría a la imposición de una visión sobre la otra, lo cual de suyo no es malo si se acepta convencionalmente.

La disyuntiva entre la «convergencia» (con la consecuencia de la posible desaparición o asimilación de una hacia otra) o la «convivencia» de ambas está latente y el tiempo dará la respuesta. En el fondo la «convivencia», como sucede en la actualidad, debería llevar a la «convergencia» de posturas (no de rechazo de la existencia de una u otra) y así reconducir los planteamientos hacia posibles encuentros que posibiliten hablar de categorías compartidas. Por ejemplo, las categorías «proceso constitucional» y «jurisdicción constitucional» ¿deben ser exclusivas de alguna de ellas? O más bien pertenecen a ambas, aunque con enfoques distintos. La «jurisdicción constitucional» como el «proceso constitucional», en tanto «proceso» y «jurisdicción» son instituciones procesales fundamentales de la dogmática procesal y que han alcanzado un desarrollo importante en otras ramas procesales. Sucede también que los «procesos constitucionales» y las «jurisdicciones constitucionales» (Tribunales Constitucionales, salas constitucionales, etc.) están previstos en las propias leyes supremas, lo que significa que deben ser tratadas por la ciencia constitucional, por ser la constitución su objeto de estudio. ¿Puede la ciencia constitucional o la dogmática procesal apropiarse de estas categorías? ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO apuntaba cómo, por ejemplo, podemos saber lo que es la «jurisdicción», pero no sabemos dónde está, si en el campo procesal o en el constitucional²⁸.

Entendemos, por consiguiente, que en el futuro pudiera convencionalmente llegar a aceptarse el reconocimiento de una «justicia constitucional» en clave constitucionalista, es decir, como enfoque de estudio de la dogmática constitucional, como se ha venido estudiando especialmente a partir de la consolidación de los Tribunales Constitucionales europeos después de la Segunda Guerra Mundial. Y también la existencia de un «Derecho procesal constitucional» como disciplina autónoma procesal (con ascendencia constitucional, en mayor o menor medida) que tenga su propio objeto y perspectiva. Lo importante —y a la vez complicado— será deslindar las «zonas límites» o «zonas compartidas» del Derecho procesal constitucional con respecto a la justicia constitucional y viceversa.

Si esta «convivencia» se acentúa, debemos entonces avanzar hacia la delimitación entre la «justicia constitucional» y el «Derecho procesal constitucional», teniendo en consideración que ambas forman parte del Derecho público y como una fase de desarrollo en la separación metodológica de las disciplinas jurídicas, que iniciara en el siglo XIX. La distinción entre una y la otra radica en que la primera es ciencia constitucional y la segunda es ciencia procesal. La justicia constitucional es parte del objeto del Derecho constitucional, a manera de uno de sus elementos que lo conforman. El Derecho procesal constitucional pertenece a la dogmática procesal, con la misma autonomía que han alcanzado sus diversas ramas y bajo la unidad de la teoría o los principios generales del proceso,

²⁸ N. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *Proceso, autocomposición y autodefensa (contribución al estudio de los fines del proceso)*, 3.ª ed., México, UNAM, 1991, p. 103.

si bien con una estrecha relación con el Derecho constitucional en la medida en que en muchos casos sus categorías se encuentran en los textos constitucionales. La justicia constitucional, como parte de un todo, debe limitar su superficie a los propios de la disciplina que la contiene. El Derecho procesal constitucional, como una disciplina autónoma procesal, necesariamente tendrá una cobertura mayor en su objeto de estudio y con enfoques diversos, debiendo crear sus propios conceptos, categorías e instituciones que la distingan de las demás ramas procesales. En todo caso, debe privilegiarse el estudio interdisciplinario de la disciplina constitucional y la procesal para llegar a posturas más avanzadas en su desarrollo.

En este sentido, desde la mejor dogmática contemporánea (procesal y constitucional) se han realizado esfuerzos muy serios para iniciar el deslinde de las ciencias procesal y constitucional, con respecto al «Derecho procesal constitucional». Por una parte, FIX-ZAMUDIO, apoyándose en las ideas de COUTURE sobre las garantías constitucionales del proceso civil, elaboró la tesis relativa a la existencia de una nueva disciplina limítrofe denominada «Derecho constitucional procesal» (como parte del Derecho constitucional) que comprende aquellas instituciones procesales elevadas a rango constitucional. Esta postura fue trazada para delinear lo que es propiamente objeto de estudio del «Derecho procesal constitucional» (como rama procesal), de aquella que corresponde a la ciencia constitucional y a pesar de tratarse de categorías procesales. Sobre el particular volveremos más adelante y sólo advertimos por el momento que la distinción ha sido acogida por un buen número de juristas no sin ciertas dudas también por un sector de la doctrina. El propio FIX-ZAMUDIO también distingue entre las connotaciones de «justicia constitucional» y «Derecho procesal constitucional». Considera que no son incompatibles y más bien resultan complementarios en la medida que la «justicia constitucional» se refiere al conjunto de instrumentos tutelares que conforman el contenido del «Derecho procesal constitucional», siendo esta última la disciplina científica que los estudia²⁹.

Otro esbozo (con poco eco hasta ahora) lo ha realizado G. ZAGREBELSKY desde la teoría de la justicia constitucional. En un importante seminario realizado en el *Palazzo della Consulta* en Roma, los días 13 y 14 de noviembre de 1989, se preguntaba si es posible hablar y en qué términos de un Derecho procesal constitucional. Partiendo de una concepción del «proceso constitucional» diferenciada del «procedimiento», de la *lex* (derecho objetivo) y *iura* (derecho subjetivo), llega a visualizar los dos bienes tutelados en el proceso constitucional: los derechos constitucionales y la constitucionalidad del Derecho objetivo; y advierte la tensión de los mismos cuando se trata de la resolución de controversias constitucionales. Señala la tendencia de la «visión objetiva» del juicio constitucional, entendida como institución para la garantía de la coherencia del ordenamiento respecto a la Constitución, más que como instrumento directo de defensa de los derechos constitucionales. El profesor de Derecho constitucional de la Universidad de Turín, si bien analiza específicamente a la Corte Constitucional italiana,

²⁹ *Vid.*, entre otros, las palabras que pronunció en la inauguración del I Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional. *Cf.*: E. FERRER MAC-GREGOR y A. ZALDÍVAR LELO DE LARREA, *Procesos constitucionales. Memoria del I Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional*, México-UNAM, 2007, pp. XVII-XIX, en p. XVIII.

resalta que las cortes constitucionales no deben ser sólo instrumentos del aparato de gobierno, sino órganos de las expectativas de justicia que provienen de la sociedad, enfatizando que «no existe expectativa posible sin un proceso. No se puede ni siquiera imaginar a un juez sin un Derecho procesal: sería un gestor arbitrario de las posiciones sobre las cuales se encuentra decidiendo pero, si así fuera, no podríamos considerarlo un juez, si a esta palabra queremos dar un sentido y un valor»³⁰.

El hoy presidente emérito de la Corte Constitucional italiana pone el dedo en la llaga cuando advierte y reconoce que «ha faltado una reivindicación, coherente en los resultados, de autonomía de la reflexión constitucionalista con relación a la procesalista». Termina su reflexión respondiendo afirmativamente sobre la existencia de esta disciplina: «Un Derecho procesal constitucional, sí, pero *sui generis* —es más: muy *sui generis*—, que comprenda en sí pluralidad de perspectivas, que deben reconstruirse alrededor de bienes jurídicos múltiples. Un Derecho procesal capaz de comprender las razones no siempre coincidentes de la tutela subjetiva de los derechos constitucionales, pero también las razones de la tutela objetiva de la Constitución»³¹.

A partir de estas premisas podría iniciarse un encuentro reflexivo entre constitucionalistas y procesalistas para abonar en la madurez científica de sus disciplinas, que en ocasiones parecieran dos puntas de icebergs aislados aunque unidos debajo del mismo mar.

3. HACIA LA CONSOLIDACIÓN DE UNA DISCIPLINA AUTÓNOMA

Con independencia del enfoque con el cual se mire al fenómeno en cuestión, que dependerá en gran medida de la formación personal que se tenga y de la intención pretendida, lo cierto es que la «autonomía científica» del Derecho procesal constitucional se abre paso hacia su consolidación. Lo anterior se advierte, por lo menos, desde tres ángulos vinculados estrechamente a su carácter científico, a saber, en la creación de institutos o asociaciones, en la enseñanza del Derecho y en la doctrina jurídica.

A) Asociaciones científicas

Por una parte se han creado institutos y asociaciones científicas para su estudio. Desde la década de los ochenta del siglo pasado, se creó el *Centro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional* (1989)³², que luego se transformó en el *Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional* (2003)³³, con

³⁰ G. ZAGREBELSKY, *¿Derecho procesal constitucional? y otros ensayos de justicia constitucional*, op. cit., p. 38.

³¹ *Ibid.*, p. 57.

³² Impulsado por N. P. SAGÜÉS. El antecedente es el *Centro Interdisciplinario de Derecho Procesal Constitucional*, creado en 1987-1991 y cuya sede es la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, de la Pontificia Universidad Católica Argentina.

³³ El acta constitutiva del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, puede consultarse en la *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa, núm. 1, enero-junio de 2004, pp. 311-312. La página electrónica del Instituto es www.iidpc.org.

motivo de la celebración del *I Encuentro* celebrado en la ciudad de Rosario, Argentina, conjuntamente con las *VII Jornadas Argentinas de Derecho Procesal Constitucional*³⁴.

El *Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional* ha realizado *IV Encuentros*³⁵. También se han creado asociaciones nacionales, como en Argentina³⁶, Chile³⁷, Colombia³⁸, México³⁹ y Perú⁴⁰, organizando periódicamente congresos sobre la materia.

B) Enseñanza universitaria

Este florecimiento de la disciplina también ha repercutido en su enseñanza⁴¹. En época reciente, los planes de estudio de las escuelas, facultades y departamentos de Derecho han sido objeto de revisión y actualización, para incorpo-

³⁴ Vid. la reseña de este evento en J. F. PALOMINO MANCHEGO, «Crónica del I Encuentro Latinoamericano de Derecho Procesal Constitucional (Rosario, Argentina, 21 y 22 de agosto de 2003)», en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 1, op. últ. cit., pp. 305-310.

³⁵ Son los siguientes: I Encuentro, Rosario, Argentina (2003); II Encuentro, San José, Costa Rica (2004); III Encuentro, La Antigua, Guatemala (2005); IV Encuentro, Santiago de Chile, Chile (2006). El V Encuentro se realizará en Cancún, México, en mayo de 2008.

³⁶ El Centro Argentino de Derecho Procesal Constitucional ha realizado hasta la fecha IX Encuentros. El último tuvo lugar en la Universidad del Salvador, en Buenos Aires, el 7 y 8 de septiembre de 2006. Se dedicó a la memoria de G. J. BIDART CAMPOS.

³⁷ Se creó la *Asociación Chilena de Derecho Procesal Constitucional* en julio de 2004 por la propuesta de H. NOGUEIRA ALCALÁ, que ha impulsado la materia desde hace muchos años a través de congresos y seminarios internacionales, con el apoyo de la Universidad de Talca y como presidente de la *Asociación Chilena de Derecho Constitucional*. El IV Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional se llevó a cabo en la Universidad Diego Portales en Santiago, con la denominación: «Los desafíos del Derecho procesal constitucional a inicios del siglo XXI».

³⁸ Como la *Asociación Colombo-Venezolana de Derecho Procesal Constitucional*, en la ciudad de Cúcuta, Colombia, promovida por E. REY CANTOR. En época reciente, también A. GIACOMETTE FERRER organizó un congreso internacional sobre la materia en la Universidad de Rosario, en Bogotá, los días 2 y 3 de junio de 2005. Actualmente, se encuentra en fase de formación el Instituto Colombiano de Derecho Procesal Constitucional. Lo anterior, con independencia del dinamismo y consolidación que tiene el Instituto Colombiano de Derecho Procesal, que preside el destacado procesalista J. PARRA y que en sus Congresos anuales se abordan cuestiones de Derecho procesal constitucional.

³⁹ Se creó el *Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional* con motivo del Coloquio Internacional sobre la materia, celebrado en la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León, en Monterrey (23-25 de septiembre de 2004). El acta constitutiva del Instituto y la crónica de dicho evento pueden verse en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, enero-junio de 2005, núm. 3, pp. 491-498 y 499-500. El Instituto Mexicano ha celebrado: el I Congreso, también en Monterrey, en la misma Universidad (8-10 de septiembre de 2005) y el II Congreso (29 de mayo al 1 de junio de 2007) en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Las «crónicas» de ambos eventos aparecen en la *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 5 (enero-junio de 2006), pp. 427-435; y núm. 8 (julio-agosto de 2007), pp. 565-580.

⁴⁰ En el Perú se creó una «sección» dentro del Instituto Peruano de Derecho Constitucional. Esta asociación fue impulsada por D. GARCÍA BELAUNDE y actualmente la preside F. J. EGUIGUREN PRAELI. Se han efectuado dos congresos peruanos sobre la materia, ambos realizados por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad «Los Andes» en la ciudad de Huancayo, Perú, debido a su decano doctor Miguel Vilcapoma Ignacio. El I Congreso (18-20, noviembre de 2004) se dedicó a la memoria de G. J. BIDART CAMPOS y el II Congreso (24-26, mayo de 2007), dedicado a H. FIX-ZAMUDIO.

⁴¹ Cfr.: nuestra ponencia «El Derecho procesal constitucional en las Universidades. Necesidad y variables», presentada en el III Congreso Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, La Antigua, Guatemala, 7-9 de diciembre de 2005.

rar de manera específica una nueva asignatura denominada «Derecho procesal constitucional».

Esta tendencia se aprecia con claridad en la currícula de pregrado y posgrado de varias Universidades latinoamericanas, especialmente en Argentina⁴², Bolivia⁴³, Brasil⁴⁴, Chile⁴⁵, Colombia⁴⁶, Costa Rica⁴⁷, Guatemala⁴⁸, El Salvador⁴⁹,

⁴² Se debe a N. P. SAGÜES la inauguración en 1982 del primer curso de posgrado en Argentina sobre Derecho procesal constitucional, que impartió en la Universidad de Belgrano. En 1986, la primera cátedra en la Universidad Notarial Argentina y en 1988 como curso de doctorado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Rosario, de la Universidad Católica Argentina. Cfr. la obra de SAGÜES, «Derecho procesal constitucional», t. I, así como el relato de S. R. J. FRANCO, en la reseña que hace a los cuatro tomos de SAGÜES, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 2, julio-diciembre de 2004, pp. 379-382, en p. 379. Actualmente esa materia se imparte como asignatura optativa en varias Universidades, como la Pontificia Universidad Católica Argentina, la Universidad Nacional de Rosario, en Tucumán, en Mar de Plata o en el ciclo profesional orientado en la Universidad de Buenos Aires, como nos relatan SAGÜES y GOZAÍNI, en D. GARCÍA BELAUNDE y E. ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, *Encuesta sobre Derecho procesal constitucional*, op. cit., pp. 27 y 28. También desde el año 2000 se imparte a nivel pregrado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, a cargo del profesor J. HORACIO GENTILE.

⁴³ De conformidad con la información de J. A. RIVERA SANTIVAÑEZ, la materia inició a impartirse a nivel pregrado en el año 2001 (en octavo semestre y en calidad de obligatoria) en la Universidad Privada de Santa Cruz (UPSA) y a partir de 2003 en la Universidad Técnica de Santa Cruz (UTEPSA). Se imparte la Maestría en «Derecho procesal constitucional y Derecho constitucional» en la Universidad Andina Simón Bolívar (en Sucre y La Paz), en la Universidad San Simón de Cochabamba, en la Universidad Mayor Gabriel René Moreno de Santa Cruz de la Sierra (aunque con la denominación de Instituciones Privadas y Procesos Constitucionales). Además de los diplomados específicos sobre la materia impartidos por la Universidad Privada Domingo Savio. Cfr. D. GARCÍA BELAUNDE y E. ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA (coords.), *Encuesta sobre Derecho procesal constitucional*, op. cit., p. 34. Asimismo, se imparte en el séptimo semestre de la Universidad Privada Franz Tamayo. Cfr. <http://unifranz.edu.bo/descargas/files/derecho.pdf> (consulta 29 de agosto de 2007).

⁴⁴ Si bien se sigue enseñando dentro de la currícula de Derecho constitucional, en los últimos años se ha incorporado en varias Universidades. Cfr. las respuestas de I. DANTES, R. FROTA ARAUJO y A. RAMOS TABARES, a la encuesta de la obra coordinada por D. GARCÍA BELAUNDE y E. ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, op. cit., pp. 35-47.

⁴⁵ En Chile se ha impartido un cursillo en la Licenciatura en Ciencias Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad central, impartida por los profesores F. ZÚÑIGA URBINA y A. PERRAMONT SÁNCHEZ, como así lo manifiestan en su texto introductorio preparado para los estudiantes: *Introducción al Derecho procesal constitucional*, III vols., Santiago, Universidad Central de Chile, 2002 (primera reimpresión del vol. I, 2003). También existió una asignatura a nivel pregrado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca (1998-2002) y se ha planteado como parte de la Maestría que imparte su Centro de Estudios Constitucionales con sede en Santiago. Cfr. H. NOGUEIRA ALCALÁ, en D. GARCÍA BELAUNDE y E. ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA (coords.), op. cit., p. 56.

⁴⁶ Se imparte como uno de los módulos en la especialidad de Derecho constitucional en la Universidad Autónoma de Bucaramanga. Asimismo como materia en la maestría en Derecho procesal en la Universidad de Medellín.

⁴⁷ R. HERNÁNDEZ VALLE señala que se impartió por primera vez por él a nivel posgrado en el año de 1990, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica y asevera que en la actualidad se imparte de manera obligatoria en pregrado en la mayoría de las Universidades. Cfr. D. GARCÍA BELAUNDE y E. ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA (coords.), op. cit., p. 52. Asimismo integra la currícula de grado de Bachiller en Derecho en la Escuela Libre de Derecho, así como de la carrera de Derecho en la Universidad Autónoma de Centroamérica, en ambos casos se imparte en el sexto cuatrimestre. Cfr. <http://www.uescuellalibre.ac.cr/planes.html>, así como <http://www.carreras.co.cr/view.php?doc=p&i=15&carrera=1810&categoria=71> (consultas 14 de septiembre de 2007).

⁴⁸ Se imparte en décimo semestre como «Derecho procesal constitucional y administrativo» en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Mesoamericana. Cfr. <http://mesoamericana.edu.gt/Carreras/derecho.html> (consulta 14 de septiembre de 2007).

⁴⁹ Se imparte como obligatoria en el décimo semestre de la Universidad de El Salvador, así como en séptimo semestre en la Universidad Capitán General Gerardo Barrios. También integra

Panamá⁵⁰ y Perú⁵¹, destacando el desarrollo notable que ha experimentado Argentina y Perú.

En México, no obstante las enseñanzas de N. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, y de las penetrantes publicaciones de H. FIX-ZAMUDIO desde hace cincuenta años, las reformas a los planes de estudio iniciaron en 1999 y se intensificaron a partir del nuevo milenio. Lo anterior se explica por la tradicional corriente de considerar al juicio de amparo mexicano en su dimensión «omnicomprensiva» al representar en realidad una «federación de instrumentos» que en otros países tienen autonomía, como acertadamente lo ha destacado FIX-ZAMUDIO⁵², provocando que durante el siglo XX se convirtiera en la práctica en el único mecanismo efectivo de protección constitucional. A partir de las reformas constitucionales de diciembre de 1994 y agosto de 1996, mediante las cuales se incorporan nuevos instrumentos jurisdiccionales de protección, se revitalizan otros y se amplían las facultades de la Suprema Corte de Justicia, se avanza hacia un sistema integral de defensa constitucional, lo que provoca la necesidad de reformar los planes de estudio en los departamentos, escuelas y facultades de Derecho.

Progresivamente en el primer lustro del presente milenio la asignatura «Derecho procesal constitucional» se incorpora en la currícula de licenciatura y/o posgrado en importantes centros de enseñanza públicos y privados del país. Así sucede en la Universidad Nacional Autónoma de México⁵³, Universidad Autónoma de Baja California⁵⁴, Universidad Autónoma Benito Juárez de Oaxaca⁵⁵,

la currícula en de la carrera de Derecho del Departamento de Ciencias Jurídicas de la Universidad Centroamericana «José Simeón Cañas».

⁵⁰ Se imparte en el noveno cuatrimestre en la Universidad Cristiana de Panamá. Cfr. http://www.ucp.ac.pa/plan_lic.en_derechoycienciaspoliticas.htm (consulta 27 de agosto de 2007).

⁵¹ Se debe a D. GARCÍA BELAUNDE la inclusión de la asignatura «Garantías Constitucionales» en la Pontificia Universidad Católica del Perú desde 1980 (cuyo contenido comprendía al Derecho procesal constitucional). A partir de 2003 se cambió su denominación a «Derecho procesal constitucional». En la Universidad Nacional Mayor de San Marcos se reformó el plan de estudios para incorporarla con esa denominación y como curso obligatorio en el sexto año desde 1992, según relato de E. A. RODRÍGUEZ. A partir de 1996 se incorpora en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Trujillo, y en la Universidad Privada «Antenor Orrego» de la misma ciudad, al parecer por la insistencia de G. ETO CRUZ y V. J. ORTECHO VILLENA, y luego se reproduce también en las Universidades César Vallejo y Privada del Norte. En la actualidad se ha incorporado a nivel pregrado y posgrado por numerosas universidades, debido al reciente Código Procesal Constitucional que entró en vigor el 1 de diciembre de 2004. Cfr. E. A. RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, *Manual de Derecho Procesal Constitucional*, 3.^a ed., Lima, Grijley, 2006, p. 120; así como la respuesta que dieron S. B. ABAD YUPANQUI, G. ETO CRUZ, V. J. ORTECHO VILLENA, J. F. PALOMINO MANCHEGO y A. QUIROGA LEÓN, en D. GARCÍA BELAUNDE y E. ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA (coords.), *Encuesta sobre Derecho procesal constitucional, op. cit.*, pp. 91-106.

⁵² Cfr., entre otros, su libro *Ensayos sobre el Derecho de amparo*, 3.^a ed., México, Porrúa-UNAM, 2003.

⁵³ En el posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM se enseña desde el año 2003 dentro de la maestría en Derecho constitucional. A nivel licenciatura, se aprobó el 7 de julio de 2004 por el Consejo Universitario, conforme al nuevo plan de estudios y se impartirá por primera vez en el año 2008. Es de carácter electiva y dentro del área IV: Derecho constitucional y amparo.

⁵⁴ Las Facultades de Derecho en Tijuana y Mexicali, de la Universidad Autónoma de Baja California, fueron las primeras en el país en introducir la materia con carácter obligatorio conforme su plan de estudios de 1999. Se divide en dos cursos semestrales. La tradicional materia «juicio de amparo» quedó subsumida en uno de los cursos de «Derecho procesal constitucional».

⁵⁵ Se impartirá a partir del año 2008 como obligatoria, conforme al nuevo plan de estudios.

Universidad Autónoma de Chiapas⁵⁶, Universidad de Colima⁵⁷, Universidad de Guadalajara⁵⁸, Universidad Autónoma de Nuevo León⁵⁹, Universidad Autónoma de Tlaxcala⁶⁰, Universidad Autónoma de Sinaloa⁶¹, Universidad Autónoma de Yucatán⁶², Universidad Panamericana⁶³, Universidad Iberoamericana⁶⁴, Universidad Anáhuac⁶⁵, Universidad La Salle⁶⁶, Universidad Modelo⁶⁷, Universidad Americana de Acapulco⁶⁸, entre otras.

Al margen de los múltiples diplomados, coloquios y seminarios organizados por distintas instituciones, entre las que destaca el Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia, A. C.⁶⁹, y las Casas de la Cultura Jurídica de ese Tribunal en toda la República mexicana⁷⁰.

Incluso en Europa se inician los cursos con esta denominación en Italia, Portugal y España. En Italia, recientemente, se ha incorporado el curso «Diritto processuale costituzionale», diferenciado de la materia «Giustizia costituzionale», en el *Dipartimento di Diritto Costituzionale Italiano e Comparato* de la *Facoltà di Giurisprudenza* de la *Università degli Studi di Napoli, Federico II*⁷¹; así como

⁵⁶ En el Campus San Cristóbal de las Casas se imparte como obligatoria en octavo semestre.

⁵⁷ Se imparte actualmente en el sexto semestre en calidad de obligatoria.

⁵⁸ Se imparte como optativa.

⁵⁹ La Facultad de Derecho y Criminología incorporó en su nuevo plan de estudios de 2005 la asignatura con carácter obligatoria en dos semestres (séptimo y octavo), de tal suerte que la tradicional materia «Juicio de Amparo», queda subsumida en uno de los dos cursos de «Derecho procesal constitucional». Asimismo se implementó la maestría en Derecho procesal constitucional en tres semestres.

⁶⁰ A nivel licenciatura se imparte en el séptimo semestre conforme al plan de estudios de 2003. Sin embargo, a nivel posgrado se incorporó en el plan de estudios de 1993, como asignatura en la maestría en Derecho constitucional y amparo.

⁶¹ Se imparte como obligatoria en octavo semestre a partir de la reforma al plan de estudios de 2002.

⁶² Se imparte la maestría en Derecho, con opción en «Derecho procesal constitucional y amparo».

⁶³ Se impartirá a partir del año 2008 como obligatoria en quinto semestre de acuerdo a su nuevo plan de estudios de 2006 (Campus México, Guadalajara y Aguascalientes), si bien se impartió como optativa desde el año 2002. A nivel posgrado existe desde 2003 en la ciudad de México la maestría en Derecho procesal constitucional, con duración de dos años, con cinco generaciones hasta el año 2007. Fue la primera Maestría con esa denominación en el país con reconocimiento oficial.

⁶⁴ Se imparte como obligatoria del área mayor en los diversos planteles de la República mexicana.

⁶⁵ Se imparte como obligatoria en los diversos planteles de la República mexicana, a partir de su nuevo plan de estudios de 2004.

⁶⁶ Se imparte como obligatoria en octavo semestre, a partir de su nuevo plan de estudios de 2004.

⁶⁷ Impartida por la Escuela de Derecho de dicha Universidad en la ciudad de Mérida, Yucatán. Se imparte en cuatro semestres.

⁶⁸ Se imparte en noveno semestre como electiva.

⁶⁹ Este Colegio, en conmemoración de su 30.º aniversario, realizó el *Primer Seminario sobre Derecho Procesal Constitucional*, del 20 de septiembre al 31 de octubre de 2000; evento que tuvo una repercusión importante en la difusión y aceptación de la disciplina. A partir de entonces, el Colegio ha realizado múltiples diplomados sobre la temática en Universidades y Tribunales Superiores de Justicia de la República mexicana.

⁷⁰ A partir del año 2003 se imparte con regularidad un diplomado sobre Derecho procesal constitucional, en las más de cuarenta Casas de la Cultura Jurídica de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

⁷¹ Cfr. www.dirittocostituzionale.unina.it/Insegnamenti/Diritto%20processuale%20costituzionale.html (consulta 15 de agosto de 2007). El profesor Sandro Staiano imparte la materia.

en la *Facoltà di Giurisprudenza* de la *Università degli Studi di Bari*⁷². En Portugal, el Instituto de Ciencias Jurídica-Políticas de la Universidad de Lisboa imparte el «Curso de pós-graduação de atualização em direito processual constitucional»⁷³. En España, la Facultad de Derecho de la Universidad de Alicante imparte la materia en la licenciatura⁷⁴, mientras que la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Jaén como optativa en el segundo ciclo⁷⁵.

C) Obras especializadas

Mientras que en Latinoamérica la primera expresión en el título de un libro aparece en Argentina, en la obra de ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO denominada *Ensayos de Derecho procesal (civil, penal y constitucional)*, publicada en 1944⁷⁶; en Europa sucede debido a la obra *Derecho procesal constitucional*, del procesalista español J. GONZÁLEZ PÉREZ en 1980⁷⁷, no obstante que un año antes J. ALMAGRO NOSETE la utilizara en un ensayo⁷⁸.

A partir de la década de los ochenta del siglo pasado, con independencia de los ensayos en revistas y obras colectivas, aparecen libros con la precisa denominación de Derecho procesal constitucional en Europa: Alemania⁷⁹, España⁸⁰ y Portugal⁸¹. Y especialmente en Latinoamérica: Argentina⁸², Bolivia⁸³, Brasil⁸⁴,

⁷² La materia «Diritto Processuale Costituzionale» se imparte dentro del área de «Diritto Costituzionale», señalada en el plan de estudios como «N08X». Cfr. http://sito.cineca.it/murst-daus/settori97/sett_n.htm (consulta 20 de agosto de 2007).

⁷³ El coordinador es el profesor P. OTERO.

⁷⁴ En el plan de estudios 2002, reformado, aparece desde 2004 como de elección libre (código 9953), dentro del Área de Derecho Constitucional y del Departamento Estudios Jurídicos del Estado. Actualmente se imparte por los profesores Cristina González Álvarez-Bugallal y Ricardo Andrés Medina Rubio.

⁷⁵ Se imparte como optativa en el segundo ciclo y se denomina «Derecho procesal constitucional, internacional y comunitario», de conformidad con su plan de estudios 2002. Cfr. http://www.ujaen.es/serv/vicord/secretariado/secplan/planest/csyj/1102/Programa_1102_8549.pdf (consulta 20 de agosto de 2007).

⁷⁶ Buenos Aires, *Revista de Jurisprudencia Argentina*, 1944.

⁷⁷ *Derecho procesal constitucional*, Madrid, Civitas, 1980.

⁷⁸ J. ALMAGRO NOSETE, «Tres breves notas sobre el Derecho procesal constitucional», en *Revista de Derecho procesal iberoamericano*, Madrid, núms. 3-4, 1979, pp. 681-692.

⁷⁹ Cfr. M. SACHS, *Verfassungsprozessrecht*, 2.^a ed., Heidelberg, UTB, 2007; Ch. HILLGRUBER y Ch. GOOS, *Verfassungsprozessrecht*, 2.^a ed., Heidelberg, C. F. Müller, 2006; R. FLEURY, *Verfassungsprozessrechts*, 6.^a ed., Munich, Luchterhand, 2004; E. BENDA y E. KLEIN, *Lehrbuch des Verfassungsprozessrechts*, 2.^a ed., Heidelberg, C. F. Müller, 2001; H. GERDSORF, *Verfassungsprozessrecht und Verfassungsmäßigkeitsprüfung*, 2.^a ed., Heidelberg, C. F. Müller, 2000; Ch. PESTALOZZA, *Verfassungsprozessrecht*, 3.^a ed., Munich, C. H. Beck, 1991.

⁸⁰ Cfr. J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Derecho procesal constitucional*, Madrid, Civitas, 1980; V. FAIRÉN GUILLEN, *Estudios sobre Derecho procesal civil, penal y constitucional*, Madrid, Edersa, 3 tomos, 1983-1992; M.^a del C. CALVO SÁNCHEZ *et al.*, *Prácticas de Derecho procesal penal y constitucional*, Forum, 1992; J. ALMAGRO NOSETE, *Lecciones de Derecho procesal: laboral, contencioso administrativo, constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1991.

⁸¹ Cfr. G. DA FONSECA e I. DOMINGOS, *Breviário de direito processual constitucional (Recurso de constitucionalidade)*, 2.^a ed., Coimbra, Coimbra editora, 2002.

⁸² Cfr. N. SAGÜES, *Derecho procesal constitucional. Logros y obstáculos*, Buenos Aires, Ad Hoc-Fundación Konrad Adenauer, 2006; *id.*, *Derecho procesal constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 4 tomos, 1995-2002; G. GARCÍA MORELOS, *Introducción al Derecho procesal constitucional*, Platense, Mar de Plata, 2007; O. A. GOZAÍNI, *Introducción al Derecho procesal constitucional*, Buenos Aires-Santa

(Véase nota 83 en página siguiente)

Costa Rica⁸⁵, Colombia⁸⁶, Chile⁸⁷, Ecuador⁸⁸, México⁸⁹, Nicaragua⁹⁰, Panamá⁹¹ y Perú⁹².

Fe, Rubinzal-Culzoni, 2006; *id.*, *Derecho procesal constitucional. Habeas data. Protección de datos personales (decreto 15558/2001)*, Buenos Aires-Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2003; *id.*, *Derecho procesal constitucional. Amparo. Doctrina y jurisprudencia*, Buenos Aires-Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2002; *id.*, *Derecho procesal constitucional*, Buenos Aires, Universidad de Belgrano, 1999; M. MASCOTRA (dir.) y E. A. CARELLI (coord.), *Derecho procesal constitucional*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2006; P. L. MANLI (coord.), *Derecho procesal constitucional*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2005; AAVV, *Elementos de Derecho procesal constitucional*, 2 tomos, Córdoba, Advocatus, 2004-2005; A. A. RIVAS (dir.) y F. M. MACHADO PELLONI (coord.), *Derecho procesal constitucional*, Buenos Aires, Ad-hoc, 2003; A. E. MONEEY, *Derecho procesal constitucional*, Córdoba, La Docta, 2002; N. SAGÜÉS y M.^a M. SERRA, *Derecho procesal constitucional en la Provincia de Santa Fe*, Buenos Aires-Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1998.

⁸³ Cfr. J. A. RIVERA SANTIVAÑEZ, *Temas de Derecho procesal constitucional*, Cochabamba, Kipus, 2007; R. BALDIVIESO GUZMÁN, *Derecho procesal constitucional*, Santa Cruz, Gráficas Sirena, 2006; S. CASTAÑEDA OTSU (coord.), *Derecho procesal constitucional*, Cochabamba, Kipus, 2004; J. ASBUN *et al.*, *Derecho procesal constitucional boliviano*, Santa Cruz, Academia Boliviana de Derecho Constitucional, 2002; J. DECKER MORALES, *Derecho procesal constitucional*, Cochabamba, 2002.

⁸⁴ Cfr. M. O. GONÇALVES CORREIA, *Direito processual constitucional*, 3.^a ed., Sao Paulo, Saraiva, 2007; P. H. SIQUEIRA JUNIOR, *Direito processual constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2006; J. A. DE OLIVEIRA BARACHO, *Direito Processual Constitucional: Aspectos Contemporâneos*, Belo Horizonte, Fórum, 2006; P. R. DE GOUVEIA MEDINA, *Direito Processual Constitucional*, 3.^a ed., Río de Janeiro, Forense, 2005; G. R. GUERRA, *Direito Processual Constitucional*, Recife, Nossa Livraria, 2005; M. CANTONNI DE OLIVEIRA, *Direito processual constitucional*, Belo Horizonte, Mandamentos, 2004; W. S. GUERRA FILHO, *Introdução ao direito processual constitucional*, Porto Alegre, Síntese, 1999; R. ROSAS, *Direito processual constitucional*, 3.^a ed., São Paulo, Editorial Revista dos Tribunais, 1999.

⁸⁵ Cfr. R. HERNÁNDEZ VALLE, *Derecho procesal constitucional*, 2.^a ed., San José, Juricentro, 2001.

⁸⁶ Cfr. J. HENAO HIDRÓN, *Derecho procesal constitucional. Protección de los derechos constitucionales*, Bogotá, Temis, 2003; E. REY CANTOR, *Derecho procesal constitucional. Derecho constitucional procesal, derechos humanos procesales*, Colombia, Ediciones Ciencia y Derecho, 2001; de este mismo autor, *Introducción al Derecho procesal constitucional (controles de constitucionalidad y legalidad)*, Cali, Ed. Universidad Libre, 1994; y D. GARCÍA BELAUNDE, *Derecho procesal constitucional*, Bogotá, Temis, 2001.

⁸⁷ En la revista *Estudios Constitucionales*, año 4, núm. 2, que edita el Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca y dirigida por H. NOGUEIRA ALCALÁ, se dedica a las memorias del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, cuyo título es: «Desafíos del Derecho procesal constitucional en la alborada del siglo XXI», Santiago, 2006; A. BORDALÍ SALAMANCA, *Temas de Derecho procesal constitucional*, Santiago de Chile, Fallos del mes, 2003; ZÚÑIGA URBINA, Francisco, y PERRAMONT SÁNCHEZ, Alfonso, *Introducción al Derecho procesal constitucional*, vol. I: *Proceso de amparo de derechos fundamentales*; vol. II: *Proceso de constitucionalidad*, y vol. III: *Teoría del Derecho procesal constitucional*, Santiago, Universidad Central de Chile, 2002-2003; si bien no con este título, la materia también es abordada por F. ZÚÑIGA URBINA, *Elementos de jurisdicción constitucional*, 2 tomos, Santiago, Universidad Central de Chile, 2002.

⁸⁸ Cfr. P. PÉREZ TREMPES (coord.), *Derecho procesal constitucional*, Quito, Editora Nacional, 2005. Si bien con diversa denominación, debe mencionarse la obra de H. SALGADO PESANTES, *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2004.

⁸⁹ Cfr. C. LANDA, *Estudios sobre Derecho procesal constitucional*, México, Porrúa-IMDPC, 2006; E. FERRER MAC-GREGOR (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 5.^a ed., 4 tomos, México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A. C., 2006; de este mismo autor, *Ensayos sobre Derecho procesal constitucional*, México, Porrúa-Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2004; D. GARCÍA BELAUNDE y E. ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA (coords.), *Encuesta sobre Derecho procesal constitucional*, México, Porrúa-IMDPC, 2006; R. HERNÁNDEZ VALLE, *Introducción al Derecho procesal constitucional*, México, Porrúa-IMDPC, 2005; I. ESCOBAR FORNOS, *Introducción al Derecho procesal constitucional*, México, Porrúa-IMDPC, 2005; G. ZAGREBELSKY, *¿Derecho procesal constitucional? y otros ensayos de justicia constitucional*, op. cit.; R. GIL RENDÓN (coord.), *Derecho procesal constitucional*, Querétaro, Fundap, 2004; H. FIX-ZAMUDIO, *Introducción al Derecho procesal constitucional*, México, Fundap-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A. C., 2002; O. A. GOZAÍNI, *El Derecho procesal constitucional y los derechos humanos (vínculos y autonomías)*, México, UNAM, 1995.

(Véanse notas 90, 91 y 92 en página siguiente)

Además de los libros, debe agregarse la *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*⁹³ (la primera en su género con esa denominación), así como el apartado (desde la edición del año 2002) que sobre la materia aparece en el *Anuario Latinoamericano de Derecho Constitucional*, publicada por la Fundación Konrad Adenauer⁹⁴; que se unen a las importantes publicaciones especializadas relativas al *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, que se publica desde 1985, debido al impulso del recién desaparecido constitucionalista francés L. FAVOREU (1936-2004), que dirigió el «Groupe d'Études et de Recherches sur la Justice Constitutionnelle», en Aix-en-Provence⁹⁵; así como el *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, que inició en 1997, con once números a la fecha, dirigido por Francisco Fernández Segado y editado por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de España.

En este sendero de publicaciones existen dos colecciones especializadas. En Argentina, los *Estudios de Derecho procesal constitucional*, con tres números (2002-2007)⁹⁶, y en México, la *Biblioteca Porrúa de Derecho procesal constitucional*, con veinte títulos (2004-2007)⁹⁷.

⁹⁰ Cfr. I. ESCOBAR FORNOS, *Derecho procesal constitucional*, Managua, Hispamer, 1999.

⁹¹ Cfr. B. BARRIOS GONZÁLEZ, *Derecho procesal constitucional*, 2.ª ed., Panamá, Portobelo, 2002; R. GONZÁLEZ MONTENEGRO, *Curso de Derecho procesal constitucional*, 2.ª ed., Panamá, Litho Editorial Chen, 2003; S. RODRÍGUEZ ROBLES, *Derecho procesal constitucional panameño*, Panamá, Universidad de Panamá, 1993.

⁹² Cfr. D. GARCÍA BELAUDE y E. ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA (coords.), *Encuesta sobre Derecho procesal constitucional*, Lima, Jurista Editores, 2006; E. A. RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, *Manual de Derecho procesal constitucional*, 3.ª ed., Lima, Grijley, 2006; J. F. PALOMINO MANCHEGO (coord.), *El Derecho procesal constitucional peruano. Estudios en homenaje a Domingo García Belaunde*, 2 tomos, Lima, Gijley, 2005; E. ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA (coord.), *Derechos fundamentales y Derecho procesal constitucional*, Lima, Jurista Editores, 2005; A. QUIROGA LEÓN, *Derecho procesal constitucional y el Código procesal constitucional*, Lima, Ara, 2005; S. B. ABAD YUPANQUI, *Derecho procesal constitucional*, Lima, Gaceta Jurídica, 2004; S. CASTAÑEDA OTSU (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 2.ª ed., 2 vols., Lima, Jurista Editores, 2004; L. CASTILLO CÓRDOVA, *Comentarios al Código procesal constitucional*, 2.ª ed., 2 tomos, Lima, Palestra, 2006; D. GARCÍA BELAUDE, *De la jurisdicción constitucional al Derecho procesal constitucional*, 4.ª ed., Lima, Grijley, 2003; de este mismo autor, *Derecho procesal constitucional*, Trujillo, Marsol, 1998; C. LANDA ARROYO, *Teoría del Derecho procesal constitucional*, Lima, Palestra Editores, 2003; J. F. PALOMINO MANCHEGO, G. ETO CRUZ, L. R. SÁNEZ DÁVALOS y E. CARPIO MARCOS, *Syllabus de Derecho procesal constitucional*, Lima, Asociación Peruana de Derecho Constitucional, 2003; G. ETO CRUZ, *Breve introducción al Derecho procesal constitucional*, Derecho y Sociedad, Trujillo, 1992.

⁹³ Con ocho números hasta la fecha de aparición semestral (2004-2007), publicada en México por la editorial Porrúa y el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional.

⁹⁴ Este *Anuario* se publicó primero en Buenos Aires y en años recientes en Montevideo. Hasta la fecha se han editado 12 números, el último correspondiente al año 2006. A partir de la edición del 2002 aparece un apartado específico sobre «Derecho procesal constitucional».

⁹⁵ Actualmente este importante grupo de investigación es dirigido por A. ROUX, con publicaciones importantes sobre la justicia constitucional a nivel mundial.

⁹⁶ El director de la colección es el destacado jurista argentino J. B. J. MAIER y se publica en Buenos Aires por la editorial Ad Hoc y la Fundación Konrad Adenauer. Los tres libros que hasta el momento la integran son: P. VITURRO, *Sobre el origen y fundamento de los sistemas de control de la constitucionalidad*, núm. I, 2002; G. E. CÓRDOBA, *El control abstracto de constitucionalidad en Alemania*, núm. II, 2003; L. F. LOZANO, *La declaración de inconstitucionalidad de oficio*, núm. III, 2007.

⁹⁷ Dirigida por quien escribe y publicada por la editorial Porrúa y el Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional. Los autores y títulos son: N. P. SAGÜÉS, *El Sistema de derechos, magistratura y procesos constitucionales en América Latina*, núm. 1, 2004; H. NOGUEIRA ALCALÁ, *La jurisdicción constitucional y los Tribunales Constitucionales de Sudamérica en la alborada del siglo XXI*, núm. 2, 2004; K. HESSE y P. HABERLE, *Estudios sobre la jurisdicción constitucional (con especial refe-*

Este desarrollo inusitado que ha experimentado el Derecho procesal constitucional, en las tres vertientes mencionadas, se debe a múltiples factores. En primer lugar, a la importancia que tiene la protección de la Constitución en los estados democráticos contemporáneos, propiciando la incorporación y aumento de instrumentos procesales para su tutela. En segundo lugar, y como consecuencia, se ha generado una intensa tarea de codificación, acompañada del auge en la creación de magistraturas especializadas para resolver los conflictos constitucionales, sea a través de Tribunales Constitucionales autónomos (dentro o fuera del poder judicial), sean salas constitucionales o bien mediante las nuevas facultades de las cortes supremas, que paulatinamente se han transformado en guardianes e intérpretes supremos de los valores, principios y normas constitucionales.

Ante este estado de cosas, parece evidente que estamos en un proceso franco de expansión y consolidación de una nueva disciplina jurídica procesal. Sus vínculos y autonomía con la «justicia constitucional», como parte de estudio del Derecho constitucional, constituye un desafío importante que los procesalistas y constitucionalistas de nuestros días tendrán que afrontar.

rencia al Tribunal Constitucional alemán), núm. 3, 2005; O. A. GOZAÍNI, *Los problemas de legitimación en los procesos constitucionales*, núm. 4, 2005; J. BRAGE CAMAZANO, *La jurisdicción constitucional de la libertad (Teoría general, Argentina, México, Corte Interamericana de Derechos Humanos)*, núm. 5, 2005; R. HERNÁNDEZ VALLE, *Introducción al Derecho procesal constitucional*, núm. 6, 2005; J. V. CASTRO Y CASTRO, *El amparo social*, núm. 7, 2005; P. PÉREZ TREMPES, *Escritos sobre justicia constitucional*, núm. 8, 2005; I. ESCOBAR FORNOS, *Introducción al Derecho procesal constitucional*, núm. 9, 2005; A. CELOTTO, *La Corte Constitucional en Italia*, núm. 10, 2005; J. CARPIZO, *Propuestas sobre el Ministerio Público y la Función de Investigación de la Suprema Corte*, núm. 11, 2005; J. R. NARVÁEZ HERNÁNDEZ, *Breve historia del Ombudsman en México*, núm. 12, 2006; L. PEGORARO, *Ensayos sobre justicia constitucional y la descentralización y las libertades*, núm. 13, 2006; H. A. OLANO GARCÍA, *Interpretación y Neoconstitucionalismo*, núm. 14, 2006; C. LANDA, *Estudios sobre Derecho procesal constitucional*, núm. 15, 2006; G. ROLLA, *Garantía de los derechos fundamentales y justicia constitucional*, núm. 16, 2006; L. M. CRUZ, *Estudios sobre el Neoconstitucionalismo*, núm. 17, 2006; J. MIJANGOS Y GONZÁLEZ, *Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, núm. 18, 2007; J. COLOMBO CAMPBELL, *El debido proceso constitucional*, núm. 19, 2007; A. R. BREWER-CARIAS, *La justicia constitucional (procesos y procedimientos constitucionales)*, núm. 20, 2007.

III. LA CIENCIA DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL *

1. EXORDIO

El Derecho procesal constitucional comprende dos realidades. Por un lado su dimensión histórico social y por otro su estudio científico. Estas dos vertientes suelen confundirse con frecuencia por la doctrina contemporánea.

El primero se refiere a los instrumentos jurídicos de protección de los derechos humanos o de altos ordenamientos, así como en general las distintas jurisdicciones u órganos que conocían de estos mecanismos procesales en las diversas épocas y sistemas jurídicos, lo que permite escudriñar sus antecedentes remotos desde la antigüedad. Corresponde a las «fuentes históricas» de la disciplina, sean legislativas, jurisprudenciales o ideológicas.

En cambio, el origen científico del Derecho procesal constitucional se ubica entre los años de 1928 y 1956. La finalidad del presente estudio consiste en ubicar el periodo fundacional de la disciplina científica, es decir, establecer el momento en el cual surge la ciencia del Derecho procesal constitucional, con independencia de sus antecedentes de tipo histórico social. Previamente al análisis de este periodo fundacional, estimamos necesario referirnos brevemente a la manera en que surgen las disciplinas científicas del Derecho procesal y del Derecho constitucional, ambas como fruto del Derecho público alemán del siglo XIX.

2. LA CIENCIA PROCESAL Y LA CIENCIA CONSTITUCIONAL

La ciencia del Derecho es una sola. Tradicionalmente se ha dividido en dos grandes ramas: Derecho público y Derecho privado. Así ha prevalecido desde Roma, no sin cierta polémica, en el que la división entre el *ius privatum* y el *ius*

* Publicado en *Dikaion*, Chía, Colombia, Universidad de La Sabana, vol. 22, núm. 17, diciembre de 2008, pp. 97-119.

publicum ha dominado a partir de la fórmula de ULPIANO: *publicum ius est, quod ad statum rei romanae spectat; privatum quod ad singulorum utilitatem pertinet* (Derecho público es el que afecta a la utilidad del Estado; Derecho privado el que se refiere a la utilidad de los particulares). A partir de esta concepción, han surgido teorías y criterios para tratar de distinguir estas grandes ramas jurídicas, atendiendo a los aspectos materiales (contenido de intereses tutelados), formales (norma externa de las relaciones jurídicas) subjetivos (sujetos dotados de imperio), entre otros¹.

No es el momento para advertir detenidamente esta evolución y la manera en que han aparecido nuevos enfoques y tendencias, al surgir un *tertium genus*, como el Derecho social, hasta quienes niegan la utilidad de esas distinciones. Por lo que aquí interesa, debemos señalar que es corriente mayoritaria la aceptación relativa a que el Derecho procesal y el Derecho constitucional forman parte del Derecho público y su autonomía científica inicia bajo el perfil del Derecho público alemán en la segunda mitad del siglo XIX y se consolidan en el siglo XX.

A) El Derecho procesal como parte de la ciencia jurídica, es decir, la moderna ciencia procesal como disciplina autónoma, tiene su origen a partir de la doctrina de los pandectistas alemanes a mediados del siglo XIX. Se afirma por la mejor doctrina procesal que para lograr su autonomía científica influyeron dos acontecimientos. Por una parte, la famosa polémica entre WINDSCHEID y MUTHER (1856-1857)², al confrontar la primitiva *actio* romana con la *klage* germánica, lo que provocó la concepción de la acción como Derecho subjetivo diferenciado del Derecho material. Como lo expresara COUTURE, «la separación del Derecho y de la acción constituyó un fenómeno análogo a lo que representó para la física la división del átomo», siendo a partir de ese momento «que el Derecho procesal adquirió personalidad y se desprendió del viejo tronco del Derecho civil»³. Por la otra, se ha estimado fundamental la aparición de la obra de O. VON BÜLOW (1868) sobre la *Teoría de las excepciones procesales y de los presupuestos procesales*⁴, al marcar el inicio del Derecho procesal como ciencia⁵. A decir de ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, la obra de BÜLOW vendría a significar para el Derecho procesal lo que BECCARIA para el Derecho penal⁶.

¹ Para una aproximación a esta distinción, *vid.* la voz «Derecho público y Derecho privado», en R. N. BODO, *Enciclopedia jurídica Omeba*, t. VIII, Buenos Aires, Driskill, 1979, pp. 166-171. Asimismo, la voz «Derecho público», en el *Diccionario de Derecho público (administrativo, constitucional y fiscal)*, de E. FERNÁNDEZ VÁZQUEZ, Buenos Aires, Astrea, 1981, pp. 217-218.

² Respecto de esta polémica: *Polemica intorno all' actio: Windscheid-Muther*, traducción del alemán de Ernst Heinitz y Giovanni Publiese, Florencia, Sansón, 1954. Sobre las posturas de la polémica WINDSCHEID-MUTHER, así como las corrientes contemporáneas sobre la acción procesal, *vid.* E. FERRER MAC-GREGOR, «Sobre la naturaleza jurídica de la acción», en *Cuadernos Procesales. Órgano de divulgación del Colegio de Profesores de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la UNAM, A. C.*, México, Ciudad Universitaria, año III, julio de 1999, núm. 5, pp. 1-9.

³ E. J. COUTURE, *Fundamentos de Derecho procesal civil*, *op. cit.*, pp. 63-64.

⁴ Trad. de M. Á. ROSAS LICHTSCHEIN, Buenos Aires, EJE, 1964. La obra original: *Die Lehre von den Processenreden und die Processoraussetzungen*, publicado por Emil Roth en Giesen, 1868.

⁵ J. GOLDSCHMIDT, *Teoría general del proceso*, trad. de Leonardo Prieto Castro, Barcelona, Labor, 1936, p. 15; G. CHIOVENDA, *Principios de Derecho procesal civil*, trad. de José Casais y Santaló, Madrid, Reus, 1922, t. I, p. 83.

⁶ *Cfr.* «Evolución de la doctrina procesal», en su obra *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*, México, UNAM, t. II, núms. 12-13, 1992, p. 293.

Esta obra marca el inicio de un desarrollo dogmático nuevo, por dos razones fundamentales: primero, por haber encauzado la naturaleza del proceso en una corriente publicista, cuyas interpretaciones privatistas (contrato o cuasicontrato) quedaron arrumbadas; y segundo, por haber provocado todo un movimiento científico de gran calado, primero en Italia y seguida con renovación en el mundo ⁷. BÜLOW estudia al proceso como una relación jurídica, postura que fue seguida por KOHLER en su obra *El proceso como relación jurídica* (1988). En esos años se va consolidando la nueva concepción del Derecho procesal, seguida con autores como STEIN, DEGENKOLB y la trascendental obra de A. WACH, *La pretensión de declaración: un aporte a la teoría de la pretensión de protección del Derecho* ⁸.

A partir de entonces, y especialmente con el desarrollo posterior del procesalismo científico italiano a principios del siglo XX, encabezada por G. CHIOVENDA, en su famosa prolesión leída en la Universidad de Bolonia en 1903 ⁹, la ciencia del Derecho procesal adquiere su florecimiento, alcanzando su consagración durante la primera mitad del mismo siglo. Discípulos y condiscípulos continuaron el desarrollo de la dogmática procesal, como F. CARNELUTTI, P. CALAMANDREI, E. REDENTI, E. TULLIO LIEBMAN, S. SATTA, E. ALLORIO, U. ROCCO, V. MANZINI, E. BETTI, M. TULLIO ZANZUCHI, V. DENTI, V. ANDRIOLI, E. FLORIAN, M. CAPPELLETTI, sólo por mencionar a juristas italianos de gran calado intelectual, sin menoscabo del desarrollo en Alemania (WACH, KOHLER, HELLWIG, SCHÖNKE, STEIN, KISCH, ROSENBERG, GOLDSCHMIDT, etc.) y posteriormente en España (F. BECEÑA, L. PRIETO-CASTRO, J. GUASP, M. DE LA PLAZA, E. GÓMEZ ORBANEJA y M. FENECH, entre otros).

En Latinoamérica la corriente científica del proceso se conoció y desarrolló por juristas exiliados, de la talla de R. DE PINA MILÁN y especialmente N. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO (en México), S. SENTÍS MELENDO y M. FINZI (en Argentina), E. TULLIO LIEBMAN (en Brasil) y J. GOLDSCHMITH (en Uruguay). Entre las figuras latinoamericanas que coadyuvaron notablemente al desarrollo científico procesal, se encuentran E. J. COUTURE (Uruguay), R. PODETTI, H. ALSINA, E. B. CARLOS, J. A. CLARÍA OLMEDO (Argentina) y A. BUZUID (Brasil), entre otros.

Así, el fenómeno histórico social o, si se prefiere, el hecho histórico «de lo procesal» o «procedimental» existió desde la antigüedad. En cambio el estudio científico de dicho fenómeno ocurrió a partir de su autonomía con las áreas sustantivas. Esto no significa que no deban estudiarse dichos antecedentes, sino más bien se quiere hacer énfasis en que el Derecho procesal nace, como ciencia, a partir de la segunda mitad del siglo XIX y no con los procesos y procedimientos, o las magistraturas o jurisdicciones que los resolvían instituidas desde la antigüedad. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO de manera gráfica lo expone diciendo «el proceso como *realidad* es muy anterior al proceso como *literatura*» ¹⁰, y así realiza una clasificación de las cinco etapas de la evolución del pensamiento procesal, desde el periodo primitivo, etapa judicialista, escuela practicista, periodo del

⁷ Cfr. *ibid.*, p. 308.

⁸ Trad. de J. M. SEMON, Buenos Aires, EJE, 1962.

⁹ *La acción en el sistema de los derechos*, trad. de S. SENTÍS MELENDO, Valparaíso, Edeval, 1922 (*L'azione nel sistema dei diritti*, Bolonia, 1903).

¹⁰ «Evolución de la doctrina procesal», *op. cit.*, p. 308.

procedimentalismo, hasta la fase actual de evolución en la que nos encontramos denominada procesalismo científico¹¹.

Este movimiento científico, que iniciara bajo la concepción del Derecho público alemán de la segunda mitad del siglo XIX (especialmente con WINDSCHEID, MUTHER, BÜLOW, KOHLER y WACH), y se forjara a principios del siglo XX en Italia a partir de G. CHIOVENDA (1872-1937) y desarrollada por su escuela: CARNELLUTTI, CALAMANDREI, LIEBMANN, etc., condujo en la segunda mitad de dicho siglo a la adopción de una teoría general del proceso (fervientemente defendida por CARNELLUTTI) o, como lo prefiere denominar ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, de una teoría general del Derecho procesal, concebida como la exposición de los conceptos, instituciones y principios comunes a las distintas ramas del enjuiciamiento, que incluso se adoptó como asignatura universitaria¹².

Como puede apreciarse, si bien es cierto que se suele considerar la obra de BÜLOW (1868) como el inicio de la moderna ciencia procesal, lo cierto es que la construcción científica es un eslabón en el pensamiento al ir construyendo, con base en los predecesores e influjos sociales, políticos y jurídicos del momento, nuevas concepciones y teorías. El propio ALCALÁ-ZAMORA, que ha estudiado como pocos la evolución de la doctrina procesal, reconoce que las etapas culturales no son compartimientos estancos sino momentos capitales enlazados entre sí, de tal suerte que antes de BÜLOW hay un WETZELL, existe una polémica WINDSCHEID-MUTHER y aún antes en pleno siglo XVII se encuentra un B. CARPZOV¹³. Incluso, sin desconocer el mérito de BÜLOW, señala ALCALÁ que en realidad su teoría constituye un desenvolvimiento de las ideas de HEGEL, que la vislumbra, y de HOLLWEG, que la sustenta. Incluso, la obra de BÜLOW no fue de exposición sistemática, como sí lo fue la de WACH (1885)¹⁴. Y concatenando eslabones: «La influencia de WACH y de KLEIN sobre CHIOVENDA»¹⁵ resultan claros, por lo que en realidad el padre del procesalismo científico italiano tuvo un influjo directo de la corriente científica de Alemania y Austria.

B) Algo similar también puede advertirse en el estudio científico del Derecho constitucional, cuyo inicio se remonta con la adopción de las Constituciones escritas a finales del siglo XVIII. Se ha considerado que es en esa época donde inician, con poca vigencia, las primeras cátedras de *diritto costituzionale* en Ferrara (1797), en Pavía (1797) y Bolonia (1798), y donde aparece una primera obra

¹¹ Cfr. *op. últ. cit.*, pp. 293-325. Esta clasificación ha sido ampliamente acogida. La utilizan, entre otros, C. GÓMEZ LARA, *Teoría general del proceso*, 10.^a ed., México, Oxford, 2004, pp. 67-78; J. OVALLE FAVELA, *Teoría general del proceso*, 6.^a ed., México, Oxford, pp. 43-35; H. BRISEÑO SIERRA, *Derecho procesal*, 2.^a ed., Harla, 1995, p. 306. Vid. los textos más contemporáneos de G. ARMIENTA CALDERÓN, *Teoría general del proceso (principios, instituciones y categorías procesales)*, México, Porrúa, 2003, pp. 25-29; A. SAÍD e I. M. GONZÁLEZ GUTIÉRREZ, *Teoría general del proceso*, México, Iure Editores, 2006, pp. 84-116.

¹² Cfr. N. ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, «La teoría general del proceso y la enseñanza del Derecho procesal», en *Revista Iberoamericana de Derecho procesal*, núm. 1, 1968, pp. 9-91.

¹³ Cfr. «Evolución de la doctrina procesal», *op. cit.*, p. 293.

¹⁴ *Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts*, t. I, Leipzig, 1885; citada por ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, *op. últ. cit.*, p. 308.

¹⁵ Así se titula un detallado estudio de N. ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, publicado en sus *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*, *op. cit.*, t. II, núms. 12-13, pp. 547-570. Publicado originalmente en *Revista de Derecho Procesal*, Buenos Aires, 1947, I, pp. 389-410 (en homenaje a CHIOVENDA en el décimo aniversario de su muerte).

sobre la materia en la Universidad de Ferrara, por el profesor G. COMPAGNONI DI LUZO, que escribiera su *Elementi di diritto costituzionale democratico ossia Principii di giuspubblico universale* (Venecia, 1797)¹⁶; si bien con anterioridad en la Universidad de Oxford, el profesor W. BLACKSTONE (1758) enseñaba la constitución y las leyes de Inglaterra (sin denominarla Derecho constitucional), lo que lo llevó a escribir sus influyentes *Commentaries on the Laws of England* (1765)¹⁷.

Durante el siglo XIX se fueron creando paulatinamente cátedras de Derecho constitucional. En España, debido a la breve vigencia de la Constitución de Cádiz de 1812, en cuyo artículo 368 establecía la obligación de que se explicase la Constitución «en todas las Universidades y establecimientos literarios donde se enseñen las ciencias eclesiásticas y políticas», surge la primera cátedra en Valencia, el 21 de septiembre de 1813, cuyo titular fue el civilista N. GARELY; y se inaugura en Madrid el 2 de febrero de 1814, con M. GARCÍA DE LA MADRID. En Francia, primero con la denominación de *droit publique* o *droit politique* (1791) y luego con el rótulo de *droit constitutionnel* (1834) en la Sorbona, París, a iniciativa de GUIZOT y cuyo primer catedrático fue el italiano PELLEGRINO ROSSI (que había estudiado en Bolonia donde ya se enseñaba), expresión aceptada por la Academia Francesa en 1835. Si bien en algunos casos combinado con la ciencia política. Más tarde en España el Derecho constitucional se incluye en los planes de estudio en 1835, inicialmente con la denominación de Derecho público y a partir de 1857 con la expresión «Derecho político» o «Derecho político constitucional»¹⁸. Con la consagración de las constituciones escritas en el siglo XX se fue acentuando la enseñanza como disciplina autónoma y especialmente al consolidarse la corriente científica del Derecho constitucional.

Con independencia de las cátedras, se suele considerar el surgimiento de la disciplina constitucional con carácter autónomo, a partir del moderno Derecho público alemán bajo una óptica estricta del método jurídico. Especialmente se señala la obra de K. FRIEDRICH VON GERBER, *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts* (1865)¹⁹ (*Fundamentos de un sistema del Derecho político alemán*), que de algún modo puede equipararse a la obra señalada de BÜLOW para el Derecho procesal, no por construir propiamente la autonomía de la disciplina, sino esencialmente por la nueva concepción y repercusión derivada de la mis-

¹⁶ Cfr. P. LUCAS VERDÚ, «Paolo di Ruffia y la ciencia italiana del Derecho constitucional», en P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Derecho constitucional*, 3.ª ed., Madrid, Tecnos, 1987, pp. 21-53, en p. 21.

¹⁷ Cfr. S. V. LINARES QUINTANA, *Tratado de la ciencia del Derecho constitucional*, 2.ª ed., Buenos Aires, Plus Ultra, 1977, t. II, pp. 41-45. La obra completa consta de XI tomos. Linares se apoya para estas afirmaciones en las obras de J. AJA ESPIL, *En los orígenes de la tradición constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1968, pp. 49 y ss.; y de M. PALMERINI, *Introduzione allo studio del diritto costituzionale*, Edizione dell'Ateneo, 1947, p. 2. En el mismo sentido, N. P. SAGÜÉS, *Elementos de Derecho constitucional*, 2.ª reimpresión de la 3.ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2003, t. I, pp. 42-43.

¹⁸ *Op. ult. cit.*, pp. 42-44, especialmente LINARES QUINTANA se apoya en L. SÁNCHEZ AGESTA, «Las primeras cátedras españolas de Derecho constitucional», en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, noviembre-diciembre de 1962, núm. 126, p. 157; F. RUBIO LLORENTE, voz «Derecho constitucional», en *Enciclopedia jurídica civitas*, vol. II, p. 2208; E. FERNÁNDEZ VÁZQUEZ, voz «Derecho constitucional», en *Diccionario de Derecho público (administrativo, constitucional y fiscal)*, *op. cit.*, pp. 204-209. Asimismo, *vid.* P. LUCAS VERDÚ, «Paolo di Ruffia y la ciencia italiana del Derecho constitucional», *op. cit.*, p. 22.

¹⁹ Cfr., entre otros, P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Derecho constitucional*, 3.ª ed., trad. de Pablo Lucas Verdú, Madrid, Tecnos, 1987, p. 74; S. V. LINARES QUINTANA, *Tratado de la ciencia del Derecho constitucional*, t. II, p. 48.

ma, es decir, por su concepción y metodología estrictamente jurídica, que con el tiempo desembocó en la ciencia del Derecho constitucional.

Como lo señala GARCÍA-PELAYO, «La aparición del Derecho constitucional en el pasado siglo (XIX) no es más que un caso particular de la dispersión del viejo *Corpus Iuris Publicii* en varias ramas (Derecho constitucional, Derecho administrativo, Derecho penal, Derecho procesal), dispersión debida a dos clases de motivos: por un lado, al progreso en la racionalización de los órdenes jurídicos y políticos, que da lugar a una serie de separaciones objetivas de tales órdenes (entre justicia y administración, entre éstas y legislación, entre ley y constitución, etc.), con lo que dentro de la realidad jurídico-pública surgen unos objetos autónomos que requieren tratamiento autónomo; por otro lado, al progreso en la precisión de los métodos jurídicos que proporcionó el instrumento gnoseológico adecuado para satisfacer las necesidades teóricas y técnicas. En resumen: si bien el nacimiento del Derecho constitucional se vincula de un modo inmediato con la problemática planteada por el Estado democrático liberal, responde, sin embargo, a causas más generales y profundas, y de las que ese mismo Estado era efecto»²⁰.

En esta corriente de la pureza del método jurídico, surgen figuras notables como P. LABAND y especialmente G. JELLINEK, que con su *Teoría general del estado* (1900), se ha considerado como «un hito de profundo significado en el proceso evolutivo, no solamente del Derecho constitucional, sino de toda la ciencia jurídica en general»²¹. La utilización del método jurídico como técnica de estudio del Derecho público, fue seguida en Italia por V. É. ORLANDO a partir de la prelación pronunciada en la Universidad de Palermo, sobre *Los criterios técnicos para la reconstrucción del Derecho público* (1885)²², aportación que fue aclarada y complementada por otra obra aparecida en 1952²³, por lo que es considerado como el padre del Derecho público italiano (especialmente del constitucional). Como lo señala L. VERDÚ de la primera obra señalada de ORLANDO, «supone una exposición a su programa científico con matices de vibrante manifiesto que anuncia la formación de la dirección técnico-jurídica hoy enraizada en Italia» y completa comentando que «era menester una ciencia del Derecho concebida como materia y como técnica, en términos jurídicos. Lo cual parecería demasiado obvio, pero implicaba la depuración de los ingredientes políticos, filosóficos y sociológicos que dificultaban una ciencia del Derecho público sistemático»²⁴.

En ese sendero de la técnica y dogmática jurídica que se iniciara bajo el empuje del Derecho público alemán con GERBER, LABAND y JELLINEK, progresivamente a finales del siglo XIX y primeras décadas del siglo XX fueron apareciendo autores que le dan sustento a la disciplina jurídico constitucional. El punto

²⁰ M. GARCÍA-PELAYO, «Prólogo a la primera edición», *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Alianza Editores, 1999, pp. 9-10. La primera edición es de 1951.

²¹ S. V. LINARES QUINTANA, *Tratado de la ciencia del Derecho constitucional*, t. II, p. 55.

²² Cfr. su obra *I criteri tecnici per la ricostruzione del diritto pubblico*, Módena, 1925. Citada por P. LUCAS VERDÚ, «Paolo di Ruffia y la ciencia italiana del Derecho constitucional», *op. cit.*, p. 27.

²³ Cfr., su trabajo «La rivoluzione mondiale e il diritto», en *Studi di diritto costituzionale in memoria di Luigi Rossi*, Milano, Giuffrè, 1952, pp. 729-730. Citado por P. LUCAS VERDÚ, *op. ult. cit.*, p. 27, notas 22 y 23.

²⁴ P. LUCAS VERDÚ, «Paolo di Ruffia y la ciencia italiana del Derecho constitucional», *op. cit.*, p. 27.

de inflexión histórica del cambio, como ha señalado LOMBARDI, lo representa V. É. ORLANDO. Señala este autor que «en su trabajo de 8 de enero de 1889, y que como prelude a sus Cursos de Derecho administrativo y constitucional fue leído en la Universidad de Palermo, hace ya casi un siglo, con el título *Los criterios técnicos para la reconstrucción jurídica del Derecho público*, sigue las pautas establecidas en otros estudios anteriores, que fueron también preludios a los Cursos de Módena (4 de diciembre de 1885, titulado *Orden jurídico y orden político*) y Messina (12 de diciembre de 1886, que significativamente se refiere a *La necesidad de una reconstrucción jurídica del Derecho constitucional*). En todos ellos se afirma rotundamente la distinción entre el Derecho constitucional y lo que más adelante se llamará “Ciencia de la política”, a la vez que se reivindica la autonomía del Derecho constitucional a través de la afirmación de la primacía del momento jurídico como objeto y razón de su estudio, con la consiguiente proclamación para el mismo del método propio de las otras ramas de la jurisprudencia como único medio válido para la reconstrucción de sus institutos»²⁵. Esta lucha por el método jurídico se aprecia con claridad en sus *Principi di diritto costituzionale*²⁶.

Siguiendo la línea iniciada por ORLANDO²⁷, su más destacado discípulo S. ROMANO continuó consolidando el método jurídico en el estudio del Derecho constitucional. Maestro y discípulo, ambos académicos y políticos, contribuyeron a la consagración del estudio técnico jurídico del Derecho constitucional. Como señala L. VERDÚ, «Orlando fue el fundador de la moderna escuela italiana del Derecho público. Romano significa su definitiva continuación y consolidación»²⁸. S. ROMANO tuvo una influencia importante como catedrático de Derecho constitucional (Universidades de Módena, Pisa, Milán y Roma) y Derecho administrativo (Universidad de Camerino). Fue miembro del Senado y presidente del Consejo de Estado. Sus obras relativas a *L'ordinamento giuridico* (1918) y *Corso di diritto costituzionale* (1926) resultan fundamentales para el desarrollo posterior de la disciplina, hasta llegar a sus *Principi di diritto costituzionale* (1945) y *Frammenti di un dizionario giuridico* (1947)²⁹.

La consolidación de la ciencia del Derecho constitucional se fue construyendo significativamente especialmente en Italia, Francia y Alemania. Destacan dentro de la escuela italiana, además de los mencionados ORLANDO y S. ROMANO, C. MORTATI, V. CRISAFULLI, E. TOSATO, L. ELIA, C. ESPOSITO, L. PALADIN, M. GALIZIA, C. LAVAGNA, P. BARILE, G. BALLADORE PALLIERI, T. MARTINES, P. BISCARETTI DI RUFFIA, F. PIERANDREI, A. PIZZORUSSO, A. PACE, A. LA PÉRGOLA, G. ZAGREBELSKY, G. DE VERGOTINNI, F. MODUGNO, S. BARTOLE y A. RUGGERI³⁰.

²⁵ G. LOMBARDI, «Derecho constitucional y ciencia política en Italia», en *Revista de Estudios Políticos*; Madrid, Nueva Época, núm. 22, julio-agosto, 1981, pp. 79-97, en p. 84.

²⁶ Florencia, G. Barbera, 1889.

²⁷ Una recopilación de los estudios de ORLANDO aparece en su *Diritto pubblico generale. Scritti varii (1881-1949) coordinati in sistema*, Milano, Dott. A. Giuffrè, 1940.

²⁸ «Paolo di Ruffia y la ciencia italiana del Derecho constitucional», *op. cit.*, p. 32.

²⁹ Para una valoración general de la obra de S. ROMANO, *vid.* V. FROSINI, «Las transformaciones de la doctrina del Estado en Italia», en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 202, julio-agosto, 1975, pp. 145-154, especialmente pp. 147 y ss.

³⁰ Hay autores que desde la filosofía del Derecho, ciencia política, teoría general del Derecho o historia constitucional, han realizado contribuciones especialmente importantes para el Derecho constitucional, como M. SEVERO GIANNINI, N. BOBBIO, L. FERRAJOLI, M. FIORAVANTI y M. BOVERO, entre otros.

En cuanto a los autores franceses figuran A. ESMEIN, E. LAMBERT, L. DUGUIT, B. MIRKINE GUETZÉVITCH³¹, J. BARTHÉLEMY, M. y A. HAURIU, R. CARRÉ DE MALBERG, M. DUVERGER, G. VEDEL, G. BURDEAU, M. PRÉLOT, L. FAVOREU, G. CONAC y M. TROPER³².

Y en la escuela alemana H. HÉLLER, C. SCHMITT, H. KELSEN, K. LOEWENSTEIN, R. SMEND, K. HESSE, T. MAUNZ, H. TRIEPEL, G. LEIBHOLZ, E. FORSTHOFF, E. WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, F. MÜLLER y P. HÄBERLE. Sólo por mencionar algunos autores emblemáticos y sin ningún ánimo de exhaustividad, que de manera magistral han sentado las bases de la teoría constitucional y teoría del Estado desde una perspectiva jurídica, contribuyendo a la consolidación de la ciencia del Derecho constitucional. En la actualidad son abundantes los manuales y libros que llevan el título de la disciplina, si bien su contenido abarca múltiples capítulos que reflejan su incesante crecimiento: derechos fundamentales, derechos humanos, Derecho parlamentario, derecho electoral, derecho judicial, Derecho regional o estadual, etc. SAGÜÉS advierte la manera en que el Derecho constitucional de nuestros días afronta una verdadera «crisis de crecimiento» debido a su incontenible desarrollo que bien puede causar su fraccionamiento en varias subasignaturas constitucionalistas³³.

En el ámbito anglosajón también se fue construyendo la ciencia del Derecho constitucional, si bien con una construcción pragmática, privilegiando el aspecto técnico y jurisprudencial sobre el dogmático. Sólo como una muestra y tampoco con ningún fin de exhaustividad, que rebasaría los fines del presente epígrafe, destacan las siguientes obras clásicas referidas al constitucionalismo británico y estadounidense. Entre las primeras: *The Reports of Sir Edward Coke* (13 partes, 1600-1615) e *Institutes of the Laws of England* (IV vols., 1628-1644), de Sir E. COKE; *The Elements of the Common Laws of England*, de Sir F. BACON (1630); *Commentaries of the Laws of England*, de William Blackstone (IV vols. 1765-1769); *The English Constitution*, de W. BAGEHOT (1867); *La Constitution d'Angleterre*, de J. L. DE LOLME (1771); *An introduction to the principles of morals and legislation*, de J. BENTHAM (1789); *Reflections on the Revolution of France*, de E. BURKE (1790); *Lectures Introductory to the Study of the Law of the Constitution*, de A. VENN DICEY (1885); *The American Commonwealth*, de J. BRYCE (1888); *The Expansion of the Common Law*, de Sir F. POLLOCK (1904); *The Constitutional History of England: a Course of Lectures*, MAITLAND, F. WILLIAM (1908), y *Studies in the Problem of Sovereignty*, de H. J. LASKI (1917); *Fundamental Law in English Constitutional History*, de J. W. GOUQ (1958). En la actualidad son abundantes los textos y manuales especialmente con el título de *Constitutional and Administrative Law*³⁴.

³¹ Si bien este autor enseñó en Petrogrado, se trasladó a Francia después de la primera guerra mundial, obteniendo la nacionalidad francesa y destacando por sus obras jurídicas, como lo advierte LINARES QUINTANA, *op. cit.*, p. 132.

³² Sólo se mencionan algunos autores clásicos, si bien existen otros importantes constitucionalistas contemporáneos, como F. MODERNE, P. BON, F. LUCHAIRE, M. FROMONT y D. ROUSSEAU, entre otros. En general, sobre un sector de la escuela francesa, *vid.* el trabajo de P. LUCAS VERDÚ, «Maurice Duverger y la nueva escuela francesa de Derecho constitucional», en *Boletín de la Universidad Compostelana*, Santiago de Compostela, 1959, núm. 67, pp. 283-293.

³³ N. P. SAGÜÉS, *Elementos de Derecho constitucional*, *op. cit.*, pp. 40-41.

³⁴ *Vid.*, entre otros, D. POLLARD, N. PARPWRTH y D. HUGHES, *Constitutional and Administrative Law. Text and Materials*, 4.ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2007.

En cuanto a las segundas: *The Federalist*, de A. HAMILTON, J. MADISON y J. JAY (1787-1788); *The Rights of Man*, de Th. PAINE (1791-1792); *Commentaries on the American Law*, de J. KENT (IV vols., 1826-1830); *Commentaries on the Constitution of the United States* (III vols, 1833) y *Commentaries on the Conflict of Laws* (1834), de J. STORY; *De la démocratie en Amérique*, de A. DE TOCQUEVILLE (IV vols., 1835-1840); *La Histoire des États Unis*, de É. LABOULAYE (III vols., 1855-1866); *The Constitution of the United States: Defined and Carefully Annotated*, de G. W. PASCHAL (1868); *An Introduction to the Constitutional Law of the United States*, de J. N. POMEROY (1868); *A treatise on the Constitutional Limitations which Rest Upon the Legislative Power of the States of the American Union* (1868) y *The general principles of constitutional law in the United States of America* (1880), ambas de Th. M. COOLEY; *The Common Law*, de O. WENDELL HOLMES Jr. (1881); *Congressional Government. A Study in American Politics*, de W. WILSON (1885); *The Doctrine of Judicial Review: Its Legal and Historical Basis and Other Essays* (1914) y *The Constitution and what it means today* (1920), ambas de E. S. CORWIN; y *Constitutionalism: Ancient and Modern*, de Ch. HOWARD McILWAIN (1940). En la actualidad también abundan los textos sobre *Constitutional Law*, como los de B. SCHWARTZ, G. GUNTHER, G. STONE, LOCHART-KAMISAR-CHOPER-SHIFFRIN, L. H. TRIBE, C. HERMAN PRITCHETT, STONE-SEIDMAN-SUNSTEIN-TUSHNET, FREUD-SUTHERLAND-HOWE-BROWN, HOWAK-ROTUNDA-YOUG, M. R. FORRESTER, entre otros.

De esta forma y de manera paralela al procesalismo científico, la ciencia del Derecho constitucional surge con las constituciones escritas en los siglos XVIII-XIX³⁵ y se desarrolla fundamentalmente en el siglo XX, especialmente cuando se acepta su autonomía de la ciencia política³⁶. Como bien lo señala PÉREZ ROYO «antes de la Constitución hay reflexión político-jurídica de alcance constitucional, muy interesante por cierto, pero no hay ni puede haber todavía un intento de estudiar ordenada y metódicamente la nueva forma de articulación jurídica del Estado»³⁷.

En cambio, su estudio como fenómeno histórico social, como forma de poder y de organización del Estado, se remonta a la Grecia antigua. Así puede advertirse de las obras de ARISTÓTELES: *Ética a Nicómaco*, *Política*, y *Constitución de Atenas*; de PLATÓN: sus *Diálogos: República, Política, y Las leyes*; y de CICERÓN: *Sobre la República*, y *Las leyes*. Con estos autores se inicia el estudio de las instituciones políticas y se prolonga con muchas otras obras y pensadores clásicos a través del tiempo, como *La ciudad de Dios*, de SAN AGUSTÍN (413-426); *Summa Theologica*, de SANTO TOMÁS DE AQUINO (1265-1274); *Defensor pacis*, de M. DE PADUA (1324); *Breviloquium de potestate tyrannica*, de G. DE OCKHAM (1346); *El*

³⁵ Un panorama interesante de la situación del constitucionalismo a mediados del siglo XIX, puede verse en la obra conmemorativa del centenario de la Constitución mexicana de 5 de febrero de 1857, en la que participaron un importante número de juristas a nivel mundial. Cfr. AAVV, *El constitucionalismo a mediados del siglo XIX*, México, UNAM, 2 tomos, 1957.

³⁶ En cuanto a los vínculos existentes y diferencias entre la ciencia política y el Derecho constitucional, vid. C. E. ROMERO, «Ciencia política, Derecho político y Derecho constitucional (aportes didácticos)», en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, núm. 185, septiembre-octubre de 1972, pp. 269-282.

³⁷ *Curso de Derecho constitucional*, 3.ª ed., Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1996, p. 59.

príncipe (1513) y *Discursos sobre la primera década de Tito Livio* (1512-17), de N. MAQUIAVELO; *Utopía*, de SANTO TOMÁS MORO (1516); *Franco-Gallia*, de F. HOTMAN (1573); *Los seis libros de la República*, de J. BODIN (1576); *De Cive* (1642) y *Leviatán: la materia, forma y poder de un Estado eclesiástico* (1651), de Th. HOBBS; *El ejercicio de la magistratura y el reinado*, de J. MILTON (1649); *Ensayos sobre el gobierno civil*, de J. LOCKE (1660-1662); *Ensayos sobre moral y política*, de D. HUME (1741-42); *El espíritu de las leyes*, de Ch.-L. DE MONTESQUIEU (1748); y *El contrato social*, de J.-J. ROUSSEAU (1762). Autores y obras universales, entre otras, que influyeron notablemente en el pensamiento político y especialmente en la filosofía política. Sin embargo, como lo expresa claramente LINARES QUINTANA, «la ciencia del Derecho constitucional reconoce un origen relativamente reciente, sea porque la idea de la consideración científica autónoma de las distintas partes del Derecho data de hace poco tiempo, sea por la dificultad metodológica de aislar los problemas jurídicos del Estado de aquellos históricos, filosóficos, políticos y sociológicos»³⁸.

De esta forma, puede sostenerse que si bien la ciencia del Derecho constitucional surge a partir del siglo XIX, se consolida en el siglo XX y especialmente a partir de la segunda guerra mundial, cuando su estudio se convierte estrictamente jurídico y autónomo de la ciencia política y de otras disciplinas. Se transita de una teoría política constitucional a una dogmática jurídica constitucional. PÉREZ ROYO ubica tres periodos en la evolución de la ciencia del Derecho constitucional. La primera comprende desde la Revolución francesa hasta la Revolución de 1848, en la cual el Derecho constitucional es exclusivamente Derecho político y se estudian los principios del Estado constitucional con un afán proselitista para obtener la victoria sobre el régimen absolutista; la segunda, al consolidarse el Estado constitucional, desde la Revolución de 1848 hasta el inicio de la primera guerra mundial en 1914, periodo en el cual la Constitución es considerada como documento político y el Derecho constitucional adquiere carácter enciclopédico por su vinculación con las ideas y formas políticas; la tercera, se inicia al finalizar la segunda guerra mundial y en la cual se afirma la concepción de la Constitución como norma, de tal suerte que el Derecho constitucional se estudia como disciplina jurídica y se escinde de otras disciplinas afines³⁹. En época reciente, incluso, se afirma con gran caudal una corriente denominada «Neoconstitucionalismo»⁴⁰, que podría desembocar en una nueva etapa evolutiva de la ciencia del Derecho constitucional.

De todo lo dicho en este epígrafe se advierte que el estudio científico del Derecho procesal y del Derecho constitucional surge a partir de la corriente del Derecho público alemán de la segunda mitad del siglo XIX y se consolidan como disciplinas jurídicas autónomas durante el siglo XX.

³⁸ *Tratado de la ciencia del Derecho constitucional*, p. 15. LINARES QUINTANA se apoya en la obra de M. PALMERINI, *Introduzione allo Studio del diritto costituzionale*, Edizioni dell'Ateneo, 1947, pp. 40-41.

³⁹ Cfr. J. PÉREZ ROYO, *Curso de Derecho constitucional*, op. cit., pp. 59-62.

⁴⁰ Sobre esta nueva corriente científica, vid. los interesantes trabajos contenidos en M. CARBONELL (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta, 2007; y *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003.

3. EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL COMO FENÓMENO HISTÓRICO SOCIAL

El Derecho procesal constitucional comprende también dos realidades: el fenómeno histórico social y su estudio científico.

El primero de ellos comprende el análisis de los instrumentos jurídicos de protección de los derechos humanos o de altos ordenamientos, así como las jurisdicciones u órganos que conocían de estos mecanismos en las diversas épocas y sistemas jurídicos. Así se estudian las instituciones, medios de defensa, garantías, personajes, jurisdicciones, jurisprudencia, doctrina e ideologías, lo que permite escudriñar sus antecedentes remotos desde la antigüedad. Corresponde a las «fuentes históricas» de la disciplina, sean legislativas, jurisprudenciales o ideológicas. A continuación esbozamos el fenómeno histórico social del Derecho procesal constitucional sin ningún propósito de exhaustividad, dividiendo su análisis en las cuatro etapas históricas⁴¹.

A) Antigüedad

Advierte CAPPELLETTI algún antecedente remoto en Grecia. Se refiere al precedente ateniense, de la superioridad y rigidez del *nómos* (que equipara a una especie de ley constitucional) con respecto del *pséfisma* (que lo considera como un decreto). El *pséfisma* debía ajustarse al *nómos* para que fuese legal. El efecto del *pséfisma* contrario al *nómas* consistía esencialmente en una responsabilidad penal de quien había propuesto el decreto a través de una acción pública de un año denominada *grafé paranónon*; además, el efecto también consistía, por fuerza de principio, en la invalidez del decreto ilegal, es decir, contrario al *nómas*⁴².

Al estudiar los antecedentes del juicio de amparo mexicano, algunos juristas han encontrado instituciones o antecedentes remotos en dos figuras del Derecho romano. En el interdicto pretoriano de *Homine libero exhibendo* (Ley I, Libro 43, Título 29 del *Digesto*), consistente en un mecanismo para la defensa de los hombres libres que eran detenidos con dolo, es decir, arbitrariamente por particulares, de tal suerte que se podía exhibir al hombre libre (*Quem liberum dolo malo retines, exhibeas*) a través de un procedimiento sumarísimo⁴³. J. CLAUDIO FERRIER en su *Paratitla de los Títulos del Digesto* señala: «Con este entredicho compele el pretor al que retiene con dolo a un hombre libre, a que lo presente. No es de asunto particular o de interés meramente privado, sino de oficio y a favor de la libertad. Es exhibitorio. Qué sea exhibir; lo dice el & 8 de la L. 3 de este título (2). También es popular; pues a nadie se ha de prohibir que pida a favor de la

⁴¹ Consideramos de utilidad dividir el análisis del fenómeno histórico social del Derecho procesal constitucional en las cuatro etapas que tradicionalmente se ha dividido la historia: Edad Antigua (desde la invención de la escritura, 3.000 años a. de C., hasta la caída del Imperio Romano de Occidente, 476); Edad Media (476 hasta el descubrimiento de América, 1492); Edad Moderna (1492 hasta la revolución francesa, 1789); Edad Contemporánea (1789 hasta nuestros días).

⁴² M. CAPPELLETTI, *La justicia constitucional (Estudios de Derecho Comparado)*, México, Porrúa, 1987, pp. 46-48.

⁴³ Cfr., entre otros, I. BURGOA, *El juicio de amparo*, 33.ª ed., México, Porrúa, 1997, pp. 48-49; y A. NORIEGA, *Lecciones de amparo, op. cit.*, t. I, pp. 59-60.

libertad, L. 3 & 9 eod.; pero si muchos lo intentan, el pretor elige uno, el mas interesado, el mas idóneo, y quedan los demás escludós. L. 3, & 13. Se da contra el que dolosamente detiene al hombre libre, L. 1, h; por consiguiente cesa contra el que detiene con justa causa, L. 3, & 2 et seq. H. t., y contra el que detiene, porque el detenido lo quiere, salvo que esté engañado ó seducido. L. 3, & 5. Ha de constar para que tenga lugar, que el detenido es libre, ó está en posesión de su libertad. L. 3 & 7. L. 4, & 1, h. t. Concorre con el juicio de la ley favia contra los plagiarios sin que mutuamente se destruyan, pues el entredicho se dirige á la exhibición, y el procedimiento criminal á la pena y al escarmiento. L. 3, *in prin.* H. t. Es perpétuo, L. 3, & últ., y eso se introdujo contra la índole de las acciones populares a favor de la libertad»⁴⁴.

Por otra parte, en la República romana se creó el tribunado de la plebe por una demanda y conquista de los plebeyos, a manera de contrapoder de los cónsules. La casa del Tribuno debía estar abierta día y noche para la defensa de éstos y eran nombrados por la asamblea de la plebe (*concilium plebis*). El tribunado de la plebe se instituía como sacrosanto (*sacrosanctitas*), por lo cual tenía protección de cualquier daño. A través de la *Intercessio tribunicia*, se solicitaba ante el tribunado de la plebe *apellatio auxilium* en contra de un mandato de los magistrados y la protección se podía extender para anular las leyes⁴⁵. Este tribuno de la plebe defendía los intereses populares, al impedir la aplicación de las disposiciones legislativas contrarias a dichos intereses (*intercessio*), otorgando protección personal a los perseguidos por las autoridades (*ius auxililii*)⁴⁶. Incluso, la *intercessio* «fue un instrumento clave en la oposición política llevada a cabo por el tribuno de la plebe frente a las decisiones de los magistrados patricios»⁴⁷, al poder vetar la ley o propuesta del magistrado que incluía otros tribunos de la plebe (*ius intercessionis*).

B) Edad Media y Edad Moderna

Se ha considerado al *Habeas Corpus Amendment Act* de 28 de mayo de 1679, con dieciocho preceptos, como el primer ordenamiento detallado que regula a un proceso constitucional, si bien existió desde la Carta Magna de 1215 y en la Ley Inglesa de 1640⁴⁸.

También en el Reino de Aragón existió una figura encargada de velar por el cumplimiento exacto de los diversos fueros. El Justicia Mayor apareció en el siglo XII y tuvo su esplendor entre los años 1436 y 1520, que incluso se hablaba en

⁴⁴ J. C. FERRIER, *Paratitla ó exposición compendiosa de los Títulos del Digesto*, México, Santiago Pérez, 1853, t. II, pp. 139-140 (edición facsimilar, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2007).

⁴⁵ Cfr. R. BATIZA, «Un preterido antecedente remoto del amparo», en *Revista Mexicana de Derecho Público*, núm. 4, abril-junio de 1947, pp. 429-437.

⁴⁶ H. FIX-ZAMUDIO y S. VALENCIA CARMONA, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, *op. cit.*, p. 183.

⁴⁷ C. RASÓN, *Síntesis de historia e instituciones de Derecho romano*, 2.ª ed., Madrid, Tecnos, p. 62.

⁴⁸ Cfr. N. P. SAGÜÉS, «Los desafíos del Derecho procesal constitucional», en V. BAZÁN (coord.), *Desafíos del control de la constitucionalidad*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1996, pp. 21-41, en p. 22.

esa época de la figura del «Justiciazgo» para comprender al justicia y a sus lugartenientes. Conocían fundamentalmente de los procesos forales aragoneses (los de mayor arraigo eran: de inventario, de firma de derecho, de aprehensión y de manifestación de persona). La finalidad de los mismos consistía en la protección o defensa de los súbditos en contra de los actos excesivos y arbitrarios de la autoridad real y eclesiástica, que constituían contrafuero en perjuicio de los mismos. En las Cortes de Tarazona, de 1592, se estableció que el cargo de Justicia dejaba de ser inamovible y podía ser proveído por el rey, así como los nombramientos de los lugartenientes, lo que provocó el decaimiento de la institución. Los Decretos de Nueva Planta de Felipe V (1707) constituyen el antecedente formal de su desaparición⁴⁹.

Para CAPPELLETTI el antecedente directo del control judicial de las leyes lo fue la batalla de Lord Edward Coke por la supremacía del *common law*, verificada por los jueces sobre el rey y el parlamento, especialmente el célebre *Bonham's Case* de 1610. No obstante la doctrina de Coke emanada de este caso y entendida como instrumento de lucha contra el absolutismo del rey o del parlamento, en Inglaterra se consolidó la supremacía del parlamento a partir de la revolución de 1688⁵⁰. De esta forma estima que el antecedente directo del control judicial de la constitucionalidad de las leyes se debe a la doctrina de Sir Edward Coke, que logró acogida en los Estados Unidos y paradójicamente fue abandonada en Inglaterra y ahora en sus ex colonias, donde ha prevalecido la «supremacía del parlamento» y no la de los jueces⁵¹.

Asimismo, se han encontrado instituciones en el Derecho indiano, especialmente como antecedentes del juicio de amparo mexicano⁵². Los recursos ante las Audiencias de México y Guadalajara⁵³; el recurso de fuerza⁵⁴; el recurso «obedézcase pero no se cumpla»⁵⁵; el recurso de nulidad por injusticia notoria⁵⁶;

⁴⁹ Sobre los procesos forales aragoneses y el justicia mayor existe una amplia bibliografía. *Vid.*, entre otros, Á. BONET NAVARRO, *Procesos ante el justicia de Aragón*, Zaragoza, Guara, 1982; C. LÓPEZ DE HARO, *La Constitución y libertades de Aragón y el justicia mayor*, Madrid, Reus, 1926, especialmente pp. 1-12, 336-385 y 426-625; V. FAIRÉN GULLÉN, *Antecedentes aragoneses de los juicios de amparo*, México, UNAM, 1971, pp. 7-49. Una síntesis del funcionamiento del justicia mayor y de la bibliografía existente, puede verse en nuestra obra *La acción constitucional de amparo en México y España (Estudio de Derecho comparado)*, 4.ª ed., México, Porrúa-UNAM, 2007, pp. 5-18.

⁵⁰ M. CAPPELLETTI, *La justicia constitucional (Estudios de Derecho Comparado)*, *op. cit.*, pp. 48-57.

⁵¹ *Cfr.* M. CAPPELLETTI, «Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional», traducción de L. AGUIAR DE LUQUE y M. G. RUBIO DE CASAS, en L. FAVOREU (ed.), *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, pp. 599-662, *vid.* pp. 560-561.

⁵² Una visión panorámica del Derecho indiano puede verse en la obra de Ó. CRUZ BARNEY, *Historia del Derecho en México*, 2.ª ed., México, Oxford, 2004, pp. 221-544.

⁵³ Sobre las facultades de estas Audiencias, *vid.*, entre otros, J. L. SOBERANES FERNÁNDEZ, *Los Tribunales de la Nueva España. Antología*, México, UNAM, 1980; de este mismo autor, «Introducción al estudio de la Audiencia de México», en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, año 3, núm. 3, 1979, pp. 465-476; «La administración superior de justicia en Nueva España», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, año XII, núm. 37, enero-abril de 1980, pp. 143-200.

⁵⁴ *Cfr.*, entre otros, G. F. MARGADANT, «El recurso de fuerza en la época novohispana», en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núms. 172-174, julio-diciembre de 1990, t. XL, pp. 99-125.

⁵⁵ T. ESQUIVEL OBREGÓN, *Apuntes para la historia del Derecho en México*, 2.ª ed., México, Porrúa, 1984, pp. 266-267.

⁵⁶ *Cfr.*, entre otros, A. NORIEGA, *Lecciones de amparo*, 8.ª ed., revisada y actualizada por José Luis Soberanes, México, Porrúa, 2004, vol. I, p. 64.

y lo que el historiador del Derecho A. LIRA GONZÁLEZ ha bautizado como el «amparo colonial»⁵⁷, tesis seguida por BARRAGÁN BARRAGÁN⁵⁸ y GARCÍA BELAUNDE en el Perú⁵⁹, cuya naturaleza en realidad corresponde a un interdicto posesorio. El propio BARRAGÁN BARRAGÁN ha puesto de relieve los cuatro amparos regulados por las Siete Partidas⁶⁰. Mención especial merece la obra de J. L. SOBERANES FERNÁNDEZ y F. J. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, denominada *Apuntes para la historia del juicio de amparo*, que han estudiado con profundidad desde la perspectiva histórica a la institución, desde los amparamientos en las Partidas, los antecedentes aragoneses, anglosajones y coloniales, los orígenes constitucionales en Yucatán y de los diversos ordenamientos, su consagración federal de 1847 y 1857, su polémica durante el siglo XIX, hasta su consagración definitiva en la actual Constitución de 1917⁶¹.

C) Edad contemporánea

En este periodo se desarrollan las constituciones escritas. Las ideas de J. LOCKE y de MONTESQUIEU sobre la división del poder encuentran acogida y sirven para el establecimiento de los derechos fundamentales y la limitación del poder en el constitucionalismo contemporáneo. Se consagra el principio de supremacía constitucional en el artículo VI de la Constitución de los Estados Unidos de 1787. Ya HAMILTON comentaba este principio en *El Federalista* al sostener que la Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces, de tal manera que «debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios»⁶².

El punto de inflexión del fenómeno histórico social, en su dimensión contemporánea, se suele ubicar en el paradigmático *Caso Marbury vs. Madison* resuelto por la Suprema Corte de los Estados Unidos el 24 de febrero de 1803, por el *Chief Justice* J. MARSHALL⁶³ y especialmente a través de la repercusión de la *judicial review of legislation* a nivel mundial. Si bien, como lo señala GRANT, el control judicial de las leyes no es propiamente una invención norteamericana, sino más bien la aplicación, en las constituciones escritas, de los principios y de las técnicas desarrolladas por el *common law* inglés para impedir que las corporaciones públicas y privadas traspasaran el campo de su autoridad⁶⁴. Incluso antes de ese famoso y trascendental fallo de MARSHALL, el Tribunal de New Jersey

⁵⁷ Cfr. A. LIRA GONZÁLEZ, *El amparo colonial y el juicio de amparo mexicano. Antecedentes novohispanos del juicio de amparo*, México, Fondo de Cultura Económica, 1972.

⁵⁸ Cfr. J. BARRAGÁN BARRAGÁN, «Los reales amparos», en su obra *Temas del liberalismo gaditano*, México, UNAM, 1978, pp.

⁵⁹ Cfr. D. GARCÍA BELAUNDE, «El amparo colonial peruano», en su obra *Derecho procesal constitucional*, Bogotá, Temis, 2001, pp. 79-87.

⁶⁰ Cfr., su libro *Algunas consideraciones sobre los cuatro recursos de amparo regulados por las Siete Partidas*, 2.ª ed., Guadalajara, Universidad de Guadalajara, 2000.

⁶¹ Cfr. J. L. SOBERANES FERNÁNDEZ y F. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *Apuntes para la historia del juicio de amparo*, México, Porrúa, 2002.

⁶² *Op. cit.*, p. 332.

⁶³ Existe una bibliografía impresionante sobre MARSHALL y especialmente del famoso fallo de 1803. Una biografía moderna puede verse en J. E. SMITH, *John Marshall. Definer of a nation*, New York, Henry Holt, 1996.

⁶⁴ J. A. C. GRANT, «La Constitución de los Estados Unidos», en *El constitucionalismo a mediados del siglo XIX*, México, UNAM, 1957, pp. 691-730.

en el *Caso Holmes vs. Walton* (1780), resolvió un caso de inconstitucionalidad de un estatuto local y provocó incluso que la legislatura aceptara el criterio procediendo a su reforma. Esa práctica ya se realizaba en las entidades federativas. El juez WYTHE, maestro de MARSHALL y que integraba el Tribunal de Apelación de Virginia, entendía ese poder de los jueces sobre la legislatura si traspasaba los límites que el pueblo le ha impuesto en la constitución (*Caso Commonwealth vs. Caton*, de 1782⁶⁵).

CAPPELLETTI advierte la influencia del control judicial de las leyes estadounidense y señala una tendencia evolutiva común y universal del fenómeno, tanto en el *common law* como en el *civil law*, distinguiendo tres etapas o épocas, a manera de una dialéctica hegeliana (tesis, antítesis y síntesis), que denominó como «Derecho natural», «Derecho legal» y «justicia constitucional». En los países del *common law*, surge la primera etapa derivada del pensamiento de COKE, si bien implícita cuatro siglos antes en BRACON, consistente en la supremacía del *common law*; la segunda época, con la Revolución de 1688, en la que se olvida la enseñanza de COKE y prevalece la supremacía del parlamento sobre la superioridad del *common law*; y la tercera, cuando surgen las constituciones escritas y se establecen en los Estados Unidos de Norteamérica las cortes supremas para hacer prevalecer la «*higher law*», a partir del paradigmático caso resuelto por la Corte Suprema de 1803, si bien con ciertos precedentes anteriores resueltos por las cortes supremas estatales como el propio MARSHALL señala⁶⁶.

Esta tendencia evolutiva también puede advertirse en la familia jurídica de base romanística. En el *civil law*, estimaba que se pueden ubicar también estas tres etapas, si bien en épocas posteriores: la primera, en el que las escuelas iusnaturalistas proclamaban la inaplicabilidad de leyes contrarias al Derecho natural. Así lo advertía, por ejemplo, de la doctrina de la «*Hereuse impuissance*» (feliz impotencia) del rey de violar las «*lois fondamentales du royaume*», es decir, la doctrina francesa de la inviolabilidad de las *leges imperii*. Esta concepción del *jus naturale* que arraigó de manera importante, lo vinculaba con el pensamiento de PLATÓN y de ARISTÓTELES, y particularmente con la doctrina tomística, los filósofos estoicos y a CICERÓN. Consideró que de alguna forma constituía un precedente valioso de lo que siglos después se consolidó en el control de la constitucionalidad de las leyes. En la segunda etapa prevaleció el principio de legalidad, mientras que en la tercera el pensamiento de KELSEN al establecer cortes especializadas para interpretar las constituciones⁶⁷.

En este periodo debe también mencionarse las ideas del abate SIEYÈS y el Senado Conservador de la Constitución francesa de 1799, que tuvieron impacto en el siglo XIX y en el pensamiento de C. SCHMITT. Según este autor, a la muerte de CROMWELL (1658) y después de los primeros ensayos modernos de constituciones escritas, se propuso una corporación especial, a manera del eforato espartano, que viniera a mantener la ordenación existente del *Commonwealth* y a impedir la restauración de la monarquía. Encontraron ahí su origen las ideas referentes a un «defensor de la libertad» y luego a un «defensor de la Constitución», que

⁶⁵ *Op. últ. cit.*, pp. 703-704.

⁶⁶ M. CAPPELLETTI, *Proceso, ideologías, sociedad*, trad. de S. SENTÍS MELENDO y T. A. BANZHAF, Buenos Aires, EJEJA, 1974, pp. 461-467.

⁶⁷ *Ibid.*, pp. 464-465.

se abrieron paso en el círculo de HARRINGTON. Dice SCHMITT que: «Ahí tiene su origen la idea de aquellas que, a través de las cartas constitucionales de Pensilvania, llegan hasta las de la Revolución francesa. En Francia, en la Constitución del año VIII (1799) aparece el Senado como defensor (*conservateur*) de la Constitución. En este caso, también, semejante instituto precede inmediatamente a una reacción política, la de la época de Napoleón I. Por esto es doblemente interesante comprobar que el *Sénat conservateur* no desempeñó su papel tutelar de la Constitución hasta la derrota militar de Napoleón, cuando por decreto de 3 de abril de 1814 declaró que Napoleón y su familia quedaban desposeídos del trono por haber vulnerado la Constitución y los derechos del pueblo»⁶⁸. Las argumentaciones de SCHMITT, por supuesto, están encaminadas a defender su postura ideológica relativa al decisionismo político y es por ello que acoge la doctrina de B. CONSTANT relativas al órgano moderador u órgano neutro o armónico, como veremos en su oportunidad.

Los antecedentes en estos cuatro periodos históricos sólo representa un bosquejo sin entrar en mayor detalle y en otros precedentes como los existentes en Latinoamérica en el denominado sistema Colombo-Venezolano de control constitucional de leyes (1850-1858) o la instauración del juicio de amparo en la Constitución del Estado de Yucatán de 1841. Hemos tratado simplemente de señalar algunas de las instituciones, figuras, etapas, ideologías y momentos relevantes y significativos en el Derecho procesal constitucional como fenómeno histórico social, a manera de «fuentes históricas» de la disciplina, que como sucede en otras áreas del conocimiento, su estudio dogmático se desarrollaría después.

4. EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL COMO CIENCIA: CUATRO ETAPAS DE DESARROLLO

La ciencia del Derecho procesal constitucional, o si se prefiere, la dogmática del Derecho procesal constitucional, en cambio, adquiere relevancia a partir de la creación de los Tribunales Constitucionales europeos. Especialmente de la Corte Constitucional austriaca de 1920 y particularmente a partir del influyente estudio de H. KELSEN de 1928, como veremos más adelante. Este influyente ensayo podría representar lo que la obra de BULÖW para el Derecho procesal o la de GERBER para el Derecho constitucional, al desencadenar el comienzo de una nueva concepción dogmática y que repercutiría después en la autonomía científica de sus disciplinas. Esto no significa ignorar la importancia de otros trabajos anteriores, muy valiosos por cierto, pero que no tuvieron el impacto que causó aquel trabajo precursor de KELSEN sobre la garantía jurisdiccional de la Constitución, basamento sobre el cual se construyó lo que hoy se conoce como Derecho procesal constitucional en su dimensión científica.

Con la polémica ideológica SCHMITT-KELSEN sobre el guardián de la Constitución, los planteamientos del segundo se consolidaron y se dieron ampliamente a conocer, surgiendo una nueva corriente dogmática. A partir de ahí se inicia una transición a la luz de la corriente del procesalismo científico. Primero al advertir

⁶⁸ *La defensa de la Constitución. Estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la constitución*, trad. de M. SÁNCHEZ SARTO, 2.ª ed., Madrid, Tecnos, 1998, pp. 27-28.

su existencia como disciplina autónoma, luego su desarrollo dogmático, hasta llegar a su sistematización científica como rama procesal. De tal suerte que es en este periodo donde debemos ubicar el nacimiento del Derecho procesal constitucional como ciencia (1928-1956).

La construcción científica de las disciplinas constituye una secuencia concatenada del pensamiento al ir construyendo, con base en los predecesores e influjos sociales, políticos y jurídicos del momento, nuevas concepciones y teorías. El propio ALCALÁ-ZAMORA así lo advierte para la evolución de la doctrina procesal. Reconoce que las etapas culturales no son compartimientos estancos sino momentos capitales enlazados entre sí⁶⁹. Y es por ello que consideramos de mayor provecho ubicar el periodo histórico en el cual surge la disciplina del Derecho procesal constitucional, destacando las contribuciones de sus distintos forjadores.

Para una mayor claridad se pueden advertir cuatro etapas concatenando las contribuciones de estos insignes juristas, hasta llegar a su configuración sistemática como disciplina autónoma procesal:

A) Precursora (1928-1942)

Se inicia con el trabajo de cimentación teórica de KELSEN, relativo a las garantías jurisdiccionales de la Constitución (1928) y al reafirmarse su postura con la polémica que sostuvo con C. SCHMITT sobre quién debería ser el guardián de la Constitución (1931). En este periodo y en el exilio KELSEN publica en los Estados Unidos un ensayo de corte comparativo entre los controles de constitucionalidad de las leyes austriaco y norteamericano (1942)⁷⁰, que constituye el primero en su género, por lo que si bien no tuvo un impacto significativo resulta de utilidad para la disciplina científica.

B) Descubrimiento procesal (1944-1947)

El procesalista español N. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, en sus primeros años de exilio en Argentina (1944-1945) y luego en México (1947), advierte la existencia de una nueva rama procesal y le otorga denominación. En Argentina al titular su obra *Estudios de Derecho procesal (civil, penal y constitucional)* en 1944; y al año siguiente de manera expresa señala que la institución del amparo debe ser considerada dentro del Derecho procesal constitucional, en una reseña que realiza a un comentario de un libro en la *Revista de Derecho Procesal* (1945). Y en México en las referencias que realiza en su clásica obra *Proceso, autocomposición y autodefensa (contribución al estudio de los fines del proceso)* en 1947.

⁶⁹ Cfr. «Evolución de la doctrina procesal», *op. cit.*, p. 293.

⁷⁰ H. KELSEN, «Judicial Review of Legislation. A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution», en *The Journal of Politics*, vol. 4, núm. 2, mayo de 1942, pp. 183-200. Existe traducción al español por D. GARCÍA BELAUNDE, «El control de la constitucionalidad de las leyes. Estudio comparado de las constituciones austriaca y norteamericana», en *Ius et Veritas*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, año VI, núm. 6, 1993, pp. 81-90. Esta última traducción se reproduce en Argentina con nota introductoria de G. J. BIDART CAMPOS, en *El Derecho*, Buenos Aires, año XXXII, núm. 8.435, 14 de febrero de 1994, pp. 1-5; así como en España, con nota introductoria de F. FERNÁNDEZ SEGADO, en *Direito. Revista Jurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, vol. IV, núm. 1, 1995, pp. 213-231.

C) Desarrollo dogmático procesal (1946-1955)

Etapa en la cual el mejor procesalismo científico de la época realiza importantes contribuciones para acercarse a la tendencia del constitucionalismo. Es el periodo del estudio de las garantías constitucionales del proceso iniciada por COUTURE (1946-48) y del análisis de la jurisdicción constitucional e instrumentos procesales de control a través de las colaboraciones de CALAMANDREI (1950-1956) y CAPPELLETTI (1955). COUTURE inicia toda una corriente dogmática en el estudio de las garantías constitucionales del proceso, especialmente del proceso civil, pero utiliza la expresión «garantía» como sinónimo de Derecho fundamental y no como mecanismo procesal de defensa. CALAMANDREI estudia el fenómeno de la jurisdicción constitucional a la luz del procesalismo científico, realizando clasificaciones muy valiosas sobre la caracterización de los sistemas de justicia constitucional y analizando especialmente los efectos de las sentencias constitucionales, pero no lo realiza en su integridad ni advierte la existencia de la disciplina. CAPPELLETTI agrupa el estudio de los instrumentos procesales de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales en la categoría que denomina «jurisdicción constitucional de la libertad» que con el paso del tiempo se ha aceptado y luego desarrolla su teoría en el ámbito supranacional, pero no emplea la expresión ni advierte la existencia de una nueva rama procesal.

D) Definición conceptual y sistemática (1955-1956)

El último eslabón constituye la definición conceptual como disciplina procesal y la realiza FIX-ZAMUDIO en su trabajo relativo a *La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana. Ensayo de una estructuración procesal del amparo* (1955), publicado parcialmente al año siguiente en diversas revistas mexicanas (1956).

Las aportaciones de aquellos juristas son fundamentales para fraguar el primer estudio dedicado «al análisis de la disciplina científica como objeto de estudio específico» y con la intención de sistematizarla a partir de su naturaleza procesal. Se debe al jurista mexicano H. FIX-ZAMUDIO, que, recogiendo el hallazgo de su maestro y utilizando el trabajo precursor de KELSEN de 1928, así como las aproximaciones científicas de CALAMANDREI, COUTURE y CAPPELLETTI, define y le otorga los contornos científicos a la disciplina, determina su naturaleza jurídica, la conceptualiza dentro del Derecho procesal inquisitorial, le otorga un contenido específico y la distingue de lo que es propio del Derecho constitucional. Y lo hace en su tesis para lograr el grado de licenciado en Derecho (1955), cuyos capítulos fueron publicados por separado al año siguiente en diversas revistas mexicanas (1956).

No se puede dudar de la aportación kelseniana al sentar las bases teóricas sobre las cuales descansa la jurisdicción constitucional, en su dimensión concentrada de control de la constitucionalidad, así como la repercusión que causó su estudio de 1928 en la concepción del Derecho en general y particularmente en el desarrollo del Derecho constitucional. Sus aportaciones a la teoría general del Derecho fueron de tal magnitud que influyeron en toda la concepción del Derecho y de sus ramas. Es el precursor del Derecho procesal constitucional, al

establecer los cimientos de lo que vendría después: la acogida de su postulado en el seno mismo del procesalismo científico. KELSEN sembró la semilla. ALCALÁ-ZAMORA descubre el pequeño retoño. COUTURE, CALAMANDREI y CAPPELLETTI hacen que broten sus primeras ramas. FIX-ZAMUDIO le da la forma para convertirlo en un árbol lo suficientemente visible para que otros lo advirtieran y bajo su sombra se cobijen.

Las aportaciones científicas de COUTURE, CALAMANDREI y CAPPELLETTI, desde diversos ángulos acercaron el procesalismo a la corriente del constitucionalismo de la época y resultaron fundamentales para ir configurando procesalmente el fenómeno, hasta llegar a la sistematización integral de la disciplina científica que realiza FIX-ZAMUDIO con base en aquellos desarrollos.

Estos juristas influyeron notablemente en FIX-ZAMUDIO, pero se debe a él su primer acercamiento conceptual y sistemático como disciplina autónoma procesal. Las contribuciones de estos eminentes procesalistas no se realizaron pensando en la «nueva disciplina» como tal, si bien contribuyeron notablemente en diversos aspectos de su contenido y teniendo en cuenta la cimentación teórica de KELSEN.

De lo anterior se sigue que a pesar de las notables aportaciones de COUTURE, CALAMANDREI y CAPPELLETTI, ninguno advirtió la existencia de la «nueva rama procesal», como sí lo hicieron ALCALÁ-ZAMORA y FIX-ZAMUDIO. Maestro y discípulo deben ser considerados como los fundadores del Derecho procesal constitucional entendido como disciplina autónoma procesal, si bien el primero en su dimensión «nominal o formal» (siguiendo la tesis de GARCÍA BELAUNDE) y el segundo en su aspecto «conceptual o material». Uno «descubrió» la existencia de la disciplina científica y el otro le otorga «contenido sistemático», con la intención manifiesta de definir su naturaleza y perfil como rama autónoma procesal.

FIX-ZAMUDIO es el primer jurista que define al Derecho procesal constitucional como: «La disciplina que se ocupa del estudio de las garantías de la Constitución, es decir, de los instrumentos normativos de carácter represivo y reparador que tienen por objeto remover los obstáculos existentes para el cumplimiento de las normas fundamentales, cuando han sido violadas, desconocidas o existe incertidumbre acerca de su alcance o de su contenido, o para decirlo con palabras carnelutianas, son las normas instrumentales establecidas para la composición de los litigios constitucionales»⁷¹. Si bien podría discutirse si esa concepción comprende el contenido integral de la disciplina, lo cierto es que representa la primera definición a manera de aproximación científica y en la cual se incorpora como objeto de estudio de la misma a las «garantías constitucionales» que hoy en día es indiscutible que son parte esencial de su contenido.

Como bien señala GARCÍA BELAUNDE en su reciente tesis, «para hablar de un fundador del Derecho procesal constitucional, necesitamos por un lado que exista el Derecho procesal; por otro que lo adjetivemos, o sea, que le demos el nombre y finalmente le demos el contenido»⁷². Y eso es precisamente

⁷¹ H. FIX-ZAMUDIO, *La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana. Ensayo de una estructuración procesal del amparo* (tesis de licenciatura), 1955, *op. cit.*, pp. 90-91.

⁷² D. GARCÍA BELAUNDE, «Dos cuestiones disputadas sobre el Derecho procesal constitucional», *op. cit.*, p. 142.

lo que hicieron maestro y discípulo. ALCALÁ-ZAMORA le otorga *nomen iuris* al advertir su existencia (1944-1947) y FIX-ZAMUDIO desarrolla el descubrimiento de su maestro, al precisar su naturaleza y definir su configuración científica (1955-1956). Ambos lo hacen de manera consciente pensando en la «disciplina científica» como «rama procesal». Por supuesto que el jurista mexicano sistematiza la disciplina a partir del hallazgo de su maestro, de las bases teóricas de KELSEN y en la misma sintonía de la corriente del procesalismo científico que se había acercado al fenómeno constitucional (COUTURE, CALAMANDREI y CAPPELLETTI).

COUTURE, por una parte, utiliza la expresión desde 1948 en su clásico *Estudios de Derecho procesal civil*. La «Parte primera» y «Parte tercera» del tomo I llevan los títulos: «Tutela constitucional de la justicia» y «Casos de Derecho procesal constitucional». Si nos detenemos en la lectura de su contenido, se advierte que en realidad se refiere, en términos generales, a las dimensiones constitucionales del proceso civil y del debido proceso, lo que ocasionó una nueva dimensión en cuanto al análisis dogmático de las instituciones procesales con trascendencia constitucional. Esta es una aportación fundamental dentro del procesalismo contemporáneo, que llevó años más tarde a que el propio FIX-ZAMUDIO lo considerara como el fundador de una disciplina limítrofe que denominó «Derecho constitucional procesal», perteneciente a la ciencia constitucional⁷³, materia a la cual nos hemos referido y a la que regresaremos al analizar esta aportación por el jurista uruguayo. Esa es una de las aportaciones más significativas de COUTURE al procesalismo científico, al guiar lo que hoy se ha consolidado como las garantías constitucionales del proceso. Sin embargo, no se advierte que el jurista uruguayo tuviera la intención de otorgarle al Derecho procesal constitucional la connotación que luego adquirió, ni mucho menos que quisiera sistematizarla como «disciplina procesal».

Tampoco se ve la referida intención en CALAMANDREI o en su discípulo CAPPELLETTI. Ambos con importantes contribuciones al contenido de la disciplina, pero sin el afán de su configuración científica. Las aportaciones del profesor florentino se advierten en la influencia que tuvo para la consagración de la Corte Constitucional en la Constitución italiana de 1947 y especialmente por la redacción de importantes ensayos entre 1950 y 1956 (año de su sensible pérdida), como son: «L'illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile» (1950), «La Corte costituzionale e il processo civile» (1951), «Corte Costituzionale e Autorità giudiziaria» (1956) y «La prima sentenza della Corte costituzionale» (1956), entre otros. Estos trabajos resultan relevantes para el estudio dogmático del proceso constitucional. Aproximan el enfoque procesalista al fenómeno de la jurisdicción constitucional, que pareciera luego abandonarse y reconducirse por el enfoque constitucionalista, especialmente a partir de la entrada en funcionamiento de la *Corte Costituzionale* en 1956. Una de las principales aportaciones del maestro florentino es la clásica caracterización de los dos sistemas de control constitucionales: el difuso como «incidental, especial y declarativo» y el concentrado como «principal, general y constitutivo», distinción que si bien debe matizarse en la actualidad, sigue siendo el punto de partida para cualquier

⁷³ Cfr. H. FIX-ZAMUDIO, «Reflexiones sobre el Derecho constitucional procesal mexicano», en *Memoria de El Colegio Nacional 1981*, México, El Colegio Nacional, 1982, pp. 37-91.

reflexión sobre el particular⁷⁴. Sin embargo, el maestro de Florencia, a pesar de esta notable aportación y de un detenido análisis de los efectos de las sentencias constitucionales, no visualizó la nueva parcela jurídico procesal como «disciplina científica», por lo que nunca utilizó la expresión ni pudo entonces realizar una aproximación sistemática de la misma, si bien contribuyó notablemente en su contenido.

Asimismo, CAPPELETTI tuvo un primer acercamiento al haber publicado con tan sólo veintiocho años de edad (1955) su primera obra: *La giurisdizione costituzionale delle libertà: primo studio sul ricorso costituzionale*⁷⁵, que seis años más tarde tradujera FIX-ZAMUDIO al español: *La Jurisdicción constitucional de la Libertad. Con referencia a los ordenamientos alemán, suizo y austriaco*⁷⁶. Esta obra representa un riguroso estudio de corte comparativo relativo al análisis sistemático de los diversos instrumentos de protección de los derechos fundamentales. La terminología relativa a la jurisdicción constitucional de la libertad fue acogida por FIX-ZAMUDIO y la considera como uno de los sectores de la disciplina, junto con la dimensión «orgánica» y la «transnacional» que tanto estudió e impulsó el profesor CAPPELETTI en sus estudios comparatistas a nivel mundial⁷⁷. En los años siguientes aparecieron varias publicaciones trascendentales a través de la vinculación del proceso y la constitución, como se advierte de su obra *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile* (1957), así como la voz «Amparo» (1958) en la *Enciclopedia del Diritto*⁷⁸, y que fue traducida al castellano en ese mismo año en el *Boletín del Instituto de Derecho Comparado* en México por el propio FIX-ZAMUDIO⁷⁹.

Sin embargo, las colaboraciones de COUTURE, CALAMANDREI y CAPPELETTI sólo encuentran sentido con el trabajo de cimentación teórica de KELSEN a manera de «precursor» de la disciplina científica procesal, en la medida en que inició los estudios dogmáticos en la salvaguarda de la Constitución. FIX-ZAMUDIO ha considerado el ensayo de 1928 de KELSEN como la obra fundacional del Derecho procesal constitucional, como lo fue el tratado de O. BÜLOW sobre *La teoría de las excepciones dilatorias y los presupuestos procesales* (1968), para el Derecho procesal civil y podríamos decir de algún modo la obra de GERBER sobre los *Fundamentos de un sistema del Derecho político alemán* (1965) para el Derecho público y especialmente para el Derecho constitucional. Sin embargo, estos estudios marcaron el inicio de una nueva concepción dogmática y especialmente

⁷⁴ Cfr. P. CALAMANDREI, *La illegittimità costituzionale delle leggi*, Padua, CEDAM, 1950, pp. 5 y ss.; existe traducción por S. SENTÍS MELENDO, «La ilegitimidad constitucional de las leyes en el proceso civil», en sus ensayos reunidos *Instituciones de Derecho procesal civil (Estudios sobre el proceso civil)*, Buenos Aires, El Foro, 1996, vol. III, pp. 21 y ss.

⁷⁵ Milano, Giuffrè, 1955.

⁷⁶ México, UNAM, 1961.

⁷⁷ A los tres sectores señalados, nosotros hemos agregado un cuarto que denominamos «Derecho procesal constitucional local», entendido como aquel que estudia los distintos instrumentos encaminados a la protección de los ordenamientos, constituciones o estatutos de los estados (en los regímenes federales), provincias o comunidades autónomas. Cfr. E. FERRER MAC-GREGOR, *Los Tribunales Constitucionales en Iberoamérica*, México, Fundap, 2002, pp. 53-54; asimismo, «Hacia un Derecho procesal constitucional local en México», en *Anuario Latinoamericano de Derecho Constitucional*, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, 2003, pp. 229-245.

⁷⁸ Editada por Dott. Antonino Giuffrè, t. I, 1958.

⁷⁹ «Voz Amparo», trad. de H. FIX-ZAMUDIO en *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, año XI, septiembre-diciembre de 1958, núm. 33, pp. 63-66.

repercutieron para que después se llegara a la autonomía científica de sus diversas disciplinas. Así sucedió con el Derecho procesal y el Derecho constitucional, que alcanzaron tal carácter hasta el siglo xx. De la misma manera puede decirse del Derecho procesal constitucional. El estudio del fundador de la escuela de Viena repercutió con posterioridad en la dogmática procesal. Resultó fundamental para que se iniciara el análisis dogmático de las categorías procesales en sede constitucional y de los instrumentos procesales de control constitucional (COUTURE, CALAMANDREI y CAPPELLETTI, 1946-1956) y para visualizar la existencia de una nueva disciplina procesal en su estudio (ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, 1944-1947), hasta otorgarle su configuración científica (FIX-ZAMUDIO, 1955-1956).

Los estudios de cimentación teórica de GERBER (1865), BULLOW (1868) y KELSEN (1928), marcan el comienzo de la etapa científica del Derecho constitucional, Derecho procesal y Derecho procesal constitucional. Etapa científica que paulatinamente fue consolidándose con otros estudios posteriores teniendo en cuenta aquellos trabajos pioneros. Para el Derecho constitucional (y en general para las ramas del Derecho público) se han considerado fundamentales las obras de V. ÉMMANUELE ORLANDO, *Los criterios técnicos para la reconstrucción del Derecho público* (1885) y *Principii di diritto costituzionale* (1889), así como la obra de G. JELLINEK, *Teoría general del Estado* (1900), siguiendo construyendo la dogmática jurídica constitucional discípulos de ORLANDO, como S. ROMANO y la escuela italiana; contribuyendo notablemente la escuela francesa de Derecho constitucional, con autores como M. HAURIOU, R. CARRÉ DE MALBERG, L. DUGUIT, M. DUVERGER, entre muchos otros. Mientras para el desarrollo del procesalismo científico son fundamentales las obras y polémicas sobre la acción procesal de WINDSCHEID-MUTHER (1956-1957), anterior a la obra de BÜLOW, las aportaciones científicas de KOHLER: *El proceso como relación jurídica* (1988), y de WACH: *La pretensión de declaración: un aporte a la teoría de la pretensión de protección del Derecho*, hasta la famosa prolucción de G. CHIOVENDA (1903) sobre *La acción en el sistema de los derechos*, donde perfila los conceptos fundamentales de la ciencia procesal. De ahí seguirían construyendo la disciplina muchos otros, como sus discípulos P. CALAMANDREI y F. CARNELUTTI, o en América R. PODETTI y E. J. COUTURE.

Así puede también considerarse en el Derecho procesal constitucional. El estudio precursor lo es el multicitado de KELSEN sobre las garantías jurisdiccionales de la Constitución de 1928. No sólo por sentar las bases teóricas sobre la jurisdicción constitucional como órgano concentrado, sino por la repercusión que provocó su estudio dogmático derivada de la polémica con C. SCHMITT sobre el guardián de la Constitución (1931), que llevó al establecimiento y consolidación paulatina de los Tribunales Constitucionales a partir de la segunda posguerra. Y a partir de ahí siguieron obras que continuaron en su desarrollo desde la dogmática procesal, como se advierte de las publicaciones de COUTURE, «Las garantías constitucionales del proceso civil» (1946); de ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *Proceso, autocomposición y autodefensa* (1947); de CALAMANDREI, «L'illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile» (1950); y CAPPELLETTI, *La giurisdizione costituzionale delle libertà: primo studio sul ricorso costituzionale* (1955); hasta llegar al primer estudio sistemático del Derecho procesal constitucional como ciencia, emprendido por FIX-ZAMUDIO: *La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana* (1955). Este ensayo no sólo se limita al análisis de las garantías en

México, como pudiera inferirse del título, sino que establece un marco teórico conceptual y sistemático de la disciplina jurídica, a manera de último eslabón en su configuración científica. Es por ello que debe considerarse al jurista mexicano como «fundador conceptual» de la ciencia del Derecho procesal constitucional, en el entendido de que la «ciencia» se va construyendo a través del pensamiento concatenado de todos estos juristas.

La postura teórica de FIX-ZAMUDIO tardó en darse a conocer. Probablemente debido a que su inicial trabajo de 1955, que constituye su tesis de licenciatura, apareció en publicaciones dispersas en 1956, siendo hasta 1964 cuando se publica íntegra junto con otros estudios en su libro *El Juicio de Amparo*. En los siguientes años los rumbos en el análisis científico de la jurisdicción y procesos constitucionales se encaminaron bajo la ciencia constitucional, no obstante que en Italia los procesalistas iniciaron su estudio dogmático a partir de la Constitución de 1947 hasta los primeros años de funcionamiento de la *Corte Costituzionale*⁸⁰. ¿Por qué razón los procesalistas se apartaron de su estudio? Es una respuesta que debería ser analizada con detenimiento y materia de un diverso ensayo.

Esta tendencia se ha mantenido en el viejo continente. Salvo excepciones, pareciera que el estudio sistemático de los procesos, jurisdicción y órganos de naturaleza constitucionales se encuentra (auto) vedada para los procesalistas, debido a su anclaje como parcela del Derecho constitucional. Si bien existe una tendencia para estudiar algún proceso constitucional en particular o uno de sus componentes, siguen resultando escasos los estudios integrales del Derecho procesal constitucional como corriente del procesalismo científico contemporáneo. En Europa ha predominado la visión constitucionalista bajo la denominación «justicia constitucional». Sin embargo, se ha utilizado también la expresión «Derecho procesal constitucional» aunque con muy diversos significados y algunas veces como sinónimo de aquélla, siendo pocos los casos que le dan la significación dentro de la corriente procesal, como ha sucedido en España, con procesalistas como J. GONZÁLEZ PÉREZ, J. ALMAGRO NOSETE, V. FAIRÉN GUILLÉN y M.^a DEL CALVO SÁNCHEZ. En otros países se le dan connotaciones diversas a la expresión, como en Alemania: M. SACHS, Ch. HILLGRUBER, Ch. GOOS, C. F. MÜLLER, R. FLEURY, E. BENDA, H. GERDSDORF y Ch. PESTALOTTA; en Italia: G. ZAGREBELSKY, A. PIZZORUSSO, R. ROMBOLI, A. RUGGERI, M. D'AMICO y A. SPADARO; o bien en Portugal: J. J. GOMES CANOTILHO, G. DA FONSECA, I. DOMINGOS y J. MIRANDA⁸¹.

En Latinoamérica, a partir de la década de los setenta del siglo pasado, la semilla científica sembrada retoma nuevos brotes por los que podríamos denominar forjadores de segunda generación. Curiosamente por dos constitucionalistas: D. GARCÍA BELAUNDE y N. P. SAGÜÉS. El primero en el Perú, al advertir la existencia de la disciplina cuando emprende un análisis sobre el *habeas corpus* en su país (1971)⁸²; y el segundo en Argentina, al estudiar la institución del am-

⁸⁰ Especialmente por los procesalistas en materia civil. Así lo advertía ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO. Cfr. «La protección procesal internacional de los derechos humanos», en AAVV, *Veinte años de evolución de los derechos humanos*, México, UNAM, 1974, pp. 275-384, en p. 278.

⁸¹ *Vid. supra*, la bibliografía citada en el epígrafe IV: «Hacia la consolidación de una nueva disciplina autónoma».

⁸² *El habeas corpus interpretado*, Lima, Instituto de Investigaciones Jurídica de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1971, p. 21.

paro (1979)⁸³. En la década de los ochenta y noventa desarrollan su contenido aceptando implícita o directamente la postura inicial de FIX-ZAMUDIO de 1955-1956, sobre su autonomía procesal. A través de importantes publicaciones, organización de seminarios, congresos, conferencias y enseñanza universitaria, dan a conocer la disciplina y han contribuido de manera importante en su desarrollo científico.

D. GARCÍA BELAUNDE, si bien discrepa en cuanto al contenido que en los años sucesivos le ha otorgado FIX-ZAMUDIO relativo a la distinción con otra rama limítrofe que denomina «Derecho constitucional procesal», lo cierto es que acepta sin ambages y defiende con argumentos sólidos y propios la postura esencial del jurista mexicano: la naturaleza procesal de la disciplina⁸⁴. Por su parte, N. P. SAGÜÉS también acoge la vertiente procesal del Derecho procesal constitucional y acepta a su vez la confluencia del «Derecho constitucional procesal» como materia de la ciencia constitucional, si bien advierte «mutaciones y zonas comunes» que conlleva la posibilidad del análisis «mixto» de los institutos⁸⁵.

Estos forjadores de segunda generación se han convertido en genuinos embajadores del Derecho procesal constitucional a lo largo y ancho de Latinoamérica. Han formado «escuela» en sus respectivos países y en general en nuestro continente. Esto ha llevado incluso a la formación de institutos o asociaciones científicas como el *Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional*, cuyo presidente es SAGÜÉS y uno de sus vicepresidentes GARCÍA BELAUNDE.

Por supuesto que al lado de ellos han destacado importantes juristas latinoamericanos que aceptan la corriente científica del Derecho procesal constitucional con diversos matices y contenidos, con importante obra escrita como O. A. GOZAÍNI (Argentina), H. NOGUEIRA ALCALÁ (Chile) y R. HERNÁNDEZ VALLE (Costa Rica). Asimismo, debe también destacarse los siguientes autores: Argentina: V. BAZÁN, E. A. CARELLI, J. C. HITTERS, F. M. MACHADO, P. L. MANILI, M. MASCOTTRA, A. RIVAS, S. SAGÜÉS y M.^a M. SERRA. Bolivia: J. ASBUN, R. BALDIVIESO, J. DECKER y J. A. RIVERA SANTIVAÑEZ. Brasil: M. CANTONNI DE OLIVEIRA, P. R. DE GOUVEIA MEDINA, P. HAMILTON SIQUEIRA JUNIOR, J. A. DE OLIVEIRA BARACHO, M. ORIONE GONÇALVES CORREIA, G. RABAY GUERRA, R. ROSAS y W. S. GUERRA FILHO. Chile: A. BORDALÍ SALAMANCA, J. COLOMBO CAMPBELL, A. PERRAMONT y F. ZÚÑIGA. Colombia: A. GIACOMETTE FERRER, J. HENAO HIDRÓN, H. A. OLANO GARCÍA y E. REY CANTOR. México: G. GARCÍA MORELOS, R. GIL RENDÓN, M. F. CASARÍN y C. ASTUDILLO. Nicaragua: I. ESCOBAR FORNOS. Panamá: B. BARRIOS, R. GONZÁLEZ MONTENEGRO y S. RODRÍGUEZ ROBLES, y Perú: S. B. ABAD, E. CARPIO, S. CASTAÑEDA, L. CASTILLO CÓRDOVA, F. J. EGUIGUREN, E. ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, G. ETO CRUZ, C. LANDA, J. PALOMINO MANCHEGO, A. QUIROGA LEÓN, E. A. RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ y L. R. SÁENZ DÁVALOS. Sólo por mencionar los que tienen obra escrita, enseñan la disciplina y que decididamente han contribuido significativamente a su consolidación.

⁸³ *Ley de Amparo: comentada, anotada y concordada con las normas provinciales*, Buenos Aires, Astrea, 1979, p. 64.

⁸⁴ *Cfr.*, entre otros, «El Derecho procesal constitucional y su configuración jurídica (aproximación al tema)», en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 2, *op. cit.*; así como su libro *Derecho procesal constitucional*, Bogotá, Temis, 2001, *passim*.

⁸⁵ *Cfr.* el t. I de su obra *Derecho procesal constitucional. Recurso extraordinario*, *op. cit.*, pp. 3-6.

En pleno siglo XXI el Derecho procesal constitucional avanza hacia su aceptación plena dentro del concierto de las disciplinas jurídicas, si bien todavía se requiere seguir configurando su contenido científico.

5. CONCLUSIÓN

Para poder comprender cabalmente el desarrollo que ha experimentado el Derecho procesal constitucional, es necesario distinguir su aspecto histórico social de su dimensión científica. Esta segunda connotación es producto de la consolidación y desenvolvimiento que han experimentado las distintas ramas del Derecho público desde el siglo XIX, especialmente los sectores del Derecho procesal y del Derecho constitucional, que se consolidan como disciplinas jurídicas autónomas durante el siglo XX.

El estudio de la ciencia del Derecho procesal constitucional como nueva manifestación del Derecho público, no es producto de un acontecimiento o ideología aislada o determinada, sino del pensamiento concatenado de ilustres juristas que fueron delineando la nueva disciplina jurídica. Este «periodo fundacional» se ubica entre los años de 1928 a 1956. En este lapso se pueden advertir cuatro etapas en su desarrollo que hemos denominado *precursora* (1928-1942); *descubrimiento procesal* (1944-1947); *desarrollo dogmático procesal* (1946-1955); y *definición conceptual y sistemática* (1955-1956), debido a las contribuciones de KELSEN, ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, COUTURE, CALAMANDREI y FIX-ZAMUDIO, genuinos forjadores de la ciencia del Derecho procesal constitucional.

IV. ¿ES KELSEN EL FUNDADOR DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL?

Análisis de un debate contemporáneo *

1. EL PUNTO DE PARTIDA: ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO

En los últimos años ha surgido un interesante debate sobre el fundador del Derecho procesal constitucional.

El punto de partida lo constituye la afirmación de N. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, en su clásica obra *Proceso, autocomposición y autodefensa (contribución al estudio de los fines del proceso)*¹ publicada en México en 1947. El destacado procesalista español advierte en esta obra: «Como San Juan en su Evangelio (I, 1), también el procesalista podría decir que en el principio fue el proceso... y que luego después se han ido agregando calificativos a medida que han ido surgiendo nuevas ramas...»²; y al referirse al nacimiento de varias ramas del proceso, como la administrativa y la laboral, enfatiza también sobre el «*surgimiento de un proceso constitucional*, por un lado, en la declaración judicial de ilegalidad de los reglamentos, que siendo su hermana menor en jerarquía, ha sido en diversos países su hermana mayor en el orden del tiempo (además de implicar en sí misma una nueva ampliación procesal) y, por otro, en la declaración de inconstitucionalidad de los Estados Unidos y de otros varios países americanos y en el recurso de amparo mexicano, bien entendido que, como ha demostrado JERUSALEM, el Derecho norteamericano desconoce la idea de una jurisdicción constitucional, que brota en la famosa Constitución austriaca de 1 de octubre de 1920, inspirada por KELSEN, a quien, por tanto, debemos considerar fundador

* Publicado en *Revista de Processo*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, año 22, octubre 2008, pp. 245-282.

¹ México, UNAM, 1947. Existe segunda edición (1970) y tercera (1991, en realidad reimpresión de la 2.ª edición, con prólogo de H. FIX-ZAMUDIO), así como una reimpresión de esta última (2000), todas por la UNAM.

² *Op. últ. cit.*, p. 207 (1.ª ed. de 1947); pp. 215-216 (2.ª ed. de 1970) y p. 214 (3.ª ed. de 1991, en realidad reimpresión de la 2.ª ed.).

de esta rama procesal, a la que ha dedicado algún fundamental trabajo, y que trascendió al constitucionalismo de otros países como España en 1931»³.

Como puede apreciarse, ALCALÁ-ZAMORA considera a Kelsen como «fundador de esta rama procesal», teniendo en cuenta que: i) inspiró la creación de la jurisdicción constitucional austriaca; ii) realizó un importante estudio sobre la misma (se refiere al de 1928, que expresamente cita en nota al pie de página), y iii) por haber repercutido en el constitucionalismo de otros países.

El más destacado de sus discípulos, H. FIX-ZAMUDIO, en su tesis elaborada para obtener el grado de licenciado en Derecho (1955), que más adelante analizaremos con detalle al constituir el primer planteamiento conceptual y sistemático de la disciplina como ciencia autónoma procesal, considera acertada la apreciación de su maestro. En el capítulo tercero, que denomina «El Derecho procesal constitucional», que luego apareciera publicado como artículo independiente al año siguiente (1956), señala: «Y si el nacimiento del Derecho procesal civil como disciplina científica se fija, según la mayoría de los tratadistas, en el año de 1868 en que O. Bülow dio a la luz su conocidísimo tratado “La teoría de las excepciones dilatorias y los presupuestos procesales”, el comienzo de la Ciencia del Derecho procesal constitucional debemos situarlo en el año de 1928 en el cual el ilustre H. Kelsen publica un estudio sistemático sobre la materia: “La garantie jurisdictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)”, ensayo que nos ha servido de modelo para intitular este trabajo, y que es considerado por el maestro Alcalá-Zamora como fundamental para la disciplina que examinamos, debiendo hacerse notar que la labor del ameritado juriconsulto austriaco no sólo fue de naturaleza teórica, sino también práctica, toda vez que durante los años de 1919 hasta 1929, desempeñó simultáneamente dos cargos: catedrático de la Universidad de Viena y Juez constitucional en la Corte creada por él»⁴.

La postura del maestro y su discípulo fue seguida por varios autores de manera pacífica⁵. En años recientes, sin embargo, la polémica ha resurgido fundamentalmente por las dudas generadas por dos de los principales cultivadores de la materia: N. P. SAGÜÉS y D. GARCÍA BELAUNDE, cuyas aportaciones para el desarrollo posterior de la ciencia del Derecho procesal constitucional han resultado fundamentales, a manera de forjadores de segunda generación.

2. EL DEBATE CONTEMPORÁNEO: SAGÜÉS Y GARCÍA BELAUNDE

SAGÜÉS cuestiona la «tesis Alcalá-Fix» al estimar que: «De Kelsen se ha dicho, y no sin fundados motivos, que fue su estructuración científica la que permitió la moderna concepción del Derecho procesal constitucional. No obstante, y sin perjuicio del decisivo aporte del maestro de la Escuela de Viena, cabe alertar que si el Derecho procesal constitucional se nutre no sólo de la doctrina kelseniana

³ *Ibid.*, pp. 214-215 (edición de 1991).

⁴ H. FIX-ZAMUDIO, «La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana. Ensayo de una estructuración procesal del amparo», Tesis de Licenciatura, México, Facultad de Derecho de la UNAM, p. 62. El capítulo III, quedó publicado como «El Derecho procesal constitucional» en *La Justicia*, enero de 1956, pp. 12300-12313, en p. 12302

⁵ *Cfr.*, entre otros, J. ALMAGRO NOSETE, *Constitución y proceso*, Barcelona, Bosch, 1984, p. 157.

de la pirámide jurídica, sino también de los conocidísimos “procesos constitucionales” de *habeas corpus*, amparo, *writ of error* y demás engranajes procesales destinados a tutelar las garantías constitucionales y el principio de supremacía constitucional, resultaría desacertado atribuirle a Kelsen una paternidad que históricamente no le correspondería. A lo dicho, cabe agregar que la implementación de aquellos trámites es muy anterior a la erección de la Corte constitucional austriaca, y que ya existía una “magistratura constitucional” (no especializada, claro está) antes de Kelsen. En resumen, pues, de seguirse una noción amplia del Derecho procesal constitucional, habría que remontarse a aquellos institutos jurídicos —algunos de ellos con siglos de antigüedad— destinados a salvaguardar la libertad física y otros derechos humanos, aunque entonces no hubiera “Constitución formal” en el sentido moderno de esa expresión»⁶.

Recientemente D. GARCÍA BELAUNDE ha elaborado una nueva tesis. Con la acuciosidad y precisión del dato que lo caracterizan, ha rastreado la utilización de la expresión «Derecho procesal constitucional» por parte de los juristas en los diversos países latinoamericanos y europeos, así como la significación que le han prestado. Con base en estos datos y de las conjeturas documentales e históricas de la creación del Tribunal Constitucional austriaco, el destacado constitucionalista peruano considera en uno de sus trabajos más recientes que debe considerarse a N. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO como el fundador de la disciplina. Considera que fue el primero que utilizó la expresión con el ánimo de advertir una nueva disciplina científico procesal y no al jurista vienés que más bien inspiró a la jurisdicción constitucional como órgano concentrado de control, sentando las bases teóricas de su desarrollo. Debido a la importancia de su argumentación y del hallazgo y conjeturas históricas de varios documentos, a continuación transcribimos las consideraciones medulares de la narración de GARCÍA BELAUNDE:

«A) Kelsen es uno de los creadores del órgano concentrado, siguiendo por lo demás una tradición europea y austriaca que en él culmina, y que luego se expandirá por el resto del mundo.

B) Kelsen postula una jurisdicción constitucional con ese nombre; así lo hace en la ponencia presentada a la Quinta Reunión de Profesores Alemanes de Derecho Público celebrada en Viena los días 23 y 24 de abril de 1928, en donde utilizando el término “jurisdicción estatal” agrega que el más adecuado es el de “jurisdicción constitucional”; *cfr. Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit* (Naturaleza y desarrollo de la jurisdicción estatal), Berlín-Leipzig, Walter de Gruyter & Co., 1929. Por el contrario, en la versión francesa que publica el mismo año del encuentro de Viena, o sea, en 1928, utiliza indistintamente las palabras “justicia” o “jurisdicción” constitucionales, como si fueran sinónimos, lo cual demuestra que esas licencias no se las tomó Kelsen sino su traductor (*cfr. “La garantie juridictionnelle de la Constitution. La justice constitutionnelle”, en Revue du Droit Public et de la Science Politique*, t. 45, 1928).

Sin embargo, en el mismo tomo 45 de 1928 de la “Revue du Droit Public et de la Science Politique” acompañan al ensayo de Kelsen sendos estudios de Boris Mirkine-Guetzévitch y de Marcel Waline, quienes emplean el concepto “jurisdicción constitucional” y hacen referencia a países que han adoptado el sistema de control de la constitucionalidad. Y por la misma época, son varios los que abordan el nuevo

⁶ N. P. SAGÜÉS, *Derecho procesal constitucional. Tomo I: Recurso Extraordinario*, 4.^a ed., Buenos Aires, Astrea, 2002, pp. 6 y 7. Esta postura ha sido defendida por su autor desde hace tiempo.

tema, iniciándose así en Francia un interesante debate, como se puede apreciar en las diversas colaboraciones del colectivo publicado en homenaje a uno de los grandes juristas de principios de siglo (así en el “*Mélanges Maurice Hauriou*” de 1929). Y con anterioridad al debate en torno a la ponencia de Kelsen que se llevó a cabo en una sesión especial el 20 de octubre de 1928 en el *Institut International de Droit Public*. Pero Kelsen no fue más allá. Tampoco el intenso debate francés tuvo consecuencias inmediatas, sino que más bien fue al revés, como lo demuestra la experiencia del Consejo Constitucional francés (por lo menos hasta 1971).

C) Si bien Kelsen rompe el tabú de la supremacía parlamentaria que por entonces primaba en Europa, no atina a definir bien el tipo de jurisdicción del Tribunal Constitucional, pues tras grandes vacilaciones señala que ese tipo de jurisdicción es de carácter legislativo, y de ahí que el Tribunal sea caracterizado como “legislador negativo”, concepto importante, pero rebasado en la actualidad por la experiencia constitucional de la segunda posguerra.

D) De la lectura atenta que se hace de la ponencia de 1928 (sobre todo en su versión francesa, que Kelsen prefería frente a la alemana por tener una presentación más ordenada) se concluye que Kelsen no sólo no usa el término “proceso constitucional” sino que tampoco pretende crear una nueva disciplina, aun cuando sienta las bases teóricas del modelo concentrado y que éste se refleje en un órgano *ad-hoc*.

E) Aún más, no se advierte en Kelsen un conocimiento, ni siquiera rudimentario, del Derecho procesal, no obstante que el procesalismo alemán era por entonces importante (si bien una de sus principales figuras James Goldschmidt iba pronto a emigrar para terminar muriendo en Montevideo en 1940). E igual podría decirse de los otros juristas que por la misma época escribían sobre lo mismo.

F) Kelsen, pues, no puede considerarse el padre ni el fundador del Derecho procesal constitucional, por las razones antes dichas. Es sin lugar a dudas, uno de los creadores del modelo concentrado y su teórico más solvente al momento de su aparición...

Por tanto, para hablar de un fundador del Derecho procesal constitucional, necesitamos por un lado que exista el Derecho procesal; por otro, que lo adjetivemos, o sea, que le demos el nombre y finalmente le demos el contenido. Y esto aun cuando en embrión, como sucede siempre con los fundadores y en los primeros pasos de toda disciplina. Y quien primero lo ha hecho es, sin lugar a dudas, Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. Y lo hizo en América. No cupo este designio a ningún autor o doctrinario alemán o italiano, que estaban debidamente equipados para ello, pues usan el término en fecha muy posterior (en Italia a partir de 1950 y en Alemania a partir de 1970)⁷.

Hasta aquí las consideraciones contundentes de GARCÍA BELAUNDE relativas a considerar al procesalista ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO como el fundador del Derecho procesal constitucional desde su perspectiva científica y no al maestro de la escuela de Viena, cuyas aportaciones considera deben valorarse en su justa dimensión.

Las posturas de SAGÜÉS y de GARCÍA BELAUNDE son sugestivas y llenas de contenido. Ambos tienen razón según la perspectiva con la cual se analice. A nuestro modo de ver, el debate sobre el «fundador» de la disciplina carece de una precisión previa y elemental: ¿qué debemos entender como fundador de una disciplina jurídica?

⁷ D. GARCÍA BELAUNDE, «Dos cuestiones disputadas sobre el Derecho procesal constitucional», en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa, núm. 7, enero-junio de 2007, pp. 139-147, en pp. 140-142. Este trabajo fue presentado como ponencia en el Congreso sobre «Reforma de la Constitución y jurisdicción constitucional» en la Universidad Católica San Pablo, Arequipa, Perú, 26-28 de octubre de 2006.

En una primera aproximación semántica de «fundador», refiere al adjetivo «Que funda», lo que nos engarza con el acto mismo de «fundar», que significa «establecer, crear» y con «fundación» que se dirige al «principio, erección, establecimiento y origen de una cosa»⁸. Ahora bien, este principio y origen se refiere: ¿a las instituciones o a la disciplina que las estudia? Y ahí encontramos la importancia del alcance que le demos al propio Derecho procesal constitucional. Atendiendo a la respuesta a estos interrogantes será la posible consecuencia de la paternidad de la materia, si es que puede atribuirse a un solo jurista tal calificativo. Es más, podríamos entrar también al debate previo sobre las distinciones entre «precursor» y «fundador» que suelen emplearse en las distintas disciplinas. Partiendo también de su connotación, «precursor» refiere a «que precede o va delante, que profesa o enseña doctrinas o acomete empresas que no tendrán razón ni hallarán acogida sino en tiempo venidero»⁹.

La tesis de SAGÜES parte, como él mismo lo reconoce, de una concepción «amplia de Derecho procesal constitucional». De ahí la importancia en distinguir el Derecho procesal constitucional como fenómeno histórico social de su caracterización científica. Si buscamos el origen de la disciplina en su primera perspectiva, como acertadamente lo destaca el profesor argentino, tendríamos que escudriñarlo desde la antigüedad y difícilmente llegaríamos a una convicción sobre su fundador y más bien tendríamos que atender a los acontecimientos, personajes, instituciones, ideologías o instrumento jurídicos relevantes para la disciplina en estudio. En un trabajo diverso, el propio SAGÜES reconoce que no es sencillo precisar cuándo nace el Derecho procesal constitucional. Como «antecedentes más lejanos» señala el interdicto romano de *homine libero exhibendo*, preludeo del *habeas corpus* inglés que ya aparece en la Carta Magna de 1215 o bien los procesos forales aragoneses junto con el Justicia Mayor. En cambio sostiene como «fuentes más próximas, claras y precisas», a manera de «tres cumpleaños» de la disciplina: 1) El *Habeas corpus Amendment Act* de 1679, al constituir el primer ordenamiento que meticulosamente regula un proceso constitucional; 2) El emblemático *Caso Marbury vs. Madison* de 1803, a partir del cual se institucionaliza para siempre el sistema judicial de control de constitucionalidad, y 3) La promulgación de la Constitución austriaca de 1 de octubre de 1920, paradigma de Tribunal Constitucional como órgano especializado de control de constitucionalidad¹⁰.

Como se aprecia, SAGÜES no considera el trabajo de KELSEN de 1928 ni los desarrollos posteriores de la disciplina procesal. Es claro que su postura descansa en la concepción del Derecho procesal constitucional como fenómeno histórico social, que en realidad es la «concepción amplia» a la que alude. Bajo esa perspectiva adquiere lógica el planteamiento del profesor argentino y nos llevaría además a referirnos a otros acontecimientos y personajes también relevantes en su configuración, como puede ser el *Bonham's Case* de 1610, resuelto por E. COKE, que influyó a la postre en la postura adoptada en los Estados Uni-

⁸ *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, 21.ª ed., 1992, t. I, voces «Fundador», «Fundar» y «Fundación», pp. 1004-1005.

⁹ *Ibid.*, p. 1654.

¹⁰ *Vid.* su trabajo: «Los desafíos del Derecho procesal constitucional», en E. FERRER MAC-GREGOR (coord.), *Derecho procesal constitucional, op. cit.*, t. I, pp. 507-520, en pp. 507-508.

dos relativa a la supremacía constitucional sobre la supremacía del parlamento. También podría mencionarse a los Tribunales de Justicia Constitucional previstos en algunas constituciones alemanas (Baviera y Sajonia, 1818-1831) un siglo antes de la instalación de la Constitución austriaca y que seguramente tuvo presente Kelsen. Las ideas de B. CONSTANT sobre el poder neutro o moderador que encontró eco en ciertas latitudes y a manera de una etapa evolutiva de desarrollo de los órganos de control y de las garantías de la constitución¹¹. O bien el antecedente directo del amparo, en su concepción contemporánea de garantía constitucional y diferenciada del *habeas corpus*, cuyo origen se encuentra en la Constitución de la República de Yucatán en 1841 debido a las ideas de M. C. GARCÍA REJÓN Y ALCALÁ, por sólo mencionar algunos de los antecedentes relevantes bajo esta perspectiva del Derecho procesal constitucional como fenómeno histórico social.

En cambio, la postura de GARCÍA BELAUNDE descansa no en su vertiente histórica social, sino en su concepción científica, es decir, en la disciplina que se encarga de su estudio. La pregunta que se hace GARCÍA BELAUNDE es otra: ¿cuándo nace la ciencia que estudia el Derecho procesal constitucional? O si se prefiere, ¿en qué momento surge su concepción como nueva disciplina jurídica? Como ha quedado establecido, el constitucionalista peruano con agudeza pone de relieve a través del análisis documental que el primer jurista en advertir la existencia de una nueva disciplina con la denominación precisa de «Derecho procesal constitucional» lo es ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, cuando en su exilio en Argentina (1944-1945) y luego en México (1947) de manera expresa así lo afirma. Por un lado, i) advierte la existencia de una nueva rama procesal, y ii) le otorga un nombre.

Esta postura descansa en una concepción «formal» de fundador, al identificarla con el individuo que «descubre» su existencia y la «bautiza». Eso es precisamente a lo que se limitó ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, a señalar: 1) la existencia de una «legislación procesal constitucional» desde un trabajo publicado originalmente en Italia en 1938 que elaborara un año antes en su primer exilio en París, derivado del conocimiento que tenía del Tribunal de Garantías Constitucionales, al que le había dedicado un ensayo que publicó en 1933; 2) la denominación de la disciplina, quedando reflejada en el título de su libro recopilatorio *Ensayos de Derecho procesal (civil, penal y constitucional)*, publicado en Argentina (1944), que incluye los dos artículos mencionados en el punto anterior, y que puntualmente advierte en una breve reseña a un comentario sobre un libro de amparo, que aparece en la *Revista de Derecho Procesal de Argentina* (1945), y 3) el surgimiento de un «proceso constitucional» y que el fundador de esta rama del Derecho lo es el jurista H. Kelsen, como lo apunta en su libro mexicano publicado en 1947, cuya parte correspondiente reproducimos líneas arriba. Sin embargo, sus aportaciones hasta ahí llegaron como lo reconoce el propio GARCÍA BELAUNDE.

¹¹ Sobre el tema, vid. P. DE VEGA, «El poder moderador», en *Revista de Estudios Políticos* (nueva época), Madrid, núm. 116, abril-junio de 2002, pp. 7-24; reproducido en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 7, julio-diciembre de 2002, pp. 215-238.

3. NUESTRA POSTURA: CUATRO ETAPAS DE DESARROLLO CIENTÍFICO (1928-1956)

Ahora bien, todo depende de la concepción que se le atribuya a la expresión «fundador». Si la entendemos desde una perspectiva formal, será la persona que visualiza por vez primera la dimensión «disciplina» en su sentido científico y le otorga el *nomen iuris*. Bajo esta concepción la tesis de GARCÍA BELAUNDE adquiere fuerza. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO sería el fundador.

Habría que preguntarnos si realmente podemos atribuirle tal calificativo al destacado procesalista español, que como ha quedado señalado sólo se limitó a destacar la existencia de la disciplina sin contribuir en lo absoluto en sus perfiles, alcances o contenidos, ni al estudio del «proceso constitucional» como figura procesal. Es más, no le dedica ni siquiera un artículo o apartado específico de un libro a la cuestión. Si analizamos con detenimiento su obra publicada en Argentina (1944), tiene el gran mérito de utilizar por vez primera la expresión en el título: *Ensayos de Derecho procesal (civil, penal y constitucional)*, donde sobresalen dos trabajos relativos al análisis del Tribunal de Garantías Constitucionales y al Derecho procesal en España. Con mayor exactitud deja ver la denominación también al año siguiente en la *Revista de Derecho Procesal* (1945), al advertir que la institución del amparo debe ser parte de la disciplina, pero sin realizar propiamente ningún aporte dogmático a la misma. En su importante libro publicado en México de 1947, no le dedica más de un párrafo al asunto y además no lo realiza a través de una argumentación principal, sino derivada de una más amplia relativa a la «materia litigiosa» y al «ensanchamiento del proceso» hacia nuevas fórmulas (administrativa, laboral y constitucional).

¿Debemos otorgarle el calificativo de fundador del Derecho procesal constitucional a N. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO? Nadie duda de su amplísima e importante obra dentro de la corriente del mejor procesalismo científico, especialmente en el Derecho procesal civil y penal, contribuyendo de manera importante en la aceptación de la concepción unitaria de la ciencia procesal apoyando la corriente de CARNELUTTI, que condujo incluso a la enseñanza de una teoría general del proceso y a una materia propia en los planes de estudio universitarios que propuso y logró el propio ALCALÁ-ZAMORA. La importancia de su pensamiento y obra ha sido reconocida recientemente por la comunidad internacional, al dedicarse a su memoria el *XII Congreso Mundial de Derecho Procesal*¹². Sin embargo, su aportación a esta rama del Derecho procesal se redujo a destacar su existencia y denominación.

¿Es suficiente ese hallazgo para considerarlo fundador del Derecho procesal constitucional? Tiene razón GARCÍA BELAUNDE al advertir que debe valorarse en su justa dimensión la aportación de H. KELSEN, debido a que su ensayo se dirigió al análisis científico de la jurisdicción constitucional como órgano concentrado que había creado, pero no a la concepción de la disciplina. Es por ello que debe considerarse a KELSEN como «precursor» de la disciplina científica —nos apoya-

¹² Celebrado en la Ciudad de México del 22 al 26 de septiembre de 2003. Las memorias quedaron publicadas en cuatro extensos volúmenes por la UNAM, bajo la coordinación de M. STORME y C. GÓMEZ LARA. La mesa inicial del evento se dedicó a N. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO.

mos en la connotación semántica que señalamos en líneas arriba—, esto es, el que aportó las bases teóricas que hallaran acogida tiempo después en el mejor procesalismo científico. Pero con ese mismo realismo, también habría que valorar en su justa dimensión la aportación de ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, que a lo más se le podría reconocer como «fundador nominal».

En cambio, si atendemos a la connotación material de la expresión, podría considerarse a otro el carácter de «fundador conceptual». Y ahí nuevamente dependerá del análisis histórico que se realice para atribuirle ese calificativo a un solo jurista.

KELSEN fue el primero en desarrollar una teoría general sobre la defensa jurisdiccional de la constitución a través de un órgano concentrado. En eso pareciera que existe consenso. Lo hace en su trabajo publicado en Francia precisamente con la denominación de «La garantía jurisdiccional de la Constitución» y con el subtítulo «La justicia constitucional».

¿Es este el trabajo fundacional del Derecho procesal constitucional? Ahí radica la duda de GARCÍA BELAUNDE y su teoría resulta útil para advertir una sutil distinción: una cuestión es el primer estudio dogmático sobre la jurisdicción constitucional y otra situación distinta es la concepción científica de la disciplina procesal. Esta delicada distinción es la que nos puede llevar a diversas consideraciones no sólo sobre el fundador material de la disciplina, sino particularmente en la naturaleza propia de su concepción y desarrollo científico.

KELSEN realiza su estudio a la luz de su experiencia como magistrado de la Corte Constitucional austriaca que ya tenía tiempo de funcionamiento. Esta teorización del fenómeno la emprende con el ánimo de justificar la existencia misma de su creación (1818-1920)¹³ y como parte del «sistema» sobre el cual el propio autor ya había dado una explicación «de conjunto» en su importante «Teoría general del Estado» (1925)¹⁴ que años después cristalizaría en su «Teoría Pura del Derecho» (*Reine Rechtslehre*), como teoría del Derecho positivo, en tanto que es el propio ordenamiento jurídico su único y propio objeto de estudio, sin considerar apelaciones del Derecho natural o la moral. Esta teoría obedece a la pregunta de ¿qué es y cómo es el Derecho? Sin interesarle plantearse la cuestión del cómo debe ser, con arreglo a qué criterio debe ser construido. Su teoría descansa en la ciencia jurídica y no en la política del Derecho¹⁵. Es bajo esta perspectiva donde se advierte la intención del autor para justificar su postura del «sentido de la juridicidad» mediante el control del ejercicio del poder a través de un órgano independiente.

El origen de su trascendental ensayo sobre «La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)»¹⁶, deriva de la ponencia redac-

¹³ Cfr. P. CRUZ VILLALÓN, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987. Especialmente *vid.* pp. 246 y ss.

¹⁴ Una síntesis de esta teoría que explica el control constitucional en un Estado federal, puede verse en U. SCHMILL, «Fundamentos teóricos de la defensa de la Constitución en un Estado federal», en J. R. COSSÍO y L. M. PÉREZ DE ACHA (comp.), *La defensa de la Constitución*, 2.ª ed., México, Fontamara, 2000, pp. 11-42.

¹⁵ *Teoría Pura del Derecho*, 15.ª ed., México, Porrúa, 2007.

¹⁶ *Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, Paris, 1928, año XXXV, t. 45, pp. 197-257; al año siguiente se publicó en el *Annuaire de l'Institut de Droit Public*, Paris, 1929, pp. 52-143.

tada en alemán que presentó en la Quinta Reunión de Profesores Alemanes de Derecho Público celebrada en Viena en abril de 1928. En esta ponencia, según nos relata GARCÍA BELAUNDE, prefiere KELSEN la expresión «jurisdicción constitucional» a la de «jurisdicción estatal» y de ahí deriva que el traductor del texto al francés, su discípulo EISENMANN¹⁷, se toma la libertad de utilizar las expresiones «jurisdicción constitucional» y «justicia constitucional» como sinónimos y al utilizarlos de manera indistinta. Si bien es cierto lo anterior, prefiere no obstante la utilización de la expresión «jurisdicción constitucional» que se emplea en más de cincuenta ocasiones a lo largo del texto, mientras que la diversa de «justicia constitucional» la utiliza pocas veces y sin que se aprecie aparentemente alguna distinción semántica entre ambas expresiones, aunque prefiere esta última para el título del trabajo de KELSEN y para su propia tesis doctoral¹⁸, de donde se pudiera inferir alguna precisión conceptual entre ambas.

KELSEN identifica a la garantía jurisdiccional de la Constitución con la justicia constitucional, y se refiere a esta dimensión «como un elemento del sistema de los medios técnicos que tienen por objeto asegurar el ejercicio regular de las funciones estatales»¹⁹. En el preámbulo de su estudio advierte el objeto del mismo en una doble dirección: por un lado, como cuestión teórica, estudiar la naturaleza jurídica de esa garantía teniendo en consideración el sistema que había ya expuesto en su *Teoría general del Estado* (1925)²⁰; por otra, y como cuestión práctica, buscar los mejores medios en su realización, teniendo en cuenta su experiencia como magistrado y ponente permanente (*juge rapporteur*) de la Corte Constitucional de Austria. Su estudio lo divide en cinco partes: I. El problema jurídico de la regularidad; II. La noción de la Constitución; III. Las garantías de la regularidad; IV. Las garantías de la constitucionalidad, y V. La significación jurídica y política de la justicia constitucional.

No es el momento de realizar un análisis detallado de cada apartado. Lo que interesa destacar es que su construcción se realiza desde la teoría general del Derecho y en rigor su pretensión se dirige a defender su creación de jurisdicción como órgano concentrado de control constitucional de las leyes. Con esto queremos expresar que en realidad este importante trabajo rebasa el estudio particular de una disciplina en particular, entre ellas la procesal, si bien se advierte un conocimiento de esta materia que no desarrolla por no ser su objetivo, pero sí lo dejan ver en las instituciones que analiza. Especialmente se advierte en el cuarto apartado, relativo a «Las garantías de la constitucionalidad» y par-

¹⁷ Ch. EISENMANN estudió con KELSEN y le dirigió su tesis doctoral, convertida en libro con prólogo del propio KELSEN, *La Justice Constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d'Autriche*, Paris, LGDJ, 1928. Existe edición facsimilar (Paris, Economica-Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1986).

¹⁸ *Id.*

¹⁹ Utilizamos la traducción española realizada por R. TAMAYO Y SALMORÁN, México, UNAM, 2001, p. 9. La versión original de la traducción la realiza en el año de 1974 y aparece en *Anuario Jurídico*, México, UNAM, núm. 1, 1974, pp. 471-515. Existe revisión de esta traducción por D. GARCÍA BELAUNDE, publicada en *Ius et Veritas*, año V, núm. 9, Lima, PUCP, 1994, pp. 17-43. Otra versión es la traducción realizada por J. RUIZ MANERO, que aparece publicada en *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Madrid, Debate, 1988, pp. 109-155.

²⁰ La versión original se denomina *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, Verlag Von Julius Springer, 1925. Existe traducción al español por L. LEGAZ LACAMBRA, *Teoría general del Estado*, Barcelona, Labor, 1934, con múltiples ediciones en diversas editoriales.

ticularmente en los epígrafes dedicados al resultado y procedimiento del control de constitucionalidad. Así realiza un análisis de los efectos de las sentencias y llama la atención de los «principios esenciales del procedimiento» del control, así como al modo de iniciar el procedimiento. Incluso se pronuncia a favor de un *actio popularis*, aunque reconoce que esa solución entrañaría un «peligro» de acciones temerarias y el riesgo de insoportable congestión de procesos. Y señala las posibles soluciones «autorizar y obligar a todas las autoridades públicas que al aplicar una norma tengan duda sobre su regularidad, interrumpan el procedimiento en el caso concreto e interpongan ante el Tribunal Constitucional una demanda razonada para examen y anulación eventual de la norma. Podría también otorgarse ese poder exclusivamente a ciertas autoridades superiores o supremas —ministros y cortes supremas— o incluso, restringirlas únicamente a los tribunales, bien que la exclusión de la administración no sea —tomando en cuenta el acercamiento creciente entre su procedimiento y el de la jurisdicción— perfectamente justificable».

Su postura fue parcialmente aceptada por la reforma de 1929²¹. A partir de la ley de reforma constitucional (*Bundesverfassungsnovelle*) de ese año, el sistema austriaco otorgó legitimación para el control de constitucionalidad de las leyes a dos altos órganos judiciales superiores, a saber, la Corte Suprema para causas civiles y penales (*Oberster Gerichtshof*) y la Corte Administrativa (*Verwaltungsgerichtshof*). Estos dos altos tribunales no contaban con una acción directa, sino vía incidental, derivada de una causa concreta. No deciden sobre el problema constitucional, sino sólo plantean la cuestión de constitucionalidad ante la Corte Constitucional, lo que provocó que se subsanara la deficiencia de la creación original de KELSEN, que sólo permitía acciones directas de determinados órganos políticos y que el propio jurista con su experiencia jurisdiccional advirtió.

Esta preocupación de KELSEN sobre aspectos procesales seguramente proviene de su experiencia como magistrado del Tribunal Constitucional. En otro apartado de su trascendental trabajo de 1928, también consideró oportuno «acercar un poco el recurso de inconstitucionalidad interpuesto al Tribunal Constitucional, a una *actio popularis* y así permitir a las partes de un proceso judicial o administrativo interponerlo contra los actos de autoridades públicas —resoluciones judiciales o actos administrativos— en razón de que, aunque inmediatamente regulares, estos actos han sido realizados en ejecución de una norma irregular, ley inconstitucional o reglamento ilegal. Aquí se trata no de un Derecho de acción abierto directamente a los particulares, sino de un medio indirecto de provocar la intervención del Tribunal Constitucional, ya que se supone que la autoridad judicial o administrativa llamada a tomar una decisión se adherirá a la opinión de la parte y presentará, en consecuencia, la demanda de anulación».

Sus preocupaciones sobre aspectos eminentemente procesales también se advierten en su propuesta para crear «un defensor de la Constitución ante el

²¹ Sobre esta reforma de 1929, *vid.* P. CRUZ VILLALÓN, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, *op. cit.*, pp. 266-269. La primera reforma constitucional sucedió en 1925, al introducirse una «consulta previa de competencia» que se dirigía a la Corte Constitucional por la Federación o los *länder* acerca de la titularidad de una determinada competencia. La respuesta dada por dicha Corte podía integrar la constitución (interpretación auténtica). *Cfr. ibid.*, pp. 265-266.

Tribunal Constitucional que, a semejanza del ministerio público en el procedimiento penal, iniciara de oficio el procedimiento de control de constitucionalidad respecto a los actos que estimara irregulares». O bien la posibilidad de que el Tribunal Constitucional iniciara de oficio el procedimiento de control contra una norma general de cuya regularidad tenga dudas.

Donde mayor vinculación existe con la materia propiamente procesal es cuando se refiere a la utilidad de ciertos principios como el de «publicidad» y «oralidad» que los considera indispensables en el procedimiento ante el Tribunal. Al respecto considera recomendable «que de una manera general se siga el principio de publicidad y se acentúe su carácter oral, aunque se trate, principalmente, de cuestiones de estricto Derecho en que la atención debe centrarse en las explicaciones contenidas en los alegatos escritos que las partes pueden presentar —o que deben presentar— al Tribunal. Los asuntos que conoce el Tribunal Constitucional son de un interés general tan considerable que no se podría, en principio, suprimir la publicidad del procedimiento que sólo una audiencia pública garantiza. Inclusive cabría preguntar si la deliberación del Colegio de jueces no debería ser también en audiencia pública». Es curiosa esta última parte, ya que si bien los Tribunales Constitucionales y en general los órganos jurisdiccionales deliberan a puerta cerrada y algunos aceptan audiencias públicas de alegatos, recientemente la Suprema Corte mexicana en su carácter material de Tribunal Constitucional inició la deliberación pública de los asuntos (2005), cuya conveniencia la había advertido KELSEN desde entonces, teniendo en cuenta el principio de la publicidad del proceso.

Otro aspecto de relevancia procesal en la que se detiene KELSEN se vincula a las partes que intervienen en el procedimiento. Considera que deben tener acceso de control: «la autoridad cuyo acto es atacado para permitirle defender su regularidad; el órgano que interpone la demanda; eventualmente, también el particular interesado en el litigio pendiente ante el Tribunal o ante la autoridad administrativa que dio lugar al procedimiento de control o el particular que tenga Derecho de someter el acto, inmediatamente, al conocimiento del Tribunal Constitucional. La autoridad estaría representada por su jefe jerárquico, por su presidente o por alguno de sus funcionarios, si es posible, versado en Derecho. Para los particulares, sería conveniente hacer obligatoria la procuración de abogado en razón del carácter eminentemente jurídico del litigio».

También se preocupó por sentar algunas premisas generales sobre el perfil y nombramiento de los jueces constitucionales: i) el número de miembros no debe ser muy elevado, considerando que es sobre cuestiones de Derecho a lo que está llamado el órgano constitucional a pronunciarse; ii) el nombramiento de los jueces no debe ser exclusivo del parlamento, del jefe de estado o del gobierno, sino que debería combinarse, por ejemplo que el primero elija a los jueces a propuesta del gobierno, que podría designar varios candidatos para cada puesto o inversamente; iii) debe privilegiarse que los candidatos sean juristas de profesión, para lo cual podría concederse a las facultades de Derecho o una comisión común de ellas el Derecho de proponer candidatos o al propio Tribunal, y iv) los jueces no deben ser miembros del parlamento o del gobierno, ya que precisamente sus actos son sujetos de control.

Como puede advertirse, no le fueron ajenos a KELSEN los aspectos procesales y que le preocuparon debido a su experiencia como magistrado. Así advirtió cuestiones relevantes relativas a los efectos de la sentencia, modo de iniciar el procedimiento, sujetos legitimados, una posible acción popular, la cualidad de los integrantes del órgano y la adecuada representación de las partes, entre otros aspectos.

Ahora bien, la importancia del presente estudio no sólo radica en sentar las bases de los estudios dogmáticos sobre los Tribunales Constitucionales, sino también por la repercusión teórica y práctica derivada de la polémica sostenida con C. SCHMITT sobre quién debería ser el defensor de la Constitución. Cuatro años antes del estudio de KELSEN de 1928, SCHMITT había presentado en el Congreso de Profesores de Derecho Público realizado en Jena en 1924 su postura²², que luego retoma en un ensayo publicado en 1929²³ y que «elaborado y ampliado» aparece como libro en 1931: *La defensa de la Constitución. Estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución*²⁴, a manera de réplica a KELSEN. Como bien se sabe, KELSEN postulaba la necesidad de controlar el ejercicio del poder mediante un órgano jurisdiccional independiente de los tres poderes tradicionales, mientras que SCHMITT se inclinaba por una tesis decisionista justificando que el defensor de la Constitución debería radicar en el titular del poder político, en el presidente del Reich, utilizando para ello la teoría política del poder neutral (*pouvoir neutre*) originaria de B. CONSTANT²⁵. En el fondo la cuestión se resumía en una contraposición ideológica entre Derecho y poder, en la contraposición del normativismo contra el decisionismo²⁶.

Unos meses después del libro de SCHMITT (1931) aparece la contestación de KELSEN en su obra *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*²⁷, defendiendo su postura teórica sobre el control jurisdiccional de la Constitución. Considera que nadie puede ser juez y parte de su propia causa y que por ello quien realiza el control de constitucionalidad debería ser un órgano autónomo e independiente de las funciones del Estado, cuya naturaleza no es política sino semejante a la de

²² Este congreso se realizó en Jena en 1924. La ponencia de SCHMITT la denomina «Die Diktatur des Reichspräsidenten nach Art. 48 der Reichsverfassung». Cfr. el estudio preliminar de G. GASÍO en la obra de KELSEN *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, trad. y notas de R. J. BRIE, supervisión técnica de E. BULYGIN, Madrid, Tecnos, 1995, p. IX.

²³ «Der Hüter der Verfassung», en *Beiträge zum öffentlichen recht der Gegenwart*, núm. 1, Tubing, 1931; referencia de P. DE VEGA, en el «prólogo» a la obra de C. SCHMITT, *La defensa de la Constitución*, op. cit., p. 11. Sobre este trabajo, vid. también E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1994 (3.ª reimpresión de la 3.ª ed. de 1983), pp. 159-163.

²⁴ *Der Hüter der Verfassung- Beiträge zum öffentlichen Recht der Gegenwart*. Traducida al español por M. SÁNCHEZ SARTO, Madrid, Labor, 1931. Nosotros consultamos la 2.ª ed., con prólogo de Pedro de Vega García, Madrid, Tecnos, 1998.

²⁵ Sobre la polémica, vid. el trabajo de C. M. HERRERA, «La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 86, Madrid, octubre-diciembre de 1994, pp. 195-227.

²⁶ Cfr. L. CÓRDOVA VIANELLO, «La contraposición entre Derecho y poder desde la perspectiva del control de constitucionalidad en Kelsen y Schmitt», en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, UNAM, núm. 15, 2005, pp. 47-68.

²⁷ «Wer soll der Hüter der Verfassung sein?», en *Die Justiz. Monatsschrift f. Erneuerung d. Deutschen Rechtswesens*, t. 6, Berlín, 1931, pp. 576-828; aparecido también como folleto editado por Grünwald W. Rothschild, Berlín, 1931; citado por G. GASÍO en el «Estudio preliminar» a la obra de KELSEN, op. cit., p. X, nota 3.

los demás órganos jurisdiccionales. Su distinción radica en cuanto a que mientras el Tribunal Constitucional anula normas actuando como «legislador negativo», los demás tribunales dirimen controversias específicas. Critica la postura de SCHMITT, que concibe al parlamento como el único órgano que tiene las atribuciones de crear Derecho, y especialmente KELSEN dirige sus argumentos en el carácter ideológico del planteamiento de SCHMITT al señalar que: «La confusión entre *Ciencia y Política*, hoy tan apreciada, es el típico *método de las modernas formas ideológicas*»²⁸.

La importancia del pensamiento de KELSEN²⁹, después de la polémica con SCHMITT y una vez concluida la segunda guerra mundial, adquiere dimensiones trascendentales en la concepción e interpretación del Derecho³⁰, en las nuevas constituciones democráticas y particularmente con la creación de los Tribunales Constitucionales. Y es ahí donde su concepción sobre las garantías jurisdiccionales de la Constitución a través de un órgano independiente de las tres funciones tradicionales del estado adquiere fuerza y repercute en todas las ramas del Derecho. Como sostiene GARCÍA DE ENTERRÍA, la justicia constitucional se ha afianzado definitivamente como una técnica quintaesenciada de gobierno humano y se centra en la cuestión fundamental de reconocer a la constitución el carácter de norma jurídica³¹.

Por tanto, debemos preguntarnos nuevamente, ¿es KELSEN el fundador conceptual del Derecho procesal constitucional? Como hemos visto, el pensamiento del fundador de la Teoría Pura del Derecho impactó en la concepción misma del Derecho. Su estudio de 1928 puede ser analizado desde varias disciplinas jurídicas, especialmente por el Derecho constitucional y la filosofía del Derecho. Si bien ese estudio se refiere específicamente a los instrumentos técnicos jurídicos de la defensa constitucional, lo cierto es que también se encuentra en un plano superior y general de las disciplinas jurídicas. No puede considerarse que sea un ensayo desde la dogmática procesal, ya que sus planteamientos rebasan de suyo esta dimensión y se ubican en un plano de la teoría general del Derecho. Es por ello que pensamos que este estudio constituye no el «nacimiento de la disciplina científica» sino el «origen» de lo que vendría después. Representa el cimiento dogmático sobre el cual se fue construyendo el Derecho procesal constitucional desde la corriente del procesalismo científico de la época. Y por ello tiene razón FIX-ZAMUDIO cuando advierte, siguiendo a su maestro, que «el comienzo de la Ciencia del Derecho procesal constitucional debemos situarlo en el año de 1928»³², no porque fuera el fundador como lo advierten estos dos juristas, sino fundamentalmente por iniciar una nueva concepción dogmática en el estudio

²⁸ *Ibid.*, pp. 81-82.

²⁹ El pensamiento de KELSEN se refleja en múltiples facetas y disciplinas. *Vid.* estos variados enfoques en Ó. CORREAS (comp.), *El otro Kelsen*, 2.^a ed., México, UNAM-Ediciones Coyoacán, 2003.

³⁰ Para una comprensión de la interpretación jurídica a la luz del positivismo kelseniano, *vid.* los interesantes estudios de U. SCHMILL ORDÓÑEZ y J. R. COSSÍO DÍAZ, «Interpretación del Derecho y concepciones del mundo» y de R. TAMAYO y SALMORÁN, «La interpretación constitucional (la falacia de la interpretación cualitativa)», ambos aparecen en E. FERRER MAC-GREGOR (coord.), *Interpretación constitucional*, México, Porrúa, 2005, t. I, pp. 1053-1080 y 1157-1198, respectivamente.

³¹ *Cfr.* E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, *op. cit.*, p. 175.

³² *La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana*, 1955, *op. cit.*, p. 62; «El Derecho procesal constitucional», 1956, *op. cit.*, p. 12302.

de la jurisdicción constitucional y por las repercusiones que causó, sirviendo de soporte para la corriente del procesalismo científico.

En efecto, el pensamiento kelseniano impactó en las nuevas constituciones democráticas y en la creación de los Tribunales Constitucionales en su dimensión de órganos jurisdiccionales (si bien con atribuciones y dimensiones políticas). Esta construcción dogmática que impactó en instituciones procesales previstas en las nuevas constituciones, fue advertida por otra corriente que se abría paso en los mismos tiempos: la del procesalismo científico. Con base en aquel estudio pionero de KELSEN y la tendencia del constitucionalismo del momento, se inicia el encuadramiento del fenómeno a la luz del procesalismo científico, apareciendo las aportaciones de ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, COUTURE, CALAMANDREI, CAPPELLIETTI y FIX-ZAMUDIO, cuyas contribuciones dogmáticas sucesivas y conjuntas le otorgaron la configuración científica al Derecho procesal constitucional.

En general, la construcción científica de las disciplinas constituye una secuencia concatenada del pensamiento al ir construyendo, con base en los predecesores e influjos sociales, políticos y jurídicos del momento, nuevas concepciones y teorías. El propio ALCALÁ-ZAMORA así lo advierte para la evolución de la doctrina procesal. Reconoce que las etapas culturales no son compartimientos estancos sino momentos capitales enlazados entre sí³³. Y es por ello que consideramos de mayor provecho ubicar el periodo histórico en el cual surge la disciplina del Derecho procesal constitucional, destacando las contribuciones de sus distintos forjadores.

Para una mayor claridad se pueden advertir cuatro etapas concatenando las contribuciones de estos insignes juristas, hasta llegar a su configuración sistemática como disciplina autónoma procesal:

Precursora (1928-1942). Se inicia con el trabajo de cimentación teórica de KELSEN, relativo a las garantías jurisdiccionales de la Constitución (1928) y al reafirmarse su postura con la polémica que sostuvo con C. SCHMITT sobre quién debería ser el guardián de la Constitución (1931). En este periodo y en el exilio KELSEN publica en los Estados Unidos un ensayo de corte comparativo entre los controles de constitucionalidad de las leyes austriaca y norteamericana (1942)³⁴, que constituye el primero en su género, por lo que si bien no tuvo un impacto significativo resulta de utilidad para la disciplina científica.

Descubrimiento procesal (1944-1947). El procesalista español N. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, en sus primeros años de exilio en Argentina (1944-1945) y luego en México (1947), advierte la existencia de una nueva rama procesal y le otorga denominación. En Argentina al titular su obra *Estudios de Derecho pro-*

³³ Cfr. «Evolución de la doctrina procesal», *op. cit.*, p. 293.

³⁴ H. KELSEN, «Judicial Review of Legislation. A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution», en *The Journal of Politics*, vol. 4, núm. 2, mayo de 1942, pp. 183-200. Existe traducción al español por D. GARCÍA BELAUNDE, «El control de la constitucionalidad de las leyes. Estudio comparado de las constituciones austriaca y norteamericana», en *Ius et Veritas*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, año VI, núm. 6, 1993, pp. 81-90. Esta última traducción se reproduce en Argentina con nota introductoria de G. J. BIDART CAMPOS, en *El Derecho*, Buenos Aires, año XXXII, núm. 8.435, 14 de febrero de 1994, pp. 1-5; así como en España, con nota introductoria de F. FERNÁNDEZ SEGADO, en *Direito. Revista Jurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, vol. IV, núm. 1, 1995, pp. 213-231.

cesal (civil, penal y constitucional) en 1944; y al año siguiente de manera expresa señala que la institución del amparo debe ser considerada dentro del Derecho procesal constitucional, en una reseña que realiza a un comentario de un libro en la *Revista de Derecho Procesal* (1945). Y en México en las referencias que realiza en su clásica obra *Proceso, autocomposición y autodefensa (contribución al estudio de los fines del proceso)* en 1947.

Desarrollo dogmático procesal (1946-55). Etapa en la cual el mejor procesalismo científico de la época realiza importantes contribuciones para acercarse a la tendencia del constitucionalismo. Es el periodo del estudio de las garantías constitucionales del proceso iniciada por COUTURE (1946-1948) y del análisis de la jurisdicción constitucional e instrumentos procesales de control a través de las colaboraciones de CALAMANDREI (1950-1956) y CAPPELETTI (1955). COUTURE inicia toda una corriente dogmática en el estudio de las garantías constitucionales del proceso, especialmente del proceso civil, pero utiliza la expresión «garantía» como sinónimo de Derecho fundamental y no como mecanismo procesal de defensa. CALAMANDREI estudia el fenómeno de la jurisdicción constitucional a la luz del procesalismo científico, realizando clasificaciones muy valiosas sobre la caracterización de los sistemas de justicia constitucional y analizando especialmente los efectos de las sentencias constitucionales, pero no lo realiza en su integridad ni advierte la existencia de la disciplina. CAPPELETTI agrupa el estudio de los instrumentos procesales de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales en la categoría que denomina «jurisdicción constitucional de la libertad» que con el paso del tiempo se ha aceptado y luego desarrolla su teoría en el ámbito supranacional, pero no emplea la expresión ni advierte la existencia de una nueva rama procesal.

Definición conceptual y sistemática (1955-1956). El último eslabón constituye la definición conceptual como disciplina procesal y la realiza FIX-ZAMUDIO en su trabajo relativo a *La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana. Ensayo de una estructuración procesal del amparo* (1955), publicado parcialmente al año siguiente en diversas revistas mexicanas (1956).

Las aportaciones de aquellos juristas son fundamentales para fraguar el primer estudio dedicado «al análisis de la disciplina científica como objeto de estudio específico» y con la intención de sistematizarla a partir de su naturaleza procesal. Se debe al jurista mexicano H. FIX-ZAMUDIO, que, recogiendo el hallazgo de su maestro y utilizando el trabajo precursor de KELSEN de 1928, así como las aproximaciones científicas de CALAMANDREI, COUTURE y CAPPELETTI, define y le otorga los contornos científicos a la disciplina, determina su naturaleza jurídica, la conceptualiza dentro del Derecho procesal inquisitorial, le otorga un contenido específico y la distingue de lo que es propio del Derecho constitucional. Y lo hace en su tesis para lograr el grado de licenciado en Derecho (1955), cuyos capítulos fueron publicados por separado al año siguiente en diversas revistas mexicanas (1956).

Y aquí nos volvemos a preguntar: ¿quién es el fundador del Derecho procesal constitucional? ¿KELSEN por su precursor estudio de 1928 al ser el primero que sienta las bases de la garantía jurisdiccional de la Constitución, en su dimensión concentrada?, o ¿FIX-ZAMUDIO en su trabajo de 1955 al representar el primer análisis cuyo objeto de estudio es la ciencia del Derecho procesal constitucional?

Siguiendo la misma lógica de la tesis de GARCÍA BELAUNDE sería FIX-ZAMUDIO el fundador conceptual, al haber fijado por vez primera sus contornos científicos, que han servido de base para su aceptación como una nueva rama del Derecho procesal. Postura científica cuya construcción sistemática quedó establecida en ese fundamental trabajo de 1955. FIX-ZAMUDIO continuó difundiendo sus ideas (con ciertos matices y desarrollos posteriores) sobre la base de lo que ya había construido en aquel pionero ensayo. No fue sino hasta tiempo después que adquiere vitalidad su postura. Especialmente en Latinoamérica a partir de la década de los ochenta del siglo pasado, con un desarrollo progresivo, a tal grado que en el nuevo milenio se perfila como una más de las disciplinas jurídicas, si bien todavía falta un desarrollo dogmático procesal.

No se puede dudar de la aportación kelseniana al sentar las bases teóricas sobre las cuales descansa la jurisdicción constitucional, en su dimensión concentrada de control de la constitucionalidad, así como la repercusión que causó su estudio de 1928 en la concepción del Derecho en general y particularmente en el desarrollo del Derecho constitucional. Sus aportaciones a la teoría general del Derecho fueron de tal magnitud que influyeron en toda la concepción del Derecho y de sus ramas. Es el precursor del Derecho procesal constitucional, al establecer los cimientos de lo que vendría después: la acogida de su postulado en el seno mismo del procesalismo científico. KELSEN sembró la semilla. ALCALÁ-ZAMORA descubre el pequeño retoño. COUTURE, CALAMANDREI y CAPPELLETTI hacen que broten sus primeras ramas. FIX-ZAMUDIO le da la forma para convertirlo en un árbol lo suficientemente visible para que otros lo advirtieran y bajo su sombra se cobijen.

Como veremos más adelante, las aportaciones científicas de COUTURE, CALAMANDREI y CAPPELLETTI, desde diversos ángulos, acercaron el procesalismo a la corriente del constitucionalismo de la época y resultaron fundamentales para ir configurando procesalmente el fenómeno, hasta llegar a la sistematización integral de la disciplina científica que realiza FIX-ZAMUDIO con base en aquellos desarrollos.

Las aportaciones de estos juristas influyeron notablemente en FIX-ZAMUDIO, pero se debe a él su primer acercamiento conceptual y sistemático como disciplina autónoma procesal. Las contribuciones de estos eminentes procesalistas no se realizaron pensando en la «nueva disciplina» como tal, si bien contribuyeron notablemente en diversos aspectos de su contenido y teniendo en cuenta la cimentación teórica de KELSEN.

De lo anterior se sigue que a pesar de las notables aportaciones de COUTURE, CALAMANDREI y CAPPELLETTI, ninguno advirtió la existencia de la «nueva rama procesal», como sí lo hicieron ALCALÁ-ZAMORA y FIX-ZAMUDIO. Maestro y discípulo deben ser considerados como los fundadores del Derecho procesal constitucional entendido como disciplina autónoma procesal, si bien el primero en su dimensión «nominal o formal» (siguiendo la tesis de GARCÍA BELAUNDE) y el segundo en su aspecto «conceptual o material». Uno «descubrió» la existencia de la disciplina científica y el otro le otorga «contenido sistemático», con la intención manifiesta de definir su naturaleza y perfil como rama autónoma procesal.

FIX-ZAMUDIO es el primer jurista que define al Derecho procesal constitucional como: «la disciplina que se ocupa del estudio de las garantías de la Constitu-

ción, es decir, de los instrumentos normativos de carácter represivo y reparador que tienen por objeto remover los obstáculos existentes para el cumplimiento de las normas fundamentales, cuando han sido violadas, desconocidas o existe incertidumbre acerca de su alcance o de su contenido, o para decirlo con palabras carnelutianas, son las normas instrumentales establecidas para la composición de los litigios constitucionales»³⁵. Si bien podría discutirse si esa concepción comprende el contenido integral de la disciplina, lo cierto es que representa la primera definición a manera de aproximación científica y en la cual se incorpora como objeto de estudio de la misma a las «garantías constitucionales» que hoy en día es indiscutible que son parte esencial de su contenido. Como veremos en el epígrafe especial dedicado a esta sistematización científica de FIX-ZAMUDIO, el jurista mexicano realiza un estudio pormenorizado de lo que debemos entender por «garantía» en su concepción contemporánea. Si bien bajo otra óptica existen desarrollos contemporáneos de gran calado como la corriente del «garantismo» realizada por L. FERRAJOLI³⁶, que como acertadamente expresan M. CARBONELL y P. SALAZAR ha producido todo un movimiento intelectual generando adhesiones y reacciones no sólo entre los penalistas, sino también por los filósofos del Derecho y constitucionalistas contemporáneos³⁷.

Como bien señala GARCÍA BELAUNDE en su sugerente tesis, «para hablar de un fundador del Derecho procesal constitucional, necesitamos por un lado que exista el Derecho procesal; por otro que lo adjetivemos, o sea, que le demos el nombre y finalmente le demos el contenido»³⁸. Y eso es precisamente lo que hicieron maestro y discípulo. ALCALÁ-ZAMORA le otorga *nomen iuris* al advertir su existencia (1944-1947) y FIX-ZAMUDIO desarrolla el descubrimiento de su maestro, al precisar su naturaleza y definir su configuración científica (1955-1956). Ambos lo hacen de manera consciente pensando en la «disciplina científica» como «rama procesal». Por supuesto que el jurista mexicano sistematiza la disciplina a partir del hallazgo de su maestro, de las bases teóricas de KELSEN y en la misma sintonía de la corriente del procesalismo científico que se había acercado al fenómeno constitucional (COUTURE, CALAMANDREI y CAPPELLETTI).

COUTURE, por una parte, utiliza la expresión desde 1948 en su clásico *Estudios de Derecho procesal civil*. La «Parte primera» y «Parte tercera» del tomo I llevan los títulos: «Tutela constitucional de la justicia» y «Casos de Derecho procesal constitucional». Si nos detenemos en la lectura de su contenido, se advierte que en realidad se refiere, en términos generales, a las dimensiones constitucionales del proceso civil y del debido proceso, lo que ocasionó una nueva dimensión en cuanto al análisis dogmático de las instituciones procesales con trascendencia constitucional. Esta es una aportación fundamental dentro del procesalismo

³⁵ H. FIX-ZAMUDIO, *La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana. Ensayo de una estructuración procesal del amparo* (tesis de licenciatura), 1955, *op. cit.*, pp. 90-91.

³⁶ Especialmente su magistral obra *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995. Asimismo, sobre la concepción de «garantía» de este autor, *vid.* su importante obra *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. de P. ANDRÉS IBÁÑEZ y A. GREPPI, 3.^a ed., Madrid, Trotta, 2004, p. 25. En general, sobre la corriente garantista que propone este autor, *vid.* M. CARBONELL y P. SALAZAR (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta-UNAM, 2005.

³⁷ «Presentación. Luiji Ferrajoli y la modernidad jurídica», *op. ult. cit.*, pp. 11-12.

³⁸ D. GARCÍA BELAUNDE, «Dos cuestiones disputadas sobre el Derecho procesal constitucional», *op. cit.*, p. 142.

contemporáneo, que llevó años más tarde a que el propio FIX-ZAMUDIO lo considerara como el fundador de una disciplina limítrofe que denominó «Derecho constitucional procesal», perteneciente a la ciencia constitucional³⁹, materia a la cual nos hemos referido y a la que regresaremos al analizar esta aportación por el jurista uruguayo. Esa es una de las aportaciones más significativas de COUTURE al procesalismo científico, al guiar lo que hoy se ha consolidado como las garantías constitucionales del proceso. Sin embargo, no se advierte que el jurista uruguayo tuviera la intención de otorgarle al Derecho procesal constitucional la connotación que luego adquirió ni mucho menos que quisiera sistematizarla como «disciplina procesal».

Tampoco se aprecia esa intención en CALAMANDREI o en su discípulo CAPPELLETTI. Ambos con importantes contribuciones al contenido de la disciplina, pero sin el afán de su configuración científica. Las aportaciones del profesor florentino se advierten en la influencia que tuvo para la consagración de la Corte Constitucional en la Constitución italiana de 1947 y especialmente por la redacción de importantes ensayos entre 1950 y 1956 (año de su sensible pérdida), como son: «L'illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile» (1950), «La Corte costituzionale e il processo civile» (1951), «Corte Costituzionale e Autorità giudiziaria» (1956) y «La prima sentenza della Corte costituzionale» (1956), entre otros. Estos trabajos resultan relevantes para el estudio dogmático del proceso constitucional. Aproximan el enfoque procesalista al fenómeno de la jurisdicción constitucional, que pareciera luego abandonarse y reconducirse por el enfoque constitucionalista, especialmente a partir de la entrada en funcionamiento de la *Corte Costituzionale* en 1956. Una de las principales aportaciones del maestro florentino es la clásica caracterización de los dos sistemas de control constitucionales: el difuso como «incidental, especial y declarativo» y el concentrado como «principal, general y constitutivo», distinción que si bien debe matizarse en la actualidad, sigue siendo el punto de partida para cualquier reflexión sobre el particular⁴⁰. Sin embargo, el maestro de Florencia, a pesar de esta notable aportación y de un detenido análisis en los efectos de las sentencias constitucionales, no visualizó la nueva parcela jurídico-procesal como «disciplina científica», por lo que nunca utilizó la expresión ni pudo entonces realizar una aproximación sistemática de la misma, si bien contribuyó notablemente en su contenido.

Asimismo, CAPPELLETTI tuvo un primer acercamiento al haber publicado con tan sólo veintiocho años de edad (1955) su primera obra: *La giurisdizione costituzionale delle libertà: primo studio sul ricorso costituzionale*⁴¹, que seis años más tarde tradujera FIX-ZAMUDIO al español: *La Jurisdicción constitucional de la Libertad. Con referencia a los ordenamientos alemán, suizo y austriaco*⁴². Esta obra representa un riguroso estudio de corte comparativo relativo al análisis sistemá-

³⁹ Cfr. H. FIX-ZAMUDIO, «Reflexiones sobre el Derecho constitucional procesal mexicano», en *Memoria de El Colegio Nacional 1981*, México, El Colegio Nacional, 1982, pp. 37-91.

⁴⁰ Cfr. P. CALAMANDREI, *La illegittimità costituzionale delle leggi*, Padua, CEDAM, 1950, pp. 5 y ss.; existe traducción por S. SENTÍS MELENDO, «La ilegitimidad constitucional de las leyes en el proceso civil», en sus ensayos reunidos *Instituciones de Derecho procesal civil (Estudios sobre el proceso civil)*, Buenos Aires, El Foro, 1996, vol. III, pp. 21 y ss.

⁴¹ Milano, Giuffrè, 1955.

⁴² México, UNAM, 1961.

tico de los diversos instrumentos de protección de los derechos fundamentales. La terminología relativa a la jurisdicción constitucional de la libertad fue acogida por FIX-ZAMUDIO y la considera como uno de los sectores de la disciplina, junto con la dimensión «orgánica» y la «transnacional» que tanto estudió e impulsó el profesor CAPPELLETTI en sus estudios comparatistas a nivel mundial⁴³. En los años siguientes aparecieron varias publicaciones trascendentales a través de la vinculación del proceso y la constitución, como se advierte de su obra *La pregiudizialità costituzionale nel proceso civile* (1957), así como la voz «Amparo» (1958) en la *Enciclopedia del Diritto*⁴⁴, y que fue traducida al castellano en ese mismo año en el *Boletín del Instituto de Derecho Comparado* en México por el propio FIX-ZAMUDIO⁴⁵.

Sin embargo, las colaboraciones de COUTURE, CALAMANDREI y CAPPELLETTI sólo encuentran sentido con el trabajo de cimentación teórica de KELSEN a manera de «precursor» de la disciplina científica procesal, en la medida en que inició los estudios dogmáticos en la salvaguarda de la Constitución. FIX-ZAMUDIO ha considerado el ensayo de 1928 de KELSEN como la obra fundacional del Derecho procesal constitucional, como lo fue el tratado de O. BÜLOW sobre *La teoría de las excepciones dilatorias y los presupuestos procesales* (1968), para el Derecho procesal civil y podríamos decir de algún modo la obra de GERBER sobre los *Fundamentos de un sistema del Derecho político alemán* (1965) para el Derecho público y especialmente para el Derecho constitucional. Sin embargo, estos estudios marcaron el inicio de una nueva concepción dogmática y especialmente repercutieron para que después se llegara a la autonomía científica de sus diversas disciplinas. Así sucedió con el Derecho procesal y el Derecho constitucional, que alcanzaron tal carácter hasta el siglo xx. De la misma manera puede decirse del Derecho procesal constitucional. El estudio del fundador de la escuela de Viena repercutió con posterioridad en la dogmática procesal. Resultó fundamental para que se iniciara el análisis dogmático de las categorías procesales en sede constitucional y de los instrumentos procesales de control constitucional (COUTURE, CALAMANDREI y CAPPELLETTI, 1946-1956) y para visualizar la existencia de una nueva disciplina procesal en su estudio (ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, 1944-1947), hasta otorgarle su configuración científica (FIX-ZAMUDIO, 1955-1956).

Los estudios de cimentación teórica de GERBER (1865), BULLOW (1868) y KELSEN (1928), marcan el comienzo de la etapa científica del Derecho constitucional, Derecho procesal y Derecho procesal constitucional. Etapa científica que paulatinamente fue consolidándose con otros estudios posteriores teniendo en cuenta aquellos trabajos pioneros. Para el Derecho constitucional (y en general para las ramas del Derecho público) se han considerado fundamentales las obras de

⁴³ A los tres sectores señalados, nosotros hemos agregado un cuarto que denominamos «Derecho procesal constitucional local», entendido como aquel que estudia los distintos instrumentos encaminados a la protección de los ordenamientos, constituciones o estatutos de los Estados (en los regímenes federales), provincias o comunidades autónomas. Cfr. E. FERRER MAC-GREGOR, *Los Tribunales Constitucionales en Iberoamérica*, México, Fundap, 2002, pp. 53-54; asimismo, «Hacia un Derecho procesal constitucional local en México», en *Anuario Latinoamericano de Derecho Constitucional*, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, 2003, pp. 229-245.

⁴⁴ Editada por Dott. Antonino Giuffrè, t. I, 1958.

⁴⁵ «Voz Amparo», trad. de H. FIX-ZAMUDIO en *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, año XI, septiembre-diciembre de 1958, núm. 33, pp. 63-66.

V. É. ORLANDO, *Los criterios técnicos para la reconstrucción del Derecho público* (1885) y *Principii di diritto costituzionale* (1889), así como la obra de G. JELLINEK, *Teoría general del Estado* (1900), siguiendo construyendo la dogmática jurídica constitucional discípulos de ORLANDO, como S. ROMANO y la escuela italiana; contribuyendo notablemente la escuela francesa de Derecho constitucional, con autores como M. HAURIUO, R. CARRÉ DE MALBERG, L. DUGUIT, M. DUVERGER, entre muchos otros. Mientras para el desarrollo del procesalismo científico son fundamentales las obras y polémicas sobre la acción procesal de WINDSCHEID-MUTHER (1956-1957), anterior a la obra de BÜLOW, las aportaciones científicas de KOHLER: *El proceso como relación jurídica* (1988) y de WACH: *La pretensión de declaración: un aporte a la teoría de la pretensión de protección del Derecho*, hasta la famosa prolusión de G. CHIOVENDA (1903) sobre *La acción en el sistema de los derechos*, donde perfila los conceptos fundamentales de la ciencia procesal. De ahí seguirían construyendo la disciplina muchos otros como sus discípulos P. CALAMANDREI y F. CARNELUTTI o en América R. PODETTI y E. J. COUTURE.

Así puede también considerarse en el Derecho procesal constitucional. El estudio precursor lo es el multicitado de Kelsen sobre las garantías jurisdiccionales de la constitución de 1928. No sólo por sentar las bases teóricas sobre la jurisdicción constitucional como órgano concentrado, sino por la repercusión que provocó su estudio dogmático derivada de la polémica con C. SCHMITT sobre el guardián de la Constitución (1931), que llevó al establecimiento y consolidación paulatina de los tribunales constitucionales a partir de la segunda posguerra. Y a partir de ahí siguieron obras que continuaron en su desarrollo desde la dogmática procesal, como se advierte de las publicaciones de COUTURE, «Las garantías constitucionales del proceso civil» (1946); de ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *Proceso, autocomposición y autodefensa* (1947); de CALAMANDREI, «L'illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile» (1950), y CAPPELLETTI, *La giurisdizione costituzionale delle libertà: primo studio sul ricorso costituzionale* (1955); hasta llegar al primer estudio sistemático del Derecho procesal constitucional como ciencia, emprendido por FIX-ZAMUDIO: *La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana* (1955). Este ensayo no sólo se limita al análisis de las garantías en México, como pudiera inferirse del título, sino que establece un marco teórico conceptual y sistemático de la disciplina jurídica, a manera de último eslabón en su configuración científica. Es por ello que debe considerarse al jurista mexicano como «fundador conceptual» de la ciencia del Derecho procesal constitucional, en el entendido de que la «ciencia» se va construyendo a través del pensamiento concatenado de todos estos juristas.

4. CONCLUSIONES

De todo lo dicho en este apasionante debate relativo al fundador de la disciplina, se puede concluir que:

A) La «tesis Sagüés» cobra importancia para comprender que existe una dimensión histórica social de la disciplina, donde debemos acudir para encontrar sus antecedentes y fuentes históricas.

B) La «tesis García Belaunde» representa una aportación trascendental para comprender su origen científico y para distinguir entre el precursor trabajo

de KELSEN (1928), respecto del descubrimiento de la disciplina procesal como tal, que como bien lo apunta sucedió con N. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO (1944-1947), por lo que debemos considerarlo como «fundador nominal».

C) Sin embargo, las contribuciones de ALCALÁ-ZAMORA se limitaron a su descubrimiento y a otorgarle el *nomen iuris*, por lo que utilizando la misma lógica debe reconocerse a H. FIX-ZAMUDIO (1955-1956) como su «fundador conceptual» al haber realizado la primera aproximación sistemática desde la perspectiva de una nueva rama del Derecho procesal. En esa concepción sistemática resultaron fundamentales el estudio precursor de KELSEN (1928) y su polémica con SCHMITT (1931); el hallazgo de ALCALÁ-ZAMORA (1944-1947) y las contribuciones emprendidas desde el mejor procesalismo científico de la época, relativas al estudio de categorías procesales vinculadas con la constitución de COUTURE (1946-1948), así como las referidas al análisis más cercano de la jurisdicción y de los instrumentos procesales de protección constitucionales de CALAMANDREI (1950-1956) y CAPPELLETTI (1955).

D) Por tanto, sin negar sus invaluable aportaciones que impactaron en la teoría general del Derecho, debe considerarse a KELSEN como «precursor» de la disciplina científica del Derecho procesal constitucional, al haber sentado las bases dogmáticas del estudio de los instrumentos jurisdiccionales de la defensa de la Constitución. Especialmente a través de su ensayo de 1928, y ahí es donde debemos ubicar el inicio de la etapa científica de la disciplina, que fue acogida más adelante por el procesalismo científico de la época como basamento de su desarrollo dogmático, hasta su configuración sistemática como disciplina autónoma de naturaleza procesal que realiza FIX-ZAMUDIO en 1955-1956.

E) La construcción científica de las disciplinas constituye una secuencia concatenada del pensamiento al ir construyendo, con base en los predecesores e influjos sociales, políticos y jurídicos del momento, nuevas concepciones y teorías, como lo señaló el propio ALCALÁ-ZAMORA para la evolución de la doctrina procesal. Así, puede ubicarse el periodo histórico en el cual surge la disciplina del Derecho procesal constitucional (en su caracterización científica), destacando las contribuciones de sus distintos forjadores.

F) El origen científico del Derecho procesal constitucional se ubica entre los años de 1928 y 1956. En este periodo se advierten cuatro etapas concatenando las contribuciones de insignes juristas, hasta llegar a su conformación científica:

I. *Precursora (1928-1942)*. Se inicia con el trabajo de cimentación teórica de KELSEN, relativo a las garantías jurisdiccionales de la Constitución (1928) y al reafirmarse su postura con la polémica que sostuvo con C. SCHMITT sobre quién debería ser el guardián de la Constitución (1931). En este periodo también el fundador de la escuela de Viena realiza uno de los primeros estudios de corte comparativo entre los sistemas de control austriaco y americano (1942).

II. *Descubrimiento procesal (1944-1947)*. El procesalista español N. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, en sus primeros años de exilio en Argentina (1944-1945) y luego en México (1947), advierte la existencia de una nueva rama procesal y le otorga denominación.

III. *Desarrollo dogmático procesal (1946-1955)*. Etapa en la cual desde el mejor procesalismo científico se realizan importantes contribuciones acercando su disciplina a la tendencia del constitucionalismo de la época. Es el periodo

del estudio de las garantías constitucionales del proceso iniciada por COUTURE (1946-1948) y del estudio dogmático de la jurisdicción y de los procesos constitucionales a través de las colaboraciones de CALAMANDREI (1950-1956) y CAPPELLETTI (1955).

IV. *Definición conceptual y sistemática (1955-1956)*. El último eslabón constituye su configuración científica como disciplina procesal. La realiza FIX-ZAMUDIO en su trabajo relativo a *La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana. Ensayo de una estructuración procesal del amparo* (1955), publicado parcialmente al año siguiente en diversas revistas mexicanas (1956). Esta verdadera «joya» de la ciencia del Derecho procesal constitucional no ha sido lo suficientemente valorada por la doctrina contemporánea, no obstante representar el primer estudio de construcción dogmática de la disciplina con la intención manifiesta de establecer su contorno y perfil científico. En otras palabras, constituye el primer ensayo cuyo objeto de análisis es la «disciplina científica» como tal y no algunos aspectos aislados de su contenido.

V. NICETO ALCALÁ-ZAMORA Y EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL *

N. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO nace el 2 de octubre de 1906 en la capital española. Hijo de N. ALCALÁ ZAMORA Y TORRES, primer presidente de la Segunda República española. Estudió Derecho en la Universidad Central de Madrid (hoy Complutense, 1928), en la cual se doctoró (1930). Fue profesor ayudante en la Facultad de Derecho de esa misma Universidad y luego catedrático de Derecho procesal en Santiago de Compostela, Murcia y Valencia. Debido a la guerra civil española y junto con su familia, tuvo que salir al exilio, que se prolongó durante cuarenta años (1936-1976). Pasando por Francia (1936-1940), llega a Argentina (1942-1946) y luego a México (1946-1976), convirtiéndose en uno de los principales procesalistas iberoamericanos ¹.

Representa la generación de los ilustres procesalistas exiliados que formaron «escuela» y llevaron a nuestra América el procesalismo científico que ya se había consolidado en Alemania e Italia, junto con S. SENTÍS MELENDO y M. FINZI en Argentina; E. TULLIO LIEBMAN en Brasil; R. DE PINA MILÁN en México; y J. GOLDSCHMITH en Uruguay.

Su producción científica inició muy temprano en su natal España. Para los efectos que aquí interesan, en 1933 publica en Madrid un ensayo denominado «Significado y funciones del Tribunal de Garantías Constitucionales» ². Este es un primer influjo de su descubrimiento posterior de la nueva rama procesal, que se-

* Publicado en *Derecho*, Arequipa, Perú, Universidad Nacional de San Agustín, Facultad de Derecho, año 10, núm. 10, 2008, pp. 13-17.

¹ Su «curriculum vitae», «biografía» y «bibliografía» aparecen en el «Número Especial. Estudios de Derecho Procesal en honor de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año VIII, núms. 22-23, enero-agosto de 1975, pp. 7 y ss. En general sobre su vida y obra, *vid.* las ponencias de I. B. FLORES, V. FAIRÉN GUILLÉN, R. OMAR BERIZONCE, F. CARPI y A. SAÍD, presentadas en la mesa redonda en su honor con motivo del *XII Congreso Mundial de Derecho Procesal*, y que aparecen en el vol. I de las Memorias de dicho evento publicadas por la UNAM en 2005, pp. 3-80.

² Madrid, Reus, 1933, publicación que tiene su origen en la conferencia que pronunciara en la Agrupación Socialista de Santiago, el 9 de marzo de 1933.

guramente ya advertía pero no expresó. En esta primera publicación, analiza con detalle el origen del referido Tribunal en la Constitución Republicana de 1931 y emprende el estudio de su significado, funciones y competencias. Se advierte que el destacado procesalista español tenía pleno conocimiento del artículo de KELSEN de 1928, así como de la doctrina constitucional de la época, y advierte su influjo directo en la creación del Tribunal de Garantías Constitucionales español, al señalar que «la inspiración primitiva, la que recoge la Comisión Jurídica Asesora en el Anteproyecto, procede de la Constitución austriaca de 1 de octubre de 1920, donde plasman las ideas del profesor KELSEN, y que en sus artículos 137-148 instaura una auténtica *jurisdicción constitucional*, que incluso coincide en el nombre con el que en principio se le dio a la nuestra: *Tribunal de Justicia Constitucional*, luego cambiado en la Comisión Parlamentaria por la denominación vigente, quizás para emplear una rúbrica que refleje mejor lo complejo de su cometido»³.

Las funciones de ese Tribunal y que advierte «también se da en el modelo austriaco», las estudia con detenimiento, como el recurso de inconstitucionalidad de las leyes, los conflictos de competencia legislativa, el recurso de amparo, la jurisdicción electoral y la responsabilidad criminal. Llama la atención que ya se refiere a un «proceso constitucional» al dedicarle un apartado especial a «Las partes en el proceso constitucional» sin mayor desarrollo dogmático.

Una segunda aproximación la escribe en su primer exilio en Francia (París y Pau). En París termina la redacción en enero de 1937 del ensayo «El Derecho procesal en España, desde el advenimiento de la República al comienzo de la guerra civil», que se publicó al año siguiente originalmente en italiano en la *Revista di Diritto Procesuale Civile*⁴. En este trabajo realiza un recuento de la legislación española de la época y advierte la existencia de una «legislación procesal constitucional», llevándolo al estudio nuevamente del Tribunal de Garantías Constitucionales y también del Tribunal de Cuentas, limitándose a la exposición de su composición y atribuciones.

En 1940 deja Pau y comienza su odisea trasatlántica rumbo a Buenos Aires que terminaría 441 días después, habiendo pasado por Dakar, Casablanca, Veracruz y Cuba, en diversas navegaciones. En su exilio argentino llega a ser profesor de Derecho procesal penal del Instituto de Altos Estudios Penales y de Criminología de la Universidad de la Plata. Continúa su producción científica, destacando su *Derecho procesal penal* (con R. LEVENE)⁵, y es en esa época donde recopila «una serie de trabajos de mi dispersa labor como procesalista» como lo refiere en el prólogo de su libro *Ensayos de Derecho procesal (civil, penal y constitucional)*, en el cual recoge los dos trabajos anteriores de 1933 y 1937 y le dedica un apartado al libro con la denominación de «Enjuiciamiento y Constitución». Sin embargo, la importancia de esta publicación radica en el título de la obra, donde por vez primera aparece la denominación de la disciplina.

Al año siguiente, en un brevísimo comentario aparecido en la *Revista de Derecho Procesal* (1945)⁶ y comentando un artículo de E. A. CHRISTENSEN con la de-

³ Cfr. *op. últ. cit.*, pp. 511-512.

⁴ 1938, núm. 2, pp. 138-175. Este trabajo quedó recopilado en su obra *Estudios de Derecho procesal (civil, penal y constitucional)*, *op. cit.*, pp. 503-536.

⁵ Buenos Aires, 1944.

⁶ Buenos Aires, 1.ª parte, año III, 1945, pp. 77-78.

nominación de «Nuevos recursos de amparo en la legislación procesal argentina. Los *writs* de *mandamus* e *injunctio*»⁷, señala un error de sistemática que supone haber llevado los recursos de amparo de los derechos y garantías individuales a un código de procedimiento civil, como si fuesen un juicio de procedimiento y advierte «la naturaleza inequívocamente procesal constitucional del amparo de garantías». Y así asevera que cuando en la Constitución se establecen los recursos de inconstitucionalidad y de amparo «instaura, con independencia de la jurisdicción a que los encomiende y del procedimiento que para su tramitación se siga, unas instituciones que pertenecen al Derecho procesal constitucional, tan inconfundible con el procesal civil o el procesal penal, como éstos pueden serlo entre sí»⁸. Esta reseña fue recopilada en México en su obra *Miscelánea procesal* (1978) cuando ya había retornado a España⁹.

Como puede advertirse es en esta breve reseña donde el profesor español tiene la chispa de advertir la existencia de un «Derecho procesal constitucional» como disciplina autónoma procesal. Es aquí por primera vez donde estima que dentro de ella encuentran cabida los instrumentos procesales de control de la constitucionalidad, rama que estima debe diferenciarse de los tradicionales (procesal civil o procesal penal) «como éstos puedan serlo entre sí», lo que refleja la claridad de su postura de considerar al Derecho procesal constitucional como nueva disciplina procesal, tan autónoma como la procesal civil o penal.

ALCALÁ-ZAMORA llegaría a México en el año 1946, permaneciendo treinta años hasta su regreso definitivo a España en 1976. Ingresó en ese año a la Escuela Nacional de Jurisprudencia (hoy Facultad de Derecho de la UNAM) y desde 1957 como investigador titular de tiempo completo en el Instituto de Derecho Comparado (hoy Instituto de Investigaciones Jurídicas de la misma Universidad). Se ha considerado que el arribo del jurista español representa el inicio de la etapa científica del procesalismo mexicano, no sólo por su vasta e importante obra y por traer a México los adelantos de Alemania, Italia y España, sino también por haber forjado una importante escuela, donde se ubica FIX-ZAMUDIO como uno de sus más destacados discípulos¹⁰ (junto con S. GARCÍA RAMÍREZ, C. GÓMEZ LARA, H. BRISEÑO SIERRA, J. L. SOBERANES FERNÁNDEZ y J. OVALLE FAVELA). Esta etapa de florecimiento científico alcanzó a varias ramas del Derecho, debido al exilio de una pléyade de juristas españoles¹¹.

⁷ Este estudio de E. A. CHRISTENSEN apareció en la *Revista del Colegio de Abogados de Santiago del Estero*, diciembre de 1944, t. I, núm. 2, pp. 67-92

⁸ *Op. cit.*, p. 78.

⁹ *Cfr.* su obra *Miscelánea procesal*, t. II, México, UNAM, 1978, pp. 101-103.

¹⁰ Además de FIX-ZAMUDIO, entre los discípulos más cercanos a N. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO se encuentran, por orden alfabético: H. BRISEÑO SIERRA, S. GARCÍA RAMÍREZ, C. GÓMEZ LARA, J. OVALLE FAVELA, J. L. SOBERANES FERNÁNDEZ y S. OÑATE.

¹¹ Una de las aulas de la Facultad de Derecho de la UNAM lleva por nombre (desde octubre de 2003): «Maestros del Exilio Republicano Español» y en la cual aparece una placa con sus nombres: Niceto Alcalá Zamora y Castillo, Rafael Altamira y Crevea, Fernando Arill Bas, Constancio Bernaldo de Quirós, Ricardo Calderón Serrano, Demófilo de Buen Lozano, Rafael de Pina Milán, Francisco Carmona Nenclares, Javier Elola Fernández, Ramón de Ertze Garamendi, José Gaos, José María Gallegos Rocafull, Luis Jiménez de Asúa, Mariano Jiménez Huerta, Victoria Kent, Javier Malagón Barceló, Manuel Martínez Pedrosa, José Medina Echavarría, José Miranda González, Luis Recaséns Siches, Wenceslao Roces, Joaquín Rodríguez y Rodríguez, Mariano Ruiz Funes, Antonio Sacristán Colás, Felipe Sánchez Román, Manuel Sánchez Sarto y José Urbano Guerrero. *Vid.* también, AAVV, *El exilio español y la UNAM*, México, UNAM, 1987.

En ese contexto y dos años después del hallazgo de la nueva disciplina procesal que advertía en aquella reseña argentina de 1945, publica en México una obra que es considerada clásica en la corriente del mejor procesalismo científico: *Proceso, autocomposición y autodefensa (contribución al estudio de los fines del proceso)*¹².

En este trabajo claramente se refiere al «surgimiento de un proceso constitucional» y considera a KELSEN «como fundador de esta rama procesal» debido a la consagración de la jurisdicción constitucional en la Constitución austriaca de 1 de octubre de 1920 y especialmente por su famoso artículo de 1928. Debido que en el epígrafe anterior nos hemos dedicado a esta importante obra, sólo anotamos que ALCALÁ-ZAMORA reitera su posición relativa a la nueva disciplina procesal.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO no vuelve sobre el tema y sólo aborda algunos aspectos de manera tangencial¹³. Reitera su postura de la existencia de la disciplina en un documentado trabajo publicado en México¹⁴ y luego aparecido en libro en España: *La protección procesal internacional de los derechos humanos*¹⁵. En este libro se cuestiona cuál es la disciplina procesal que debe estudiar los derechos humanos y al analizar las denominaciones de CAPPELLETTI relativa a la «jurisdicción constitucional de la libertad» y al «Derecho procesal de amparo mexicano» y de las «garantías constitucionales» español, señala que «el amparo, habitualmente designado cual *juicio constitucional*, no es sino uno de los instrumentos de una disciplina más amplia, el *Derecho procesal constitucional* —caracterización ésta que se incluye en la fórmula de CAPPELLETTI y en la española—, creemos que éste es el nombre preferible, sin más aclaración que la de que el mismo funciona en dos planos o niveles: interno e internacional»¹⁶.

En su obra *Veinticinco años de evolución del Derecho procesal (1940-1965)* se refiere a la «expansión de la justicia constitucional» como una de las preocupaciones y tendencias de naturaleza procesal manifestadas durante ese periodo¹⁷. Sin embargo, ALCALÁ-ZAMORA no entra al tema y se limita a remitir «a la exhaustiva conferencia de FIX-ZAMUDIO» con motivo del ciclo de conferencias del vigesimoquinto aniversario de la fundación del «Instituto de Derecho Comparado de México» (hoy de Investigaciones Jurídicas de la UNAM)¹⁸ y que luego

¹² México, UNAM, 1947.

¹³ ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO no vuelve a referirse de manera puntual sobre la disciplina. Sin embargo, en algunas ocasiones analiza determinadas instituciones o procesos constitucionales, como por ejemplo, *Tres estudios sobre el mandato de seguridad brasileño*, México, UNAM, 1963, en colaboración con H. FIX-ZAMUDIO y A. RÍOS ESPINOZA; o bien al advertir algunos antecedentes como el control jurisdiccional de la ilegalidad de los reglamentos desarrollado por la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, *cf.* *Proceso, autocomposición y autodefensa, op. cit.*, p. 206 (1.ª ed. de 1947).

¹⁴ *Cfr.* N. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, «La protección procesal internacional de los derechos humanos», en AAVV, *Veinte años de evolución de los derechos humanos*, México, UNAM, 1974, pp. 275-384, en pp. 294-296.

¹⁵ Madrid, Civitas, 1975, pp. 46-49.

¹⁶ *Op. ult. cit.*, p. 49.

¹⁷ *Cfr.* N. ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, *Veinticinco años de evolución del Derecho procesal (1940-1965)*, México, UNAM, 1968, p. 143. Este libro es producto de la conferencia que dictó el 14 de mayo de 1965 dentro del ciclo de conferencias «Veinticinco años de evolución jurídica: 1940-1965».

¹⁸ Sobre esta celebración, *vid.* N. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO (ed.), *XXV Aniversario del Instituto de Derecho Comparado de México (1940-1965). Historia, actividades, crónica de las bodas de plata*, México, UNAM, 1965.

convirtiera en el libro denominado *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional (1940-1965)*¹⁹.

Después de cuarenta años regresa a España en 1976 y muere en Madrid en 1985. Su aportación al Derecho procesal constitucional consiste en ser el primero que utiliza la expresión como una nueva rama del Derecho procesal. Y es por ese «genial hallazgo» que D. GARCÍA BELAUNDE lo considera como fundador de la disciplina y no a KELSEN²⁰.

Y este honroso calificativo estimamos debe también extenderse a su discípulo FIX-ZAMUDIO (como fundador conceptual) que al desarrollar la idea de su maestro le confiere el contorno científico como disciplina autónoma procesal, que claramente lo realiza en su tesis para optar por el grado de licenciado en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) en 1955, cuyo título es: *La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana. Ensayo de una estructuración procesal del amparo*²¹. Este trabajo representa el primer estudio sistemático sobre la disciplina científica²². La corriente de la autonomía procesal del Derecho procesal constitucional ha retomado nuevos horizontes a partir de la década de los ochenta del siglo pasado al ser acogida especialmente en Latinoamérica por un importante número de juristas. Es por ello que en este año la comunidad jurídica internacional se ha unido en un merecido homenaje a H. FIX-ZAMUDIO para conmemorar sus cincuenta años como investigador jurídico y especialmente por sus aportes a la *Ciencia del Derecho procesal constitucional*²³.

¹⁹ H. FIX-ZAMUDIO, *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional (1940-1965)*, México, UNAM, 1968. Este libro fue producto de la conferencia que bajo el mismo título impartió el 10 de mayo de 1965 en la Facultad de Derecho de la UNAM, con motivo de las bodas de plata del Instituto de Derecho Comparado de México.

²⁰ D. GARCÍA BELAUNDE, «Dos cuestiones disputadas sobre el Derecho procesal constitucional», en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa, núm. 7, enero-junio de 2007, pp. 139-147, en pp. 140-142. Este trabajo fue presentado como ponencia en el Congreso sobre «Reforma de la Constitución y jurisdicción constitucional» en la Universidad Católica San Pablo, Arequipa, Perú, 26-28 de octubre de 2006.

²¹ La mayoría de los capítulos y conclusiones de esta tesis, se publicaron al año siguiente en diversas revistas mexicanas: «Derecho procesal constitucional», en *La Justicia*, núms. 309 y 310, t. XXVII, enero y febrero de 1956, pp. 12300-12313 y 12361-12364; «La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana», en *Foro de México*, núm. XXXV, febrero de 1956, pp. 3-12; «El proceso constitucional», en *La Justicia*, núm. 317, t. XXVII, septiembre de 1956, pp. 12625-12636; y «Estructura procesal de amparo», en *La Justicia*, núm. 318, t. XXVII, octubre de 1956, pp. 12706-12712.

²² Cfr. E. FERRER MAC-GREGOR, «El primer estudio sistemático sobre el Derecho procesal constitucional», en *Revista Jurídica del Perú*, núm. 89, julio de 2008, pp. 15-27.

²³ E. FERRER MAC-GREGOR y A. ZALDÍVAR LELO DE LARREA, *La ciencia del Derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus 50 años como investigador del derecho*, México, UNAM-Marcial Pons-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 12 tomos, 2008.

VI. LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DEL PROCESO Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL PROCESAL

La aportación de COUTURE *

La constitucionalización del ordenamiento jurídico se ha caracterizado como un fenómeno en expansión a partir de la segunda posguerra. Si bien GUASTINI habla de «condiciones de constitucionalización»¹, también se advierte como una de sus múltiples manifestaciones la incorporación de principios e instituciones procesales al propio ordenamiento constitucional. La vinculación de las categorías procesales con la Constitución adquirió relevancia a partir de los estudios dogmáticos emprendidos por E. J. COUTURE².

Una primera aproximación la realiza en su ensayo «Las garantías constitucionales del proceso civil» en 1946³, que luego apareciera en su clásico *Estudios de Derecho procesal civil* (1948)⁴. En esta obra COUTURE advierte que «la doctrina procesal moderna tiene aún una etapa muy significativa que cumplir. Un examen de los institutos que nos son familiares en esta rama del Derecho, desde el punto

* Publicado en *Judicatus. Revista del Poder Judicial del Estado de Nuevo León*, Monterrey, Consejo de la Judicatura, 2.ª época, núm. 1, 2008, pp. 13-17.

¹ Este fenómeno de la constitucionalización del ordenamiento jurídico tiene varias dimensiones y facetas. GUASTINI habla de siete condiciones para que un ordenamiento se considere como impregnado por las normas constitucionales. Cfr. R. GUASTINI, «La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano», trad. de J. M.ª LUJAMBIO, en M. CARBONELL (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta-UNAM, 2003, pp. 49-73.

² Para una semblanza de su vida, *vid.* A. GELSI BIDART y N. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, «Eduardo J. Couture (Datos biográficos)», en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 24, octubre-diciembre de 1956, pp. 13 y ss.

³ Publicado en la obra *Estudios de Derecho procesal en honor de Hugo Alsina*, Buenos Aires, Ediar, 1946, pp. 151 y ss. En México se publicó en *Anales de Jurisprudencia*, t. LXV-LXVI, abril-mayo y julio-septiembre de 1950; y en *Foro de México*, núms. 27-30, junio-septiembre de 1955.

⁴ Cfr. *Estudios de Derecho procesal civil*, t. I: «La Constitución y el proceso civil», reimpresión de la 3.ª ed., al cuidado de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Depalma, pp. 19 y ss. La primera edición es de 1948.

de vista constitucional, constituye una empresa cuya importancia y fecundidad no podemos todavía determinar»⁵.

Sus aportaciones tuvieron muy pronto eco por la mejor doctrina procesal⁶, a tal extremo que a la distancia se aprecia que fue el iniciador de toda una corriente dogmática que se ha consolidado firmemente en la actualidad⁷, hasta la existencia reciente de unas «Bases constitucionales para un proceso civil justo»⁸.

En la «Tercera parte» de la obra citada, el profesor uruguayo se refiere a «Casos de Derecho procesal constitucional»⁹. Si bien utiliza la expresión «Derecho procesal constitucional», no se advierte en ningún momento que la empleara para referirse a los instrumentos procesales de regularidad constitucional, sino más bien al debido proceso y otras instituciones procesales en su dimensión constitucional.

Ahora bien, ¿todas las instituciones procesales establecidas en la constitución son materia de análisis de la ciencia procesal? Éste es un interrogante de plena significación y objeto de debate para determinar el contenido mismo del Derecho procesal constitucional. En la actualidad el «debido proceso legal» se convirtió en una categoría constitucional, al pasar a constituirse como un «debido proceso constitucional». Como señala GOZAÍNI, «el proceso como herramienta al servicio de los derechos sustanciales pierde consistencia: no se le asigna un fin por sí mismo, sino para realizar el Derecho que viene a consolidar»¹⁰. Y bajo esa concepción algún sector de la doctrina considera como superficie de estudio del Derecho procesal constitucional a las instituciones o categorías procesales (acción, debido proceso, etc.) contenidas en la Constitución¹¹.

El problema de la trascendencia constitucional de las instituciones procesales constituye un «área o zona común» entre lo «constitucional» y lo «procesal». Si bien la pertenencia hacia una u otra constituye un planteamiento eminentemente teórico, resulta relevante para demarcar las particularidades del estudio de las disciplinas. Así, para coadyuvar en esta distinción, FIX-ZAMUDIO no sólo

⁵ *Ibid.*, pp. 21 y 22.

⁶ *Cfr.*, entre otros, E. T. LIEBMAN, «Diritto costituzionale e processo civile», en *Rivista di diritto processuale*, Padua, 1952, pp. 327-332. Existe traducción en la *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, Montevideo, junio-julio de 1953, pp. 121-124. H. FIX-ZAMUDIO, «El pensamiento de Eduardo J. Couture y el Derecho constitucional procesal», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año X, núm. 30, septiembre-diciembre de 1977, pp. 315-348; reproducido en la *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, año XXIV, núm. 1 (cuarta época): «Estudios en honor de Eduardo J. Couture», Montevideo, enero-junio de 1980, t. I, pp. 69-107; *id.*, *Constitución y proceso civil en Latinoamérica*, México, UNAM, 1974. «Las garantías constitucionales de las partes en el proceso civil de Latinoamérica», en *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, año XVI, núm. 33, julio-diciembre de 1974, pp. 105-186.

⁷ Entre la abundante bibliografía contemporánea, *vid.* los trabajos generales de J. OVALLE FAVELA, *Las garantías constitucionales del proceso*, 3.^a ed, México, Oxford, 2007; J. PICÓ I JUNOY, *Las garantías constitucionales del proceso*, Barcelona, Bosch, 1997 (existe 3.^a reimpression en 2002).

⁸ Elaboradas por J. OVALLE FAVELA y presentadas como ponencia, en las XX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal (Málaga, octubre de 2006).

⁹ *Estudios de Derecho procesal civil*, *op. cit.*, t. I, pp. 193-265.

¹⁰ O. A. GOZAÍNI, «El debido proceso en la actualidad», en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 2, julio-diciembre de 2004, pp. 57-70, en p. 65.

¹¹ O. A. GOZAÍNI, *Derecho procesal constitucional y derechos humanos (vínculos y autonomías)*, México, UNAM, 1995, pp. 77 y ss.; D. GARCÍA BELAUNDE, «Sobre la jurisdicción constitucional», en A. QUIROGA LEÓN (coord.), *Sobre la jurisdicción constitucional*, Lima, PUCP, 1990, pp. 33 y ss.

acoge la postura de COUTURE relativa a las garantías constitucionales del proceso¹², sino que en un desarrollo posterior de evolución las agrupa en una nueva disciplina denominada «Derecho constitucional procesal», que tiene por objeto el examen de las normas y principios constitucionales que contienen los lineamientos de los instrumentos procesales, la cual estima debe ser estudiada desde la óptica y dentro del Derecho constitucional¹³. En cambio, el «Derecho procesal constitucional» como disciplina de confluencia y limítrofe con aquella, la considera como objeto de estudio de la ciencia procesal.

Comenta FIX-ZAMUDIO, recordando al maestro de Montevideo: «Todavía más reciente es la disciplina que hemos llamado Derecho constitucional procesal, como aquella rama del Derecho constitucional que se ocupa del estudio sistemático de los conceptos, categorías e instituciones procesales consagradas por las disposiciones de la Ley Fundamental, y en cuya creación debemos destacar, como lo hemos sostenido a lo largo de este trabajo, el pensamiento del ilustre procesalista uruguayo E. J. COUTURE, quien fue uno de los primeros juristas no sólo latinoamericanos, sino en el ámbito mundial, que advirtió la necesidad de analizar científicamente las normas constitucionales que regulan las instituciones procesales»¹⁴.

La postura de FIX-ZAMUDIO paulatinamente ha tenido aceptación¹⁵, con las dudas de algunos juristas. GARCÍA BELAUNDE ha sostenido que más que un juego de palabras, estamos ante un crecimiento innecesario de disciplinas jurídicas y el hecho de que sean los constitucionalistas los que con mayor intensidad se dediquen a su análisis no puede llevarnos a la aceptación de esa nueva rama, «que pese a su utilidad docente, carece de rigor científico»¹⁶.

En el fondo todavía no existe precisión metodológica en la ubicación de ciertas instituciones procesales que se han elevado a rango constitucional. Especialmente sucede con aquella cuyos orígenes se remontan a la Carta Magna inglesa de 1215, llevada a cabo por el rey Juan, motivada por las demandas formuladas por los barones de Runnymede, con el fin de reconocer a los nobles ciertos derechos feudales, entre ellos el establecido en la cláusula 39: «Ningún hombre libre será arrestado, aprisionado, desposeído de su dependencia, libertad o libres usanzas, puesto fuera de la ley, exiliado, molestado en alguna manera, y nosotros

¹² Vid., entre otros, su trabajo «Las garantías de las partes en el proceso civil de Latinoamérica», en *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, año XVI, núm. 33, julio-diciembre de 1974, pp. 105-186.

¹³ Cfr. sus trabajos, «El pensamiento de Eduardo J. Couture y el Derecho constitucional procesal», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, op. cit., pp. 315 y ss.; «Ejercicio de las garantías constitucionales sobre la eficacia del proceso», en *Latinoamérica: Constitución, proceso y derechos humanos*, México, Miguel Ángel Porrúa, 1988, pp. 463-542; «Reflexiones sobre el Derecho constitucional procesal mexicano», en *Memoria de El Colegio Nacional 1981*, México, El Colegio Nacional, 1982, pp. 37-91; y «Breves reflexiones sobre el concepto y contenido del Derecho constitucional procesal», en el libro colectivo coordinado por el ministro Juvenio V. Castro y Castro. *Estudios en honor de Humberto Román Palacios*, México, Porrúa, 2005, pp. 95-117.

¹⁴ H. FIX-ZAMUDIO, «El pensamiento de Eduardo J. Couture y el Derecho constitucional procesal», en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, op. cit., pp. 78-79.

¹⁵ Entre los autores que han aceptado el «Derecho constitucional procesal» se encuentran, entre otros, N. P. SAGÜES, *Derecho procesal constitucional. Recurso extraordinario*, op. cit., pp. 3-4; J. PICÓ I JUNOY, *Las garantías constitucionales del proceso*, Barcelona, op. cit., p. 15; E. RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, *Derecho procesal constitucional*, op. cit., pp. 112-120; E. REY CANTOR, *Derecho procesal constitucional. Derecho constitucional procesal. Derechos humanos*, Bogotá, Ed. Ciencia y Derecho, p. 138.

¹⁶ *Derecho procesal constitucional*, Bogotá, Temis, pp. 9-11.

no meteremos, ni haremos meter la mano sobre él, en virtud de un juicio legal de sus iguales según la ley de la tierra»; y la expresión *due process of law* como tal se acuña en 1354, en el Estatuto expedido por el rey Eduardo III. La garantía del debido proceso fue motivo acogido en diversos documentos, desde el *Habeas Corpus Act* de 1679, la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que refrendaron las Cartas Constitucionales de 1795 (art. 11) y de 1814 (art. 4.º), hasta la V enmienda a la Constitución estadounidense de 1791 y la evolución que ha experimentado derivada de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos que comprende no sólo el *adjective due process of law*, sino como una garantía dirigida a la aplicación de la ley de manera justa y razonable, esto es *sustantive due process of law*¹⁷.

Las connotaciones del debido proceso legal, proceso justo o garantía de audiencia que se suelen emplear para identificar a esta categoría procesal es motivo de profundos y prolijos estudios en la actualidad debido a su concepción como garantía constitucional. Suele suceder que se confunda su caracterización como Derecho fundamental —debido a que en muchas ocasiones se encuentra en el capítulo relativo a la parte dogmática de las constituciones—, con aquella otra dimensión de la tutela de los derechos a través de los procesos y procedimientos constitucionales diseñados para lograr su efectividad. Y ahí radica parte del problema para la ubicación de su estudio científico. Las categorías procesales elevadas a derechos fundamentales deben ser estudiadas a la luz de la metodología e ideología del Derecho constitucional, como cualquier otro Derecho constitucional que se encuentre en la propia ley fundamental. Y ello con independencia que también debe ser analizada a la luz del procesalismo, en tanto que sus proyecciones como garantía constitucional —debido proceso— impactan a todo el ordenamiento secundario donde se encuentran los procesos civiles, penales, laborales, etcétera.

A partir de esta realidad debemos preguntarnos si es apropiado incluir esta institución y otras categorías procesales en el Derecho procesal constitucional. Si se acepta esta postura, la disciplina en cuestión tendría que dividirse por lo menos en tres sectores, según la naturaleza de las instituciones. El primero comprende los instrumentos preferentemente procesales (procesos y procedimientos) para evitar el quebranto o restablecer la normativa constitucional, así como el análisis de la jurisdicción y órganos que los conoce. Un segundo sector se dirige al análisis de las garantías constitucionales del proceso en la dimensión establecida por COUTURE, entre las que se encuentra la acción y el debido proceso legal. Y un último sector comprendería aquellas categorías procesales que sin tener la caracterización anterior, representan instituciones que deben analizarse desde el ámbito procesal, como pueden ser las garantías judiciales que garantizan la independencia e imparcialidad del juzgador.

Esta concepción amplia del contenido del Derecho procesal constitucional descansa en una premisa: considerar como su materia de estudio cualquier ins-

¹⁷ Cfr. M. CARBONELL y E. FERRER MAC-GREGOR, «Comentario al artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos», en *Derechos del pueblo mexicano, México a través de sus Constituciones*, México, Cámara de Diputados - Senado de la República - Suprema Corte de Justicia de la Nación - Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación - Instituto Federal Electoral - Miguel Ángel Porrúa, 2006, t. XVI, pp. 506-526.

titución, categoría o principio procesal que se encuentre contenido en la Constitución. En cambio, una versión acotada de la disciplina se reduce propiamente al primer sector. Sólo a los instrumentos o mecanismos procesales de protección de la Constitución diseñados como tales, así como la jurisdicción y órganos que se encargan de resolverlos.

Si se acepta esta superficie reducida del Derecho procesal constitucional, deben delinearse, por consiguiente, el ámbito de estudio científico de las diversas categorías procesales. ¿Dónde deben estudiarse? ¿En el ámbito constitucional a pesar de ser instituciones procesales? ¿O en el ámbito procesal?, ¿en ambos con diferentes perspectivas? Si aceptamos estudiarla en el Derecho procesal, ¿en qué parcela o rama procesal se incluiría?, ¿en la teoría general del proceso?

En este intento delimitador de las categorías procesales incardinadas en la Constitución, la propuesta sistemática de FIX-ZAMUDIO cobra importancia para: 1) delimitar con mayor nitidez el contenido propio del Derecho procesal constitucional, y 2) agrupar las restantes categorías procesales previstas en la Constitución. Ahora bien, en esta última dirección y con el afán de establecer lo que es ciencia constitucional, el profesor mexicano abre una nueva vertiente con base en los estudios pioneros de COUTURE para advertir que estamos en el terreno de la ciencia constitucional y dentro de ella deben estudiarse estas categorías procesales a manera de una nueva disciplina limítrofe y de confluencia denominada Derecho constitucional procesal, cuyo contenido divide en tres sectores, a saber: *a)* la jurisdicción; *b)* las garantías judiciales (estabilidad, inamovilidad, remuneración, responsabilidad, etc.), y *c)* las garantías de las partes (acción procesal, debido proceso, etc.)¹⁸. Se puede o no estar de acuerdo con la postura, pero lo cierto es que representa un primer intento para delimitar el contenido del Derecho procesal constitucional en su dimensión científica y hasta el día de hoy no existe otra construcción dogmática en ese sentido.

Como puede apreciarse, la nueva vertiente relativa a las garantías constitucionales del proceso que iniciara COUTURE hace más de cincuenta años ha tenido una recepción importante en la corriente del procesalismo científico y todavía no existe una aceptación convencional y generalizada en el lugar donde debe estudiarse en el concierto de las disciplinas jurídicas.

¹⁸ Sobre el contenido del Derecho constitucional procesal y su delimitación con el Derecho procesal constitucional, *vid.* H. FIX-ZAMUDIO y S. VALENCIA CARMONA, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, *op. cit.*, pp. 216-231; del primero de los autores, *Estudio de la defensa de la constitución en el ordenamiento mexicano*, 2.^a ed., México, Porrúa-UNAM, 2005, pp. 107 y ss.

VII. MAURO CAPPELLETTI Y EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL COMPARADO*

1. INTRODUCCIÓN

Murió M. CAPPELLETTI, embajador de la ciencia jurídica universal y uno de los procesalistas más importantes e influyentes del siglo XX. Su reciente pérdida, el primero de noviembre de 2004, representa un luto para todos los estudiosos del Derecho y especialmente para los cultivadores del procesalismo científico y del Derecho comparado.

A diferencia de los destacados miembros que integraron la presente mesa en su honor, el que escribe no fue discípulo suyo ni tuvo la fortuna de conocerlo en vida. Mi acercamiento se debe a su obra escrita, ampliamente difundida por las traducciones y enseñanzas de los ponentes que me acompañan. Me refiero a mis queridos maestros a quienes tanto debo: H. FIX-ZAMUDIO y C. GÓMEZ LARA; así como al profesor de Costa Rica, R. HERNÁNDEZ VALLE, discípulo directo de CAPPELLETTI y de quien también he aprendido de sus importantes publicaciones y especialmente en los *Encuentros Iberoamericanos de Derecho Procesal Constitucional* donde hemos participado conjuntamente¹.

No podría plasmar en este breve ensayo las diversas y nutridas contribuciones a la ciencia jurídica en general del profesor de la Universidad de Florencia. Siempre a través de una genuina dimensión social y mediante la utilización de un riguroso método comparativo, abarcó múltiples facetas de la justicia constitucional, Derecho procesal civil, acceso a la justicia, protección de intereses

* Publicado en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, CEPC, núm. 13, 2009, pp. 267-306. Corresponde a la ponencia presentada en el *I Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional* (Monterrey, 8-10-septiembre de 2005), celebrado en la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León, bajo el auspicio del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y el Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional. Ponencia actualizada a noviembre de 2007.

¹ Hasta la fecha se han realizado cuatro *Encuentros* en: Rosario, Argentina (2003), San José, Costa Rica (2004), La Antigua, Guatemala (2005) y Santiago de Chile, Chile (2006). El *V Encuentro* tendrá lugar en México, cuya fecha está por definirse.

difusos y colectivos, así como medios alternativos de solución de controversias, por sólo mencionar algunas temáticas recurrentes en sus trabajos.

En su última publicación, denominada *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee*², publicado diez años antes de su lamentable partida, el profesor italiano con un dejo de nostalgia recordaba sus afanes académicos de investigación comparativa, que englobó en tres grandes rubros: *la dimensión constitucional*, para lograr la libertad y dignidad humanas, especialmente ante la necesidad de buscar mecanismos para la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales; *la dimensión social de la justicia*, bajo la idea de la equidad ciudadana a través del efectivo acceso a la justicia, y *la dimensión transnacional de la justicia*, que contribuye a la integración económica, social y cultural de los países, lo que ha provocado las complejas relaciones entre los ordenamientos y jurisdicciones nacionales e internacionales.

Me centraré en esta ocasión en destacar la contribución del maestro italiano a la primera dimensión a que aludía, convertida en una de sus grandes pasiones, a saber, el *Derecho procesal constitucional comparado*. Esto es, en resaltar sus valiosas aportaciones a lo que él denominó «justicia constitucional» a través del método comparativo, presente desde su primera publicación en 1955: *La giurisdizione costituzionale delle libertà: primo studio sul ricorso costituzionale (con particolare riguardo agli ordinamenti tedesco, svizzero e austriaco)*³.

2. SEMBLANZA DE MAURO CAPPELLETTI

M. CAPPELLETTI nació el 14 de diciembre de 1927 en Folgaria, pequeña población ubicada al norte de Italia en la provincia de Trento, actualmente centro turístico invernal con poco más de tres mil habitantes. Murió a la edad de setenta y seis años, el primero de noviembre de 2004 en la ciudad de Fiesole, provincia de Florencia, en la Toscana, después de padecer una cruda enfermedad durante una década que lo alejó de la vida académica⁴.

Discípulo dilecto del inmortal profesor florentino Piero CALAMANDREI y, por consiguiente, heredero de la corriente del procesalismo científico italiano iniciada por G. CHIOVENDA a principios del siglo XX y seguida por F. CARNELUTTI. Su vida la dedicó a la investigación y a la enseñanza del Derecho procesal, conforme una visión renovada y de avanzada, atendiendo los problemas sociales de su época. Su obra y pensamiento giró alrededor de la justicia y la defensa de la libertad.

Estudió Derecho en la Universidad de Florencia, obteniendo el grado en 1952. Durante esos años es donde conoce el pensamiento del que fuera su principal

² Bologna, Il Mulino, 1994.

³ Milano, Dott. A. Giuffrè, 1955 (quaderni dell'associazione fra gli studiosi del processo civile, VII).

⁴ Sobre la vida y obra de M. CAPPELLETTI, puede consultarse la publicación reciente de la Asociación Internacional de Derecho Procesal, editada por M. STORME y F. CARPI, *In Honorem. Mauro Cappelletti (1927-2004). Tribute to an international procedural lawyer*, Holanda, Kluwer Law Internacional, 2005, 79 pp. En esta publicación participan además de los editores, Nicolò Trocker, Sir Jack Jacob, Laurence M. Friedman, John Henry Merryman y Machteld Nijsten. Una reciente necrología en español fue realizada por R. O. BERIZONCE, en la *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, núm. 7, 2005, pp. 305 y ss.

maestro: CALAMANDREI. Colaboró con el presidente de la Barra italiana y en 1956 obtuvo el grado de enseñanza «Libera Docenza». Fue en los siguientes dos años investigador en la Universidad de Friburgo en Brisgovia, Alemania. En 1957 inició su intensa carrera académica como profesor de Derecho procesal civil en la Universidad de Macerata. Al dictar la conferencia inaugural en enero de 1962 en esa Universidad, denominada *Ideologie nel diritto processuale*⁵, ya dejaba ver sus preocupaciones que lo acompañaron en sus publicaciones posteriores. Su actividad docente continuó a partir de 1962 en la Universidad de Florencia, donde fundó y dirigió por catorce años el Instituto de Derecho Comparado (1962-1976) y también algunos años el Centro de Estudios Judiciales Comparados. A partir de 1970 se incorporó a la Facultad de Derecho de la Universidad de Stanford, California, lo que le permitió investigar y enseñar combinando estancias en Estados Unidos e Italia. En 1976 se incorpora al Instituto Universitario Europeo en la misma ciudad de Florencia (creado por las Comunidades Europeas), y que el propio CAPPELLETTI denominaba como una «minicomunidad de la cultura y la enseñanza» a nivel europeo; siendo director del departamento jurídico de ese Instituto en varios periodos: 1977-1979, 1983 y 1985-1986. Fue nombrado profesor emérito de la Universidad de Stanford en 1996.

Profesor visitante en universidades en todo el mundo, como en Harvard (1969), California en Berkeley (1970), París I (1981), Cambridge (1988-1989) y entre muchas otras, y recibió el título de doctor *honoris causa* por varias universidades, entre las que destacan las Universidades de Aix/Marseille, en Francia, la Universidad de Gante, en Bélgica y la Universidad de La Plata, Argentina. Recibió premios, como los que obtuvo en el año de 1981, por la *Accademia Nazionale dei Lincei* en reconocimiento por sus investigaciones, y el *Premio Europeo «Lorenzo il Magnifico»* de la *Accademia Internazionale Medicea*⁶.

Además de su intensa labor docente, debe mencionarse su destacada actividad como conferenciante y participante en foros, encuentros y congresos internacionales, que lo llevaron a presidir la *Asociación Internacional de Derecho Procesal* (1983-1995). Durante los años que presidió el Instituto se llevaron a cabo importantes eventos académicos en todo el mundo, que rebasaría los fines propios del presente estudio el mencionarlos, por lo que sólo destacaremos el trascendental Congreso Internacional de Derecho Procesal de 1988, relativo a «La tutela jurisdiccional de los Derechos del Hombre, a nivel nacional e internacional», con motivo del IX centenario de la Universidad de Bolonia. También presidió la *Asociación Internacional de Ciencias Jurídicas* (1983-1984) y la *Asociación Italiana de Derecho Comparado*. Fue miembro de número de la *Accademia Internazionale de Derecho Comparado*, del *Instituto International de Géopolitique*, de París, y miembro correspondiente de la *Accademia dei Lincei*, del *British Academy*, del *Institut de France*, del *Belgian Royal Academy*, y de la *Accademia Toscana di Scienze e Lettere «La Colombaria»*, entre otras asociaciones. Participó también en el Comité de reformas del Código Civil italiano en 1978.

⁵ La traducción en castellano de esa conferencia, aparece en *La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, trad. de M. SPAGNA BERRO, Montevideo, t. 58, abril de 1962, núm. 4, pp. 85-99.

⁶ *Vid. Stanford Report*, enero de 2005, que realizaron L. M. FRIEDMAN y J. H. MERRYMAN; así como la necrología preparada por R. O. BERIZONCE, *op. cit.*

Su obra escrita (como autor o editor) comprende más de treinta libros y un importante número de artículos, ponencias, relatorías y ensayos menores, traducidos a varios idiomas. Dirigió importantes investigaciones de Derecho comparado desde el Instituto Universitario Europeo, que se conocen como *Proyectos Florentinos sobre Acceso a la Justicia*, entre las que destacan la realizada entre 1973-1979, relativa al estudio de la asistencia legal a los pobres e indigentes, que luego lo llevaron a publicar cuatro gruesos volúmenes en seis tomos, denominados *Access to Justice*, obra a la cual nos referiremos más adelante; y la que emprendió de 1979 a 1985, consistente en un monumental proyecto de coordinación denominado *Integration Through Law: Europe and the American Federal Experience*, investigación multidisciplinaria en la que participaron juristas, políticos, antropólogos, sociólogos y economistas de todo el mundo, publicándose seis voluminosos tomos entre los años 1986-1987⁷. Además, fue director de la sección de Derecho procesal civil de la *International Encyclopedia of Comparative Law*, a partir de 1966, volumen XVI.

No puede dejarse de mencionar en esta breve semblanza, que la obra de CAPPELLETTI siempre estuvo acompañada de una dimensión social como se ha señalado en la introducción de este ensayo. En esta dirección se advierten sus trascendentales trabajos sobre *Processo e ideologie*⁸; *Giustizia y società*⁹, traducido con posterioridad al español por S. SENTÍS MELENDO y T. A. BANZHAF, en una sola obra bajo la denominación de *Proceso, Ideologías y Sociedad*¹⁰; y especialmente su obra *Towards equal justice. A comparative study or legal aid in modern societies (Texts and Materials)*¹¹. Y por supuesto la dirección de los influyentes estudios multidisciplinarios sobre *Access to Justice*¹² (editados con B. GARTH, J. WEISNER y K.-F. KOCH), publicados en cuatro volúmenes en seis tomos, patrocinados por la Fundación Ford, cuya introducción con B. GARTH fueron traducidos a múltiples idiomas y en español aparecieron bajo el nombre de *Acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*¹³.

La preocupación de esta temática acompañó a CAPPELLETTI en el transcurso de sus publicaciones posteriores. Destaca especialmente la coordinación de la obra (junto con M. SECCOMBE y J. WEISNER) *Access to Justice and the Welfare State*¹⁴. Su preocupación social estuvo presente hasta su último libro *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee*¹⁵, publicado diez años antes de su lamentable partida y en la cual se advierten las tres dimensiones que siempre lo

⁷ Para la dimensión de esta magna obra, *vid.* la introducción del propio CAPPELLETTI, conjuntamente con M. SECCOMBE y J. H. H. WEILER, *Integration Through Law: Europe and the American Federal Experience. A general Introduction*, vol. I: *Methods. Tools and Institutions*, Book I: *A Political, Legal and Economic Overview*, Berlin-New York, 1986.

⁸ Bologna, Il Mulino, 1969.

⁹ Milano, Comunità, 1972.

¹⁰ Buenos Aires, EJEJA, 1974.

¹¹ Con la colaboración de J. FORDLEY y E. JOHNSON, Milano, Dobbs Ferry, New York, Giuffrè-Oceana, 1975.

¹² Alphen aan den Rijn/Milano, Sijthoff & Noordhoff/Giuffrè, 1978-1979.

¹³ Trad. de M. MIRANDA, México, Fondo de Cultura Económica, 1976; y luego en La Plata, Colegio de Abogados del Departamento Judicial de La Plata, trad. de S. Amaral, 1983, con un ligero cambio en el subtítulo: «El acceso a la justicia, movimiento mundial para la efectividad de los derechos».

¹⁴ Alphen aan den Rijn, Sijthoff, 1981.

¹⁵ *Op. cit.*

acompañaron y que nos referimos al inicio de este ensayo: *la dimensión constitucional; la dimensión social de la justicia; y la dimensión transnacional de la justicia*, cuestiones visionarias que CAPPELLETTI abordó de manera magistral y cuya primera preocupación será materia de análisis en el presente ensayo.

3. ENSEÑANZAS DE CAPPELLETTI EN MÉXICO

CAPPELLETTI fue un viajero incansable. Recorrió el mundo a través de los congresos y seminarios donde participó, con independencia de sus estancias periódicas en Alemania, Estados Unidos, Francia e Inglaterra. México fue uno de los países latinoamericanos que probablemente más visitó y ello se aprecia por sus múltiples seguidores, amigos y colegas que dejó, así como de la sustancial obra publicada en nuestro país.

Desde muy temprano en su vida académica el profesor de Derecho procesal civil de la Universidad de Macerata, visitó México en el año de 1960, con motivo del Primer Congreso Mexicano de Derecho Procesal¹⁶ y Segundas Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal¹⁷. Ambos eventos celebrados en la Biblioteca «Antonio Caso» de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, del 14 al 18 de febrero, por las mañanas el primero y por las tardes el segundo. Eventos académicos organizados por R. MOLINA PASQUEL, N. ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, F. FLORES GARCÍA y H. BRISEÑO SIERRA (presidente, vicepresidente, tesorero y secretario, respectivamente, del Instituto Mexicano de Derecho Procesal), así como de H. FIX-ZAMUDIO y G. DERBEZ MURO (socios numerarios del mismo Instituto) y de A. GELSI BIDART (secretario del Instituto Latino-Americano de Derecho Procesal, ahora Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal). Cabe destacar que en este evento se designó a N. ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO como primer presidente del Instituto Latino-Americano de Derecho Procesal (luego denominado Iberoamericano)¹⁸.

CAPPELLETTI participó en ambos eventos académicos. En el Congreso Mexicano en la I Mesa relativa al «Régimen procesal del amparo», junto con G. GARCÍA ROJAS, A. VÉLEZ MARICONDE (Argentina), A. SERRANO ROBLES y H. FIX-ZAMUDIO. En las Jornadas Latinoamericanas especialmente en la mesa «Situación y perspectiva de la oralidad en América». En las memorias del evento publicadas por la *Revista de la Facultad de Derecho de México* aparecen sus trabajos: «La justicia constitucional en Italia»¹⁹ y el «Valor actual del principio de oralidad»²⁰.

En su segundo viaje a México, los días 22 a 26 de febrero de 1965, impartió cinco conferencias magistrales en el Aula «Jacinto Pallares» de la Facultad de

¹⁶ Organizado por el Instituto Mexicano de Derecho Procesal, asociación creada en 1956 y cuyo primer presidente fue N. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO.

¹⁷ Las primeras Jornadas se realizaron en Montevideo en 1957, al año de fallecimiento de E. J. COUTURE y como homenaje a su memoria. Actualmente se denominan Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, auspiciadas por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Se celebran por lo general cada dos años. Las XX Jornadas se celebrarán en Málaga, España, en octubre de 2006.

¹⁸ La crónica de ambos eventos puede consultarse en la *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. X, enero-diciembre de 1960, núms. 37, 38, 39 y 40.

¹⁹ *Op. últ. cit.*, pp. 151-168.

²⁰ *Id.*, pp. 701-709.

Derecho de la UNAM con motivo de sus cursos de invierno, terminando con una mesa redonda denominada «Amparo y Casación», y en la que participaron, junto con el maestro italiano, I. MEDINA, H. BRICEÑO SIERRA, N. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, H. FIX-ZAMUDIO y L. CAPIN MARTÍNEZ.

Sus intervenciones en este evento se reunieron en una publicación que es ya clásica entre nosotros: *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el Derecho comparado*²¹, con prólogo de I. MEDINA y traducida por nuestros queridos maestros H. FIX-ZAMUDIO y C. GÓMEZ LARA.

Posteriormente, esta recopilación de ensayos fue complementada con otros trabajos en la publicación mexicana denominada *La justicia constitucional (Estudios de Derecho comparado)*²², con un importante prólogo de H. FIX-ZAMUDIO. Puede sostenerse que esta obra recoge en gran parte la esencia del pensamiento de CAPPELLETTI sobre el Derecho procesal constitucional. En los importantes ensayos reunidos se aprecia su genialidad en el agrupamiento del estudio sistemático de la jurisdicción constitucional en tres sectores: jurisdicción constitucional de la libertad, jurisdicción constitucional orgánica y jurisdicción constitucional transnacional, a que nos referiremos en un apartado especial de este ensayo. Asimismo, se refiere a problemas capitales como la necesidad y legitimación de la justicia constitucional, los poderes del juez constitucional y su actuación discrecional, la problemática relativa a los efectos de las sentencias en el control judicial de la constitucionalidad de leyes y su gran visión de lo que él denominó «justicia constitucional supranacional», es decir, la manera en que la jurisdicción de la libertad tiene una dimensión transnacional, comprendiendo una jurisdicción internacional para conocer de «aquellas formas especiales de recurso y de procedimiento jurisdiccional que tienen por objeto específico la protección judicial de los derechos fundamentales del hombre»; y desde un ensayo pionero el entonces profesor de la Universidad de Florencia ya presagiaba para el Continente Americano la creación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La ciudad de México lo recibe nuevamente, con motivo del V Congreso Internacional de Derecho Procesal, celebrado del 12 al 18 de marzo de 1972²³; y años más tarde con motivo de los cursos de invierno de la Facultad de Derecho de la UNAM en la última semana de noviembre de 1990. Las conferencias magistrales que impartió fueron reunidas en la obra *Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo (Cuatro estudios de Derecho comparado)*²⁴, obra que aparece publicada conjuntamente con el diverso libro *La justicia constitucional (Estudios de Derecho comparado)*²⁵.

Su última visita a México, y antes de que se manifestara su penosa enfermedad, se produce con motivo del XIII Congreso Mexicano²⁶ y XIII Jornadas

²¹ México, UNAM, 1966.

²² México, UNAM, 1987.

²³ La reseña a este Congreso Internacional fue realizada por S. OÑATE LABORDE y puede ser consultada en la *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, núm. 1 de 1972, pp. 239-259.

²⁴ Traducción de H. FIX FIERRO, México, Porrúa, 1993.

²⁵ México, Porrúa-Facultad de Derecho de la UNAM, 2007.

²⁶ *Id.* las ponencias presentadas en *XIII Congreso Mexicano de Derecho Procesal*, México, UNAM, 2003.

Iberoamericanas²⁷ de Derecho Procesal, celebradas en la ciudad de Cuernavaca, Morelos, del 9 al 12 de agosto de 1992. En esa ocasión presentó la ponencia «La protección de los intereses colectivos o difusos»²⁸, insistiendo en esta dimensión social de la justicia que tanto impulsó desde aquel trabajo pionero de 1975, sobre «La protection d'interêts collectifs et de groupe dans le proces civil (Métamorphoses de la Procédure civile)»²⁹.

Como puede apreciarse, la presencia de M. CAPPELLETTI en México no sólo fue física debido a sus múltiples visitas académicas, sino especialmente por las repercusiones de su penetrante obra publicada en nuestro país, a través de libros³⁰ y un número importante de ensayos³¹, enmarcados en la mejor corriente del procesalismo científico del siglo xx.

4. INFLUENCIA DE PIERO CALAMANDREI

El pensamiento y enseñanzas de P. CALAMANDREI influyeron en la manera en que M. CAPPELLETTI concibió el Derecho y su relación con la sociedad.

CALAMANDREI fue un defensor de la libertad y la justicia, como lo demuestra su apasionada vida. Combatió el régimen autoritario colaborando en el periódico clandestino *Non Mollare*, órgano del movimiento secreto antifascista «Italia Libre» y especialmente formando parte del grupo «Justicia y Libertad», que luego lo impulsó para formar parte de los fundadores del «Partido d'azione» (partido de combate)³².

²⁷ Las memorias del evento aparecen en *XIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, México, UNAM, 2003.

²⁸ *Op. ult. cit.*, pp. 245-258.

²⁹ Publicado en *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1975, pp. 571-597.

³⁰ En cuanto a libros publicados en México por la UNAM, por orden cronológico: *La jurisdicción constitucional de la libertad*, México, UNAM, trad. de H. FIX-ZAMUDIO, pról. de M. AZUELA, México, UNAM, 1961; *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el Derecho comparado*, trad. de H. FIX-ZAMUDIO y C. GÓMEZ LARA, México, UNAM, 1966; *La justicia constitucional (Estudios de Derecho comparado)*, prolog. de H. FIX-ZAMUDIO, México, UNAM, 1987; y *Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo (Cuatro estudios de Derecho comparado)*, trad. de H. FIX FIERRO, México, Porrúa, 1993; las dos últimas obras aparecen en un solo volumen, por la Editorial Porrúa y la Facultad de Derecho de la UNAM, en edición de 2007.

³¹ Los artículos y ensayos publicados en la UNAM, por orden cronológico: «Piero Calamandrei (Datos biográficos)» y «Piero Calamandrei y la defensa jurídica de la libertad», ambos traducidos por H. FIX-ZAMUDIO, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 24, octubre-diciembre de 1956, pp. 9-11 y 153-189, respectivamente; «Justicia constitucional en Italia» y «Valor actual del principio de oralidad», ambos en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núms. 37-40, enero-diciembre de 1960, pp. 151-168 y 701-709, respectivamente; «La protección de intereses colectivos y de grupo en el proceso civil (Metamorfosis del procedimiento civil)», en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núms. 105-106, enero-junio de 1977, pp. 73-102; «Formaciones sociales e intereses de grupo frente a la justicia civil», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n. s., año XI, núms. 31-32, enero-agosto de 1978, pp. 1-40; «Riconoscimento delle sentenze straniere e basi ideologiche della interpretazione giuridica», en *Estudios de Derecho procesal, en honor de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo*, México, UNAM, vol. I, 1978, pp. 131-142; «Justicia constitucional supranacional», trad. de L. DORANTES TAMAYO, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 110, mayo-agosto de 1978, pp. 337-366; «Acceso a la justicia. Programa de acción reformadora y nuevo método de pensamiento», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n. s., año XVI, núm. 48, septiembre-diciembre de 1983, pp. 797-814.

³² *Cfr.* M. CAPPELLETTI, «Piero Calamandrei (Datos biográficos)», en *Revista de la Facultad de Derecho de México, op. cit.*, p. 10.

Desde sus primeros años formativos en la Universidad de Florencia, CAPPELLETTI se impregnó de esos valores supremos de justicia y libertad enseñados por su maestro. En palabras del discípulo, «Piero Calamandrei fue procesalista porque fue amante de la libertad; fue gran procesalista, gran jurista, porque fue grande y vigoroso defensor de la libertad. Proceso significa para Calamandrei, tutela del Derecho del hombre; y el Derecho es entendido por él, como el manto protector de la libertad. Estas fueron las “tesis” que su obra de jurista estuvo dirigida a demostrar; y no solamente la obra del jurista, sino su vida entera, desde sus manifestaciones más íntimas, hasta sus actuaciones públicas y políticas. Sus enseñanzas se reflejan y se reflejarán en la vida pública de nuestro país, porque la suya fue una obra de coherencia, de pasión, de perseverancia y de talento, que no habrá podido y no puede sino fascinar a todos aquellos que sean amantes de la libertad, de esa libertad por él tan amada. Su obra lo ha situado al nivel de las más grandes figuras de la historia italiana de nuestro siglo; al lado de Benedetto Croce, para el cual la realidad misma es *historia de la libertad...*»³³.

Estas palabras del joven investigador CAPPELLETTI y aún promesa de jurista, las escribió el mismo año de la sensible pérdida de su maestro en 1956, publicadas en un número emblemático de la *Revista de la Facultad de Derecho de México* de ese año, dedicado en memoria de P. CALAMANDREI y E. J. COUTURE (que por azares del destino partieron con pocos meses de diferencia en ese año); y que luego reprodujera con ligeros cambios en 1957 en *In Memoria di Piero Calamandrei*³⁴, recopilando la obra escrita de su gran maestro florentino.

CALAMANDREI comprendió el acercamiento que debe existir del procesalismo científico al fenómeno constitucional. Los últimos años de la vida de CALAMANDREI los dedicó al Derecho constitucional. Incluso llegó a ser profesor de dicha materia después de la segunda guerra mundial. Tuvo un intenso paso por la vida pública, especialmente como constituyente formando parte de los trabajos preparatorios en la llamada «comisión de los setenta y cinco», influyendo notablemente en la Constitución italiana, promulgada el primero de enero de 1948. Se le atribuye a CALAMANDREI la configuración en el diseño del Poder Judicial y de la Corte Constitucional italiana.

El maestro florentino estudió a profundidad los sistemas de control constitucional, que lo llevaron a una clásica distinción de los dos sistemas tradicionales. El sistema «difuso» lo caracteriza como «incidental, especial y declarativo»; mientras que el sistema «concentrado», en contraposición, lo considera «principal, general y constitutivo»³⁵. Esta distinción, si bien sigue siendo útil, debe ser matizada por la aproximación y mixtura de ambos sistemas reflejados en la variada experiencia a nivel mundial³⁶, europea³⁷ y especialmente en Latino-

³³ «Piero Calamandrei y la defensa jurídica de la libertad», en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, *op. cit.*, p. 153.

³⁴ Padua, Cedam, 1957, 94 pp., especialmente, «Piero Calamandrei e la difesa giuridica della libertà», pp. 44-78.

³⁵ Cfr. P. CALAMANDREI, *La illegittimità costituzionale delle leggi*, Padua, CEDAM, 1950, pp. 5 y ss.; existe traducción por S. SENTÍS MELENDO, «La ilegitimidad constitucional de las leyes en el proceso civil», en sus ensayos reunidos *Instituciones de Derecho procesal civil (Estudios sobre el proceso civil)*, Buenos Aires, El Foro, 1996, vol. III, pp. 21 y ss.

³⁶ *Vid.*, entre otros, los estudios comparativos de H. FIX-ZAMUDIO, *Los Tribunales Constitucionales y los derechos humanos*, México, Porrúa, 1985; L. FAVOREU, *Les Cours constitutionnelles*, Paris,

(Véase nota 37 en página siguiente)

américa³⁸. En todo caso, cualquier análisis tipológico que se quiera emprender, por lo menos, tiene que considerar como punto de partida aquella clasificación. Recientemente F. FERNÁNDEZ SEGADO, partiendo de la caracterización propuesta por CALAMANDREI, explica la «obsolescencia de la clásica polaridad» entre los sistemas americano y europeo. Sostiene el destacado constitucionalista español y profundo estudioso de la justicia constitucional, sobre la relatividad contemporánea de las caracterizaciones a que aludía CALAMANDREI y especialmente por la función creativa que han adoptado los Tribunales Constitucionales europeos, que los convierten en «legisladores positivos» alejándose de la concepción original kelseniana. Es por ello que afirma: «La progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano», precisamente el subtítulo de su reciente obra *La justicia constitucional ante el siglo XXI*³⁹.

De esta forma el discípulo aprendió no sólo los valores supremos que en vida y pensamiento transmitió su maestro, sino también aspectos técnicos de comparación jurídica y especialmente aplicados en la compleja temática del Derecho procesal constitucional. Como sucede en no pocas ocasiones, el discípulo superó al maestro. CAPPELLETTI desarrolló aspectos que CALAMANDREI sólo dibujó, como veremos en los epígrafes siguientes. De manera paralela, en México, sucedió algo similar con las enseñanzas de N. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO con su discípulo H. FIX-ZAMUDIO.

Así CALAMANDREI y ALCALÁ-ZAMORA dejaron fundamentos importantes de lo que hoy se conoce en Europa como justicia constitucional y en Latinoamérica como Derecho procesal constitucional. El primero por haber participado en el diseño de la nueva Constitución italiana de 1948 que introdujera una *Corte Costituzionale*, además de sus ensayos que acercaban al proceso con la Constitución⁴⁰; el segundo, dejando en claro la existencia científica de una nueva

PUF, 1986; M. FROMONT, *La justice constitutionnelle dans le monde*, Paris, Dalloz, 1996; L. PEGORARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*, Torino, Giappichelli, 1998; y F. FERNÁNDEZ SEGADO, *La giustizia costituzionale nel XXI secolo. Il progressivo avvicinamento dei sistema americano ed europeo-kelseniano*, CCSDD, Bologna, Bonomo, 2003.

³⁷ Cfr., entre otros, P. CRUZ VILLALÓN, *La formación del sistema europeo de control de constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987; D. ROUSSEAU, *La justice constitutionnelle en Europe*, 3.^a ed., Paris, Montchrestein, 1998; y J. J. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, Madrid, Tecnos, 2002.

³⁸ Cfr., entre otros, AAVV, *Una mirada a los Tribunales Constitucionales. Las experiencias recientes*, Lima, Ed. Comisión Andina de Juristas, Perú, KAS, 1995; D. GARCÍA BELAÜNDE y F. FERNÁNDEZ SEGADO (coords.), *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1997; F. EGUIGUREN PRAELI, *Los Tribunales Constitucionales en Latinoamérica: una visión comparativa*, Buenos Aires, CIEDLA, Fundación Konrad Adenauer, 2000; E. FERRER MAC-GREGOR, *Los Tribunales Constitucionales en Iberoamérica*, México, Fundap, 2002; N. P. SAGÜES, *El sistema de derechos, magistratura y procesos constitucionales en América Latina*, Biblioteca Porrúa de DPC, núm. 1, México, Porrúa-IMDPC, 2004, y H. NOGUEIRA ALCALÁ, *La jurisdicción constitucional y los Tribunales Constitucionales de Sudamérica en la alborada del siglo XXI*, Biblioteca Porrúa de DPC, núm. 2, México, Porrúa-IMDPC, 2004.

³⁹ Cfr. F. FERNÁNDEZ SEGADO, *La justicia constitucional ante el siglo XXI: La progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*, presentación H. FIX-ZAMUDIO, México, UNAM, 2004, especialmente *vid.* el capítulo III, pp. 25-58. Existe versión italiana, *La giustizia costituzionale nel XXI secolo. Il progressivo avvicinamento dei sistema americano ed europeo-kelseniano*, *op. cit.*

⁴⁰ Sobre la aportación de CALAMANDREI a esta rama científica, *vid.* el primer trabajo publicado por H. FIX-ZAMUDIO, «La aportación de Piero Calamandrei al Derecho procesal constitucional», en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, *op. cit.*, pp. 191 y ss.; así como los trabajos de CALAMAN-

rama procesal vinculada a la constitución y bautizada por él mismo como Derecho procesal constitucional⁴¹.

Sin embargo, son sus discípulos CAPPELLETTI y FIX-ZAMUDIO quienes dan fruto de aquella semilla plantada en tierra fértil por sus grandes maestros. Desde muy temprano en sus vidas académicas se conocieron y de la mano fueron construyeron desde Italia y México las bases científicas del Derecho procesal constitucional a la luz de la utilización del método comparativo. Ambos, directores de importantes Institutos de Derecho comparado: el Instituto de Derecho Comparado de la Universidad de Florencia y el Instituto de Derecho Comparado (hoy Instituto de Investigaciones Jurídicas) de la Universidad Nacional Autónoma de México. Procesalistas que a través del cultivo del Derecho constitucional y del Derecho comparado, inauguraron la corriente de lo que hoy podemos denominar *Derecho Procesal Constitucional Comparado*. Su relación personal y académica fue siempre estrecha y de admiración mutua, como se evidencia en uno de los mejores libros sobre esta materia de FIX-ZAMUDIO: *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional (1940-1965)*⁴² (preparado en ocasión de los veinticinco años del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM), cuya dedicatoria expresa: «A Mauro Cappelletti, luchador infatigable por la defensa jurídica de la libertad».

En otro lugar nos ocupamos de la aportación de FIX-ZAMUDIO al Derecho procesal constitucional⁴³. Ahora analizaremos brevemente la propuesta metodológica para el análisis comparativo de CAPPELLETTI, que utilizó en toda su obra, para luego entrar al análisis de sus aportaciones comparativas a la justicia constitucional.

5. DERECHO COMPARADO

La obra de CAPPELLETTI está sellada con la utilización del método histórico comparativo. Así se advierte desde sus primeras publicaciones y a lo largo de

DREI, *L'illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile. Con una lettera dedicatoria al prof. Enrico Redenti*, Padua, Cedam, 1950; «La Corte costituzionale e il processo civile», en *Studi giuridici in onore di Antonio Scialoja*, I, Milano, Giuffrè, 1951; «Corte Costituzionale e Autorità giudiziaria», en *Revista di diritto processuale*, I, 1956, pp. 7-55 (existe traducción de FIX-ZAMUDIO, «Corte Constitucional y autoridad judicial», en *Boletín de Información Judicial*, año XI, núms. 110-111, México, octubre-noviembre de 1956).

⁴¹ ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO así lo dejó ver en su obra *Ensayos de Derecho procesal civil, penal y constitucional*, Buenos Aires, Edición de la Revista de Jurisprudencia Argentina, 1944, y especialmente en su obra *Proceso, autocomposición y autodefensa. Contribución al estudio de los fines del proceso*, México, 1947; y años después en su libro *La protección procesal internacional de los derechos humanos*, Madrid, Civitas, 1975, p. 49; además, *vid.* también sus trabajos: «Significado y funciones del Tribunal de Garantías Constitucionales», Madrid, 1933; «El Derecho procesal en España, desde el advenimiento de la República al comienzo de la guerra civil», en *Ensayos de Derecho procesal civil, penal y constitucional, op. cit.*, publicado originalmente en italiano en la *Revista di Diritto Processuale Civile*, núm. 2, 1938, pp. 138-175.

⁴² México, UNAM, 1968.

⁴³ *Cfr.* E. FERRER MAC-GREGOR, «Aportaciones de Héctor Fix-Zamudio al Derecho procesal constitucional», en J. VEGA GÓMEZ y E. CORZO SOSA (coords.), *Instrumentos de tutela y justicia constitucional. Memoria del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 2002, pp. 187-210.

toda su obra escrita⁴⁴. En general, la importancia creciente del Derecho comparado en los estudios jurídicos según el profesor italiano, se debe a cuatro razones fundamentales: *a)* al aumento extraordinario de los intercambios económicos, culturales y personales entre las naciones y el consiguiente incremento de las relaciones jurídicas a nivel transnacional; *b)* la naturaleza transnacional de fenómenos relevantes, como la contaminación, relaciones en empresas transnacionales, asentamientos urbanos, comunicaciones, etc.; *c)* la afirmación de ciertos valores, especialmente los derechos humanos, lo que abre una dimensión transnacional e internacional del fenómeno, y *d)* la creación de organizaciones políticas y económicas multinacionales, como la Comunidad Europea, etcétera⁴⁵.

El Derecho comparado lo consideró esencialmente como un método y no propiamente como un Derecho a comparar⁴⁶. Propuso seis etapas o momentos en el análisis comparativo, a saber: 1) el *tertium comparationis*, la ubicación de la necesidad o problema social real que comparar; 2) las soluciones jurídicas que los países han aportado para resolver el conflicto; 3) las razones explicativas (históricas, sociológicas, éticas, etc.) de las analogías y especialmente las diferencias de las soluciones adoptadas a un mismo problema; 4) advertir las tendencias evolutivas, que pueden ser convergentes o divergentes; 5) la valoración de las soluciones adoptadas en cuanto a la eficacia o ineficacia para resolver la problemática inicial, y 6) la predicción de desarrollos futuros, de tal suerte que el comparatista se convierte en un «profeta científico», en la medida que puede evidenciar tendencias evolutivas a la luz de su valoración de los datos empíricos concernientes a su eficacia en la solución de los problemas⁴⁷.

A esta propuesta metodológica del análisis comparativo, añadía CAPPELLETTI sus principales finalidades, partiendo de la base que «teoría» y «práctica» van de la mano, de tal suerte que estimó impropia cualquier teoría que no se basara en datos y fenómenos reales y del mismo modo, pésima la práctica que careciera de un soporte teórico. Con esta idea general, señaló las finalidades prácticas y teóricas del análisis comparativo. Las primeras como instrumentos útiles y necesarios en la práctica jurídica internacional, y para la elaboración de proyectos de reforma jurídica. En el plano teórico, como instrumento de conocimiento puro, en la medida en que todo conocimiento es comparación, y especialmente cuando se utiliza para el diseño de ideas, filosofías político-sociales, ideologías, como por ejemplo, la idea de democracia, división de poderes, etc., a manera de un «laboratorio teórico» de un fundamento empírico concreto⁴⁸.

⁴⁴ Cfr., entre otros, M. CAPPELLETTI y A. PIZZORUSSO, *L'influenza del diritto europeo sul diritto italiano*, Milano, Giuffrè, 1982; M. CAPPELLETTI, «Il villaggio e il mondo: riflessioni di un trentino emigrato nel diritto comparato», en *Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1987, pp. 745 y ss.

⁴⁵ Particularmente *vid.* el primer seminario impartido en la Facultad de Derecho de la UNAM a finales de noviembre de 1990: «El Derecho comparado: método y finalidades (una propuesta metodológica)» y que se publicó junto con las demás seminarios y conferencias impartidas en la obra *Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo. Cuatro estudios de Derecho comparado*, trad. de H. FIX FIERRO, México, Porrúa, 1993.

⁴⁶ Salvo algunas excepciones en donde consideró al Derecho comparado como verdadera «fuente del derecho». Cfr. *ibid.*

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ *Ibid.*

El método comparativo lo utilizó como sistema de estudio, en sus penetrantes trabajos sobre Derecho procesal civil ⁴⁹; y en general en los múltiples tópicos que abordó: acceso a la justicia, protección de intereses difusos y colectivos, defensa de los consumidores, medios alternativos de solución de controversias. Particularmente utilizó el método comparativo para el estudio de la justicia constitucional como veremos a continuación.

Una antología interesante sobre aspectos judiciales múltiples de su obra comparativa aparece en 1988: *The Judicial Process in Comparative Perspective* ⁵⁰, en la cual se recogen ensayos publicados entre los años 1970 a 1988 y que fueron seleccionados por el propio CAPPELLETTI. Varios de estos estudios se refieren al Derecho procesal constitucional comparado.

6. MÉTODO COMPARATIVO Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Desde muy temprano CAPPELLETTI siguió el interés por la justicia constitucional, influenciado por su maestro CALAMANDREI, al haber publicado a los veintiocho años y siendo todavía profesor asistente en la Universidad de Florencia, una excepcional obra de corte comparativo: *La giurisdizione costituzionale delle libertà: primo studio sul ricorso costituzionale (con particolare riguardo agli ordinamenti tedesco, svizzero e austriaco)* ⁵¹.

Esta obra tuvo una importante repercusión a nivel mundial en los años subsiguientes y constituye una aportación significativa y novedosa si se tiene en cuenta que aparece cuando se inicia la tendencia de la creación de las cortes constitucionales europeas. Especialmente al restablecerse la Corte Constitucional de Austria (1945) y con la creación de la italiana (1948) y alemana (1949), con un marcado énfasis en la necesidad de consolidar los instrumentos de protección de los derechos fundamentales. En sus conclusiones CAPPELLETTI asevera que la *Verfassungsschwerde* que estudia en varios países constituye, siguiendo a LECHNER, el «coronamiento del Estado de Derecho», ya que no sólo constituye un medio capaz de hacer efectivos los «derechos fundamentales», sino esencialmente un eficaz instrumento de equilibrio de los poderes, toda vez que el individuo puede convertirse en moderador de toda función pública. Por virtud de ese recurso se abre la posibilidad al individuo de convertirse en factor activo de la vida del Derecho y del Estado, a través del mismo acto en el cual defiende sus intereses supremos, es decir, su libertad. Este recurso constitucional constituye, dice CAPPELLETTI, «la posibilidad del individuo para poseer un instrumento de defensa contra la opresión de lo que le es sagrado». En el último párrafo de su estudio, con emoción y esperanza, resume el descubrimiento que representó la queja constitucional: «Tengo confianza que ahora, cuando nuestra institución se haya impuesto definitivamente, se reconocerá en ella, con seguridad, un medio para que la Constitución sea llevada al pueblo, al hombre, y para sustraerla de

⁴⁹ Vid., entre muchas otras, M. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità: contributo alla teoria Della utilizzazione predatoria del sapere delle parti nel processo civile*, 2 vols., Milano, Giuffrè, 1959; *El valor de las sentencias y de las normas extranjeras en el proceso civil*, traducción al español por S. SENTÍS MELENDO, Buenos Aires, EJEA, 1968.

⁵⁰ Edición con la colaboración de P. J. KOLLMER y J. M. OLSON, prólogo de Sir Jack Jacob, prefacio por el propio M. CAPPELLETTI, Oxford, Clarendon Press, 1988, 417 pp.

⁵¹ *Quaderni dell'associazione fra gli studiosi del processo civile*, VII, *op. cit.*..

aquella suerte de irónico olvido que es el destino de las leyes que no se aplican; un método para dar al individuo el conocimiento de que todas las abstracciones —el Estado, la ley, el Derecho y los derechos— existen, para él, no por sí mismos, y que sólo en él existe la fuerza de despertarlas a la vida, por así decirlo, al hacerlas vivir con su propia vida del hombre; el medio, en fin de transformar a través del proceso, también en relación con los derechos supremos, “la lite violenta en la lite jurídica”, el Derecho de rebelión en el Derecho de acción».

Obra pionera que podemos considerar el parteaguas del Derecho procesal constitucional comparado. Fue traducida al español seis años después en México, por H. FIX-ZAMUDIO bajo el título de *La Jurisdicción constitucional de la Libertad. Con referencia a los ordenamientos alemán, suizo y austriaco*⁵². FIX-ZAMUDIO, deliberadamente y con autorización del propio CAPPELLETTI, cambia la expresión original del título referida a «las libertades» por la connotación «la libertad», para dar mayor amplitud y alcance a su significado, terminología esta última difundida en los años siguientes y que se sigue utilizando a comienzos del siglo XXI⁵³. Esta publicación debe considerarse como la obra inaugural sobre el estudio sistemático comparativo de los instrumentos procesales dirigidos a la protección de los derechos y libertades fundamentales desde su concepción científica, y especialmente la edición mexicana de 1961, al aparecer además como apéndice (más extenso que el propio libro de CAPPELLETTI), un *Estudio sobre la jurisdicción constitucional mexicana*, que constituye una ampliación y actualización de la tesis que para obtener el grado de licenciado en Derecho elaborara FIX-ZAMUDIO en 1955⁵⁴, y defendiera de manera sobresaliente en enero de 1956, trabajo dirigido por su maestro N. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, que si bien se dirige a una exposición sistemática de las instituciones mexicanas, ha servido como punto de partida para sus futuras reflexiones sobre el Derecho procesal constitucional como fenómeno científico.

Dos años después aparece su magistral obra *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*⁵⁵ en 1952, año en que inicia su labor docente como profesor de Derecho procesal civil en la Universidad de Macerata y que continuará con posterioridad en la Universidad de Florencia. En esta obra se acerca el análisis del tradicional proceso civil con una perspectiva constitucional.

La preocupación por el estudio de los procesos constitucionales se aprecia con claridad desde sus primeros años de investigación, como se advierte cuando redactó la voz «Amparo» que aparece en 1958 en la *Enciclopedia del Diritto*⁵⁶, y que fue traducida al castellano en ese mismo año en el *Boletín del Instituto de Derecho Comparado* en México⁵⁷.

⁵² México, UNAM, 1961.

⁵³ *Vid.*, por ejemplo, el magnífico libro de corte comparativo de J. BRAGE CAMAZANO, *La jurisdicción constitucional de la libertad (Teoría general, Argentina, México, Corte Interamericana de Derechos Humanos)*, prólogo de H. FIX-ZAMUDIO, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, núm. 4, México, Porrúa, 2005.

⁵⁴ *La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana: un estudio procesal del amparo*, México, 1955.

⁵⁵ Milano, Giuffrè, 1957.

⁵⁶ Editada por Dott. Antonino Giuffrè, t. I, 1958.

⁵⁷ «Voz Amparo», trad. de H. FIX-ZAMUDIO en *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, año XI, septiembre-diciembre de 1958, núm. 33, pp. 63-66.

En 1960 aparece su artículo «La justicia constitucional en Italia» en las Memorias del I Congreso Mexicano de Derecho Procesal y II Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal, a las que ya nos hemos referido con anterioridad⁵⁸. Y también en México, derivado de las conferencias que impartió en su viaje a nuestro país en 1965, aparece la publicación *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el Derecho comparado*⁵⁹. Una versión sintética y reelaborada apareció en Estados Unidos por el propio CAPPELLETTI (junto con J. CLARKE ADAMS) con el nombre de «Judicial Review of Legislation: European Antecedents and Adaptation»⁶⁰; y dos años después en Italia bajo el título *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*⁶¹. Obra muy importante en la difusión del pensamiento de CAPPELLETTI a nivel mundial, al haber sido traducida al alemán, inglés, español y japonés.

A iniciativa de H. FIX-ZAMUDIO, esta última obra fue enriquecida con otros trabajos en la publicación mexicana de 1987 denominada *La justicia constitucional (Estudios de Derecho comparado)*⁶², con prólogo del propio FIX-ZAMUDIO, y que próximamente aparecerá en una nueva edición, publicada conjuntamente con la diversa obra *Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo*⁶³, en un solo libro⁶⁴. Se recopilan los estudios más importantes de su pensamiento sobre el Derecho procesal constitucional a la luz del Derecho comparado. Puede sostenerse, sin exageración, que la obra en mención representa uno de los libros más influyentes para la disciplina científica que estudia el fenómeno del proceso y la magistratura constitucionales. Sus aportaciones siguen teniendo vigencia y actualidad en los inicios del siglo XXI. Para una mayor claridad de las contribuciones de CAPPELLETTI a la materia, en los siguientes epígrafes nos referiremos a los temas más importantes, teniendo en cuenta los siete apartados en que se divide la obra en mención, que en realidad constituye la síntesis de su pensamiento sobre el Derecho procesal constitucional.

La significativa labor comparatista de la jurisdicción constitucional se vio cristalizada con la extraordinaria obra *Judicial Review in the Contemporary World*⁶⁵, traducida a varios idiomas.

7. SECTORES DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

M. CAPPELLETTI se refería a la justicia o jurisdicción constitucional, como «un fenómeno que hemos visto haberse ido extendiendo de manera impresionante en el mundo contemporáneo, se expresa en verdad en lo que ciertamente es uno de los más fascinantes entre las instituciones jurídicas que jamás han sido inven-

⁵⁸ La crónica de ambos eventos, puede consultarse en la *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. X, *op. cit.*

⁵⁹ Traducción de C. GÓMEZ LARA y H. FIX-ZAMUDIO, prólogo de I. MEDINA, *op. cit.*

⁶⁰ *Harvard Law Review*, Bobbs-Merrill, vol. 79, abril de 1966, núm. 6, pp. 1207-1224.

⁶¹ Milano, Giuffrè, 1968, con múltiples reimpresiones posteriores.

⁶² México, UNAM, 1987.

⁶³ Traducción de H. FIX FIERRO, *op. cit.*

⁶⁴ M. CAPPELLETTI, *Obras: La justicia constitucional y dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo*, México, Porrúa-Facultad de Derecho de la UNAM, 2007.

⁶⁵ Indianapolis-Kansas City-New York, Bobbs-Merrill, 1971.

tadas por el ingenio del hombre, y ciertamente uno de los más significativos de la época en la que vivimos»⁶⁶.

Dentro de este marco, una de las preocupaciones y predilecciones de M. CAPPELLETTI fue particularmente el estudio de las garantías jurisdiccionales de la libertad, entendidas como aquellos instrumentos jurídicos tendentes a la protección o restauración de los derechos fundamentales. En su primera obra de 1955 a que nos hemos referido en varias ocasiones y aparecida en México con el nombre de *La jurisdicción constitucional de la libertad*⁶⁷, externa la razón de ser de su primer estudio sistemático de estas garantías: poner de manifiesto la tendencia contemporánea de introducir mecanismos específicos de protección a los derechos y libertades fundamentales, como una propuesta para su incorporación en su natal Italia⁶⁸.

CAPPELLETTI abordó el tema de la jurisdicción constitucional de la libertad en una doble dimensión. Por una parte, en sus múltiples estudios comparativos analizó los instrumentos de protección de los «derechos de libertad» en el ámbito nacional de los Estados; y por la otra, como una manifestación supranacional o transnacional del fenómeno, se hizo cargo del estudio de las jurisdicciones internacionales que paulatinamente se fueron consolidando para proteger los derechos humanos previstos en determinados instrumentos internacionales, especialmente ante el desarrollo del Derecho comunitario y la consolidación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en Estrasburgo⁶⁹. Esta última preocupación fue muy novedosa al sentar bases para el estudio del Derecho procesal transnacional⁷⁰.

La expresión sobre la «jurisdicción constitucional de la libertad» acuñada por CAPPELLETTI, ha sido acogida desde hace tiempo por un sector importante de la doctrina constitucional, como por ejemplo, FIX-ZAMUDIO⁷¹, CASCAJO CASTRO⁷² y de manera reciente por BRAGE CAMAZANO⁷³. Fue el primero de los juristas, sin embargo, el que contribuyó a su consagración y divulgación. No sólo por haber traducido al castellano aquella clásica obra con una connotación más amplia que en el texto original, como ya quedó referido, sino particularmente al haberlo

⁶⁶ CAPPELLETTI, *La justicia constitucional*, op. cit., p. 110.

⁶⁷ Op. cit.

⁶⁸ Vid., especialmente, el primer apartado de la introducción al referido estudio, pp. 1-14.

⁶⁹ Cfr. su obra *Proceso, ideología, sociedad*, op. cit., especialmente la «Parte Segunda: La dimensión supranacional y constitucional», pp. 295 y ss.; así como sus ensayos «Justicia constitucional supranacional», trad. de L. DORANTES TAMAYO, op. cit.; «El Tribunal Constitucional en el sistema político italiano: sus relaciones con el ordenamiento comunitario europeo», trad. de J. RODRÍGUEZ-ZAPATA, op. cit.

⁷⁰ Sobre el Derecho procesal transnacional, vid. la ponencia general presentada por H. FIX-ZAMUDIO en el V Congreso Internacional de Derecho Procesal (Taormina, septiembre de 1995).

⁷¹ Vid., entre otros, *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, México, Porrúa-UNAM, 2005, especialmente párrafo 184: «A) Jurisdicción constitucional de la libertad», pp. 79 y ss.; y *Derecho constitucional mexicano y comparado* (con S. VALENCIA CARMONA), México, Porrúa-UNAM, 1999 (con varias ediciones posteriores), pp. 203 y ss.

⁷² Cfr. «La jurisdicción constitucional de la libertad», en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 199, 1975, pp. 149-198.

⁷³ Cfr. J. BRAGE CAMAZANO, *La jurisdicción constitucional de la libertad (Teoría general, Argentina, México, Corte Interamericana de Derechos Humanos)*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, núm. 4, op. cit.

considerado como uno de los sectores de estudio de la nueva corriente científica denominada «Derecho Procesal Constitucional»⁷⁴.

Efectivamente, se debe al investigador emérito del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM la sistematización de esta disciplina en tres sectores, partiendo de la concepción de CAPPELETTI y desarrollando sus contenidos. Para FIX-ZAMUDIO la materia de estudio del Derecho procesal constitucional comprende el análisis de estas tres vertientes: la jurisdicción constitucional de la libertad, la jurisdicción constitucional orgánica y la jurisdicción constitucional transnacional.

La «jurisdicción constitucional de la libertad» se integra por «el conjunto de instrumentos jurídicos y predominantemente procesales dirigidos a la tutela de las normas constitucionales que consagran los derechos fundamentales de la persona humana en sus dimensiones individual y social»⁷⁵. Para el estudio del primer sector, el jurista mexicano adopta la clasificación de los instrumentos de protección de los derechos humanos de acuerdo a las regiones donde se originaron: *a*) sistema anglosajón (*habeas corpus, judicial review of legislation*); *b*) medios peculiares en los ordenamientos iberoamericanos (especialmente el derecho de amparo)⁷⁶; *c*) la de los Tribunales Constitucionales de Europa continental (recurso de constitucionalidad —*Beschwerde*— o queja constitucional —*Verfassungsbeschwerde*— en Alemania, o el recurso o queja de Derecho público suizo —*Staatsrechtliche Beschwerde*—); *d*) los instrumentos de protección de los ordenamientos socialistas (Fiscalía o *Prokuratura*), y *e*) el *Ombudsman* de tipo escandinavo (*Médiateur, Volksamtwaltschaft, Difensore Civico, Defensor del Pueblo* o Comisiones de los Derechos Humanos).

El sector de la «jurisdicción constitucional orgánica» está «dirigida a la protección directa de las disposiciones y principios constitucionales que consagran las atribuciones y competencias de los distintos órganos de gobierno, y en este sector podemos señalar la revisión judicial de la constitucionalidad de las disposiciones legislativas, en especial el calificado como control abstracto de las propias normas generales (*abstrakte Normenkontrolle*), el cual puede resolver las controversias entre los diversos órganos del gobierno sobre el alcance de sus facultades para realizar actos y, en particular, para expedir disposiciones legislativas». La vertiente del control judicial de la constitucionalidad de las leyes fue ampliamente estudiada por CAPPELETTI en su obra dedicada a la materia, desde sus remotos precedentes, hasta el surgimiento contemporáneo en Estados Unidos y sus diferencias con el desarrollo impresionante a partir del modelo original de Austria, su desenvolvimiento en Italia y Alemania, hasta su expansión europea, como pasaremos a ver en el siguiente epígrafe.

⁷⁴ En cuanto al desarrollo impresionante que ha adquirido esta materia como disciplina jurídica autónoma, remitimos a los múltiples autores que aparecen en la obra colectiva, E. FERRER MAC-GREGOR (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 5.^a ed., México, Porrúa, 2006, 4 tomos.

⁷⁵ H. FIX-ZAMUDIO, *Derecho constitucional mexicano y comparado* (con S. VALENCIA CARMONA), *op. cit.*, p. 204.

⁷⁶ El derecho de amparo, en su concepción de garantía constitucional contemporánea, tuvo su origen en México en la Constitución del Estado de Yucatán de 1841 y luego de su incorporación a nivel federal en 1847 y con la Constitución federal de 1857, se fue expandiendo progresivamente. Para un panorama actual del amparo a nivel mundial; *vid.* H. FIX-ZAMUDIO y E. FERRER MAC-GREGOR (coords.), *El derecho de amparo en el mundo*, México, Porrúa-Konrad Adenauer, 2005.

La «jurisdicción constitucional transnacional» se dirige a la aplicación de los instrumentos internacionales, ya sea en el nivel interno de los Estados o bien en su dimensión internacional o transnacional, derivada de las jurisdicciones creadas para tales fines. Esto ha originado «conflictos entre la aplicación de las disposiciones constitucionales y las que pertenecen al campo transnacional, algunas de las cuales forman parte directa o por medio de mecanismos de incorporación, del orden jurídico interno»⁷⁷. En realidad este sector se traduce en una dimensión transnacional de la «jurisdicción constitucional de la libertad» y cobra especial importancia en materia de los sistemas regionales de protección de los derechos humanos (europeo, interamericano y africano), lo que ha propiciado que se caracterice como un «Amparo Internacional»⁷⁸. CAPPELLETTI analizó con detenimiento este fenómeno, no sólo por lo que hace a la Corte de Estrasburgo, que aplica una especie de *Bill of Rights* supranacional contenido en la Convención de Roma, sino también la función que desempeña la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas, con sede en Luxemburgo, al actuar como órgano único y concentrado, con resoluciones con eficacia definitiva y unificadora, realizando una interpretación del Derecho comunitario considerado como *lex superior*, encargado del control de la validez comunitaria de las leyes a través de un control disperso o difuso denominado «prejudicialidad comunitaria»⁷⁹.

A la clasificación anterior de CAPPELLETTI y ampliamente desarrollada en los últimos cincuenta años por FIX-ZAMUDIO, propongo un cuarto sector que denomino «Derecho procesal constitucional local»⁸⁰. Este sector comprende el estudio de los distintos instrumentos encaminados a proteger ya no a las constituciones federales o nacionales, sino a los ordenamientos, constituciones o estatutos de los Estados, provincias o comunidades autónomas. Sector que tiene especialmente relevancia en los sistemas federales que han incorporado instrumentos de protección estaduales, como en Argentina, Alemania y recientemente en México, que a partir del año 2000 se advierte como claramente esta tendencia, creándose en algunas entidades federativas «Salas Constitucionales» (Veracruz, Quintana Roo y Estado de México) o incluso recientemente un Tribunal Constitucional estadual (Chiapas)⁸¹.

Cabe destacar, como lo advierte FIX-ZAMUDIO, que la clasificación anterior sólo obedece a su estudio conceptual, ya que en la *praxis* aparecen confundidos estos sectores, como por ejemplo el Consejo Constitucional francés, que ha evolucionado como una jurisdicción constitucional de la libertad, no obstante su carácter original de instrumento de protección directa para el examen de la constitucionalidad de las leyes previa a su publicación.

⁷⁷ H. FIX-ZAMUDIO, *Derecho constitucional mexicano y comparado* (con S. VALENCIA CARMONA), *op. cit.*, p. 212.

⁷⁸ *Vid.* el «Capítulo cuarto», denominado «Amparo internacional», de la obra H. FIX-ZAMUDIO y E. FERRER MAC-GREGOR (coords.), *El derecho de amparo en el mundo*, *op. cit.*, pp. 945-1220.

⁷⁹ *Cfr.* M. CAPPELLETTI, *La justicia constitucional supranacional*, *op. cit.*

⁸⁰ E. FERRER MAC-GREGOR, *Los Tribunales Constitucionales en Iberoamérica*, *op. cit.*, pp. 53-54; y nuestro trabajo: «Hacia un Derecho procesal constitucional local en México», en *Anuario Latinoamericano de Derecho Constitucional*, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, 2003, pp. 229-245.

⁸¹ Para una panorámica actual del desarrollo del Derecho procesal constitucional local, *vid.* M. GONZÁLEZ OROPEZA y E. FERRER MAC-GREGOR (coords.), *La justicia constitucional en las entidades federativas*, México, Porrúa, 2006.

8. EL CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES

Los diversos trabajos de CAPPELLETTI sobre el tópico en cuestión fueron motivo de las conferencias que impartió en México en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México en 1965. Como hemos mencionado con antelación, quedaron reunidas al año siguiente en el volumen *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el Derecho comparado*⁸². Una versión sintética aparece en los Estados Unidos en ese mismo año⁸³ y luego ampliada en Italia en 1968⁸⁴. Esta última versión se publica en México en 1987 en un colectivo sobre *La justicia constitucional*⁸⁵ y aparecerá próximamente una nueva edición en 2007⁸⁶. En estos volúmenes se concentran sus estudios sobre el control judicial de la constitucionalidad de las leyes y a continuación reseñamos sus aportaciones fundamentales.

A) Control judicial y control político

En primer lugar, CAPPELLETTI encuadra la institución del control judicial de las leyes dentro del Derecho procesal constitucional (o como prefiere denominarlo «justicia constitucional») y cómo se distingue de fenómenos coligados, afines o contrapuestos a esta figura. Así la distingue del juicio de amparo mexicano, que si bien funciona como «amparo contra leyes», asevera el profesor italiano y siguiendo los trabajos de FIX-ZAMUDIO, que lo cierto es que el núcleo originario de la institución es el «amparo como garantía de los derechos de la libertad». También distingue la institución de estudio con otras manifestaciones como el control sobre la legitimidad constitucional de los partidos políticos que conoce el Tribunal Constitucional Federal alemán o los juicios sobre los «conflictos de atribución» que conoce la Corte Constitucional italiana.

Delimitado el objeto de estudio, CAPPELLETTI analiza de manera profunda la manera en que surgen los controles de constitucionalidad de las leyes, así como su desarrollo y adaptación en los países americanos y europeos. De esta forma puede advertir aquellos sistemas que adoptan el control judicial y los que siguen el control político, desde Francia hasta los realizados por los antiguos países socialistas. Es curioso observar el detallado estudio comparativo que realiza, entrando incluso al análisis del control constitucional y legal, como la función original y evolutiva de la *Cour de Cassation*⁸⁷.

⁸² Traducción de C. GÓMEZ LARA y H. FIX-ZAMUDIO, *op. cit.*

⁸³ Junto con J. C. ADAMS, «Judicial Review of Legislation: European Antecedents and Adaptation», en *Harvard Law Review*, vol. 79, núm. 6, *op. cit.*

⁸⁴ *Op. cit.*

⁸⁵ *La justicia constitucional (Estudios de Derecho comparado)*, *op. cit.*

⁸⁶ En la publicación conjunta de dos de sus libros: Obras: *La justicia constitucional y Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo*, México, Porrúa-Facultad de Derecho de la UNAM, 2007.

⁸⁷ M. CAPPELLETTI, *La justicia constitucional*; *vid.* el capítulo primero: *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el Derecho comparado*, *op. cit.*, pp. 17 y ss.

B) Antecedentes históricos

CAPPELLETTI estudia algunos precedentes históricos del control judicial de constitucionalidad de las leyes. Para ello estima parcialmente cierto el fundamento histórico de la tesis de J. ALLAN CLIFFORD GRANT relativa a que el control judicial de las leyes en una contribución de las Américas a la ciencia política⁸⁸. Considera que si bien es cierto que antes de la *judicial review* (*of the constitutionality of legislation*) derivada de la famosa resolución del *Chief Justice* J. MARS-HALL, en *Marbury vs. Madison* de 1803, no existió en Europa un tipo de control de esa naturaleza, también lo es que en otros y más antiguos sistemas jurídicos existía una especie de supremacía constitucional de ley o de conjunto de leyes, que con la terminología moderna pueden llamarse «constitucionales» o «fundamentales» respecto de las otras leyes «ordinarias». De esta forma CAPPELLETTI estudia tres antecedentes en la historia antigua, en la época medieval y en la moderna. En la primera se refiere al precedente ateniense, de la superioridad y rigidez del *nómos* (ley constitucional) con respecto del *pséfisma* (decreto), debiendo éste ajustarse a aquél para que fuera legal. El efecto del *pséfisma* contrario al *nómas* consistía en una responsabilidad penal de quien había propuesto el decreto a través de una acción pública de un año denominada *grafé paranónon*, además de derivarse, por fuerza de principio, la invalidez del decreto ilegal, es decir, contrario al *nómas*. El segundo precedente lo encuentra en la Edad Media y especialmente en la forma en que se concebía el Derecho y la justicia derivada de la escuela iusnaturalista de los siglos XVII-XVIII. Así lo advertía, por ejemplo, de la doctrina de la «*Hereuse impuissance*» del rey de violar las «*lois fondamentales du royaume*». La concepción del *jus naturale* ligada con el pensamiento de PLATÓN y de ARISTÓTELES, y particularmente de la doctrina tomística, los filósofos estoicos y a CICERÓN, de alguna forma constituía un precedente valioso de lo que siglos después se consolidó en el control de la constitucionalidad de las leyes. CAPPELLETTI, sin embargo, se preguntaba: ¿cuál ha sido el precedente inmediato, el que más pudo haber influido en la institución norteamericana? Para el jurista italiano lo fue la batalla de Lord Edward COKE por la supremacía del *common law*, verificada por los jueces sobre el rey y el parlamento. Menciona el célebre *Bonham's Case* y no obstante la doctrina de COKE emanada de este caso y entendida como instrumento de lucha contra el absolutismo del rey o del parlamento, en Inglaterra se consolidó la supremacía del parlamento a partir de la revolución de 1688. Esta paradoja la pone de manifiesto CAPPELLETTI, al advertir que la supremacía del parlamento inglés no se instauró en los Estados Unidos, como sí sucedió con la doctrina de Lord COKE. Las colonias inglesas de América en 1776 proclamaron su independencia de Inglaterra, y «uno de los primeros actos de independencia fue aquel de sustituir a las viejas «cartas» coloniales, por las nuevas Constituciones, entendidas como las leyes fundamentales de los nuevos Estados independientes. Y como, anteriormente, nulas y no aplicables habían sido consideradas por los jueces las leyes contrarias a las «cartas» coloniales y a las «leyes del Reino»; así no es de asombrarse ciertamente que la misma nulidad y no aplicabilidad debiese afirmarse después, y con mucha mayor razón,

⁸⁸ Cfr. J. A. C. GRANT, *El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes. Una contribución de las Américas a la ciencia política*, México, UNAM-Facultad de Derecho, 1963.

para las leyes contrarias a las nuevas y victoriosas Cartas constitucionales de los Estados independientes»⁸⁹. De esta forma estima que el antecedente directo del control judicial de la constitucionalidad de las leyes se debe a la doctrina de Sir Edward COKE, que se instaló en los Estados Unidos y paradójicamente en Inglaterra y ahora en sus ex colonias ha prevalecido la «supremacía del parlamento» y no la de los jueces. Este temor del «gobierno de los jueces» se acentuó también en Francia⁹⁰.

C) Tipologías

Una contribución notable del jurista italiano es el análisis estructural-comparativo de los modernos métodos de control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes. Esto es, al sometimiento del fenómeno en cuestión a un «panorama tipológico», bajo tres aspectos: i) el perfil «subjético», referido a los órganos a los cuales corresponde el poder de control; ii) el perfil «modal», relativo al modo como la cuestión de constitucionalidad es planteada y resuelta, y iii) el perfil «funcional», que se dirige a los efectos de la decisión judicial de la cuestión de constitucionalidad, en un doble aspecto: sea respecto a la ley sometida al control o sea respecto al caso concreto en el cual la cuestión de constitucionalidad se haya presentado eventualmente⁹¹.

En cuanto al primer elemento «subjético» u «orgánico», parte de la distinción clásica entre los dos sistemas de control judicial de la legitimidad constitucional de las leyes. El sistema «difuso» o «americano» o «norteamericano», como prefiere denominarle CAPPELLETTI, en el cual «el poder de control corresponde a *todos los órganos judiciales* de un ordenamiento jurídico dado, que lo ejercitan incidentalmente, en ocasión de la decisión de las causas de su competencia»⁹². Y el sistema «concentrado», también llamado «austriaco», debido al prototipo previsto por la Constitución austriaca de 1 de octubre de 1920, formulada bajo un proyecto elaborado por H. KELSEN, sistema en el cual el poder de control se concentra en un único órgano judicial que tiene la posibilidad de declarar la invalidez de la norma con efectos generales.

Estos dos sistemas experimentaron una expansión impresionante en la mayoría de los países del mundo. Por una parte, el sistema difuso se expandió principalmente en las ex colonias inglesas, como Canadá, Australia y la India, o incluso se importó a la Constitución nipona de 3 de mayo de 1947. CAPPELLETTI señala antecedentes del control difuso en Europa, aunque limitados. Por ejemplo, en el Derecho suizo, que paralelamente al recurso directo ante el Tribunal federal, se da la posibilidad de que los jueces no apliquen las leyes tribales contrarias a la Constitución federal; y en los Derechos noruego, danés y sueco, se estableció un poder prudente de los jueces para controlar la conformidad de

⁸⁹ CAPPELLETTI, *La justicia constitucional*, op. cit., p. 57.

⁹⁰ Cfr. M. CAPPELLETTI, «Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional», traducción de L. AGUIAR DE LUQUE y M.ª G. RUBIO DE CASAS, en L. FAVOREU (ed.), *Tribunales Constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, pp. 599-662, vid. pp. 560-561.

⁹¹ *Op. últ. cit.*, p. 60.

⁹² *Ibid.*

las leyes con la Constitución y, por consiguiente, desaplicando al caso concreto la ley estimada inconstitucional. También estudio algún caso curioso de control difuso en Alemania en la época de la Constitución de Weimar y en Italia en los años de 1948 y 1956, hasta que inició sus funciones la Corte constitucional.

En contrapartida, el sistema concentrado se fue expandiendo, primero en las breves experiencias en Checoslovaquia en 1920 y en España en la II República española de 1931, y luego de manera progresiva en la Constitución de la República italiana de 1 de enero de 1948, en la Constitución de Bonn del 23 de mayo de 1949, en la Constitución de la República de Chipre de 16 de agosto de 1960, en la Constitución de la República Turca de 9 de julio de 1961 y en la Constitución de la República Socialista Federativa de Yugoslavia, de 7 de abril de 1963.

Una vez manifiesta la expansión de los dos grandes sistemas de control de la constitucionalidad de las leyes, CAPPELLETTI trata de explicar la *ratio* de las mismas. En el sistema difuso, señala que la doctrina que lo inspira es de una simplicidad extrema (diríamos nosotros simplicidad práctica), surgida de la famosa sentencia *Marbury vs. Madison* de 1803, que ya con anterioridad había sido puesta de manifiesto por A. HAMILTON en *The Federalist*. MARSHALL en su fallo razona: «La función de todos los jueces es aquella de interpretar las leyes con el fin de aplicarlas a los casos concretos sometidos a su juicio de vez en cuando: uno de los cánones más obvios de la interpretación de las leyes, es aquel según el cual, cuando dos disposiciones legislativas estén en contraste entre ellas, el juez debe aplicar la preponderante»⁹³. Empero, CAPPELLETTI se pregunta: ¿Cuál fue la razón por la cual no se aplicara este sistema en Europa?

Analizando las experiencias de Noruega, Dinamarca, Suecia, Japón y de algún modo en Alemania (Constitución de Weimar) e Italia (1948-1956), que introdujeron temporalmente el sistema del control difuso de constitucionalidad de las leyes, CAPPELLETTI llega a la conclusión del fracaso de su instauración debido a la inexistencia en Europa del principio del *stare decisis*, prevaleciente y aceptado en el sistema norteamericano, consistente en el vínculo del precedente. Los inconvenientes prácticos se advertían ante la inaplicabilidad de un precepto derivada de su inconstitucionalidad, que al no existir la fuerza del precedente obligatorio, se tenía nuevamente que instaurar juicios para lograr la desaplicación del precepto en el caso particular, lo que evidentemente generaba conflictos entre órganos e incertidumbre jurídica. Advierte cómo aquel principio del *stare decisis* en realidad opera de manera semejante al juicio de inconstitucionalidad de la ley, debido a su eficacia *erga omnes*, no limitándose al mero efecto de desaplicación de la ley a un caso concreto, sino de que en futuros casos no se vuelva a aplicar de nuevo, de tal suerte que si bien la ley permanece «*on the books*», en la práctica es una «*a dead law*». En definitiva, se convierte en una verdadera y propia anulación de la ley y además generalmente con efectos retroactivos. Ante la ausencia de este mecanismo de precedente obligatorio, se diseñó en Austria el modelo de control constitucional de las leyes bajo un órgano judicial único, seguido por muchos países europeos, ideado expresamente para realizar el control normativo (*Normenkontrolle*) y que se fueron otorgando otras funciones de garantía constitucional: composición de conflictos entre órganos del Estado, juicio

⁹³ *Id.*, p. 67.

a altos funcionarios, examen de constitucionalidad de los partidos políticos, etc. También se prefirió que los jueces no sean preferentemente «de carrera judicial» nombrados con procedimientos especiales por los órganos supremos legislativo y judicial⁹⁴.

El estudio de CAPPELLETTI no se detiene en los dos sistemas de control mencionados, sino que estudia detenidamente las razones históricas e incluso ideológicas del sistema político (preventivo) que adoptó Francia, especialmente refiriéndose al mal recuerdo de las interferencias de los jueces franceses antes de la Revolución. Partiendo de los antecedentes de las Constituciones de los dos Napoleones, de 1799 y 1852, que contemplaban el *Sénat Conservateur*, pasando por el Comité Constitucional de la Constitución de la IV República de 27 de octubre de 1958, hasta la adoptada por la Constitución de la V República del 4 de octubre de 1958, en el que se confía el control de constitucionalidad, vía preventiva, al *Conseil constitutionnel*. De este repaso a los distintos medios de control, el jurista italiano concluye cómo las modernas Constituciones europeas de algún modo han optado por una «solución intermedia» entre la francesa y la norteamericana, al incorporar un sistema de control judicial, aunque de manera concentrada la constitucionalidad de las leyes⁹⁵.

La segunda tipología que propone CAPPELLETTI es bajo el perfil «modal». Desde este ángulo realiza el examen comparativo del modo o manera en que las cuestiones de constitucionalidad de las leyes son planteadas. Partiendo de la clásica caracterización de CALAMANDREI⁹⁶, en el sistema «americano» conforme al anterior análisis «subjetivo», se trata de un carácter de control judicial «difuso», ahora ateniendo al enfoque «modal» tiene carácter de un control que se ejercita por la *vía incidental* o «de excepción». De tal manera que las cuestiones de constitucionalidad de las leyes no pueden ser planteadas por la «vía principal» en un proceso constitucional autónomo, sino que en ocasión de una controversia concreta común (civil, penal, etc.), cuya competencia corresponde al juez ordinario, de manera *incidenter* «y sólo en tanto en cuanto la ley, de cuya constitucionalidad se discute, sea relevante para la decisión de aquel caso concreto»⁹⁷. En estos casos, las autoridades o terceros interesados, no en calidad de partes, sino por el interés público de la constitucionalidad de la ley sometida a examen, pueden formular «*amicus curiae brief*», consistente en escritos para auxiliar al juzgador en su análisis.

En cambio, en el sistema «austriaco» (llamado por CAPPELLETTI como «europeo» debido a su extensión en ese continente) se caracteriza por ser «concentrado», bajo esta caracterización el control que se ejerce es por *vía principal*. Así se prevé desde que en Austria se crea una Alta Corte Constitucional (*Verfassungsgerichtshof*) con poder de control de constitucionalidad de las leyes, a través de una acción autónoma que se ejercita por determinados órganos políticos. A diferencia de los Estados Unidos, el control se realiza desvinculado de cualquier caso concreto y por la «vía directa», dando lugar a un proceso constitucional *ex profeso* para decidir sobre la constitucionalidad de la ley. En el sistema austria-

⁹⁴ *Id.*, pp. 71-83.

⁹⁵ *Id.*, pp. 85-86.

⁹⁶ Cfr. *La illegittimità costituzionale delle leggi*, *op. cit.*, pp. 5 y ss.

⁹⁷ CAPPELLETTI, *La justicia constitucional*, *op. cit.*, p. 88.

co, el control de constitucionalidad de las leyes sólo podía realizarse por la Corte constitucional a través de una acción especial que sólo podía ser ejercitada «por parte de aquellos órganos, no judiciales, sino políticos, que estaban indicados por la Constitución, o sea por parte del Gobierno federal (*Bunderegierung*), tratándose de pedir el control de la legitimidad constitucional de leyes de los Länder (*Landesgesetze*), y por parte de los gobiernos de los Länder (*Landesregierungen*) tratándose del control de leyes federales. No existía plazo para el ejercicio de la acción de los órganos políticos, siendo los únicos entes legitimados»⁹⁸.

Este sistema pronto encontró insuficiencias. A partir de la ley de reforma constitucional (*Bundesverfassungsnovelle*) de 1929, el sistema austriaco se modificó, ampliándose la legitimación para el control de constitucionalidad de las leyes a dos altos órganos judiciales superiores: Corte Suprema para causas civiles y penales (*Oberster Gerichtshof*) y la Corte Administrativa (*Verwaltungsgerichtshof*). En estos dos casos no se permite una acción directa, como sucede con la legitimación de los órganos políticos mencionados. El control de la constitucionalidad se realiza vía incidental, derivada de una causa concreta. De tal suerte que a partir de la *Novelle* de 1929, el sistema de control de la constitucionalidad de las leyes en Austria adquiere una caracterización de «híbrido» en la medida en que se permite la «vía directa» en un proceso autónomo y cuyos sujetos legitimados son órganos políticos, y la «vía incidental», derivada de un caso concreto cuya cuestión de constitucionalidad sea relevante, que pueden elevar dos altas Cortes. Estas Cortes, como en el sistema americano, tienen la obligación de no aplicar las leyes cuya constitucionalidad está en duda. Sin embargo, no deciden sobre el problema constitucional, sino lo plantean ante la Corte Constitucional⁹⁹.

El profesor italiano con agudeza advierte el defecto del sistema original austriaco, debido a la limitada legitimación procesal a determinados órganos políticos, quedando parcialmente subsanada en la reforma constitucional de 1929, al permitir el control a dos órganos judiciales superiores. Sin embargo, también advierte de las inconveniencias de este nuevo sistema. En sus propias palabras, señala que «también con la reforma de 1929 el defecto, en cuanto atenuado, no ha sido abolido del todo. En efecto, se debe repetir que, entre todos los órganos de la justicia civil, penal y administrativa, solamente a las dos Cortes superiores arriba mencionadas es reconocida aquella legitimación. Todos los otros jueces deben aplicar irremediamente las leyes a los casos concretos sometidos a su juicio, sin la posibilidad de evitar la aplicación ni tampoco de aquellas leyes, que sean consideradas por ellos manifiesta y microscópicamente inconstitucionales: con el serio inconveniente de que en un proceso civil, penal, o administrativo, solamente en la fase final (y eventual) que se desenvuelve ante la *Oberster Gerichtshof* o la *Verwaltungsgerichtshof* podrá ser, finalmente, aplicada una ley la cual, aun cuando por casualidad manifiestamente inconstitucional, debió ser aplicada por el contrario necesariamente por la leyes inferiores»¹⁰⁰.

La deficiencia del sistema anotado fue evitado en la Constitución italiana de 1948 y en la Constitución de Bonn de 1949. En Alemania y en Italia, a diferencia

⁹⁸ *Id.*, p. 90.

⁹⁹ *Id.*, p. 92.

¹⁰⁰ *Id.*, pp. 92-93.

del sistema narrado de Austria, todos los jueces ordinarios tienen el poder de someter la cuestión de constitucionalidad a sus respectivas Cortes constitucionales, cuya decisión final tiene eficacia vinculante. El proceso ordinario se suspende hasta que la cuestión prejudicial de constitucionalidad sea resuelta. Tanto en el sistema alemán como en el italiano, también el control de la constitucionalidad puede plantearse por la «vía principal». En Italia tienen acción directa los órganos gubernamentales de las regiones, tratándose de leyes nacionales o regionales cuando estimen que invaden la esfera de su competencia; y el Gobierno central, cuando estime la inconstitucionalidad de las leyes regionales. En Alemania es más extensa la legitimación, al permitirse acción directa ante el Tribunal Constitucional federal, el Gobierno federal, los gobiernos de los *Länders*, un tercio de los miembros del parlamento *Bundestag*. Incluso la legitimación se extiende a particulares cuando se trate de leyes que estimen como violación inmediata y actual de un Derecho fundamental¹⁰¹.

De ahí que CAPPELLETTI considere que en estos casos existe un acercamiento al sistema «americano» al otorgar legitimación a todos los jueces para plantear la cuestión de la constitucionalidad de las leyes vía incidental, como en los Estados Unidos; empero también una notable influencia del sistema originario «austriaco», en la medida en que coexisten acciones autónomas de determinados órganos no judiciales o incluso particulares, para plantear el problema de constitucionalidad directamente ante la respectiva Corte Constitucional. Es por ello que el jurista italiano considere estos sistemas más completos (pero más peligroso) que el típico sistema «americano», debido que algunos problemas constitucionales nunca podrán ser resueltos por la vía jurisdiccional¹⁰², al no poderse plantearse problemas constitucionales en abstracto, siendo cuestiones «*non-justiciable political questions*». Esta última observación debe matizarse, debido a la paulatina apertura de la resolución de las cuestiones políticas vía judicial. En la actualidad aquí encontramos el balance que debe imperar en los Tribunales Constitucionales. Por una parte su prudente actuación (*self restraint*) y por la otra su activa y creativa participación (especialmente en materia de derechos fundamentales) para dar contenido normativo a la Constitución.

La tercera y última propuesta tipológica de CAPPELLETTI se refiere a la modalidad «funcional», es decir, en el análisis del control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes bajo el perfil de los efectos de los pronunciamientos. Ésta es una de las temáticas más interesantes que presenta el Derecho procesal constitucional de nuestros días, debido al papel de «legisladores positivos» que caracterizan a los Tribunales Constitucionales, especialmente los europeos. CAPPELLETTI, siguiendo el inicial estudio kelseniano en cuanto a los efectos del pronunciamiento constitucional¹⁰³, pone de manifiesto cómo en el sistema «aus-

¹⁰¹ *Id.*, p. 94.

¹⁰² CAPPELLETTI menciona, por ejemplo, el caso en el cual una ley federal viole la esfera de competencia constitucional de un Estado miembro, en donde no podrá ejercitarse algún control judicial de constitucionalidad en un sistema donde se requiere que el planteamiento provenga de un caso concreto particular. *Cfr. id.*, p. 96.

¹⁰³ *Cfr.* los trabajos traducidos al español de H. KELSEN, «La garantía jurisdiccional de la Constitución. La justicia constitucional», trad. de R. TAMAYO Y SALMORÁN, México, UNAM, 2001, especialmente pp. 82-87; ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?, trad. y notas de R. J. BRIE, estudio preliminar de G. GASÍO, Madrid, Tecnos, 1995, y «El control de la constitucionalidad de las leyes.

triacio», la ley inconstitucional es «absolutamente nula» y por ello «ineficaz», por lo que el juez que ejercita el poder de control no anula, sino «declara» su (pre-existente) nulidad. Esto permite coherentemente que la eficacia «declarativa» del pronunciamiento opere en línea de principio *ex tunc*, esto es, retroactivamente. De ahí que CALAMANDREI caracterizara a este sistema como «declarativo» en contraposición del «constitutivo» que rige en el sistema austriaco¹⁰⁴. CAPPELLETTI ilustra este último sistema, advirtiendo que la ley «una vez dictada la resolución de inconstitucionalidad es quitada de enmedio para todos, del mismo modo como si hubiese sido abrogada por una ley posterior; y por el contrario vuelven a entrar en vigor —salvo que la Corte constitucional disponga en sentido diverso— aquellas disposiciones legislativas, que preexistían a la ley inconstitucional (art. 140, sección 4.ª, de la Constitución austriaca)»¹⁰⁵.

En este último sistema no se declara la nulidad sino simplemente la anula y seguirá siendo válida y eficaz hasta en tanto no sea publicada su inconstitucionalidad. La Corte austriaca puede incluso disponer de la fecha a partir de la cual opere la anulación, siempre y cuando la eficacia constitutiva de la pronunciación misma no sea superior a un año (seguido por algunos países originalmente como Turquía y Yugoslavia). Al ser nula la ley inconstitucional, en contrapartida del sistema «americano» en el que operan los efectos *ex tunc*, en el sistema «austriaco» la eficacia del pronunciamiento de inconstitucionalidad opera *ex nunc*, directamente *pro futuro*, lo que excluye generalmente la eficacia retroactiva de la anulación¹⁰⁶.

Otra distinción advertida por CAPPELLETTI entre estos dos sistemas en esta modalidad «funcional», se refiere a los alcances generales o particulares del fallo, que CALAMANDREI caracterizaba como «general» y «particular». De tal suerte que en el sistema austriaco opera la eficacia *erga omnes*, una eficacia general (*Allgemeinwirkung*), en contrapartida del sistema americano que produce una eficacia *inter partes*, limitada al caso concreto (*Individualewirkung*). En México se adoptó este sistema, como lo refiere CAPPELLETTI (que lo cataloga como original), al establecerse la llamada «fórmula Otero» o «principio de la relatividad de las sentencias de amparo», que debe desaparecer para la subespecie de amparo contra leyes, como lo ha puesto en evidencia la mejor doctrina y se propone acertadamente en el anteproyecto de nueva ley de amparo¹⁰⁷. En realidad el sistema «americano» en su concepción original, debe atenuarse debido a la implantación del principio del *stare decisis* que permite a la Corte Suprema de los Estados Unidos la vinculación de sus fallos, situación que también adquiere matices con el amparo mexicano debido a la figura de la suplencia de la queja deficiente introducida en 1951 y de la obligatoriedad de la jurisprudencia, tan siquiera para órganos judiciales inferiores¹⁰⁸.

Estudio comparado de las constituciones austriaca y norteamericana», trad. de D. GARCÍA BELAUNDE, en *Ius et Veritas*, año IV, núm. 6, Lima, PUCP, junio de 1993, pp. 81-90.

¹⁰⁴ Cfr. P. CALAMANDREI, *La illegittimità costituzionale delle leggi*, op. cit., pp. 5 y ss.

¹⁰⁵ CAPPELLETTI, *La justicia constitucional*, op. cit., p. 100.

¹⁰⁶ *Id.*, pp. 100-101.

¹⁰⁷ Sobre este anteproyecto de nueva Ley de Amparo, *vid.*, entre otros, H. FIX-ZAMUDIO, «Hacia una nueva Ley de Amparo», en *Estudios en homenaje a don Manuel Gutiérrez de Velasco*, México, UNAM, 2000, pp. 287-338; y A. ZALDÍVAR LELO DE LARREA, *Hacia una nueva Ley de Amparo*, 2.ª ed., México, Porrúa-UNAM, 2004, pp. 55 y ss.

¹⁰⁸ Así lo advierte CAPPELLETTI en su obra *La justicia constitucional*, op. cit., p. 101 y nota 11, consultando las obras de H. FIX-ZAMUDIO, *El juicio de amparo*, México, Porrúa, pp. 189-190, 296-301,

El caso italiano y alemán, ampliamente estudiado por CAPPELLETTI, presenta una diferencia importante del señalado sistema imperante en Austria en cuanto a los efectos de la declaración. En Italia y con mayor intensidad en Alemania, la eficacia de la sentencia opera *ex tunc*, esto es, también para el pasado. La retroactividad en estos casos es similar a la producida en el sistema americano, en la que se estima que el solo hecho de la inconstitucionalidad sea causa de nulidad absoluta y, por consiguiente, de ineficacia *ipso iure* de las leyes. Por supuesto que estos principios de operatividad hacia el futuro o de manera retroactiva, deben estimarse matizados en la actualidad. Así, con realismo jurídico, en Alemania e Italia, donde se consolidó la doctrina de que la ley inconstitucional sea *ab origine* nula e ineficaz, puede darse también la eficacia *pro future*¹⁰⁹, para evitar incertidumbre en la paz social y la estabilidad de las relaciones y mutaciones jurídicas. Y viceversa, en Austria se ha matizado también la fórmula *ex nunc*, especialmente a partir de la reforma constitucional de 1929 que incorpora la posibilidad de introducir la cuestión de inconstitucionalidad por determinadas altas Cortes, lo que motivó la necesidad de introducir también los efectos retroactivos.

En general, uno de los aspectos esenciales en la discusión y estudio contemporáneo del Derecho procesal constitucional, lo constituye el aspecto «funcional» a que se refiere CAPPELLETTI, dada la rica y variada tipología de las sentencias constitucionales.

D) Otros problemas

Además de los tres perfiles señalados, el destacado jurista italiano deja ver otros interesantes problemas vinculados al control judicial de la constitucionalidad de las leyes. El fenómeno bajo el perfil de la «técnica procesal» fue desarrollado en su ponencia presentada en México en el Primer Congreso Mexicano y Segundas Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal¹¹⁰. CAPPELLETTI en este sentido sigue a F. CARNELUTTI¹¹¹, que consideraba a la jurisdicción constitucional como una jurisdicción no contenciosa, una manifestación de la «jurisdicción voluntaria»¹¹². Tesis minoritaria que ha tenido pocos seguidores, debido a que el proceso constitucional adquiere dimensiones esencialmente jurisdiccionales, con independencia de la intervención formal de las partes.

403 y ss., y 406-408; y la obra de J. CASTRO Y CASTRO, *La suplencia de la queja deficiente en el juicio de amparo*, México, Jus, 1953, p. 59.

¹⁰⁹ Esto puede suceder, menciona CAPPELLETTI, «cuando una ley ha sido aplicada por mucho tiempo pacíficamente por todos los órganos públicos y sujetos privados, por ejemplo, puede suceder que un funcionario, elector o designado con base en una ley declarada inconstitucional desde hace mucho tiempo, haya trabajado largamente en aquella su función; o que el Estado por muchos años haya recaudado un cierto tributo, o bien que un sujeto privado haya cobrado una pensión o estipulado determinados contratos, siempre sobre la base de una ley que ha resultado inconstitucional posteriormente». *Cfr. La justicia constitucional, op. cit.*, pp. 104-105.

¹¹⁰ *Cfr.* las memorias de estos eventos, publicados en la *Revista de Derecho de México*, t. X, enero-diciembre de 1960, *op. cit.*; el ensayo de CAPPELLETTI «La justicia constitucional en Italia», aparece en pp. 151-168.

¹¹¹ *Vid.*, entre otros, su trabajo *Lecciones de Derecho procesal penal*, trad. de S. SENTÍS MELENDO, Buenos Aires, vol. I, 1950, pp. 155 y ss.

¹¹² *Cfr. op. últ. cit.*, p. 162.

Otros problemas señalados por el jurista italiano ante el fenómeno en estudio son: a) los relativos a la especificidad en la interpretación de las normas constitucionales, temática que se encuentra en la actualidad en el centro del debate no sólo del constitucionalismo y del Derecho procesal constitucional contemporáneos, sino en general de la teoría del Derecho y estrechamente vinculados a la propia legitimación democrática de los jueces constitucionales como veremos en el siguiente epígrafe ¹¹³; b) el tipo de control de la constitucionalidad «formal» o «material» de las leyes. El primer caso se refiere a la observancia de las formalidades esenciales que la ley prescribe para la formulación, promulgación y publicación de las leyes, mientras que el segundo se refiere al control sobre el contenido mismo de la ley, y c) el problema de gran importancia práctica y también ideológica de la publicidad de los votos disidentes, que en ciertos países, como en Italia, no son permitidos a los jueces constitucionales ¹¹⁴.

A manera de conclusión de este apasionado apartado, concluimos con las palabras del propio CAPPELLETTI: «Es precisamente en la *garantía de una legalidad superior*, que el control judicial de constitucionalidad de las leyes encuentra su razón de ser: y se trata de una garantía que ahora ya es considerada por muchos como un importante, si no necesario, coronamiento del Estado de Derecho y que, contrapuesta a la concepción del Estado absoluto, representa uno de los valores más preciosos del pensamiento jurídico y político contemporáneo» ¹¹⁵.

9. LOS PODERES DEL JUEZ CONSTITUCIONAL Y SU LEGITIMACIÓN DEMOCRÁTICA

La preocupación de CAPPELLETTI no sólo se dirigió a la función de los Tribunales Constitucionales, la forma y el tipo de control. Estudió también con profundidad en varios ensayos la dimensión y facultades de los poderes del juez constitucional, algunos de ellos recopilados en la obra preparada por el recientemente desaparecido constitucionalista francés L. FAVORES con el título precisamente de *Le pouvoir des juges. Articles choisis de droit judiciaire et constitutionnel comparé* ¹¹⁶, y especialmente en su importante ensayo sobre «La actividad y los poderes del juez constitucional en relación con su fin genérico (naturaleza tendencialmente discrecional de la providencia de actuación de la norma constitucional)» ¹¹⁷.

El profesor italiano participó en un importante congreso celebrado en Florencia en 1981 bajo el título *Tribunal constitucional y desarrollo de la forma de gobierno en Italia*. Si bien los participantes se centraron al caso italiano, resultan

¹¹³ Para una aproximación al tema, *vid.* la obra colectiva que recoge importantes ensayos de autores americanos y europeos sobre la especificidad de la interpretación constitucional: E. FERRER MAC-GREGOR (coord.), *Interpretación constitucional*, México, Porrúa-UNAM, 2005, 2 vols.

¹¹⁴ *Vid.* estos problemas en CAPPELLETTI, *La justicia constitucional*, *op. cit.*, pp. 107-111.

¹¹⁵ *Op. ult. cit.*, p. 110.

¹¹⁶ Traducción al francés por R. DAVID, prefacio de L. FAVORES, Presses universitaires D'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, Economica, 1990. En esta obra se recopilan siete ensayos de CAPPELLETTI referidos al tema que engloba su título.

¹¹⁷ Traducción de S. SENTÍS MELENDO y T. A. BANZHAF, en M. CAPPELLETTI, *Proceso, ideologías, sociedad*, *op. cit.* pp. 366-452; reproducido en México en su obra *La justicia constitucional*, *op. cit.*, pp. 115-191.

de relevancia las ponencias de los distinguidos profesores al dirigirse esencialmente a los problemas que atañen a la cuestión de la «politicidad» o «creatividad» del juez constitucional¹¹⁸. Al haber sido superadas las tesis relativas a la naturaleza mecánica de la función judicial como meros aplicadores del derecho, el comparatista italiano estima que el carácter de lo político queda reducido a una mera graduación «cuantitativa» del grado de creatividad. Creatividad más acentuada en la actividad del legislador que en la del juez ordinario, aunque más marcada en el quehacer del juez constitucional debido que tiene que operar con normas-principio. La tesis central de CAPPELLETTI consiste en que la interpretación del juez constitucional tiene inevitablemente una discrecionalidad considerable¹¹⁹. Y especialmente cuando se trata de los derechos fundamentales y libertades públicas. Lo que caracteriza la función judicial, señala, «y la diferencia de la legislativa o la administrativa, es la presencia de las llamadas durante varios siglos garantías de «justicia natural» (*nature justice*). Tales garantías consisten, en primer lugar, en el hecho de que el juez, por serlo y mientras lo sea, no puede actuar de oficio, sino sólo a instancia de las partes de la relación litigiosa o de sus representantes (*nemo iudex sine actore, ubi non est actio non est iurisdictio, wo kein Kläger da ist auch kein Richter*). De ello resulta que el juez es, al menos en este sentido, un tercero imparcial (*super partes*). En segundo lugar, las garantías consisten también en que el proceso jurisdiccional está regido por el principio fundamental de la contradicción (*audi et alteram partem*), es decir, el principio en virtud del cual el juez debe ofrecer a las partes de la relación o situación sobre la que está llamado a decidir, o a los representantes de ellas, una posibilidad adecuada de defensa. El juez debe actuar, en suma, dentro de los esquemas procesales de un *fair hearing*, con todas las consecuencias —de relevancia también (hoy) constitucional— que ello implica en el plano de las notificaciones, de las pruebas y de su consideración, de los límites de la sentencia, de la motivación, etc.»¹²⁰. En otras palabras, el carácter participativo del proceso jurisdiccional y especialmente del proceso constitucional, debe tener sustento en el respeto de las normas fundamentales de la justicia natural, no entendida como una actuación de oficio del juzgador, no actúa *in causa propria* y *ex officio*, sino en cumplimiento de una actuación de parte en el que se decide en forma congruente con la demanda y respetando el debido proceso legal. Tesis fundamental de CAPPELLETTI que lo centra esencialmente en los procesos constitucionales de la libertad.

De ahí que el problema de «politicidad» o «creatividad» de los jueces constitucionales, CAPPELLETTI los resume como problema de: i) graduación concreta, esto es, la cantidad o medición de tal creatividad, y ii) prevención de infracciones, de las garantías fundamentales que caracterizan la jurisdiccionalidad. La creatividad puede ser medida conforme el grado de suplencia, la cual se puede manifestar de dos maneras: sea «patológica» o «fisiológica». La primera aparece

¹¹⁸ Cfr. su trabajo «El Tribunal Constitucional en el sistema político italiano: sus relaciones con el ordenamiento comunitario europeo», trad. de J. RODRÍGUEZ-ZAPATA, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 2, núm. 4, Madrid, enero-abril de 1982; reproducido en la obra *La justicia constitucional*, op. cit., pp. 283 y ss.

¹¹⁹ *Op. ult. cit.*, p. 288. CAPPELLETTI hace referencia a un trabajo anterior, en defensa de su tesis: «L'attività e i poteri del giudice costituzionale in rapporto con il loro fine generico (Natura tendenzialmente discrezionale del provvedimento di attuazione Della norma costituzionale)», en *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, vol. III, Milano, Giuffrè, 1959, pp. 83-163.

¹²⁰ CAPPELLETTI, *La justicia constitucional*, op. cit., pp. 288-289.

cuando existe un desequilibrio entre los poderes públicos y opera la suplencia del juez como «misión de creación, evolución, transformación o modernización del Derecho que, aunque se encuentre en el espíritu de la Constitución, no ha sido cumplida adecuadamente por el legislador o, más en general, por las ramas políticas del gobierno»; la segunda, cuando existe equilibrio de poderes (*check and balances*), «nos encontramos ante una situación fisiológica cuando los tres poderes: legislativo, ejecutivo y judicial, están marcados por el signo positivo de fuerza en el equilibrio». Si bien la creatividad se da con mayor intensidad en el campo de la suplencia «patológica», no quiere decir su inexistencia en el plano «fisiológico», ya que la «interpretación pura no existe; toda interpretación comporta un elemento de creatividad». Es por ello que en realidad la fuerza creadora de los jueces constitucionales no puede quedarse en la abstracción teórica e inmutable, sino esencialmente de los problemas concretos, políticos, que dependen de variados factores variables en el tiempo. Dice CAPPELLETTI que la «audacia o el *restraint* del Tribunal Constitucional (o de otros tribunales) derivará, en cada caso, de razones prácticas de posibilidad, de efectividad, de reacciones posibles, por parte de los otros poderes públicos o de centros más o menos oficiales de poder. De la reacción, en fin, de la opinión pública y de los *mass media*»¹²¹.

Derivada de esta actuación del juez constitucional en esa dimensión práctica, en un caso y tiempo determinado, es como aparece o no su legitimidad democrática y no como se suele confundir al identificar a esta última con la representatividad política. La «investidura democrática» del juez constitucional no se encuentra, como ocurre con los órganos políticos, en la representación de un electorado. Su verdadera legitimación democrática, en el pensamiento de CAPPELLETTI, se dirige precisamente al campo de las garantías de la «justicia natural». Y para ello requiere de una adecuada motivación de sus sentencias, de manera analítica y dotadas de sistematicidad y abierta al control crítico de la opinión pública de sus propias *rationes decidendi*. Ahí encuentra el juez constitucional su verdadera legitimación democrática.

CAPPELLETTI denomina a esta problemática como «el formidable problema del control judicial»¹²², título de un agudo trabajo que estudia la legitimidad democrática del juez constitucional. Este «formidable problema» lo enfoca de la siguiente manera: «La creación de Derecho es una característica inevitable de todo tipo de jurisdicción y que esta característica alcanza su nivel más elevado cuando está implicado el control judicial de las leyes; que, por tanto, lo que convierte en juez a un juez y en tribunal a un tribunal no es la falta de creatividad sino más bien, por un lado, la relación de la jurisdicción con causas y controversias, es decir, con “partes”, y por otro, la actitud imparcial del juez, que no debe juzgar, *in re sua*, debe asegurar que las partes sean ecuanímente escuchadas (*audi alteram partem*) y debe gozar de un grado de independencia de las presiones externas, especialmente de aquellas que llegan de los órganos “políticos”. Son éstos (y no la creatividad) los elementos, formulados de manera abstracta,

¹²¹ *Id.*, p. 290.

¹²² *Cf.*: «El “formidable problema” del control judicial y la contribución del análisis comparado», traducción de F. GONZÁLEZ, en *Revista de Estudios Políticos*, nueva época, núm. 13, Madrid, enero-febrero de 1980, pp. 61-103; reproducido en *La justicia constitucional*, *op. cit.*, pp. 245-282.

que pueden proporcionar legitimidad a la creación de Derecho a través de los tribunales y conservar el “carácter democrático” de esta actividad»¹²³.

La función creativa del juez constitucional está íntimamente ligada a la creciente adopción de declaraciones de derechos a partir de la segunda guerra mundial y vinculada necesariamente a su legitimidad democrática. Si bien se dio un debate entre CAPPELETTI y Lord DEVLIN¹²⁴, relativa a si los jueces deben o no crear Derecho, lo cierto es que en la actualidad parecen irrefutables los argumentos del primero a favor de la legitimidad creadora de los jueces (y especialmente de los jueces constitucionales), debido a la rica interpretación de las normas fundamentales por parte de los Tribunales Constitucionales de nuestro tiempo. Como el propio CAPPELETTI sostiene citando al juez KOOPMANS: «La democracia y los derechos humanos aparecen, empíricamente hablando, estrechamente vinculados; por consiguiente, proteger a uno de los dos a costa del otro puede ser contraproducente. Si queremos conservar la democracia, los tribunales deberán asumir su parte en la tarea»¹²⁵.

10. EPÍLOGO

M. CAPPELETTI fue un visionario del Derecho. Se adelantó a su tiempo. Como si lo tuviera planeado desde sus primeros afanes académicos, sus investigaciones fueron instrumento de cambio social. Sus aportaciones tienen vigencia y su pensamiento tiene presencia en los cambios estructurales del proceso y de los poderes judiciales en pleno siglo XXI.

Llevó a la práctica lo que desde sus primeros trabajos pregonó: la necesidad de una nueva concepción ideológica de la ciencia y particularmente de la ciencia procesal. Implicaba superar esquemas en cuanto al método tradicional de estudio, caracterizado como «típicamente escolástico, dogmático y formalístico», cuya finalidad era la búsqueda de una ciencia «pura» e ideológicamente «neutral». Por el contrario, concibió el Derecho como fenómeno social. Ciencia jurídica como ciencia sociológico-valorativa y no formal. Ciencia de problemas prácticos y no de sistematizaciones conceptuales abstractas. Ciencia de resultados concretos y no de deducciones apriorísticas. Ciencia de elecciones creativas y responsables, y no de conclusiones automáticas¹²⁶.

Fue un maestro en la «Ciencia útil». En redimensionar la «política del Derecho» como factor o instrumento de las transformaciones sociales. Pasó de la ideología a la sociedad, a la que siempre estuvo atento y especialmente al advertir las tres dimensiones como ejes de su trabajo intelectual, referidas en aquel

¹²³ *Op. últ. cit.*, p. 274.

¹²⁴ Este debate y en general la problemática misma de la legitimación democrática del Derecho procesal constitucional, queda estudiado por CAPPELETTI en su trabajo «Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional», *op. cit.*, especialmente en cuanto al debate, *vid.* pp. 324-334.

¹²⁵ *Op. últ. cit.*, p. 325. Se refiere a la cita de T. KOOPMANS, «Legislatura and judiciary. Present trends», en la obra dirigida por CAPPELETTI, *Nuevas perspectivas de un Derecho común europeo*, Leyde-Bruselas-Stuttgart-Florenia, Sijthoff-Bruyland-Klett-Cotta-Le Monnier, 1978, pp. 313 y ss., en p. 337.

¹²⁶ Así dejaba ver su proyección a su trabajo, desde el prólogo fechado de 1968. *Cfr. Proceso, ideologías, sociedad, op. cit.*, *vid.* la introducción, pp. IX-X.

último libro a que aludí al inicio de estas páginas. Nadie como él para demostrar la utilidad del Derecho comparado y particularmente del *Derecho Procesal Constitucional Comparado*. A través de la observación directa, del análisis crítico de los datos concretos, de la utilización del método inductivo y fenomenológico, así como del entendimiento de la psicología experimental, coadyuvó en el esclarecimiento de lo que hoy constituye el contenido de la *Ciencia del Derecho Procesal Constitucional*.

Se impregnó desde sus años juveniles de los aires de libertad que representaba el movimiento del constitucionalismo europeo después de la segunda guerra mundial. De aquella libertad y humanismo que le transmitió CALAMANDREI, que lo llevaron a la cúspide del procesalismo científico del siglo XX. En el prólogo a una de sus obras, con inmejorables palabras M. AZUELA RIVERA así lo resaltaba: «El esfuerzo del distinguido jurisconsulto italiano no se agota, ni puede agotarse, en el análisis frío de sistemas procesales constitucionales; su ilustre maestro Calamandrei le comunicó la chispa del amor a la libertad, y en el fondo último de su empeño, él es un campeón más en la empresa de mayor importancia en nuestra época: la perduración de un mundo en que el hombre conserve su dignidad de persona»¹²⁷.

Amor profundo a la libertad y dignidad humanas, que a pesar de su ausencia sigue transmitiendo a quienes no lo conocimos en vida, mediante su penetrante y perdurable obra escrita; y que ahora podemos decir, como él expresó de su maestro: CAPPELLETTI fue gran procesalista, gran jurista, porque fue grande y vigoroso defensor de la libertad.

¹²⁷ M. AZUELA RIVERA, «Prólogo» al libro de M. CAPPELLETTI, *La jurisdicción constitucional de la libertad*, op. cit., pp. 283-306.

VIII. EL PRIMER ESTUDIO SISTEMÁTICO SOBRE EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

La gran aportación de FIX-ZAMUDIO *

1. INTRODUCCIÓN

Se suele considerar a KELSEN como el fundador del Derecho procesal constitucional. Esta aseveración que ha sido seguida y repetida hasta nuestros días, proviene de N. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO en su clásico libro *Proceso, autocomposición y autodefensa (contribución al estudio de los fines del proceso)* publicada en 1947¹. En esta obra enfáticamente el procesalista español señalaba que «debemos considerar fundador de esta rama procesal (KELSEN), a la que ha dedicado algún fundamental trabajo, y que trascendió al constitucionalismo de otros países como España en 1931»².

ALCALÁ-ZAMORA se refería al influyente estudio de KELSEN sobre *La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)* de 1928³, traducida al español en 1974 por R. TAMAYO Y SALMORÁN⁴, y por J. RUIZ MANERO⁵.

No es el momento de entrar a la polémica actual relativa a si KELSEN es en realidad el fundador de esta disciplina científica. Lo que nos interesa resaltar es

* Publicado en *Revista Jurídica del Perú*, Lima, t. 89, julio de 2008.

¹ México, UNAM, 1947. Existe segunda edición (1970) y tercera (1991, en realidad reimpresión de la 2.^a edición, con prólogo de H. FIX-ZAMUDIO), así como una reimpresión de esta última (2000), todas por la UNAM.

² *Ibid.*, pp. 214-215 (edición de 1991).

³ *Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, Paris, 1928, año XXXV, t. 45, pp. 197-257; al año siguiente se publicó en el *Annuaire de l'Institut de Droit Public*, Paris, 1929, pp. 52-143.

⁴ *Anuario Jurídico*, México, UNAM, núm. 1, 1974, pp. 471-515. Existe revisión de esta traducción por D. GARCÍA BELAUNDE, publicada en *Ius et Veritas*, año V, núm. 9, Lima, PUCP, 1994, pp. 17-43. La traducción original de TAMAYO Y SALMORÁN aparece como libro posteriormente (México, UNAM, 2001).

⁵ En la obra *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Madrid, Debate, 1988, pp. 109-155.

que en ningún momento trató de sistematizar una nueva parcela del saber jurídico. En realidad con este trascendental trabajo del fundador de la escuela de Viena comienza una nueva etapa relativa al estudio dogmático de la jurisdicción constitucional y de los instrumentos jurídicos para la defensa de la Constitución. Una vez consolidada la postura kelseniana que repercutió en la concepción misma del Derecho y en las nuevas constituciones democráticas, con el paso del tiempo aparecieron dentro de la corriente del mejor procesalismo científico las figuras de ALCALÁ-ZAMORA, COUTURE, CALAMANDREI, CAPPELLETTI y FIX-ZAMUDIO, que condujeron a la concepción de la ciencia del Derecho procesal constitucional.

Mientras KELSEN sentó los cimientos, las bases generales desde la teoría del derecho, COUTURE, CALAMANDREI y CAPPELLETTI contribuyen para encauzar el fenómeno hacia su significación científica procesal. Y en esa misma corriente ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO advierte la existencia de la nueva disciplina, con la misma lógica con la cual se venía dando la autonomía de las restantes ramas procesales bajo la unidad de la teoría general del proceso. Faltaba todavía el último eslabón: su coherencia estructural y de sistematicidad científica.

2. LA TESIS DE LICENCIATURA DE FIX-ZAMUDIO Y SUS PRIMERAS PUBLICACIONES (1955-1956)

Es en ese contexto donde aparece el primer estudio sistemático de la ciencia del Derecho procesal constitucional como tal, es decir, en su dimensión de análisis conceptual como disciplina jurídica autónoma de naturaleza procesal. Se debe a H. FIX-ZAMUDIO este mérito en su tesis para optar por el grado de licenciado en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) de 1955, cuyo título es *La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana. Ensayo de una estructuración procesal del amparo*⁶. En la elaboración de este trabajo, FIX-ZAMUDIO dedicó cinco años bajo la dirección, en un primer momento del procesalista J. CASTILLO LARRAÑAGA⁷, y fundamentalmente de quien se convertiría en su maestro, N. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, habiendo realizado el examen profesional el 18 de enero de 1956 obteniendo mención honorífica⁸.

Esta verdadera «joya» de la ciencia del Derecho procesal constitucional no ha sido lo suficientemente valorada por la doctrina contemporánea, no obstante representar el primer estudio de construcción dogmática de la disciplina con la intención manifiesta de establecer su contorno científico. Por supuesto que FIX-ZAMUDIO se apoyó y tuvo en cuenta la gran aportación de KELSEN en su famoso artículo de 1928, que inspira incluso el título de su tesis, como también se advierte una clara influencia de COUTURE, CALAMANDREI, CAPPELLETTI y de su maestro ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO. Sin embargo, no se debe a ninguno de los

⁶ México, 1955.

⁷ J. CASTILLO LARRAÑAGA, destacado procesalista y en aquel momento magistrado del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, fue el director original de la tesis de H. FIX-ZAMUDIO. CASTILLO LARRAÑAGA, sin embargo, sugirió que la dirección de la tesis pasara a N. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, y es así como se conocieron FIX-ZAMUDIO y ALCALÁ-ZAMORA, cuya relación se afirmó y prolongó con el paso del tiempo a tal extremo de convertirse el primero en el discípulo más destacado del profesor español.

⁸ El jurado del examen estuvo integrado por L. CABRERA ACEVEDO, J. CASTILLO LARRAÑAGA, M. AZUELA RIVERA y N. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO.

afamados juristas el primer estudio sistemático por virtud del cual se pone en conexión su identidad, naturaleza y ubicación dentro de la ciencia procesal, su definición y contenido, así como su delimitación propiamente con la ciencia constitucional.

El trabajo de FIX-ZAMUDIO de 1955 consta de 167 páginas, dividido en cinco capítulos. No llegó a publicarse en forma de libro, sino a manera de artículos que fueron apareciendo en diversas revistas. Así se publicaron en 1956 de manera sucesiva sus ensayos: «Derecho procesal constitucional»⁹; «La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana»¹⁰; «El proceso constitucional»¹¹; y «Estructura procesal de amparo»¹². En ese mismo año se publica su primer artículo (independiente de su tesis de 1955), que lleva el emblemático título: «La aportación de Piero Calamandrei al Derecho procesal constitucional»¹³; también aparecen sus primeras traducciones sobre la materia¹⁴ y una «Biografía de Piero Calamandrei»¹⁵.

3. ANÁLISIS DE SU CONTENIDO

Su tesis de licenciatura de 1955 quedó reproducida de manera íntegra, junto con ese primer artículo, en su obra *Juicio de amparo*, que publicara en 1964¹⁶. En realidad en este libro quedan reunidos seis ensayos que aparecieron entre los años de 1955 a 1963: I. «La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana. Ensayo de una estructuración procesal del amparo»¹⁷; II. «La aportación de Piero Calamandrei al Derecho procesal constitucional»¹⁸; III. «Algunos problemas que plantea el amparo contra leyes»¹⁹; IV. «Estudio sobre la jurisdicción constitucional mexicana»²⁰; V. «Mandato de seguridad y juicio de amparo»²¹, y VI. «Panorama del juicio de amparo»²².

⁹ *La Justicia* (fundador Alfredo Vázquez Labrido), t. XXVII, núms. 309 y 310, enero y febrero de 1956, pp. 12300 y 12361-12364. Corresponde al capítulo III de su tesis de 1955, pp. 56-97.

¹⁰ *Foro de México* (director Eduardo Pallares), núm. XXXV, febrero de 1956, pp. 3-12. Corresponde al capítulo V, relativas a las conclusiones de su tesis de 1955, pp. 157-178.

¹¹ *La Justicia*, t. XXVII, núm. 317, septiembre de 1956, pp. 12625-12636. Corresponde a la primera parte del capítulo IV de la tesis de 1955, pp. 99-126.

¹² *La Justicia*, t. XXVII, núm. 318, octubre de 1956, pp. 12706-12712. Corresponde a la última parte del capítulo IV de la tesis de 1955, pp. 126-139.

¹³ *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. VI, octubre-diciembre de 1956, núm. 24, pp. 191-211. Posteriormente publicado en su obra *El juicio de amparo*, México, Porrúa, 1964, pp. 145-211; así como en la *Revista Michoacana de Derecho Penal*, Morelia, núms. 20-21, 1987, pp. 17-37.

¹⁴ «Piero Calamandrei y la defensa jurídica de la libertad», *op. cit.*, pp. 153-189.

¹⁵ Junto con ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *op. cit.*, pp. 17-39.

¹⁶ Prólogo de A. MARTÍNEZ BÁEZ, México, Porrúa, 1964.

¹⁷ *Op. cit.* Corresponde a su tesis de licenciatura.

¹⁸ *Op. cit.*

¹⁹ *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, núm. 37, enero-abril de 1960, pp. 11-39.

²⁰ Apéndice al libro de M. CAPPELLETTI, *La jurisdicción constitucional de la libertad. Con referencia a los ordenamientos alemán, suizo y austriaco*, México, UNAM, 1966, pp. 131-247. Además del Apéndice, la traducción del libro fue realizada por el propio FIX-ZAMUDIO.

²¹ *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, núm. 46, enero-abril de 1963, pp. 3-60, reproducido en el volumen *Tres estudios sobre el mandato de seguridad brasileño*, México, UNAM, 1963, pp. 3-69, en colaboración con N. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO y A. RÍOS ESPINOZA.

(Véase nota 22 en página siguiente)

El primero de ellos corresponde, como hemos anotado líneas arriba, a su tesis de licenciatura de 1955 y publicada parcialmente al año siguiente a manera de artículos independientes en revistas mexicanas. La estructura del trabajo consta de cinco capítulos, que pasamos brevemente a su análisis.

A) Planteamiento del problema

Constituye el primer capítulo a manera de introducción y justificación del estudio (pp. 9-14). Partiendo de la problemática relativa a que el juicio de amparo mexicano se ha convertido paulatinamente en un procedimiento sumarisimo, a «un dilatado y embarazoso procedimiento que iguala a los más complicados de naturaleza civil», FIX-ZAMUDIO advierte que con independencia de las reformas legislativas que pudieran emprenderse al respecto, es necesario previamente esclarecer «la naturaleza procesal del amparo» que desde su creación en el siglo XIX ha sido analizado esencialmente en su aspecto político y no en su estructura estrictamente jurídica que es la procesal. De esta manera estima que de la misma forma en que «sólo haciendo una cuidadosa auscultación del paciente está en posibilidad el médico de intentar su cura: de este modo, sólo precisando el concepto del proceso constitucional, es factible encausarlo en la vía por la cual puede desarrollarse firme y plenamente». El proceso constitucional de amparo debe ser estudiado dentro de la más reciente rama del Derecho procesal como lo es el Derecho procesal constitucional que «todavía no ha salido de la etapa analítico-descriptiva, por no decir exegética, que ha sido superada en otras disciplinas adjetivas, para iniciar francamente un estudio dogmático del amparo desde el punto de vista de la teoría general del proceso».

El autor define su postura y finalidad del estudio: «Nuestro trabajo ha de orientarse a una ordenación del amparo hacia la teoría general del proceso y situándolo dentro de la nueva disciplina adjetiva: el Derecho procesal constitucional, y esto no sólo con el afán puramente especulativo, sino también con propósitos prácticos, como son el lograr una reglamentación adecuada a su naturaleza que pueda resolver todos los problemas que hasta la fecha han impedido una real y verdadera legislación orgánica del amparo». En realidad el contenido de los restantes capítulos rebasa con creces el objetivo pretendido por el autor. No sólo se dirige al estudio dogmático del juicio de amparo. Como cuestión previa realiza un profundo análisis de la evolución que ha experimentado la ciencia procesal en general, estableciendo una novedosa clasificación sistemática de sus diversas ramas, con la finalidad de ubicar el sitio donde debe encuadrarse al Derecho procesal constitucional; de ahí construye la categoría contemporánea de «garantía constitucional» y ubica al amparo como parte de esa nueva disciplina al constituir su naturaleza jurídica el de un proceso constitucional.

²² Este ensayo ha sido actualizado con el paso de los años hasta su versión más actualizada denominada «Breve introducción al juicio de amparo mexicano», que aparece en la obra del mismo autor *Ensayos sobre el derecho de amparo*, 3.^a ed., México, Porrúa, 2003, pp. 1-96.

B) Situación de la materia en el campo del Derecho procesal

Este segundo capítulo parte del concepto mismo del Derecho procesal. Entiende el autor que existe un «Derecho instrumental» y dentro del cual deben distinguirse el «Derecho procedimental» y el «Derecho procesal». El primero se ocupa de las normas que señalan los requisitos formales necesarios para la creación y realización de las disposiciones materiales y el segundo estudia las normas que sirven de medio a la realización del derecho, en el caso concreto, mediante el ejercicio de la función jurisdiccional.

Partiendo de esta concepción del Derecho procesal emprende su análisis a la luz de su carácter unitario. Advierte que la confusión generada deriva de los distintos planos en que se analiza la ciencia del Derecho procesal, el proceso, el procedimiento y la jurisdicción. Examinando las distintas teorías de la diversidad, especialmente aquellas defendidas por E. FLORIÁN y V. MANZINI, relativas al proceso penal como contrapuesto a su subordinación al proceso civil, advierte que en realidad no son contradictorios sino que por el contrario parten de las mismas teorías fundamentales para explicar la naturaleza y fines del proceso, lo que pone de manifiesto la unidad esencial del Derecho procesal. De tal suerte concluye que existe esta unidad conceptual, si bien con diversidad en el proceso y multiplicidad del procedimiento.

En un apartado específico analiza con detalle el carácter histórico de la diversidad del proceso. Para ello analiza el proceso evolutivo de la concepción científica del Derecho procesal, que iniciara desde la famosa obra de BÜLOW de 1968 que le otorga al proceso un carácter de relación pública entre el juez y las partes, distinguiendo el Derecho material y la acción procesal. Pasando por WACH en su teoría sobre la pretensión de tutela jurídica, hasta la conocida preclusión de CHIOVENDA de 1903 y de autores que siguieron abonando en la construcción científica de la disciplina (GOLDSCHMIDT, CARNELUTTI, CALAMANDREI, COUTURE, PRIETO CASTRO, FAIRÉN GUILLÉN, etc.).

Así se llega a visualizar la conquista del Derecho procesal civil como rama autónoma y advierte la manera en que las mismas teorías encuentran eco en el proceso penal hasta su aceptación como disciplina autónoma. Concluye destacando que «de estas dos primitivas ramas del Derecho procesal se fueron formando otras que paulatinamente fueron alcanzando autonomía (haciendo hincapié que con esta palabra no queremos indicar independencia absoluta o desvinculación de la ciencia madre), expansión que se inicia a partir de la revolución francesa, primeramente con el Derecho procesal administrativo (que es desarrollado en forma admirable en Francia a través de la jurisprudencia del Consejo de Estado), posteriormente con el constitucional, el laboral, el agrario, el asistencial y finalmente el supraestatal, con inmensas perspectivas en el agitado mundo de la segunda postguerra; pudiendo decirse que ninguna disciplina jurídica ofrece tan brillante futuro como la antaño modesta ciencia procesal, ya que el proceso tiende a invadir y a abarcar todo el inmenso campo del Derecho» (p. 24).

Con estas premisas y otorgando al Derecho procesal el carácter de público derivado de su evolución a partir de la segunda mitad del siglo XIX, realiza un ensayo de clasificación de sus diversas ramas. Lo anterior con la finalidad de

situar «geográficamente» al Derecho procesal constitucional, género al cual pertenece, a su vez, el proceso de amparo. De esta forma clasifica, según la finalidad de las normas, al Derecho procesal en: A) Dispositivo (Derecho procesal civil y mercantil); B) Social (Derecho procesal laboral, agrario y asistencial); C) Inquisitorio (Derecho procesal penal, familiar y del estado civil, administrativo y constitucional), y D) Supraestatal.

Esta clasificación, si bien pudiera actualizarse con una perspectiva contemporánea, tiene el gran mérito de ubicar a la nueva disciplina del Derecho procesal constitucional en el concierto de las ramas procesales, otorgándole el carácter inquisitorio. Señala el autor que «con mayor razón debemos situar en este grupo de normas procesales a aquellas que sirven de método para lograr la efectividad del principio de la supremacía constitucional, la que caería por su base si los órganos del poder pudieran desconocer o violar las normas fundamentales, sin que existiera un medio para prevenir y reparar dichas violaciones» (p. 49). En este sentido distingue entre el «proceso» del simple «procedimiento» constitucional. Este último entendido como la vía para lograr la defensa constitucional sin acudir a un acto jurisdiccional, como ejemplifica sucede con la responsabilidad ministerial, la emisión de los votos de confianza, la disolución del poder legislativo o el veto presidencial. En cambio, «dado el carácter público del proceso constitucional es evidente que el principio oficial o inquisitorio tiene plena aplicación».

C) El Derecho procesal constitucional

Mientras que los capítulos anteriores sirvieron para establecer la naturaleza procesal de la disciplina como rama del Derecho procesal, este tercer capítulo lo destina FIX-ZAMUDIO a su sistematización dogmática. Este apartado constituye el primer estudio realizado sobre la «ciencia del Derecho procesal constitucional» como disciplina procesal. Y para ello el autor lo divide en siete partes:

a) *Nacimiento de la disciplina*. Partiendo de la evolución del Derecho procesal como ciencia expuesta en los capítulos precedentes, FIX-ZAMUDIO enfatiza que «llegamos a la conclusión de que existe una disciplina instrumental que se ocupa del estudio de las normas que sirven de medio para la realización de las disposiciones contenidas en los preceptos constitucionales, cuando éstos son desconocidos, violados o existe incertidumbre sobre su significado: siendo esta materia una de las ramas más jóvenes de la ciencia del Derecho procesal, y por tanto, no ha sido objeto todavía de una doctrina sistemática que defina su verdadera naturaleza y establezca sus límites dentro del inmenso campo del Derecho».

Esta aseveración resulta significativa, en la medida en que reconoce el propio FIX-ZAMUDIO que el Derecho procesal constitucional todavía no había sido objeto de un análisis sistemático que estableciera su naturaleza jurídica. Esto confirma nuestra hipótesis relativa a que en realidad el trabajo de FIX-ZAMUDIO que estamos comentando representa el primero en sistematizarla en su dimensión de disciplina autónoma procesal, lo cual dista de la intención de KELSEN en su ensayo de 1928. De esta manera, estimamos que no debemos confundir la base de cimentación (KELSEN), con la construcción dogmática de la disciplina

como ciencia procesal (COUTURE, CALAMANDREI, CAPPELETTI), hasta llegar a su reconocimiento (ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO) y sistematización conceptual (FIX-ZAMUDIO).

FIX-ZAMUDIO parte de las consideraciones de KELSEN y advierte que los diversos estudios que se han realizado en relación con los métodos para actualizar los mandatos de la Constitución están dispersos en los manuales de Derecho político o constitucional y englobados bajo la denominación genérica de «Defensa constitucional», por lo que con mayor razón considera que el análisis del concepto de proceso constitucional sea nuevo y prácticamente virgen. Considera que esto se debe, por una parte, a que la Constitución, como objeto de conocimiento, ha sido estudiada preferentemente desde el punto de vista sociológico y político, y de manera secundaria su aspecto estrictamente normativo. Por la otra, a que las normas constitucionales están frecuentemente desprovistas de sanción, esto es, carecen de remedios jurídicos en caso de su violación, recurriéndose frecuentemente a medios políticos para lograr la reparación o cumplimiento de la norma infringida, lo que ha provocado que los estudios se concentren en esa protección política o sociológica. Sin embargo, a partir de las ideas de H. KELSEN y de MIRKINE-GUETZEVICHT sobre la «racionalización del poder» y continuada por C. SCHMITT, H. HELLER y otros juristas, se alienta la preocupación de un estudio científico de la salvaguardia de la constitución, incluso en la doctrina francesa (L. DUGUIT, G. JESE y J. BONNECASE), para predicar la nueva corriente del control jurisdiccional de la constitución, que ya venía aplicándose en los Estados Unidos derivada de la jurisprudencia de su Corte Suprema.

b) *La defensa constitucional.* Éste es un apartado de relevancia en la medida en que FIX-ZAMUDIO, con la finalidad de contribuir al objeto de estudio de la nueva rama procesal, emprende su deslinde con el Derecho constitucional. Esta delimitación la realiza a través de la distinción entre los conceptos de «Defensa» y «Garantía» de la Constitución. Asevera que esta confusión lleva a «errores semánticos», de manera similar a los que se producen cuando se identifica el Derecho subjetivo con la acción procesal.

El autor parte de la concepción de CALAMANDREI sobre las disposiciones «primarias» dirigidas al sujeto jurídico y las «secundarias» enderezadas hacia un órgano del Estado encargado de imponer ese mandato primario, así como de las ideas de J. y R. GOLDSCHMIDT sobre el carácter «justicial» de aquellas normas secundarias o sancionatorias. Bajo esta concepción, entiende que «las garantías de las normas supremas son aquellas de carácter justicial formal que establecen la actualización del poder que debe imponer la voluntad del constituyente». Y señala su preferencia por la expresión «garantía» de las también utilizadas connotaciones relativas a la «tutela» o «control», al estimar que la primera implica en sentido estricto un remedio, un aspecto terapéutico o restaurador, mientras que las otras expresiones son demasiado amplias.

La «Defensa de la Constitución», conforme al pensamiento de FIX-ZAMUDIO, constituye un concepto genérico de salvaguarda de la norma suprema, que comprende tanto a los aspectos «patológicos» como «fisiológicos en la defensa de la ley fundamental, a manera de sus dos especies: A) La primera, denominada «Protección constitucional», es materia de la ciencia política en general, de la teoría del Estado y del Derecho constitucional. Comprende la protección políti-

ca (principio de división de poderes), protección jurídica (procedimiento dificultado de reforma constitucional), protección económica (control del presupuesto del Estado) y la protección social (organización de los partidos políticos), teniendo un carácter eminentemente «preventivo o preservativo», y B) La segunda, que denomina «Garantías constitucionales», materia del Derecho procesal constitucional y que constituyen los remedios jurídicos de naturaleza procesal destinados a reintegrar la eficacia de los preceptos constitucionales violados, por lo que tienen un carácter «restitutorio o reparador».

c) *Garantías fundamentales y Garantías de la Constitución.* FIX-ZAMUDIO se detiene a su vez en las tres diversas connotaciones de la expresión «garantías» que se le otorgan en el Derecho público. Por un lado la tradicional denominación de «garantías fundamentales» como sinónimo de derechos, utilizada por las constituciones francesas posteriores a la Revolución de 1789; por otro, aquella concepción que se refiere a los instrumentos sociales, políticos y jurídicos para preservar el orden jurídico establecido en la constitución (JELLINEK); y por último, su significación como método procesal para hacer efectivos los mandatos fundamentales. De ahí concibe la distinción contemporánea que debe existir entre «Garantías fundamentales» entendidas como derechos y «Garantías constitucionales» referidas a los medios procesales que dan efectividad a los mandatos fundamentales cuando son desconocidos, violados o existe incertidumbre respecto de su forma o contenido.

d) *Diversos sistemas de garantías de la Constitución.* Una vez definida la significación de las «garantías constitucionales» se analizan los sistemas establecidos para reintegrar la validez del orden constitucional. Partiendo de los dos sistemas significados por KELSEN relativos a la «abrogación de la ley inconstitucional» y la «responsabilidad personal del órgano», el autor estima que esta clasificación resulta insuficiente al quedar excluidos aquellos actos contrarios a las disposiciones dogmáticas y orgánicas de la Constitución que no tengan carácter legislativo. Por tanto, FIX-ZAMUDIO estima que en realidad los sistemas de garantías de la constitución son de tres clases:

i) *Garantía política*, que realiza un órgano político, pudiendo ser alguno de los existentes en la estructura de la constitución o bien un órgano especialmente creado. Es un órgano calificado como poder «neutral» «intermedio» «regulador» o «moderador» conforme a la concepción de SCHMITT y que tiene su origen en la teoría de la monarquía constitucional del siglo XIX (B. CONSTANT).

ii) *Garantía judicial de la Constitución*, que se sigue ante un tribunal establecido al efecto, teniendo como función la de declarar, sea de oficio o principalmente a petición de personas u órganos públicos legítimos, cuando una ley o un acto son contrarios a la ley fundamental y produce tal declaración la anulación absoluta de los mismos. Advierte el autor dos sistemas, el que denomina «austriaco» por obra de KELSEN, si bien con precedentes anteriores en algunas Constituciones alemanas como las de Baviera (1818) y Sajonia (1831), que instituyeron un Tribunal de Justicia Constitucional como lo advertía SCHMITT; y el que denomina «español», por haberse creado en la Constitución de la II República española de 1931, que si bien se inspiró en el sistema «austriaco», estableció modalidades que permiten considerarlo como un sistema peculiar con procedimientos específicos.

iii) *Garantía jurisdiccional de la Constitución*, que realizan los órganos estrictamente jurisdiccionales actuando en la composición de la litis sobre el contenido o forma de una norma constitucional, para el caso concreto y a través del «agravio personal». El autor lo denomina «sistema americano», en virtud de que es seguido en términos generales por los países de ese continente y derivado de la Constitución de los Estados Unidos de 1787. Este sistema se divide, conforme a la concepción del autor, en dos grandes ramas: la primera que se realiza a través de una verdadera jurisdicción constitucional (como señala sucede en México debido a que del amparo conoce privativamente y con procedimiento especial el Poder Judicial de la Federación); y la segunda, cuyo control se realiza por el poder judicial común (excepto los denominados *extraordinary legal remedies*) dentro del procedimiento ordinario.

e) *Ventajas y superioridad de la garantía jurisdiccional*. El autor precisa que no existen en forma típica ni exclusiva los diversos sistemas de garantías de la Constitución. Sin embargo, las argumentaciones de FIX-ZAMUDIO se dirigen a la superioridad que caracteriza al sistema de garantía jurisdiccional, sea como integrante de una jurisdicción especializada o como órgano judicial ordinario, al ser la figura del juez el defensor más calificado de las normas fundamentales, actuando sin apasionamiento ni vehemencia de las lides políticas.

f) *Concepto de Derecho procesal constitucional*. Así llega el autor a una definición de lo que entiende por Derecho procesal constitucional, al concebirla como «la disciplina que se ocupa del estudio de las garantías de la Constitución, es decir, de los instrumentos normativos de carácter represivo y reparador que tienen por objeto remover los obstáculos existentes para el cumplimiento de las normas fundamentales, cuando las mismas han sido violadas, desconocidas o existe incertidumbre acerca de su alcance o de su contenido, o para decirlo en palabras carneltutianas, son las normas instrumentales establecidas para la composición de los litigios constitucionales» (pp. 90-91).

g) *El Derecho procesal constitucional mexicano*. Pone en conexión los apartados anteriores con el ordenamiento jurídico mexicano. Así se ocupa del examen de las garantías de la propia Constitución y que están establecidas en el texto mismo de la norma suprema. FIX-ZAMUDIO advierte tres garantías de carácter jurisdiccional y en tal virtud, tres procesos diversos, a saber: 1) El que denomina «represivo», que corresponde al «juicio político» o «de responsabilidad» (art. 111); 2) El proceso constitucional que se contrae a las controversias entre dos o más Estados, entre los Poderes de un mismo Estado sobre la constitucionalidad de sus actos, de los conflictos entre la Federación y uno o más Estados, así como aquellas en que la Federación fuese parte (art. 105), y 3) El proceso de amparo, que se contrae a la controversia que se suscite por leyes o actos de la autoridad que violen las garantías individuales (art. 103).

D) El proceso constitucional

En este cuarto capítulo el autor estudia de manera particular al amparo como «el proceso constitucional por antonomasia, en virtud de que constituye la garantía normal y permanente de la Constitución, en contradicción con los otros dos que son medios extraordinarios e intermitentes». Partiendo de un es-

tudio genérico de lo que se entiende por «proceso» y de las diversas teorías en su evolución, define al mismo como «el conjunto armónico y ordenado de actos jurídicos, en vista de la composición de la litis de trascendencia jurídica, que establece una relación de las partes con el juzgador y que se desenvuelve en una serie concatenada de situaciones».

Una vez establecida la naturaleza y fines del proceso en general, FIX-ZAMUDIO incursiona en la naturaleza jurídica y fines propios del «proceso de amparo». Así estudia conceptos como la «acción constitucional», la «jurisdicción constitucional», la «relación jurídica procesal» y su «estructura procesal». En este último sentido, la separación estructural de los diversos tipos de amparo constituye una de las principales contribuciones del autor, diseccionando los distintos sectores del amparo mexicano: 1) El primer sector se refiere a su concepción original como medio de protección de los derechos fundamentales en su dimensión individual y colectiva; 2) El segundo como «amparo contra leyes», y 3) El tercero en su dimensión de garantía de la legalidad, es decir, el «amparo casación», que se perfila como un recurso de casación propiamente dicho. Y es por ello que el autor considera que el amparo mexicano tiene una trilogía estructural, de recurso de inconstitucionalidad, de amparo de derechos fundamentales y de amparo de casación, lo que lo lleva también a la conclusión de la desbordante labor que en ese entonces realizaba la Suprema Corte de Justicia, al realizar las funciones de un Tribunal Constitucional, de una Corte de Casación, de un Tribunal Supremo Administrativo y de un Tribunal de Conflictos.

Con esta significativa aportación se inició en México la reivindicación de la naturaleza procesal del amparo. El propio FIX-ZAMUDIO ha reconocido expresamente «iniciar esta corriente» en un importante estudio que preparó con motivo al merecido homenaje a su maestro ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, bajo el título de «El juicio de amparo y enseñanza del Derecho procesal». El profesor mexicano expresa: «Creemos haber tenido el privilegio de iniciar esta corriente con nuestra sencilla tesis profesional intitulada *La garantía jurisdiccional de la Constitución Mexicana* (México, 1955), que lleva el subtítulo significativo de ensayo de una estructuración procesal del amparo, inspirada en las enseñanzas del distinguido procesalista N. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO sobre la unidad del Derecho procesal, y en cuanto a la trilogía estructural de nuestra institución»²³.

Esta definición conceptual, sin embargo, fue debatida por I. BURGOA, destacado profesor de amparo y que en aquel entonces ya contaba con su clásica obra sobre la materia²⁴. En la sexta edición de su obra crítica la corriente procesalista para estudiar el amparo, al considerar que la teoría general del proceso se origina del proceso civil, diferente del amparo por su motivación y teología. Se dio pronto la polémica debido a que el destacado abogado S. OÑATE opinaba

²³ H. FIX-ZAMUDIO, «El juicio de amparo y la enseñanza del Derecho procesal», en el «Número especial. Estudios de Derecho procesal en honor de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año VIII, núms. 22-23, enero-agosto de 1975, p. 429.

²⁴ *El juicio de amparo*, 6.ª ed., México, Porrúa, 1968. La última edición de este clásico libro es la 41.ª ed., de 2006. La 1.ª edición corresponde al año de 1943. El profesor BURGOA falleció a los ochenta y siete años, el 6 de noviembre de 2005. *Ver* las semblanzas de X. GÓMEZ TERÁN y A. HERRERA GARCÍA, que aparecen en la *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 5, enero-junio de 2006, pp. 447-479 y 481-486, respectivamente.

lo contrario, defendiendo el carácter procesal del amparo²⁵. Esto repercutía incluso en la manera en que debía enseñarse la materia en las universidades, ya que tradicionalmente se ha enseñado bajo el título de «garantías y amparo», que implica el estudio propiamente de los derechos fundamentales y del mecanismo procesal de su tutela.

Esto llevó a FIX-ZAMUDIO a defender su postura en los siguientes años, al señalar: «¿En qué consiste esta teoría general del proceso, que parece tan esotérica a varios de los cultivadores del juicio de amparo mexicano? Se trata en realidad de una conclusión muy simple, que consiste en sostener la existencia de una serie de conceptos comunes a todas las ramas de enjuiciamiento, los cuales pueden estudiarse en su aspecto genérico, sin perjuicio de los aspectos peculiares que asumen en cada una de las disciplinas específicas»²⁶.

E) Conclusiones

El último capítulo contiene diecisiete conclusiones que reflejan el contenido del trabajo desarrollado. Para los efectos que aquí interesan, destacan las conclusiones segunda, cuarta y quinta, que expresan:

«SEGUNDA. Las grandes conquistas alcanzadas por la teoría general del proceso en los últimos tiempos, primeramente bajo la dirección de los jurisconsultos alemanes y posteriormente por la ciencia jurídica italiana, que ha trascendido a los procesalistas españoles e hispanoamericanos; y por otra parte, la aparición de una nueva disciplina procesal: “El Derecho procesal constitucional”, permite encauzar el amparo hacia su plena reivindicación procesal, aspecto que ha ocupado hasta la fecha un lugar secundario, pero que promete un gran florecimiento, eliminando los obstáculos que impiden una consciente y necesaria reforma de la legislación de amparo».

«CUARTA. Dentro de la clasificación del proceso en razón de su materia, el amparo debe considerarse formando parte del Derecho procesal constitucional, el cual, por virtud de la categoría de normas que garantiza, que son las fundamentales del ordenamiento jurídico, entra plenamente dentro del sector inquisitorio del Derecho procesal, toda vez que la publicidad de su objeto implica que sus principios formativos establezcan la plena dirección del juzgador, la falta de disposición de las partes tanto sobre el objeto del litigio como sobre el material probatorio, el predominio de la verdad material sobre la formal, y la máxima concentración, publicidad y oralidad del procedimiento».

«QUINTA. La falta de sistematización de una materia tan novedosa, como lo es la Ciencia del Derecho procesal constitucional, cuya consolidación debe situarse en el año de 1928, en el cual el profesor H. KELSEN publicó un fundamental trabajo sobre la misma, hace necesario precisar conceptos, para lo cual debe hacerse la distinción, dentro del género de la Defensa Constitucional de dos grandes grupos de normas que tutelan los mandatos del constituyente: por un lado deben situarse aquellas que sirven de protección a las disposiciones supremas, que tienen un carácter preventivo o preservativo y, por otro, a las de naturaleza procesal o “justicia formal”, que garantizan la constitución de manera represiva y reparadora. Estas últimas constituyen las “Garantías de la Constitución”».

²⁵ La polémica aparece en los periódicos *Excelsior* del 7 de junio y *El Heraldo* de 2 y 5 de julio, todos de 1968; citado por H. FIX-ZAMUDIO, en su estudio «El juicio de amparo y la enseñanza del Derecho procesal», *op. cit.*, p. 426, notas 2 a 4.

²⁶ *Op. ult. cit.*, p. 431.

Hasta aquí el resumen de la trascendental postura doctrinal de FIX-ZAMUDIO que elaboró en su tesis para obtener el grado de licenciado en Derecho en el año de 1955, cuyos capítulos se publicaron parcialmente en distintas revistas al año siguiente. Como puede apreciarse, representa el primer estudio sistemático de la ciencia del Derecho procesal constitucional, entendida como disciplina autónoma procesal.

4. SÍNTESIS DE LAS APORTACIONES DE FIX-ZAMUDIO

El origen científico del Derecho procesal constitucional se inicia con el trascendente estudio de KELSEN en 1928 sobre la garantía jurisdiccional de la Constitución. Este ensayo, que impactó a la concepción misma del Derecho, constituye la base sobre la cual la corriente científica procesal encontraría sustento, por lo que puede considerarse a KELSEN como el precursor de la disciplina. Sin embargo, el desarrollo desde la corriente del procesalismo científico se debió a las aportaciones de E. J. COUTURE (1946-1948), P. CALAMANDREI (1950-1955) y M. CAPPELLETTI (1955). Estos autores desde distintas perspectivas estudiaron las categorías procesales vinculadas a la Constitución, especialmente «el debido proceso», las nuevas «jurisdicciones constitucionales» así como los «procesos constitucionales» que se habían creado. Y es ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO (1944-1947), como acertadamente lo ha puesto de relieve el destacado jurista peruano D. GARCÍA BELAUNDE, el que por vez primera vislumbra la «disciplina científica» y le otorga nombre. Faltaba, sin embargo, la configuración conceptual y sistemática, que la realizará H. FIX-ZAMUDIO (1955-1956), a manera de último eslabón de construcción de la ciencia del Derecho procesal constitucional.

Es precisamente con la clara postura doctrinal de FIX-ZAMUDIO donde el Derecho procesal constitucional se termina de configurar «como ciencia», debido a que:

- 1) Parte del reconocimiento de la «falta de sistematización» de la ciencia del Derecho procesal constitucional.
- 2) La incardina en la ciencia procesal a manera de una de sus ramas y como consecuencia natural de la evolución que han experimentado las demás ramas procesales. Si bien ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO lo había puntualizado con anterioridad, es FIX-ZAMUDIO el que lo sustenta científicamente.
- 3) Acepta la teoría de la unidad de la ciencia procesal, aclarando que existe diversidad de procesos y multiplicidad de procedimientos.
- 4) Clasifica las diversas ramas procesales teniendo en cuenta el objeto de sus normas y encontrando la naturaleza propia del Derecho procesal constitucional.
- 5) Ubica al Derecho procesal constitucional dentro de las disciplinas que comprenden el sector inquisitorio del Derecho procesal. Entiende que debido a la publicidad de su objeto implica que sus principios formativos establezcan la plena dirección del juzgador, la falta de disposición de las partes del objeto del litigio como del material probatorio y predomina la verdad material sobre la formal, así como la máxima concentración, publicidad y oralidad del procedimiento.

6) Para determinar el objeto de estudio del Derecho procesal constitucional, realiza un planteamiento integral de la defensa de la Constitución.

7) Partiendo de la connotación genérica de la defensa constitucional, distingue entre sus especies dos grandes grupos de normas que tutelan los mandatos del constituyente. Por una parte las que denomina «Protección constitucional», que protegen las disposiciones supremas teniendo un carácter preventivo o preservativo. Las segundas, que denomina «Garantías constitucionales» se integran por los instrumentos procesales que garantizan la constitución de manera represiva y reparadora.

8) Delimita el estudio entre la ciencia constitucional y la procesal, puntualizando que las primeras pertenecen al campo del Derecho constitucional, Derecho político o teoría del estado; mientras que las segundas constituyen objeto de estudio del Derecho procesal constitucional.

9) Estudia las diversas connotaciones que desde el Derecho público se le han atribuido al vocablo «garantías», para deducir que la concepción contemporánea de las «Garantías constitucionales» se dirige a su significación como instrumentos de protección y no en su dimensión de derechos fundamentales. Esto lo lleva a distinguir, por tanto, las «Garantías fundamentales» de las «Garantías de la Constitución», entendiendo estos últimos como los instrumentos normativos de carácter represivo y reparador que tienen por objeto remover los obstáculos existentes para el cumplimiento de las normas fundamentales.

10) Distingue tres especies de «Garantías de la Constitución»: política, judicial y jurisdiccional, que producen los tres sistemas existentes en la defensa de la Constitución.

11) Estudia el por qué la «garantía jurisdiccional» es la que ofrece mayores ventajas.

12) Se establece por primera vez un concepto del Derecho procesal constitucional, entendido como la disciplina que se ocupa del estudio de las garantías de la Constitución, es decir, de los instrumentos normativos de carácter represivo y reparador que tienen por objeto remover los obstáculos existentes para el cumplimiento de las normas fundamentales, cuando las mismas han sido violadas, desconocidas o exista incertidumbre acerca de su alcance o de su contenido.

13) Establece el contenido del Derecho procesal constitucional mexicano, identificando las garantías constitucionales establecidas en su ley fundamental.

14) Para definir el «proceso constitucional» se parte de la naturaleza jurídica y fines mismos del «proceso», como una de las categorías fundamentales de la ciencia procesal. Para ello se emprende el análisis de las diversas teorías desde la corriente del procesalismo científico.

15) Define al proceso como el conjunto armónico y ordenado de actos jurídicos, en vista de la composición de la litis de trascendencia jurídica, que implica la vinculación de las partes con el juzgador y que se desenvuelve a través de una serie de situaciones jurídicas que se van sucediendo según las partes actúen en relación con las expectativas, posibilidades, cargas y liberación de cargas que les son atribuidas.

16) Se distingue entre los fines de las pretensiones de las partes (protección de los derechos subjetivos), de la jurisdicción (actuación del Derecho objetivo) y de los fines propios del proceso, que pueden ser inmediatos (composición del litigio) o mediatos (restaurar el orden jurídico violado).

17) Definiendo el proceso y sus fines, llega al entendimiento de que la institución del «amparo» es un «proceso» que merece la calificación de «constitucional» por su doble vinculación con la Ley Fundamental, debido a que su objeto lo constituyen precisamente las normas constitucionales, ya sea directamente o a través del control de legalidad, y además porque su configuración se encuentra en los propios preceptos fundamentales.

18) Analiza las particularidades del «proceso constitucional de amparo», donde advierte que existe una «acción constitucional» y una «jurisdicción constitucional».

19) Advierte la triple naturaleza del proceso de amparo mexicano: como un verdadero amparo (en su concepción original para la protección de los derechos fundamentales), como un «recurso de casación» (amparo-casación) y como un «recurso de inconstitucionalidad» (amparo contra leyes).

20) Analiza la problemática derivada de la compleja competencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al actuar como Tribunal Constitucional, Corte de Casación, Tribunal Supremo Administrativo y Tribunal de Conflictos.

5. COLOFÓN: EL PRIMER ESTUDIO SISTEMÁTICO SOBRE LA DISCIPLINA

Debe tenerse presente que este planteamiento sistemático e integral de la ciencia del Derecho procesal constitucional se realizó por FIX-ZAMUDIO en 1955, cuando todavía no iniciaba funciones la Corte Constitucional italiana y la alemana se encontraba en sus primeros trazos. Es por ello que si bien algunos planteamientos pueden verse superados o redimensionados a la luz del desarrollo contemporáneo que han experimentado las magistraturas constitucionales en sus diversas modalidades, el planteamiento teórico relativo a su definición conceptual y sistemática como disciplina autónoma procesal sigue vigente. En esa dimensión debemos de valorar ese ensayo del hoy investigador emérito del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y replantear su significación histórica ahora que los estudiosos escudriñan el nacimiento científico de la disciplina del Derecho procesal constitucional.

Esta postura es la que, con algunos matices y desarrollos posteriores, ha defendido el profesor mexicano a lo largo de sus más de cincuenta años fructíferos de investigación jurídica, como se puede apreciar de las últimas ediciones de sus trascendentales libros sobre *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*²⁷, *Derecho constitucional mexicano y comparado* (con S. VALENCIA CARMONA)²⁸ e *Introducción al Derecho procesal constitucional*²⁹.

Desde hace más de medio siglo comenzaron sus enseñanzas sobre el Derecho procesal constitucional, que se refleja directa o indirectamente en todos sus libros y donde se pueden apreciar distintas etapas en la evolución de su pensamiento: *El juicio de amparo*³⁰, *Veinticinco años de evolución de la justicia*

²⁷ México, Porrúa-UNAM, 3.ª ed., 2005 (1.ª ed., 1994; 2.ª ed., 1998).

²⁸ México, Porrúa-UNAM, 5.ª ed., 2007 (1.ª ed., 1999; 2.ª ed., 2001; 3.ª ed., 2003, y 4.ª ed., 2005).

²⁹ Querétaro, Fundap, 2002.

³⁰ México, Porrúa, 1964.

*constitucional. 1940-1965*³¹, *Constitución y proceso civil en Latinoamérica*³², *Los Tribunales Constitucionales y los derechos humanos*³³, *Metodología, docencia e investigación jurídicas*³⁴, *La protección jurídica y procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*³⁵, *Latinoamérica: Constitución, proceso y derechos humanos*³⁶, *Protección jurídica de los derechos humanos. Estudios comparativos*³⁷, *Ensayos sobre el derecho de amparo*³⁸, *Justicia constitucional, Ombudsman y derechos humanos*³⁹, *El poder judicial en el ordenamiento mexicano*⁴⁰, *El consejo de la judicatura*⁴¹, *México y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*⁴², *Comentarios a la Ley de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal*⁴³, *Derecho procesal*⁴⁴.

La postura teórica de FIX-ZAMUDIO tardó en darse a conocer. Probablemente debido a que su inicial trabajo de 1955, que constituye su tesis de licenciatura como hemos señalado, apareció en publicaciones dispersas en 1956, siendo hasta 1964 cuando se publica íntegra junto con otros estudios en su libro *El juicio de amparo*. En los siguientes años los rumbos en el análisis científico de la jurisdicción y procesos constitucionales se encaminaron bajo la ciencia constitucional, no obstante que en Italia los procesalistas iniciaron su estudio dogmático a partir de la Constitución de 1947 hasta los primeros años de funcionamiento de la *Corte Costituzionale*⁴⁵. ¿Por qué razón los procesalistas se apartaron de su estudio? Es una respuesta que debería ser analizada con detenimiento y materia de un diverso ensayo.

En Latinoamérica, a partir de la década de los setenta del siglo pasado, la semilla científica sembrada retoma nuevos brotes por los que podríamos denominar forjadores de segunda generación: D. GARCÍA BELAUNDE y N. P. SAGÜÉS. El primero en el Perú, al advertir la existencia de la disciplina cuando emprende un análisis sobre el *habeas corpus* en su país (1971)⁴⁶; y el segundo en Argentina, al estudiar la institución del amparo (1979)⁴⁷. En la década de los ochenta y noventa desarrollan su contenido aceptando implícita o directamente la postura

³¹ México, UNAM, 1968.

³² México, UNAM, 1974.

³³ México, UNAM, 1980 (2.ª ed., UNAM-Porrúa, 1985).

³⁴ México, Porrúa-UNAM, 14.ª ed., 2007 (1.ª ed., UNAM, 1981).

³⁵ Madrid, Civitas-UNAM, 1982.

³⁶ México, UDUAL-Miguel Ángel Porrúa, 1988.

³⁷ México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1991

³⁸ México, Porrúa-UNAM, 3.ª ed., 2003 (1.ª ed., UNAM, 1993; 2.ª ed., Porrúa-UNAM, 1999).

³⁹ México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2.ª ed., 2001 (1.ª ed., 1993, reimpresión 1997).

⁴⁰ Con J. R. Cossío, México, Fondo de Cultura Económica, 3.ª reimpresión, 2003 (1.ª ed., 1996).

⁴¹ Con H. FIX FIERRO, México, UNAM, 1996.

⁴² México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2.ª ed., 1999.

⁴³ México, Porrúa-Comisión Nacional de los Derechos Humanos del Distrito Federal, 1995.

⁴⁴ Con J. OVALLE FAVELA, México, UNAM, 1991 (2.ª ed., 1993).

⁴⁵ Especialmente por los procesalistas en materia civil. Así lo advertía ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO. Cfr. «La protección procesal internacional de los derechos humanos», en AAVV, *Veinte años de evolución de los derechos humanos*, México, UNAM, 1974, pp. 275-384, en p. 278.

⁴⁶ *El habeas corpus interpretado*, Lima, Instituto de Investigaciones Jurídica de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1971, p. 21.

⁴⁷ *Ley de Amparo: comentada, anotada y concordada con las normas provinciales*, Buenos Aires, Astrea, 1979, p. 64.

inicial de FIX-ZAMUDIO de 1955, sobre su autonomía procesal, si bien estos dos constitucionalistas siguen aportando interesantes y originales planteamientos hasta nuestros días. A través de importantes publicaciones, organización de seminarios, congresos, conferencias y enseñanza universitaria, dan a conocer la disciplina y han contribuido de manera importante en su desarrollo científico.

A más de cincuenta años de distancia, la importancia del primer ensayo sistemático de la ciencia del Derecho procesal constitucional que realizara FIX-ZAMUDIO en 1955 sigue vigente, si bien con nuevos enfoques y planteamientos como es natural que suceda en cualquier desarrollo de las disciplinas jurídicas.

IX. LAS SENTENCIAS DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES EN EL ORDENAMIENTO MEXICANO*

En coautoría con Héctor FIX-ZAMUDIO**

1. INTRODUCCIÓN

1. El tema de las sentencias de los tribunales, cortes o salas constitucionales es bastante complicado, debido a que la jurisprudencia de dichos organismos jurisdiccionales especializados han desarrollado numerosos matices que han producido una gran complejidad tanto por lo que se refiere a su naturaleza, contenido, efectos y ejecución de dichos fallos, así como la eficacia de la jurisprudencia de los tribunales internacionales en el ámbito interno.

2. En esta materia es necesario examinar este tema tan complicado no únicamente desde el punto de vista constitucional, sino también debe tomarse en consideración la ciencia del Derecho procesal, así como el Derecho internacional, debido a la creciente influencia de este último en las constituciones nacionales contemporáneas¹.

3. En efecto, desde una perspectiva histórica los conceptos básicos relativos a las resoluciones jurisdiccionales surgieron en el ámbito de la jurisdicción

* Publicado en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, núm. 12, 2008, pp. 199-262.

** Investigador Emérito del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y del Sistema Nacional de Investigadores. Miembro de El Colegio Nacional.

¹ *Cfr.* H. FIX-ZAMUDIO, «La creciente internacionalización de las constituciones iberoamericanas, específicamente en la regulación y protección de los derechos humanos», ponencia presentada en el IX Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional realizado en la ciudad de Curitiba, Estado de Paraná, Brasil, del 16 al 25 de noviembre de 2006. En prensa en las Memorias de dicho Congreso.

ordinaria, y posteriormente fueron analizados sistemáticamente por la doctrina científica del Derecho procesal, en virtud de que en las normas procesales de todas las ramas de enjuiciamiento existía una verdadera anarquía en cuanto a sus categorías y denominación.

4. Estos estudios sobre las resoluciones jurisdiccionales internas influyeron en la redacción de los pactos internacionales que establecieron los tribunales internacionales, tanto en el ámbito universal de las Naciones Unidas, por lo que se refiere a la regulación y reglamentos de la Corte Internacional de Justicia y de la Corte Penal Internacional, como en los regímenes regionales, es decir, de las normas instrumentales de las Cortes Europea, Interamericana y Africana de los Derechos Humanos. En esta dirección el gran procesalista español N. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO en un estudio clásico señaló², a nuestro modo de ver con acierto, que existía escasa precisión en la regulación procesal de los instrumentos y estatutos de las jurisdicciones internacionales, debido a que esta materia había sido abordada inicialmente por los cultivadores del Derecho internacional y eran escasos los procesalistas que intervenían en el análisis de dichos sectores. A partir de las reflexiones del ilustre jurista español, las que se publicaron en España como un pequeño libro aparecido en 1975³, la participación de los cultivadores de la ciencia del Derecho procesal se ha incrementado de manera constante desde esa época, con lo cual las citadas normas procesales internacionales se han perfeccionado progresivamente, para alcanzar una mayor precisión en los propios documentos internacionales.

5. Un enfoque fundamental es el relativo a la ciencia del Derecho constitucional a la que le corresponde proponer a los organismos legislativos de reforma de las normas fundamentales, con la colaboración de los procesalistas, el contenido de las sentencias de los organismos especializados en la solución de los conflictos derivados de la aplicación de las normas fundamentales, ya que los efectos de estas resoluciones no sólo son jurídicos sino también producen consecuencias políticas desde un punto de vista técnico. Por otra parte, esta materia se ha vuelto cada vez más compleja y así lo evidencian los estudios doctrinales sobre la misma que con el tiempo han construido una riquísima bibliografía integrada por los artículos y libros dedicados al análisis de dichos organismos y, por supuesto, de las resoluciones que pronuncian en cuanto a su naturaleza, contenido, efectos, cumplimiento y ejecución.

6. Debe destacarse que la estructura y funciones de los citados tribunales, cortes o salas constitucionales, se han inspirado en los tribunales ordinarios, como se ha sostenido con anterioridad, con las modificaciones que derivan de su contenido fundamental, cuando pretenden resolver los conflictos que se originan en la aplicación de las normas supremas, las que además de efectos jurídicos también poseen trascendencia política desde un punto de vista técnico y no partidista.

² Cfr. N. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, «La protección internacional de los derechos humanos», en la obra coordinada por dicho autor, *Veinte años de evolución de los derechos humanos*, México, UNAM, 1974. pp. 275-384.

³ Cfr. N. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *Protección internacional de los derechos humanos* (revisión y actualización del estudio del mismo nombre citado en la nota anterior), Madrid, Civitas, 1975, en especial pp. 11-19.

7. Un aspecto que no debemos perder de vista es el relativo a que la jurisdicción constitucional se apoya en el concepto de la *Constitución como norma jurídica*, que destacó un estudio clásico del reconocido jurista español E. GARCÍA DE ENTERRÍA, según el cual esta figura surgió en la Constitución norteamericana de 1787, ya que en ella se estableció el inicio de la llamada *judicial review of legislation*, la que se encomendó en primera instancia a los jueces locales y federales, confiriéndoles la atribución de desaplicar las disposiciones generales legislativas, cuando estimaran que estas últimas contradecían las disposiciones de la Carta Federal⁴.

8. Por el contrario, en Europa (con excepción de Inglaterra, que no expidió una Constitución escrita sino una serie de instrumentos legislativos aislados, algunos de carácter histórico como la Magna Carta cuya primera versión fue suscrita en 1215), las Leyes Fundamentales surgidas con posterioridad a la Revolución francesa, si bien consagraron el principio de la supremacía de las propias constituciones sobre todo el ordenamiento jurídico, no le otorgaron valor normativo sino exclusivamente político, de manera que los conflictos de su aplicación se encomendaban ya sea a un organismo especializado, como ocurrió en la tradición francesa, o bien directamente a los organismos legislativos que habían expedido las normas secundarias impugnadas.

9. Por ello, el concepto de la Constitución como norma jurídica en Europa Continental surgió con mucha posterioridad al que se inspiró en las Cartas Fundamentales de toda América, incluyendo Canadá, debido al ejemplo establecido en la Constitución Federal de los Estados Unidos de 1787, al que se ha hecho referencia con anterioridad (*vid. supra* párrafo 7). Este último se ha calificado como *sistema americano*, y se ha caracterizado como un *régimen difuso*; la vía para plantear la cuestión de inconstitucionalidad es incidental o prejudicial en cuanto se promueve ante el juez ordinario a fin de que el mismo esté en posibilidad de desaplicar, ya sea de parte, de oficio o a petición del ministerio público, las normas locales o federales que se estimen contrarias a las normas fundamentales, y los efectos, en principio son únicamente particulares, es decir, que se refieren exclusivamente al caso concreto en el cual se inicia la objeción de inconstitucionalidad. En efecto, la Constitución como norma jurídica se consagró en la Constitución Federal austriaca de 1920, que recogió el pensamiento del ilustre jurista austriaco H. KELSEN, quien además de ponente fue miembro de la Comisión de Constitución del Congreso Constituyente. Dicho documento fundamental estableció la Corte Constitucional, como un organismo constitucional autónomo fuera del poder judicial, con el objeto de resolver los conflictos surgidos con motivo de la aplicación de las normas fundamentales⁵.

10. Con la Carta Fundamental austriaca se generó un nuevo régimen de control de constitucionalidad diverso del estrictamente político que había fun-

⁴ Cfr. *La Constitución como norma jurídica y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1982.

⁵ Cfr. H. KELSEN, «La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)», en *Revue de Droit Public et de la Science Politique en France e à l'Étranger*, Paris, 1928, trad. castellana de R. TAMAYO Y SALMORÁN, «La garantía jurisdiccional de la Constitución. La justicia constitucional», en *Anuario Jurídico*, UNAM, 1974, traducción reproducida como folleto, México, UNAM, 2001; *id.*, «¿Chi dev'essere il custode della Costituzione?», trad. de C. GERACI, Milano, Giuffrè, 1981 (trad. castellana de R. J. BRIE, «¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?», estudio preliminar de G. GASÍO y supervisión técnica de E. BULYGIN, Madrid, Tecnos, 1995).

cionado en ese continente con anterioridad. Este nuevo sistema ha sido calificado como *continental europeo o kelseniano*, el que se ha caracterizado por configurar un sistema calificado de *concentrado* (en contraste del difuso del sistema americano), cuya vía es *directa* ante el órgano especializado, y sus efectos *generales o erga omnes*, en los supuestos de impugnación de normas legislativas. Por otra parte, también podían combatirse actos concretos de violación de los derechos humanos, ante la citada Corte Constitucional, pero sólo en casos urgentes podía proponerse directamente, de otra forma era necesario agotar los recursos legales. Pero entonces los efectos de la sentencia estimatoria eran únicamente particulares para las partes en el caso concreto. Como puede observarse, teóricamente los lineamientos de este régimen eran los contrarios del americano⁶.

11. Este último régimen tuvo seguidores en la primera posguerra y podemos mencionar como ejemplos la Corte Constitucional de Checoslovaquia, la que si bien se promulgó poco tiempo antes de la austriaca, en realidad se inspiró en el modelo de esta última⁷. Otro ejemplo que se puede citar es el del Tribunal de Garantías Constitucionales de la Carta española republicana de 1931⁸.

12. En la segunda posguerra el paradigma austriaco recibió una gran acogida, en particular en los países que padecieron gobiernos totalitarios, como Italia (1948), la República Federal de Alemania (1949) y posteriormente Portugal (1974-1982) y España (1978), y de manera paulatina el modelo se extendió a varios ordenamientos fundamentales de diversas tradiciones jurídicas, y con posterioridad a 1989, cuando los países de Europa del Este iniciaron su independencia del paradigma soviético y se aproximaron a las democracias occidentales, la mayoría de ellos establecieron, con matices y modalidades, Cortes y Tribunales Constitucionales, inclusive la República Federativa de Rusia y algunos de los países que forman la Comunidad de Estados Independientes que se independizaron de la antigua Unión Soviética. También algunos ordenamientos latinoamericanos, sin abandonar totalmente el modelo americano, incorporaron Cortes y Tribunales Constitucionales, y además algunos de ellos innovaron el modelo europeo occidental al establecer Salas Constitucionales autónomas, en el seno de las Cortes o Tribunales Supremos⁹. Al conservar en su mayor parte el sistema

⁶ Cfr. P. CALAMANDREI, sostuvo que en sus comienzos los dos sistemas básicos de justicia constitucional el americano y el austriaco diferían sustancialmente. Según este ilustre procesalista el primero era necesariamente *difuso, incidental, especial y declarativo*, y el segundo era *concentrado, principal, general y constitutivo*, en su estudio «La illegittimità costituzionale delle legge nel processo civile», *Opere Giuridiche*, Napoli, Morano, 1968, t. III, p. 350.

⁷ Cfr. Ch. EISENMANN, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d'Autriche*, prefacio original de H. KELSEN; reimpresión de la edición de 1928, con un prólogo de G. VEDEL y un apéndice de L. FAVOREU, Paris, Economica, 1986.

⁸ J. L. CASCAJO CASTRO, «Kelsen y la Constitución española de 1931», en la *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, enero-febrero de 1978, pp. 243-255; N. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, «Significado y funciones del Tribunal de Garantías constitucionales» en el libro del mismo autor *Ensayos de Derecho procesal civil, penal y constitucional*, Buenos Aires, Revista de Jurisprudencia Argentina, 1944, pp. 503-505; P. CRUZ VILLALÓN, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 232-419; J. F. PALOMINO MANCHEGO, «El Tribunal de Garantías de la II República Española», en *Ius et Praxis*, Lima, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, núm. 25, enero-diciembre de 1993, pp. 223-257.

⁹ Cfr. F. FERNÁNDEZ SEGADO, *La justicia constitucional en el siglo XXI. La progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo kelseniano*, México, UNAM, 2004; E. FERRER MAC-GREGOR, *Los Tribunales Constitucionales en Iberoamérica*, México, Fundap, 2002.

americano, es decir el difuso, al lado de los organismos jurisdiccionales especializados, los ordenamientos latinoamericanos configuraron *regímenes mixtos o combinados*. Finalmente, se puede afirmar que ambos sistemas americano y europeo continental se han aproximado de manera paulatina pero creciente, ya que en la actualidad predominan los sistemas mixtos y combinados en la mayoría de los ordenamientos en los cuales se aplica la justicia constitucional¹⁰.

13. Otro aspecto que resulta conveniente subrayar y que influye en la naturaleza de las sentencias de constitucionalidad se refiere al fenómeno contemporáneo de la creciente *judicialización de las cuestiones políticas*¹¹, debido a que las cartas fundamentales de nuestros tiempos establecen lineamientos jurídicos y por tanto sujetos a la jurisdicción constitucional, de numerosas normas de procedimiento y competencia para expedir, modificar o revocar actos de esta naturaleza y que por tanto están reglados, a diferencia de otros que son de carácter discrecional para las autoridades y también para los partidos políticos. Precisamente uno de los sectores que han adquirido mayor relevancia es el relativo a la justicia constitucional, que actualmente ha sido analizada por una disciplina científica que ha recibido la denominación, muy difundida en el presente, de *Derecho procesal constitucional*¹². La evolución que ha experimentado esta nue-

¹⁰ Cfr. Además de los tribunales y cortes constitucionales señalados específicamente en el texto, podemos indicar en Europa del Este a: Albania (1992); Bosnia-Herzegovina (1995); Bulgaria (1991); Croacia (1990); República Checa (1992); Eslovaquia (1992); Eslovenia (1991); Estonia (1992); Hungría (1989); Letonia (1996); Lituania (1992); Macedonia (1992); Moldavia (1994); Polonia (1982-1989 y actualmente en su nueva Carta Constitucional de 1997); Rumania (1999), y Yugoslavia (1992). Como bibliografía relativa a estos organismos jurisdiccionales especializados: L. FAVOREU, *Los Tribunales Constitucionales*, trad. de V. VILLICAMPA, Barcelona, Ariel, 1996; D. ROUSSEU, *La justice constitutionnelle en Europe*, Paris, Montcherstein, 1992, pp. 51-156; J. J. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, Madrid, Tecnos, 2002; M. OLIVETTI y T. GROPPI (coords.), *La giustizia costituzionale in Europa*, Milano, Dott. A. Giuffrè, 2003; y en particular para los de Europa del Este, se pueden citar: H. FIX-ZAMUDIO, «Estudio preliminar» a la traducción castellana del libro de P. BISCARETTI DI RUFFÍA, *Introducción al Derecho constitucional comparado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, pp. 26-28; S. BARTOLA et al., «Transformazione costituzionali nell'Este di Europe», en *Quaderni Costituzionali*, Padua, Il Mulino, diciembre de 1992, pp. 383-397; P. HÄBERLE, «Constitutional Developments in Easter Europe from the Point of View of Jurisprudence and Constitutional Theory», en *Law and State*, Tübingen, núm. 46, pp. 66-76; M. TORRES PÉREZ y C. FLORES JUBERÍAS, «Materiales para un estudio comparado de la justicia constitucional en Europa Central y Oriental», en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Furió Ceriol*, núms. 20-21, España, Departamento de Derecho Constitucional y Ciencia Política de la Universidad de Valencia, 1997, pp. 221-265; M. MAZZA, *La giustizia costituzionale in Europa Orientale*, Padua, Cedam, 1999; H. SCHWARTZ, *The Struggle for Constitutional Justice in Post Communist Europe*, Chicago, University of Chicago Press, 2000.

¹¹ Cfr. H. FIX-ZAMUDIO, «La justicia constitucional y la judicialización de la política», en la obra *Constitución y constitucionalismo hoy. Cincuentenario del Derecho constitucional comparado de Manuel García Pelayo*, Caracas, Fundación Manuel García Pelayo, pp. 565-572.

¹² La bibliografía sobre el Derecho procesal constitucional como disciplina jurídica ha crecido de manera constante y progresiva en los últimos años, por lo que citaremos únicamente aquellas obras que se consideran más accesibles: H. FIX-ZAMUDIO, diversos artículos y la monografía *Introducción al Derecho procesal constitucional*, México, Fundap, 2002, esp. pp. 19-31; la calificación de Derecho procesal constitucional fue utilizada por primera vez en México por el ilustre procesalista español N. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, que residió durante treinta años en nuestro país, en su clásica obra *Proceso, autocomposición y autodefensa*, 3.ª ed., México, UNAM, 1993, p. 214; E. FERRER MAC-GREGOR, *Ensayos sobre Derecho procesal constitucional*, México, Porrúa-CNDH, 2004; N. P. SAGÜES, «Derecho procesal constitucional», en su libro *Recurso Extraordinario*, 2.ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1989, pp. 11 y ss.; R. ROSAS, *Processo constitucional. Direito processual constitucional*, São Paulo, Saravia, 1987; J. A. DE OLIVEIRA BARACHO, *Processo constitucional*, Belo Horizonte, 1981; J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Derecho procesal constitucional*, Madrid, Civitas, 1980; H. QUIROGA CUBILLOS, *El proceso cons-*

va disciplina en Latinoamérica ha sido espectacular si se toma en cuenta que se han instaurado cursos especializados de este sector del Derecho procesal en la licenciatura y en el posgrado de numerosas escuelas y facultades de Derecho en Latinoamérica, además que se han consolidado institutos de investigación tanto en la región como en varios países en el continente, inclusive en México¹³.

2. PRINCIPIOS BÁSICOS DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES

14. Para conocer su naturaleza, contenido y efectos es preciso abordar el tema de acuerdo con los principios básicos de la disciplina denominada *Teoría General del Proceso* (con mayor propiedad, del *Derecho procesal*), ya que es evidente que las cámaras legislativas al establecer los organismos jurisdiccionales especializados en la resolución de conflictos constitucionales se inspiraron en los tiempos actuales en esa disciplina para establecer las bases para los Tribu-

tucional, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1985; E. REY CANTOR, *Introducción al Derecho procesal constitucional (controles de constitucionalidad y de legalidad)*, Cali, Colombia, Universidad Libre, 1994; O. A. GOZAÍN, *El Derecho procesal constitucional y los derechos humanos (vínculos y autonomías)*, México, UNAM, 1995; R. HERNÁNDEZ VALLE, *Derecho procesal constitucional*, San José, Costa Rica, 1995; E. RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, *Derecho procesal constitucional*, 3.ª ed., Lima, Grijley, 2007; I. ESCOBAR FORNOS, *Derecho procesal constitucional*, Managua, Hispaner, 1999; D. GARCÍA BELLAUNDE, *Derecho procesal constitucional*, Trujillo, Perú, Universidad César Vallejo, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998; 2.ª ed., Bogotá, Temis, 2001; J. PALOMINO MANCHEGO, «Contribuciones de Domingo García Belaunde al Derecho procesal constitucional», en *Revista Jurídica del Perú*, Lima, año LII, núm. 42, enero de 2003, pp. 155-163; A. QUIROGA LEÓN, «El Derecho procesal constitucional peruano», en la obra coordinada por J. VEGA GÓMEZ y E. CORZO SOSA. *Instrumentos de tutela y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 2002, pp. 471-503; J. C. HITTERS, «Derecho procesal constitucional», en la obra del mismo nombre coordinada por E. FERRER MAC-GREGOR, 5.ª ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia, de la Nación, 2006, t. I, pp. 269-287; C. LANDA ARROYO, *Teoría del Derecho procesal constitucional*, Lima, Palestra Editores, 2003; G. ZAGREBELSKY, *¿Derecho procesal constitucional? y otros ensayos de justicia constitucional*, trad. castellana supervisada por M.ª C. AINCIBURU, México, Fundap, 2000, pp. 5-57.

¹³ Se encuentra en pleno desarrollo el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional establecido en la Universidad de Rosario, Argentina, por el destacado constitucionalista de ese país, N. P. SAGÜÉS, que lo preside muy justificadamente y con gran dinamismo. En efecto, dicho Instituto ha promovido y celebrado V Encuentros Iberoamericanos en varios países de Latinoamérica (Argentina, Costa Rica, Guatemala, Chile y México) y además se edita en México la prestigiada *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, publicada por Editorial Porrúa y el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, cuyo primer número correspondiente a los meses enero-junio de 2004 y ha seguido publicándose semestralmente desde entonces y el núm. 8, el más reciente corresponde a los meses julio-diciembre de 2007, todos ellos dirigidos por Eduardo Ferrer Mac-Gregor. Por otra parte, se creó en la ciudad de Monterrey, Nuevo León, con motivo de la celebración del Coloquio Internacional de Derecho Procesal Constitucional, en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Nuevo León, en septiembre de 2004, el Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, y se designaron como presidente y vicepresidente a los doctores E. FERRER MAC-GREGOR y A. ZALDÍVAR LELO DE LARREA, coordinadores de dicha importante reunión académica, y dicho Instituto con la colaboración del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y la misma Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Nuevo León, realizó el Primer Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional en la ciudad de Monterrey, Nuevo León, los días 6 a 10 de septiembre de 2005, cuya Memoria, con el título de *Procesos Constitucionales* fue coordinada por los propios presidente y vicepresidente del citado Instituto Mexicano y publicada por la Editorial Porrúa y por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM en el año de 2007; y se encuentra en prensa la Memoria del Segundo Congreso realizado en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, los días 29 de mayo al 1 de junio de 2007, denominado «La protección constitucional de los derechos fundamentales».

nales Constitucionales. Pero debe tomarse en consideración que debido a la naturaleza fundamental de los conflictos que dichos organismos deben resolver, se requirió el establecimiento de matices y modalidades¹⁴.

15. No debe olvidarse que si bien los mencionados organismos especializados deciden de manera definitiva las cuestiones de constitucionalidad, los jueces y tribunales ordinarios también intervienen de cierta forma en el examen de las cuestiones constitucionales, en cuanto dichos juzgadores están obligados a aplicar las normas ordinarias de acuerdo con los preceptos constitucionales, directamente en el sistema americano (control difuso), y en forma refleja en el régimen europeo continental (control concentrado). En este último los jueces y tribunales ordinarios no están facultados para pronunciarse sobre la constitucionalidad de las normas que aplican en los procesos concretos, pero sí tienen la atribución de elevar el asunto ante la jurisdicción especializada, para que ésta decida sobre la constitucionalidad de dichas normas ordinarias, y los criterios de estos últimos son definitivos y con efectos generales, por lo que todos los jueces ordinarios resolverán las controversias pendientes sobre la materia de la cuestión de constitucionalidad, con los lineamientos de los especializados, cuya jurisprudencia es obligatoria. En el régimen europeo es paradigmático el artículo 5.º, fracción I, de la Ley Orgánica del Poder Judicial español, cuyo contenido conviene transcribir: «La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico y vincula a todos los jueces y tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos [...]».

16. Los clásicos de la ciencia del Derecho procesal¹⁵ analizaron las categorías y contenido de las resoluciones judiciales de los jueces ordinarios, ya que los diversos códigos procesales, tanto civiles como penales, seguían criterios diversos sobre esta materia, lo que provocaba una verdadera confusión, por lo que de manera paulatina se construyeron los lineamientos que debían clarificar estas divergencias. La doctrina procesal contemporánea considera, en esencia, que sólo deben existir tres categorías de decisiones jurisdiccionales: a) *los proveídos o acuerdos*, que son aquellos que resuelven aspectos secundarios del procedimiento; b) *los autos*, es decir, que deciden una situación importante del proceso,

¹⁴ También en esta materia las aportaciones doctrinales son numerosas, por lo que se mencionan únicamente los estudios publicados en nuestro país. Encabeza la lista la obra clásica del insigne procesalista español N. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*, 2 vols., México, UNAM, 1974, reimpresso también por la UNAM en 1992; J. OVALLE FAVELA, *Teoría general del proceso*, 6.ª ed., México, Oxford University Press, 2005; C. GÓMEZ LARA, *Teoría general del proceso*, 10.ª ed., México, Oxford University Press, 2004; *id.*, «La teoría general del proceso y el Derecho procesal constitucional», en la obra *Derecho procesal constitucional*, coord. por E. FERRER MAC-GREGOR, *op. cit.*, *supra* nota 12, t. I, pp. 259-268; C. ARELLANO GARCÍA, *Teoría general del proceso*, 8.ª ed., México, Porrúa, 1999; G. ARMIENTA CALDERÓN, *Teoría general del proceso (principios, instituciones y categorías procesales)*, México, Porrúa, 2003; y A. SAÍD e I. M. GONZÁLEZ GUTIÉRREZ, *Teoría general del proceso*, México, Iure Editores, 2006.

¹⁵ Las citas se limitan a la doctrina italiana tradicional: F. CARNELUTTI, *Sistema de Derecho procesal civil*, trad. de N. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO y S. SENTIS MELENDO, vol. III, Buenos Aires, Argentina, UTEHA, 1944; *Actos Procesales* de acuerdo con este autor, corresponden a las mencionadas por el Código Procesal Civil italiano de 1940 (arts. 50 y 360), que se dividen en decretos, ordenanzas y sentencias, equivalentes en castellano a decretos, autos y sentencias, pp. 349-363.

y que inclusive pueden tener por efecto la terminación del mismo (como por ejemplo el sobreseimiento), y *c) las sentencias* que resuelven de manera definitiva la controversia, y que pueden ser estimatorias, cuando le dan la razón al demandante o al ministerio público en el proceso penal, desestimatorias o absolutorias, en el supuesto que consideren infundadas las pretensiones del actor o del ministerio público, pero también pueden ser mixtas, es decir reconocer parcialmente las pretensiones de ambas partes.

17. También debe tomarse en cuenta que las sentencias pueden dividirse en *definitivas*, cuando admiten un medio de impugnación ordinario o extraordinario, y *firmes*, cuando no se combaten en el plazo legal, o bien cuando son pronunciadas en última instancia, y por tanto no pueden ser revisadas, salvo los casos excepcionales en que puedan combatirse no obstante que hubiesen obtenido autoridad de cosa juzgada formal y material, que la doctrina califica como *recurso de revisión*, siempre que exista un hecho o circunstancia que no se tomó en cuenta al dictar el fallo, y que pueda afectar la validez de la sentencia. En nuestro ordenamiento esta impugnación excepcional se admite en materia penal, y se califica de *reconocimiento de la inocencia del inculgado*¹⁶.

18. En nuestro ordenamiento todavía no han desaparecido diversas clasificaciones, algunas de las cuales consideramos equivocadas y que derivan de la tradición y la inercia. Sería muy complicado examinar todas ellas, pero se puede señalar que numerosos códigos procesales civiles califican como sentencias a los autos interlocutorios, es decir, que resuelven algunos aspectos esenciales del proceso, pero no deciden el fondo del mismo. Otro error evidente es el que se consigna en el artículo 77 de nuestra Ley de Amparo, que considera como una sentencia al sobreseimiento en el juicio¹⁷, pero esta disposición debe considerarse contradictoria, ya que de acuerdo con la ciencia procesal predominante, el sobreseimiento es una decisión (estrictamente un auto), que resuelve definitivamente la controversia cuando no existe algún presupuesto procesal básico que impide precisamente decidir el fondo del conflicto.

19. Correctamente los códigos procesales penales, tanto los locales como el federal, disponen que el sobreseimiento equivale a una absolución del imputado. El párrafo final del artículo 23 de nuestra Carta Federal, dispone: «[...] Queda prohibida la práctica de la absolución de la instancia». Esta institución también se conocía anteriormente como *sobreseimiento provisional*, lo que significa que ya no se admite en el proceso penal moderno una antigua decisión que si bien no condenaba al imputado por falta de prueba suficiente, no se le absolvía como en la actualidad, por medio de un sobreseimiento que siempre debe ser definiti-

¹⁶ Existe también la acción de nulidad por juicio concluido (fraude procesal), regulado por el artículo 737 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Esta figura fue motivo de pronunciamiento por la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 25 de septiembre de 2007, en la acción de inconstitucionalidad 11/2004 y su acumulada 14/2004, declarando la invalidez con efectos generales de varios incisos y porciones normativas de dicho precepto.

¹⁷ El citado precepto dispone: «Las sentencias que se dicten en los juicios de amparo deberán contener: I. La fijación clara y precisa del acto o actos reclamados y la apreciación de las pruebas conducentes para tenerlos o no por demostrados. II. Los fundamentos legales en que se apoyen para *sobreseer* en el juicio, o bien para declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad del acto reclamado. III. Los puntos resolutive con que debe terminar; concretándose en ellos, con claridad y precisión, el acto o actos por los que *se sobresea*, concede o niega el amparo».

vo, sino que se dejaba abierta la investigación, lo que significaba una amenaza permanente para el acusado.

20. El código mexicano que ha recogido la doctrina procesal con mayor corrección, lo es el *Código Federal de Procedimientos Civiles*, que si bien fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 13 de marzo de 1943, el proyecto fue elaborado por el distinguido jurista mexicano A. MALDONADO, y sus enseñanzas se apoyaban en los grandes procesalistas de esa época, en particular en el ilustre F. CARNELUTTI, cuya doctrina se empezaba a conocer en nuestro país en esa misma época. Consideramos conveniente transcribir el precepto respectivo: «Artículo 220. Las resoluciones judiciales son decretos, autos o sentencias; decretos refieren a simples determinaciones de trámite; autos cuando deciden cualquier punto dentro del negocio (proceso), o sentencias cuando decidan el fondo del negocio».

3. LAS SENTENCIAS CONSTITUCIONALES EN SENTIDO ESTRICTO

21. La doctrina general de las resoluciones judiciales pronunciadas por los jueces y tribunales ordinarios se aplicó en sus lineamientos básicos a las dictadas por los tribunales, cortes y las salas constitucionales, pero su contenido relativo a la solución de las controversias de carácter fundamental confirió a las decisiones definitivas de dichos organismos jurisdiccionales modalidades y matices particulares, si bien los lineamientos tradicionales se aplicaron sin variaciones a las decisiones de trámite y etapas del proceso constitucional, es decir, los acuerdos o decretos y los autos.

22. Un aspecto esencial de estas modalidades lo encontramos en las sentencias dictadas en las controversias sobre la constitucionalidad de normas legislativas, que mayoritariamente tienen efectos generales, si lo comparamos con las sentencias de los tribunales ordinarios, que normalmente sólo se aplican a las partes en el proceso concreto en el cual se pronunciaban, aún en el supuesto de desaplicación de normas generales, de acuerdo con el sistema americano de carácter difuso al que nos hemos referido con anterioridad (*vid. supra* párrafo 7). No obstante, también los jueces administrativos actualmente pronuncian sentencias con efectos generales tratándose de la ilegalidad de los reglamentos, resoluciones que tuvieron como antecedente la jurisprudencia del Consejo de Estado francés sobre esta materia¹⁸.

23. En las últimas decenas del siglo XX y en el presente, los efectos generales de las sentencias civiles y administrativas se han modificado en los casos de la tutela de los llamados *intereses difusos o trascendentales*, que son aquellos cuya titularidad corresponde a un número indeterminado de personas, que además no se encuentran asociadas, y el ejemplo más evidente es el relativo a los consumidores, y posteriormente a los afectados por las obras urbanas, el medio ambiente, y la conservación del patrimonio histórico, entre otros. La primera institución que surgió en esta materia fueron las llamadas *class actions*

¹⁸ Jurisprudencia del Consejo de Estado francés sobre los actos discrecionales, *cf.* E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*, Madrid, Civitas, 1989.

(acciones de grupo), en los Estados Unidos y otros ordenamientos de influencia angloamericana, especialmente en relación con los consumidores indeterminados, las cuales podían ejercerse a nombre de los afectados, por asociaciones dedicadas a su defensa, o bien a petición o autorización del ministerio público (*Attorney General*), y en esta dirección algunos abogados ejercieron las *acciones de interés público* en beneficio de los afectados no organizados. Como una excepción a la legitimación tradicional y el principio de congruencia, las sentencias dictadas por los jueces competentes asumieron efectos generales.

24. En varios ordenamientos latinoamericanos se ha desarrollado este tipo de procesos para beneficio de los intereses difusos o trascendentales por conducto de las llamadas *acciones populares*, como ocurre en las legislaciones fundamentales de Brasil y de Colombia, con efectos generales para los peticionarios y los afectados no organizados¹⁹. Otra posibilidad en este sentido es el desarrollo del llamado *interés legítimo*, al lado de los derechos subjetivos tradicionales, que modifican el sistema de legitimación activa en beneficio de dichos derechos difusos, como se ha puesto de relieve en el proyecto de la nueva Ley de Amparo aprobada por la Suprema Corte de Justicia en el año de 2001 y que se encuentra sometido a las Cámaras del Congreso de la Unión debido a una iniciativa suscrita en 2004 por senadores federales de los tres partidos principales representados

¹⁹ Cfr: la bibliografía tanto hemerográfica como de libros dedicados al estudio de la tutela de los derechos e intereses difusos y colectivos es muy amplia, por lo que nos limitamos a señalar los estudios recientes y asequibles. En primer lugar es conveniente mencionar dos eventos académicos de particular relieve efectuados, el primero en la ciudad de Pavia, Italia, los días 11 y 12 de julio de 1974, cuyos trabajos se publicaron en el volumen intitulado *Le azioni a tutela de interessi collettivi*, Padova, Cedam, 1976, con acento en el análisis de varias ramas procesales, es decir, en las materias administrativa, civil y penal; y la segunda reunión académica se efectuó en el Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Comparado, efectuado en los días 22-25 de mayo de 1975, en la Universidad de Salerno, y las ponencias presentadas fueron incluidas en la obra *La tutela degli interessi diffusi in diritto comparato con particolari riguardo alla protezione dell'ambiente e dei consumatori*, Milano, Giuffrè, 1976. A los anteriores debe agregarse el estudio relativo a «La protección de intereses difusos, fragmentarios y colectivos en el proceso civil» (*Der Schutz diffusse kollektiver Interessen in Zivilprozessrecht*), presentado en el VII Congreso Internacional de Derecho Procesal efectuado en Würzburg, República Federal de Alemania, y cuya ponencia general estuvo a cargo de los profesores M. CAPPELLETTI y B. GARTH. Este estudio fue publicado en la obra colectiva editada por W. J. HABSCHIED, intitulada *Effectiver Rechtsschutz und Verfassungsmässige Ordnung-Effectiveness of Judicial Protection and Constitutional Order*, Bielefeld, Gieseking Verlag, 1983, pp. 181-206; M. LOZANO HIGUERO Y PINTO, *La protección procesal de los intereses difusos*, Madrid, 1983; P. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos*, Pamplona, Aranzadi, 1999; M.ª del P. HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, *Mecanismos de tutela de los intereses difusos y colectivos*, México, UNAM, 1997; L. M. LUJOSA VIDEL, *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, Barcelona, José María Bosch Editor, 1995; E. FERRER MAC-GREGOR, *Juicio de amparo e interés legítimo. La tutela de los derechos difusos y colectivos*, 3.ª ed., México, Porrúa, 2008; A. GIDI, *Coisa julgada e litispendentia em Acões coletivas*, São Paulo, Editora Saraiva, 1995; las obras colectivas coordinadas por A. GIDI y E. FERRER MAC-GREGOR, *Procesos colectivos. La tutela de los intereses difusos e individuales en una perspectiva comparada y La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un Código Modelo para Iberoamérica*, ambas 2.ª ed., México, Porrúa, 2004; L. CABRERA ACEVEDO, *El amparo colectivo protector del ambiente y otros derechos humanos*, México, Porrúa, 2002; de este autor, «Pasado y futuro del amparo colectivo», y de FERRER MAC-GREGOR, «El acceso a la justicia de los intereses de grupo (hacia un juicio de amparo colectivo en México)», estos dos últimos en la obra coordinada por E. FERRER MAC-GREGOR, *Derecho procesal constitucional*, 5.ª ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006, t. 1, pp. 629-637 y 723-743; y el libro coordinado por J. OVALLE FAVELA, *Las acciones para la tutela de los intereses colectivos o de grupo*, México, UNAM, 2004.

en dicho Congreso²⁰. Además, en el año 2008 se presentaron en ambas Cámaras iniciativas de reforma al artículo 17 constitucional para introducir acciones colectivas, pendiente de aprobación.

4. LA INTERPRETACIÓN CONFORME

25. Las sentencias estimatorias en los supuestos de impugnación de normas legislativas poseen efectos generales e implican la nulidad del ordenamiento impugnado o de algunos de sus preceptos, además de las modalidades establecidas por las leyes y reglamentos que regulan la estructura y funciones de los organismos jurisdiccionales que resuelven sobre la inconstitucionalidad de normas generales, quienes establecen algunos temperamentos para paliar los efectos negativos de la aplicación inmediata de la nulidad de las disposiciones legislativas declaradas contrarias a las normas fundamentales, y para ello se otorgan a los tribunales y cortes constitucionales la facultad de fijar fechas flexibles respecto de la aplicación de los efectos generales, que se señalan en los mismos fallos de inconstitucionalidad, con apoyo en las disposiciones reglamentarias correspondientes.

26. Pero además, la jurisprudencia de dichos organismos jurisdiccionales ha desarrollado una nueva institución que se ha calificado *interpretación constitucional conforme* (*verfassungskonforme Auslegung des Gesetzes*), la que tiene su origen en las aportaciones de los fallos del Tribunal Federal Constitucional de la República Alemana, tesis jurisprudencial que en esencia significa que las disposiciones legislativas poseen presunción de constitucionalidad y por tanto, salvo en el supuesto de que la inconstitucionalidad legislativa es evidente e insuperable, previamente a la declaración general de inconstitucionalidad resulta conveniente el intento de conciliar las normas legales impugnadas con las normas fundamentales, por conducto de una interpretación obligatoria, lo que evita los inconvenientes de la declaración general de inconstitucionalidad.

27. Como lo ha señalado certeramente el destacado jurista que hemos citado en varias ocasiones en este modesto estudio, es decir, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, la interpretación conforme tiene su origen en dos principios establecidos previamente en la jurisprudencia de la Corte Suprema Federal norteamericana. En primer lugar, de acuerdo con dicha jurisprudencia, todas las normas generales deben interpretarse *in harmony with the Constitution*, principio al que debe agregarse la regla sobre la *presunción de constitucionalidad de las leyes*, ya que también se supone que los organismos legislativos no expiden normas que intencionalmente contradigan a la Carta Suprema²¹. De acuerdo con estos principios,

²⁰ Cfr. E. FERRER MAC-GREGOR, *Juicio de amparo e interés legítimo. La tutela de los derechos difusos y colectivos*, op. cit., nota anterior. Especialmente *vid.* el artículo 4.º, fracción I, del mencionado Anteproyecto, que establece: «Son partes en el juicio de amparo: I. El quejoso, teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un Derecho o de un *interés jurídico individual o colectivo*, siempre que alegue que el acto reclamado viola las garantías o los derechos previstos por el artículo primero (de dicha ley reglamentaria), y con ello *se afecte su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico*. Tratándose de actos o resoluciones provenientes de autoridades judiciales, administrativas o del trabajo, el quejoso deberá aducir ser titular de un Derecho subjetivo que se afecte de manera personal y directa» (las cursivas son nuestras).

²¹ Cfr. V. HAAK, *Normenkontrolle und verfassungskonforme Gesetzauslegung der Richters (Control normativo e interpretación judicial de la conformidad constitucional)*, Bonn, Ludwig Röhrscheid Ver-

una norma general no debe declararse inválida así sea con efectos particulares, como ocurre en el sistema americano, cuando puede ser interpretada en consonancia con la Constitución, con mayor razón si la sentencia estimatoria posee efectos generales como en el sistema europeo²².

28. De acuerdo con la profunda reflexión del conocido constitucionalista alemán K. HESSE, fallecido en el año 2005, la «interpretación conforme» no plantea sólo la cuestión del contenido de la ley sometida a control sino también la relativa al de la Constitución, de acuerdo con el cual la ley debe ser analizada, *lo que exige tanto la interpretación de la ley como la interpretación de la Constitución*, lo que demuestra la estrecha interrelación existente entre la Constitución y la ley, de acuerdo con el principio de la *unidad del ordenamiento jurídico*²³.

29. Ese instrumento ha adquirido una importancia creciente y se ha adoptado con esa denominación u otras equivalentes en numerosos ordenamientos constitucionales contemporáneos, si se toma en consideración que los organismos jurisdiccionales especializados en cuestiones de constitucionalidad, sólo acuden a la declaración general de inconstitucionalidad cuando no es posible armonizar las normas legislativas impugnadas con el texto y los principios de la Carta Fundamental, es decir, cuando esa contradicción entre la Constitución y las normas legislativas es insuperable.

30. Por este motivo no se justifica la oposición que todavía se manifiesta en ocasiones en nuestro país sobre la anulación de las normas legislativas con efectos generales, en virtud de que la interpretación conforme puede determinar la validez de las disposiciones impugnadas, de manera que no se contradiga a la Ley Suprema, sino por el contrario se ajuste a la misma. Aun cuando rebasaría los límites de este trabajo, debe señalarse que la interpretación conforme asume varias modalidades que podrían ser objeto de un estudio posterior. Sólo en vía de ejemplo puede mencionarse, que de acuerdo con el conocido constitucionalista francés M. FROMONT, la *interpretación conforme puede ser extensiva, restrictiva o simplemente modificatoria*²⁴.

31. Este principio jurisprudencial puede convertirse en una disposición legal, de acuerdo con el mencionado Proyecto y actualmente iniciativa ante el Congreso de la Unión de México, ya que en la misma se *consagra de manera expresa la declaración conforme, en el capítulo VI (arts. 230-233)*, capítulo que se intitula «Declaratoria General de inconstitucionalidad e interpretación conforme»²⁵.

32. En cuanto al ordenamiento mexicano debe destacarse que no obstante que una mayoría significativa de las legislaciones latinoamericanas, al incorporar el modelo europeo continental al lado del americano, como se ha dicho an-

lag, 1963, pp. 184-213; K. HESSE, *Gründzüge des Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland (Elementos de Derecho Constitucional de la República Federal de Alemania)*, 16.ª ed., Heidelberg, C. F., Müller Juristische Verlag, 1988, pp. 29-32; *id.*, *Escritos de Derecho constitucional (selección)*, trad. de P. CRUZ VILLALÓN, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, pp. 95-103.

²² Cfr. *La Constitución como norma jurídica*, cit. *supra* nota 4, pp. 95-103.

²³ Cfr. *Elementos de Derecho constitucional*, cit. *supra* nota 21, p. 57.

²⁴ *La justice constitutionnel dans le monde*, Paris, Dalloz, 1996, pp. 89-90.

²⁵ En general, en cuanto al Proyecto de nueva Ley de Amparo, *vid.* el excelente libro de A. ZALDÍVAR LELO DE LARREA, *Hacia una nueva Ley de Amparo*, 2.ª ed., México, Porrúa-UNAM, 2004.

teriormente (*vid. supra* párrafo 12), han establecido la declaración general de inconstitucionalidad en sus sentencias respectivas, en nuestro país se ha impuesto en nuestras normas fundamentales una tradición que proviene de las reformas a la Constitución federal de 1824, calificadas como Acta de Reformas, realizadas en 1847, inspiradas en el pensamiento del entonces joven ilustre jurista y político mexicano M. OTERO, introductor del juicio de amparo en el artículo 25 de dicho instrumento y de acuerdo con la influencia del libro del notable publicista francés A. DE TOCQUEVILLE, *La democracia en América del Norte*, mencionada expresamente por OTERO, especialmente en su capítulo VI, en el cual el autor francés describe de manera muy precisa las facultades de los jueces locales y federales estadounidenses para declarar la desapplicación de las normas legislativas contrarias a la Carta Federal, con efectos únicamente para los casos concretos respectivos (control difuso)²⁶.

33. Se olvida en ocasiones que en el mismo documento fundamental inspirado por OTERO se estableció en sus artículos 26 y 27 la declaración general de inconstitucionalidad, pero no por la autoridad judicial, sino por la legislativa, cuando se impugnasen ante el Senado Federal disposiciones legislativas locales, y por el contrario, cuando se plantease la inconstitucionalidad de normas legislativas federales por parte de las legislaturas locales. En este último supuesto la reclamación se hacía ante la Corte Suprema de Justicia, la que enviaba a la aprobación de las propias legislaturas dicha moción y si la mayoría consideraba que dicho ordenamiento federal era contrario a la Ley Suprema, la Corte al hacer el conteo, declaraba dicha inconstitucionalidad con efectos generales²⁷.

34. En dicho artículo 25 del Acta de Reformas se dispuso que en el juicio de amparo, cuando éste se promoviera contra disposiciones legislativas en caso de acogerse la reclamación la sentencia judicial respectiva no podía declarar dicha inconstitucionalidad con efectos generales, sino exclusivamente particular para el caso concreto y para las partes en el mismo²⁸, esta redacción se recogió en el

²⁶ Cfr. la primera edición en francés de la clásica obra de TOCQUEVILLE, *La democracia en América del Norte*, que fue publicada en París en 1835, año en que también apareció la edición en inglés de H. REEVES, *Democracy in America*, London, Saunders and Oley, y de esta última se han hecho múltiples reimpresiones tanto en los Estados Unidos como en Inglaterra. En el año siguiente, es decir, en 1836, se editó en París la traducción al castellano de D. SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE, que fue conocida en Latinoamérica a partir de 1837. Por otra parte, por lo que se refiere a México, además de tener mucho éxito entre los comentaristas políticos de esa época, se hizo un reimpresión de la citada publicación, pero ya en nuestro país en 1855, la cual resultó muy oportuna, ya que fue el año de convocatoria al Congreso Constituyente de 1856-1857, que consagró definitivamente al juicio de amparo. En las discusiones de dicho constituyente se citó y comentó en numerosas ocasiones esta obra, especialmente en cuanto al propio juicio de amparo. Cfr. *La democracia en América del Norte*, trad. de D. SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE, 2 vols., Imprenta de Ignacio Cumplido, 1855.

²⁷ En efecto, el artículo 26 del Acta de Reformas de 1847 disponía: «*Toda ley de los Estados que ataque la Constitución o las leyes generales (federales), será declarada nula por el Congreso*, pero esta declaración sólo podrá ser iniciada en la Cámara de Senadores». El artículo 27 del mismo ordenamiento señalaba: «Si dentro de un mes de publicada una ley del Congreso fuera reclamada como inconstitucional, o por el presidente de la República, de acuerdo con su ministerio o por diez diputados, o seis senadores, o tres legislaturas, La Suprema Corte ante la cual se hará el reclamo someterá la ley al examen de las legislaturas, las que dentro de seis meses y precisamente el mismo día darán su voto. Las declaraciones se remitirán a la Suprema Corte, y ésta publicará el resultado, quedando resuelto lo que diga la mayoría de las legislaturas».

²⁸ El artículo 25 del Acta de Reformas de 1847, disponía: «Los Tribunales de la Federación ampararán a cualquier habitante de la República, en el ejercicio y conservación de los derechos que

artículo 102 de la Constitución Federal de 1857, que reconoció definitivamente al propio derecho de amparo y dicha figura fue calificada como *fórmula Otero*, que también se recogió en la actual Constitución de 1917 en su artículo 105. Este principio de la particularidad de los efectos de la sentencia de amparo cuando en la misma se resuelve una controversia relativa a disposiciones legislativas, no fue inventada por OTERO y sin desconocer sus grandes méritos, en realidad procede de la influencia norteamericana comentada por TOCQUEVILLE, la que se adaptaba al siglo XIX, pero ya en el siglo XX, la influencia del sistema continental europeo o kelseniano, que ha adoptado los efectos generales de las sentencias de inconstitucionalidad de normas legislativas pronunciadas en última instancia por los Tribunales y Cortes Constitucionales, se impuso de manera paulatina en los últimos decenios del siglo XX a varias constituciones latinoamericanas, por lo que puede afirmarse sin exageración que dicha declaración general se ha transformado, salvo pocas excepciones, entre ellas la del ordenamiento mexicano, en una regla básica de la justicia constitucional comparada.

35. Por ello, de acuerdo con la época actual, la nueva iniciativa generada en el proyecto de la Suprema Corte propone la introducción de la declaración general en las sentencias de amparo en las cuales se afirme la inconstitucionalidad de las disposiciones legislativas, tanto en el proyecto de nueva Ley de Amparo como en las reformas que se proponen a la Carta Federal (art. 107). En efecto, en relación con dicho precepto se propone una nueva redacción de la fracción II, que actualmente se refiere sólo a los efectos particulares de las sentencias de amparo, aun tratándose de impugnación de la constitucionalidad de disposiciones legislativas, para adicionarle el siguiente párrafo que es oportuno transcribir: «Sin embargo, cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en los juicios de amparo indirecto (de dos instancias) en revisión, establezca jurisprudencia por reiteración en la cual se determine *la inconstitucionalidad o se determine la interpretación conforme de una norma general respecto de esta Constitución procederá a emitir la declaración general correspondiente en la cual se fijarán sus alcances y condiciones en los términos de la ley reglamentaria*» (las cursivas son nuestras).

36. Debe señalarse que un sector mayoritario de la doctrina mexicana ha apoyado desde hace tiempo la declaración general en el juicio de amparo cuando se impugnan normas legislativas, pero algunos juristas nacionalistas continúan la defensa de la corriente tradicional de los efectos particulares, a los cuales habría que añadir algunos políticos, inclusive legisladores que han señalado reser-

le concedan esta Constitución y las leyes constitucionales, contra todo ataque de los Poderes Legislativo y Ejecutivo, ya de la Federación, ya de los Estados, *limitándose dichos tribunales a impartir su protección en el caso particular sobre el que verse el proceso*, sin hacer una declaración general respecto de la ley o el acto que lo motivare. En la parte relativa del artículo 102 de la Carta Federal de 1857, se establecía: «[...] Todos los juicios de que habla el artículo anterior (101 —sobre el Derecho de amparo—) se seguirán a petición de la parte agraviada por medio de procedimientos y formas del orden jurídico que determinará una ley. *La sentencia será siempre tal que sólo se ocupe de individuos particulares, limitándose a protegerlos y ampararlos en el caso especial sobre que verse el proceso, sin establecer una declaración general respecto de la ley o acto que la motivare*». Por su parte, la fracción II del actual artículo 107 de la Constitución Federal vigente de 1917, preceptúa: «II. *La sentencia será siempre tal, que sólo se ocupe de individuos particulares, limitándose a ampararlos y protegerlos en el caso especial sobre el que verse la queja*, sin hacer una declaración respecto de la ley o *del acto que la motivare*» (las cursivas son del autor).

vas para esta innovación, y ambos grupos invocan argumentos decimonónicos totalmente superados como son los relativos a la violación del principio de la división de funciones o poderes, desconociendo la evolución de dicho principio hacia el de separación, equilibrio y colaboración de funciones. Incluso en nuestro país todavía se resienten algunos aspectos de los resabios de una tradición jurídico nacionalista, que ya no puede sostenerse en un mundo globalizado en el cual se observa la aproximación creciente de las distintas tradiciones jurídicas y la tendencia generalizada de la judicialización de las cuestiones políticas a la que se ha hecho mención con anterioridad (*vid. supra* párrafo 13)²⁹.

37. Además de lo señalado en el párrafo anterior, debe agregarse que la reforma constitucional y legal de 1995, que también se ha señalado, introdujo dos instituciones de Derecho procesal constitucional, es decir, las *controversias constitucionales* (conflictos de competencia y de atribución) y la *acción abstracta de inconstitucionalidad*, la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Carta Federal, disponen expresamente las sentencias de inconstitucionalidad con efectos generales cuando se discute la conformidad con la Carta Federal de disposiciones legislativas tanto federales como locales.

38. En estas condiciones resulta inexplicable la resistencia de algunos sectores políticos a esta institución, aun cuando resulta más comprensible la de las autoridades fiscales que se olvidan con frecuencia de tomar en cuenta las disposiciones de la Carta Federal en esta materia, por lo que las reclamaciones de inconstitucionalidad de disposiciones legislativas de carácter tributario, que modifican periódicamente sus reglas por conducto de documentos calificados como «misceláneas fiscales» y temen, no sin razón, que sean modificadas, con motivo de los numerosos juicios de amparo que se plantean contra ellas y que es frecuente que lleguen al conocimiento de la Suprema Corte, pero sus resoluciones, si son estimatorias, poseen únicamente efectos particulares, existiendo una gran mayoría que no cuenta con los conocimientos y los recursos económicos suficientes para interponer el juicio de amparo, por lo que están obligados a cubrir los impuestos, que ya han sido declarados como una imposición inconstitucional por la Suprema Corte en los casos particulares en los cuales han sido impugnados adecuadamente por un número reducido de contribuyentes, que por lo mismo no están obligados a cubrirlos³⁰. La expedición de este tipo de misceláneas fiscales no es fenómeno exclusivo de México, sino que se observa también en otros ordenamientos inclusive de países más avanzados³¹.

38. Debido a todos estos obstáculos, en la iniciativa de una nueva Ley de Amparo se procede con mucha prudencia (pudiera decirse, con temor), en relación con la declaración general de inconstitucionalidad que pretende introducirse en el juicio de amparo contra disposiciones legislativas, si se toma en consideración que en casi todos los ordenamientos contemporáneos, es suficiente una

²⁹ Para un análisis comparativo de la institución del juicio de amparo a nivel mundial, *vid. H. FIX-ZAMUDIO y E. FERRER MAC-GREGOR* (coords.), *El derecho de amparo en el mundo*, México, Porrúa-UNAM-Fundación Konrad Adenauer, 2006.

³⁰ La mayoría de los asuntos que resuelve la Suprema Corte son fiscales, como lo advierte en el análisis que ofrece el magistrado presidente de la Primera Sala, José Ramón Cossío Díaz, en sus informes de labores correspondientes a 2006 y 2007.

³¹ *Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA*, *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Madrid, Civitas, 1999.

sola resolución que declare la inconstitucionalidad de un ordenamiento legislativo con efectos generales o declaración conforme, para que en el primer caso se anule dicho ordenamiento, con efectos para el futuro y excepcionalmente de carácter retroactivo, pero con ciertas precauciones en cuanto a la aplicación de dicha nulidad y de la obligatoriedad de la declaración conforme.

39. En efecto, los artículos 231 a 233 de la iniciativa sobre la nueva Ley de Amparo proponen las modalidades de las sentencias que establezcan la nulidad de las normas legislativas, cuando se impugnan en la vía principal y no incidental, o sea en juicio de amparo contra leyes en doble instancia (que se califica tradicionalmente de manera equívoca como «indirecto») y cuya segunda instancia, corresponde a la Suprema Corte de Justicia (en la primera debe presentarse ante un juez de Distrito)³², en el sentido de que dicha declaración de inconstitucionalidad, así como la interpretación conforme cuando el criterio se reitere en tres resoluciones conformes sin contradicción en lugar de las cinco sentencias conformes y no interrumpidas que exige el actual artículo 192 de la vigente Ley de Amparo³³. En la citada iniciativa se propone la reducción a tres fallos, de acuerdo con la dinámica actual de la jurisprudencia, pero las sentencias respectivas deben dictarse en sesiones diversas. Una vez establecida la declaración general y la interpretación conforme por jurisprudencia reiterativa, el Pleno de la Suprema Corte, dentro del plazo de treinta días hábiles, deberá hacer la declaratoria formal de inconstitucionalidad o de interpretación conforme.

40. En dicha declaratoria nuestro Máximo Tribunal debería señalar la fecha a partir de la cual surtirá sus efectos así como los alcances y las condiciones de los efectos generales o declaración conforme, en la inteligencia de que estas declaratorias no tendrán efectos retroactivos sino en el supuesto del artículo 14 de la Carta Federal, es decir, cuando se trate de nuevas disposiciones que benefician a los inculpados en los procesos penales. Por otra parte, las citadas declaratorias deberán publicarse en el *Diario Oficial de la Federación*, así como en el órgano oficial en el cual hubiese aparecido la norma impugnada, todo ello dentro del plazo de siete días hábiles a partir de la fecha de haberlas recibido nuestro más Alto Tribunal.

41. Además, debe destacarse que recientemente se han realizado reformas en varias entidades federativas de México para introducir modificaciones a sus constituciones, con el objeto de introducir instrumentos jurisdiccionales para

³² En la exposición de motivos de la iniciativa, se sostiene a este respecto lo siguiente: «(...) Cabe destacar que se propone *únicamente se aplicaría tratándose de los amparos indirectos en revisión en los que fueron citados todas las autoridades que expedieron y promulgaron las normas generales. Ni las Salas ni los tribunales colegiados de circuito, ni los juzgados de Distrito, contarían con tan importante facultad [...]».*

³³ El citado precepto dispone: «La jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia funcionando en Pleno o en Salas es obligatoria para éstas en tratándose de lo que decreta el Pleno y además para los Tribunales Unitarios y Colegiados de Circuito, los juzgados de Distrito, los tribunales militares y judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal y tribunales administrativos y del trabajo, locales y federales. Las resoluciones constituirán jurisprudencia, siempre que lo resuelto en ellas se sustente en cinco sentencias ejecutorias (firmes) no interrumpidas por otra en contrario, que hayan sido aprobadas por lo menos por ocho ministros si se trata de jurisprudencia del Pleno o por cuatro ministros en los casos de jurisprudencia de las salas. También constituyen jurisprudencia (obligatoria), las resoluciones que dilucidan las contradicciones de tesis de Salas y de Tribunales Colegiados».

decidir conflictos de constitucionalidad de carácter local³⁴, y esta tendencia se ha extendido de manera paulatina a numerosos Estados, entre los que se citan en orden alfabético, en la inteligencia de que han presentado reformas recientes y además cada uno de ellos asume diversas modalidades y extensión: Chihuahua, Coahuila; Colima, Durango, Chiapas, Estado de México, Guerrero, Guanajuato, Hidalgo, Morelos, Nuevo León, Oaxaca, Querétaro, Quintana Roo, Sinaloa, Tabasco, Tlaxcala, Veracruz y Zacatecas, que suman hasta el momento veinte y es factible que se extiendan a las entidades que todavía no cuentan con controles de constitucionalidad locales. Los organismos encargados de resolver estas controversias constitucionales son variables en las diversas legislaciones locales, ya que en algunos de ellos se han creado Salas Constitucionales autónomas (Veracruz, Quintana Roo y Estado de México) o un Tribunal Constitucional (Chiapas), si bien en la mayoría es el Pleno de los tribunales superiores de justicia quien en definitiva resuelve. En algunas entidades se han incorporado, de acuerdo con el modelo federal, las controversias constitucionales y la acción de inconstitucionalidad y en forma similar a dicho modelo, cuando la sentencia definitiva es estimatoria, la disposición local impugnada queda anulada, ya que los efectos son generales o *erga omnes*³⁵.

5. CONTENIDO

42. Es provechoso realizar un breve análisis del contenido de los fallos de los organismos especializados, resoluciones que han asumido una gran comple-

³⁴ La bibliografía sobre la materia es amplia, ya que esta evolución ha interesado a numerosos juristas mexicanos. Nos limitamos a citar a H. FIX-ZAMUDIO, «El Derecho procesal constitucional en las Entidades Federativas», en el libro del mismo autor, *Estudio de la Defensa de la Constitución en el Ordenamiento Mexicano*, México, Porrúa, 2005, pp. 357-409. La obra más reciente y actualizada M. GONZÁLEZ OROPEZA y E. FERRER MAC-GREGOR (coords.), *La justicia constitucional en las Entidades Federativas*, México, Porrúa, 2006. Especialmente útil resultan los once cuadros comparativos que aparecen como anexo: E. FERRER MAC-GREGOR, «La regulación de los mecanismos de control constitucional en las entidades federativas (esbozo comparativo)», pp. 1053-1102.

³⁵ Cfr. H. FIX-ZAMUDIO, varios estudios entre los que pueden citarse: «La Declaración General de Inconstitucionalidad y el juicio de amparo», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núms. 10-11, enero-agosto de 1971, pp. 53-98; reproducido en el libro del propio autor, *Ensayos sobre el Derecho de amparo*, 3.ª ed., México, Porrúa-UNAM, 2003, pp. 183-326; *id.*, «La justicia constitucional en Iberoamérica», originalmente en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 11, septiembrediciembre de 1979, pp. 641-694, y en el libro *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1984, pp. 439-493; *id.*, «Función del poder judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos», en la obra del mismo nombre, México, UNAM; 1977, pp. 339-369; reproducido en la obra *Latinoamérica: Constitución, proceso y derechos humanos México*, UDUAL-Miguel Ángel Porrúa, 1988, pp. 131-154; *id.*, «La declaración general de inconstitucionalidad en Latinoamérica y el juicio de amparo mexicano», en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; núm. 6, 2002, pp. 87-142; J. V. CASTRO, *Hacia el amparo evolucionado*, 2.ª ed., México, Porrúa, 1977, pp. 34-44; J. G. VALLARTA PLATA, «El poder judicial el sistema de declaración de inconstitucionalidad en Latinoamérica», en la obra citada en esta misma nota, *Función del poder judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos*, pp. 169-186; H. AGUILAR ÁLVAREZ y DE ALBA, *El amparo contra leyes*, México, Trillas, 1989; M. Á. CASTILLO SOBERANES, «La declaración general de inconstitucionalidad como medio de depuración del sistema jurídico mexicano», en *Ars Juris. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana*, México, núm. 6, 1991, pp. 49-72; y E. FERRER MAC-GREGOR, «Fórmula Otero y declaratoria general de inconstitucionalidad», en *La protección constitucional de los derechos fundamentales. Memorias del II Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional*, México, UNAM (en prensa).

alidad en cuanto ha evolucionado la labor de dichos organismos al decidir, entre otras atribuciones, la solución de los conflictos sobre la constitucionalidad de las normas legislativas. La doctrina constitucional y la de carácter procesal, o sea la combinación de ambas en el Derecho procesal constitucional, ha establecido las diversas categorías que pueden asumir tanto las sentencias constitucionales estimatorias como las absolutorias o de rechazo, al tomar en cuenta los efectos que estas decisiones adquieren en el ordenamiento jurídico correspondiente.

43. Consideramos que el notable constitucionalista italiano G. DE VERGOTTINI, ha señalado con claridad el contenido tanto de las sentencias estimatorias como de las absolutorias que pronuncia la Corte Constitucional italiana. La primera subdivisión es la que se refiere, como se ha afirmado, a la separación entre las sentencias estimatorias y las de *absolución y de rechazo*. Las primeras poseen efectos generales (*ex nunc*), como las legislaciones y la doctrina lo sostiene, es decir, *únicamente* para el futuro y sólo excepcionalmente pueden implicar retroactividad, especialmente en materia penal si son favorables a los imputados (*ex tunc*), con lo cual las disposiciones respectivas son expulsadas del ordenamiento jurídico y no podrán aplicarse a partir del momento en que la publicación del fallo constitucional lo señale. La resolución que declara la inconstitucionalidad adquiere *la autoridad de cosa juzgada*, lo que implica que el ordenamiento anulado debe ser sustituido por el órgano legislativo total o parcialmente por otras normas que cumplan con los lineamientos de la sentencia constitucional, lo cual implica que las autoridades legislativas no pueden reiterar total o parcialmente, en las nuevas normas los vicios de inconstitucionalidad señalados en la sentencia constitucional³⁶.

44. Por otra parte, si la sentencia considera que no se ha demostrado la constitucionalidad de las disposiciones combatidas, y por tanto rechaza los argumentos impugnativos, el fallo no implica en cuanto a su contenido una declaración de que dichas normas son conformes a la Carta Fundamental, por tanto el fallo no adquiere firmeza, y puede intentarse posteriormente una nueva impugnación con diversos argumentos.

45. Sin embargo, la doctrina ha descubierto otras modalidades en las categorías de fallos, y son las que se han considerado como *sentencias interpretativas*, que abarcan tanto los fallos estimativos como los de rechazo. *Las sentencias interpretativas* de acogimiento de las pretensiones de la demanda, implican variaciones al *thema decidendum*, en cuanto declaran la nulidad de las normas impugnadas, siempre que las mismas sean consideradas inválidas de acuerdo con la apreciación que de las mismas realiza la Corte, Sala o el Tribunal Constitucional. De manera diversa, las *sentencias interpretativas de rechazo* son las que declaran que no se ha demostrado la inconstitucionalidad de las disposiciones combatidas, de acuerdo con la interpretación que ha hecho el órgano especializado, pero en este supuesto el fallo fundamental carece de efectos generales.

46. En relación con la tipología de los contenidos de las sentencias constitucionales, resulta conveniente examinar los puntos de vista doctrinales, apoyados en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español y complementados con ejemplos de las decisiones de otras Cortes o Tribunales Constitucionales

³⁶ Cfr. G. DE VERGOTTINI, *Diritto Costituzionale*, 5.ª ed., Padova, CEDAM, 2006, pp. 647-654.

europesos. Nos referimos a la importante monografía redactada por el conocido constitucionalista español F. J. DÍAZ REVORIO sobre el examen específico de las que califica como sentencias interpretativas como género y las aditivas como una especie de dichas decisiones³⁷. Como puede verse, este autor se encuentra más cerca de la doctrina italiana que de la de los juristas alemanes sobre la interpretación conforme.

47. El autor toma como base de su estudio la distinción entre disposición y norma, la primera se identifica con el texto de la ley impugnada ante el Tribunal Constitucional en tanto que como norma debe entenderse el significado de dicha disposición, o sea el resultado de su interpretación, ya que dicha interpretación consiste en atribuir sentido o significado a un texto normativo; lo anterior no significa, como lo señala el autor, que disposición y norma tengan una existencia separada, ya que por el contrario ambas están estrechamente relacionadas pero independientes, en cuanto una disposición normativa permite expresar una o varias normas³⁸.

48. Estima el profesor DÍAZ REVORIO, que en España sólo un pequeño sector de las sentencias del Tribunal Constitucional posee ese contenido de sentencias interpretativas o aditivas, pero que en otros ordenamientos europeos son más abundantes, especialmente en Italia (*vid. supra* párrafo 43), si bien en los últimos años han aumentado en su número, por las nuevas situaciones que se han presentado en la actualidad y significan una evolución de la concepción original kelseniana de la justicia constitucional. Además, las sentencias interpretativas, ya sea de estimación o de rechazo, pueden asumir varias modalidades entre las cuales se pueden descubrir las que la doctrina italiana califica como manipulativas y normativas, sin que la intención del tribunal sea invadir las facultades legislativas de las Cámaras, sino auxiliarlos en su labor.

49. De acuerdo con el citado jurista español, el presupuesto de las sentencias interpretativas es que el órgano especializado en la solución de las controversias constitucionales no se pronuncie exclusivamente sobre el texto sino también sobre su contenido normativo. Como dicho tipo de resoluciones se apoya en la idea de que es necesario conservar hasta donde sea posible, la constitucionalidad del texto legislativo impugnado o aplicable en los actos concretos (recursos de amparo), las decisiones interpretativas tienen su fundamento general en el principio de conservación de la ley y su necesaria interpretación conforme con la Carta Fundamental y como característica esencial común el entender qué parte del contenido normativo de la disposición legislativa impugnada es inconstitucional sin que dicha inconstitucionalidad afecte a la disposición combatida. Las sentencias interpretativas pueden asumir dos modalidades; de estimación, cuando consideran que las normas expresas o implícitas que se derivan del texto legislativo combatido son inconstitucionales, ya que ninguna de las interpretaciones posibles puede armonizar dicha disposición con la Ley Suprema; pero también de rechazo, en cuanto dicha interpretación tiene como resultado que la

³⁷ Cfr. *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional. Significado, tipología, efectos y legitimidad*, Valladolid, España, 2001.

³⁸ Cfr. *op. cit.*, en la nota anterior, pp. 35-42. Asimismo, R. GUASTINI, «Disposizione vs. Norma», en *Giurisprudenza costituzionale*, II, 1989, pp. 3 y ss.; y *Le fonte del diritto e l'interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1993, p. 18.

norma o normas derivadas del texto conducen a la conclusión de que son compatibles con la Constitución. Sin embargo, el autor estima, que toda sentencia interpretativa debe contener un fallo de estimación parcial³⁹.

50. Por lo que respecta a las sentencias que se califican como aditivas, su finalidad es controlar las omisiones legislativas inconstitucionales, entendidas en sentido amplio como ausencia de previsión legal expresa de lo que constitucionalmente debía haber previsto. Dichos fallos aditivos pueden asumir modalidades, ya que algunos de ellos declaran la inconstitucionalidad de una norma de exclusión implícita, y otras se limitan a realizar una interpretación extensiva o analógica del precepto impugnado. Por otra parte, estas resoluciones no tienen el propósito de invadir facultades legislativas, en tanto que las propias decisiones no supongan el establecimiento de una «nueva norma» que no se pueda derivar de la ley impugnada⁴⁰.

51. El prestigiado constitucionalista nicaragüense I. ESCOBAR FORNOS, en un estudio reciente analiza las diversas clasificaciones que se han hecho sobre el contenido de las sentencias de los diversos tribunales, cortes o salas constitucionales. Entre dichas categorías destacan los sectores establecidos por la doctrina italiana y que se han descrito en los párrafos anteriores, pero se estima conveniente agregar las clasificaciones elaboradas por dicho jurista latinoamericano, en virtud de que señalan algunas categorías que aporta el autor, que tienen interés para el estudio que se intenta realizar en esta materia. Al respecto pueden citarse las que denomina sentencias atípicas o clásicas que se caracterizan principalmente por corregir los perjuicios que puede causar a la seguridad jurídica la retroactividad de la sentencias estimatorias de inconstitucionalidad, y para ello señala como un ejemplo las que ha pronunciado la Corte Suprema de los Estados Unidos, ya que de acuerdo con el ordenamiento constitucional estadounidense, en principio los fallos judiciales en general poseen efectos retroactivos, y por ello dicho tribunal supremo adopta varias modalidades para evitar los efectos de la retroactividad en los fallos que pronuncia. Por el contrario, en el sistema de tipo europeo continental o kelseniano, se ha adoptado un principio contrario, ya que las decisiones generales no tienen efectos sino para el futuro, salvo situaciones excepcionales, como en materia penal favorable. En los ordenamientos fundamentales latinoamericanos se han establecido modalidades que implican una retroactividad atemperada, como sucede con el ejemplo de la jurisprudencia de la Sala Constitucional autónoma dentro de la Corte Suprema de Nicaragua.

52. En una segunda categoría dicho autor señala las sentencias interpretativas, que parten del principio de la presunción de constitucionalidad de la ley impugnada. En términos generales dichos fallos son aquellos que si bien declaran la inconstitucionalidad parcial de ciertos preceptos, adopta una interpretación favorable a la conformidad de estos últimos con la Carta Fundamental, pero no lo declara formalmente, como lo hacen varios tribunales, cortes y salas constitucionales que la utilizan. En este sector puede comprenderse la interpretación conforme total o parcial. En fin, señala otras categorías que se han utilizado en

³⁹ Cfr. *id.*, pp. 59-271 y 286-292.

⁴⁰ Cfr. *id.*, pp. 292-307.

la doctrina y la jurisprudencia, como las sentencias exhortativas, las aditivas, las sustitutivas y las normativas, que se mencionan en su creciente labor creadora de normas, y estas últimas con inconvenientes por invadir en forma expresa o tácita las facultades de las Cámaras Legislativas⁴¹.

53. En ese sentido, ninguna de estas dos formas se aplica a la que hemos calificado como *interpretación conforme*, pues aun cuando sea una especie de *fallo interpretativo de rechazo*, la interpretación del organismo jurisdiccional constitucional posee efectos generales, puesto que es obligatoria para las autoridades administrativas y judiciales.

54. Después de examinar el sector de la doctrina a la que hemos dedicado los párrafos anteriores, en esencia la que se refiere a los ordenamientos italiano, español y nicaragüense, este último dentro de los juristas latinoamericanos, existe una coincidencia en cuanto al contenido de algunas sentencias que se refieren a lo que se ha calificado como sentencias interpretativas y dentro de ellas a las nombradas como aditivas, que tienen algunas modalidades como las denominadas manipulativas y normativas. Desde nuestro particular punto de vista estimamos que el nombre de sentencias interpretativas no es el más adecuado, debido a que todos los fallos de inconstitucionalidad se apoyan, como lo sostuvo el destacado jurista alemán H. HESSE, en una doble interpretación constitucional: por una parte de la disposición legislativa impugnada y por la otra de los preceptos relativos de la Carta Fundamental, lo que implica, según la afirmación del profesor español DÍAZ REVORIO, que existen dos normas como resultado de la interpretación constitucional de los textos legales y constitucionales y por conducto de dichas normas debe resolverse la controversia constitucional.

55. En resumen, toda sentencia constitucional se apoya en esa doble interpretación, o sea, que todo fallo de esta naturaleza, en sus distintas modalidades, debe considerarse como interpretativo. Tal vez y nos atrevemos a sugerirlo, que los fallos que se califican como interpretativos puedan comprender aquellos de carácter estimativo como de interpretación negativa de los textos legales impugnados, parcialmente o en su totalidad, y los de rechazo dentro del género de interpretación conforme a que nos hemos referido con anterioridad (*vid. supra* párrafo 45) y las aditivas como una especie de los fallos que abordan la omisión, en este sentido parcial, de normas legislativas apoyadas en textos implícitos o expresos que impiden que dichas normas puedan considerarse constitucionales, y por tanto, tienen la finalidad, aun cuando en ocasiones puedan invadir las facultades legislativas, de orientar a los propios legisladores respecto a la forma en que deben enfrentar esa omisión que es preciso superar para lograr su conformidad con la Carta Fundamental⁴².

⁴¹ Cfr. «Las sentencias constitucionales», capítulo XIII, de su libro *Estudios Jurídicos*, prólogo de E. FERRER MAC-GREGOR, t. I, Managua, Hispamer, pp. 485-522.

⁴² Un sector de la doctrina latinoamericana ha explorado recientemente la relación de las sentencias constitucionales y su jurisprudencia en relación con los tribunales ordinarios y sobre los efectos de dichos fallos; cfr. C. LANDA ARROLLO, «Tribunal Constitucional y poder judicial. Una perspectiva desde el Derecho procesal constitucional», en *Parlamento y Constitución. Anuario*, publicado por las Cortes de Castilla-La Mancha, Universidad de Castilla-La Mancha, España, núm. 9, 2005, pp. 9-31; H. NOGUEIRA ALCALÁ, «Consideraciones sobre las sentencias de los Tribunales Constitucionales y sus efectos en América del Sur», en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa-IIDPC, 2004, núm. 2, julio-diciembre de 2004, pp. 71-104; O. A. GOZÁINI, «Sobre las sen-

56. Tratándose de fallos estimativos, un sector de la doctrina, como se ha señalado anteriormente, con apoyo en algunos fallos constitucionales, ha señalado las modalidades respecto de los de naturaleza constitucional que abordan los problemas relativos a las *omisiones legislativas*. Ese es un problema muy complejo que no se ha regulado en la legislación de manera expresa sino que, como se ha señalado, se ha abordado recientemente por la jurisprudencia constitucional en algunas de sus sentencias. Pocos ordenamientos fundamentales regulan específicamente las omisiones legislativas, como las Constituciones de Portugal (1974-1982)⁴³, Brasil (1988)⁴⁴ y Venezuela⁴⁵.

57. En estos ordenamientos, la omisión constitucional se presenta cuando una o varias normas fundamentales establecen la obligación del legislador de expedir normas secundarias para lograr el cumplimiento de las primeras y cuando dicha obligación no se cumple en el plazo que en ocasiones fija la misma Carta Fundamental, o bien dentro de un tiempo razonable. En caso contrario, se presenta un vacío que hace difícil o casi imposible la aplicación de las normas constitucionales. Cuando la omisión se atribuye al mismo le-

tencias constitucionales y la extensión *erga omnes*», en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa-IIDPC, núm. 8, julio-diciembre de 2007, pp. 189-217.

⁴³ El artículo 283 de la Constitución portuguesa de 1974-1982, lleva como epígrafe *Inconstitucionalidad por omisión*, y en esencia dispone: que si el Tribunal Constitucional, a requerimiento del presidente de la República; del promotor de la Justicia (*Ombudsman*), o de los presidentes de las asambleas legislativas regionales (cuando se aleguen violaciones a los derechos de las regiones autónomas), considera y comprueba que no se ha cumplido con la Constitución debido a omisión de las medidas legislativas necesarias que permitan la aplicación de las normas constitucionales, dicho tribunal lo hará del conocimiento del órgano legislativo competente. Cfr. J. MIRANDA, *Manual de Derecho Constitucional*, Coimbra, 1990; *id.*, «Fiscalização por omissão no ordenamento português», en V. BAZÁN (COORD.), *Inconstitucionalidad por omisión*, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1997, pp. 153-161.

⁴⁴ Los artículos 102, fracción I, inciso a), de la Carta Federal Brasileña de 1988, y 103, regulan, inspirándose en el modelo portugués, la *inconstitucionalidad por omisión legislativa*, que puede ser promovida por la *acción de inconstitucionalidad* ante el Tribunal Supremo Federal; por el presidente de la República; por los órganos directivos del Senado Federal, de la Cámara de Diputados y de la Asamblea Legislativa; por el gobernador de un Estado; por un partido político con representación en el Congreso Nacional; por una confederación sindical o por una entidad de carácter nacional. Es significativo en esta materia lo establecido por el párrafo 20 del citado artículo 103 constitucional, en el sentido de que: «Declarada la *inconstitucionalidad por omisión* de una norma para hacer efectivo un precepto constitucional, se comunicará al órgano competente para la adopción de las medidas necesarias, y tratándose de una autoridad administrativa (disposiciones reglamentarias), para que las tome en treinta días». Cfr. J. A. DA SILVA, *Curso de derecho constitucional positivo*, 23.^a ed., São Paulo, 2003, pp. 5; *id.*, «O controle constitucional das leis no Brasil», en la obra *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, D. GARCÍA BELAUNDE y F. FERNÁNDEZ SEGADO (COORDS.), Madrid, Dykinson, 1997, pp. 404 y 405; V. BAZÁN, «Respuestas normativas y jurisdiccionales frente a las omisiones constitucionales. Una visión de Derecho comparado», en M. CARBONELL, *En busca de las normas ausentes*, México, UNAM, 2003, pp. 115-120.

⁴⁵ El artículo 336.7 de la Carta Fundamental vigente de Venezuela establece que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia tiene la facultad de: «*Declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del poder legislativo, municipal, estatal o nacional, cuando hayan dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de la Constitución, o las hayan dictado en forma incompleta, y establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de la corrección*» (las cursivas son nuestras). El artículo 5, párrafo 1.3, de la Ley Orgánica del citado Tribunal Supremo de Justicia, precisa respecto de la facultad mencionada de la Sala Constitucional que *no implica usurpación de funciones de otro órgano del poder público o extralimitación de atribuciones*. Cfr. A. R. BREWER-CARIAS, *La justicia constitucional (procesos y procedimientos constitucionales)*, prólogo de D. GARCÍA BELAUNDE, México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2007, pp. 364-370.

gislador, la sentencia constitucional solicita a los legisladores cumplan con la obligación fundamental, pero no se le puede imponer de manera imperativa; en cambio si el incumplimiento de una norma general se debe a la autoridad administrativa, se fija un plazo para expedir la norma o normas reglamentarias correspondientes.

58. No obstante la complejidad del tema de la omisión legislativa, los tribunales y cortes constitucionales, en ausencia de una regulación fundamental, pero tomando en cuenta la falta de cumplimiento de una obligación de las autoridades legislativas, comprendiendo como tales a las cámaras y a las autoridades administrativas respecto a los reglamentos, han pronunciado fallos constitucionales que poseen como contenido la posibilidad de tratar de evitar ese vacío y dan instrucciones al legislador y al administrador para colmarlo, pero en tanto que al legislador en sentido estricto no puede obligarlo a hacerlo de manera imperativa, sí le es posible respecto de las normas reglamentarias. Por ello algunos fallos en esta dirección se ha calificado por la doctrina italiana como sentencias *manipulativas*, *correctivas*, *sustitutivas* e inclusive *legislativas*, que en nuestro concepto podían también denominarse *normativas*, todas ellas con el objeto de orientar al legislador sobre las disposiciones que deben aprobar para salvar la omisión y que se consideran las más adecuadas para cumplir con la obligación fundamental (*vid. supra* párrafo 52).

59. Debe destacarse que en las Constituciones de varios Estados mexicanos que se han señalado con anterioridad (*vid. supra* párrafo 41), han establecido expresamente las facultades de los organismos especializados, que se depositan generalmente en una sala y en los plenos de los tribunales superiores de carácter local, para conocer de omisiones legislativas, y atribuyen a las sentencias estimatorias efectos generales, con diverso contenido, en algunos casos de carácter indicativo, pero en otras llegan a establecer obligaciones imperativas para los órganos legislativos. Así se advierte con diversos matices y modalidades en los Estados de Chiapas, Coahuila, Tlaxcala, Quintana Roo y Veracruz⁴⁶. A nivel federal, al no existir una acción específica, se ha tratado de canalizar por los mecanismos constitucionales existentes, como veremos más adelante (*vid. infra* párrafos 102 a 105).

6. EFECTOS

60. Parece sencillo determinar los efectos de las sentencias constitucionales emitidas por los organismos jurisdiccionales especializados en la resolución de los conflictos constitucionales, ya que cuando acogen los argumentos de la parte que impugna las normas generales, forzosamente tienen carácter general, y por el contrario, cuando son de rechazo o desestimatorias, carecen de la firmeza de las decisiones positivas, por lo que los efectos de las mismas no implican el reconocimiento expreso de la constitucionalidad de las disposiciones legislativas combatidas, ya que pueden impugnarse con posterioridad debido a hechos o razonamientos diversos que llevaron a su rechazo.

⁴⁶ Cfr. M. GONZÁLEZ OROPEZA y E. FERRER MAC-GREGOR (coords.), *La justicia constitucional en las entidades federativas*, op. cit., nota 34, pp. 1056 y 1099-1101.

61. Pero como también se ha señalado con anterioridad (*vid. supra* párrafo 57), tanto las normas constitucionales como las leyes reglamentarias de las cortes o Tribunales Constitucionales prevén medios para matizar los efectos de los fallos, al establecer atribuciones flexibles a dichos organismos jurisdiccionales especializados tanto en las fechas como en las condiciones de la aplicación de las sentencias constitucionales de acogimiento, lo que ha permitido atenuar los efectos negativos del vacío que se produce con la nulidad de las normas legislativas, en tanto no son sustituidas por unas nuevas por parte del legislador; las que deben cumplir con las condiciones fijadas en el fallo para su conformidad con la Carta Suprema. Al analizar la jurisprudencia constitucional de la Suprema Corte abordaremos con mayor detenimiento estos efectos de las sentencias constitucionales (*vid. infra* párrafos 83 a 99).

7. CUMPLIMIENTO Y EJECUCIÓN

62. Una cuestión se refiere a los efectos de los fallos estimatorios y otra su cumplimiento estricto por parte de legislador y de las autoridades administrativas, quienes también están obligadas a acatarlos, tanto en su función de establecer las normas legislativas y reglamentarias correspondientes en cumplimiento de las sentencias, en las cuales debía acatar las normas constitucionales, como también en las sentencias que las anulaban y con apoyo en ellas dejar sin efecto las disposiciones expulsadas.

63. La doctrina ha puesto de relieve las dificultades de la ejecución inmediata de las sentencias pronunciadas por los tribunales administrativos cuando implican una indemnización o compensación pecuniaria con diversos pretextos, especialmente con el argumento de que no existe partida presupuestaria disponible. Esta situación se ha complicado en cuanto a la doctrina contemporánea de la satisfacción de los daños y perjuicios causados por la actividad irregular de la administración, primeramente por medio de la teoría de la culpa, la que ha sido sustituida con la doctrina de la *responsabilidad objetiva y directa*. En el ordenamiento mexicano, tanto federal como de las Entidades Federativas, durante mucho tiempo predominó la responsabilidad indirecta y subsidiaria de la administración pública respecto de la conducta indebida o ilegal de empleados y funcionarios públicos, y no fue sino hasta el año de 2004, que por fin se reformó el artículo 113 de la Carta Federal pero con lineamientos para los ordenamientos locales, para introducir la *responsabilidad objetiva y directa* de la administración por los daños y perjuicios ocasionados a los particulares *por la conducta irregular* de las autoridades, todo ello debido a la promoción incansable e insistente del destacado jurista mexicano Á. CASTRO ESTRADA. La ley reglamentaria respectiva, entre otras disposiciones obliga a los Gobiernos a establecer anticipadamente un presupuesto para el pago de tales indemnizaciones, que pueden ser reclamadas ante los tribunales administrativos en materia federal ante el Tribunal de Justicia Fiscal y Administrativa⁴⁷.

64. Contra lo que pudiera esperarse en virtud de las dificultades que han existido en la ejecución de las sentencias contra el Estado, el cumplimiento de

⁴⁷ Cfr. Á. CASTRO ESTRADA, *Responsabilidad patrimonial del Estado*, México, Porrúa, 1997; *id.*, *Nueva garantía constitucional. La responsabilidad patrimonial del Estado*, México, Porrúa, 2000.

las sentencias constitucionales estimatorias ha sido menos difícil que las administrativas, debido a la aceptación política y social que la labor de las Cortes y Tribunales Constitucionales han logrado con el tiempo en los respectivos países que los han adoptado, inclusive en Latinoamérica, si bien su labor ha encontrado algunos tropiezos con la llamada «Guerra de las Cortes», es decir, las desavenencias y contradicciones respecto de la labor de algunos Tribunales Supremos y si bien se presentaron en varias épocas y ocasiones, han logrado superarse, con el reconocimiento de la superioridad de los organismos especializados en solución de conflictos constitucionales en las materias de su competencia⁴⁸.

65. En esta dirección puede considerarse paradigmática la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos, que se ha convertido, especialmente a través de la reforma de su competencia en el año de 1925, al establecerse como método de admisión de los casos planteados ante ella, el llamado *writ of certiorati*, lo que significa que dicho Tribunal puede elegir libremente, de acuerdo con el dictamen de una comisión de tres de sus miembros, revisada por el Pleno, únicamente aquellas controversias que consideran esenciales para el país, y que en su mayoría han sido de carácter constitucional, en particular referidos a los derechos humanos, lo que ha convertido a dicho organismo jurisdiccional federal en un Tribunal Constitucional desde el punto de vista material.

66. Por otra parte, aun cuando teóricamente el sistema americano estableció como una regla básica los efectos particulares de las sentencias constitucionales, en la práctica también se aplican otros dos principios de la tradición angloamericana, el *stare decisis*, que implica que los fallos de un tribunal de mayor jerarquía establecen principios jurisprudenciales que deben seguir los de carácter inferior, y si la Corte Suprema Federal es la más Alta del poder judicial federal, sus fallos deben ser acatados por todos los tribunales federales, y de cierta manera también por los locales, todo lo cual ha otorgado a las sentencias constitucionales de dicha Corte Suprema efectos generales, que además son acatados por las autoridades administrativas de todo el país, debido al prestigio moral de la Corte. Podemos citar varios ejemplos de que debido a este respeto se cumplieron fallos muy polémicos, entre los cuales destaca el famoso Caso *Brown v. Board of Education*, resuelto el 17 de mayo de 1954, que estableció la obligatoriedad de la integración racial en las escuelas públicas de todo el país, y que encontró resistencia de algunos gobernadores de Estados del Sur, los cuales se vieron obligados a acatar el fallo, al ser impuesto por el gobierno federal con apoyo de la guardia nacional.

⁴⁸ Cfr. aún cuando también respecto de los conflictos entre los Tribunales y Cortes Supremas con los Tribunales y Cortes Constitucionales, que han sido frecuentes, éstos han disminuido recientemente debido a una mayor precisión de la jurisprudencia y de la doctrina, respecto de las facultades de supremo intérprete por los Tribunales y Cortes Supremas, en relación con la supremacía indiscutible de los Tribunales y Cortes Constitucionales como intérpretes finales de las normas constitucionales. Pero debe tomarse en cuenta que los tribunales ordinarios deben aplicar las disposiciones legislativas de acuerdo con la Constitución y en esta materia pueden entrecruzarse facultades de ambos sectores, pero en este supuesto, la interpretación constitucional de la ley que en todo caso prevalece es la de los organismos especializados en la solución de conflictos constitucionales. Cfr. el reciente estudio del destacado jurista español, actualmente miembro del Tribunal Constitucional de su país, M. ARAGÓN REYES, «Relaciones Tribunal Constitucional-Tribunal Supremo», en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa, Instituto-IIDPC, núm. 8, México, julio-diciembre, 2007, pp. 31-39.

67. Sin embargo, esta tradición de respeto y de obligatoriedad general de los fallos de la Corte Suprema Federal ha encontrado obstáculos de cumplimiento por el miedo generalizado en los Estados Unidos a partir del terrible atentado terrorista sobre las torres gemelas de Nueva York en el año 2001, situación que generó una legislación de emergencia, que también se desarrolló en otros países de Occidente, si bien no tan radical como en Norteamérica, y esta situación ha restringido de manera permanente los derechos de libertad y de seguridad jurídica de los ciudadanos. Deben recordarse dos fallos relativamente recientes de dicho Alto Tribunal que establecieron ciertas reglas protectoras para los afectados por dicha legislación. Nos referimos a los casos en los cuales se confirmaron derechos básicos de los afectados por la legislación antiterrorista, que se inició a partir de la conocida *Patriotic Act*, que modificó las libertades individuales de libertad, integridad y seguridad personales con la detención que puede ser indefinida respecto de los sospechosos de terrorismo, para los cuales se altera el principio básico de la presunción de inocencia sustituido por el contrario, y además sin la obligación de someter a un juicio formal a los acusados⁴⁹. Un caso extremo es el que representan los sospechosos detenidos indefinidamente y sin derecho de defensa en la base naval estadounidense de Guantánamo en la isla de Cuba. Los precedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema han sido ignorados en una situación que no se había presentado con anterioridad, ya que el Gobierno Federal ha desestimado por un tiempo largo que no ha terminado, las dos sentencias mencionadas de la Corte Suprema, lo que resulta muy preocupante⁵⁰.

68. Por lo que respecta al cumplimiento de las sentencias constitucionales en México, podemos trazar dos épocas. En la primera, que transcurre desde 1917 hasta las reformas de enero de 1988, ya se ha señalado con anterioridad que la Suprema Corte Mexicana fue durante este periodo en gran parte un tribunal de casación como última instancia del control de la legalidad por conducto

⁴⁹ Cfr. el interesante análisis del debido proceso en tiempos de terrorismo que realiza el constitucionalista panameño A. HOYOS, *Debido proceso y democracia*, prólogo de E. FERRER MAC-GREGOR, México, Porrúa, 2006, especialmente pp. 62 y ss.

⁵⁰ Los dos casos más importantes en esta materia, resueltos por la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos, ambos el 28 de junio de 2004, son: *Hamdan et al. vs. Rumsfeld*, por mayoría y con votos disidentes y concurrentes, se decidió que si bien el reclamante era ciudadano estadounidense, y había sido detenido en Afganistán, tenía Derecho a acudir a los tribunales para hacer valer sus defensas con el objeto de desvirtuar el cargo que se le imputaba de ser «enemigo combatiente». En el segundo asunto, *Rasul et al. vs. President of the United States*, dicha Corte resolvió que examinó la petición de *habeas corpus* promovido por varios detenidos sin proceso en la base naval norteamericana de Guantánamo en Cuba, detenidos inicialmente también en Afganistán, pero trasladados a ese lugar. Dicho Alto Tribunal resolvió por mayoría que los tribunales federales tienen competencia para examinar las impugnaciones presentadas por extranjeros capturados fuera de su territorio con motivo de las hostilidades en Afganistán, pero que se encuentran en un territorio en el cual los Estados Unidos ejercen *jurisdicción exclusiva* como lo es la citada base militar y además, el hecho de que los detenidos se encuentren bajo custodia castrense carece de relevancia jurídica. Cfr., respecto de los antecedentes judiciales de estas decisiones judiciales de la Suprema Corte de los Estados Unidos, puede consultarse el documentado estudio de la distinguida jurista argentina M.^a S. SAGÜÉS, «Justicia para el terror: Un cauteloso ejercicio de la jurisdicción constitucional por la Suprema Corte de los Estados Unidos de América», en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa-IIDPC, núm. 3, enero-junio de 2003, pp. 347-375; *id.*, «Justicia para el terrorismo. El actual desafío de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América», en *Debates de Actualidad*, Buenos Aires, marzo de 2004, pp. 19-31.

del amparo judicial, y por ello la mayoría de los fallos de la Suprema Corte determinaba la legalidad o nulidad de las resoluciones judiciales impugnadas, y sus resoluciones debían ser cumplidas por los jueces federales inferiores, que en general cumplimentaban debidamente los fallos de la Corte. Pero de manera diversa, las escasas sentencias constitucionales que se pronunciaron en esa época no fueron cumplidas en todos los casos con diversos pretextos por parte del Ejecutivo Federal, especialmente si se trataba de reintegrar a los afectados terrenos expropiados irregularmente o desalojar campesinos que ocupaban pequeñas propiedades con certificados de inafectabilidad, no obstante la disposición categórica del artículo 107, fracción XVI, que con anterioridad a la reforma de 1992, expedía el mismo Ejecutivo Federal para garantizar que no fuesen afectadas indebidamente y en caso contrario las afectaciones podían combatirse por medio del juicio de amparo. En forma categórica el artículo 107, fracción XVI, de la Carta Federal, dispone: «Si concedido el amparo la autoridad responsable insistiere en la repetición del acto reclamado o tratare de eludir la sentencia del tribunal federal, será inmediatamente separada de su cargo y consignada al juez de Distrito que corresponda».

69. La Corte en esa época no tenía la fuerza política suficiente para realizar esa consignación y menos aún si el responsable tenía inmunidad procesal constitucional (fuero), en los términos del Título IV de la Carta Federal sobre «responsabilidad de los funcionarios públicos de elevada categoría»⁵¹, habida cuenta que desde la fundación del Partido Nacional Revolucionario en 1929, a instancia del presidente Calles, hasta el año de 1997, cuando el actual Partido Revolucionario Institucional perdió su mayoría absoluta en las Cámaras del Congreso de la Unión, existió un partido político hegemónico, y los otros partidos únicamente se fortalecieron en forma paulatina, debido a la reforma política iniciada en diciembre de 1977, y definitivamente con las reformas constitucionales y legales de 1996, que dieron lugar a un multipartidismo y a un régimen político y social pluralista⁵².

70. Se ha reiterado que con las reformas de 1988 y 1995, la Suprema Corte asumió la función esencial de un Tribunal Constitucional inclusive por su estructura (*vid. supra* párrafo 37). En la reforma de 31 de diciembre de 1994,

⁵¹ El texto original del artículo 108 constitucional disponía: «*Los senadores y diputados al Congreso de la Unión, los magistrados de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los secretarios del despacho y el procurador general de la República, son responsables por los delitos comunes que cometan durante el ejercicio de su encargo, y por delitos, faltas u omisiones en que incurran en el ejercicio de ese mismo cargo. Los gobernadores de los Estados y los diputados a las legislaturas locales, son responsables por las violaciones a la Constitución y leyes federales. El presidente de la República en el ejercicio de su encargo, sólo podrá ser acusado por traidor a la patria y delitos graves del orden común*» (las cursivas son nuestras). En este precepto se enumeraron de manera precisa los altos funcionarios dotados de inmunidad procesal (fuero) de naturaleza constitucional. Pero actualmente el texto del artículo 111 de la Carta Federal extiende dicha inmunidad de manera exagerada y respecto de funcionarios medianos y de empresas públicas, para los cuales no se concibe el llamado fuero constitucional por delitos y faltas oficiales.

⁵² Los dos periodos en el cumplimiento de las sentencias de amparo, se advierten con claridad, la que cuando se aplicó el texto original del citado artículo 107, fracción XVI, de la Carta Federal el número de incidentes de inejecución de sentencias se acumularon progresivamente en el Pleno de la Suprema Corte, que no tenía la fuerza política para destituir a las autoridades remisas, pero actualmente con el cumplimiento sustituto y la significación de la misma Suprema Corte, se han logrado mejores resultados, que seguramente serán mejores en el futuro.

se modificó también el texto de la citada fracción XVI del artículo 107 constitucional, que si bien referido exclusivamente al juicio de amparo, especialmente cuando en el mismo se discutieran cuestiones de constitucionalidad, pero que pueden extenderse a los otros instrumentos de control constitucional como las controversias constitucionales y la acción de inconstitucionalidad, en particular cuando se pronuncie una sentencia que anule una disposición legislativa con efectos generales, si se toma en cuenta que el último párrafo del artículo 105 de la Carta Federal dispone que se aplicarán a los procesos regulados por las fracciones I (controversias constitucionales) y II (acción de inconstitucionalidad), en lo que fuera procedente lo dispuesto por la mencionada fracción XVI del artículo 107 de la Carta Federal. Debemos considerar que al reforzarse la fuerza jurídica de la Suprema Corte como Tribunal Constitucional, y además en un régimen pluralista, también sus fallos constitucionales cuando son estimatorios deben ser cumplidos con mucha más frecuencia, y de manera más efectiva, ya que se puede sostener que al tener la atribución de interpretar en último grado la Carta Suprema, dicha facultad le ha otorgado también fortaleza política de carácter técnico ya que actúa al mismo nivel de los otros órganos del poder del Gobierno (legislativo y ejecutivo), ya que sirve de árbitro en los conflictos de competencia y atribución y de inconstitucionalidad de las disposiciones legislativas aprobadas por la mayoría legislativa, que ambos organismos plantean ante el más Alto Tribunal de la República.

71. Como la mencionada fracción XVI del artículo 107 de la Carta Federal fue modificada y enriquecida con la jurisprudencia de la misma Suprema Corte de Justicia en el supuesto de ejecución de fallos estimatorios entonces únicamente en materia de amparo, se incorporaron modalidades al cumplimiento de los fallos, ahora también de controversias y de la acción de inconstitucionalidad. El citado precepto cuenta ahora con varios párrafos largos y por ello preferimos citarlos a pie de página⁵³. Sin embargo, haremos una mención muy sintética de los preceptos actualmente en vigor. Se mantiene la disposición anterior en el sentido de que si la autoridad condenada en la sentencia de legalidad y particularmente de constitucionalidad, reitera el acto o disposición legal reclamados, o elude el cumplimiento de la sentencia de los jueces federales, se le añadió la frase, de que si la Suprema Corte considera que ese cumplimiento es *inexcusable*, dicha autoridad será separada inmediatamente de su cargo y consignada ante el juez de Distrito que corresponda.

72. A esta disposición se le adicionaron dos modalidades: *a)* la primera consiste en que si la misma Suprema Corte considera que el incumplimiento del fallo estimatorio es *excusable*, puede otorgar a la autoridad un plazo razonable para que cumplimente la sentencia y en caso de no hacerlo se aplicará la regla principal, y *b)* también se concede a la Suprema Corte la facultad de determinar, si la naturaleza del acto o disposición legal combatidos lo permiten,

⁵³ La fracción XVI del artículo 107 constitucional, en el párrafo 2.º de su versión actual y vigente, disponen: «[...] Cuando la naturaleza del acto lo permita, la Suprema Corte de Justicia, una vez que hubiera determinado el incumplimiento o repetición del acto reclamado, podrá disponer de oficio el cumplimiento sustituto de las sentencias de amparo, cuando su ejecución afecte gravemente a la sociedad o a terceros en mayor proporción que los beneficios económicos que pudiera alcanzar el quejoso. Igualmente el quejoso podrá solicitar ante el órgano que corresponda, el cumplimiento sustituto de la sentencia de amparo siempre que la naturaleza del acto lo permita [...]».

el *cumplimiento sustituto* del fallo, que también puede solicitar el afectado, una vez declarado el incumplimiento, cuando el mismo Alto Tribunal estime que la ejecución afecte gravemente a la sociedad o a terceros en mayor proporción que los beneficios que pueda obtener el promovente.

73. Con todos estos antecedentes nos parece que el cumplimiento de los fallos de constitucionalidad está suficientemente garantizado en la Constitución Federal y en las leyes reglamentarias. Debemos, sin embargo, señalar un incidente político derivado de la contienda electoral para la Presidencia de la República en el año de 2006, que todavía no ha terminado políticamente a pesar de que tanto el Instituto Federal Electoral y el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación ya resolvieron en definitiva a favor del actual presidente Felipe Calderón por poco margen de votos, pero esta situación no es excepcional, ya que se ha presentado en otros países más desarrollados (y con partidos fuertes) pero todo empezó cuando el jefe del Gobierno del Distrito Federal que pertenece al Partido de la Revolución Democrática, el señor Andrés Manuel López Obrador, fue sometido a juicio político en la Cámara de Diputados (en los términos del art. 112 constitucional), en virtud de que un juez de Distrito resolvió que dicho funcionario había infringido una orden de medida precautoria (suspensión del acto reclamado, decretada por dicho juez en un juicio de amparo), en los términos del mencionado artículo 107 de la Carta Federal, fracción XVI que hemos mencionado con anterioridad (*vid. supra* párrafo 68).

74. La condena en dicho juicio político se aprobó por mayoría de votos de los otros dos partidos integrantes del Congreso contra el voto del PRD, por lo que dicho funcionario perdió la inmunidad procesal, pero no fue sujeto a juicio ante un juez federal debido a que era ya precandidato presidencial de dicho partido y gozaba de gran popularidad entre un sector importante de la población, por lo que el Ejecutivo Federal, por conducto del procurador general de la República decidió, para evitar un problema mayor, evitar el enjuiciamiento federal, y sostuvo en forma muy ligera que los preceptos de la Ley de Amparo (Libro I, Título V, Capítulo II, art. 206) que sancionaban dicha conducta del señor López Obrador no estaban debidamente tipificados en el Código Penal Federal, al cual remite dicha Ley de Amparo, «Título X, Delitos cometidos por los Servidores Públicos, Capítulo III, Abuso de Autoridad, artículo 215, fracción V, a pesar de que considera ilícito no cumplir una disposición que legalmente se les comunique por su superior jerárquico otro juez de Distrito en el conocimiento de un juicio de amparo (con mayor razón si desobedece un mandato de la Suprema Corte), sin causa justificada para ello. Si bien la redacción de dicho precepto no es un modelo de técnica jurídica, pero la tipificación existe y así lo ha sostenido la Suprema Corte de Justicia en jurisprudencia obligatoria. El procurador sostuvo que conocía dicho criterio jurisprudencial, pero como autoridad administrativa no estaba obligado a acatarla, con lo cual sentó un desafortunado precedente que han utilizado otras autoridades administrativas federales como agentes del ministerio público, policías, autoridades migratorias y otras para no acatar decisiones de jueces federales.

75. Consideramos que las autoridades administrativas están claramente obligadas a ejecutar mandatos judiciales federales en el ámbito de su competencia, y de no hacerlo cometen un delito de abuso de autoridad. Entendemos

el problema político del Ejecutivo en dicho periodo electoral, que ha sido uno o tal vez el más debatido de los últimos años, por lo que la decisión política del Ejecutivo Federal era prudente, pero el procurador debió de encontrar otra explicación jurídica de menor inconveniente, de tal suerte que hubiera sido menos perjudicial para el cumplimiento de las decisiones constitucionales, aun cuando se entiende que esa no fue la intención del procurador general al sostener ese criterio. Sin embargo, en los medios de comunicación se ha hecho pública la preocupación del poder judicial federal y en especial de nuestro más Alto Tribunal en el sentido de que son varias las autoridades administrativas de menor categoría que han mostrado resistencia para cumplir los mandatos judiciales, en particular las providencias precautorias pronunciadas por los jueces de Distrito, apoyados en el criterio mencionado de la Procuraduría General de la República (*vid. supra* párrafo 73).

76. Nos hemos detenido en esta cuestión, que al parecer es secundaria, pero no lo es en la realidad, y por ello en la iniciativa de la nueva Ley de Amparo, en su Título V, Medidas Disciplinarias y de Apremio, Responsabilidades, Sanciones o Delitos, Capítulo III, Delitos, ya no remite al Código Penal para la tipificación de los delitos, sino que los establece directamente en la misma Ley para evitar el problema a que nos hemos referido, especialmente en los artículos 260, fracción III, servidor público que sea demandado en un juicio de amparo que no obedezca un auto de suspensión (medida precautoria)⁵⁴ debidamente notificado, independientemente de cualquier otro delito en que incurra, y 265, el servidor público que incumpla una sentencia de amparo que se extiende específicamente a otros supuestos similares, fracciones I, II y III, y 266, que tipifica la conducta de un servidor público *aplique una norma declarada inconstitucional por la Suprema Corte de Justicia, mediante una declaratoria general de inconstitucionalidad*, y cuando en ejercicio de sus funciones *no resuelva conforme al sentido que de manera obligatoria la Suprema Corte hubiera otorgado a una norma general mediante la declaración general de interpretación conforme* (*vid. supra* párrafos 38-40). Tenemos la convicción que con la aprobación por el Congreso de la Unión de esas normas reglamentarias, cesará la incertidumbre acerca de los ilícitos que pueden cometer las autoridades al incumplir o desconocer mandatos judiciales, particularmente de inconstitucionalidad.

8. LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

76. En los epígrafes anteriores hemos tratado de establecer un breve marco referencial a la temática de las sentencias de los tribunales, cortes y salas constitucionales, conforme a su naturaleza, contenido, efectos, cumplimiento y ejecución, teniendo en consideración los distintos matices y soluciones en el Derecho comparado, lo cual no es sencillo dada la complejidad de la jurisprudencia constitucional de estos organismos especializados. Ahora nos referiremos particularmente a la jurisprudencia constitucional que ha emitido la Suprema Corte de Justicia de la Nación en su calidad de Tribunal Constitucional.

⁵⁴ *Cfr. La suspensión del acto reclamado como medida cautelar, la apariencia del buen Derecho, CALAMENDREI, op. cit., supra* nota 8.

77. En primer lugar debe destacarse que no toda resolución que dicta nuestro más Alto Tribunal es propiamente una sentencia constitucional, en el sentido estricto del término, debido a que todavía conserva competencias que no son propias de un Tribunal Constitucional. Por un lado actúa como tribunal de legalidad al resolver las contradicciones de criterios de los Tribunales Colegiados de Circuito o de las propias Salas de la Suprema Corte, con la finalidad de unificar la jurisprudencia obligatoria que deben seguir en adelante todos los tribunales de la República mexicana en aras al principio de seguridad jurídica; o cuando decide ejercer la facultad de atracción para conocer de apelaciones en segundo grado en contra de las resoluciones dictadas por los jueces de Distrito, sea de oficio o a petición del Tribunal Unitario de Circuito que originariamente debería conocer del asunto o del procurador general de la República, en aquellos procesos en que la Federación sea parte y además sean de interés y trascendencia, como lo establece la fracción III del artículo 105 constitucional.

78. Evidentemente la jurisprudencia emanada en estos supuestos por la Suprema Corte no es propia de un Tribunal Constitucional, alejándose de los métodos y técnicas que hoy realizan los órganos jurisdiccionales dedicados a la interpretación constitucional⁵⁵. Esto ha provocado una situación compleja, ya que las reformas constitucionales de 1994 no fueron suficientemente meditadas, pues si bien es cierto otorgaron a nuestro más Alto Tribunal mayores funciones materiales de un Tribunal Constitucional (que ya tenía desde la reforma constitucional de 1987), se olvidó de la necesidad de establecer un órgano equivalente a un tribunal supremo o sala superior federal que tuvieran las atribuciones esenciales de unificar la jurisprudencia de legalidad y la facultad de atracción para los asuntos de gran trascendencia, pues dichas facultades no corresponden a un Tribunal Constitucional en sentido propio. En ese sentido es necesario meditar una solución para el futuro que al mismo tiempo que refuerce y vigorice las atribuciones de la Suprema Corte como organismo jurisdiccional especializado en la solución de conflictos constitucionales, pueda establecer un organismo jurisdiccional que sea la cabeza del poder judicial federal ordinario, de tal suerte que se depuren las competencias esencialmente constitucionales de la Suprema Corte.

79. En cambio, las sentencias propiamente constitucionales de la Suprema Corte implican no sólo la interpretación de la ley secundaria sino también la interpretación directa de preceptos de la ley fundamental (*vid. supra* párrafo 54), llegando a desaplicar el texto (o porción normativa) impugnada cuando sea contraria a la Constitución, en algunos supuestos con efectos generales hacia el futuro. La citada reforma constitucional de 1994 reforzó nuestro sistema de Derecho procesal constitucional y prevalecen rasgos tanto de los dos sistemas tradicionales de control de la constitucionalidad a que nos hemos referido (*vid. supra* párrafo 28). Por una parte, el juicio de amparo todavía prevé la relatividad de sus fallos, de tal suerte que se desaplica al caso particular la norma considerada inconstitucional, mientras que en las acciones abstractas de inconstitucionalidad de normas generales y en las controversias constitucionales (conflictos

⁵⁵ Para una aproximación a los diferentes métodos y técnicas que implica este tipo de interpretación, *vid. E. FERRER MAC-GREGOR* (coord.), *Interpretación constitucional*, México, Porrúa-UNAM, 2 vols., 2005.

competenciales y de atribuciones entre entidades, poderes u órganos del estado), pueden producir efectos *erga omnes* en los supuestos establecidos en la propia constitución y ley reglamentaria.

80. Desde el Acta Constitutiva de 1847 los fallos de la Suprema Corte de Justicia en materia de amparo se han limitado a proteger al caso particular, conforme el tradicional principio de la relatividad de las sentencias, no obstante que OTERO realmente pretendía un sistema integral, como lo hemos expuesto (*vid. supra* párrafos 32-34)⁵⁶. Estimamos que esta situación debe superarse para incorporar la declaración general de inconstitucionalidad, cuando menos en el sector que se suele denominar «amparo contra leyes», es decir, cuando se efectúa un «proceso al legislador» conforme la calificación del procesalista italiano F. CARNELUTTI⁵⁷. Esto ha provocado que las sentencias constitucionales estimatorias en materia de amparo sean limitadas al sólo proteger al peticionario, si bien sus efectos, a diferencia de lo que sucede con los otros procesos constitucionales, se retrotraen al momento en que se cometió la violación, de conformidad con lo que establece el artículo 80 de la Ley de Amparo: «La sentencia que conceda el amparo tendrá por objeto restituir al agraviado en el pleno goce de la garantía individual violada, restableciendo las cosas al estado que guardaban antes de la violación, cuando el acto reclamado sea de carácter positivo; y cuando sea de carácter negativo, el efecto del amparo será obligar a la autoridad responsable a que obre en el sentido de respetar la garantía de que se trata y a cumplir, por su parte, lo que la misma garantía exija»⁵⁸.

81. Este rasgo característico de nuestro juicio de amparo contrasta con los efectos generales que pueden tener la acción abstracta de inconstitucionalidad de normas y las controversias constitucionales en la actualidad, derivada de la citada reforma constitucional de 1994, por lo que podemos advertir que el sistema de Derecho procesal constitucional mexicano es una combinación de los dos sistemas tradicionales de control constitucional. La caracterización clásica de estos sistemas fue realizada magistralmente por CALAMANDREI. El maestro florentino estimaba que mientras el sistema americano tenía las características de ser *difuso, incidental, especial y declarativo*, el sistema austriaco (que denomi-

⁵⁶ El principio de la relatividad de las sentencias de amparo o llamada «fórmula Otero» ha prevalecido desde 1847. En la actualidad se encuentra regulada en el artículo 107, fracción II, de la vigente Constitución Federal de 1917, y en el artículo 76 de la Ley de Amparo vigente de 1936, que a la letra dice: «Las sentencias que se pronuncien en los juicios de amparo sólo se ocuparán de los individuos particulares o de las personas morales, privadas u oficiales que lo hubiesen solicitado, limitándose a ampararlos y protegerlos, si procediere, en el caso especial sobre el que verse la demanda, sin hacer una declaración general respecto de la ley o del acto que la motivare».

⁵⁷ *Cfr.* «Aspetti problematici del proceso al legislatore», en *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, 1969, pp. 10-13.

⁵⁸ En algunas ocasiones las consecuencias del acto reclamado siguen subsistiendo no obstante el otorgamiento del amparo, como por ejemplo, cuando por un vicio formal se otorga el amparo contra la revocación de la libertad condicional, los efectos del fallo constitucional se limitan a que la autoridad responsable deje insubsistente el acto reclamado y con libertad de jurisdicción, purgando el vicio formal, emita a la brevedad posible una nueva resolución y, en su caso, restituya al reo en su libertad preparatoria, circunstancia que no será consecuencia del fallo protector, sino de la nueva determinación emitida por la autoridad competente; *cfr.* la tesis 2.^a CLII/2001, cuyo rubro es «Libertad preparatoria. El amparo concedido contra la resolución que la revoca por contener ésta un vicio formal, no tiene como efecto que el reo recupere su libertad personal» (*SJFG*, t. XIV, agosto de 2001, p. 239).

naba como «autónomo»), resultaba ser *concentrado, principal, general y constitutivo*⁵⁹. Esta aparente contraposición sigue siendo útil para el análisis particular de cualquier sistema en un país determinado, si bien debe ser matizada debido a la aproximación y convergencia de ambos sistemas clásicos⁶⁰.

82. Esta aproximación también se ha dado en el sistema mexicano, no sólo por las reformas de 1994, sino también a través de la evolución de la jurisprudencia constitucional en materia de amparo contra leyes. La jurisprudencia de la Suprema Corte ha evolucionado para otorgar a las sentencias estimatorias de amparo también efectos hacia el futuro o *ex nunc*, y no sólo efectos retroactivos o *ex tunc*, como señala el precepto de la Ley de Amparo reproducido. Este avance resulta significativo debido a que rompe con la práctica de la autoridad de volver a aplicar el mismo precepto que había sido objeto de protección evitando que el quejoso tenga la carga de presentar nuevos amparos contra actos posteriores de aplicación. Ahora, conforme al principio de autoridad de cosa juzgada, los efectos temporales de la sentencia estimatoria no sólo consisten en restituir al quejoso al estado en que se encontraba antes de la vulneración de los derechos fundamentales, actuando *hacia el pasado* destruyendo el acto de aplicación que dio lugar a la promoción del juicio de amparo, así como los actos de aplicación que en su caso se hayan generado durante la tramitación del mismo, sino que también actúan *hacia el futuro*, lo que implica que el efecto del amparo sea impedir que en lo sucesivo se aplique al quejoso o agraviado la norma declarada inconstitucional⁶¹.

83. También se observa que jurisprudencialmente se han ido matizando los limitados efectos particulares de las sentencias de amparo, de tal suerte que en determinados supuestos se ha extendido la protección a sujetos distintos del peticionario de garantías. Esto sucede, por ejemplo, cuando se extienden los efectos a los codemandados del quejoso, que sin haber ejercitado la acción constitucional correspondiente, se encuentra acreditado en autos que entre dichos codemandados existe *litisconsorcio pasivo necesario* o que la situación de los litisconsortes sea idéntica, afín o común a la de quien sí promovió el juicio de garantías, pues los efectos del citado *litisconsorcio pasivo* sólo se producen dentro del proceso correspondiente, por lo que pueden trasladarse al proceso constitucional⁶².

⁵⁹ Cfr. P. CALAMANDREI, *La illegittimità costituzionale delle leggi*, op. cit., pp. 5 y ss.; «La ilegitimidad constitucional de las leyes en el proceso civil», en sus ensayos reunidos *Instituciones de Derecho procesal civil (Estudios sobre el proceso civil)*, Buenos Aires, op. cit., pp. 21 y ss.

⁶⁰ Cfr. F. FERNÁNDEZ SEGADO, *La justicia constitucional ante el siglo XXI: La progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*, presentación H. FIX-ZAMUDIO, México, UNAM, 2004, especialmente *vid.* el capítulo III, pp. 25-58.

⁶¹ Cfr. las siguientes tesis jurisprudenciales, cuyos rubros son: «Leyes, amparo contra. Efectos de las sentencias dictadas en el» (*GSJF*, 8.^a época, Pleno, abril-junio de 1989, p. 31); «Leyes, amparo contra. Efectos de la sentencia protectora frente a los órganos que concurren a su formación» (*SJFG*, Pleno, t. IV, noviembre de 1996, p. 135), y «Amparo contra leyes. Sus efectos son los de proteger al quejoso contra su aplicación presente y futura» (*SJFG*, Pleno, t. X, noviembre de 1999, p. 19).

⁶² Cfr. la tesis jurisprudencial PJ 9/96, cuyo rubro es «Sentencias de amparo. Cuando ordenen reponer el procedimiento, sus efectos deben hacerse extensivos a los codemandados del quejoso, siempre que entre estos exista *litisconsorcio pasivo necesario*» (*SJFG*, Pleno, t. III, febrero de 1996, p. 78).

84. Otro ejemplo reciente es el relativo a la facultad otorgada a los tribunales contencioso administrativos para declarar la nulidad de los actos de individualización de leyes declaradas jurisprudencialmente inconstitucionales por la Suprema Corte de Justicia. Así sucede en el caso del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, que al cumplir con la obligación que se impone de aplicar la jurisprudencia emitida por la Suprema Corte en relación con el caso concreto que resuelve (obligatoriedad que se desprende de los arts. 94, párrafo 8.º, y 192 de la Ley de Amparo)⁶³, no invalida la ley ni declara su inaplicabilidad absoluta, de tal suerte que esa obligatoriedad de aplicar la jurisprudencia por parte del Tribunal Fiscal, responde al principio de supremacía constitucional establecido en el artículo 133 de la Carta Fundamental, conforme al cual no deben subsistir los actos impugnados ante un tribunal cuando se funden en preceptos declarados jurisprudencialmente por la Suprema Corte como contrarios a aquélla⁶⁴.

85. En esta misma línea jurisprudencial de apertura, recientemente se resolvió la contradicción de tesis entre dos Tribunales Colegiados de Circuito, en la cual se estableció como criterio jurisprudencial obligatorio que el principio *iura novit curia* establecido en la fracción I, del artículo 76 bis de la Ley de Amparo, es decir, la suplencia de la deficiencia de la queja tratándose de leyes inconstitucionales⁶⁵, *opera respectu del acto concreto de aplicación de una norma legal*, que si bien no ha sido específicamente declarada inconstitucional a través de la jurisprudencia de la Suprema Corte, se contempla sin mayor dificultad dentro del ámbito de regulación de una «jurisprudencia temática o genérica», entendida ésta como aquella que establece en abstracto al caso particular, referida a los actos legislativos que no pueden realizarse válidamente, esto es, el supuesto normativo previsto en la norma general impugnada, no puede tener cabida en ninguna ley por contravenir al texto fundamental⁶⁶.

86. Con independencia de estos criterios jurisprudenciales que de alguna manera tratan de ampliar los efectos temporales y del ámbito personal de

⁶³ Se estima de relevancia reproducir estos preceptos: «Artículo 94 [...] La ley fijará los términos en que sea obligatoria la jurisprudencia que establezcan los tribunales del Poder Judicial de la Federación sobre interpretación de la Constitución, leyes y reglamentos federales o locales y tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano, así como los requisitos para su interrupción y modificación»; «Artículo 192. La jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia, funcionando en Pleno o en Salas, es obligatoria para éstas en tratándose de la que se decreta el Pleno, y además para los Tribunales Unitarios y Colegiados de Circuito, los juzgados de Distrito, los tribunales militares y judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal, y tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales...».

⁶⁴ *Cfr.* la tesis jurisprudencial PJ 38/2002, cuyo rubro es: «Jurisprudencia sobre inconstitucionalidad de una ley. El tribunal federal de justicia fiscal y administrativa se encuentra obligado a aplicarla, siempre que sea procedente, al juzgar la legalidad de un acto o resolución fundados en esa ley» (*SJFG*, t. XVI, agosto de 2002, p. 5).

⁶⁵ Este precepto establece la obligación de suplir la deficiencia de los conceptos de violación de la demanda o de los agravios formulados cuando el acto reclamado se funde en leyes declaradas inconstitucionales por la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia en cualquier materia.

⁶⁶ *Cfr.* las tesis jurisprudenciales PJ 104/2007 y 105/2007, cuyos rubros son: «Suplencia de la queja deficiente cuando existe jurisprudencia temática sobre inconstitucionalidad de leyes. Es obligatoria en el amparo, a fin de hacer prevalecer la supremacía de la constitución política de los estados unidos mexicanos»; y «Suplencia de la queja deficiente. Condiciones para que opere respecto de actos concretos de aplicación de leyes declaradas inconstitucionales por la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la nación (amparo indirecto y directo)» (*SJFG*, t. XXVI, diciembre de 2007, pp. 13 y 14, respectivamente).

eficacia de las sentencias estimatorias de amparo, lo recomendable es que se aprueben las reformas constitucionales y legales que desde el año 2001 tiene el Congreso de la Unión, específicamente el mencionado proyecto de la nueva Ley de Amparo, que entre sus aspectos relevantes se encuentra la superación de los efectos particulares de las sentencias a través de la declaración general de inconstitucionalidad en el amparo contra leyes; la sustitución del decimonónico interés jurídico que sigue aplicándose en esta materia por la legitimación más amplia a través del interés legítimo; la extensión del ámbito protector a los derechos humanos previstos en los tratados internacionales debidamente incorporados al sistema mexicano; la delimitación del llamado amparo para efectos para evitar reenvíos innecesarios por violaciones formales; y avanzar hacia nuevas concepciones de autoridad para la procedencia del amparo superando el criterio formalista, donde existe una clara tendencia en el Derecho comparado hacia la protección horizontal de los derechos fundamentales (*drittwirkung*)⁶⁷.

87. Sin embargo, la temática de las sentencias constitucionales cobra mayor dinamismo cuando se trata de las acciones abstractas de inconstitucionalidad y las controversias constitucionales a que se refieren las fracciones I y II del artículo 105 constitucional⁶⁸. Esto se debe a que las sentencias dictadas en estos procesos constitucionales pueden tener efectos generales o *erga omnes* en los supuestos establecidos en la propia Constitución y Ley Reglamentaria, lo que provoca que cuando se trata de *resoluciones estimatorias calificadas* (votación de cuando menos ocho votos de once magistrados que integran el pleno de la Suprema Corte), se requiere en algunos casos matizar los efectos de los fallos, teniendo el órgano de control constitucional atribuciones flexibles para determinar la fecha y las condiciones de la aplicación de estas sentencias de acogimiento, debido a que se tienen que atenuar los posibles efectos negativos del vacío legislativo que se produce con la expulsión del ordenamiento jurídico del texto declarado inconstitucional. De esta manera, la Suprema Corte de Justicia posee amplias facultades para determinar los efectos y demás condiciones de eficacia de las sentencias estimatorias que dicte, ya que el artículo 41, fracción IV, de la Ley Reglamentaria se refiere a los contenidos que deben tener las sentencias, entre los que se encuentran: «Los alcances y efectos de la sentencia, fijando con precisión, en su caso, los órganos obligados a cumplirla, las normas generales o actos respecto de los cuales opere y todos aquellos elementos necesarios para su plena eficacia en el ámbito que corresponda»⁶⁹.

⁶⁷ Cfr. D. VALADÉS, «La protección de los derechos fundamentales frente a particulares», en *Décimo Aniversario de la reestructuración de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, SCJN, 2005, pp. 279-311; J. MIJANGOS Y GONZÁLEZ, *Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. Análisis del caso mexicano*, con interesante prólogo de A. ZALDÍVAR LELO DE LARREA, México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Colección de la Biblioteca Porrúa de DPC, núm. 18, 2007; así como el panorama general que se advierte en H. FIX-ZAMUDIO y E. FERRER MAC-GREGOR (coords.), *El Derecho de amparo en el mundo*, op. cit., supra nota 29.

⁶⁸ La *Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 Constitucional*, que conoce de estos procesos constitucionales, fue publicada el 11 de mayo de 1995. Se integra por 73 artículos y se divide en tres títulos. El primero se refiere a disposiciones generales (arts. 1-9), el segundo a las controversias constitucionales (arts. 10-58) y el tercero regula a las acciones de inconstitucionalidad (arts. 59-73).

⁶⁹ Interpretando este precepto y sus facultades constitucionales al emitir las sentencias estimatorias, la Suprema Corte ha establecido la tesis jurisprudencial PJ 84/2007, cuyo rubro es «Acción de

88. Esta amplia facultad otorgada a la Suprema Corte para determinar en cada caso los alcances y efectos a las sentencias estimatorias, especialmente cuando se logra la votación calificada para declarar la invalidez con efectos generales, ha *llegado a extender los efectos a otras normas* cuya validez dependa de la propia norma invalidada, sean de igual o menor jerarquía que la impugnada, debido a que el vínculo de dependencia que existe entre ellas determina, por el mismo vicio que la invalida, su contraposición con el orden constitucional que debe prevalecer⁷⁰. Incluso se ha llegado recientemente y con base en estas amplísimas facultades, a declarar la invalidez no sólo de las porciones normativas directamente afectadas de inconstitucionalidad, sino a extender la declaratoria de invalidez a *todo el sistema normativo impugnado* al considerar que las disposiciones impugnadas conforman un sistema normativo integral en el que cada parte encuentra una unión lógica indisoluble con el conjunto, de tal suerte que al expulsarse una sola de las porciones relevantes del sistema termine por desconfigurarlo o rediseñarlo, lo que llevó a la necesidad de establecer *la reviviscencia de las normas vigentes con anterioridad* de las declaradas inválidas⁷¹.

89. Estas facultades guardan relación con el principio *iura novit curia* que rige en los dos procesos constitucionales de referencia, en la medida en que al dictar sus fallos la Suprema Corte debe corregir los errores que advierta en la cita de los preceptos invocados y suplirá los conceptos de invalidez planteados en la demanda, pudiendo fundar su declaratoria de inconstitucionalidad en cualquier precepto constitucional sin haber necesariamente sido invocado, excepto en las acciones de inconstitucionalidad en materia electoral (art. 71 de la Ley Reglamentaria)⁷².

90. Otro aspecto de relevancia en estos dos procesos constitucionales, consiste en la vinculación con carácter obligatorio de las *razones contenidas en los considerandos* que funden los resolutivos de las sentencias, cuando sean aprobados por cuando menos ocho magistrados de la Suprema Corte. La *ratio decidendi* tendrá fuerza vinculante para todos los tribunales del país sean federales o locales, en términos del artículo 43 de la Ley Reglamentaria, y como este precepto no distingue entre sentencias estimatorias o de acogimiento y desestimatorias o de

inconstitucionalidad. La Suprema Corte de Justicia de la nación cuenta con amplias facultades para determinar los efectos de las sentencias estimatorias» (SJFG, t. XXVI, diciembre de 2007, p. 777).

⁷⁰ Cfr: la tesis jurisprudencial PJ 32/2006, cuyo rubro es «Acción de inconstitucionalidad. Extensión de los efectos de la declaración de invalidez de una norma general a otras que, aunque no hayan sido impugnadas, sean dependientes de aquélla» (SJFG, t. XXIII, febrero de 2006, p. 1169).

⁷¹ Cfr: las tesis jurisprudenciales PJ 85/2007 y 86/2007, cuyos rubros son «Acción de inconstitucionalidad. Supuesto en el que se justifica la declaratoria de invalidez y consecuente expulsión de todo el sistema normativo impugnado, y no sólo de las porciones normativas directamente afectadas de inconstitucionalidad»; y «Acción de inconstitucionalidad. Las facultades de la Suprema Corte de Justicia de la nación para determinar los efectos de las sentencias estimatorias frente a un sistema normativo que ha reformado a otro, incluyen la posibilidad de establecer la reviviscencia de las normas vigentes con anterioridad a aquellas declaradas inválidas, especialmente en materia electoral» (SJFG, t. XXVI, diciembre de 2007, pp. 849 y 778, respectivamente).

⁷² Cfr: la tesis jurisprudencial PJ 6/2003, cuyo rubro es «Acción de inconstitucionalidad. Cuando se impugnen normas generales en materia electoral, la Suprema Corte de Justicia de la nación está impedida para suplir los conceptos de invalidez y para fundar la declaratoria de inconstitucionalidad en la violación a cualquier precepto de la constitución federal [interpretación del art. 71 de la Ley Reglamentaria de las fracciones i) y ii) del artículo de la constitución política de los estados unidos mexicanos]» (SJFG, t. XX, septiembre de 2004, p. 437).

rechazo, debe entenderse que opera para ambos tipos de resoluciones. Se refiere a las «razones» que contienen el *thema decidendum* y no a los *obiter dictum*⁷³, es decir, de un elemento aislado del discurso argumentativo, tan frecuentes en nuestro medio que llegan en ocasiones a quedar plasmadas en tesis jurisprudenciales, cuando en realidad no deberían vincular obligatoriamente debido a no ser parte de la argumentación principal⁷⁴.

91. Es por ello que resulta importante, para determinar los efectos y eficacia de las sentencias constitucionales en estos procesos, distinguir entre las *sentencias de acogimiento o estimatorias no calificadas* de aquellas que tienen la caracterización de *sentencias estimatorias de acogimiento calificadas*. Las primeras son aquellas que aun teniendo mayoría de votos no reúnen el requisito constitucional y legal necesario para producir efectos plenos, incluso con distintas consecuencias tratándose de acciones de inconstitucionalidad y de controversias constitucionales. Esta exigencia de la votación calificada carece de sentido práctico, si se tiene en consideración que en ocasiones el pleno de nuestro más Alto Tribunal sesiona sin todos sus integrantes (el quórum necesario es de ocho)⁷⁵, por lo que incluso en ocasiones se requerirá la unanimidad o bien bastará que uno o dos votos minoritarios sean determinantes sobre la mayoría, provocando que el fallo no produzcan efectos generales. Sería deseable que en el futuro desaparezca este requisito que no tiene razón de ser cuando se trata de cuestiones tan complejas y técnicas como lo son los planteamientos de inconstitucionalidad de disposiciones generales, que puede obstaculizar su eficacia real como se demuestra ha sucedido en otros Tribunales Constitucionales en el Derecho comparado⁷⁶.

92. Algún sector de la doctrina ha estimado que este condicionamiento de la regularidad constitucional a una minoría no es apropiada en órganos de naturaleza jurisdiccionales, sin que pueda señalarse como elemento justificativo, como se suele expresar, la protección de la presunción de la constitucionalidad de las leyes, que tiene su razón de ser en otros ámbitos que no se aplican para el órgano al cual se ha confiado la interpretación definitiva de la Constitución, si existe una mayoría simple que estima la inconstitucionalidad de la norma

⁷³ Estas argumentaciones constituyen meras enunciaciones que el juez realiza por fuera de la estructura justificativa del discurso que fundamenta la sentencia; *cfr.* M. TARUFFO, *La motivación de la sentencia civil*, trad. de L. CÓRDOVA VIANELLO, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial Federal, 2006, pp. 268-269.

⁷⁴ *Cfr.* la tesis jurisprudencial 1.ª/J.2/2004, cuyo rubro es «Jurisprudencia. Tienen ese carácter las razones contenidas en los considerandos que funden los resolutivos de las sentencias en controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad, por lo que son obligatorias para los tribunales colegiados de circuito en términos del acuerdo general 5/2001 del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la nación» (SJFG, t. XIX, marzo de 2004, p. 130).

⁷⁵ *Vid.* los artículos 7.º y 17 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

⁷⁶ Pocos Tribunales Constitucionales establecen como requisito una votación calificada para lograr efectos generales de las sentencias constitucionales. Uno de los casos más representativo de la ineficacia de este requisito, se encuentra en Perú, donde el Tribunal de Garantías Constitucionales (1979) y el Tribunal Constitucional (1993), tuvieron serios problemas de funcionamiento debido al alto porcentaje de votos requeridos. El nuevo Código Procesal Constitucional, con vigencia desde el 1 de diciembre de 2004, mantiene la votación calificada, si bien con menos exigencias. Sobre esta legislación, *vid.* S. B. ABAD YUPANQUI, J. DANOS ORDÓÑEZ, F. J. EGUIGUREN PRAELI; D. GARCÍA BELAUNDE, J. MONROY GÁLVEZ y A. ORE GUARDIA, *Código procesal constitucional. Estudio introductorio, exposición de motivos, dictámenes e índice analítico*, 2.ª ed., Lima, Palestra, 2005.

impugnada (lo que implica en realidad que no hay interpretación conforme posible). Esta característica de la votación calificada para declarar la invalidez de las normas generales impugnadas, ha sido ampliamente criticada y señalada por algún autor como «la mayor de las deficiencias de la acción federal mexicana de inconstitucionalidad»⁷⁷.

93. Las *sentencias estimatorias o de acogimiento no calificadas* cuando se trata de la acción abstracta de inconstitucionalidad de leyes, implica que a pesar de existir una mayoría simple (cinco, seis o siete votos)⁷⁸ que acoge la pretensión constitucional al estimar inconstitucional la norma impugnada, no produce la nulidad ni la expulsión del ordenamiento jurídico, por no reunirse el requisito de los ocho votos necesarios para lograr la declaración general de inconstitucionalidad. En este supuesto, el Tribunal Pleno, ante este obstáculo procesal insalvable, deberá *desestimar la acción y ordenará archivar el asunto*, como lo dispone el segundo párrafo del artículo 72 de la Ley Reglamentaria de la materia y debe realizarse tal declaratoria expresamente en un punto resolutivo del fallo. En la sentencia sólo se hará referencia a la falta de votación mayoritaria calificada y no formarán parte del fallo las consideraciones de la mayoría, pudiendo en su caso incorporarse a manera de *votos de mayoría no calificada*. La propia Suprema Corte ha interpretado el fenómeno de la sentencia no calificada de la siguiente manera:

94. «Si existiendo mayoría, pero menos de ocho votos en el sentido de que la norma es inconstitucional, sólo se dará la declaración plenaria de la insubsistencia de la acción *sin ningún respaldo de tesis jurídica* ni en cuanto a la constitucionalidad a la que implícitamente se llega, al respetarse la validez de la norma impugnada por aplicación de una regla técnica que salvaguarda la presunción respectiva en cuanto a que el órgano legislativo se ajustó a la Constitución. El que a ello se haya llegado por falta de la votación calificada se refleja en la ausencia de argumentos jurídicos de la Suprema Corte que respalden y fortalezcan lo establecido por la legislatura. De acuerdo con el sistema judicial, resulta también lógico que en el supuesto de declaración de desestimación de la acción de inconstitucionalidad, si bien *no existirá pronunciamiento sobre el tema relativo de la Suprema Corte*, sí podrán redactarse votos de los ministros de la mayoría no calificada y de los de minoría que den los argumentos que respaldaron su opinión»⁷⁹.

95. Esta resolución no implica una declaración sobre la constitucionalidad de la norma impugnada, ya que en realidad no se resuelve la litis constitucional debido a un impedimento procesal indispensable y necesario para lograr la nulidad de la disposición impugnada para lograr su expulsión del ordenamiento jurídico, por lo que el fallo en realidad produce efectos similares a un sobreseimiento en el juicio, dejando imprejuizado el mérito del asunto derivado de

⁷⁷ J. BRAGE CAMAZANO, *La acción abstracta de inconstitucionalidad*, México, UNAM, 2005, p. 347, especialmente sobre el tema, *vid.* sus críticas sobre la presunción de constitucionalidad de la ley, pp. 347-352.

⁷⁸ Si el quórum necesario para que funcione el pleno es de por lo menos ocho magistrados de la Suprema Corte, la mayoría no calificada sólo podría ser de cinco, seis o siete.

⁷⁹ Considerando 6.º, de la sentencia de la acción de inconstitucionalidad 10/2000, resuelta el 29 y 30 de enero de 2002.

un obstáculo procesal insalvable conduciendo a la desestimación de la acción constitucional⁸⁰.

96. En cambio, cuando la *sentencia estimatoria no calificada* resulte de un proceso de controversia constitucional, no se desestimará la acción como en el caso anterior, sino producirá efectos únicamente entre las partes⁸¹. En general, el alcance de los efectos en las controversias constitucionales queda supeditado a la relación de categorías que existen entre el actor y el demandado⁸². Sólo podrá tener efectos generales o *erga omnes* cuando se trate de impugnaciones de disposiciones generales (no de actos), siempre y cuando sea aprobada por una mayoría de por lo menos ocho votos y se trata de controversias de los Estados o de los municipios impugnadas por la Federación, de los municipios impugnadas por los Estados, o en los casos a que se refieren los incisos *c*), *h*) y *k*) de la fracción I del artículo 105 constitucional⁸³.

97. En cuanto a los *efectos temporales* de las sentencias, tanto en acciones abstractas de inconstitucionalidad como en las controversias constitucionales, se prevén dos reglas generales. La primera consiste en que se deja a discrecionalidad de la Suprema Corte la fijación de la fecha a partir de la cual la sentencia producirá sus efectos⁸⁴, que en muchas ocasiones se establece al día siguiente en que se publique la ejecutoria en el *Diario Oficial de la Federación*. Este diferimiento de la *eficacia en el tiempo* de los fallos permite a la Suprema Corte la flexibilidad necesaria para tener en consideraciones las particularidades de cada caso con la finalidad de atemperar las posibles consecuencias del vacío legislativo producido por la expulsión de la disposición general declarada inconstitucional. No se contempla un plazo máximo para este diferimiento como

⁸⁰ Cfr: la tesis jurisprudencial PJ 15/2002, cuyo rubro es: «Acción de inconstitucionalidad. En el caso de una resolución mayoritaria en el sentido de la inconstitucionalidad de la norma impugnada, no sea aprobada por la mayoría calificada de cuando menos ocho votos exigida por el artículo 105, fracción II, último párrafo, de la Constitución Federal, la declaratoria de que se desestima la acción y se ordena el archivo del asunto debe hacerse en un punto resolutivo» (*SJFG*, t. XV, febrero de 2002, p. 419).

⁸¹ Cfr: las tesis aisladas P 14/3007, así como las tesis jurisprudenciales PJ 72/96 y PJ 108/2001, cuyos rubros, respectivamente, son «Controversia constitucional. Efectos de la sentencia de invalidez cuando un órgano de gobierno del Distrito Federal impugne el presupuesto de egresos de la entidad» (*SJFG*, t. XXV, mayo de 2007, p. 1533); «Controversia constitucional. Cuando es promovida por un municipio, la sentencia que declarar la invalidez de una norma general estatal, solo tendrá efectos para las partes» (*SJFG*, t. IV, noviembre de 1996, p. 249); y «Husos horarios. Como la controversia constitucional en contra del decreto de 30 de enero de 2001, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 1 de febrero del mismo año, por el que el presidente prové sobre su aplicación, fue promovida por el jefe de gobierno del distrito federal, la sentencia que declaró su invalidez sólo tiene efectos en esta entidad» (*SJFG*, t. XIV, septiembre de 2001, p. 1024).

⁸² Cfr: la tesis jurisprudencial PJ 9/1999, cuyo rubro es «Controversias constitucionales. Los efectos generales de la declaración de invalidez de normas generales, dependen de la categoría de las partes actora y demandada» (*SJFG*, t. IX, abril de 1999, p. 281).

⁸³ Estos incisos establecen: «*c*) El Poder Ejecutivo y el Congreso de la Unión; aquél y cualquiera de las Cámaras de éste o, en su caso, la Comisión Permanente, sean como órganos federales o del Distrito Federal; [...] *h*) dos Poderes de un mismo Estado, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales; [...] *k*) dos órganos de gobierno del Distrito Federal, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales».

⁸⁴ Cfr: la tesis jurisprudencial PJ 11/2001, cuyo rubro es «Husos horarios. Momento a partir del cual debe surtir efectos para el Distrito Federal la sentencia que declara la invalidez del decreto de 30 de enero de 2001, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 1 de febrero del mismo año, por el que el presidente de la república provee su aplicación» (*SJFG*, t. XIV, septiembre de 2001, p. 1098).

sucede en Austria, que nunca podrá ser superior a dieciocho meses siguientes a la publicación de la sentencia constitucional.

98. Por otra parte, siguiendo el criterio que rige normalmente las impugnaciones de normas generales conforme al sistema europeo, los efectos serán hacia el futuro (*ex nunc*), pudiendo tener efectos retroactivos sólo en los casos en materia penal que beneficien al imputado (*ex tunc*)⁸⁵. Sin embargo, la Suprema Corte ha sostenido que sin importar la materia, puede indicar *en forma extraordinaria* que la declaración de invalidez sea efectiva a partir de la fecha de la presentación de la demanda, cuando por virtud de la suspensión de los actos reclamados se hayan mantenido las cosas en el estado en que se encontraban al momento de la promoción de la controversia, o bien desde el momento en que se hubiese otorgado esa medida cautelar, cuando su concesión ocurrió con posterioridad a la presentación de aquélla⁸⁶.

99. Si bien la retroactividad antes referida se decretó de manera excepcional, debe señalarse que en los ordenamientos y jurisprudencia latinoamericanos se acepta una *retroactividad atemperada*. La concepción original austriaca de los efectos hacia el futuro, en la actualidad sufre importantes excepciones, de tal suerte que es frecuente que los Tribunales Constitucionales europeos (por ejemplo, Austria, Alemania, Italia o España) admitan ciertos efectos retroactivos (*ex tunc*) en sus resoluciones de inconstitucionalidad. Esto ha provocado que las sentencias típicas de naturaleza constitutiva (que implican la invalidez de la norma) propia de las sentencias de inconstitucionalidad de disposiciones generales, sea sustituida en algunos supuestos por sentencias declarativas (nulidad), lo que implica otorgar efectos hacia el pasado. Esto también sucede en el sistema americano, en donde los fallos excepcionalmente pueden tener efectos hacia el futuro, como sucede con las sentencias pronunciadas por la Corte Suprema de los Estados Unidos desde la segunda mitad del siglo pasado en determinados casos (*vid. supra* párrafo 51).

100. En cuanto al *contenido de las sentencias constitucionales*, se aprecia que a partir de la reforma constitucional de 1994, a la que nos hemos referido, son frecuentes los fallos donde la Suprema Corte de Justicia realiza de manera consciente una *interpretación conforme* (*verfassungskonforme Auslegung des Gesetzes*) sea de manera parcial o total, para salvar la constitucionalidad de las normas impugnadas, evitando que la norma general se declare inválida así sea para el caso particular, debido a que admite una posible interpretación en consonancia con los valores, principios y normas de la Constitución. Como lo expusimos con antelación, implica que la Suprema Corte realice una doble interpretación, la del contenido de la norma impugnada y la que se desprende del texto constitucional, en atención al principio de unidad del ordenamiento jurídico (*vid. supra* párrafo 28). Por regla general este tipo de interpretación tiene lugar en las sentencias *desestimatorias o de rechazo*, aunque también pudieran darse

⁸⁵ Cfr. la tesis jurisprudencial PJ 74/97, cuyo rubro es «Controversia constitucional. Sentencias declarativas de invalidez de disposiciones generales. Sólo pueden tener efectos retroactivos en materia penal» (*SJFG*, t. VI, septiembre de 1997, p. 548).

⁸⁶ Cfr. la tesis jurisprudencial PJ 71/2006, p. 1377, cuyo rubro es «Controversia constitucional. La sentencia de invalidez excepcionalmente puede surtir efectos a partir de la fecha de presentación de la demanda» (*SJFG*, t. XXIII, mayo de 2006, p. 1377).

en las sentencias estimatorias, dada la distinción entre norma y disposición que ya está realizando nuestro más Alto Tribunal, a través de una interpretación del contenido normativo sin alterar el texto legal.

101. La distinción entre disposición y norma, es decir, del texto legal y la interpretación que se desprende del mismo (contenido normativo), resulta importante para las llamadas *sentencias interpretativas*, sean estimativas o de rechazo, de manera parcial o total. Esta distinción ha servido a la Suprema Corte para su interpretación constitucional en los últimos años. Una muestra clara de esta práctica se encuentran en las llamadas *sentencias aditivas*, que estimamos constituyen una especie de las omisiones legislativas en sentido parcial (*vid. supra* párrafo 55), de tal suerte que se declara la inconstitucionalidad de la disposición impugnada sólo en la parte en que ésta no dice lo que debería decir para su constitucionalidad, lo que implica en realidad una adición al contenido normativo que no aparece en el texto. Las resoluciones clasificadas por la doctrina como *aditivas*, en realidad constituyen una *omisión indebida del legislador* que hace necesario agregar a la disposición algo que la complementa para lograr su conformidad con la constitución.

102. A nivel federal no existe una acción específica para impugnar las omisiones del legislador, por lo que las impugnaciones se han canalizado a través de los mecanismos de control constitucional existentes. El criterio jurisprudencial vigente es que no resultan procedentes para impugnar este tipo de inconstitucionalidad las vías del juicio de amparo⁸⁷ y la acción abstracta de inconstitucionalidad⁸⁸, si bien en la acción de inconstitucionalidad 26/2006 la votación quedó cinco contra cuatro (con la ausencia de dos magistrados), por lo que ya no obliga con carácter obligatorio a los demás tribunales del país y es factible que en el futuro se acepte su procedencia⁸⁹.

103. En cambio, a través de la controversia constitucional se ha aceptado jurisprudencialmente la impugnación de las omisiones legislativas⁹⁰. Partiendo de la premisa de que los órganos legislativos cuentan con facultades o competencias de ejercicio potestativo y de ejercicio obligatorio atendiendo al principio de

⁸⁷ Cfr: las diversas tesis jurisprudenciales tesis P. CLXVIII/97, cuyos rubro es: «Leyes, amparo contra. Es improcedente aquel en que se impugna la omisión del legislador ordinario de expedir una ley o de armonizar un ordenamiento legal a una reforma constitucional» (*SJFG*, t. VI, diciembre de 1997, p. 180).

⁸⁸ Cfr: las tesis jurisprudenciales PJ 16/2002 y PJ 23/2005, cuyos rubros son «Acción de inconstitucionalidad. Es improcedente en contra de la omisión de aprobar la iniciativa de reformas a una constitución local» (*SJFG*, t. XV, marzo de 2002, p. 995); y «Acción de inconstitucionalidad. Es improcedente contra la omisión del congreso local de ajustar los ordenamientos legales orgánicos y secundarios de la entidad a las disposiciones de un decreto por el que se modificó la constitución estatal» (*SJFG*, t. XXI, mayo de 2005, p. 781).

⁸⁹ Cfr: la tesis aislada P. XXXI/2007, cuyo rubro es «Omisiones legislativas. Es improcedente la acción de inconstitucionalidad en su contra» (*SCJN*, t. VI, diciembre de 2007, p. 1079). El resolutive noveno de la sentencia en la acción de inconstitucionalidad 26/2006, que derivó esta tesis aislada, quedó por votación de cinco contra cuatro a favor de la improcedencia de la vía de la acción de inconstitucionalidad para combatir omisiones legislativas.

⁹⁰ Cfr: la tesis jurisprudencial PJ 82/99, cuyo rubro es «Controversias constitucionales. Procede impugnar en esta vía las que se susciten entre las entidades, poderes u órganos a que se refiere la Ley Reglamentaria respectiva, sobre la constitucionalidad de sus actos positivos, negativos y omisiones» (*SJFG*, t. X, agosto de 1999, p. 568).

división funcional de poderes⁹¹, se han distinguido cuatro tipos distintos de omisiones legislativas: *a) absolutas en competencias de ejercicio obligatorio* cuando el órgano legislativo tiene la obligación o mandato de expedir una determinada ley y no lo ha hecho; *b) relativas en competencias de ejercicio obligatorio*, cuando el órgano legislativo emite una ley teniendo una obligación o un mandato para hacerlo, pero lo realiza de manera incompleta o deficiente; *c) absolutas en competencias de ejercicio potestativo*, en las que el órgano legislativo decide no actuar debido a que no hay ningún mandato u obligación que así se lo imponga, y *d) relativas en competencias de legislar*, pero al emitir la ley lo hace de manera incompleta o deficiente»⁹².

104. Esta concepción descansa en la tendencia del Derecho comparado en aceptar las impugnaciones de inconstitucionalidad de las omisiones legislativas, sean de carácter relativas o absolutas⁹³. Sin embargo, este criterio cambió a partir de las controversias constitucionales resueltas el 15 de octubre de 2007⁹⁴, relativas a la impugnación de *la omisión del legislador federal de emitir las normas que establezcan condiciones jurídicas para que los pueblos y las comunidades indígenas puedan adquirir, operar y administrar medios de comunicación*. Por mayoría de cinco votos contra cuatro se determinó la improcedencia de la controversia constitucional para impugnar las omisiones legislativas.

105. En la parte considerativa del fallo se estableció que «la controversia constitucional no procede contra omisiones legislativas, pues tanto del texto de la fracción I del artículo 105 constitucional, como de la exposición de motivos respectiva, claramente se advierte que serán materia de la controversia todos los actos específicamente dichos como las disposiciones generales, encontrándose contenidos dentro de esta última expresión, tanto leyes ordinarias y reglamentos, ya sean federales o locales, e inclusive tratados internacionales, sin comprender la procedencia de esta vía constitucional a las omisiones legislativas, tan es así, que el artículo 21, fracciones I y II, de la Ley Reglamentaria de la materia, prevé que el plazo para interponer la demanda será, tratándose de actos de treinta días contados a partir del siguiente: *a)* al en que conforme a la ley del propio acto surta efectos la notificación del acto que se reclame; *b)* al en que se haya tenido conocimiento de éste, o *c)* al en que el actor se ostente sabedor de él y, tratándose de normas, de treinta días contados a partir del día siguiente; *a)* a la

⁹¹ Cfr: la tesis jurisprudencial PJ 10/2006, cuyo rubro es «Órganos legislativos. Tipos de facultades o competencias derivadas del principio de división funcional de poderes» (SJFG, t. XXIII, febrero de 2005, p. 1528).

⁹² Tesis jurisprudencial PJ 11/2005, cuyo rubro es «Omisiones legislativas. Sus tipos» (SJFG, t. XXIII, febrero de 2006, p. 1527).

⁹³ Cfr: las tesis jurisprudenciales PJ 12/2006, 13/2006 y 14/2006, cuyos rubros son «Predial municipal. La omisión legislativa absoluta de los congresos locales respecto del cumplimiento de la obligación impuesta en el artículo quinto transitorio de la reforma de 1999, al artículo 115 de la constitución política de los estados unidos mexicanos, vulnera tanto al citado dispositivo transitorio como al propio precepto constitucional; «Facultad o competencia obligatoria a cargo de los congresos estatales. Su omisión absoluta genera una violación directa a la Constitución política de los estados unidos mexicanos (arts. 1.º y 2.º transitorios de la reforma constitucional de 1987), y «Congreso del Estado de Tlaxcala. El incumplimiento del mandato constitucional expreso impuesto por el poder reformador de la constitución federal en los artículos 1.º y 2.º transitorios de la reforma constitucional de 1987 a los artículos 17 y 116, configura una omisión legislativa absoluta» (SJFG, t. XXIII, febrero de 2006, pp. 1532, 1365 y 1250, respectivamente).

⁹⁴ Controversia Constitucional 59/2006 y otras 44 controversias con idéntica temática.

fecha de su publicación, y *b*) al en que se produzca el primer acto de aplicación. Sin que se comprenda, se repite, otro supuesto, en ese ámbito de tutela constitucional, como lo serían las omisiones legislativas». De esta manera la Suprema Corte de Justicia cerró cualquier vía para la impugnación de las omisiones del legislador.

106. Como especie de las sentencias aditivas, se encuentran las *resoluciones sustitutivas*, donde el órgano de control remplace porciones normativas de las disposiciones. En este caso en realidad se trata de dos resoluciones efectuadas sucesivamente, de tal suerte que primero se llega a un pronunciamiento estimatorio invalidante de la sección que se elimina de la disposición y luego otra resolución aditiva que le agrega la regla o principio que establece el Tribunal Constitucional. Éste fue el caso de la acción de inconstitucionalidad 47/2006 y acumuladas que versó sobre materia electoral, en la cual se expulsó del ordenamiento jurídico el sistema normativo integral (y no sólo la porción impugnada), por lo que se estimó necesario, con la finalidad de evitar un vacío legislativo que produjera inseguridad jurídica derivada de la declaración de invalidez con efectos generales, establecer la *reviviscencia de las normas vigentes con anterioridad* de las declaradas inválidas (*vid. supra* párrafo 88)⁹⁵.

107. Dentro de esta gama de sentencias interpretativas, también destacan las que se han denominado por la doctrina como *exhortativas, apelativas o de aviso*, donde el órgano de control constitucional modula los efectos de la sentencia estimatoria, de tal suerte que a pesar de haber declarado la inconstitucionalidad de las disposiciones impugnadas y para evitar un vacío legal pernicioso, prefiere «exhortar», «apelar» o «comunicar» al órgano legislativo para que sustituya la normatividad declarada inconstitucional, conforme los principios y lineamientos establecidos en la propia sentencia, pudiendo señalar un plazo prudente para ello.

108. Como ejemplos de lo anterior, se puede mencionar la primera acción de inconstitucionalidad en que la Suprema Corte declaró la invalidez de una norma. Se trata de la acción de inconstitucionalidad 37/2001 y acumuladas, que no se limitó a declarar la invalidez correspondiente, sino también estableció lineamientos al órgano legislativo para que emitiera la norma en un plazo de noventa días. También en la controversia constitucional 59/2006 (y otras), no obstante que se estimó improcedente la vía de la controversia constitucional para impugnar las omisiones del legislador, por mayoría de siete votos contra uno, se resolvió que efectivamente existió una omisión del legislador secundario, al no cumplir con la obligación de la reforma constitucional que imponía la necesidad de establecer condiciones jurídicas para que los pueblos y las comunidades indígenas pudieran adquirir, operar y administrar medios de comunicación. En este caso y no obstante la improcedencia de la acción, se estimó oportuno «hacer notar» de manera expresa en la parte considerativa del fallo (no en la resolutive) las razones que motivan la inconstitucionalidad.

⁹⁵ *Cfr.* la tesis jurisprudencial PJ 86/2007, cuyo rubro es «Acción de inconstitucionalidad. Las facultades de la Suprema Corte de Justicia de la nación para determinar los efectos de las sentencias estimatorias frente a un sistema normativo que ha reformado a otro, incluyen la posibilidad de establecer la reviviscencia de las normas vigentes con anterioridad a aquellas declaradas inválidas, especialmente en materia electoral», *op. cit.*, nota 71.

109. No debe perderse de vista que en realidad son frecuentes las sentencias constitucionales *mixtas o híbridas*, con contenidos y efectos múltiples, debido a la complejidad de las impugnaciones de inconstitucionalidad. En ese sentido resulta importante la distinción entre la sentencia desde el punto de vista formal, es decir como documento, de la sentencia material como acto jurídico decisorio, de tal manera que en este último sentido pueden existir distintas resoluciones contenidas en un mismo fallo. Se trata de sentencias constitucionales que contienen varias resoluciones, con modalidades y efectos que adquieren caracterizaciones propias de las sentencias estimatorias como de las sentencias de rechazo, con declaración general de inconstitucionalidad y confirmando la validez parcial del texto, con matizaciones y modalidades diversas, atendiendo a las interpretaciones constitucionales que realizan las cortes o Tribunales Constitucionales en un asunto con impugnaciones múltiples y complejas.

110. Para ilustrar la variedad de *contenidos y efectos* que puede tener una sola sentencia constitucional, referimos a la acción de inconstitucionalidad 26/2006, resuelta el 7 de junio de 2007⁹⁶, en el caso conocido como *Ley de Medios*. La demanda de acción de inconstitucionalidad fue presentada por 47 senadores del Congreso de la Unión de cuatro diversos partidos políticos, impugnando la constitucionalidad de múltiples disposiciones de la Ley Federal de Telecomunicaciones y de la Ley Federal de Radio y Televisión, reformadas mediante decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de 11 de abril de 2006⁹⁷.

111. Este fallo resulta importante, no sólo por la complejidad técnica de la materia propia de la regulación normativa, por la trascendencia social que representó, así como por el peculiar momento en que fueron realizadas las reformas respectivas (que coincidía con el difícil proceso electoral de las últimas elecciones presidenciales), sino particularmente porque representa un ejemplo de lo que puede generar una sola sentencia constitucional, que en realidad contiene varias resoluciones con naturaleza, contenidos y efectos diferentes, reflejados en los *nueve puntos resolutivos* del fallo. Esta *sentencia constitucional mixta* tuvo como resultado resoluciones estimatorias y de rechazo o desestimatorias, sean calificadas o no calificadas, utilizando los principios de la interpretación conforme, distinguiendo entre el texto y el contenido normativo, de tal suerte que se declaró la validez y la invalidez de porciones normativas (incluso de partículas lingüísticas) con reducción (total o parcial) del texto impugnado, a la vez de establecer nuevos contenidos normativos, con efectos distintos debido a la votación diferenciada de los magistrados⁹⁸.

⁹⁶ La ejecutoria se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* del 20 de agosto de 2007, 2.ª Sección, pp. 1 y ss.

⁹⁷ Un análisis detallado de esta peculiar sentencia constitucional puede verse en E. FERRER MAC-GREGOR y R. SÁNCHEZ GIL, *Los efectos y contenidos de las sentencias en la acción abstracta de inconstitucionalidad. El caso de la Ley de Medios*, México, UNAM (en prensa).

⁹⁸ En el presente asunto sólo participaron nueve de los once integrantes del Pleno de la Suprema Corte, lo que dificultaba la posibilidad de obtener la mayoría calificada de ocho votos para declarar la inconstitucionalidad con efectos generales al tratarse de una acción abstracta de inconstitucionalidad, al necesitarse un porcentaje del 88,8 por 100 de la votación (ocho de nueve votos). Los magistrados que no participaron fueron José de Jesús Gudiño Pelayo, por cuestiones de salud, y José Ramón Cossío Díaz, cuyo impedimento fue aceptado por el Pleno de la Suprema Corte.

112. Por último debemos destacar que también los Tribunales Colegiados de Circuito y la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación se han convertido en órganos de interpretación constitucional terminales en determinados supuestos, si bien no tienen la atribución de la declaración general de inconstitucionalidad que posee la Suprema Corte, pronuncian *sentencias constitucionales interpretativas* de contenidos distintos para desaplicar normas generales para el caso particular cuando contravengan disposiciones del texto fundamental⁹⁹.

113. De todo lo anterior se aprecia la complejidad de los contenidos y efectos de las sentencias constitucionales, como resultado de la evolución interpretativa que han alcanzado los organismos especializados para resolver este tipo de asuntos a través de su jurisprudencia constitucional. Esta complejidad ha provocado que recientemente se analicen los aspectos de la redacción, estructura y estilo de estas sentencias constitucionales, con la finalidad de que sean más comprensibles para el justiciable y la sociedad, sin descuidar el necesario rigor técnico que deben contener¹⁰⁰. Esto también se advierte en el nuevo formato para las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con sede en San José, Costa Rica¹⁰¹, cuyos fallos de alguna forma se equiparan a las sentencias constitucionales¹⁰².

9. LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL Y SU TRASCENDENCIA EN EL ÁMBITO INTERNO

114. Otra aproximación al tema de las sentencias constitucionales en el ámbito interno de los Estados, debe realizarse no sólo a la luz de los Derechos constitucional y procesal, sino también teniendo en consideración el Derecho internacional, debido a la creciente influencia de este último en las constituciones nacionales contemporáneas, además de la creación de *tribunales supranacionales*, sean de carácter *transnacional* o de naturaleza *internacional*, cuya jurisprudencia tiene eficacia directa o indirecta en los estados nacionales¹⁰³.

⁹⁹ A partir de la reciente reforma constitucional en materia electoral que entró en vigor el 14 de noviembre de 2007, las Salas (Sala Superior y Salas Regionales) del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación tienen la facultad de desaplicar una disposición contraria a la Constitución, situación que ya venían realizando previamente a que jurisprudencialmente la Suprema Corte les limitara esa facultad.

¹⁰⁰ Cfr. *Manual de redacción jurisdiccional para la Primera Sala*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2007; así como M. LÓPEZ RUIZ y M. A. LÓPEZ OLVERA, *Estructura y estilo en las resoluciones judiciales*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2007.

¹⁰¹ El nuevo formato se adoptó por acuerdo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el marco del LXXIV periodo ordinario de sesiones (enero-febrero de 2007). En esencia se busca reducir el tamaño de las sentencias, con la finalidad de lograr mayor accesibilidad y sin dejar de hacer un estricto análisis de la prueba, las alegaciones de las partes y sin restringir las consideraciones de hecho y de derecho.

¹⁰² Cfr. E. FERRER MAC-GREGOR, «La Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete constitucional (dimensión transnacional del Derecho procesal constitucional)», en D. VALADÉS y R. GUTIÉRREZ RIVAS (coords), *Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, t. III, México, IJ-UNAM, 2001, pp. 209-224.

¹⁰³ Cfr. H. FIX-ZAMUDIO, «Las relaciones entre los tribunales nacionales y los internacionales», en Í. ANDOLINA (coord.), *Trans-National aspects of procedural law, General reports, X World Congress on Procedural Law*, Milano, Giuffrè Editore, 1998, t. I, pp. 181-311.

115. La distinción entre estas dos clases de organismos jurisdiccionales *supranacionales* resulta importante debido a la diferencias en la eficacia de sus fallos. Los tribunales transnacionales son aquellos que se sitúan en el nivel superior de los sistemas de integración, aplicando de manera final y definitiva las normas comunitarias o de integración (que se encuentran en una esfera intermedia entre las de carácter nacional y las de índole internacional), de tal manera que culminan los procesos judiciales comunitarios o de integración. Este tipo de sentencias resultan *obligatorias para los jueces y tribunales nacionales*, como sucede con las sentencias emitidas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En nuestra región, si bien todavía de manera incipiente, destacan los organismos jurisdiccionales establecidos de acuerdo con determinados acuerdos, como la Corte de Justicia Centroamericana creada en 1962 y con carácter permanente a partir del Protocolo de Tegucigalpa de 1991 (que integra a Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Costa Rica y Panamá); o también el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, con sede en Quito, Ecuador, iniciando sus funciones en 1984, con modificaciones posteriores en 1996 con el protocolo de Cochabamba (que integra a Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador, Perú y Venezuela). Estos organismos jurisdiccionales pronuncian sentencias obligatorias y firmes en relación a las materias de la propia integración, siendo en general de carácter obligatorio para los jueces y tribunales nacionales.

116. En cambio, los tribunales internacionales son *subsidiarios y complementarios* de los organismos internos encargados de la protección de los derechos humanos en el ámbito nacional. Las sentencias que dictan estos organismos jurisdiccionales, si bien resultan obligatorias, carecen del carácter ejecutivo y depende de cada ordenamiento interno regular la manera en que deben cumplirse. La jurisprudencia internacional en estos casos tiene carácter obligatorio únicamente por lo que respecta a la violación de los derechos humanos establecidos en los instrumentos internacionales, pero no están facultados directamente para anular o modificar las sentencias o resoluciones de los organismos internos. Aquí se ubican los tribunales de carácter universal, como la Corte Internacional de Justicia, la Corte Penal Internacional, como órganos de las Naciones Unidas; o también los tribunales regionales para la protección de los derechos humanos, como la Corte Europea de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la reciente Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, si bien fue creada por protocolo desde el 25 de enero de 2004, sus jueces fueron electos hasta enero de 2006, iniciando funciones en Arusha, Tanzania, en julio de ese mismo año.

117. De tal manera que en la ejecución de las sentencias de estos tribunales supranacionales existen diferencias, ya que mientras los tribunales internacionales resultan obligatorios, son los ordenamientos nacionales los que establecen la manera o forma de cumplirlos en el ámbito interno. Así sucede, por ejemplo, con la Corte Europea de Derechos Humanos, cuyas resoluciones adquieren la calidad de *cosa juzgada* y poseen carácter *obligatorio pero no ejecutivo*, cuyo cumplimiento de las resoluciones condenatorias queda a cargo de la vigilancia del Comité de Ministros del Consejo de Europa¹⁰⁴. Las resoluciones de *los tri-*

¹⁰⁴ Cfr. H. FIX-ZAMUDIO, «La Corte Europea de Derechos Humanos y el Derecho de amparo internacional», en H. FIX-ZAMUDIO y E. FERRER MAC-GREGOR (coords.), *El derecho de amparo en el mundo, op. cit.*, *supra* nota 29.

tribunales transnacionales, en cambio, son obligatorios para las partes y tienen carácter ejecutivo para los Estados nacionales. Por supuesto que estas diferencias teóricas sobre las consecuencias de ejecución de las resoluciones deben matizarse en la práctica, debido a que incluso los fallos de los tribunales transnacionales no logran la ejecución interna forzosa, por lo que en la realidad también quedan supeditados a la actuación de los órganos internos de los Estados, entre los que se encuentran los propios jueces y tribunales nacionales.

118. Las relaciones de los tribunales supranacionales (internacionales y transnacionales) con los de carácter nacional resulta trascendental, ya que la eficacia de la jurisprudencia de los primeros incide sobre los segundos sea de manera directa o indirecta. Esta relación tiene mayor grado de intensidad en la esfera comunitaria, por medio del *control difuso de los jueces nacionales*, que deben preferir el Derecho comunitario sobre el interno, inclusive el de mayor jerarquía, como es el de carácter constitucional. Por eso es que la aprobación de los tratados de integración implica la necesidad de realizar reformas constitucionales para armonizar el Derecho interno con el supranacional, como ocurrió evidentemente con motivo de la aprobación del Tratado de Maastricht en varios ordenamientos europeos.

119. De esta manera los tribunales nacionales (incluso los de naturaleza constitucional) están obligados a seguir los criterios de un tribunal supranacional, como es el caso de los países miembros de la Unión Europea respecto del Tribunal de Luxemburgo o cuando las Constituciones nacionales de un país incorporan la interpretación que realicen órganos jurisdiccionales internacionales, como ocurre en Colombia, España, Perú o Portugal, en materia de derechos fundamentales. Esto sucede también cuando los tribunales nacionales adoptan o reciben voluntariamente esos criterios y los aplican en sus sentencias internas, al entender que esas resoluciones inciden en la validez jurídica de sus ordenamientos internos, especialmente cuando se trata de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos¹⁰⁵.

120. Con independencia del grado de eficacia y vinculación de estos fallos internacionales, en los países latinoamericanos se aprecia una tendencia, si bien todavía no consolidada, hacia la recepción consciente por parte de los jueces y tribunales nacionales respecto de la jurisprudencia emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que a su vez se ha nutrido de la jurisprudencia de las cortes y Tribunales Constitucionales de los Estados. De esta manera se está produciendo una colaboración recíproca entre los tribunales nacionales y los internacionales, especialmente en materia de derechos humanos a manera de un *diálogo jurisprudencial*¹⁰⁶.

¹⁰⁵ En general sobre la temática de la eficacia de las sentencias estimatorias de los tribunales supranacionales, *vid.* el interesante estudio de F. SILVA GARCÍA, *Derechos humanos. Efectos de las sentencias internacionales*, México, Porrúa, 2007. *Vid.* también C. AYALA CORAO, «Recepción de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos por la jurisprudencia constitucional», en E. FERRER MAC-GREGOR (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 5.^a ed., México, Porrúa, 2006, t. II, pp. 1471-1532.

¹⁰⁶ Precisamente este nombre de *Diálogo Jurisprudencial* recibe la nueva revista que edita el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, conjuntamente con la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Fundación Konrad Adenauer, que a la fecha se han editado dos números (julio-diciembre de 2006, y enero-julio de 2007), en el primero de ellos se reproducen sentencias de

10. CONCLUSIONES

120. De las reflexiones anteriores podemos llegar a las siguientes conclusiones:

121. *Primera.* Para una comprensión completa de las sentencias de los tribunales, cortes o salas constitucionales, es necesario examinar la temática teniendo en consideración los avances de las disciplinas del Derecho constitucional y la ciencia procesal, así como también del Derecho internacional, debido a la creciente influencia de este último en las constituciones nacionales contemporáneas y dada la evolución de la regulación normativa y especialmente de la jurisprudencia que dichos organismos jurisdiccionales especializados han desarrollado, con numerosos matices que han producido una gran complejidad tanto por lo que se refiere a su naturaleza, contenido, efectos y ejecución de dichos fallos, así como a la eficacia de la jurisprudencia de los tribunales internacionales en el ámbito interno.

122. *Segunda.* Desde una perspectiva histórica los conceptos básicos relativos a las resoluciones jurisdiccionales surgieron en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, y posteriormente fueron analizados sistemáticamente por la doctrina científica del Derecho procesal, bajo los principios esenciales de la teoría general del proceso (o si se prefiere del Derecho procesal). La doctrina clásica del procesalismo científico considera como género a las resoluciones jurisdiccionales y como especies los acuerdos o decretos, autos y sentencias. Estas categorías de las resoluciones judiciales pronunciadas por los jueces y tribunales ordinarios, se aplicó en sus lineamientos básicos a las dictadas por las cortes y Tribunales Constitucionales, pero su contenido relativo a la solución de las controversias de carácter fundamental confirió a las decisiones definitivas de dichos organismos jurisdiccionales modalidades y matices particulares, si bien los lineamientos tradicionales se aplicaron sin variaciones a las decisiones de trámite y etapas del proceso constitucional, es decir, los acuerdos o decretos y los autos.

123. *Tercera.* La doctrina constitucional y la de carácter procesal, o sea la combinación de ambas en el Derecho procesal constitucional, ha establecido las diversas categorías que pueden asumir tanto las sentencias constitucionales estimatorias como las absolutorias o de rechazo, al tener en cuenta los efectos que estas decisiones adquieren en el ordenamiento jurídico correspondiente. Siguiendo a la clásica doctrina italiana, la primera subdivisión es la que se refiere a la separación entre las sentencias *estimatorias* y las de *absolución o de rechazo*. Las primeras poseen efectos generales (*ex nunc*), produciendo consecuencias para el futuro y sólo excepcionalmente pueden implicar retroactividad, especialmente en materia penal si son favorables a los imputados (*ex tunc*), con lo cual las disposiciones respectivas son expulsadas del ordenamiento jurídico y no podrán aplicarse a partir del momento en que la publicación del fallo constitucional lo señale. La resolución que declara la inconstitucionalidad, adquiere *la autoridad de cosa juzgada*, lo que implica que el ordenamiento anulado debe ser sustituido por el órgano legislativo total o parcialmente por otras normas

cortes y Tribunales Constitucionales que han tenido en consideración tratados internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

que cumplan con los lineamientos de la sentencia constitucional, lo cual implica que las autoridades legislativas no pueden reiterar total o parcialmente, en las nuevas normas los vicios de inconstitucionalidad señalados en la sentencia constitucional.

124. *Cuarta.* Un enfoque fundamental es el relativo a la ciencia del Derecho constitucional que ha elaborado una rica dogmática en cuanto a los efectos y contenidos de las sentencias que pronuncian los organismos especializados en la solución de los conflictos derivados de la aplicación de las normas fundamentales, ya que los resultados de estas resoluciones no sólo son jurídicos sino también producen consecuencias políticas desde un punto de vista técnico. Las sentencias estimatorias en los supuestos de impugnación de normas legislativas poseen efectos generales e implican la nulidad del ordenamiento impugnado o de algunos de sus preceptos, además de las modalidades establecidas por las leyes y reglamentos que regulan la estructura y funciones de los Tribunales Constitucionales que resuelven sobre la inconstitucionalidad de normas generales, quienes establecen algunos temperamentos para paliar los efectos negativos de la aplicación inmediata de la nulidad de las disposiciones legislativas declaradas contrarias a las normas fundamentales, y para ello se otorgan a los tribunales y cortes constitucionales la facultad de fijar fechas flexibles respecto de la aplicación de los efectos generales, que se señalan en los mismos fallos de inconstitucionalidad, con apoyo en las disposiciones reglamentarias correspondientes.

125. *Quinta.* Una característica esencial que se advierte en la jurisprudencia contemporánea de dichos organismos jurisdiccionales es el desarrollo de lo que se ha calificado como *interpretación constitucional conforme* (*verfassungskonforme Auslegung des Gesetzes*), la que tiene su origen en las aportaciones de los fallos del Tribunal Federal Constitucional de la República Alemana, que en esencia significa que las disposiciones legislativas poseen presunción de constitucionalidad y por tanto, salvo en el supuesto de que la inconstitucionalidad legislativa es evidente e insuperable, previamente a la declaración general de inconstitucionalidad resulta conveniente el intento de conciliar las normas legales impugnadas con las normas fundamentales, por conducto de una interpretación obligatoria, lo que evita los inconvenientes de la declaración general de inconstitucionalidad y de la consecuente expulsión del ordenamiento jurídico de las normas generales impugnadas.

126. *Sexta.* En cuanto a la amplia gama de tipología de contenidos de las sentencias constitucionales, existe cierta coincidencia en la doctrina contemporánea en cuanto al contenido de algunas sentencias que se refieren a lo que se ha calificado como *sentencias interpretativas* y dentro de ellas a las nombradas como *aditivas*, que tienen algunas modalidades, para lo cual resulta esencial dentro de la interpretación constitucional contemporánea la distinción entre texto y contenido normativo. Si bien el nombre de sentencias interpretativas no es el más adecuado, debido a que en realidad todos los fallos de inconstitucionalidad se apoyan en una doble interpretación constitucional; por una parte, de la disposición legislativa impugnada y por la otra de los preceptos relativos de la Carta Fundamental, lo que implica que existen dos normas como resultado de la interpretación constitucional de los textos legales y constitucionales y por conducto de dichas normas debe resolverse la controversia constitucional. Las *sentencias*

interpretativas de acogimiento de las pretensiones de la demanda, implican variaciones al *thema decidendum*, en cuanto declaran la nulidad de las normas impugnadas, siempre que las mismas sean consideradas inválidas de acuerdo con la apreciación que de las mismas realiza el órgano de control. De manera diversa, las *sentencias interpretativas de rechazo* son las que declaran que no se ha demostrado la inconstitucionalidad de las disposiciones combatidas, de acuerdo con la interpretación que ha hecho el órgano especializado, pero en este supuesto el fallo fundamental carece de efectos generales.

127. *Séptima.* Por lo que hace a la complejidad del tema de la omisión del legislador, los tribunales y cortes constitucionales, en ausencia de una regulación fundamental, pero teniendo en consideración la falta de cumplimiento de una obligación de las autoridades legislativas, comprendiendo como tales a las cámaras y a las autoridades administrativas respecto a los reglamentos, han pronunciado fallos constitucionales que poseen como contenido la posibilidad de tratar de evitar ese vacío y dan lineamientos al legislador y al administrador para colmarlo, pero en tanto que al legislador en sentido estricto no puede obligarlo a hacerlo de manera imperativa, sí le es posible respecto de las normas reglamentarias. Por ello algunos fallos en esta dirección se han calificado por la doctrina como sentencias *manipulativas*, *correctivas*, *sustitutivas* e inclusive *legislativas*, que en nuestro concepto podían también denominarse *normativas*, todas ellas con el objeto de orientar al legislador sobre las disposiciones que deben aprobar para salvar la omisión y que se consideran las más adecuadas para cumplir con la obligación fundamental.

128. *Octava.* La jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha paulatinamente evolucionado para incorporar los avances doctrinales y jurisprudenciales de los Tribunales Constitucionales. Por una parte se advierte cierta tendencia en el sector que se denomina amparo contra leyes, de ampliar los efectos temporales y del ámbito personal de eficacia de las sentencias estimatorias, no obstante que todavía no se aprueba el proyecto de nueva Ley de Amparo que propone superar de manera expresa los efectos particulares de los fallos mediante una declaratoria general de inconstitucionalidad. Sin embargo, donde realmente se aprecia una evolución considerable es en las sentencias dictadas en las acciones abstractas de inconstitucionalidad de normas y las controversias constitucionales a que se refieren las fracciones I y II del artículo 105 constitucional, debido a que pueden tener efectos generales o *erga omnes*, lo que provoca que cuando se trata de *resoluciones estimatorias calificadas* (votación de cuando menos ocho votos de once magistrados que integran el pleno de la Suprema Corte). En este supuesto, se requiere en algunos casos matizar los efectos del fallo, teniendo para ello atribuciones flexibles para determinar la fecha y las condiciones de la aplicación de estas sentencias de acogimiento, debido a que se tienen que atenuar los posibles efectos negativos del vacío legislativo que se produce con la expulsión del ordenamiento jurídico del texto declarado inconstitucional. Esto ha propiciado una evolución jurisprudencial en cuanto a tipología de contenidos de las denominadas sentencias interpretativas, en sus diversas modalidades y matices.

129. *Novena.* Por último, el tema de las sentencias constitucionales debe ser también analizado bajo la perspectiva del Derecho internacional, debido a

la creciente influencia de este último en las constituciones nacionales contemporáneas, además de la creación de *tribunales supranacionales*, sean de carácter *transnacional* o de naturaleza *internacional*, cuya jurisprudencia tiene eficacia directa o indirecta en los Estados nacionales. Si bien ambos tipos de tribunales emiten sentencias obligatorias con calidad de cosa juzgada, la distinción se encuentra en el carácter ejecutivo que poseen los primeros. Por otra parte, se advierte una influencia recíproca entre los tribunales nacionales e internacionales a manera de un diálogo jurisprudencial y con independencia de la eficacia directa o indirecta que pueda tener la jurisprudencia internacional sobre la nacional.

X. LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN MÉXICO: 200 AÑOS*

En coautoría con Héctor FIX-ZAMUDIO **

1. INTRODUCCIÓN

1. El objeto del presente capítulo es brindar una visión panorámica del desarrollo histórico de las garantías constitucionales en el ordenamiento mexicano, que como veremos han sido incorporadas de manera paulatina y progresiva a lo largo de los casi dos siglos de vida independiente de nuestra nación. La incorporación de estas garantías constituye un elemento imprescindible en el desarrollo del Derecho público en México, que ha contribuido de manera significativa a la consolidación de nuestro Estado constitucional y democrático de Derecho¹.

2. Es importante destacar, desde ahora, que no pretendemos el estudio de todos los instrumentos o mecanismos para la «defensa de la constitución» (en sentido amplio), que desbordaría los límites impuestos al presente trabajo, sino el análisis particular de uno de sus sectores, el de las «garantías constitucionales» en su concepción contemporánea, es decir, aquellos mecanismos jurídicos preponderantemente de naturaleza procesal dirigidos a la reintegración del orden constitucional cuando el mismo ha sido desconocido o violado por los propios órganos de poder. Lo anterior implica no sólo una función conservadora

* Publicado en S. GARCÍA RAMÍREZ (coord.), *El Derecho en México: dos siglos (1810-2010)*, t. 1: *Derecho constitucional*, D. VALADÉS (coord.), 2010, pp. 237-313.

** Investigador Emérito del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y del Sistema Nacional de Investigadores. Miembro de El Colegio Nacional.

¹ Sobre las nuevas tendencias del Estado constitucional democrático, *vid.* D. VALADÉS y M. CARBONELL (coords.), *El Estado constitucional contemporáneo*, México, UNAM, 2006, 11 tomos; y P. SALAZAR, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, Fondo de Cultura Económica-UNAM, 2007.

de los valores, principios y normas fundamentales, sino también un desarrollo dinámico de los contenidos constitucionales para ajustarlos a la realidad a fin de hacer efectivas las disposiciones de principio o programáticas de la ley suprema.

3. Esta precisión metodológica inicial es importante debido a que todavía prevalece en un sector de la doctrina², la idea de equiparar a las garantías constitucionales con los derechos humanos reconocidos en los textos supremos, es decir, con los derechos fundamentales³; equívoco que tiene su origen en la concepción tradicional francesa de la declaración de derechos, seguida por nuestros textos constitucionales. Esta concepción de «garantía constitucional» ha sido superada en la actualidad, no obstante la vigente Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de 5 de febrero de 1917, al conservar todavía la expresión «De las garantías individuales» (Título I, Capítulo I) para referirse al catálogo de derechos fundamentales (arts. 1 al 29). De tal manera que el estudio propiamente de estos derechos será materia de los diversos capítulos que por separado aparecen en la presente obra colectiva, sin que ello obste realizar de manera tangencial algunas consideraciones sobre estos «derechos» en la medida en que estén relacionados con el ámbito de sus «garantías».

4. Debemos comenzar señalando que el estudio sistemático de las garantías constitucionales en México es relativamente reciente. Esto se debe, por una parte, a que el derecho de amparo representó hasta finales del siglo XX, el único mecanismo de tutela constitucional con eficacia real, no obstante la regulación de otros instrumentos jurídicos de protección en los diversos textos supremos que han tenido vigencia. Por otro lado, la evolución experimentada por esta institución a lo largo del tiempo, que como veremos fue objeto de arduos debates durante el siglo XIX, ha ampliado considerablemente su propósito primigenio como mecanismo de protección de los derechos humanos, para comprender en la actualidad un conjunto complejo de instituciones con diversa naturaleza. Esto explica la razón por la cual el denominado erróneamente «juicio de garantías» o «juicio constitucional» (como si no hubiese otros) ha sido objeto de un examen exhaustivo tanto por juristas nacionales como extranjeros, sin que haya ocurrido lo mismo con las restantes garantías constitucionales, las cuales son estudiadas de manera aislada y esporádica, debido a su escasa eficacia práctica. Esto ha provocado que sean reducidos los análisis panorámicos sobre las garantías constitucionales en la bibliografía mexicana⁴.

5. Puede sostenerse que el florecimiento de los estudios sobre las garantías constitucionales en su conjunto, en realidad se inicia a partir de la reforma constitucional de 31 de diciembre de 1994 (cuya preparación se dio con la reforma

² Vid., entre otros, I. BURGOA, *Las garantías individuales*, 42.^a ed., México, Porrúa, 2008; J. V. CASTRO, *Garantías y amparo*, 14.^a ed., México, Porrúa, 2006. Una concepción actual que separa los derechos de sus garantías, puede verse en L. FERRAJOLI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. de P. ANDRÉS IBÁÑEZ y A. GREPPI, 3.^a ed., Madrid, Trotta, 2004; así como otros trabajos de este autor; vid. *infra* párrafo 19 y nota 28.

³ Con esta moderna concepción, vid. la extensa y documentada obra de M. CARBONELL, *Los derechos fundamentales en México*, 2.^a ed., México, Porrúa-UNAM-CNDH, 2007.

⁴ Por supuesto que han existido estudios valiosos que analizan el conjunto de garantías constitucionales, si bien se han realizado de manera esporádica y en muchas ocasiones ateniendo mayoritariamente al juicio de amparo.

de 1987), precisamente al representar una reforma integral al Poder Judicial de la Federación, otorgando una concepción sistemática a las garantías constitucionales (que desde entonces han tenido una eficacia real) y configurando a la Suprema Corte de Justicia materialmente en un Tribunal Constitucional. Esto ha propiciado la aceptación creciente del estudio científico de las garantías constitucionales dentro de una nueva disciplina denominada «Derecho procesal constitucional», en plena expansión y desarrollo de sus instituciones, principios y categorías esenciales⁵.

6. Para una mayor claridad expositiva, el presente capítulo lo hemos dividido en dos partes. En la *Primera Parte* se estudia la evolución histórica del concepto «garantía constitucional» y su ubicación dentro del sector genérico de la «defensa constitucional», lo cual permite brindar un marco introductorio indispensable para la comprensión de estos instrumentos, sirviendo además para distinguir a las «garantías» con otras expresiones e instituciones comúnmente utilizadas como sinónimos, no obstante sus diferencias conceptuales (párrafos 1.º a 24). Posteriormente se analizan las influencias externas e internas que se advierten en la génesis y en la evolución de las garantías constitucionales durante el periodo comprendido entre 1810 hasta los debates del Constituyente de 1917 (párrafos 25 a 72).

7. La *Segunda Parte* comprende el desarrollo histórico de las diversas garantías constitucionales durante la vigencia de nuestra actual Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917 (párrafos 73 a 174). Se analizan las principales garantías constitucionales por separado, en orden cronológico a su consagración en la Ley Fundamental. Comenzamos con el estudio de la garantía constitucional por antonomasia, el derecho de amparo, donde también se vislumbra la evolución del Poder Judicial de la Federación, ya que como se ha mencionado con antelación, durante más de siglo y medio representó la única garantía constitucional en la práctica, lo que significa que la evolución del amparo como garantía, se encuentra íntimamente relacionada con el propio proceso evolutivo de ese poder del Estado. Por último, se abordará brevemente también la dimensión local y transnacional de las garantías constitucionales (párrafos 175 a 191), para finalizar con una prospectiva de las mismas (párrafos 192 a 208) y una bibliografía básica (párrafo 209).

PRIMERA PARTE

2. EL CONCEPTO CONTEMPORÁNEO DE GARANTÍA CONSTITUCIONAL

8. En primer lugar debe destacarse que en la doctrina contemporánea se utilizan diversos vocablos que se emplean en forma indiscriminada para com-

⁵ Como se aprecia en los múltiples enfoques y desarrollos de los trabajos contenidos en E. FERRER MAC-GREGOR y A. ZALDÍVAR LELO DE LARREA (coords.), *La ciencia del Derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho*, México, UNAM-Marcial Pons-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2008, 12 tomos.

prender el estudio de los diversos instrumentos de solución de conflictos derivados de la aplicación de las normas constitucionales. Así, es frecuente que sean utilizados, hasta cierto punto como equivalentes, las denominaciones de control, justicia, jurisdicción, garantías y Derecho procesal, todas ellas con el calificativo de «constitucional».

9. Si analizamos estos términos de manera precisa podemos advertir que poseen un diverso contenido, ya que «control», constituye un vocablo muy genérico, que posee la significación más amplia, al abarcar todo tipo de instrumentos que se utilizan para lograr la efectividad de la normativa constitucional, por lo que pueden asumir varios aspectos de índole político, económico, social y jurídico⁶. La «defensa constitucional» comprende tanto mecanismos de protección, como los dirigidos a la solución de conflictos, de suerte que pueden dividirse en dos grandes sectores: el «protector y preventivo», así como el de las «garantías constitucionales»; en tanto que «jurisdicción», «garantías» y «Derecho procesal» (constitucional), poseen una connotación mucho más restringida pues se refieren a los órganos e instrumentos estrictamente procesales, que implican el ejercicio de la función jurisdiccional en sentido propio.

10. En cuanto a estas últimas expresiones, mientras que la «jurisdicción» se relaciona con el órgano o magistratura que decide los conflictos o litigios constitucionales, las «garantías» se refieren al instrumento reparador del orden constitucional. Sin embargo, la expresión más difundida en las últimas décadas es la de «justicia constitucional», que da título a dos importantes *Anuarios* a nivel internacional⁷ e iberoamericano⁸. Nomenclatura dominante especialmente en la doctrina europea de nuestros días⁹.

11. Estimamos que la diferencia con la «jurisdicción constitucional» radica en que esta última se reduce al análisis de los tribunales en sentido estricto, en tanto que la expresión «justicia constitucional» comprende otras instituciones que no realizan estas actividades propiamente, pero que son muy importantes para la solución de conflictos de carácter constitucional, como ocurre con los organismos que se han establecido en la mayor parte de los ordenamientos contemporáneos de acuerdo con el modelo escandinavo del *Ombusman*¹⁰.

12. De forma diversa, la denominación *Derecho procesal constitucional*, que surgió a partir de la década de los cuarenta del siglo pasado, debido a N. ALCALÁ-

⁶ Cfr. D. VALADÉS, *El control del poder*, 2.^a ed., México, Porrúa-UNAM, 2000; M. ARAGÓN REYES, *Constitución y control del poder. Introducción a una teoría constitucional del poder*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1995.

⁷ Cfr. *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, que se publica desde 1985, debido al impulso del recién desaparecido constitucionalista francés L. FAVOREU (1936-2004) que dirigió el «Groupe d'Etudes et de Recherches sur la Justice Constitutionnelle», en Aix-en-Provence. La última publicación de este *Anuario* corresponde al núm. 24, 2008.

⁸ Cfr. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, iniciado en 1997, con 12 números hasta la fecha (2008), dirigido por F. FERNÁNDEZ SEGADO y editado por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de España (Madrid).

⁹ Debido al importante número de autores que prefieren esta expresión, sólo nos remitimos a la reciente, extensa y documentada obra en tres gruesos tomos de F. FERNÁNDEZ SEGADO, *La justicia constitucional: una visión de Derecho comparado*, Madrid, Dykinson, 2009.

¹⁰ Cfr. H. FIX-ZAMUDIO, *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional (1940-1965)*, México, UNAM, 1968, pp. 12-15; *id.*, *La protección jurídica y procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, Madrid, Civitas-UNAM, 1982, *passim*.

ZAMORA Y CASTILLA¹¹, se ha difundido de manera paulatina y rápidamente en las últimas décadas entre la doctrina, particularmente latinoamericana¹². Sin embargo, creemos que las expresiones «justicia constitucional» y «Derecho procesal constitucional» no son incompatibles y más bien resultan complementarias en la medida que la primera se refiere al conjunto de instrumentos tutelares de la Constitución que conforman el contenido del «Derecho procesal constitucional», siendo esta última la disciplina científica que los estudia, como rama especializada del Derecho procesal general, que se conoce como *teoría o doctrina, del proceso, o del Derecho procesal*; lo que ha motivado la aparición de la *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*¹³, que se une a las otras publicaciones periódicas sobre la justicia constitucional (*vid. supra* párrafo 10). De tal manera que en la actualidad el Derecho procesal constitucional se ha incorporado en los planes de estudio de las escuelas, facultades y departamentos de Derecho, estableciéndose asimismo asociaciones nacionales y apareciendo un importante respaldo doctrinal que justifican plenamente su autonomía científica¹⁴.

13. Centrándonos en el concepto de «garantías constitucionales», es necesario advertir que ha tenido una evolución histórica que se originó con los revolucionarios franceses, a partir de su consagración en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, cuyo artículo 16 establecía: «Toda sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni determinada la separación de poderes, no tiene Constitución». Esta connotación original, que como hemos señalado repercutió en nuestros ordenamientos constitucionales, equipara las garantías con los derechos de la persona humana plasmados en un documento constitucional, con superioridad a las disposiciones legislativas¹⁵.

14. Bajo el penetrante pensamiento de G. JELLINEK, en la postrimería del siglo XIX, inicia una nueva corriente dogmática, al tratar el insigne iuspublicista alemán de sistematizar los instrumentos de defensa de las normas fundamentales, a través de lo que denominó *garantías de Derecho público*. Estas garantías las dividió en *sociales, políticas y jurídicas*. Al estudiar estas últimas, las divide según la finalidad de asegurar el Derecho objetivo o el Derecho subjetivo. Asimismo,

¹¹ La expresión la utiliza por vez primera en Argentina, en el título de su obra *Ensayos de Derecho procesal (civil, penal y constitucional)*, Buenos Aires, Revista de Jurisprudencia Argentina, 1944. Al año siguiente la emplea en una reseña comentando el artículo de E. A. CHRISTENSEN, *Revista de Derecho procesal*, primera parte, Buenos Aires, año III, 1945, pp. 77-78. Y luego en México, en su clásico *Proceso, autocomposición y autodefensa (contribución al estudio de los fines del proceso)*, México, UNAM, 1947, pp. 214-215.

¹² Debido al importante número de libros aparecidos en Latinoamérica, especialmente en las últimas décadas, remitimos al trabajo panorámico de D. GARCÍA BELAUNDE, «El Derecho procesal constitucional en expansión (crónica de un crecimiento: 1944-2006)», en su obra *El Derecho procesal constitucional en perspectiva*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, núm. 24, México, Porrúa, 2008, pp. 3-73.

¹³ *Cfr. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, dirigida por E. FERRER MAC-GREGOR, publicada por Porrúa y el Instituto Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, con 10 números hasta la fecha (2004-2008).

¹⁴ *Cfr. E. FERRER MAC-GREGOR, Derecho procesal constitucional. Origen científico (1928-1956)*, Madrid, Marcial Pons, 2008, pp. 32-43.

¹⁵ L. DUGIT, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, 1924, t. III, pp. 561 y ss.; M. HAURIOU, *Principios de Derecho público y constitucional*, trad. de C. RUIZ DEL CASTILLO, Madrid, s.f., pp. 95-100; y A. ESMEIN, *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, 7.ª ed., revisada por H. NÉZARD, Paris, Recueil Sirey, t. I, 1921, pp. 539-563.

dividía en cuatro clases las instituciones jurídicas mediante las cuales aquellas garantías se obtienen: i) de fiscalización; ii) de responsabilidad individual; iii) de función jurisdiccional, y iv) de medios jurídicos¹⁶.

15. Por su parte, el constitucionalista francés L. DUGUIT dividió las garantías en preventivas y represivas. Las primeras tienden a evitar las violaciones de las disposiciones fundamentales, siendo las segundas necesarias para impedir la ruptura del orden constitucional ante la insuficiencia de las primeras. Resulta significativo el señalamiento relativo a que las garantías represivas deberían residir en una alta jurisdicción de reconocida competencia, cuyo saber e imparcialidad estarían a cubierto de toda sospecha y ante cuyas decisiones se inclinara todo el mundo, gobernantes y gobernados e incluso el propio legislador. Asimismo, consideró que las *garantías represivas* implicaban el establecimiento de un sistema que permitiera descartar la aplicación de una ley contraria a los principios de libertad, y que también sancionara la responsabilidad del Estado, que expidiera una ley contraria al Derecho o abandonara la organización de los servicios públicos que tuviera a su cargo. Consideraba como ejemplo el sistema norteamericano, en el cual todos los jueces podrían desaplicar las disposiciones legales contrarias a la carta federal, y cuando la Corte Suprema federal declaraba que no debía aplicarse una ley por considerarla inconstitucional, no obstante que esa decisión sólo se dictaba para el caso concreto, todo el mundo la acataba, inclusive el Congreso, por lo que si bien dicha ley no se anulaba, caducaba *ipso facto*. Era partidario de que esas garantías se establecieran en Francia y de que la Corte de Casación y del Consejo de Estado realizara funciones similares a las de la Corte Suprema estadounidense¹⁷.

16. Entre nosotros debe destacarse la aportación del constitucionalista R. REYES OCHOA, que escribiera durante su exilio en territorio español una obra sobre *La defensa constitucional*¹⁸, en la cual se advierte su influencia en la consagración del recurso de amparo en la II República española¹⁹. Este jurista clasifica las garantías en preventivas, represivas y reparadoras. Las *garantías preventivas* se concentraban en la *supremacía constitucional*, es decir, en el deber que tienen todas las autoridades (entre ellas las legislativas) de cumplir con la Constitución, así como los preceptos de esta última que establecen limitaciones a la propia autoridad frente a determinados derechos individuales o sociales. Las *garantías represivas* se dirigían al *régimen de responsabilidades* de los altos funcionarios. Mientras que las *garantías reparadoras*, que según su parecer se habían establecido y perfeccionado, consistían en los *mecanismos para restablecer el Estado de Derecho* cuando la expedición de leyes desconocieran las normas constitutivas fundamentales, ya fuera en cuanto a la forma o el fondo²⁰.

¹⁶ Cfr. G. JELLINEK, *Teoría general del Estado*, México, Oxford University Press, 1999, t. II, particularmente su capítulo vigésimo segundo, denominado «Las garantías del Derecho público», pp. 469-473 (edición facsimilar).

¹⁷ Cfr. L. DUGUIT, *Soberanía y libertad*, trad. de J. G. ACUÑA, Buenos Aires, Tor, 1943, pp. 122-126.

¹⁸ Cfr. R. REYES, *La defensa de la Constitución. Los recursos de inconstitucionalidad y de amparo*, Madrid, Espasa Calpe, 1934.

¹⁹ Cfr. E. FERRER MAC-GREGOR, *La acción constitucional de amparo en México y España. Estudio de Derecho comparado*, 4.^a ed., México, Porrúa-UNAM, 2007, pp. 123 y ss.; *id.*, «Rodolfo Reyes y el recurso de amparo español», en *Ars Iuris. Revista del Instituto de Documentación e Investigación Jurídica*, México, Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, núm. 22, 1999, pp. 83-99.

²⁰ Cfr. R. REYES, *La defensa de la Constitución, op. cit.*, nota 16, pp. 126-133.

17. Partiendo de la concepción de Constitución como fundamento de validez de todo el ordenamiento jurídico, el jurista austriaco H. KELSEN estableció otra clasificación de las garantías constitucionales, entendiéndolas como los medios que la técnica moderna había desarrollado para la regularidad de los actos en general. El ilustre fundador de la Escuela de Viena dividió las garantías en dos: a) *preventivas o represivas*, y b) *personales u objetivas*. Las *garantías preventivas* tienden a advertir la realización de actos irregulares (la organización en forma de tribunal del órgano de creación del Derecho, garantizando su independencia). Las *garantías represivas* reaccionan contra el acto irregular una vez realizado, tienden a impedir la reincidencia en el futuro, a reparar el daño que se ha causado, a hacerlo desaparecer y eventualmente, a reemplazarlo por un acto regular. Las *garantías objetivas*, estima que son al mismo tiempo un carácter represivo acentuado, como la nulidad o anulabilidad del acto irregular. Mientras que las *garantías subjetivas* estima constituye la responsabilidad penal y disciplinaria, así como la responsabilidad civil del órgano que ha realizado un acto irregular²¹.

18. Con su precursor e influyente estudio sobre *La garantía jurisdiccional de la Constitución*, que derivó en la famosa polémica entre C. SCHMITT²² y H. KELSEN²³, sobre el órgano protector de la Constitución, se inicia el análisis riguroso de los instrumentos de efectividad de las disposiciones constitucionales. Como bien se sabe, las ideas kelsenianas se impusieron, creándose cortes o Tribunales Constitucionales en la mayoría de los países europeos²⁴, expandiéndose también a Latinoamérica²⁵ y en general en el mundo²⁶. Esto ha propiciado diversos sistemas y modelos de la justicia constitucional²⁷.

²¹ H. KELSEN, «La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)», traducción de la versión francesa de 1928 por R. TAMAYO y SALMORÁN, revisión y «Nota Preliminar» por D. GARCÍA BELAUNDE, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 10, julio-diciembre, México, Porrúa, 2008, pp. 3-46, en pp. 16-22; *id.*, *Teoría general del Derecho y del Estado*, trad. de E. GARCÍA MÁYNEZ, México, UNAM, 1983, 482-493.

²² *Cfr.* *La defensa de la Constitución. Estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la constitución*, trad. de M. SÁNCHEZ SARTO, 2.ª ed., Madrid, Tecnos, 1998.

²³ *Cfr.* H. KELSEN, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, trad. y notas de R. J. BRIE, supervisión técnica de E. BULYGIN, Madrid, Tecnos, 1995. Sobre la polémica, *vid.* C. M. HERRERA, «La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 86, Madrid, octubre-diciembre de 1994, pp. 1995-227; L. CORDOVA VIANELLO, «La contraposición entre Derecho y poder desde la perspectiva del control de constitucionalidad en Kelsen y Schmitt», en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, UNAM, núm. 15, 2005, pp. 47-68.

²⁴ *Cfr.* M. OLIVETTI y T. GROPPI (coords.), *La giustizia costituzionale in Europa*, Milano, Dott. A. Giuffrè, 2003; J. J. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *La justicia constitucional europea ante el siglo XIX*, Madrid, Tecnos, 2002.

²⁵ *Cfr.* E. FERRER MAC-GREGOR, *Los Tribunales Constitucionales en Iberoamérica*, México, Fundap, 2002; EUGUIRENA PRAELI, *Los Tribunales Constitucionales en Latinoamérica: una visión comparativa*, Buenos Aires, Konrad Adenauer-CIEDLA, 2000.

²⁶ *Cfr.* M. FROMONT, *La justice constitutionnelle dans le monde*, Paris, Dalloz, 1996; L. FAVOREU, *Los Tribunales Constitucionales*, trad. V. VILLACAMPA, prólogo y supervisión M. CARRILLO, Barcelona, Ariel, 1994; H. FIX-ZAMUDIO, *Los Tribunales Constitucionales y los derechos humanos*, México, UNAM, 1980.

²⁷ Un interesante panorama sobre los modelos y sistemas contemporáneo puede verse en los diversos estudios contenidos en la obra L. MEZZETI (coord.), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, Padova, CEDAM, 2009; asimismo *vid.* A. CELOTTO, «La justicia constitucional en el mundo: formas y modelos», y L. PEGORARO, «Clasificación y modelos de la justicia constitucional en la dinámica de los

19. A partir de entonces se han tratado de sistematizar las garantías constitucionales. En materia de derechos fundamentales destaca el penetrante esfuerzo del jurista italiano L. FERRAJOLI, que enfatiza en la necesidad de la separación entre los derechos y sus garantías. Llama *garantías primarias* a las expectativas positivas o negativas derivadas de los derechos, a las que corresponden obligaciones (de prestación) o prohibiciones (de lesión), mientras que las *garantías secundarias* son aquellas obligaciones de reparar o sancionar en sede jurisdiccional las violaciones de los derechos, esto es, de sus garantías primarias²⁸. A nuestro modo de ver, sin embargo, resulta necesario realizar una sistematización más estricta para efectos de estudio, que nos permita una visión de conjunto sobre los instrumentos que se han establecido en las Constituciones de nuestra época para la tutela de sus disposiciones fundamentales, ya que los numerosos y complejos problemas que han surgido en esta materia se encuentran diseminados en los diversos estudios sobre teoría de la Constitución.

20. Como idea provisional y de aproximación, podemos afirmar que en la categoría general de «Defensa de la Constitución» están comprendidos todos aquellos instrumentos jurídicos y procesales que se han establecido tanto para conservar la normativa constitucional como para prevenir su violación, reprimir su desconocimiento y, lo que es más importante, lograr el desarrollo y la evolución de las propias disposiciones constitucionales en un doble sentido: desde el punto de vista de la Constitución formal, a fin de lograr su paulatina adaptación a los cambios de la realidad político social, y desde la perspectiva de la Constitución real, es decir, su transformación de acuerdo con las normas programáticas de la propia carta fundamental. En esta dirección, una verdadera defensa constitucional es la que puede lograr la aproximación entre estos dos sectores, que en ocasiones pueden encontrarse muy distanciados²⁹.

21. La Constitución, tanto en sentido real como documento escrito, es forzosamente dinámica, y con mayor razón en nuestra época de cambios acelerados y constantes. Por este motivo, la defensa de la Constitución, aun desde la apreciación formal y de carácter positivo que hemos adoptado, tiene por objeto no sólo

ordenamientos», ambos publicados en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núms. 1 y 2, 2004, pp. 1-14 y 131-158, respectivamente.

²⁸ Considera que las garantías son las técnicas previstas por el ordenamiento para realizar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su regulación constitucional. Señala que por eso «reflejan la diversa estructura de los derechos fundamentales, para cuya tutela o satisfacción han sido previstas: las *garantías liberales*, al estar dirigidas a asegurar la tutela de los derechos de libertad, consisten esencialmente en técnicas de invalidación o de anulación de los actos prohibidos que las violan; las *garantías sociales*, orientadas como están a asegurar la tutela de los derechos sociales, consisten, en cambio, en técnicas de coerción y/o de sanción contra la omisión de las medidas obligatorias que las satisfacen. En todos los casos, el garantismo de un sistema es una cuestión de *grado*, que depende de la precisión de los vínculos positivos o negativos impuestos a los poderes públicos por las normas constitucionales y por el sistema de garantías que aseguran una tasa más o menos elevada de eficacia a tales vínculos». *Cfr. Derechos y garantías. La ley del más débil*, op. cit., supra nota 2, p. 25. Asimismo vid. sus trabajos «Expectativas y garantías: primeras tesis de una teoría axiomatizada del Derecho», trad. de Á. RÓDENAS y J. RUIZ MANERO, *Doxa*, núm. 20, 1997, pp. 235-278; «Democracia y garantismo», que aparece en la reciente obra recopilatoria de este autor, en M. CARBONELL (ed.), Madrid, Trotta, 2009, pp. 60 y ss. En general, sobre la corriente garantista que propone, vid. M. CARBONELL y P. SALAZAR (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta-UNAM, 2005.

²⁹ *Cfr.* H. FIX-ZAMUDIO, «La Constitución y su defensa», *La Constitución y su defensa*, México, UNAM, 1984, pp. 7-16; reproducido posteriormente en su obra *Justicia constitucional, ombudsman y derechos humanos*, México, CNDH, 1993, pp. 253-328.

el mantenimiento de las normas fundamentales, sino también su evolución y su compenetración con la realidad política, para evitar que el documento escrito se convierta en una simple fórmula nominal o semántica³⁰. Lo que significa que resulta digno de tutelarse un ordenamiento con un grado razonable de eficacia y de proyección hacia el futuro, ya que no sería posible ni deseable realizar el intento de proteger un simple conjunto de manifestaciones declamatorias.

22. Para el efecto de sistematizar una materia tan extensa y compleja, es preciso un ensayo de clasificación, no obstante el convencimiento de que toda división es forzosamente artificial. En este sentido, consideramos que el concepto genérico de «defensa de la Constitución» puede escindirse en dos categorías fundamentales, que en la práctica se encuentran estrechamente relacionadas: la primera podemos denominarla, de manera convencional, como *protección de la Constitución*; mientras que la segunda, que ha tenido consagración institucional en varias cartas fundamentales contemporáneas, comprende las llamadas *garantías constitucionales*.

23. La *protección de la Constitución*, se integra por todos aquellos factores políticos, económicos, sociales y de técnica jurídica que han sido canalizados por medio de normas de carácter fundamental e incorporadas a los documentos constitucionales con el propósito de limitar el poder y lograr que sus titulares se sometan a los lineamientos establecidos en la propia carta fundamental, tanto por lo que respecta a sus atribuciones como también, y de manera esencial, en cuanto al respeto de los derechos humanos de los gobernados. En otras palabras, estos instrumentos pretenden lograr el funcionamiento armónico, equilibrado y permanente de los poderes públicos y, en general, de todo órgano de autoridad. No es el momento de referirnos a estos instrumentos, por no ser materia de estudio en el presente trabajo, por lo que sólo señalaremos que en las constituciones mexicanas se han incorporado, entre los más importantes, a) *la división de poderes o de funciones*; b) la participación de los grupos sociales y de los partidos políticos (democracia representativa y participativa); c) *la regulación de los recursos económicos y financieros*; d) *el principio de la supremacía constitucional*, y e) *el procedimiento dificultado de reforma constitucional*³¹.

24. En cambio, la segunda categoría, que integra la «defensa de la Constitución», se refiere a las «garantías constitucionales», entendidas no en su concepción tradicional identificada con los derechos de la persona humana consagrados constitucionalmente, sino como los medios jurídicos, de naturaleza predominantemente procesal, que están dirigidos a la reintegración del orden constitucional cuando el mismo ha sido desconocido o violado por los propios órganos de poder (o de particulares o grupos de poder en situación de privilegio), de tal manera que los instrumentos protectores referidos en el párrafo anterior no han resultado suficientes para lograr el respeto y el cumplimiento de las disposiciones constitucionales³².

³⁰ Terminología utilizada por K. LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, trad. de A. GALLEGU ANAVITARTE, Barcelona, Ariel, 1965, pp. 218-222.

³¹ Cfr. H. FIX-ZAMUDIO, *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, 3.ª ed., México, Porrúa-UNAM, 2005, pp. 13-56.

³² Cfr. H. FIX-ZAMUDIO, *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional (1940-1965)*, op. cit., supra nota 10, pp. 17-18.

3. INFLUENCIA EXTERNA E INTERNA EN EL ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES (1810-1917)

A) Influencia externa

25. Las garantías constitucionales mexicanas constituyen el resultado de la conjugación o confluencia de varias instituciones provenientes de otros sistemas jurídicos, y de una evolución, en ocasiones dolorosa y atormentada durante nuestra agitada historia constitucional, en la que se fueron perfilando de manera paulatina, y a veces contradictoria, los instrumentos de solución de conflictos constitucionales. En primer término, haremos una descripción muy breve de las corrientes externas sin cuyo conocimiento no podrá entenderse la variabilidad de los sistemas implantados por las Constituciones que se sucedieron rápidamente durante todo el siglo XIX, desde la Constitución de Cádiz de 1812 y especialmente a partir de nuestra independencia de España consumada en el año de 1821.

26. 1. *La influencia angloamericana* ha sido la más evidente en nuestras instituciones político-constitucionales, debido a que varios de nuestros constituyentes consideraban al Derecho público de los Estados Unidos como el modelo a seguir aun cuando con modalidades propias originadas en el trasplante de figuras jurídicas de la familia del *common law* en una tradición hispánica de origen romano canónico.

27. Como ocurrió en la mayoría de los países latinoamericanos que habían logrado su independencia de España y Portugal³³, se intentó la introducción de los principios esenciales de la *judicial review of legislation*³⁴, pero entendiéndola en la forma en que la había divulgado la clásica obra del publicista francés A. DE TOCQUEVILLE, *La Démocratie en Amérique*³⁵, cuya primera edición en castellano traducida por D. A. SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE y publicada en París en 1836, se conoció en México en el año siguiente, y además se hizo una reimpresión de la misma en nuestro país en 1855, año de la convocatoria del Congreso Constituyente en el cual se elaboró la Constitución Federal de 1857³⁶, que consolidó varias de las garantías constitucionales que han trascendido a la actualidad.

28. También debe señalarse la influencia de la clásica institución angloamericana del *habeas corpus*, que trató de regularse durante la lucha de la

³³ Cfr. H. FIX-ZAMUDIO, «Influencia del Derecho angloamericano en la protección de los derechos humanos en América Latina», en *Festschrift für Karl Loewenstein (Libro de Homenaje para Karl Loewenstein)*, Tübingen, J. C. Mohr (Paul Siebeck), 1971, pp. 485-508, reproducido en el libro del mismo autor: *Latinoamérica, Constitución, proceso y derechos humanos*, México, UDUAL-Miguel Ángel Porrúa, 1988, pp. 131-154.

³⁴ Cfr. H. FIX-ZAMUDIO y J. CARPIZO, «La necesidad y la legitimidad de la revisión judicial en América Latina. Desarrollo reciente», en colaboración con J. CARPIZO, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 52, enero-abril de 1985, pp. 31-64.

³⁵ La primera edición en francés de dicha obra fue publicada en París en 1835, mismo año en que apareció una traducción al inglés por H. REEVE, *Democracy in America*, London, Saunders and Oley. De esta última se han hecho múltiples reimpresiones en diferentes épocas, tanto en Inglaterra como en los Estados Unidos.

³⁶ *De la Democracia en América del Norte*, trad. de D. SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE, 2 vols., México, Imprenta de Ignacio Cumplido, 1855.

independencia en el proyecto de Constitución denominado «Elementos Constitucionales», elaborado por I. LÓPEZ RAYÓN en el año de 1812, al establecer en su artículo 31: «Cada uno se respetará en su casa como en un asilo sagrado, y se administrará con las ampliaciones, restricciones que ofrezcan las circunstancias, la célebre ley *Corpus habeas de la Inglaterra*»³⁷. El *habeas corpus* inglés posteriormente se incorporó al juicio de amparo pero sin el nombre tradicional con el cual se le conoce en los demás países latinoamericanos³⁸. Además es preciso advertir que el sistema constitucional de los Estados Unidos tuvo ascendiente en la adopción del régimen federal cuya tutela se encomendó posteriormente a los tribunales federales, los que se inspiraron en la organización judicial norteamericana en su denominación y estructura³⁹.

29. Una garantía que también tomamos de la Constitución norteamericana de 1787 fue la relativa al *juicio político de los altos funcionarios* de la Federación y de las entidades federativas (*Impeachment*), que si bien tuvo su origen en el sistema británico, adoptó modalidades importantes en el régimen presidencial norteamericano. En efecto, de acuerdo con el artículo I, sección III, inciso c), de la Carta Federal de 1787, se atribuye al senado federal la facultad exclusiva de juzgar políticamente a los altos funcionarios, y la resolución, si es condenatoria, se traduce en la destitución del funcionario y su inhabilitación durante determinado periodo.

30. 2. *La tradición hispánica* fue menos evidente pero no por ello de menor importancia después de tres siglos de dominación política, económica y cultural, y la que, al combinarse con el paradigma norteamericano, adquirió características peculiares. Por una parte, desde la época colonial (y en ello coincide de cierta manera en la influencia angloamericana), existió una corriente judicialista apoyada por el Consejo de Indias, en beneficio de las Audiencias, las cuales conocían de los actos y resoluciones de los virreyes, capitanes generales y otras autoridades administrativas.

31. En segundo lugar, la Constitución española promulgada en Cádiz el 18 de marzo de 1812, que tuvo vigencia en México de manera esporádica debido a la revolución de independencia y su desconocimiento por parte de Fernando VII, tuvo un gran predicamento en varias de nuestras Constituciones, especialmente por lo que se refiere a la preeminencia del organismo legislativo en el conocimiento de las violaciones de carácter constitucional.

32. También debe señalarse que el nombre mismo del juicio de amparo, castizo, evocador y legendario según la certera frase del ilustre constitucionalista mexicano F. TENA RAMÍREZ, proviene de antecedentes castellanos y aragoneses.

³⁷ Esta ley tiene su origen en el *Habeas Corpus Amendment Act*, de 26 de mayo de 1679, que contenía 18 preceptos que regulaban a esta institución, considerado por algunos como la primera legislación procesal constitucional.

³⁸ Cfr. el clásico estudio de Ph. J. EDER, «*Habeas corpus* disembodied. Latin America Experience», en la obra *XXth Century Comparative and Conflict Laws. Legal Essays in Honor of Hessel E. Yntema*, Leyden, 1961, pp. 475 y ss.

³⁹ En efecto, en la primera Constitución del México independiente, expedida el 4 de octubre de 1824, recibió el nombre de Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y el artículo 123 de dicha Carta Fundamental estableció: «El poder judicial de la Federación residirá en una Corte Suprema de Justicia, en los tribunales de circuito y en los de distrito», lo que reflejó la influencia directa de la organización judicial federal de los Estados Unidos de Norteamérica.

33. 3. *La tradición jurídica francesa* dejó una huella transitoria en algunas de las Constituciones mexicanas elaboradas por la corriente conservadora, la cual contrariamente a la de carácter liberal y federalista que se inspiró en el Derecho de los Estados Unidos, trató de implantar en nuestro país el centralismo europeo cuyo paradigma era Francia, y cuya huella más importante en el campo de las garantías constitucionales se descubre en la imitación del Senado Conservador de la Carta francesa del año VIII, a través del llamado Supremo Poder Conservador introducido en las leyes constitucionales de 1836⁴⁰. También se advierte influencia en el sector del amparo denominado «amparo casación» o «amparo judicial», es decir, nuestro amparo directo en contra de resoluciones definitivas de los tribunales superiores de justicia de las entidades federativas⁴¹.

B) Evolución interna

34. La primera Constitución que tuvo vigencia, así fuera sólo en el territorio dominado por los insurgentes que luchaban por la independencia, fue el Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana, sancionado en Apatzingán el 22 de octubre de 1814, en el cual se advierte la influencia de la Constitución española de Cádiz, en una doble dirección; por una parte a través del juicio de responsabilidad de los altos funcionarios por delitos oficiales, entre ellos las violaciones de carácter constitucional, la que se seguía en dos etapas, la primera ante el organismo legislativo, el que debía decidir si procedía la consignación (arts. 120 y 126 del citado Decreto constitucional) y el proceso criminal ante el llamado Tribunal de Residencia de acuerdo con la tradición colonial (art. 227) o bien ante el Supremo Tribunal de Justicia (art. 147), cuando se trataba de los secretarios del Supremo Gobierno.

35. El segundo aspecto que puede destacarse como antecedente de las garantías constitucionales es el relativo a la facultad de los ciudadanos para reclamar las infracciones de la Constitución, que podemos descubrirlo en una disposición escondida en la parte final del artículo 237 del citado Decreto Constitucional de Apatzingán y que se refería a la irreformabilidad de las bases esenciales de la forma de gobierno consagrada por el mismo Decreto, en tanto no se redactara la Constitución definitiva; precepto en el cual se estableció: «Cualquier ciudadano tendrá derecho para reclamar las infracciones que notare» (se entiende, de dicha Carta constitucional).

36. No se determina en dicho precepto ante qué autoridad se podía formular la reclamación ni el procedimiento para tramitarla, pero sí toma en consideración que se inspiró de manera evidente en el artículo 373 de la Constitución española de 1812, de acuerdo con el cual: «Todo español tiene derecho de representar a las Cortes o al rey para reclamar la observancia de la Constitución»; puede concluirse en el sentido de que la denuncia hubiera podido hacerse tanto ante el Congreso como ante el poder ejecutivo (este último de carácter colectivo, según el art. 132 de la Ley Constitucional de 1814).

⁴⁰ Cfr. O. CRUZ BARNEY, *El Supremo Poder Conservador y el control constitucional*, en E. FERRER MAC-GREGOR (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 5.ª ed., México, Porrúa, 2006, t. II, pp. 957-972.

⁴¹ Cfr. E. FERRER MAC-GREGOR, *La acción constitucional de amparo en México y España. Estudio de Derecho comparado*, op. cit., nota 19, p. 113.

37. Esto no significa que los constituyentes que redactaron el documento político promulgado en Apatzingán tuvieron el propósito preciso de establecer un procedimiento destinado a la tutela de los derechos fundamentales consagrados en la misma (que se tomaron de las Constituciones francesas de 1791 y 1793), ya que en esa época existía la creencia romántica de que la garantía de los derechos consistía en su consagración constitucional; pero indirectamente hubiera podido llegarse a dicho resultado, como ocurrió en España con fundamento en el referido artículo 373 de la Carta de 1812.

38. En efecto, como lo han puesto de relieve los juristas V. FAIRÉN GUILLÉN y J. BARRAGÁN BARRAGÁN, se advierte la situación provocada por las numerosas reclamaciones de los ciudadanos contra las violaciones a la citada Constitución española efectuada por diversas autoridades en perjuicio de sus derechos fundamentales, y que motivó la elaboración del proyecto presentado a las Cortes el 12 de julio de 1813, en el cual se encomendó el conocimiento de los delitos contra dicha Ley Suprema a la jurisdicción ordinaria.

39. Se advierte la influencia del Derecho público francés en el proyecto presentado al Congreso el 16 de mayo de 1813, denominado «Plan de la Constitución Política de la Nación Mexicana», suscrito por el diputado José del Valle y otros representantes, y en cuya base 8.^a se propuso la creación de un Senado Conservador; si se toma en cuenta que entre sus facultades se encontraban las de: «Celar la conservación del sistema constitucional»; también reclamar al Congreso nacional las leyes que fuesen contrarias a la Constitución o que no fuesen discutidas o aprobadas en la forma que la misma prescribiera; así como juzgar a los altos funcionarios del Estado.

40. En la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos aprobada el 4 de octubre de 1824, se advierte una combinación de instituciones para la tutela de las normas constitucionales que fueron adoptadas sin una clara comprensión de su alcance, ya que por una parte, dicha Carta Federal tomó como modelo a la Constitución española de Cádiz, en cuanto dispuso en su artículo 164: «El Congreso (federal) dictará todas las leyes y decretos que crea conducentes a fin de que se haga efectiva la responsabilidad de los que quebranten esta Constitución y el Acta Constitutiva (de 31 de enero de 1824)», y además, estableció un organismo denominado «Consejo de Gobierno», que funcionaba durante el receso del propio Congreso, y que en forma similar a la Diputación Permanente de las Cortes españolas, tenía entre sus atribuciones la de: «Velar sobre la observancia de la Constitución, del Acta Constitutiva de las leyes generales, formando expediente sobre cualquier incidente relativo a estos objetos...» (art. 160, fracción I).

41. Pero al mismo tiempo, dicha Carta Federal confirió a la Suprema Corte, (de acuerdo con el art. 137, fracción V, inciso sexto), la facultad de conocer de las violaciones a la Constitución y leyes federales, esta vez inspirándose en la Constitución Federal de los Estados Unidos de 1787; pero dicho precepto no llegó a reglamentarse y por lo mismo no tuvo aplicación no obstante algún intento que se hizo para que la propia Corte conociera de dichas cuestiones.

42. Lo cierto es que predominó la influencia hispánica, ya que el Congreso de la Unión, con apoyo en la facultad exclusiva que le otorgó el artículo 165 de la citada Constitución Federal para resolver las dudas sobre el alcance de los

preceptos constitucionales, anuló varias leyes expedidas por los órganos legislativos de las Entidades Federativas, por considerarlas contrarias a la propia Constitución Federal.

43. En esta misma Constitución Federal y debido a la influencia del ordenamiento norteamericano, se consagraron dos de los instrumentos que se desarrollaron con posterioridad, para resolver los conflictos de carácter constitucional. Nos referimos en primer término a las llamadas «controversias constitucionales», claramente inspiradas en el artículo III, sección 2.^a, de la Ley Fundamental norteamericana⁴², ya que en el artículo 137, fracción I, de la Carta de 1824, que se refiere a las atribuciones de la Corte Suprema de Justicia, se dispuso, en su parte conducente: «Conocer de las diferencias que puede haber de uno a otro Estado de la Federación siempre que las reduzca a un juicio verdaderamente contencioso en que deba recaer formal sentencia y de las que se susciten entre un Estado y uno o más vecinos de otro, ...».

44. También en dicha Constitución Federal se introdujo la garantía del *juicio político de los altos funcionarios de la Federación y de los Estados*, con algunos matices, especialmente en cuanto al enjuiciamiento de los magistrados de la Suprema Corte de Justicia. En efecto, el artículo 38 estableció las reglas del citado juicio político, que encomendó a cualquiera de las dos Cámaras del Congreso General, en calidad de gran jurado.

45. Según dicho precepto fundamental, la Cámara respectiva podía conocer de las acusaciones contra el presidente de la Federación por delitos de traición contra la independencia nacional, la forma establecida de gobierno, y por cohecho o soborno, cometidos durante el tiempo de su empleo. También podía ser enjuiciado el mismo presidente por actos dirigidos manifiestamente a impedir que se hicieran las elecciones de presidente, senadores y diputados, o a que éstos se presentaran a servir sus destinos en las épocas señaladas en dicha Constitución, o a evitar a las Cámaras el uso de cualquiera de las facultades que les atribuyera la misma.

46. Además, cualquiera de las Cámaras Legislativas podía enjuiciar a los miembros de la Suprema Corte de Justicia y a los secretarios del despacho, por delitos cometidos durante el tiempo de sus empleos, así como a los gobernadores de los Estados, por infracciones de la Constitución Federal, leyes de la Unión, u órdenes del presidente de la Federación, que no fueran manifiestamente contrarias a la Constitución y leyes generales de la Unión, y también por la publicación de leyes y decretos de las legislaturas de sus respectivos Estados, contrarias a la misma Constitución y leyes.

47. De acuerdo con el artículo 39 de dicha Ley Fundamental, la Cámara de Representantes tenía competencia exclusiva para conocer de las acusaciones contra el presidente o sus ministros en relación con actos en los cuales hubiese intervenido el Senado o Consejo de Gobierno por razón de sus funciones, y también respecto de los actos atribuidos al vicepresidente de la República.

⁴² Vid. el muy documentado análisis de los antecedentes históricos y desarrollo legislativo y jurisprudencial de esta institución en los Estados Unidos, en J. R. Cossío Díaz, *La controversia constitucional*, México, Porrúa, 2008, pp. 14-38.

48. Por lo que respecta a las causas criminales que se intentaran contra los senadores o diputados desde el día de su elección hasta dos meses después de haber cumplido su encargo, debían someterse a la Cámara de la que formaron parte, la que podía decidir en calidad de gran jurado sobre si había o no lugar a la formación de causa.

49. En todos los casos la Cámara respectiva debía decidir con el voto de los dos tercios de sus miembros presentes, y en caso de considerar que había lugar a la formación de causa, el acusado quedaba suspenso de su encargo y puesto a disposición del tribunal competente.

50. El tribunal competente era la Suprema Corte de Justicia para el enjuiciamiento criminal de los altos funcionarios mencionados, de acuerdo con el artículo 137, fracción V, incisos 1.º a 4.º, de la mencionada Carta Constitucional, con excepción de los procesos seguidos contra magistrados de la Suprema Corte, ya que el artículo 139 constitucional regulaba la integración de un tribunal especial formado por personas electas por el Congreso General en el primer mes de las sesiones ordinarias de cada bienio, que no fueran miembros del citado Congreso y tuvieran las cualidades exigidas para los propios magistrados de la Corte.

51. Como puede observarse, no existía una estricta separación entre la responsabilidad política y la imputación penal, pero se tomaba del modelo estadounidense la necesidad de seguir un procedimiento previo ante una de las Cámaras del Congreso de la Unión, que funcionaba como gran jurado, pero se apartaba del propio modelo en cuanto el proceso criminal no se seguía ante los tribunales ordinarios, sino ante la Suprema Corte de Justicia, con excepción del enjuiciamiento especial de los magistrados de la propia corte, lo que influyó de cierta manera el sistema del juicio político y penal de los funcionarios, en la Constitución Federal de 1857.

52. Pocos años más tarde en uno de los frecuentes cambios políticos que se produjeron en el siglo XIX (y no obstante la ingenua pretensión de la citada Constitución de 1824 de que nunca podrían reformarse sus preceptos relativos al sistema federal), el grupo conservador logró establecer el sistema centralista de inspiración francesa, transformando los Estados en Departamentos, a través de las siete leyes constitucionales expedidas entre el 15 de diciembre de 1835 y el 30 de diciembre de 1836. En este ordenamiento también se observa una combinación de influencias, ya que el artículo 2.º, fracción III, de la primera Ley Constitucional estableció un instrumento procesal con la denominación de «reclamo» (denominación que persiste en otros ordenamientos posteriores), para tutelar la propiedad privada cuando la misma fuese expropiada por causa de utilidad pública, y que podía ser interpuesto por los afectados ante la Suprema Corte de Justicia en la Capital y ante el tribunal superior respectivo en los Departamentos, suspendiéndose la ejecución de la resolución expropiatoria hasta el pronunciamiento del fallo judicial.

53. Pero además de esta instancia judicial muy restringida, se adoptó el modelo francés del Senado Conservador de la Constitución del año VIII (*vid. supra* párrafo 33), a través del organismo denominado «Supremo Poder Conservador», regulado por la segunda Ley Constitucional, e integrado por cinco personas en apariencia muy poderosas ya que sólo eran responsables de sus

actividades ante Dios y la opinión pública (art. 17). Dicho organismo tenía entre sus facultades, similares a las del paradigma francés, las de declarar la nulidad de los actos, resoluciones o leyes de cada uno de los tres órganos del poder, a petición de uno o de los otros dos (art. 12, fracciones I a III).

54. Las facultades aparentemente desorbitadas del Supremo Poder Conservador pecaban en realidad de ingenuas, pues si bien dicho organismo pronunció algunas resoluciones importantes declarando la nulidad de leyes y actos que consideró inconstitucionales, dichos fallos no fueron obedecidos por las autoridades afectadas, las que alegaron pretextos y evasivas o simplemente los ignoraron, ya que la realidad política no permitía la subsistencia de un órgano de esta naturaleza, que había fracasado también en su país de origen.

55. En varios proyectos que se elaboraron durante los agitados años de 1840 a 1842 con el propósito de reformar las citadas leyes constitucionales de 1836, o bien para sustituirlas con otro documento constitucional, se propuso la supresión del Supremo Poder Conservador (que fue abolido efectivamente en el año de 1841 con motivo de uno de tantos pronunciamientos militares) para sustituirlo por un instrumento procesal que recibió también el nombre de «reclamo» (*vid. supra* párrafo 52), el que debía ejercitarse ante los tribunales federales y particularmente ante la Suprema Corte de Justicia, con el objeto de proteger tanto las normas constitucionales en general, como las garantías individuales, es decir, los derechos del hombre en particular, y si bien dichos proyectos no llegaron a obtener consagración legislativa, es evidente que prepararon el terreno para lograr el predominio de la revisión judicial, consagrada definitivamente en la Carta Federal de 1857.

56. En este periodo de luchas incesantes entre los grupos liberales que defendían el sistema federal y los sectores conservadores que postulaban el centralismo, resulta de gran trascendencia la promulgación de la Constitución de la República de Yucatán el 16 de mayo de 1841, con apoyo en el proyecto elaborado en diciembre del año anterior por una comisión encabezada por el ilustre jurista y político M. CRESCENCIO REJÓN, uno de los padres del juicio de amparo y quien se había refugiado en su Estado natal perseguido por los centralistas que dominaban la Capital de la República. Dicho documento, que se considera el primero que consagra la revisión judicial de la constitucionalidad de los actos de autoridad en América Latina, se inspira en esta materia en el sistema constitucional norteamericano a través de la visión de A. DE TOCQUEVILLE (*vid. supra* párrafo 27), a quien se cita de manera expresa la exposición de motivos del proyecto redactado por REJÓN.

57. La citada Constitución yucateca introduce por primera vez el juicio de amparo, el cual procedía ante la Suprema Corte en pleno contra las leyes y decretos de la legislatura que fueran contrarios al texto literal de la misma Constitución, o contra las providencias del gobernador cuando en ellas se hubiese infringido el propio Código fundamental (art. 62, fracción I), y debía interponerse ante los jueces de primera instancia contra los actos de funcionarios que no correspondieran al poder judicial cuando violasen los derechos fundamentales consagrados por dicha Carta (art. 8.º), y acudiéndose a los superiores de los propios jueces cuando éstos infringiesen dichos derechos en sus resoluciones (art. 9.º).

58. Además de lo anterior, y de acuerdo en forma más estricta con el modelo estadounidense, el artículo 75 de la Carta yucateca establecía el llamado «control difuso» introducido por el artículo VI de la Constitución Federal norteamericana, en cuanto disponía: «En la administración de justicia arreglarán los jueces sus fallos a lo prevenido en esta Constitución, prescindiendo de lo dispuesto contra el texto literal de ella en las leyes o decretos del congreso del Estado». Por otra parte, debe destacarse el sistema de responsabilidad que se calificó de juicio político, inspirado también en el *impeachment* angloamericano en cuanto al gobernador, consejeros, secretarios de despacho y ministros de la Corte Suprema de Justicia podían ser enjuiciados por las infracciones legales que cometieran en el ejercicio de sus respectivos cargos previa acusación ante la Cámara de Diputados para que decidiera si había lugar la formación de la causa, pasándose el expediente al Senado local para que resolviera en definitiva, el que podía imponer como única pena la privación de oficio o de empleo y la inhabilitación temporal o permanente para obtener otro, sin perjuicio de seguirse con posterioridad el proceso penal ordinario (art. 37), procedimiento muy similar al establecido por el texto original de la Constitución Federal vigente (*vid. infra* párrafo 125).

59. Otro paso importante es el documento conocido como Acta de Reformas (a la Constitución Federal de 1824) promulgado el 21 de mayo de 1847, que se inspira en el proyecto elaborado por M. OTERO, otro de los creadores del amparo y uno de los pensadores políticos más distinguidos del siglo XIX, quien se apoya también en el modelo norteamericano de manera expresa al establecer el juicio de amparo en el ámbito nacional, consagrado por el artículo 25 de la citada Acta de Reformas, según el cual: «Los tribunales de la Federación *ampararán* a cualquier habitante de la República en el ejercicio y conservación de los derechos que le conceda esta Constitución y las leyes constitucionales contra todo ataque de los poderes legislativo y ejecutivo, ya de la Federación, ya de los Estados; limitándose dichos tribunales a impartir su protección en el caso particular sobre que verse el proceso, sin hacer ninguna declaración general respecto de la ley o del acto que la motivare».

60. No obstante el peso de la influencia estadounidense, el mismo OTERO recoge la tradición hispánica de la Constitución de Cádiz de conferir al organismo Legislativo la declaración de nulidad de las leyes inconstitucionales (*vid. supra* párrafo 31) pero adoptándola al sistema federal, de manera que en los artículos 22 y 23 del citado documento constitucional, se estableció que el Congreso Federal podía declarar la nulidad de las leyes de las Entidades Federativas contrarias a la Carta Federal, y a su vez la mayoría de las legislaturas deberían votar sobre la nulidad de una ley federal cuando fuese impugnada por inconstitucional por el presidente de la República, por diez diputados, tres senadores o tres legislaturas locales, correspondiendo a la Suprema Corte recibir y publicar el resultado de la votación.

61. Llegamos así, en este breve recorrido sobre la evolución de nuestras garantías constitucionales, a la Carta Federal promulgada el 5 de febrero de 1857, la que constituye el antecedente inmediato de la actualmente en vigor, y en ella se advierte un predominio del modelo norteamericano en los tres instrumentos de garantía constitucional que regula: el juicio de responsabilidad de los altos funcionarios, las controversias constitucionales y el juicio de amparo.

62. Por supuesto que el aspecto más importante, ya desde entonces, fue la consagración definitiva del juicio de amparo en los artículos 101 y 102 de la citada Carta Federal de 1857. Después de la larga gestación que se ha señalado en los párrafos anteriores, según el modelo de la revisión judicial de la constitucionalidad de los actos de autoridad del ordenamiento de los Estados Unidos divulgado por TOCQUEVILLE, quien fue mencionado expresamente en varias ocasiones durante los debates del Congreso Constituyente, ya que los defensores de la institución, especialmente los constituyentes Ponciano Arriaga, Melchor Ocampo y León Guzmán sostuvieron claramente que tenían el propósito de trasplantar la revisión judicial norteamericana, pero dirigida específicamente a la protección de los derechos o (garantías individuales) consagradas constitucionalmente.

63. Pero además del citado juicio de amparo, la Carta Federal de 1857 se inspiró en el modelo norteamericano de enjuiciamiento de los altos funcionarios dotados de la inmunidad procesal (diputados al Congreso de la Unión, ministros de la Suprema Corte, los gobernadores de los Estados por infracciones a la Constitución y leyes federales y el presidente de la República por delitos de traición a la patria, violación expresa de la Constitución y ataque a la libertad electoral) (art. 103), por los delitos de carácter oficial. En ese supuesto el texto original del artículo 104 de la propia Carta Federal disponía que de dichos delitos debían conocer el Congreso (entonces unicameral) como jurado de acusación y la Suprema Corte como jurado de sentencia, apartándose del sistema norteamericano, pero no del británico, en cuanto la citada Suprema Corte podía imponer la pena señalada en la ley secundaria.

64. En la reforma constitucional de 13 de noviembre de 1874, por la cual se restableció el Senado Federal, se modificó ligeramente el sistema anterior, en cuanto la imposición de la pena por delitos oficiales cometidos por los altos funcionarios quedó encomendada al propio Senado, después del veredicto de culpabilidad de la Cámara de Diputados, en lugar de la Suprema Corte de Justicia (art. 105).

65. Finalmente, la misma Constitución de 1857 siguió en la Carta Federal de los Estados Unidos en el establecimiento de las llamadas controversias constitucionales, en su artículo 97, fracciones III y IV (que el art. 98 encomendó en única instancia a la Suprema Corte), relativas a los conflictos que se suscitaban de un Estado con otro y en aquellas en que la federación fuese parte.

66. Para finalizar este superficial recorrido, es preciso destacar que el juicio de responsabilidad de los altos funcionarios y las controversias constitucionales no tuvieron eficacia práctica, siendo el juicio de amparo el único instrumento que se utilizó para impugnar las violaciones a la Carta Federal de 1857, primero restringido a las llamadas garantías individuales o derechos del hombre, consagrados en los primeros 28 artículos de la propia Constitución, pero pronto la jurisprudencia de la Suprema Corte extendió la protección a todos los preceptos constitucionales que pudiesen dar lugar a una afectación individual.

67. La transformación más importante fue la extensión de la procedencia del amparo contra todas las sentencias pronunciadas por todos los jueces del país, aun cuando en ellas no se plantearan cuestiones de inconstitucionalidad, sino exclusivamente la aplicación de disposiciones legales secundarias, con lo cual el ordenamiento mexicano se apartó considerablemente, en este aspecto,

del modelo norteamericano e inclusive de otras instituciones similares establecidas en países federales latinoamericanos, tales como el recurso extraordinario de constitucionalidad, regulado por los ordenamientos de Argentina y de Brasil.

68. Esta transformación del juicio de amparo mexicano provocó apasionados debates durante la segunda mitad del siglo XIX e inclusive la primera década de siglo XX, a tal extremo que fue calificada de corrupción por el destacado constitucionalista E. RABASA en una de sus obras publicadas en 1919; pero el cambio ha sido inevitable en virtud de un conjunto de factores políticos, sociales, económicos y culturales entre los cuales pueden mencionarse, en primer término, los tres siglos de centralismo judicial de la época colonial española, que a su vez provocó la concentración de los abogados en las ciudades de México y de Guadalajara, en las cuales residían las únicas Audiencias (tribunales de apelación) del Virreinato de la Nueva España. Con posterioridad a la independencia, la situación anterior determinó la integración de los tribunales superiores de las Entidades Federativas con magistrados improvisados, con la consiguiente falta de confianza en dichos tribunales locales, los que también quedaron sujetos a la influencia política de los gobernadores de los propios Estados.

69. Debido a lo anterior, los abogados acudieron a todos los medios, inclusive a una interpretación forzada del artículo 14 de la Constitución de 1857, para sustraer todos los asuntos judiciales de las manos de los tribunales locales, aun tratándose de la aplicación de las leyes de los Estados, para llevarlos a los tribunales federales a través del juicio de amparo, y finalmente a la Suprema Corte de Justicia; con el argumento muy poco consistente de que, cada vez que un juez o tribunal aplicase inexactamente (en realidad, incorrectamente) una disposición legal secundaria al resolver un proceso concreto, infringía el citado artículo 14, situado dentro del capítulo de las garantías individuales o derechos del hombre de la Carta Federal, lo que implicaba una cuestión de constitucionalidad que hacía procedente el amparo.

70. No obstante lo endeble de la argumentación anterior (que hemos simplificado para citarla brevemente), fue tan poderosa la presión de los justiciables que la Suprema Corte de Justicia se vio obligada a aceptarla después de un periodo de incertidumbre, al declarar de manera implícita la inconstitucionalidad del artículo 8.º de la segunda Ley de Amparo, promulgada el 20 de enero de 1869, que prohibía categóricamente la procedencia del amparo contra resoluciones judiciales, ya que en su fallo de 29 de abril del mismo año de 1869 ordenó la admisión del juicio de amparo promovido por Miguel Vega contra una sentencia dictada por el Tribunal Superior del Estado de Sinaloa, pero sin expresar la Corte las razones de su decisión, todo lo cual provocó un serio razonamiento con el Congreso Federal que había ya expedido la citada Ley pocos meses antes, con un intento de iniciar un juicio de responsabilidad a los magistrados del más Alto Tribunal que había suscrito ese fallo.

71. Lo importante es destacar que a partir de entonces el juicio de amparo procede no sólo contra violaciones directas a disposiciones constitucionales que pueden afectar derechos personales, finalidad para el cual fue creado en la Constitución Federal de 1857, sino que también puede utilizarse contra la infracción de leyes ordinarias (el llamado control de legalidad), lo que hace muy difícil separar ambos sectores que se encuentran estrechamente vinculados, en virtud de

que el propio amparo se ha transformado en el instrumento procesal que tutela todo el ordenamiento jurídico nacional, desde las normas de la Constitución Federal, hasta los preceptos del más humilde reglamento municipal.

72. Por otra parte, la extensión del juicio de amparo para comprender la impugnación de todas las resoluciones judiciales aun cuando en ellas no se presenten problemas directos de constitucionalidad, fue reconocido expresamente por el artículo 14 de la Constitución Federal vigente de 1917, ya que en la parte relativa de la exposición de motivos del proyecto presentado por don Venustiano Carranza, encargado del poder ejecutivo, al Congreso Constituyente de Querétaro el primero de diciembre de 1916, se sostuvo: «...El pueblo mexicano está ya tan acostumbrado al amparo en los juicios civiles, para librarse de las arbitrariedades de los jueces, que el Gobierno a mi cargo ha creído no sólo injusto sino impolítico privarlo ahora de tal recurso...». De esta forma Carranza cierra el arduo debate sobre los alcances del juicio de amparo, para afianzar el amparo judicial en cualquier materia.

SEGUNDA PARTE

4. DESARROLLO DE LAS GARANTÍAS DURANTE LA VIGENCIA DE LA CONSTITUCIÓN ACTUAL (1917-2009)

A) El juicio de amparo y el Poder Judicial de la Federación

73. La Constitución vigente de 5 de febrero de 1917⁴³, recogió la evolución anterior y estableció en sus artículos 103 y 107 los lineamientos esenciales del juicio de amparo, particularmente en el segundo, que regula en ocasiones con excesiva minuciosidad las bases de la institución, las que se han reformado en numerosas ocasiones⁴⁴.

74. Al respecto debe llamarse la atención sobre el hecho de que el Constituyente de Querétaro de 1916-1917, después de acalorados debates, consagró expresamente en el artículo 14 de la carta federal en vigor la procedencia del amparo contra sentencias judiciales por la violación de las leyes secundarias. Si se toma en cuenta, además, el principio de legalidad del artículo 16 constitucional⁴⁵, la esfera tutelar del amparo se ha ampliado al grado que, a partir de

⁴³ En general, sobre este ordenamiento supremo, *vid.* J. CARPIZO, *La Constitución mexicana de 1917*, 14.^a ed., México, Porrúa, 2004.

⁴⁴ Mientras que el artículo 103 se ha reformado en una sola ocasión (31 de diciembre de 1994), el artículo 107 cuenta con 13 reformas (1951, 1962, 1967, 1974 —en dos ocasiones—, 1975, 1979, 1986, 1987, 1993 —en dos ocasiones—, 1994 y 1999). Recientemente se aprobó en la Cámara de Diputados una reforma importante al artículo 107, para incorporar la figura del amparo colectivo en materia fiscal, con la posibilidad de la declaratoria general de inconstitucionalidad (con votación calificada de ocho votos), reforma que está siendo discutida en el Senado de la República.

⁴⁵ El citado artículo 14 de la Constitución federal de 1917, dispone en su parte conducente que: «[...] En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón pena alguna que esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata. En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra, o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios general del derecho». La llamada garantía de legalidad se consagra en la parte relativa del artículo 16 de la misma carta fun-

entonces, y salvo las hipótesis muy restringidas en los que la Constitución y la Ley reglamentaria señalan, y en los cuales no procede la impugnación, el amparo protege todo el orden jurídico nacional. Lo anterior explica la complejidad que ha asumido la institución en nuestros días⁴⁶, al que actualmente, dentro de una aparente unidad, además del *habeas corpus*, comprende varios procesos con modalidades peculiares.

75. El problema esencial que se produjo con la aplicación de los artículos 103 y 107, a través de las leyes reglamentarias de 1919, y la actual de 10 de enero de 1936, consistió en una mayor acumulación de los juicios de amparo en los tribunales federales y particularmente ante la Suprema Corte, fenómeno que ya había sido observado por el distinguido jurista mexicano Emilio Rabasa en los primeros años del pasado siglo⁴⁷, de manera que las reformas esenciales a la legislación de amparo, tanto en su aspecto constitucional como reglamentario, de 1951 y 1968, se dirigieron esencialmente a disminuir el rezago que pesaba sobre la propia Suprema Corte de Justicia.

76. En efecto, las reformas de 1951 crearon los tribunales colegiados de circuito, inspirados en los tribunales de circuito de apelación de Estados Unidos⁴⁸, precisamente con el objeto de auxiliar a la Suprema Corte en el conocimiento de los juicios de amparo, y la segunda reforma, que entró en vigor en octubre de 1968, además de incrementar el número de los tribunales colegiados⁴⁹, hizo una distribución de los juicios de amparo entre dichos tribunales y la Suprema Corte de Justicia, tomando en cuenta criterios sociales, económicos, así como de

damental, que dispone: «[...] Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento».

⁴⁶ En efecto, el juicio de amparo mexicano tutela todo el orden jurídico nacional, con excepción de algunos casos, ya que la Carta federal y la Ley de Amparo establecen escasas limitaciones a la procedencia del propio juicio de amparo. Entre las restricciones podemos mencionar la expulsión de extranjeros indeseables, sin audiencia previa por parte del Ejecutivo Federal (art. 33 constitucional, que ha sido objeto de numerosas críticas doctrinales); las resoluciones en materia electoral (arts. 73, fracciones VII y VIII, de la Ley de Amparo), y que actualmente se pueden combatir ante el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (art. 99, reformado en 1999 y 2007), y sobre la procedencia del enjuiciamiento de los altos funcionarios federales y locales por delitos comunes (art. 111 constitucional) o sobre la responsabilidad política de los mismos funcionarios (art. 110 de la misma Carta federal). Sobre esta materia se puede consultar la obra de I. BURGOA ORIHUELA, *El juicio de amparo*, 21.ª ed., México, Porrúa, 1984, pp. 451-499.

⁴⁷ Cfr. E. RABASA, *El artículo 14. Estudio constitucional*, publicado conjuntamente con *El juicio constitucional. Orígenes, teoría y extensión*, 5.ª ed., México, Porrúa, 1984, pp. 103-110, intitula el capítulo XIII de esta obra «La imposible tarea de la Suprema Corte».

⁴⁸ Cfr., entre otros autores norteamericanos, H. J. ABRAHAM, *The judicial process*, 5.ª ed., New York, Oxford University Press, 1986, pp. 159-173, sobre la organización y funcionamiento actual de los citados tribunales de circuito de apelación en Estados Unidos. Sobre la creación de dichos tribunales federales como auxiliares de la Suprema Corte federal en 1891, cfr. C. B. SWISHER, *El desarrollo constitucional de los Estados Unidos*, trad. de H. CHARNY, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1958, t. I, pp. 436-441.

⁴⁹ Las reformas posteriores, hasta llegar a la de 1988, aumentaron de manera paulatina y creciente el número de los tribunales colegiados de circuito, los cuales fueron especializados por materia tanto en la ciudad de México como en la de Guadalajara. Sobre esta evolución, cfr. H. FIX-ZAMUDIO, «Setenta y cinco años de evolución del Poder Judicial en México», *México, setenta y cinco años de revolución política II*, México, Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana-Fondo de Cultura Económica, 1988, pp. 303-313, y H. FIX-ZAMUDIO y J. R. COSSÍO DÍAZ, *El Poder Judicial en el ordenamiento mexicano*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, pp. 188-194.

interés público y social, de manera que, a partir de entonces, sólo los juicios de amparo de mayor importancia se tramitaban y resolvían por el más alto tribunal de la República.

77. Hasta entonces, la Suprema Corte de Justicia de México funcionó de manera predominante como tribunal de casación. Con las reformas constitucionales que entraron en vigor el 15 de enero de 1988, se confirió a la propia Suprema Corte sólo competencia en asuntos estrictamente constitucionales; en particular, la segunda instancia de los juicios de amparo, y se enviaron a los tribunales colegiados de circuito los casos en los cuales se discutieran asuntos de legalidad, con lo cual el más alto tribunal se transformó en un organismo jurisdiccional especializado en la resolución de conflictos constitucionales⁵⁰.

78. Esta evolución continuó con las reformas constitucionales y legales de 1995, que significaron la modificación de 27 artículos sustantivos y 12 transitorios en la carta fundamental, en las cuales se cambió de manera sustancial la integración y funcionamiento del Poder Judicial de la Federación, en particular de la Suprema Corte de Justicia, en cuanto se redujeron sus integrantes de veintiséis (veintiún ministros numerarios y cinco supernumerarios) a once ministros, para aproximar su composición a la de los Tribunales Constitucionales especializados. Asimismo, se suprimió la inamovilidad de los ministros al establecerse un periodo de quince años para la duración de sus encargos (aunque en el artículo cuarto transitorio del decreto de reformas se establece que el periodo de los actuales ministros vencía, en forma escalonada, el último día de noviembre del 2003, 2006, 2009, 2012 y 2015). Además, se adicionó el artículo 105 constitucional, que regula a las controversias constitucionales (*vid. infra*, párrafos 97-108) y la acción abstracta de inconstitucionalidad (*vid. infra*, párrafos 145-153). Los preceptos constitucionales reformados fueron desarrollados por la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal, publicada el 25 de mayo de 1995, y la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada el 11 de mayo de 1995⁵¹.

79. El juicio de amparo mexicano ha modificado su propósito original de tutelar exclusivamente los derechos fundamentales de carácter constitucional contra leyes o actos de cualquier autoridad. En la actualidad, se ha convertido en un conjunto complejo de procesos que, como hemos señalado, tutela todo el orden jurídico nacional, por lo que comprende dos sectores importantes, uno de carácter estrictamente constitucional, cuyo conocimiento corresponde a la

⁵⁰ *Cfr.*, entre otros, H. FIX-ZAMUDIO, «La Suprema Corte como Tribunal Constitucional», en AAVV, *Las nuevas bases constitucionales y legales del sistema judicial mexicano. La reforma judicial 1986-1987*, México, Porrúa, 1987, pp. 495-541; E. FERRER MAC-GREGOR, «Los Tribunales Constitucionales y la Suprema Corte de Justicia de México», en su libro *Ensayos sobre Derecho procesal constitucional*, México, Porrúa-Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2004, pp. 29-61.

⁵¹ La bibliografía sobre las reformas de 1995 y 1996 es muy extensa, por lo que nos limitamos a señalar los siguientes: H. FIX-ZAMUDIO y J. R. COSSÍO DÍAZ, *op. cit.*, nota 49; J. CARPIZO; J. R. COSSÍO DÍAZ y H. FIX-ZAMUDIO, «La jurisdicción constitucional en México», en D. GARCÍA BELAUNDE y F. FERNÁNDEZ SEGADO (eds.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1997, pp. 745-804; V. JUVENTINO, *El artículo 105 constitucional*, 4.ª ed., México, Porrúa, 2001; J. L. SOBERANES FERNÁNDEZ y E. CORZO SOSA, «La reforma a la justicia», *Los derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones*, vol. I, t. 13: *Reformas constitucionales durante la LVI Legislatura*, México, Instituto de Investigaciones Legislativas, Cámara de Diputados, 1997, pp. 144-165; y J. BRAGE CAMAZANO, *La acción de inconstitucionalidad*, México, UNAM, 1998.

Suprema Corte, y otro que implica el control de la legalidad, que se atribuye actualmente a los tribunales colegiados de circuito.

80. De una manera muy esquemática podemos afirmar que en la actualidad el juicio de amparo mexicano comprende cinco procesos; *a)* el *habeas corpus*; *b)* la impugnación de la inconstitucionalidad de las leyes; *c)* el amparo contra resoluciones judiciales; *d)* el amparo contra actos o resoluciones de la administración pública federal y de algunas entidades federativas, y *e)* el amparo en materia social agraria⁵².

81. *a)* El sector del amparo que puede asimilarse al *habeas corpus* y que por ello puede calificarse como *amparo de la libertad e integridad personales*, está regulado de manera autónoma en la mayoría de las legislaciones contemporáneas, o al menos por medio de un procedimiento específico. En nuestro país se considera como una modalidad del amparo, pero con las características clásicas de este instrumento tutelar, ya que procede contra actos u omisiones que afectan la libertad y la integridad personales fuera del procedimiento judicial (o sea respecto de detenciones realizadas por autoridades administrativas, es decir, de policía o del ministerio público): La demanda puede interponerse por cualquier persona, inclusive un menor de edad, por escrito o de manera oral (y en casos urgentes ante jueces locales los que deben iniciar el procedimiento en tanto se envía el expediente al juez federal), así como telegrama y en la actualidad por otros medios electrónicos de comunicación; el juez debe hacer las gestiones necesarias para lograr la presencia del afectado y dictar las medidas precautorias necesarias para evitar daños graves o irreparables, el procedimiento es muy breve, al menos en teoría, y sin formalismos; no existe plazo preclusivo para presentar la demanda, entre otras modalidades (arts. 17, 18, 22, fracción I, 23, segundo párrafo, 38, 39, 40, 117 y 119 de la Ley de Amparo).

82. *b)* Un segundo tipo de proceso ha sido denominado *amparo contra leyes*, en virtud de que constituye la vía por medio del amparo para combatir las disposiciones legislativas, entendidas en sentido amplio, es decir, leyes, reglamentos y tratados internacionales incorporados al ordenamiento interno. Existen dos modalidades: *a)* la que podemos calificar como *acción de inconstitucionalidad* (de carácter concreto), ya que es la interpuesta por los particulares afectados por la expedición y promulgación de las normas generales. En esta modalidad del amparo deben señalarse como autoridades demandadas a las que hayan intervenido en el procedimiento legislativo, es decir, el Congreso de la Unión (Senado federal tratándose de tratados internacionales), legislaturas locales, asamblea legislativa del Distrito Federal, presidente de la República, gobernadores de los Estados o jefe del gobierno del Distrito Federal. La primera instancia se sigue ante los jueces federales de Distrito y el segundo grado, por medio del llamado recurso de revisión (en realidad, de apelación), ante la Suprema Corte de Justicia [arts. 107, fracciones VII y VIII, de la Constitución federal, 84, fracción I, incisos *a)* y *c)*, 114, fracción I, de la Ley de Amparo, así como 10, fracción II, y 55, fracción II, según la materia, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación de mayo de 1995].

⁵² Cfr. H. FIX-ZAMUDIO, «Breve introducción al juicio de amparo mexicano», en su libro *Ensayos sobre el Derecho de amparo*, 3.ª ed., México, Porrúa-UNAM, 2005, pp. 1-96, en pp. 18-41.

83. El segundo sector del amparo contra leyes puede denominarse recurso de inconstitucionalidad, ya que se caracteriza por el planteamiento en la vía incidental o prejudicial, es decir, que puede impugnarse la inconstitucionalidad de la ley aplicada en una resolución judicial en el juicio de amparo de una sola instancia (recurso de casación) ante los tribunales colegiados de circuito, los que deben decidir en el fallo sobre la citada inconstitucionalidad de manera incidental, y el fallo respectivo, únicamente en este aspecto puede combatirse en revisión (apelación) ante la Suprema Corte de Justicia, que en el supuesto de admitir la impugnación debe resolver sobre la cuestión de inconstitucionalidad, ya que si la misma se considera improcedente o infundada, el fondo del asunto corresponde al tribunal colegiado de circuito correspondiente (arts. 107, fracciones V, VI y IX de la carta federal; 83, fracción V, 84, fracción II, 93, 159-169 y 166, fracción IV, segundo párrafo de la Ley de Amparo, y 37, fracción I, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación)⁵³.

84. Respecto de la acción de inconstitucionalidad que hemos mencionado anteriormente, es preciso señalar que la sentencia dictada en esta materia por la Suprema Corte se traduce exclusivamente en la desaplicación para el caso concreto y con efecto únicamente para las partes, de las normas generales impugnadas, sin formular una declaración general debido a la tradición establecida desde 1847, por medio de la llamada fórmula Otero, que subsiste en nuestra Constitución vigente y en la Ley de Amparo⁵⁴.

85. Este precepto ha sido motivo de un agudo debate doctrinal, en virtud de que en la mayoría de los ordenamientos latinoamericanos predominan los efectos *erga omnes* de las sentencias de inconstitucionalidad pronunciadas por los Tribunales Constitucionales o Supremos, sin perjuicio de conservar la desaplicación en cada caso concreto en las impugnaciones en la vía incidental. Por ello se ha propuesto que, sin perjuicio de un periodo de adaptación, se introduzca la declaración general en la impugnación directa de las disposiciones legislativas por conducto del juicio de amparo. En esta dirección se dirigen los cambios propuestos en esta materia por el Proyecto de reformas constitucionales y de nueva Ley de Amparo aprobada por la Suprema Corte de Justicia en mayo del año 2001⁵⁵.

86. c) El sector cuantitativamente más importante lo ocupa el amparo contra resoluciones judiciales por la indebida aplicación de disposiciones legislativas ordinarias, el que se ha denominado *amparo judicial* o *amparo casación*,

⁵³ La bibliografía respecto al amparo contra leyes, además de abordarse en las obras generales sobre el juicio de amparo, comprende un número amplio de estudios monográficos. Sobre estos últimos citamos el de H. AGUILAR ÁLVAREZ Y DE ALBA, *El amparo contra leyes*, México, Trillas, 1996.

⁵⁴ La fracción II del artículo 107 de la Carta Federal vigente dispone en su parte relativa, que: «La sentencia será siempre tal, que sólo se ocupe de individuos particulares, limitándose a ampararlos y protegerlos en el caso especial sobre el que verse la queja, *sin hacer una declaración general respecto de la ley o acto que la motivare* [...]» (Las cursivas son nuestras). Esta disposición se reproduce por el artículo 76 de la Ley de Amparo con ligeros cambios.

⁵⁵ Cfr. H. FIX-ZAMUDIO, «La declaración general de inconstitucionalidad y el juicio de amparo», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núms. 10-11, enero-agosto de 1971, pp. 53-98, reproducido en el libro del mismo autor, *Ensayos sobre el Derecho de amparo*, op. cit., nota 52, 183-256; *id.*, «La declaración general de inconstitucionalidad en Latinoamérica y el juicio de amparo mexicano», en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 6, 2002, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, pp. 87-142.

ya que, sin utilizarse este nombre, debe considerarse como un recurso de casación federal (de acuerdo con el modelo francés, es decir, con reenvío cuando se anula el fallo impugnado en cuanto al fondo), por medio del cual pueden impugnarse todas las resoluciones judiciales del país, pronunciadas tanto por los jueces locales como los federales en las distintas materias, por conducto de un procedimiento de una sola instancia, ante los tribunales colegiados de circuito, que en la actualidad pueden considerarse como organismos jurisdiccionales de casación, pero con la posibilidad de que las salas o el pleno de la Suprema Corte pueden determinar el criterio obligatorio que debe imponerse cuando existan contradicciones de tesis sobre la misma cuestión entre los citados tribunales colegiados (arts. 107, fracción V, de la Constitución federal; 158, 159 y 160 de la Ley de Amparo)⁵⁶.

87. Debe tomarse en consideración que las infracciones procesales sólo pueden combatirse con motivo de la resolución de fondo, es decir, de la sentencia definitiva o la resolución que pone fin al proceso, salvo el caso de aquéllas dictadas fuera de juicio (jurisdicción voluntaria); después de concluido (en ejecución del fallo); que tengan sobre las personas o las cosas efectos de imposible reparación, o bien cuando afecten a personas extrañas al proceso ordinario, ya que en ese supuesto dichas violaciones deben impugnarse en forma autónoma por medio del juicio de amparo de doble instancia; la primera ante los jueces de distrito, y la segunda, ante los tribunales colegiados de circuito (arts. 107, fracción VII, de la Constitución federal; 85, fracción II y 114, fracciones III, IV y V, de la Ley de Amparo, y 37, fracción IV, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación).

88. Este es un sector que ha crecido de manera constante, ya que en 1936 se le incorporaron las sentencias (calificadas impropiaemente como *laudós*), pronunciadas por los tribunales del trabajo (juntas de conciliación y arbitraje); en 1968 las resoluciones de los tribunales administrativos, y finalmente, en 1992, los fallos de los tribunales federales agrarios creados en esa época. Además, la Suprema Corte de Justicia tiene la facultad de atracción sobre los amparos judiciales del conocimiento de los tribunales colegiados cuando considere que por su trascendencia así lo ameriten, ya sea de oficio, a petición fundada del correspondiente tribunal colegiado o del procurador general de la República (arts. 107, fracciones V y VI de la carta federal; 158-165 y 185 de la Ley de Amparo, y 37, fracción I, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación).

89. *d*) Por el contrario, el sector del juicio de amparo que se ha restringido en los últimos años es el de impugnación de los actos y resoluciones de las autoridades administrativas federales y locales, y que podría calificarse como un *proceso de lo contencioso administrativo*. Este proceso se tramita en un pro-

⁵⁶ Es muy amplia la bibliografía sobre las relaciones entre el juicio de amparo contra resoluciones judiciales y el recurso de casación, por lo que nos limitamos a señalar tres estudios, uno relativo a esta materia durante la aplicación de la Constitución Federal de 1857, y otros dos recientes. *Cfr.* F. VEGA, «El juicio de amparo y el recurso de casación francés», *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, México, núm. 31, julio-septiembre de 1946, t. VIII, pp. 231-248; H. FIX-ZAMUDIO, «Presente y futuro de la casación civil a través del juicio de amparo mexicano», en *Memoria de El Colegio Nacional*, 1978, México, 1979, pp. 101-155, reimpresso en el libro del mismo autor, *Ensayos sobre el Derecho de amparo*, *op. cit.*, *supra* nota 52, pp. 237-284; y J. M.^a SERNA DE LA GARZA, *El sistema federal en México*, México, UNAM, pp. 263 y ss.

cedimiento de dos instancias, la primera ante los jueces federales de distrito y la segunda ante los tribunales colegiados de circuito. Si en la sentencia de dichos jueces federales de primer grado se realiza una interpretación directa de un precepto constitucional, el conocimiento del recurso de revisión respectivo se atribuye a la Suprema Corte de Justicia. Dicho sector del juicio de amparo se ha reducido notablemente en los últimos años debido a que se han establecido numerosos tribunales de lo contencioso administrativo en varias entidades federativas y en el Distrito Federal, y muy recientemente también en el ámbito federal (arts. 107, fracciones VII y VIII de la Constitución federal; 85, fracción II, y 114, fracción II, de la Ley de Amparo, así como 52, fracción II, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación)⁵⁷.

90. Por lo que respecta a la esfera federal, en el año de 1936, por conducto de la Ley Federal de Justicia Fiscal, se estableció el Tribunal Fiscal de la Federación como organismo de jurisdicción delegada, situado en la esfera del Ejecutivo, a cuyo nombre dictaba sus resoluciones. De manera paulatina se le fue otorgando mayor competencia respecto de controversias vinculadas con la materia tributaria y posteriormente de otras cuestiones administrativas. Dicho tribunal obtuvo su plena autonomía para dictar sus fallos en las reformas constitucionales de 1968 al artículo 104, fracción I, de la Constitución federal (actualmente art. 73, fracción XXIX-H).

91. Finalmente, en la reforma de diciembre del año 2000 a la Ley Orgánica de dicho Tribunal de 1995, se le otorgó una competencia genérica a dicho organismo jurisdiccional contra actos y resoluciones administrativas, y se le modificó el nombre, que actualmente es el de Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, con lo cual son ya muy escasos los asuntos de esta naturaleza que pueden impugnarse directamente en el juicio de amparo de doble instancia. En las propias reformas constitucionales y legales de 1968 se introdujo el amparo de una sola instancia contra las resoluciones de los tribunales autónomos de lo contencioso administrativo, con lo cual se amplió la esfera del amparo contra resoluciones judiciales, y se limitó este sector del amparo administrativo, que tiende a su desaparición en cuanto todos los actos y resoluciones de esta materia puedan combatirse ante dichos tribunales de lo contencioso administrativo, lo que no está muy lejano en acontecer⁵⁸.

92. e) El último proceso específico del juicio de amparo mexicano se puede denominar *amparo social agrario*, y tuvo su origen en la reforma de 1962 al artículo 107, fracción II, de la Ley fundamental, que fue desarrollada por las modificaciones de 1963 a la Ley de Amparo, que estableció ventajas procesales en beneficio de los campesinos sujetos al régimen de reforma agraria (ejidatarios,

⁵⁷ Cfr. entre otros, A. VÁZQUEZ GALVÁN y A. GARCÍA SILVA, *El Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal*, México, Ediciones Orto, 1977; J. L. VÁSQUEZ ALFARO, *Evolución y perspectiva de los órganos de jurisdicción administrativa en el ordenamiento mexicano*, México, UNAM, 1991, pp. 195-276; *id.*, *El control de la administración pública en México*, México, UNAM, 1996, pp. 191-211; J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Derecho procesal administrativo mexicano*, 2.^a ed., con la colaboración de J. L. VÁSQUEZ ALFARO, México, Porrúa-UNAM, 1997, pp. 361-437.

⁵⁸ Cfr. H. FIX-ZAMUDIO, *Introducción a la justicia administrativa en el ordenamiento mexicano*, México, El Colegio Nacional, 1983, pp. 111-121; *id.*, «El amparo mexicano en materia administrativa y la revisión fiscal», en su libro *Ensayos sobre el derecho de amparo*, *op. cit.*, nota 52, pp. 385-395; J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Derecho procesal administrativo mexicano*, *op. cit.*, nota anterior, pp. 709-799.

comuneros y sus respectivas poblaciones), que permitieran equilibrar su situación en el proceso frente a los propietarios agrícolas y ganaderos y respecto de las autoridades administrativas federales encargadas del desarrollo de la propia reforma agraria, ya que se consideró que dichos campesinos, en su mayor parte, carecían de un adecuado asesoramiento jurídico para intervenir en las controversias agrarias.

93. Con estas reformas constitucionales y legales se configuró el quinto sector del amparo mexicano, el cual adquirió una mayor trascendencia con motivo de la reforma de 1976 a la Ley de Amparo, la cual se dividió artificialmente en dos libros, que antes no existían, el primero sobre el amparo en general, y el otro, de muy pocos artículos, respecto del amparo en materia agraria, pero sin abarcar todas las controversias sobre esta materia, es decir, únicamente en aquellas en que comparecieran como partes los campesinos sometidos al régimen de reforma agraria, según se dijo anteriormente (arts. 107, fracción II, párrafos 3.º y 4.º de la Constitución federal, y 212 a 234 de la Ley Reglamentaria)⁵⁹.

94. Sin embargo, este sector también tiende a desaparecer, debido a que en el año de 1992 se reformó el artículo 27 constitucional, fracción XXIX, segundo párrafo, para la creación de los tribunales federales agrarios, conformados por un Tribunal Superior integrado por cinco magistrados y tribunales unitarios de carácter regional, que se encargan en la actualidad de conocer de los conflictos que con anterioridad competían a las autoridades administrativas agrarias⁶⁰, de acuerdo con la organización y procedimientos establecidos por las Leyes Agraria y la Orgánica de los Tribunales Agrarios, ambas publicadas el 26 de febrero de 1992. Contra las sentencias de dichos organismos jurisdiccionales especializados procede el amparo de una sola instancia, ante los tribunales colegiados de circuito, por lo que la materia agraria se ha incorporado al sector del amparo contra resoluciones judiciales o amparo casación⁶¹.

95. Por tanto, debemos concluir que, de acuerdo con la tendencia que se observa en el derecho de amparo mexicano, si bien todavía comprende de manera formal cinco procesos diversos, en realidad se dirige a conservar sólo tres en un futuro próximo, o sea: a) *habeas corpus o amparo de la libertad e integridad personales*; b) *amparo contra leyes*, y c) *amparo judicial o amparo casación*. Por otra parte, el amparo en sentido estricto, es decir, aquél que en la mayoría de las legislaciones latinoamericanas está dirigido a la protección de los derechos humanos de la persona, ya sea en su esfera individual o social, con exclusión de

⁵⁹ Cfr. entre otros, M. CHÁVEZ P. DE VELÁSQUEZ, *El proceso social agrario y sus procedimientos*, México, Porrúa, 1971; H. FIX-ZAMUDIO, «El juicio de amparo en materia agraria», *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 116, mayo-agosto de 1980, pp. 439-463, reproducido en el libro del mismo autor, *Ensayos sobre el Derecho de amparo*, op. cit., nota 52, pp. 329-358; F. LANZ CÁRDENAS, *El juicio de amparo en materia agraria*, México, Jus, 1977; L. M. PONCE DE LEÓN ARMENTA, *Derecho procesal agrario*, México, Trillas, 1988.

⁶⁰ La parte relativa del citado precepto constitucional dispone: «[...] la ley instituirá tribunales dotados de autonomía y plena jurisdicción, integrados por magistrados propuestos por el Ejecutivo Federal y designados por la Cámara de Senadores o, en los recesos de ésta, por la Comisión Permanente».

⁶¹ Respecto de esta nueva jurisdicción agraria, cfr. J. C. GUERRA AGUILERA, *Ley Agraria. Sección procesal* comentada, México, Editorial Pac, 1992; S. GARCÍA RAMÍREZ, *Elementos de Derecho procesal agrario*, México, Porrúa, 1993; *id.*, *Justicia Agraria*, México, 1995; L. PONCE DE LEÓN ARMENTA, *La nueva jurisprudencia agraria sistematizada*, México, Porrúa, 1998.

la tutela de la libertad e integridad personales encomendado al *habeas corpus* o exhibición personal, no está regulado por un procedimiento específico en la actual legislación de amparo, ya que está comprendido dentro de la impugnación de la conducta de cualquier autoridad, cuando la misma afecta de manera directa un Derecho consagrado en la Constitución federal, por lo que consideramos conveniente establecer una tramitación especial, que podría integrar un proceso autónomo, porque de otra manera se presenta la paradoja que la Ley de Amparo no regula específicamente al derecho de amparo estrictamente considerado.

96. En nuestro concepto también debería quedar comprendido en ese último sector la violación de los derechos establecidos en los tratados internacionales ratificados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República, en los términos del artículo 133 constitucional, ya que dichos derechos han sido incorporados al ordenamiento interno, y por lo mismo deben ser considerados como *derechos nacionales de fuente internacional*. En esta última dirección, en el Proyecto de Reformas Constitucionales y de nueva Ley de Amparo aprobado por la Suprema Corte de Justicia en mayo de 2001, se pretende ampliar formalmente la esfera tutelar de nuestro derecho de amparo para comprender también dichos derechos de fuente internacional.

B) La controversia constitucional

97. Hemos señalado que esta garantía constitucional tiene su origen en el artículo 137, fracción I, de la Constitución federal de 1824, con clara influencia en la Constitución Federal de los Estados Unidos (art. III, sección 2.^a, fracciones 1 y 2), regulada con posterioridad en los artículos 97 y 98 de la Constitución federal de 1857 (*vid. supra* párrafo 43).

98. Las controversias constitucionales fueron previstas en los artículos 104 y 105 del texto original de nuestra vigente Constitución federal de 1917⁶². Estos preceptos constitucionales fueron reglamentados por diversas leyes orgánicas del Poder Judicial de la Federación, hasta su regulación en el artículo 11, fracción I a IV de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación de 1988, anterior a la vigente, así como los artículos 12 y 44, respectivamente, de la Ley de Coordinación Fiscal de 22 de diciembre de 1978, que entró en vigor el primero de enero de 1980 (si bien de acuerdo con las modificaciones posteriores de 1995 y 1996 al citado art. 105 de la carta federal, los conflictos derivados de la coordinación fiscal ya no deben considerarse como verdaderas controversias constitucionales), así como por la Ley de Planeación del 5 de enero de 1983.

99. Esta garantía constitucional tenía por objeto garantizar el equilibrio de las facultades de la Federación y de las entidades federativas señaladas en la

⁶² Estos preceptos disponen: «Art. 104. Corresponde a los tribunales de la Federación conocer: I. De todas las controversias... III. De aquellas en que la Federación fuese parte. De las que se susciten entre dos o más Estados, o un Estado y la Federación, así como las que surgieran entre los tribunales del Distrito Federal y los de la Federación, o un Estado. V. De las que surjan entre un Estado y uno o más vecinos de otro...».

«Art. 105. Corresponde sólo a la Suprema Corte de Justicia de la Nación conocer de las controversias que se susciten entre dos o más Estados, entre los Poderes de un mismo Estado sobre la constitucionalidad de sus actos y de los conflictos entre la Federación y uno o más Estados, así como aquellas en que la Federación fuese parte».

Constitución. Durante la etapa que va de 1917 a diciembre de 1994, en que se reformó y adicionó sustancialmente, como se verá más adelante (*vid. infra*, párrafos 106 a 109), dicho precepto apenas se aplicó, ya que cuando se produjeron diferencias de carácter jurídico, en especial entre el gobierno federal y los de algunos Estados, se resolvieron sobre todo por medio de procedimientos y por órganos de carácter político.

100. En su mayor parte estos litigios jurídicos se decidieron por medio de un instrumento calificado como *desaparición de poderes*, previsto por el artículo 76, fracción V, de la Constitución federal, atribución conferida al Senado de la República. Este procedimiento es equivalente a la institución regulada por las cartas de otros ordenamientos de carácter federal como las leyes fundamentales de Argentina y Brasil (arts. 6.º, 34 y 36, respectivamente) con la denominación de *intervención federal*. Las decisiones que al respecto ha adoptado el Senado federal han sido en perjuicio de los Estados que poseían menor fuerza política frente a las autoridades de la Federación, con lo cual ha favorecido la centralización que se observa en los regímenes federales de nuestra época, en particular los latinoamericanos.

101. Debido a las frecuentes críticas que se dirigieron contra ese procedimiento de desaparición de poderes, que afortunadamente no se ha utilizado desde hace varios años, pero que se empleó con alguna frecuencia en el pasado, se intentó una reglamentación por medio de la Ley del 27 de diciembre de 1978; sin embargo, esta normativa tampoco limitó de manera adecuada las amplias facultades discrecionales del Senado federal⁶³.

102. Con excepción de los conflictos en que la Federación figuraba como parte⁶⁴ (los que sí tuvieron realización en la práctica, pero que en estricto sentido no eran conflictos constitucionales, sino controversias ordinarias federales), puede afirmarse que durante la vigencia del texto original de dicho artículo 105 de la carta federal no se utilizó sino excepcionalmente, si se tiene en cuenta que una de las controversias constitucionales efectivamente planteada y resuelta en cuanto al fondo por la suprema Corte de Justicia durante esa época fue conocida con el nombre de «Caso Oaxaca», la que decidió el pleno del más alto tribunal los días 3 y 7 de diciembre de 1932, con motivo del conflicto jurídico planteado por el procurador general de la República en representación del gobierno federal, para solicitar la nulidad de la Ley de Dominio y Jurisdicción de Monumentos Arqueológicos expedida por el gobierno del Estado de Oaxaca el 13 de febrero del mismo año. La Suprema Corte consideró que dicho ordenamiento local invadía las facultades exclusivas de la Federación, y lo declaró inconstitucional con efectos generales, después de un largo debate y con varios votos de disidencia (llamados en nuestra legislación «votos particulares»)⁶⁵.

⁶³ Cfr. M. GONZÁLEZ OROPEZA, *La intervención federal en la desaparición de poderes*, México, UNAM, 1983, pp. 159-272; *id.*, *Las facultades exclusivas del Senado de la República*, México, Senado de la República, 2008.

⁶⁴ Cfr. I. BURGOA, «¿Cuándo la Federación es parte en una controversia?», México, *Lex*, octubre de 1995, pp. 10-13.

⁶⁵ Cfr. *Cuadro estadístico histórico de asuntos relativos a controversias constitucionales tramitados entre 1917-1994*, México, Unidad de Controversias Constitucionales y de Acciones de Inconstitucionalidad de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2000, pp. 123-153.

103. En la reforma al artículo 105 constitucional publicada el 25 de octubre de 1993, se agregó al Distrito Federal entre las entidades que podían promover controversias constitucionales, las que también procedían respecto de los órganos de gobierno del propio Distrito Federal.

104. Pocos meses antes de la sustancial reforma al artículo 105 constitucional, de 31 de diciembre de 1994, que analizaremos en el párrafo siguiente, algunos municipios plantearon controversias constitucionales contra los gobiernos de sus respectivas entidades federativas y la Suprema Corte aceptó y resolvió algunas de ellas. Con mayor razón, al introducirse expresamente a los municipios como entidades legitimadas para promover dichas controversias, éstas se acrecentaron respecto de los mismos⁶⁶.

105. En la reforma constitucional publicada el 31 de diciembre de 1994 se introdujeron importantes modificaciones al texto anterior del artículo 105 constitucional. Además de ampliar de manera considerable el ámbito de las citadas controversias constitucionales, comprendidas en la fracción I del citado precepto, se adicionó una fracción II, en la cual se reguló, como una novedad, la acción abstracta de inconstitucionalidad como garantía constitucional.

106. En la actualidad, las controversias constitucionales reguladas a nivel constitucional en el artículo 105, fracción I, se desarrollan por la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 constitucional (especialmente los arts. 1.º a 58, y 69), publicada el 11 de mayo de 1995; así como por la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación (arts. 4.º, 7.º y 10, fracciones I y X)⁶⁷.

107. De acuerdo con el destacado constitucionalista y ministro de la Suprema Corte, J. R. Cossío Díaz⁶⁸, en la actualidad las controversias pueden comprender tres supuestos. En primer lugar, los conflictos entre diversos órdenes jurídicos con motivo de la constitucionalidad o legalidad de una norma general o de un acto, como acontece cuando controvierten la Federación y un Estado y el Distrito Federal; el distrito Federal y un municipio y dos municipios de diversos Estados [incisos *b*), *e*), *f*) y *g*) de la citada fracción II]. En segundo lugar, aquellos entre los órganos de diversos órganos jurídicos por la inconstitucionalidad o la ilegalidad de normas generales o de actos; es decir, los surgidos entre el Poder Ejecutivo y el Congreso de la Unión, aquél y cualquiera de las Cámaras de éste o, en su caso, la Comisión permanente, sea como órgano federal o del Distrito Federal, o entre un Estado y un municipio perteneciente a un Estado distinto [incisos *c*) y *j*)]. Finalmente, también existen los conflictos entre órganos pertenecientes a un mismo orden jurídico, cuando se plantee exclusivamente la

⁶⁶ Cfr. J. CÁRDENAS GRACIA, «El municipio en las controversias constitucionales», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 86, mayo-agosto de 1996, pp. 447-466.

⁶⁷ Vid. también el Reglamento Interno de la Suprema Corte (publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, de 1 de abril de 2008); así como, entre otros, el Acuerdo General 7/2008, del Pleno de la Suprema Corte, en el que regula el aplazamiento de resolución de las controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad, con motivo de la ausencia de alguno o algunos de sus integrantes.

⁶⁸ Cfr. J. R. Cossío Díaz, «Artículo 105», *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, 9.ª ed., México, Porrúa-UNAM, 1997, t. II, pp. 1059 y 1060; reproducido en E. FERRER MAC-GREGOR (coord.), *Derecho procesal constitucional*, op. cit., nota 36, t. I, pp. 973-999. Asimismo, vid. su acucioso y amplio estudio en su obra *La controversia constitucional*, op. cit., nota 42, *passim*.

constitucionalidad de las normas generales o de los actos entre dos poderes de un Estado; de un Estado y uno de sus propios municipios o entre dos órganos del Distrito Federal [incisos *h*), *i*) y *k*)].

108. Por último, debe destacarse que mediante reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 8 de diciembre de 2005, los conflictos de los límites territoriales de las entidades federativas que conocía vía controversia constitucional la Suprema Corte, pasa ahora a la competencia del Senado de la República (art. 76 constitucional, fracción XI). La controversia constitucional, a diferencia de lo que ocurría antes de la reforma constitucional de diciembre de 1994, se ha consagrado como garantía constitucional para la defensa de la supremacía constitucional y del equilibrio de poderes y funciones de los órganos del Estado, como se demuestra por el número elevado de demandas presentadas en la Suprema Corte: 1995 (19), 1996 (57), 1997 (36), 1998 (29), 1999 (37), 2000 (37), 2001 (370), 2002 (67), 2003 (112), 2004 (109), 2005 (83), 2006 (153), 2007 (97) y 2008 (171) dando un total de 1.377 y un promedio de 98,35 controversias constitucionales al año.

C) El procedimiento de investigación de la Suprema Corte

109. Esta garantía constitucional fue regulada por primera vez en la actual Constitución federal de 1917, en el entonces párrafo 3.º del artículo 97, de acuerdo con el cual, la Suprema Corte de Justicia estaba facultada para designar a alguno de sus miembros; un juez de Distrito o magistrado de Circuito; o nombrar uno o varios comisionados especiales, cuando así lo juzgara conveniente o lo pidiera el Ejecutivo Federal; alguna de las Cámaras del Congreso de la Unión o Gobernador de algún Estado, únicamente para que investigara: *a*) la conducta de algún juez o magistrado federal; *b*) algún hecho o hechos que constituyeran la violación de alguna garantía individual; *c*) la violación del voto público, y *d*) o algún otro delito castigado por la ley federal. Posteriormente esta garantía constitucional se reformó en 1977, 1987, 1994 y 2007, de tal suerte que sólo queda vigente la posibilidad de investigación a que se refieren los incisos *a*) y *b*), si bien en el primer supuesto la facultad ahora corresponde al Consejo de la Judicatura por solicitud expresa de la Suprema Corte, como veremos más adelante.

110. Sus antecedentes históricos resultan imprecisos y no son claros de la exposición de motivos del proyecto de Constitución presentado por V. CARRANZA, por lo que se ha dificultado de manera considerable el análisis de la estructura jurídica y de las finalidades la institución, ya que lo único que resulta indiscutible es que el Constituyente de Querétaro pretendió establecer un instrumento para garantizar el cumplimiento de algunas disposiciones de carácter constitucional.

111. Sin embargo, se han encontrado algunas explicaciones a manera de antecedentes, en los años previos a la expedición de la Constitución. La más difundida deriva de una averiguación realizada por la Suprema Corte con motivo de sucesos acaecidos en el puerto de Veracruz en 1879, designando al juez de distrito Rafael de Zayas Enríquez para realizarlas, debido a que con motivo de un supuesto pronunciamiento del entonces gobernador del Estado de Veracruz, general Luis Mier y Terán, ordenó la detención sin juicio y el fusilamiento inmediato de varias personas. Esta hipótesis de antecendencia de la garantía cons-

titucional prevista en el artículo 97 ha sido defendida por el destacado constitucionalista mexicano J. CARPIZO⁶⁹, apoyándose en los datos proporcionados por F. VALENCIA VALLADOLID⁷⁰, que a su vez se inspiró en el ilustre constitucionalista F. TENA RAMÍREZ⁷¹.

112. También se ha pretendido descubrir un antecedente diverso, por el jurista P. E. REYES REYES, consistente en que el Constituyente de Querétaro tuvo en consideración las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907, sobre el Arreglo Pacífico de los Conflictos Internacionales, por medio de varios instrumentos, entre ellos la formación de comisiones de investigación de carácter internacional para resolver dichos conflictos. Dichos instrumentos internacionales fueron ratificados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República en los términos del artículo 126 de la Constitución federal de 1857 y publicados en 1901 y 1910⁷².

113. Otras hipótesis se han desarrollado por los juristas M. GONZÁLEZ OROPEZA⁷³, M. GONZÁLEZ AVELAR⁷⁴ A. MORALES BECERRA⁷⁵. El primero narra el episodio en que el ministro de la Suprema Corte, A. QUINTANA ROO, ordenara una investigación a un juez en junio de 1835. El segundo (y también GONZÁLEZ OROPEZA) lo derivan de una propuesta de reforma constitucional de 1914 en materia electoral, de tal suerte que el juez de Distrito del lugar de la elección averiguara la verdad de los hechos respecto de las credenciales objetadas, debiendo la Cámara resolver lo conveniente en vista de la investigación, propuesta que fue conocida por H. MEDINA y P. MACHORRO NARVÁEZ, como constituyentes de 1916-1917. El tercero lo deriva de un acontecimiento sucedido en el Estado de Tabasco el 4 de marzo de 1919, relacionado con el voto público y diversos enfrentamientos armados donde resultaron víctimas.

114. Todas estas corrientes sobre los antecedentes de la garantía constitucional prevista en el artículo 97, resultan hipótesis que tratan de explicar alguna influencia en el Constituyente de Querétaro. Sin embargo, no existen datos directos que pudieran comprobar que efectivamente dicho Constituyente tomara en consideración, ni se puede desprender de las escuetas referencias de la exposición de motivos del Proyecto que CARRANZA presentara al Congreso constituyente de Querétaro, el 1 de diciembre de 1916⁷⁶.

⁶⁹ Cfr. J. CARPIZO, *Propuestas sobre el Ministerio Público y la función de investigación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, Porrúa-IMDPC, 2005, pp. 59-66; *id.*, «La función de investigación de la Suprema Corte de Justicia», en E. FERRER MAC-GREGOR (coord.), *Derecho procesal constitucional*, *op. cit.*, nota 40, t. I, pp. 1261-1281.

⁷⁰ En su tesis de licenciatura, denominada *Antecedentes, génesis, alcance y consecuencia del párrafo 3.º del artículo 97 constitucional*, México, 1954, p. 126.

⁷¹ *Derecho constitucional mexicano*, 39.ª ed., México, Porrúa, 2007, pp. 570-571.

⁷² Cfr. P. E. REYES REYES, «La facultad indagatoria de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Una revisión», *Cuestiones constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 8, enero-junio de 2003, pp. 141-158.

⁷³ M. GONZÁLEZ OROPEZA, «Función de investigación de la Suprema Corte: Aportación de la primera legislatura revolucionaria a la constitución de 1917», *Revista Jurídica Jaliscoense*, núm. 3, Guadalajara, Instituto de Investigaciones Jurídicas, año 2, 1992, pp. 100 y ss.

⁷⁴ M. GONZÁLEZ AVELAR, *La Suprema Corte y la Política*, México, UNAM, 1979, pp. 41 y ss.

⁷⁵ A. MORALES BECERRA, «Facultad de investigación de la Suprema corte de Justicia», en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núms. 203-204, t. XLV, México, UNAM, 1995, pp. 244 y ss.

⁷⁶ Cfr. *Diario de los Debates del Congreso Constituyente*, México, 1919, t. 1, p. 267.

115. Durante la vigencia de la redacción original del citado párrafo 3.º del artículo 97 constitucional, la actividad de la Suprema Corte en esta materia fue muy escueta, y en reiteradas ocasiones se negó a ejercer de oficio su facultad de investigación, especialmente en materia electoral, y cuando lo hizo, su actuación no tuvo resultados apreciables⁷⁷. El asunto más importante en este periodo fue la solicitud del presidente de la República para que se investigara la violación de derechos fundamentales de los habitantes de la ciudad de León, Guanajuato, en 1946, en virtud de que el gobernador disolvió por la fuerza una manifestación pública de carácter político, la que provocó la muerte de varios manifestantes y heridas a muchos otros. La Suprema corte, al examinar la información proporcionada por los ministros que participaron en la investigación, formuló un dictamen en el cual señaló que existía responsabilidad del gobernador, quien había ordenado en forma imprudente la intervención de la fuerza pública, y comunicó este resultado al Ejecutivo Federal. Como resultado de lo anterior, el Senado de la República, con apoyo en lo dispuesto por el artículo 76, fracción V, de la Constitución federal, declaró la desaparición de los poderes del Estado, de acuerdo con la práctica de entonces.

116. Por reforma de diciembre de 1977 se agregó un párrafo 4.º al artículo 97 constitucional y se modificó ligeramente la redacción del párrafo 3.º (hoy 2.º), ya que se suprimió la referencia a la investigación de delitos federales. El entonces nuevo párrafo de la reforma de 1977 (que como veremos más adelante fue derogado en 2007) amplió la atribución investigadora de la Suprema Corte en materia electoral, en el sentido de que pueda practicar de oficio la averiguación de algún hecho o hechos que constituyan la violación del voto público, pero sólo en los casos en que a su juicio *podiera ponerse en duda la legalidad de todo el proceso de elección de alguno de los poderes de la Unión*, en la inteligencia de que los resultados de la investigación se harán llegar a los órganos competentes. Esta modificación resulta desafortunada, ya que el ejercicio de dicha facultad sería inviable políticamente, pues aun cuando se traduzca en un simple dictamen, privaría de legitimidad a los electos y provocaría la desestabilización del poder cuestionado.

117. Resulta incomprensible que el órgano revisor de la Constitución no tomara en cuenta en 1977 la experiencia histórica que se presentó en 1876, cuando el entonces presidente de la Suprema Corte de Justicia, el destacado jurista y político José María Iglesias (quien según el art. 79 de la Constitución de 1857, en su texto original, debería sustituir al presidente de la República en su ausencia o renuncia), declaró de oficio la nulidad de las elecciones en las que Sebastián Lerdo de Tejada había resultado electo presidente de la República, y el mismo Iglesias se proclamó con anterioridad en el triunfo de la sublevación del general Porfirio Díaz, quien llegó a la presidencia por la fuerza de las armas⁷⁸. Afortunadamente, el párrafo 3.º del artículo 97 fue suprimido por la reforma constitucional de 13 de noviembre de 2007, por las muy atendibles opiniones que desde hace tiempo la doctrina señalaba⁷⁹.

⁷⁷ Cfr. F. TENA RAMÍREZ, *Derecho constitucional mexicano*, op. cit., nota 71, pp. 55 y ss.

⁷⁸ Cfr. J. MOCTEZUMA BARRAGÁN, *José María Iglesias y la justicia electoral*, México, UNAM, 1994, pp. 34-40.

⁷⁹ Cfr. J. CARPIZO, «La facultad de investigación de la Suprema Corte», en su obra *Estudios constitucionales*, México, Porrúa-UNAM, 2003, p. 396; F. GALVÁN RIVERA, «La facultad indagatoria de la Suprema Corte en materia electoral», *Justicia Electoral*, México, Revista del Tribunal Federal Elec-

118. Una nueva reforma tiene lugar en 1987, en la que se sustituye la palabra «nombrará» por «podrá nombrar», para referirse a la facultad discrecional de la Suprema Corte para decidir si realiza la investigación. También se agrega la palabra «grave», como calificativo a la violación de derechos fundamentales. Esto resulta trascendental para resaltar que la intervención de la Suprema Corte no se refiere a la violación de cualquier derecho fundamental, sino que debe implicar una relevancia en la gravedad de su infracción.

119. Con las trascendentes reformas constitucionales de 31 de diciembre de 1994, se introdujo el Consejo de la Judicatura Federal, como organismo que tiene por funciones la administración, vigilancia y disciplina del Poder Judicial de la Federación, con exclusión de la Suprema Corte de Justicia (arts. 94 y 100 constitucionales). Con la finalidad de armonizar dicha institución con las funciones indagatorias de la propia Suprema Corte, se adicionó en esa oportunidad la parte final del párrafo 2.º del artículo 97 constitucional, la posibilidad de que la Suprema Corte solicite al Consejo de la Judicatura, que averigüe la conducta de algún juez o magistrado federal.

120. La última reforma tuvo lugar el 13 de noviembre de 2007, en la que se deroga el párrafo 3.º del artículo 97 constitucional, es decir, la facultad de investigación sobre el voto público, que desde hace tiempo la doctrina mexicana advertía inviable, debido a las facultades otorgadas al Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. De esta manera, de las cuatro posibilidades que el precepto original de 1917 otorgaba a la Suprema Corte para realizar la averiguación respectiva, sólo queda vigente la relativa a «algún hecho o hechos que constituyan una grave violación de alguna garantía individual», ya que la averiguación de la conducta de algún juez o magistrado federal corresponde ahora al Consejo de la Judicatura Federal, y no a la Suprema Corte, si bien se realiza a petición de esta última.

121. En el plano práctico, debe destacarse que además del caso de León, Guanajuato, 1946 (*vid. supra* párrafo 115), en los últimos años esta garantía constitucional se ha reactivado debido a la aceptación de la Suprema Corte para investigar casos de violaciones graves a derechos fundamentales, con alto contenido mediático, como los denominados «Aguas Blancas» (1996), «Lydia Cacho» (2007), «San Salvador Atenco» (2009) y «Oaxaca» (2009).

122. Esto ha provocado, ante la ausencia de ley reglamentaria, a que la propia Suprema Corte emitiera el Acuerdo plenario 16/2007, para establecer las reglas generales para el ejercicio de las facultades de investigación de las comisiones que se integren en términos de lo dispuesto en el párrafo 2.º del artículo 97 constitucional. Esta autoreglamentación, que precisamente estableció el Pleno de la Corte cuando tramitaba uno de los casos referidos, consta de 26 reglas.

toral, vol. IV, núm. 6, 1995, p. 118; y H. FIX-ZAMUDIO y S. VALENCIA CARMONA, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, México, Porrúa-UNAM, 1999, p. 880; E. ELÍAS MUSI, «Propuesta para derogar el párrafo 3.º del artículo 97 constitucional, tercera parte», *Urna Abierta*, Tlaxcala, Revista trimestral del Instituto Electoral de Tlaxcala, año 1, núm. 2, 2000, pp. 27-33.

D) El juicio político

123. Se puede afirmar que la mayoría de la Constituciones modernas establecen un sistema para exigir responsabilidad política a los titulares de los órganos del poder, cuando rebasan las facultades que les son atribuidas por la Ley Suprema, al incurrir en arbitrariedad, abuso o exceso de poder, y el procedimiento para determinar dicha responsabilidad debe considerarse como una garantía constitucional puesto que tiene por objeto reprimir y sancionar las violaciones a las disposiciones fundamentales, que son las que señalan los límites a que deben sujetarse los propios titulares de los órganos del poder, con independencia del órgano al que se encomienda el enjuiciamiento, que se desarrolla por medio de un procedimiento jurisdiccional, y en el cual figura como acusado el alto funcionario a quien se atribuye la extralimitación de las funciones que le encomienda la Carta Fundamental.

124. Si bien existen numerosos matices, es posible sostener que en la actualidad se configuran tres categorías esenciales para el enjuiciamiento político de los altos funcionarios: *a)* el sistema francés, en el cual corresponde juzgar de las infracciones políticas a un tribunal específico; *b)* el que podemos calificar como europeo occidental o austriaco, que encomienda dicho instrumento esencialmente al tribunal o corte constitucional, y *c)* el régimen angloamericano, en el cual tiene una participación decisiva el organismo legislativo.

125. En las diversas Constituciones mexicanas se siguieron distintos sistemas de responsabilidad política, que resultaría muy complicado describir, por lo que nos concretaremos a la regulación de la propia responsabilidad en las Constituciones Federales de 1857 y la vigente de 1917, ya que en las mismas se consolidó definitivamente un régimen inspirado en el sistema norteamericano⁸⁰, si bien debemos destacar que una regulación muy similar a la actual fue introducida en los artículos 37-41 de la Constitución yucateca de 16 de mayo de 1841, cuyo proyecto fue elaborado esencialmente por el destacado jurista y político mexicano M. C. GARCÍA REJÓN⁸¹.

126. Por lo que respecta a la Carta Federal promulgada el 5 de febrero de 1857, en su texto original, de acuerdo con el cual el Congreso era unicameral, ya que se suprimió el Senado, se combinaron los modelos americano y europeo, en cuanto el texto original del artículo 103 constitucional disponía: «De los delitos oficiales conocerán el Congreso como jurado de acusación y la Suprema Corte de Justicia como jurado de sentencia». Esta disposición fue modificada en las reformas constitucionales de 1874, al restablecerse el Senado Federal. En virtud de estas reformas a los artículos 103 a 105, el procedimiento de responsabilidad se estableció en dos instancias, la primera ante la Cámara de Diputados y la segunda en el Senado, en sustitución de la Suprema Corte de Justicia, con la di-

⁸⁰ Cfr. M. GONZÁLEZ OROPEZA, «La responsabilidad política en el Derecho constitucional americano», *Anuario Jurídico*, XI, México, UNAM, 1984, pp. 459-489.

⁸¹ Cfr. H. FIX-ZAMUDIO, «Algunos aspectos de la obra jurídica de Manuel Crescencio García Rejón», en *Edición Conmemorativa Medio Siglo de la Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, Facultad de Derecho UNAM, 1991, pp. 478-479; J. L. SOBERANES FERNÁNDEZ, «La Constitución yucateca de 1841 y su juicio de amparo», *Liber Ad Honorem Sergio García Ramírez*, México, UNAM, 1998.

ferencia respecto del régimen de la Carta Federal de 1917, que el Senado Federal tenía la facultad, además de la destitución e inhabilitación del funcionario culpable, de imponer la sanción penal en el supuesto de que su conducta estuviese tipificada en la legislación penal federal.

127. Sin embargo, la redacción del artículo 105 de dicha Carta Fundamental no era muy clara y podría interpretarse en el sentido de que la resolución de la Cámara de Diputados era la que determinaba la culpabilidad o inocencia del funcionario acusado, y que la de senadores, en el caso de condena, sólo se limitaba a imponer la sanción penal, si procedía, y así lo estimó el notable constitucionalista mexicano E. RABASA, en cuanto sostenía que en realidad, la Cámara Popular tenía en sus manos la suerte del acusado, en cuanto al ejercicio de su facultad de declarar si era o no culpable de la imputación, y al Senado Federal le correspondía el papel secundario de presidente de debates en un jurado común, de aplicar la pena señalada por la ley⁸².

128. Por lo que respecta a los funcionarios dotados de inmunidad procesal, que entonces se calificaba de fuero constitucional, la parte relativa del artículo 103 de la Carta Federal disponía lo siguiente:

129. «Los senadores, los diputados, los individuos de la Suprema Corte de Justicia y los secretarios del despacho, son responsables por los delitos comunes que cometan durante el tiempo de su encargo, y por los delitos, faltas u omisiones en que incurran en el ejercicio de ese mismo encargo. Los gobernadores de los Estados lo son igualmente por la infracción de la Constitución y leyes federales. Lo es también el presidente de la República; pero durante el tiempo de su encargo sólo podrá ser acusado por delitos de traición a la patria, violación expresa de la Constitución, ataques a la libertad electoral y delitos graves del orden común [...]».

130. El juicio político fue regulado en el texto original de la Constitución vigente de 5 de febrero de 1917 de acuerdo con el modelo norteamericano (*vid. supra* párrafo 29), pero con algunas variantes y se apartó también del precedente de la Carta de 1857, que hemos descrito brevemente en los párrafos anteriores. Uno de los aspectos en que se modificó el régimen de la Carta anterior, fue el relativo a la responsabilidad del Presidente de la República, ya que se suprimió la causa relativa a las violaciones directas a la Constitución y a la libertad electoral, en virtud de las observaciones de Emilio Rabasa señaladas anteriormente (*vid. supra* párrafo 127). Esta modificación se advierte claramente en el siguiente párrafo de la Exposición de Motivos del Proyecto de Constitución presentado por el primer jefe del Ejército Constitucionalista y encargado del Poder Ejecutivo General Venustiano Carranza al Congreso Constituyente de Querétaro:

131. «[...] El poder legislativo, que por naturaleza propia de sus funciones tiende siempre a intervenir en las de los otros, está dotado en la Constitución

⁸² *La Constitución y la Dictadura. Estudio sobre la organización política de México*, obra aparecida originalmente en el año de 1912, México, Tipografía de Revista de Revistas; 3.ª ed., México, Porrúa, 1956, especialmente pp. 167 y ss. Puede consultarse también la obra de J. PALLARES, *El poder judicial o tratado completo de la organización, competencia y procedimientos de los tribunales de la República Mexicana*, Imprenta del Comercio de Nabor Chávez, 1874, edición facsimilar, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 1992, pp. 270 y ss.

de 1857, de facultades que le permitían estorbar o hacer embarazosa y difícil la marcha del poder ejecutivo, o bien sujetarlo a la voluntad caprichosa de una mayoría fácil de formar en las épocas de agitación, en que regularmente predominan las malas pasiones y los intereses bastardos. Encaminados a lograr este fin, se proponen varias reformas de las que, la principal, es quitar a la Cámara de Diputados el poder de juzgar al presidente de la República y a los demás funcionarios de la federación, facultad que fue sin duda la que motivó que en la dictadura se procurase siempre tener diputados serviles, a quienes se manejaba como autómatas [...]»⁸³.

132. De acuerdo con los lineamientos establecidos en el artículo 111 del texto original aprobado por el Constituyente de Querétaro, sólo los funcionarios mencionados en el entonces artículo 108 eran responsables, por medio del juicio político, por delitos, faltas u omisiones cometidas durante el tiempo en que ejercieran sus cargos. Estos funcionarios eran: los senadores y diputados del Congreso de la Unión, los magistrados de la Suprema Corte de Justicia, los secretarios del Despacho y el procurador general de la República, así como el presidente de la República, este último sólo por traición a la patria y delitos graves del orden común. Es decir, se suprimió la causa de responsabilidad establecida por el artículo 103 de la Carta Federal de 1857, por la cual el jefe del Ejecutivo Federal era responsable también por violaciones expresas a la Constitución y ataque a la libertad electoral. Los gobernadores de los Estados y los diputados de las legislaturas locales podían ser acusados por violaciones a la carta fundamental y leyes federales. Esta inmunidad procesal ante los tribunales ordinarios fue calificada por la doctrina como fuero constitucional⁸⁴.

133. El procedimiento para este enjuiciamiento especial estaba establecido en el anterior artículo 111 constitucional. Por medio de acción popular podían denunciarse las faltas, delitos y omisiones cometidas por los citados altos funcionarios en el ejercicio de sus funciones ante la Cámara de Diputados, la cual tramitaba la primera instancia y, si consideraba culpable al funcionario respectivo, dicha Cámara, por medio de una comisión, sostenía la acusación ante la Cámara de Senadores, la que revisaba el procedimiento de primer grado y resolvía en definitiva. Si el citado fallo era nuevamente condenatorio, la consecuencia era la destitución del funcionario y su inhabilitación por determinado periodo, de acuerdo con la gravedad de la infracción. En el supuesto de que la conducta del responsable estuviera tipificada como delito en leyes penales, podía ser sometido a un proceso ante los tribunales ordinarios competentes⁸⁵.

134. Este régimen fue modificado en las reformas constitucionales promulgadas en diciembre de 1982, ya que el citado artículo 111 fue sustituido por el vigente artículo 110, que conserva los lineamientos del citado procedimiento de dos instancias. Pero cambió sustancialmente el sistema de la inmunidad procesal, ya que el actual artículo 108 constitucional sustituyó a la enumeración de

⁸³ Cfr. *Diario de los Debates del Congreso Constituyente*, op. cit., supra nota 76, p. 267.

⁸⁴ Cfr. J. J. GONZÁLEZ BUSTAMANTE, *Los delitos de los altos funcionarios y el fuero constitucional*, México, Botas, 1946, y R. F. CÁRDENAS, *Responsabilidad de los funcionarios públicos*, México, Porrúa, 1982 (publicado antes de las reformas constitucionales de diciembre de ese año), pp. 313-498.

⁸⁵ Cfr. S. GARCÍA RAMÍREZ, *Curso de Derecho procesal penal*, 5.^a ed., México, Porrúa, 1989, pp. 776-818.

los altos funcionarios señalados expresamente en el anterior precepto del mismo número, por el concepto, mucho más amplio e indeterminado, de servidor público, dentro del cual se comprenden a «[...] los representantes de elección popular, a los miembros de los poderes judicial federal y judicial del Distrito Federal, a los empleados y funcionarios, y, en general a toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la administración pública federal o del Distrito Federal».

135. Dicho precepto fue modificado en aspectos secundarios en las posteriores reformas constitucionales de diciembre de 1994, para incluir en la lista de sujetos al juicio político a los consejeros de la Judicatura federal, y de las Judicaturas de los Estados y del Distrito Federal, y de agosto de 1996, para agregar en la lista a los magistrados de la sala superior del Tribunal Electoral, así como al consejero presidente y los consejeros electorales del Consejo General del Instituto Federal Electoral. En la reforma de agosto de 2007, se suprime del catálogo a «los jefes del departamento administrativo» para actualizar el texto constitucional.

E) El procedimiento no jurisdiccional para la protección de los derechos humanos

136. Los organismos no jurisdiccionales de protección de los derechos humanos que han tomado como modelo la institución de *Ombudsman* de origen escandinavo, se desarrollaron en México a partir de la década de los ochenta del siglo pasado. No haremos referencia, debido a la índole resumida de este panorama de las garantías constitucionales, a los antecedentes originales de la institución en los países escandinavos, a su dinámico desarrollo en la segunda posguerra, tanto en Europa continental como en varios ordenamientos de tradición jurídica del *common law* e inclusive en numerosos países en vías de desarrollo en Asia y África, que han convertido a estos organismos en instrumentos que pueden calificarse de «universales». Como bien es sabido, tales organismos han asumido diversos nombres, como los de *Parliamentary Commissioner*, *Médiateur*, *Volksanwaltschaft* (abogado popular), *Difensore Civico*, etc., pero se puede afirmar que los organismos que han influido de manera más directa en los ordenamientos latinoamericanos han sido el Promotor de la Justicia de Portugal (Constitución 1976-1982) y de manera especial el «Defensor del Pueblo» español (Constitución de 1978), que ha sido el modelo inmediato, inclusive en su denominación, ya que la mayor parte de las legislaciones de nuestra región han adoptado este nombre⁸⁶.

137. A partir de la década de los años ochenta del siglo pasado, como ya se comentó, existieron varios ensayos para establecer organismos similares al *Ombudsman*, que en realidad no tuvieron eficacia en la práctica. Dentro de estos intentos, podemos mencionar la Dirección para la Defensa de los Derechos Humanos del Estado de Nuevo León, establecida por una ley del Congreso local de 3 de enero de 1979; el procurador de Vecinos, creado por acuerdo del ayun-

⁸⁶ Cfr. H. FIX-ZAMUDIO, *La protección jurídica y procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, Madrid, Civitas-UNAM, 1982, pp. 189-213.

tamiento de la ciudad de Colima el 21 de noviembre de 1983, y que se institucionalizó en la Ley Orgánica Municipal del Estado de Colima, publicada el 8 de diciembre de 1984⁸⁷.

138. El primer organismo que funcionó en la realidad, aun cuando con una competencia restringida, lo fue la Defensoría de los Derechos Universitarios, cuyo estatuto fue aprobado por el Consejo Universitario de la UNAM el 29 de mayo de 1985⁸⁸. Siguieron varias instituciones a nivel estatal y municipal, tales como la Procuraduría para la Defensa del Indígena del Estado de Oaxaca (1986); la Procuraduría Social de la Montaña del Estado de Guerrero (1987); la Procuraduría de la Protección Ciudadana del Estado de Aguascalientes (1988), y la Defensoría de los derechos de los Vecinos de la ciudad de Querétaro (1988)⁸⁹. La evolución continuó con la Procuraduría Social del Departamento del Distrito Federal, creada por acuerdo del jefe de dicho Departamento, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 25 de enero de 1989, cuyo *Manual de Organización* apareció en ese mismo *Diario* el 17 de julio del mismo año.

139. El paso más importante en la institucionalización de los organismos no jurisdiccionales de tutela de los derechos humanos se dio con la creación de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, por acuerdo presidencial del 5 de junio de 1990 y cuyo reglamento fue elaborado por el Consejo de dicha institución los días 18 de junio a 8 de julio del mismo año. Si bien esta Comisión fue establecida como un órgano desconcentrado de la Secretaría de Gobernación, y su titular era nombrado libremente por el presidente de la República, al designarse como su primer presidente al conocido constitucionalista Jorge Carpizo adquirió una notable independencia y realizó una labor excepcional, no sólo en cuanto a la investigación de reclamaciones individuales por violación de derechos fundamentales por la conducta de carácter administrativo de las autoridades públicas, sino que también desarrolló una dinámica actividad en cuanto a la promoción, enseñanza, capacitación y divulgación de los derechos humanos, así como una profusa labor editorial.

140. Una de las innovaciones de la organización de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, que se ha institucionalizado posteriormente en el ordenamiento mexicano, es la relativa a la creación de un Consejo Consultivo, integrado por diez personas de elevada reputación y de diversas orientaciones sociales y políticas, para asesorar al presidente del citado organismo y fijar los lineamientos generales de la política que debe seguir la institución. Esto sirvió para dar a conocer la figura del *Ombudsman* entre la población como organismos de protección de los derechos humanos y además se inició la formación de una cultura sobre los derechos fundamentales, que con anterioridad no existía.

⁸⁷ Cfr. M. AGUILAR CUEVAS, *El defensor del ciudadano* (Ombudsman), México, UNAM-CHDH, 1991, pp. 113-138.

⁸⁸ Cfr. J. BARRERA GRAF, «La Defensoría de los Derechos Universitarios: análisis legal», *La Defensoría de los Derechos Universitarios de la UNAM y la institución del ombudsman en Suecia*, México, UNAM, 1986, pp. 23-32; M.^a CARRERAS MALDONADO *et al.*, *Defensoría de los Derechos Universitarios* (Ombudsman de la UNAM), México, UNAM, 1993; *id.*, *et al.*, *Concordancias y comentarios del Estatuto y del Reglamento de la Defensoría de los Derechos Universitarios*, México, UNAM, 1992.

⁸⁹ Cfr. J. MADRAZO CUÉLLAR, *Derechos humanos. El nuevo enfoque mexicano*, México, FCE, 1993, pp. 50-51.

141. La institución se elevó a rango constitucional, a través de la adición del apartado B), al artículo 102 de la Ley Fundamental (reforma constitucional del 27 de enero de 1992), de tal suerte que se faculta al Congreso de la Unión y a las legislaturas de los Estados, en sus respectivas competencias, para establecer organismos de protección de los derechos humanos que otorga el orden jurídico mexicano, para conocer de las quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor público, con excepción del Poder Judicial de la Federación. Asimismo, se establece que el organismo federal conocerá de las inconformidades que se presenten en relación con las recomendaciones, acuerdos u omisiones de los organismos equivalentes de los Estados, de tal suerte que se crea un sistema no jurisdiccional para la protección de los derechos fundamentales. El precepto constitucional fue reglamentado por la Ley de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, expedida por el Congreso de la Unión el 29 de junio de ese mismo año. El reglamento de la propia Comisión, expedido por su consejo en 12 de noviembre siguiente.

142. El 30 de noviembre de 1999 se publicó una sustancial reforma al artículo 102, apartado B), de la Constitución federal, que modificó particularmente ciertos aspectos de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, que han influido posteriormente en algunas de las leyes reglamentarias de las entidades federativas. Sin embargo, un cambio importante de carácter general, al corregir el error en que había incurrido el texto original, al suprimir la calificación de «autónomas» para las recomendaciones emitidas por los organismos no jurisdiccionales de protección de los derechos humanos (ya que la autonomía corresponde a dichos organismos y no a sus decisiones), por lo que el actual segundo párrafo dispone correctamente la posibilidad de que estos organismos formulen *recomendaciones públicas, no vinculatorias* y denuncias y quejas ante las autoridades respectivas.

143. Las modificaciones más importantes de esta reforma de 1999, se refieren a la naturaleza jurídica de la Comisión Nacional, a su denominación, el procedimiento de designación de su titular y de los miembros de su Consejo Consultivo, así como la duración en los cargos. Cabe destacar también la exclusión constitucional de la competencia de estos organismos en asuntos electorales, laborales y jurisdiccionales, ni conocerá de la conducta administrativa de los integrantes del Poder Judicial de la Federación.

144. Por último debe señalarse la trascendental reforma constitucional del 14 de septiembre de 2006, en la que se adiciona el inciso g), a la fracción II, del artículo 105, de tal suerte que se legitima a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y a los organismos protectores equivalentes en las entidades federativas, para impugnar la inconstitucionalidad de normas generales a través de la garantía de la acción abstracta de inconstitucionalidad. Lo anterior constituye una facultad trascendental para estos organismos, al permitir el acceso a la justicia constitucional para la tutela objetiva de los derechos fundamentales, como sucede en otros países⁹⁰.

⁹⁰ Sobre las implicaciones de esta reforma constitucional, *vid.* los interesantes trabajos contenidos en C. ASTUDILLO y M. CARBONELL (coords.), *Las comisiones de derechos humanos y la acción de inconstitucionalidad*, México, UNAM-CNDH, 2007.

F) La acción abstracta de inconstitucionalidad de leyes

145. Esta garantía constitucional fue introducida por vez primera en nuestra historia con la reforma constitucional de 31 de diciembre de 1994 y no tiene precedente en el modelo estadounidense que hemos seguido en otras garantías. En efecto, esta institución surgió en el Derecho constitucional europeo con el objeto de otorgar a las minorías parlamentarias la posibilidad de impugnar ante los organismos de justicia constitucional (Cortes, Tribunales Constitucionales o inclusive el Consejo Constitucional francés) las disposiciones legislativas aprobadas por la mayoría, especialmente en Austria, República Federal de Alemania, España, Francia y Portugal⁹¹.

146. Dicha garantía constitucional debe considerarse como una acción de carácter «abstracto», es decir, que tiene por objeto esencial garantizar la aplicación de la Constitución y la certeza del orden jurídico fundamental, por lo que no se requiere la existencia de un agravio ni de un interés jurídico específico para iniciar el procedimiento, y por ello generalmente se otorga la legitimación a los titulares de los poderes públicos (jefes de Estado o de Gobierno, las Cámaras parlamentarias, los gobiernos centrales o de las entidades federativas o los organismos no jurisdiccionales de protección de los derechos humanos creados de acuerdo con el modelo escandinavo del *ombudsman* o inclusive por medio de acción popular). Además, dichas acciones abstractas pueden ser de carácter *previo*; es decir, pueden invocarse durante el procedimiento de discusión y aprobación, antes de la promulgación y publicación de la norma impugnada (como ocurre particularmente en Francia en la instancia ante el Consejo constitucional)⁹², o bien, *a posteriori*, es decir, cuando las disposiciones legislativas ya han sido publicadas. Este último es el modelo que sigue el ordenamiento mexicano⁹³.

147. En los ordenamientos de Europa en los cuales se ha establecido esta acción abstracta de inconstitucionalidad de las disposiciones legislativas en beneficio de un sector de los parlamentarios de la minoría, generalmente un 30 por 100 de los mismos ha tenido un desarrollo bastante importante y, además, ha logrado una fiscalización constante y frecuente de los ordenamientos aprobados por las mayorías legislativas, en forma destacada en la República Federal de Alemania⁹⁴, y en Francia⁹⁵. Esta acción abstracta de inconstitucionalidad, con cierta aplicación en el Derecho constitucional latinoamericano, debe conside-

⁹¹ Cfr. L. MEZZETTI, *Giustizia costituzionale ed opposizione parlamentare. Modelli europei a confronto*, Rimini, Maggioli Editores, 1992.

⁹² Cfr. F. LUCHAIRE, *Le Conseil Constitutionnel*, París, Economica, 1980, pp. 106-144.

⁹³ Cfr. H. FIX FIERRO, «La reforma judicial de 1994 y las acciones de inconstitucionalidad», *Ars Iuris*, México, Revista del Instituto de Documentación e Investigación Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, núm. 13, especial sobre reforma judicial, 1995, pp. 114-117.

⁹⁴ Cfr. L. MEZZETTI, *op. cit.*, *supra* nota 91. Este autor considera que la jurisprudencia constitucional alemana se ha originado de manera predominante debido a los impulsos que provienen de la oposición, pp. 62-69; J.-C. BÉGUIN, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en République Fédérale d'Allemagne*, París, Economica, 1982, pp. 64-78.

⁹⁵ Cfr. en la obra de L. FAVOREU y L. PHILIP, *Les grandes décisions de Conseil Constitutionnel*, 7.ª ed., París, Sirey, 1993, puede observarse el porcentaje importante de instancias introducidas por los diputados y senadores de oposición contra las leyes aprobadas por mayoría, antes de su promulgación.

rarse como un instrumento importante para otorgar garantías jurídicas a la oposición, a fin de que pueda participar más activamente en las decisiones políticas de gobiernos, según el principio de la «oposición política garantizada»⁹⁶.

148. Esta garantía constitucional se encuentra regulada en el artículo 105, fracción II, de la Constitución federal; así como en la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 constitucional (arts. 1.º a 9.º, y 59 a 73), y en la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación (arts. 4.º, 7.º, 10, fracción I, y 184)⁹⁷.

149. De acuerdo con los preceptos citados, se encuentran legitimados para interponer la acción abstracta el equivalente al 33 por 100 de los integrantes de la Cámara de Diputados; de la Cámara de Senadores; de la Asamblea de Representantes (a partir de las reformas de 1996 al art. 122 constitucional, ahora Legislativa) del Distrito Federal así como de las legislaturas de los Estados. También se ha otorgado legitimación al procurador general de la República, el cual está facultado para actuar como parte en la tramitación de esta acción, en virtud de la atribución *ex officio* que le confiere el párrafo 3.º del apartado A) del artículo 102 constitucional.

150. Sin embargo, esta legitimación se ha ampliado por reformas constitucionales de 1996 y en 2006. En el primer caso, se admitió la impugnación de las leyes electorales por medio de la citada acción abstracta de inconstitucionalidad, otorgando legitimación exclusivamente a las dirigencias nacionales o estatales de los partidos políticos, de acuerdo con la naturaleza de su registro [arts. 105, fracción II, inciso *f*) de la Constitución y 62 de su Ley Reglamentaria, reformados por decretos legislativos publicados los días 22 de agosto y 22 de noviembre de 1996, respectivamente]. Este precepto fundamental dispone, además, que «la única vía para plantear la no conformidad de las leyes electorales a la Constitución es la prevista en este artículo».

151. El 14 de septiembre de 2005 se adiciona el inciso G) a la fracción II del artículo 105 constitucional, en la que se otorga legitimación a las Comisiones de Derechos Humanos. Por una parte, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos puede impugnar leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como tratados internacionales que vulneren los derechos humanos previstos en la Constitución federal. Por otra parte, se otorga también legitimación a los organismos protectores de los derechos humanos para impugnar leyes expedidas por los congresos locales y también a la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal para impugnar leyes expedidas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal⁹⁸.

152. Una de las principales particularidades de la acción abstracta de inconstitucionalidad consiste en que se requiere para su procedencia una vota-

⁹⁶ Cfr. P. DE VEGA, G. DE VERGOTTINI y J. F. LÓPEZ AGUILAR, *Minoría y oposición en el parlamentarismo. Una aproximación comparativa*, Madrid, Publicaciones del Congreso de los Diputados, 1991, pp. 104 y ss., 220 y ss.

⁹⁷ Vid. también, entre otros, el Acuerdo General 7/2008, del Pleno de la Suprema Corte, *op. cit.*, *supra* nota 67; así como el Reglamento Interior de la Suprema Corte de 1 de abril de 2008.

⁹⁸ Sobre esta reforma, *vid.* los trabajos contenidos en C. ASTUDILLO y M. CARBONELL (coords.), *Las comisiones de derechos humanos y la acción de inconstitucionalidad*, México, UNAM-CNDH, 2007.

ción calificada para declarar la invalidez con efectos generales hacia el futuro, es decir, se requiere necesariamente de por lo menos ocho (de once) votos. En caso de existir mayoría simple, no producirá efectos particulares, como acontece en determinados supuestos en las controversias constitucionales, sino que deberá declararse improcedente la acción y archivar el asunto. Esta exigencia de la mayoría calificada ha sido criticada por la doctrina y existen propuestas para suprimirla⁹⁹.

153. Por último, debemos destacar que esta garantía constitucional, si bien fue planteada en pocas ocasiones en los primeros años de instauración, se aprecia un incremento considerable de las demandas especialmente en los últimos años: 1995 (1), 1996 (10), 1997 (10), 1998 (17), 1999 (41), 2000 (40), 2001 (35), 2002 (26), 2003 (26), 2004 (30), 2005 (39), 2006 (59), 2007 (171) y 2008 (134), lo que da un total de 625 (1995-2008) y un promedio de 44,64 acciones de inconstitucionalidad por año. No debe perderse de vista que en realidad en una misma demanda de acción de inconstitucionalidad pueden impugnarse numerosos preceptos de normas generales (incluso porciones normativas), lo que origina que la sentencia pueda tener en realidad múltiples resoluciones con diversos contenidos y efectos¹⁰⁰. Un ejemplo paradigmático lo constituye la sentencia de la acción de inconstitucionalidad 26/2006 (impugnando lo la mal llamada «Ley de Medios», en realidad modificaciones a diversas disposiciones de la Ley Federal de Telecomunicaciones y a la Ley Federal de Radio y Televisión), en la cual cada uno de los nueve resolutivos tuvieron votaciones, contenidos y efectos diferentes¹⁰¹.

G) Las garantías constitucionales en materia electoral

154. Las dos principales garantías constitucionales en materia electoral son el *juicio para la protección de los derechos político-electorales de los ciudadanos* y el *juicio de revisión constitucional electoral*, regulados actualmente en el artículo 99, fracciones IV y V, de la Constitución federal, así como en la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, cuya competencia corresponde al Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

155. 1) *El juicio para la protección de los derechos político-electorales de los ciudadanos* fue introducido como mecanismo paralelo al juicio de amparo debido a las reformas constitucionales y legales de 1996. Tiene por objeto la impugnación de actos y resoluciones que violen los derechos político electorales de los ciudadanos de votar, ser votado y de afiliación libre y pacífica para tomar parte en los asuntos políticos del país (arts. 41, fracción V, y 99, fracción V), teniendo un desarrollo jurisprudencial importante desde su instauración hasta la fecha.

156. La jurisprudencia tradicional de la Suprema Corte que se inició en el siglo XIX hizo la distinción entre los derechos civiles y los de carácter político,

⁹⁹ Cfr. J. BRAGE CAMAZANO, *La acción abstracta de inconstitucionalidad*, 2.ª ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, pp. 350-352.

¹⁰⁰ Cfr. H. FIX-ZAMUDIO y E. FERRER MAC-GREGOR, *Las sentencias de los Tribunales Constitucionales*, México, Porrúa-UNAM, 2009.

¹⁰¹ Un análisis de esta peculiar sentencia, con múltiples resoluciones, puede verse en E. FERRER MAC-GREGOR y R. SÁNCHEZ GIL, *Efectos y contenidos de las sentencias en acción de inconstitucionalidad. Análisis teórico referido al caso «Ley de Medios»*, México, UNAM, 2009 (en prensa).

inspirada en la separación del Derecho público norteamericano entre *civil rights* y *political rights*, pero se confundió a los primeros con las garantías individuales o derechos del hombre, y por ello se consideró que los derechos políticos no podían ser objeto de tutela a través del juicio de amparo¹⁰².

157. Este criterio tradicional dio lugar a la controversia entre las ideas de J. M.^a IGLESIAS sobre la incompetencia de origen¹⁰³, de acuerdo con las cuales el artículo 16 de la Constitución de 1857, que al establecer la exigencia de que todo acto de afectación a los particulares debería emanar de una autoridad competente, comprendía el origen legítimo de la misma autoridad¹⁰⁴, e I. L. VALLARTA, quien al asumir posteriormente la presidencia de la Suprema Corte entre mayo de 1878 y el 21 de noviembre de 1882 combatió de manera decidida la tesis anterior (la que, al ser aplicada de manera extrema por el propio Iglesias como anterior presidente de la misma Corte, determinó el desconocimiento de las elecciones presidenciales de 1876, en las que obtuvo el triunfo S. LERDO DE TEJADA, por considerar el propio VALLARTA que la legitimidad se refería a la persona, al individuo nombrado para el cargo público respectivo, y la competencia establecida por el citado artículo 16 de la carta federal de 1857 tenía relación con la entidad calificada como autoridad, ya que la propia legitimidad tenía un carácter político, y por ello debía suponerse y prescindirse de ella para examinar únicamente la cuestión jurídica, de si cabe en el círculo de atribuciones de una autoridad determinada expedir una orden que afectara a un habitante de la República. Este último fue el criterio que adoptó la Suprema Corte a partir de su decisión del 23 de agosto de 1878, en el juicio de amparo solicitado por el destacado jurista y político L. GUZMÁN, y es el que ha predominado hasta la actualidad, debido a la redacción similar del artículo 16 de la Constitución federal de 1917¹⁰⁵.

158. A partir de entonces, la Suprema Corte ha evitado la decisión de cuestiones políticas en los juicios de amparo, aun cuando se ha pronunciado en forma muy restringida sobre algunas de estas cuestiones en los muy escasos asuntos en que ha conocido de controversias constitucionales con anterioridad a la reforma de 1995, o al realizar investigaciones de acuerdo con el artículo 97 constitucional¹⁰⁶. Esta cautela de nuestro más alto tribunal se explica por la trascendencia que durante muchos años tuvo en Latinoamérica la tesis de la Corte Suprema federal norteamericana, que se autolimitó en lo que calificó como *political questions*¹⁰⁷, pero que ha modificado paulatinamente para considerar

¹⁰² Sobre la doctrina y jurisprudencia norteamericana de su época acerca de la separación entre las cuestiones jurídicas y las políticas, vid. I. L. VALLARTA, *El juicio de amparo y el Writ of Habeas Corpus*, México, Imprenta de J. J. Terrazas, 1896, pp. 126-170

¹⁰³ Cfr. J. M.^a IGLESIAS, *Estudio constitucional sobre facultades de la Corte de Justicia*, México, Imprenta de León y White, 1874. Este trabajo fue reproducido con estudio preliminar de S. OÑATE en *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, México, núm. 30, abril-junio de 1946, pp. 257-295.

¹⁰⁴ Cfr. J. MOCTEZUMA BARRAGÁN, *José María Iglesias y la justicia electoral*, op. cit., nota 78, pp. 81-166.

¹⁰⁵ Cfr. I. L. VALLARTA, *Votos. Cuestiones constitucionales*, México, edición de Antonio de J. Lozano, 1894, pp. 78-80; H. FIX-ZAMUDIO, «Ignacio Luis Vallarta, la incompetencia de origen y los derechos políticos», *A cien años de la muerte de Vallarta*, México, UNAM, 1994, pp. 19-39. Esa es la tesis de jurisprudencia todavía vigente, núm. 983, «Incompetencia de origen», *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación*, 1988, segunda parte, tesis comunes al pleno y la salas, t. II, p. 1595.

¹⁰⁶ Cfr. M. GONZÁLEZ AVELAR, *La Suprema Corte y la Política*, op. cit., nota 70, pp. 31-74.

¹⁰⁷ Cfr. B. SCHWARTZ, *Los poderes del Gobierno. Comentario sobre la Constitución de los Estados Unidos*, trad. de J. J. DE OLLOQUI LABASTIDA, México, UNAM, 1996, t. I, pp. 576-579; Ch. EVANS HUGHES,

como justiciables cuestiones que anteriormente se estimaban de naturaleza estrictamente política, como las de carácter electoral, aun cuando siempre por conducto de una controversia judicial¹⁰⁸.

159. Lo cierto es que en México esta evolución no se ha realizado, especialmente por lo que se refiere a la tutela de los derechos políticos consagrados en nuestra Constitución federal por conducto del juicio de amparo, ya que hasta hoy se aplica la anacrónica tesis de jurisprudencia, actualmente superada de manera definitiva, y que todavía establece: «*Derechos políticos. Improcedencia*. La violación de los derechos políticos no da lugar al juicio de amparo, porque no se trata de garantías individuales»¹⁰⁹.

160. Es indiscutible que los derechos políticos son derechos humanos, como lo demuestran las Constituciones contemporáneas, así como los tratados internacionales de derechos humanos. Nuestra carta fundamental también los consagra y los ha incrementado de manera paulatina, especialmente en materia electoral¹¹⁰, por lo que se ha superado definitivamente el criterio decimonónico de confundir los derechos humanos con las llamadas «garantías individuales», que constituyen sólo un sector, el de los llamados «derechos civiles», frente a la amplitud actual de los derechos de la persona humana.

161. La doctrina señala que el antecedente inmediato del juicio para la protección de los derechos político-electorales se encuentra en la llamada apelación ciudadana, regulada por el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales (COFIPE) con anterioridad a la reforma de 1996¹¹¹, que podía plantearse ante el anterior Tribunal Federal Electoral por los ciudadanos afectados por las decisiones del Instituto Federal Electoral responsable de la inscripción, cuando se hubiesen declarado improcedentes las solicitudes de los propios afectados para corregir los supuestos en los que no se les hubiese expedido oportunamente la credencial de elector con fotografía, o bien no hubieran aparecido en las listas nominales de electores de los distritos de su domicilio, o bien se les hubiese excluido o incluido indebidamente en dichas listas (art. 151 de dicho Código). Dicha apelación podía interponerse tanto por los ciudadanos como por los partidos políticos, cuando hubiesen sido afectados, tanto en el lapso entre dos elecciones [art. 292, incisos *b*) y *c*) anterior] o bien en el periodo electoral [art. 295, inciso *b*)], por lo que es evidente que coincide en varios aspectos con el juicio de protección que se analiza¹¹².

162. 2) Por lo que hace al *juicio de revisión constitucional electoral*, no tiene antecedentes en el ordenamiento mexicano, siendo introducido en la reforma

La Suprema Corte de los Estados Unidos, trad. de R. MOLINA PASQUEL y V. HERRERO, 2.^a ed., México, FCE, 1971, pp. 56-58; C. LANDA ARROYO, «Justicia constitucional y *political questions*», *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 4, Madrid, CEPC, 2004, pp. 365-374.

¹⁰⁸ K. LOEWENSTEIN, «La función política del Tribunal Supremo de los Estados Unidos», *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 133, enero-febrero de 1964, pp. 5-39.

¹⁰⁹ Tesis 623, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación*, 1988, segunda parte, tesis comunes al pleno y a las salas, t. II, p. 1,061.

¹¹⁰ Cfr. H. FIX FIERRO, *Los derechos políticos de los mexicanos*, 2.^a ed., México, UNAM, 2006.

¹¹¹ R. SALGADO TERRAZAS, *Introducción al estudio de la justicia constitucional electoral en México*, t. II, México, Ángel Editor, 2006, pp. 1576 y ss.

¹¹² S. GARCÍA RAMÍREZ, «La apelación en el contencioso electoral», *Manual sobre los medios de impugnación en el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales*, México, Instituto Federal Electoral-UNAM, 1992, pp. 53-117.

de agosto de 1996, en el artículo 99, fracción IV, constitucional y reglamentada en la Ley General de Medios de Impugnación en Materia Electoral, con el objeto de establecer la posibilidad de combatir la inconstitucionalidad de los actos o resoluciones definitivas y firmes las autoridades electorales de las entidades federativas¹¹³. Debe tenerse en consideración que no existe otro procedimiento por el cual pudiesen combatirse los actos concretos de las autoridades electorales locales que infrinjan directamente la Constitución federal, ya que, como hemos dicho, no procede el juicio de amparo, según la jurisprudencial tradicional.

163. En efecto, de acuerdo con lo establecido por la ley de la materia, esta garantía constitucional sólo procederá para impugnar actos o resoluciones de las autoridades competentes de las entidades federativas para organizar y calificar los comicios locales o resolver las controversias que surjan durante los mismos, pero siempre que se satisfagan determinados requisitos, cuyo incumplimiento determinará que se deseche de plano el medio de impugnación respectivo. En tal virtud, el citado ordenamiento exige que los actos o resoluciones combatidos tengan, en primer lugar, el carácter de definitivos y firmes; que violen algún precepto de la Constitución federal; que la violación reclamada pueda resultar determinante para el desarrollo del proceso electoral respectivo o el resultado final de las elecciones; que la reparación solicitada sea material y jurídicamente posible dentro de los plazos electorales y factibles antes de la fecha constitucional o legalmente fijada para la instalación de los órganos o la toma de posesión de los funcionarios electos, y finalmente, que se hubiesen agotado en tiempo y forma todas las instancias previas establecidas por las leyes para combatir los actos o resoluciones electorales en virtud de los cuales pudieran haberse modificado, revocado o anulado.

164. Estas dos garantías constitucionales ha sido objeto de una nutrida e importante jurisprudencia del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Incluso, recientemente las Salas (Superior y Regionales) de este Tribunal recuperaron la facultad de control judicial de las leyes electorales, es decir, la posibilidad de la no aplicación de leyes sobre la materia electoral contrarias a la Constitución federal en los casos concretos sometidos a su competencia, debido a la reforma constitucional de 13 de noviembre de 2007 (art. 99 constitucional).

165. Esta posibilidad de control difuso constitucional de leyes en materia electoral ya lo venía realizando el Tribunal Electoral con anterioridad a que el Pleno de la Suprema Corte resolviera, el 23 de mayo de 2002, la contradicción de tesis 2/2000, entre los criterios de la Sala Superior¹¹⁴ y la tradicional jurisper-

¹¹³ En la parte relativa de la exposición de motivos de la iniciativa presidencia que sirvió de base a las reformas constitucionales de agosto de 1996, se estableció que: «...al respecto, la iniciativa plantea un mecanismo absolutamente respetuoso de nuestro sistema federal, al prever que esta nueva vía sólo procederá cuando haya violaciones directas a la Constitución Federal y en casos determinados que por su trascendencia ameriten ser planteados ante esta instancia jurisdiccional. Con lo anterior se pretende moderar aquellas situaciones que por su disparidad o divergencia con el sentido de nuestro texto fundamental, atentan contra el Estado de Derecho. De igual manera, con esta vía se aspira a superar los debates sobre la legalidad de los procesos locales, cerrando el camino a decisiones políticas sin fundamento jurídico que pudieren afectar el sentido de la voluntad popular expresada en las urnas...».

¹¹⁴ Cfr. la tesis «Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Tiene facultades para determinar la inaplicabilidad de leyes secundarias cuando éstas se opongan a disposiciones constitucionales» (*Informe Anual de Labores 1997-1998*).

dencia de nuestro más alto tribunal¹¹⁵. Las jurisprudencias por contradicción de tesis establecidas por la Suprema Corte (obligatorias para el Tribunal Electoral) negaron las facultades de este tribunal para conocer problemas derivados de la constitucionalidad de leyes electorales¹¹⁶, interpretando de manera restrictiva el artículo 105 constitucional, al considerar que la única vía para impugnarlas era la prevista en ese artículo a través de la diversa garantía de la acción de inconstitucionalidad¹¹⁷. Criterios jurisprudenciales superados por la reforma constitucional referida de 2007, lo que permitirá un mayor dinamismo jurisprudencial por parte del Tribunal Electoral y lo confirma como la máxima autoridad jurisdiccional en materia electoral, con excepción de la acción de inconstitucionalidad (art. 105, fracción II, constitucional), y como órgano especializado del Poder Judicial de la Federación.

H) Responsabilidad patrimonial del Estado

166. La última garantía constitucional en este breve recorrido histórico, se consagra con motivo de la reforma al artículo 113, *in fine*, de la Ley Fundamental, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 14 de junio de 2002. Esta reforma produjo también la modificación de la denominación del título V de la misma Constitución, que actualmente se intitula: «De las responsabilidades de los servidores públicos y patrimonial del Estado». La previsión constitucional de la responsabilidad patrimonial del Estado, con carácter de objetiva y directa, en realidad fue producto de una evolución legislativa.

167. El concepto de la responsabilidad patrimonial del Estado con motivo de su actividad, particularmente la de carácter administrativo pero también en las otras ramas del poder público, se desarrolló muy lentamente y con muchas dificultades y obstáculos debido a la resistencia de las autoridades gubernamentales de cubrir los daños ocasionados por la prestación de los servicios públicos. Recientemente se ha llegado a la superación de la teoría de la culpa que prevaleció durante mucho tiempo y al reconocimiento en numerosos ordenamientos contemporáneos de la responsabilidad objetiva y directa, como ha sucedido en México a partir de la reforma citada, en virtud del marcado predominio del criterio del riesgo o de la titularidad de la actividad potencialmente creadora de daños¹¹⁸.

¹¹⁵ Cfr. las tesis 73 y 74/1999, cuyos rubros son: «Control difuso de la constitucionalidad de normas generales. No lo autoriza el artículo 133 de la Constitución» y «Control judicial de la Constitución. Es atribución exclusiva del poder judicial» (*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, Pleno, t. X, agosto de 1999, pp. 5 y 18).

¹¹⁶ Cfr. tesis 26/2002, cuyo rubro es: «Tribunal electoral del poder judicial de la federación. Si resuelve respecto de la inconstitucionalidad de una norma electoral o se aparta de un criterio jurisprudencial sustentado por la suprema corte de justicia de la nación respecto a la interpretación de un precepto constitucional, infringe, en el primer caso, el artículo 105, fracción II, de la Constitución federal, y en el segundo, el artículo 235 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación (novena época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XV, junio de 2002, p. 83).

¹¹⁷ Leyes electorales. La única vía para impugnarlas es la acción de inconstitucionalidad (novena época. Instancia: Pleno. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XV, junio de 2002. Tesis: PJ 25/2002, p. 81).

¹¹⁸ Cfr. J. LEGUINA VILLA, *La responsabilidad civil de la administración pública*, 2.ª ed., Madrid, Tecnos, 1983, p. 31.

168. En nuestro país predominó en la legislación de carácter civil la responsabilidad indirecta y subsidiaria del Estado de acuerdo con el principio de la culpa de los agentes de los organismos públicos. En efecto, se conservó por muchos años el criterio civilista de la culpa en el artículo 1.928 del Código Civil para el Distrito Federal y aplicable en toda la República en materia federal con vigencia a partir de 1932 (si bien recientemente se han separado dichos ámbitos y se ha expedido uno para el propio Distrito Federal), que establecía la responsabilidad subsidiaria del Estado por la conducta ilícita de sus agentes (calificados a partir de la reforma constitucional y legal de 1982 como servidores públicos), por lo que era preciso entablar un juicio civil ordinario contra dichos agentes y sólo si eran insolventes se podía demandar al Estado, lo que produjo en la práctica, en virtud de la gran dilación y las enormes dificultades que tenían que superar los reclamantes, en la irresponsabilidad casi absoluta del Estado frente a los particulares.

169. En el año de 1994 se advierte un pequeño avance en cuanto a la responsabilidad patrimonial del Estado, al modificarse el mencionado artículo 1.928 del Código Civil Federal, para introducir en el actual artículo 1.927 el concepto de responsabilidad solidaria del propio Estado, pero siempre que se tratara de la conducta ilícita (culposa o dolosa) de los servidores públicos, lo que significó un cambio muy modesto, ya que se situó todavía dentro del concepto tradicional civilista de la culpa, y por tanto sin una repercusión real significativa. El cambio de mayor trascendencia, dentro de esta tímida evolución de las reformas de 1994, consistió en la reforma de la Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos (del Gobierno Federal y el del Distrito Federal) de 1982, en cuanto se adicionó el artículo 77 bis de dicho ordenamiento, en el cual se dispuso que cuando, después de seguirse un procedimiento administrativo disciplinario a un servidor público por denuncia de particulares, se comprobara la culpabilidad de dicho agente y se acreditaran daños patrimoniales, el afectado podía acudir a la dependencia, entidad, o a la entonces Secretaría de la Contraloría y Desarrollo Administrativo (actualmente Secretaría de la Función Pública), para que el organismo público respectivo estableciera directamente la obligación de indemnizar y realizara, en su caso, la liquidación correspondiente.¹¹⁹

170. En el mismo año de 1994 se incluyó en el artículo 2.º de la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal, el concepto de responsabilidad patrimonial del Estado para integrar el Presupuesto de Egresos de la Federación, aun cuando no se estableció una partida económica real bajo ese concepto en dicho presupuesto. Esta disposición inspiró al Código Financiero del Distrito Federal que incluye la responsabilidad del Estado en el Presupuesto de dicha Entidad Federativa, lo que se relaciona con el artículo 17 del Estatuto del Gobierno del Distrito Federal, el cual establece el derecho a los habitantes del propio Distrito a ser indemnizados por los daños y perjuicios causados por los servidores públicos respectivos, pero tiene el inconveniente de remitir este derecho a las «leyes aplicables», con lo cual se diluye la citada responsabilidad.

171. El trascendental avance se dio con la referida reforma constitucional de 2002, al establecerse en el artículo 113 de la normativa fundamental, que:

¹¹⁹ Con la expedición de la Ley de la Responsabilidad Administrativa de la Administración, estos preceptos fueron trasladados al artículo 33 de este último ordenamiento.

«La responsabilidad del Estado por los daños que, con motivo de su actividad administrativa irregular, cause a los bienes o derechos de los particulares, *será objetiva y directa*. Los particulares tendrán derecho a indemnización conforme a las bases, límites y procedimientos que establezcan las leyes»¹²⁰.

172. La ley reglamentaria de dicho precepto, denominada Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, fue expedida el 31 de diciembre de 2004 (un año después del plazo señalado en el único transitorio de la reforma constitucional, que establecía dos años). Los legisladores federales tomaron en gran parte el excelente anteproyecto elaborado por el doctor Á. CASTRO ESTRADA desde la publicación de su tesis doctoral en 1977¹²¹, la que ha revisado agregando propuestas de modificaciones a varios preceptos para lograr la congruencia con las reformas constitucionales¹²².

173. Esta ley establece con claridad que la responsabilidad extracontractual a cargo del Estado es *objetiva y directa*, y que la indemnización deberá ajustarse a los términos y condiciones que establece el propio ordenamiento y las disposiciones legales a que la misma hace referencia. La propia ley establece un criterio muy claro de lo que debe entenderse como *actividad administrativa irregular del Estado*, al considerar como tal aquella que *cause daños a los bienes y derechos de los particulares cuando los mismos no tengan obligación jurídica de soportarlos, en virtud de no existir fundamento legal o causa jurídica que justifique como legítimo el daño de que se trate*.

174. Otro aspecto que merece nuestra atención es el segundo párrafo del artículo 2.º, relativo a la aplicación de las disposiciones de la Ley Reglamentaria que comentamos, para el cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya que nuestro país reconoció expresamente su competencia contenciosa de acuerdo con la declaración de 15 de diciembre de 1998, así como respecto a las recomendaciones que dirija a nuestro país la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en cuanto se refieran a pago de indemnizaciones, si las mismas son aceptadas por el Gobierno mexicano (ya que entonces se convierten en obligatorias). El tercero y último párrafo del mismo artículo 2.º precisa que la aceptación y cumplimiento de las recomendaciones respectivas deberán llevarse a cabo por el ente público federal que ha sido declarado responsable, y lo mismo deberá observarse para el cumplimiento de los fallos jurisdiccionales de reparación. Será la Secretaría de Relaciones Exteriores el conducto para informar de los cumplimientos respectivos, tanto a la Comisión como a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, según corresponda. Estas normas deben considerarse como un notorio avance, si tomamos en consideración que son escasos los gobiernos latinoamericanos que han regulado el procedimiento para hacer efectivos dichos fallos y recomendaciones, no obstante el creciente predominio en el ámbito interno del Derecho internacional de los derechos humanos.

¹²⁰ Cfr. Á. CASTRO ESTADA, *Nueva garantía constitucional. La responsabilidad patrimonial del Estado*, México, Porrúa, 2002, *passim*.

¹²¹ Cfr. Á. CASTRO ESTRADA, *Responsabilidad patrimonial del Estado*, México, Porrúa, 1997, pp. 496-506.

¹²² Cfr. *Nueva garantía constitucional. La responsabilidad patrimonial del Estado*, *op. cit.*, *supra* nota 116, pp. 287-302; con sentido crítico de la reforma, *vid.* J. C. MARÍN, *La responsabilidad patrimonial del Estado*, México, Porrúa, 2004.

5. LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN LAS ENTIDADES FEDERATIVAS Y EN EL ÁMBITO TRANSNACIONAL

175. Una visión completa de este breve estudio histórico sobre el desarrollo de las garantías constitucionales implica también referirnos, aunque sea brevemente, a su dimensión local y transnacional. La primera, como consecuencia natural del sistema federal previsto en el artículo 40 de la Constitución federal, que implica el establecimiento de garantías constitucionales para la protección de las constituciones en las entidades federativas, en el marco de los principios establecidos en el Pacto Federal. El segundo, debido a la ratificación del Estado mexicano en mayo de 1981 de la Convención Americana de Derechos Humanos, así como el sometimiento expreso de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con sede en San José, Costa Rica, en diciembre de 1998, que permite que conozca de los supuestos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de conformidad con el artículo 62.1 de la misma, a excepción de los casos derivados de la aplicación del artículo 33 de la Constitución federal¹²³.

176. 1) Por lo que hace a las *garantías constitucionales en el ámbito de las entidades federativas*, debe destacarse que durante el siglo XIX hubo un desarrollo importante y original del constitucionalismo local. Las primeras constituciones en las entidades federativas bajo la vigencia de la Constitución federal de 1824 establecieron, en algunos casos, el «juicio político», el planteamiento de la «duda de constitucionalidad» (que resolvía el propio Congreso) y el «delito grave» por infracciones a la Constitución. El propio juicio de amparo, como moderna garantía constitucional, tuvo su origen en la Constitución del Estado de Yucatán de 1841 (*vid. supra* párrafo 125), previéndose también en la segunda mitad de ese siglo una incipiente consagración en la protección de los derechos fundamentales vía judicial (Constituciones del Estado de Tabasco de 1857 y de Campeche en 1861) y la regulación de la controversia constitucional (Constitución de Morelos de 1878)¹²⁴.

177. Sin embargo, la efectividad de estas garantías fue prácticamente nula y durante el siglo XX las reformas a las Constituciones locales tendieron a la uniformidad, al incorporar de manera refleja las reformas a la actual Constitución federal de 1917. La posibilidad de la impugnación de las resoluciones de los jueces locales a través del sector denominado amparo judicial, como evolución posterior de la institución en su concepción originaria de protección de los derechos fundamentales, ha impedido el desarrollo y efectividad de las garantías constitucionales en las entidades federativas. En la práctica, cualquier sentencia definitiva pronunciada en segunda instancia por los tribunales superiores de justicia de las entidades federativas, puede ser sujeto de revisión por los tribunales de la federación, lo que ha provocado la centralización al ámbito de la competencia federal de los problemas genuinos del constitucionalismo local.

¹²³ La aceptación del Estado mexicano de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es de 16 de diciembre de 1998 y la publicación del decreto en el *Diario Oficial de la Federación* aparece el 24 febrero de 1999 (con fe de erratas del 25 de febrero).

¹²⁴ Cfr. M. GONZÁLEZ OROPEZA y E. FERRER MAC-GREGOR (coords.), *La justicia constitucional en las entidades federativas*, México, Porrúa, 2006, *passim*.

178. Un avance en su desarrollo sistemático tiene lugar con la introducción en todas las entidades federativas en el procedimiento no jurisdiccional para la protección de los derechos humanos, como consecuencia de la reforma constitucional a nivel federal al artículo 102, apartado B), estableciéndose organismos similares a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (*vid. supra* párrafos 138-144).

179. Sin embargo, puede considerarse que es a partir de las reformas integrales a la Constitución del Estado de Veracruz de 2000 cuando se inicia el desarrollo del *Derecho procesal constitucional local*¹²⁵. La introducción de garantías constitucionales locales se ha desarrollado, en una primera etapa, en los primeros años (2000-2004)¹²⁶. Un avance significativo para su viabilidad y desarrollo posterior, tuvo lugar cuando la Suprema Corte de Justicia, por mayoría de votos, aceptó la procedencia de estos instrumentos de carácter local, al resolver el 9 de mayo de 2002 las controversias constitucionales (15, 16, 17, 18/2000)¹²⁷, presentadas por varios Ayuntamientos del Estado de Veracruz que demandaron, entre otras cuestiones, la invalidez del decreto de reforma integral a la Constitución veracruzana, al estimar que con la creación del *juicio para la protección de derechos humanos*, cuya competencia se le atribuye a la Sala Constitucional del Tribunal Superior de Justicia de dicha entidad, se invade la esfera competencial de los tribunales de la federación, específicamente por lo que hace al juicio de amparo federal¹²⁸.

180. Además del caso veracruzano, pionero en la materia, deben destacarse las reformas a las Constituciones de Tlaxcala (2000), Coahuila (2001), Guanajuato (2001), Chiapas (2002), Quintana Roo (2003), Estado de México (2004), Nuevo León (2004) y Querétaro (2008), donde se advierte, con mayor o menor precisión, una sistematización de las garantías constitucionales y donde se han expedido leyes que regulan los diversos instrumentos de control de la constitucionalidad local.

181. La tendencia más marcada en este desarrollo, es la incorporación de las *controversias constitucionales* (por las cuales se resuelven los conflictos esta-

¹²⁵ Esta expresión fue acuñada por primera vez en el año 2002, para referirse al nuevo sector del Derecho procesal constitucional que «comprende el estudio de los distintos instrumentos encaminados a proteger ya no a las constituciones federales o nacionales, sino a los ordenamientos, constitucionales o estatutos de los Estados, provincias o comunidades autónomas»; *cf.* E. FERRER MAC-GREGOR, *Los Tribunales Constitucionales en Iberoamérica*, *op. cit.*, nota 23, pp. 53-54. Expresión y sector aceptado por cierto sector de la doctrina contemporánea, *vid.*, por ejemplo, D. CIENFUEGOS SALGADO (coord.), *Estudios de Derecho procesal constitucional local*, Torreón, Laguna, 2008.

¹²⁶ *Cfr.* C. ASTUDILLO REYES, *Ensayos de justicia constitucional en cuatro ordenamientos de México. Veracruz, Coahuila, Tlaxcala y Chiapas*, México, UNAM, 2004; E. FERRER MAC-GREGOR, «Derecho procesal constitucional local (La experiencia en cinco Estados: 2000-2004)», en M. CARBONELL (coord.), *Derecho constitucional. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y sistemas Jurídicos Comparados*, México, UNAM, 2004, pp. 457-482.

¹²⁷ Estas controversias constitucionales fueron presentadas por los ayuntamientos del municipio de la Antigua (15/2000), municipio de Córdoba (16/2000), municipio de Tomatlán (17/2000) y municipio de San Juan Rodríguez Clara (18/2000), todos del Estado de Veracruz.

¹²⁸ *Cfr.* tesis aislada XXXIII/2002, cuyo rubro es: «Controversia Constitucional. La facultad otorgada a la Sala Constitucional del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Veracruz-Llave para conocer y resolver el juicio de protección de derechos humanos, previsto en la Constitución política de esa entidad federativa, no invade la esfera de atribuciones de los tribunales de la federación, pues aquél se limita a salvaguardar, exclusivamente, los derechos humanos que establece el propio ordenamiento local».

tales tanto de competencia como de atribución) y las *acciones de inconstitucionalidad*, que pueden ser promovidas por las minorías de los órganos legislativos, tanto de la Entidad como de los municipios y en algunos supuestos incluso por los gobernadores, procurador del Estado, comisiones locales de Derechos Humanos y Universidades públicas estatales.

182. Existen otras garantías constitucionales locales como el amparo local (Chihuahua, Tlaxcala y Veracruz), la cuestión de inconstitucionalidad (Chiapas, Coahuila y Veracruz), las acciones de inconstitucionalidad por omisión legislativa (Chiapas, Quintana Roo, Tlaxcala, Veracruz y Coahuila), el control previo de inconstitucionalidad de leyes o de opinión previa (Coahuila y Zacatecas), hasta un control difuso expresamente reconocido por la Constitución de Coahuila en el que cualquier juez ordinario puede desaplicar de oficio una ley estatal para el caso concreto, en términos de lo previsto en el artículo 133 de la Constitución federal, pudiendo el Tribunal Superior de Justicia revisar la resolución. El conocimiento de todas estas garantías queda a cargo de diversas magistraturas constitucionales locales, ya sea a través de los plenos de los tribunales superiores de justicia o bien por auténticas jurisdicciones constitucionales especializadas, como Salas Constitucionales (Veracruz, Quintana Roo y el Estado de México), incluso por un Tribunal Constitucional (Chiapas)¹²⁹.

183. Algunas de estas garantías constitucionales han tenido cierto tipo de desarrollo en la práctica, si bien con poca efectividad. Esto se debe, por una parte, a que ha sido aceptado el amparo judicial federal ante los Tribunales Colegiados de Circuito. Consideramos que la procedencia del amparo judicial federal en estos casos debería limitarse, de tal suerte que por regla general se dejaran como instancias definitivas a las magistraturas constitucionales locales y sólo por excepción procediera la vía del amparo judicial cuando se requiera fijar criterios relevantes, lo cual podría lograrse a través de una facultad de atracción.

184. Asimismo, convendría limitar la procedencia de la controversia constitucional federal, ya que en la actualidad la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia ha extendido la procedencia de esta vía para conocer de violaciones indirectas a la constitución federal (de mera legalidad), lo que ha significado la resolución de problemas que incumben en realidad a las constituciones de las entidades federativas¹³⁰.

185. 2) La *dimensión transnacional de las garantías constitucionales*, se establece con el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, Esto significa una doble garantía en la protección de los derechos fundamentales, debido a que además de las garantías constitucionales en el ámbito interno que hemos analizado a lo largo del presente estudio, se abre una instancia

¹²⁹ Una visión esquemática de las garantías y magistraturas constitucionales locales, puede consultarse en E. FERRER MAC-GREGOR, «La regulación de los mecanismos de control constitucional en las entidades federativas (esbozo comparativo)», en M. GONZÁLEZ OROPEZA y E. FERRER MAC-GREGOR, *La justicia constitucional en las entidades federativas*, op. cit., nota 124, pp. 1053-1102.

¹³⁰ Cfr. la tesis jurisprudencial 98/99, del pleno de la Suprema Corte, cuyo rubro es «Controversia constitucional. El control de la regularidad constitucional a cargo de la suprema corte de justicia de la nación, autoriza el examen de todo tipo de violaciones a la constitución federal».

subsidiaria y reforzada a nivel regional, a manera de un «proceso de amparo internacional»¹³¹.

186. El desarrollo acelerado de la responsabilidad internacional del Estado mexicano, debido al creciente predominio del Derecho internacional en nuestro ámbito interno, especialmente del Derecho internacional de los derechos humanos, condujo a que nuestro país reconociera, por conducto de su colaboración en la Organización de los Estados Americanos, la labor de la Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos, que inició sus actividades en el año de 1960. Posteriormente nuestro Gobierno ratificó y el Senado aprobó en mayo de 1981 la Convención Americana de Derechos Humanos, la cual incorporó la citada Comisión y creó la Corte Interamericana, sometiéndose expresamente a la jurisdicción contenciosa de este tribunal internacional el 16 de diciembre de 1998, lo que implica la obligación de nuestro país de cumplir las *recomendaciones* de la Comisión¹³² y las *sentencias* de la Corte Interamericanas¹³³.

187. Si bien es verdad que las recomendaciones de la Comisión no son imperativas por sí mismas, debe considerarse que adquieren carácter obligatorio si nuestro Gobierno las acepta expresamente, pero aún cuando no exista este reconocimiento, en todo caso debe analizarlas y tomarlas en consideración. En efecto, de acuerdo con la Corte Interamericana en varias resoluciones¹³⁴, ha considerado que de conformidad con la regla de interpretación contenida en el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el vocablo «recomendaciones» usado por la Convención Americana debe ser apreciado de acuerdo con su sentido corriente, pero en virtud del principio de buena fe consagrado en el mismo artículo 31.1, si un Estado suscribe y ratifica un tratado internacional, especialmente si se trata de derechos humanos, como es el caso de la Convención Americana, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de la Comisión Interamericana, que es, además, uno de los órganos principales de la Organización de los Estados Americanos que tiene como función la promoción y protección de los derechos humanos en el hemisferio, de acuerdo con la Carta de la OEA, artículos 52 y 111¹³⁵.

188. Cuando la Corte Interamericana resuelve a través del procedimiento contencioso o jurisdiccional (y no en su carácter meramente consultivo), la sen-

¹³¹ Cfr. los trabajos previstos en el «Capítulo cuarto», denominado «Amparo internacional», en la obra de H. FIX-ZAMUDIO y E. FERRER MAC-GREGOR (coords.), *El derecho de amparo en el mundo*, México, Porrúa-UNAM-Fundación Konrad Adenauer, 2006, pp. 945-1220.

¹³² Cfr. M.^a del M. MONROY GARCÍA y F. SÁNCHEZ MATUS, *Experiencia de México ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, México, Miguel Ángel Porrúa-Fundación Konrad Adenauer, 2007.

¹³³ En general, resulta de gran utilidad la obra de S. GARCÍA RAMÍREZ (coord.), *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2 tomos, México, UNAM, 2006-2008.

¹³⁴ Entre otras, *vid.* el *Caso Loayza Tamayo*, resuelto el 17 de septiembre de 1997, párrafo 80.

¹³⁵ Cfr. J. C. HITTERS, «¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (Control de constitucionalidad y control de convencionalidad)», en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa-IIDPC, núm. 10, julio-diciembre de 2008, pp. 131-155; de este mismo autor, *Derecho internacional de los derechos humanos*, t. II, *Sistema Interamericano. El Pacto de San José, Costa Rica*, Buenos Aires, Ediar, 1993, pp. 392-393; de este mismo autor, y H. FAÚNDEZ LEDESMA, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, 2.^a ed., San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1999, pp. 341-344.

tencia condenatoria que se dicte tiene con mayor claridad un grado de obligatoriedad, estableciendo la responsabilidad del Estado que cometió la violación. Estas sentencias tienen por objeto tutelar algún Derecho previsto en la Convención Americana de Derechos Humanos o en sus protocolos adicionales, y si bien en un principio las sentencias eran de carácter declarativas, en la actualidad son frecuentes las resoluciones de naturaleza mixta, en las cuales también se condena a la reparación del daño a través de la indemnización correspondiente. El artículo 63.1 del Pacto de San José establece: «Cuando decida que hubo violación de un Derecho de libertad protegido en esta Convención, la Corte *dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su Derecho o libertad conculcados*. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se *reparen* las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el *pago de una justa indemnización* a la parte lesionada».

189. Las sentencias de la Corte Interamericana son plenamente obligatorios para los Estados que han reconocido su competencia contenciosa, como es el caso de México, en los términos del artículo 68.1 de la Convención Americana, el cual dispone que: «Los Estados Partes se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes [...]». Lo anterior significa que nuestro país debe cumplir de la manera más expedita posible las sentencias condenatorias de la propia Corte Interamericana y las reparaciones correspondientes, que pueden exigir indemnizaciones (*vid. supra* párrafo 174)¹³⁶.

190. El primer caso contencioso de México que conoció la Corte Interamericana de Derechos Humanos fue resuelto el 3 de septiembre de 2004, declarando procedente la excepción *ratio temporis* opuesta por el Estado mexicano, debido a que los hechos ocurrieron con anterioridad al reconocimiento de la jurisdicción contenciosa de esa Corte Interamericana, de tal manera que en realidad no hubo pronunciamiento de fondo¹³⁷.

191. Sin embargo, la primera sentencia parcialmente condenatoria al Estado mexicano se efectuó casi una década después del reconocimiento contencioso de la jurisdicción de la Corte Interamericana por el Estado mexicano. La sentencia fue dictada el 6 de agosto de 2008, en el *Caso Jorge Castañeda Gutman*, donde se declara la violación al Derecho de protección judicial consagrado en el artículo 25 de la propia Convención y la necesidad de completar la adecuación de su Derecho interno a la Convención, de tal forma que ajuste la legislación secundaria y las normas que reglamentan el juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano de acuerdo con lo previsto en la reforma constitucional de 13 de noviembre de 2007, de manera que a través de dicho proceso constitucional se garantice a los ciudadanos de forma efectiva la posibilidad de impugnar la constitucionalidad de la legislación electoral (*vid. supra* párrafo 117). Cabe aclarar que en realidad en cuanto al fondo del asunto,

¹³⁶ Cf. H. FIX-ZAMUDIO, «La responsabilidad internacional del Estado en el contexto del sistema interamericano de protección de los derechos humanos», en la obra *La responsabilidad patrimonial del Estado*, Memoria del Seminario Internacional sobre la Responsabilidad Patrimonial del Estado, México, UNAM, 2000, pp. 205-242.

¹³⁷ Cf. J. U. CARMONA TINOCO, «El caso Martín del Campo Dodd vs. Estados Unidos Mexicanos, ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos», *Revista Latinoamericana de Derecho*, núm. 6, julio-diciembre de 2006, pp. 71-90.

relativo al derecho político a ser elegido para un cargo de elección popular reconocido en el artículo 23.1.b) del Pacto, fue absuelto el Estado mexicano, ya que consideró la Corte Interamericana que tanto los sistemas construidos sobre la base exclusivamente de partidos políticos, como los que admiten candidaturas independientes, pueden ser compatibles con la Convención Americana, quedando en libertad el Estado de elegir entre ambas opciones conforme a su propio sistema y diseño constitucional¹³⁸.

6. PERSPECTIVAS DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

192. Como hemos visto en el presente estudio, la consagración de las garantías constitucionales en el ordenamiento mexicano se ha realizado de manera paulatina a lo largo de los casi doscientos años de vida independiente, con influencias externas, especialmente de los sistemas anglosajón, hispánico y francés de algunas de sus instituciones, pero también ha sido producto de una evolución interna prolongada conforme a las raíces de nuestra cultura jurídica, que han perfilado en la actualidad un *sistema integral de las garantías constitucionales*, que comprende también su dimensión en las entidades federativas, así como su proyección transnacional. Si bien este sistema tiene en la actualidad efectividad, se advierte la necesidad de su perfeccionamiento.

193. En cuanto al *derecho de amparo*, garantía constitucional por antonomasia, desde hace tiempo un sector importante de la doctrina mexicana insiste en su actualización, conforme a las tendencias contemporáneas del procesalismo científico y a la ciencia constitucional, teniendo en consideración su efectividad en la compleja realidad actual y también la evolución que ha experimentado la Suprema Corte de Justicia hacia su concepción material de Tribunal Constitucional.

194. En primer lugar, es necesario *ampliar su ámbito de protección a los derechos humanos previstos en los instrumentos internacionales* debidamente reconocidos por el Estado mexicano. En efecto, no obstante el desarrollo considerable del Derecho internacional de los derechos humanos, el juicio de amparo todavía se circunscribe formalmente a la protección de los derechos establecidos directamente en la Constitución. Si bien es cierto que en estricto sentido los derechos contenidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos ya han sido incorporados a nuestro Derecho interno al ser ratificados y aprobados por el Gobierno federal, resulta importante reflejarlo en el texto normativo, para enfatizar que estos últimos derechos son también derechos internos, pero de fuente internacional, a fin de que no exista la menor duda de que pertenecen a nuestro ordenamiento jurídico y puedan ser invocados por los justiciables y gozar de la protección de los tribunales de la federación, lo que todavía no ocurre sino de manera esporádica.

195. En segundo lugar, resulta pertinente también *ampliar la legitimación activa* para la procedencia del juicio de amparo, lo cual implica superar el re-

¹³⁸ Debe advertirse que existen en la actualidad algunas causas en contra del Estado mexicano, en trámite ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como son los casos del *Campo Algodonero* (feminicidios en Ciudad Juárez, Chihuahua) y *Rosendo Radilla Pacheco* (desaparición forzada de personas).

quisito tradicional que ha imperado, relativo al interés jurídico actual y directo apoyado en la existencia de un Derecho subjetivo, pues si bien en algunos momentos la propia jurisprudencia adoptó un criterio de mayor flexibilidad, resulta restrictivo para nuestra realidad contemporánea. Lo anterior podría lograrse mediante la incorporación del «interés legítimo», plenamente desarrollado en otros países y también en el nuestro, en particular en el Derecho administrativo, lo que se traduce en una fase intermedia entre el interés simple que fundamenta la acción popular y el Derecho subjetivo que restringe el acceso a la justicia constitucional, al requerir necesariamente un agravio personal y directo. El interés legítimo permitiría la protección de la esfera jurídica de los particulares, que son afectados en sus *derechos colectivos*, incluyendo aquellos que se conocen con la denominación de *intereses difusos*, debido a su especial situación frente al ordenamiento jurídico. Resulta paradójico que el interés legítimo se haya aceptado por la jurisprudencia de la Suprema Corte para los entes públicos en la vía de la controversia constitucional y todavía se mantenga en el juicio de amparo, garantía por excelencia de los particulares.

196. En tercer lugar, se advierte la necesidad de *ampliar el concepto de autoridad* para efectos del juicio de amparo. El concepto de autoridad pública ha evolucionado notablemente en los ordenamientos contemporáneos, inclusive en los latinoamericanos, en los cuales se ha venido ampliando de manera sustancial, ya que se distingue entre la autoridad pública en sentido propio y la autoridad para efectos de la tutela de los instrumentos jurídicos protectores de los gobernados, similares o equivalentes a nuestro juicio de amparo, inclusive con la posibilidad de incluir dentro de esta noción de autoridad a sectores sociales en situación de preeminencia, que en la compleja sociedad grupal de nuestra época pueden afectar la esfera jurídica de los particulares, inclusive con mayor intensidad que algunas autoridades públicas en sentido propio. La doctrina ha calificado a este sector tutelar como la protección de los derechos fundamentales en las relaciones entre los particulares (*Drittwirkung* en la doctrina alemana).

197. En cuarto lugar, debería establecerse un *procedimiento especial* para regular de manera más efectiva al sector del juicio de amparo conocido como «amparo de la libertad» (*vid. supra* párrafo 81), que representa en realidad la garantía constitucional del *habeas corpus*, presente en las demás constituciones iberoamericanas de manera diferenciada al amparo. En la actualidad la integridad y libertad personales se protegen a través del procedimiento genérico que regula el denominado juicio de amparo indirecto, cuya competencia en primer grado corresponde a los jueces de Distrito.

198. En quinto lugar, también sería deseable una mejor regulación de lo que incorrectamente se ha venido llamando «suspensión del acto reclamado» (en realidad medidas o providencias cautelares o precautorias), figura que tiene una gran importancia para la eficacia del juicio de amparo. Si bien se ha avanzado en los años recientes a través de la incorporación en la jurisprudencia de la teoría de la *aparición del buen Derecho* (apreciación preliminar de la existencia de un derecho), lo que implica en ciertos supuestos otorgar a la providencia cautelar efectos parcialmente restitutorios, que un sector de la doctrina ha llamado como «amparo provisional», lo cierto es que todavía falta modificar el procedimiento para hacerlo más ágil y efectivo, además de establecer reglas

más precisas en relación con las medidas precautorias en el juicio de amparo en materia penal, por tratarse de la tutela de la libertad personal, procurando en todo caso el equilibrio entre el interés de la sociedad, el del indiciado y el de la víctima del delito.

199. En sexto lugar, que constituye la innovación de mayor importancia y trascendencia, es el relativo a la *declaración general de inconstitucionalidad*¹³⁹ y *de interpretación conforme*, lo cual implica la modificación parcial del principio de la desaplicación de las normas generales en los casos concretos, de acuerdo con la tradicional *fórmula Otero*. Existe una corriente importante en la doctrina contemporánea mexicana de revisar el principio de la relatividad de las sentencias de amparo, para implementar la declaración general de inconstitucionalidad en el amparo contra normas generales, sin que suponga la supresión total de los efectos particulares, que puede subsistir en cierto sector de la impugnación de las disposiciones legislativas, ya que ambos sistemas no son incompatibles, sino que pueden combinarse como lo demuestran las experiencias de Derecho comparado, inclusive latinoamericanas.

200. La declaratoria general de inconstitucionalidad en el juicio de amparo contra normas legislativas descansa en dos argumentos esenciales: a) la aplicación exclusiva de los efectos particulares en la impugnación de normas generales infringe uno de los principios básicos del Estado democrático de Derecho, que se apoya en el principio de la igualdad de los gobernados ante la ley, el que se vulnera con la subsistencia de disposiciones normativas que han sido declaradas inconstitucionales por la Suprema Corte de Justicia, ya que si bien algunas personas o entidades que cuentan con recursos económicos pueden acudir al asesoramiento de abogados distinguidos para que interpongan oportunamente la demanda de amparo respectiva, el resto de la población, que es el más numeroso, no cuenta con ese asesoramiento, por lo que está obligada a cumplir con el ordenamiento contrario a la carga federal. La declaración general, que se traduce en la invalidez de las normas inconstitucionales, impide que se aplique en perjuicio del grupo mayoritario de gobernados, y por ello se ha impuesto el régimen de la declaración general (que por otra parte no tiene carácter absoluto), en una gran parte de los ordenamientos contemporáneos;

201. b) Al dictarse las sentencias caso por caso, apoyadas en los mismos razonamientos e inclusive en jurisprudencia obligatoria cuando se trata de la impugnación de normas generales en el juicio de amparo, complica de manera extrema la labor de la Suprema Corte de Justicia, que ha provocado incluso la expedición de acuerdos generales, con objeto de encomendar a los tribunales colegiados de circuito la resolución de los juicios de amparo en revisión contra normas generales, respecto de las cuales ya se hubiera establecido jurisprudencia obligatoria por la propia Corte. No debe perderse de vista que debido a las reformas constitucionales de 1988 y 1995 (*vid. supra* párrafos 77-78), la Suprema Corte de Justicia se ha venido transformando de un tribunal predomi-

¹³⁹ Al momento de terminar la redacción de este trabajo, se aprobó por la Cámara de Diputados una reforma constitucional al art. 107 constitucional, pendiente de aprobación por la Cámara de Senadores, donde se adopta la declaratoria general de inconstitucionalidad (por mayoría calificada de ocho votos), sólo en materia fiscal cuando se trate de un proceso de amparo colectivo. *Vid. supra* nota 44.

nantemente con funciones de casación, a un organismo jurisdiccional especializado en la solución de conflictos constitucionales, con lo cual se recuperó su función esencial de intérprete último de la carta federal y desde esa perspectiva ya realiza declaraciones generales de inconstitucionalidad a través de las diversas garantías de la acción abstracta de inconstitucionalidad y la controversia constitucional.

202. El instrumento denominado *interpretación conforme* tiene su origen en la doctrina y la jurisprudencia alemanas con el nombre original de *verfassungskonforme Auslegung des Gesetzes*, que ha sido utilizada con diversas denominaciones por los Tribunales Constitucionales contemporáneos, debido a que resuelve un problema que se plantea con la declaración general de inconstitucionalidad, en cuanto que sólo se acude a esta declaración cuando no es posible realizar una interpretación armónica de las normas generales impugnadas con los valores, principios y normas fundamentales, es decir, cuando la contradicción entre las disposiciones legislativas y la constitución es insalvable.

203. Con excepción al procedimiento específico para regular la libertad personal, los seis aspectos anteriores han sido incorporados al Proyecto de nueva Ley de Amparo¹⁴⁰, elaborado hace tiempo por varios juristas mexicanos y avalado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, pendiente todavía de aprobación por el Congreso de la Unión desde el año 2004, en el que fue presentado como iniciativa por varios Senadores de diversos partidos políticos.

204. Por otra parte, en relación al *procedimiento de investigación de la Suprema Corte de Justicia*, a que se refiere el artículo 97, párrafo 2.º, de la Constitución federal, se advierte innecesaria esta institución en la actualidad, ya que los motivos que se expresaron en la exposición de motivos del proyecto de constitución presentado el primero de diciembre de 1916 por Venustiano Carranza al Congreso Constituyente de Querétaro, no tienen sustento en nuestros días. En efecto, las violaciones de los derechos humanos cuentan hoy con organismos no jurisdiccionales (*Ombudsman*), que pueden realizar las investigaciones objetivas que en su época consideraron necesarias nuestros constituyentes, al encomendarse estas investigaciones a las comisiones de derechos humanos conforme el artículo 102, apartado B), de la Constitución. Además, los dictámenes finales de la investigación no tienen fuerza vinculante al no constituir propiamente una actividad jurisdiccional, lo que debilita y aleja a la Suprema Corte de Justicia en su calidad material de Tribunal Constitucional que le fue otorgada por las reformas constitucionales de 1994. La experiencia demuestra que no ha tenido una práctica constante, sino muy esporádica y sin resultados significativos, lo que aconseja la supresión de esta institución, como incluso se propone en el *Libro Blanco de la Reforma Judicial*¹⁴¹.

205. En cuanto al *juicio de responsabilidad política*, parece recomendable corregir el grave error cometido en las reformas constitucionales y legales de

¹⁴⁰ Una explicación detallada de este proyecto legislativo y de la consecuente reforma constitucional, puede verse en A. ZALDÍVAR LELO DE LARREA, 2.ª ed., *Hacia una nueva Ley de Amparo*, México, Porrúa-UNAM, 2004, *passim*.

¹⁴¹ Cfr. *Libro Blanco de la Reforma Judicial*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006, p. 402.

1982 al título cuarto de la Constitución, específicamente en el artículo 110, con objeto de limitar el juicio político a los titulares de los poderes públicos, de acuerdo con la enumeración correcta que establece el artículo 111 constitucional. Además, debido a la equivocación en que incurrió el Constituyente de Querétaro de proteger excesivamente al presidente de la República, lo que hace prácticamente imposible su enjuiciamiento, por lo que sería recomendable volver a la redacción del artículo 103 de la Constitución de 1957, con la finalidad de incluir como motivo de responsabilidad política del presidente de la República, las violaciones a la Constitución, pero con la sustitución de «expresas», por la de «graves», y con la supresión de la referencia a las infracciones a la libertad electoral, ya que la regulación de las instituciones electorales ha sido incorporada a la propia ley fundamental.

206. En cuanto a las perspectivas de nuestro sistema nacional y local de organismos no jurisdiccionales de protección de los derechos humanos, estimamos debe lograrse cada vez mayor autonomía, inclusive de carácter constitucional, como ya se estableció para la Comisión Nacional en la reforma de 1999, pero no sólo desde la perspectiva normativa, sino también en la realidad política, con el apoyo de los órganos de gobierno, que deben vigilar que las autoridades cumplan satisfactoriamente con las recomendaciones que se les formulan, ya que las comisiones por sí solas, sin el soporte decidido de los tres órganos de gobierno, tanto en la esfera federal como local, no se encuentra en posibilidad de lograr el cumplimiento de sus recomendaciones. Particularmente, debe incrementarse la meritoria labor de divulgación de los derechos humanos, por medio de constantes cursos, congresos y simposios, así como de publicaciones. Debe destacarse que estas actividades han sido constantes, especialmente en la Comisión Nacional, y han aumentado de manera evidente todo lo relativo a la enseñanza y a las publicaciones, que constituyen un acervo considerable, especialmente en los últimos años.

207. En cuanto al desarrollo de las *garantías constitucionales en las entidades federativas*, es de esperar que continúe su expansión a través de reformas a las constituciones locales, conforme al dinamismo experimentado desde el año 2000 y como una renovación del constitucionalismo social en este siglo XIX. Convendría, sin embargo, meditar y ponderar cuidadosamente por los congresos legislativos locales su diseño, ya que se trata de instrumentos novedosos que deben ser examinados de acuerdo con la experiencia de los que ya se han implantado en la presente década y según su grado de efectividad, articulación y armonización con las garantías constitucionales a nivel federal.

208. Por último, debido a la importancia creciente del Derecho internacional de los derechos humanos y su vinculación con nuestro ordenamiento interno, es de esperarse que en los próximos años se incremente de manera progresiva la actividad en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, de tal manera que se utilice con mayor dinamismo la garantía transnacional de estos derechos. Especialmente si consideramos el carácter obligatorio y vinculante de las sentencias de la Corte Interamericana, que en ocasiones se olvida que forma parte de nuestro *sistema de garantías constitucionales*, que progresivamente se ha establecido a lo largo de estos dos siglos de agitada y en ocasiones tormentosa vida independiente de nuestra nación mexicana.

7. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

209. Con independencia de la bibliografía que hemos citado en el presente estudio, se estima conveniente señalar a manera de orientación general y básica de esta compleja temática sobre las garantías constitucionales, la siguiente:

AAVV: *A cien años de la muerte de Vallarta*, México, UNAM, 1994.

BURGOA ORIHUELA, I.: *Diccionario de Derecho constitucional, garantías y amparo*, 8.^a ed., México, Porrúa, 2005.

— *El juicio de amparo*, 42.^a ed., México, Porrúa, 2008.

CAPPELLETTI, M.: *La justicia constitucional (Estudios de Derecho comparado)*, trad. de H. FIX-ZAMUDIO, México, UNAM, 1987.

CARBONELL, M., y SALAZAR, P. (eds.): *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta-UNAM, 2005.

CARPIZO, J.: *La Constitución mexicana de 1917*, 14.^a ed., México, Porrúa, 2004.

— *Propuestas sobre el Ministerio Público y la Función de investigación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, Porrúa-IMDPC, 2005.

— *Derechos humanos y Ombudsman*, 4.^a ed., México, Porrúa, 2008.

CARPIZO, J.; COSSÍO DÍAZ, J. R., y FIX-ZAMUDIO, H.: «La jurisdicción constitucional en México», en GARCÍA BELAUNDE, D., y FERNÁNDEZ SEGADO, F. (eds.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1997, pp. 745-804.

CASTRO Y CASTRO, J. V.: *Garantías y amparo*, 14.^a ed., México, Porrúa, 2006.

— *El artículo 105 constitucional*, 6.^a ed., México, Porrúa, 2008.

COSSÍO DÍAZ, J. R.: *La teoría constitucional de la Suprema Corte de Justicia*, México, Fontamara, 2002.

— *La controversia constitucional*, México, Porrúa, 2008.

COSSÍO DÍAZ, J. R., y PÉREZ DE ACHA, L. M. (comps.): *La defensa de la constitución*, 2.^a ed., México, Fontamara, 2000.

FERRAJOLI, L.: *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. de P. ANDRÉS IBÁÑEZ y A. GREPPI, 3.^a ed., Madrid, Trotta, 2004.

FERRER MAC-GREGOR, E. (coord.): *Derecho procesal constitucional*, 5.^a ed., México, Porrúa, 2006, 4 tomos.

— *La acción constitucional de amparo en México y España. Estudio de Derecho comparado*, 4.^a ed., México, Porrúa-UNAM, 2007.

— *Derecho procesal constitucional. Origen científico (1928-1956)*, Madrid, Marcial Pons, 2008.

FERRER MAC-GREGOR, E., y ZALDÍVAR LELO DE LARREA, A. (coords.): *La ciencia del Derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho*, México, UNAM-Marcial Pons-IMDPC, 2008, 12 tomos.

FIX FIERRO, H.: *Los derechos políticos de los mexicanos*, 2.^a ed., México, UNAM, 2006.

FIX-ZAMUDIO, H.: *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional (1940-1965)*, México, UNAM, 1968.

— *La protección jurídica y procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, Madrid, Civitas-UNAM, 1982.

— *Justicia constitucional, Ombudsman y derechos humanos*, 2.^a ed., México, CNDH, 2001.

— *Ensayos sobre el derecho de amparo*, 3.^a ed., México, Porrúa-UNAM, 2005.

— *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, 3.^a ed., México, Porrúa-UNAM, 2005.

FIX-ZAMUDIO, H. y COSSÍO DÍAZ, J. R.: *El Poder Judicial en el ordenamiento mexicano*, 3.^a reimpresión, México, Fondo de Cultura Económica, 2003.

- FIX-ZAMUDIO, H., y FERRER MAC-GREGOR, E. (coords.): *El derecho de amparo en el mundo*, México, Porrúa-UNAM-Fundación Konrad Adenauer, 2005.
- FIX-ZAMUDIO, H., y VALENCIA CARMONA, S.: *Derecho constitucional mexicano y comparado*, 4.^a ed., México, Porrúa-UNAM, 2005.
- GONZÁLEZ OROPEZA, M., y FERRER MAC-GREGOR, E. (coords.): *La justicia constitucional en las entidades federativas*, México, Porrúa, 2006.
- JELLINEK, G.: *Teoría general del Estado*, México, Oxford University Press, 1999 (edición facsimilar).
- KELSEN, H.: «La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)», trad. de la versión francesa de 1928 por R. TAMAYO y SALMORÁN, revisión y «nota preliminar» por D. GARCÍA BELAUNDE, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 10, julio-diciembre, México, Porrúa, 2008, pp. 3-46.
- NORIEGA CANTÚ, A.: *Lecciones de amparo*, 8.^a ed., México, Porrúa, 2004, 2 tomos.
- TENA RAMÍREZ, F.: *Leyes fundamentales de México (1808-2005)*, 24.^a ed., México, Porrúa, 2005.
- *Derecho constitucional mexicano*, 39.^a ed., México, Porrúa, 2007.
- OROZCO ENRÍQUEZ, J. J.: *Justicia electoral y garantismo jurídico*, México, Porrúa-UNAM, 2006.
- Revista Iberoamericana de Derecho procesal constitucional*, México, Porrúa-IIDPC, núms. 1-10, 2004-2008.
- RABASA, E.: *El artículo 14. Estudio constitucional*, publicado conjuntamente con *El juicio constitucional. Orígenes, teoría y extensión*, 7.^a ed., México, Porrúa, 2000 (facsimilar).
- REYES, R.: *La defensa de la Constitución. Los recursos de inconstitucionalidad y de amparo*, Madrid, Espasa Calpe, 1934.
- VALADÉS, D.: *El control del poder*, 2.^a ed., México, Porrúa-UNAM, 2000.
- VALLARTA, I. L.: *Obras Completas*, 6.^a ed., México, Porrúa, 2005.
- ZALDÍVAR LELO DE LARREA, A.: *Hacia una nueva Ley de Amparo*, 2.^a ed., México, Porrúa-UNAM, 2004.

Ciudad Universitaria, 31 de marzo de 2009

XI. AMPARO. PRIMERA APROXIMACIÓN*

1. CONCEPCIÓN Y ORIGEN

Etimológicamente la palabra «amparar» proviene del latín *anteparāre*, que significa prevenir, favorecer, proteger. Su connotación jurídica proviene del Derecho español y se utilizaba además como sinónimo de recurso o medio impugnativo («amparo» o «amparamiento» en las *Siete Partidas*, Tercera, Título XXIII). El origen de este vocablo se remonta a la Edad Media, en los procesos forales aragoneses (aprehensión, inventario, firma de Derecho y manifestación de personas). El Justicia Mayor del Reino de Aragón o sus lugartenientes, como especies de jueces de constitucionalidad, «amparaban» a las personas y a sus bienes contra actos excesivos y arbitrarios del poder soberano. También en el Derecho de Castilla se utilizó esta expresión en el mismo sentido. Y es precisamente a través del ordenamiento castellano la manera en que se introduce el vocablo «amparar», como sinónimo de protección en la América española (siglos XVI a XIX). En ese periodo aparecen los «reales amparos» otorgados por la Real Audiencia de México (en realidad constituían interdictos posesorios).

Desde una noción contemporánea, la expresión «amparo» se utiliza para significar al «juicio constitucional de amparo», es decir, una garantía judicial, un proceso constitucional, un mecanismo de protección específica para salvaguardar los derechos fundamentales dentro de los sistemas de control de la constitucionalidad de leyes y dentro de la concepción genérica de la defensa de la Constitución. Históricamente, como proceso constitucional, se contempló por primera vez en la Constitución del Estado de Yucatán, México, de 1941 (arts. 8.º, 9.º y 62.º), en donde se facultaba expresamente al Tribunal Superior de Justicia para «amparar en el goce de sus derechos a los que le pidan su protección, contra las leyes y decretos de la legislatura que sean contrarios a la Constitución». Posteriormente, el juicio de amparo mexicano quedó regulado a nivel federal (1847, 1857 y 1917).

* Publicado en italiano, en la obra de L. PEGORARO (coord.), *Glossario di Diritto pubblico comparato*, Colección: «I diritti e le istituzioni», Roma, Carocci, 2009.

2. ETAPAS DE DESARROLLO

La experiencia mexicana influyó en todos los países latinoamericanos. La mayoría utiliza la denominación de «juicio», «recurso», «proceso» o «acción» de «amparo». Sólo tres países le otorgan distinta denominación, Brasil («*mandado de segurança*»), Colombia («tutela jurídica») y Chile («recurso de protección»). En su expansión se pueden advertir tres «oleadas» cronológicas. La primera acontece en Centroamérica, durante la segunda mitad siglo XIX y primera del siglo XX: El Salvador (1886), Honduras y Nicaragua (1894), Guatemala (1921), Panamá (1941) y Costa Rica (1949). Incluso se incluyó en la Constitución Política de los Estados Unidos de Centroamérica de 1898 (Honduras, Nicaragua y El Salvador), así como en la Constitución de la República Centroamericana de 1921 (Guatemala, El Salvador y Honduras).

Una segunda etapa se advierte con la creación jurisprudencial del amparo en Argentina (1957-1958), que influyó posteriormente en Venezuela (1961), Bolivia, Ecuador y Paraguay (1967). La regulación normativa de la acción de amparo en Argentina inició en varias provincias desde 1921, antes de que a nivel nacional se reconociera por la Corte Suprema en los paradigmáticos *Casos Siri*, *Ángel S.* (1957) y *Samuel Kot* (1958), a pesar de no regularse a nivel constitucional o legal. En el primer caso la Corte Suprema admitió la acción para proteger el derecho de libertad de imprenta y de trabajo, derivado de la clausura de un periódico, por lo que reconoció la garantía constitucional a favor de los individuos contra actos de autoridad. En el segundo caso, la Corte extendió el ámbito de protección para comprender actos de particulares, y a partir de entonces ha tenido un desarrollo doctrinal y jurisprudencial importante. La interpretación del más alto tribunal argentino consideró el concepto de derecho o garantía implícito, es decir, no enumerado, a que se refiere el artículo 33 de la Constitución nacional, concepción que siguieron varias constituciones latinoamericanas con posterioridad (Bolivia, Brasil, República Dominicana, Guatemala, Honduras, Paraguay, Uruguay y Venezuela).

Una tercera oleada comprende cinco países en la década de los setenta, ochenta y noventa del siglo XX: Perú (1979), Chile (1980), Uruguay (1988), Colombia (1991) y República Dominicana (1999). En algunos países, como en Brasil y en Perú, el *habeas corpus* realizó las funciones del amparo, ya que paulatinamente fue expandiendo su ámbito natural de protección no sólo para la tutela de la libertad personal sino también para los demás derechos fundamentales. En Perú, hasta que la figura del amparo se reguló (con autonomía del *habeas corpus*) en las Constituciones de 1979 y 1993, previéndose actualmente en el Código Procesal Constitucional, uno de los primeros códigos con esta denominación. En Brasil, hasta la creación del *mandado de segurança* en la Constitución de 1934. Uruguay y República Dominicana son los únicos países latinoamericanos que no regulan la institución en sus Constituciones. El primero prevé la garantía de manera implícita, expidiendo la ley correspondiente que la regula. En el segundo país (sin regulación constitucional o legal) fue reconocido por resolución de la Corte Suprema de Justicia en 1999, al aplicar de manera directa el artículo 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (recurso sencillo y efectivo que ampare contra violaciones a derechos fundamentales).

3. DERECHOS Y LIBERTADES TUTELADOS

En cuanto a los derechos y libertades tutelados se advierten tres supuestos. El primero, que comprende la concepción tradicional, el amparo protege la mayoría de los derechos y libertades fundamentales con excepción de la libertad personal, que se tutela a través de la garantía específica del *habeas corpus* o también denominada en algunos países exhibición personal. El segundo grupo, que constituye la tendencia contemporánea, está representado por los países que además de excluir a la libertad personal también dejan fuera del ámbito protector la libertad o autodeterminación informática para la protección de los datos personales, ya que en los últimos años tiende a preverse la garantía constitucional específica del *habeas data*. El tercer supuesto lo configura México, que podría calificarse como omnicompreensivo, en la medida que a través del juicio de amparo se protege la totalidad de los derechos y libertades fundamentales, así como en general todo el ordenamiento constitucional y secundario (garantía de legalidad).

4. EXPANSIÓN

El proceso de amparo, como institución procesal constitucional, se ha expandido a nivel mundial. En el continente europeo progresivamente se fue incorporando, primero en países de Europa Occidental (Alemania, Austria, España, Suiza y Andorra), y con posterioridad en Europa Central, Oriental y en la ex Unión Soviética: Albania, Croacia, Eslovaquia, Eslovenia, Georgia, Hungría, Polonia, República Checa, República de Macedonia, Rusia, Serbia y Montenegro, entre otras. Esta influencia también alcanza recientemente a los países africanos (p. ej., Cabo Verde) y asiáticos (p. ej., Corea del Sur y Macao).

Asimismo, debe advertirse su expansión hacia los instrumentos internacionales y particularmente al Derecho internacional de los derechos humanos. Esto ha propiciado la creación de sistemas regionales de protección, con tribunales específicos, como el europeo (Estrasburgo, Francia), el interamericano (San José, Costa Rica) y recientemente el africano (Arusha, Tanzania). Estas instancias supranacionales han motivado que un sector de la doctrina lo denomine «amparo internacional» o «amparo transnacional», como medios subsidiarios y reforzados en la protección jurisdiccional de los derechos humanos.

XII. EL AMPARO IBEROAMERICANO *

(Estudio de Derecho procesal constitucional comparado)

1. DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL COMPARADO

Desde el siglo XIX existía la preocupación por el estudio del Derecho comparado¹. Puede afirmarse que es a partir del I Congreso Internacional de Derecho Comparado, celebrado en París en 1900², cuando se inicia de manera sistemática el estudio científico de la comparación jurídica. Esta tendencia, que se gestó en la primera mitad del siglo XX³, se ha venido desarrollando de manera notable

* Publicado en P. MANILI (coord.), *Tratado de Derecho procesal constitucional*, Buenos Aires, La Ley, 2010, t. I, pp. 749-767. El presente trabajo tiene su origen en el ensayo «Breves notas sobre el amparo iberoamericano (desde el Derecho procesal constitucional comparado)», que presentamos en el *Congreso Internacional de Derecho Constitucional y IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, organizado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (México, D. F., 6-10 de febrero de 2006) y que aparece publicado en la obra colectiva H. FIX-ZAMUDIO y E. FERRER MAC-GREGOR (coords.), *El derecho de amparo en el mundo*, México, Porrúa-UNAM-Fundación Konrad Adenauer, 2006, pp. 3-39.

¹ Si bien desde la antigüedad, en Grecia y en Roma, existieron estudios aislados comparativos, es fundamentalmente en el siglo XIX cuando inicia la preocupación por el estudio de la comparación jurídica, especialmente con la fundación en 1869 de la *Société de Legislation Comparée* en París y sus publicaciones periódicas (*Bulletin*) editadas durante dicho siglo y hasta el año de 1948.

² Del 31 de julio al 4 de agosto. En 1924 se crea la Asociación Internacional de Derecho Comparado, que a partir de 1934 ha organizado los siguientes Congresos Internacionales en: La Haya (I-1934 y II-1937); Londres (III-1950); París (IV-1954); Bruselas (V-1958); Hamburgo (VI-1962); Uppsala, Suecia (VII-1966); Pescara, Italia (VIII-1970); Teherán, Irán (IX-1974); Budapest (X-1978); Caracas (XI-1982); Sydney-Melbourne, Australia (XII-1986); Montreal (XIII-1990); Atenas (XIV-1994); Bristol, Reino Unido (XV-1998); Brisbane, Australia (XVI-2002); y en este año de 2006 se realizará el XVII en los Países Bajos.

³ Cfr., entre otros, H. C. GUTTERIDGE, *Comparative Law. An introduction to the comparative method of legal study and research*, Cambridge, University Press, 1946; J. W. BORGESS, *Ciencia política y Derecho constitucional comparado*, Madrid, La España Moderna, 1922, 2 vols.; L. DEL VALLE PASCUAL, *Derecho político (ciencia política y Derecho constitucional comparado)*, 2.ª ed., Zaragoza, Athenaeum, 1934; J. CASTÁN TOBENAS, *Reflexiones sobre el Derecho comparado y el método comparativo*, Madrid,

en la segunda mitad de dicho siglo y en los umbrales del siglo XXI, a tal grado que en la actualidad la tendencia se dirige a considerar al Derecho Comparado como una ciencia autónoma y no sólo como un método⁴.

La aplicación del método comparativo para el análisis de los fenómenos jurídicos y en particular de sus instituciones, ha cobrado relevancia desde la segunda posguerra. A partir de entonces y derivado del fortalecimiento del Derecho internacional, del Derecho comunitario, del Derecho internacional de los derechos humanos y de la creación de tribunales internacionales y transnacionales, existe una tendencia creciente en uniformar o armonizar los sistemas jurídicos, especialmente aquellos pertenecientes a diversas familias, como el *civil law* (romano-germánico) y el *common law* (angloamericano), o bien los que aún existen del sistema socialista o de los sistemas jurídicos religiosos, como el Derecho musulmán⁵. Este fenómeno abona la idea de generalidad y, por consiguiente, de científicidad del saber jurídico, contra aquellas tendencias que opinan que el Derecho no es ciencia⁶. De ahí que el Derecho comparado contribuye a otorgarle al Derecho el carácter universal que tiene toda ciencia⁷, al propiciar el entendimiento universal de las instituciones con un lenguaje jurídico internacional común⁸.

La investigación comparativa en las ciencias sociales, y en particular de la ciencia del Derecho⁹, como afirman BISCARETTI DI RUFFIA¹⁰ y R. DAVID¹¹, condu-

Reus, 1957; M. SARFATTI, *Introducción al estudio del Derecho comparado*, México, Imprenta Universitaria, 1945 (la versión original del italiano es de 1933); F. DE SOLÁ CAÑIZARES, *Iniciación al Derecho comparado*, Barcelona, Instituto de Derecho Comparado, 1954; N. SUJIYAMA, H. C. GUTTERIDGE *et al.*, *Concepto y métodos del Derecho comparado*, trad. de J. RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Compañía General Editora, 1941; A. JUSTO, *Perspectivas de un programa de Derecho comparado*, Buenos Aires, El Ateneo, 1940.

⁴ Existe una abundante bibliografía contemporánea sobre el Derecho comparado y el método comparativo, por lo que sólo a manera de orientación *vid.* las importantes obras de R. DAVID, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos: Derecho comparado*, trad. de la 2.^a ed. francesa por P. BRAVO GALA, Madrid, Aguilar, 1973; H. ZWIEGERT y H. KÖTZ, *Introducción al Derecho comparado*, trad. de A. APARICIO VÁZQUEZ, *Oxford University Press*, 2002; J. H. MERRYMAN, *The civil law tradition. An introduction of the legal systems of Western Europe and Latin America*, California, Stanford University Press, 1969; M. G. ALTAVA LAVALL (coord.), *Lecciones de Derecho comparado*, Castelló de la Plana, Universitat Jaume I, 2003. En cuanto a las tendencias contemporáneas, *vid.* las importantes ponencias reunidas en J. M.^a SERNA DE LA GARZA (coord.), *Metodología del Derecho comparado. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, UNAM, 2005.

⁵ Algunos autores prefieren utilizar la connotación de «tradiciones jurídicas», que implican aspectos culturales, como J. H. MERRYMAN, «Fines, objeto y método del Derecho comparado», trad., de F. F. RODRÍGUEZ GARCÍA, en *Boletín mexicano de Derecho comparado*, núms. 25-26, enero-agosto de 1976, pp. 65-92.

⁶ J. VON KIRCHMANN, *La jurisprudencia no es una ciencia*, trad. A. TRULLO, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1951. La versión original es del año 1847.

⁷ L.-J. CONSTANTINESCO, *Tratado de Derecho comparado*, Madrid, Tecnos, 1981; R. DAVID, *Tratado de Derecho civil comparado*, trad. de J. OSSET, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1953; A. PIZZORUSSO, *Curso de Derecho comparado*, trad. de J. BIGNOZZI, Barcelona, Ariel, 1987.

⁸ T. ASCARELLI, «Premesse allo studio del diritto comparato», en *Studi di diritto comparato e in tema de interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1952, pp. 5 y ss.

⁹ Cfr. K. LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1994.

¹⁰ P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Introducción al Derecho constitucional comparado. Las formas del Estado y las formas de Gobierno. Las constituciones modernas*, trad. de H. FIX-ZAMUDIO, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, pp. 80 y ss.

¹¹ *Tratado de Derecho civil comparado*, trad. de J. OSSET, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1953, *op. cit.*, p. 93 y ss.

ce con frecuencia a una mejor interpretación y valoración de las instituciones jurídicas de los ordenamientos nacionales, de la misma manera en que los astrónomos descubrieron las leyes de la gravitación de la tierra mediante la acuciosa observación de otros planetas. Ha de utilizarse la comparación jurídica como instrumento educativo que facilite el mejor conocimiento del Derecho nacional y desarrolle el espíritu crítico del jurista¹². Y precisamente esta lógica encuentra aplicación en aquellos ordenamientos e instituciones que provienen de la misma cepa genealógica y que poseen analogía sustancial de principios informadores y de estructuras constitucionales, como es el caso del constitucionalismo iberoamericano, lo cual facilita, en no pocas ocasiones, la identificación de principios y criterios que hasta entonces habían permanecido latentes y casi ocultos a los comentaristas analíticos del Derecho positivo interno¹³.

El Derecho comparado encuentra vinculación con todas las áreas que para efecto de estudio se divide la ciencia jurídica. De esta forma pueden combinarse los métodos y técnicas propias del *Derecho comparado* y del *Derecho constitucional*, lo que ha propiciado la aparición del denominado *Derecho constitucional comparado*¹⁴, considerado por algunos como una parcela de carácter enciclopédico del *Derecho constitucional*¹⁵, y por otros, dentro del estudio del *Derecho público comparado*¹⁶. Mediante la utilización del método comparativo se confrontan los distintos ordenamientos, así como su práctica constitucional y jurisprudencial, llegando a través de una operación lógica de contraste de similitudes y diferencias, logrando a través del examen conjunto al establecimiento de conclusiones, principios y conceptos básicos generales con características sistemáticas.

El *Derecho constitucional comparado* ha tenido un notable desarrollo a partir de la segunda mitad del siglo pasado, siendo cada vez mayor los estudios de microcomparación, es decir, la confrontación de institutos o grupos de institutos dentro de los subsistemas comparados y no de los ordenamientos conjuntos (macrocomparación) que puede llevar a resultados excesivamente generales y por consiguiente poco provechosos. La focalización comparativa ofrece la posibilidad de no sólo realizar un análisis descriptivo normativo, sino también de analizar la manera en que operan las normas constitucionales en la realidad,

¹² J. CASTÁN TOBEÑAS, *Reflexiones sobre el Derecho comparado y el método comparativo*, Madrid, Reus, 1957, p. 10.

¹³ P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Introducción al Derecho constitucional comparado*, op. cit., p. 80.

¹⁴ *Cfr.*, entre otros, P. BISCARETTI DI RUFFIA, op. cit.; M. GARCÍA PELAYO, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Alianza, 1984; G. DE VERGOTTINI, *Derecho constitucional comparado*, trad. de C. HERRERA, México, UNAM-Secretariado europeo per le pubblicazioni scientifiche, México, 2004; H. FIX-ZAMUDIO y S. CARMONA VALENCIA, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, 2.ª ed., México-UNAM, 2001; D. LÓPEZ GARRIDO, M. F. MASSO GARROTE y L. PEGORARO (dirs.), *Nuevo Derecho constitucional comparado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000; L. SÁNCHEZ AGESTA, *Curso de Derecho constitucional comparado*, 7.ª ed., Madrid, Universidad de Madrid, 1980; G. BIDART CAMPOS y W. F. CARNOTA, *Derecho constitucional comparado*, Buenos Aires, Ediar, 1998; L. DEL VALLE PASCUAL, *Derecho constitucional comparado*, 3.ª ed., Zaragoza, Librería General, 1944.

¹⁵ En cuanto al carácter enciclopédico del Derecho constitucional, en sus múltiples facetas como Derecho constitucional general, comparado y particular, *vid.* la impresionante obra de nueve tomos de S. V. LINARES QUINTANA, *Tratado de la ciencia del Derecho constitucional. Argentino y comparado*, 2.ª ed., Buenos Aires, Plus Ultra, 9 tomos, 1977.

¹⁶ L. PEGORARO y Á. RINELLA, *Introducción al Derecho público comparado. Metodología de investigación*, trad. de C. ASTUDILLO, México, UNAM, 2006; G. LOMBARDI, *Introducción al Derecho público comparado*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 1987.

teniendo en cuenta factores políticos y la jurisprudencia de los tribunales, especialmente de los intérpretes finales de la Constitución.

Esta confrontación comparativa adquiere a la vez una nueva dimensión si se refieren a las garantías constitucionales, es decir, a los mecanismos preferentemente procesales que se encuentran previstos en los ordenamientos supremos para su tutela, debido a que el método comparativo tiene que realizarse teniendo en cuenta los aportes de dos ramas autónomas, como son el *Derecho constitucional* y el *Derecho procesal*, ambas pertenecientes a la categoría genérica del Derecho público y que adquirieron autonomía científica a partir de la segunda mitad del siglo XIX.

En las últimas décadas en Latinoamérica, existe la tendencia en el desarrollo de una nueva disciplina jurídica denominada *Derecho procesal constitucional*¹⁷ (con autonomía científica del Derecho constitucional, aunque con vasos comunicantes importantes), que es reconocida y aceptada con mayor fuerza entre constitucionalistas y procesalistas contemporáneos; entendiendo a esta materia como la rama del Derecho que estudia de manera sistemática las garantías, la jurisdicción y la magistratura constitucionales. Si bien en Europa se ha venido estudiando la justicia constitucional con enfoque comparativo¹⁸, la aceptación de esta nueva disciplina conduciría a la configuración también de un *Derecho procesal constitucional comparado*.

Bajo este enfoque y derivado del impresionante desarrollo que en la hora presente está teniendo el Derecho procesal constitucional, se contribuiría al estudio interdisciplinario de las instituciones procesales constitucionales, lo que redundaría en una mejor comprensión global de los problemas y soluciones, confluyendo la aplicación del método comparativo con los propios métodos y técnicas del Derecho constitucional y del Derecho procesal. Esta tendencia, que estimamos se ha emprendido por notables constitucionalistas y procesalistas en las últimas décadas, cobra relevancia en los países iberoamericanos, en la medida que el régimen de derechos y libertades fundamentales, así como sus garantías resultan homogéneos, incluso históricamente, además de que tienden a uniformarse debido a las interpretaciones de los tribunales, cortes o salas constitucionales, así como de las Cortes Interamericana y Europea de Derechos Humanos.

Estimamos que el estudio comparativo de una institución como el amparo, resulta más completa y con mayores soluciones prácticas, si además de la utilización de los métodos y enfoques propios de la disciplina constitucional (histórico, sociológico, político, etc.), también se emplea la dinámica del procesalismo científico, lo cual tiene lógica si aceptamos que la naturaleza jurídica del «amparo», además de considerarse como una institución política instrumental

¹⁷ Desde la década de los ochenta aparecen en Iberoamérica obras con la denominación precisa de «Derecho procesal constitucional». *Cfr.*, entre otros, E. FERRER MAC-GREGOR (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 5.ª ed., México, Porrúa, 2006, 4 tomos; *id.*, *Ensayos sobre Derecho procesal constitucional*, México, Porrúa-Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2004.

¹⁸ Entre los múltiples estudios de M. CAPPELLETTI, *vid.* *La giurisdizione costituzionale della libertà (con particolare riguardo agli ordinamenti tedesco, svizzero e austriaco)*, 2.ª reimpression de la 1.ª ed. de 1955, Milano, Giuffrè, 1974; *La justicia constitucional (Estudios de Derecho comparado)*, trad. de L. DORANTES TAMAYO, México, UNAM, 1987. De manera reciente, *vid.* el interesante estudio, bajo los enfoques contemporáneos de los métodos comparativos, de L. PEGORARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*, Torino, Giappichelli, 1997.

para garantizar la supremacía constitucional, constituye un auténtico «proceso jurisdiccional», clasificado como un medio de impugnación extraordinario, materia de estudio de la denominada «teoría general de los medios impugnativos»¹⁹ y, por consiguiente, dentro de las nociones de la «teoría general del proceso». De ahí la importancia y utilidad que puede brindar el *Derecho procesal constitucional comparado*, al emplearse diversos principios, métodos y técnicas jurídicas.

La necesidad del estudio comparativo de garantías constitucionales específicas, como el juicio de amparo, se ha puesto de relieve por importantes constitucionalistas mexicanos del siglo XIX, como I. L. VALLARTA²⁰ o E. RABASA²¹; y en el siglo XX por A. NORIEGA²², F. TENA RAMÍREZ²³ y especialmente por H. FIX-ZAMUDIO²⁴, quien ha señalado en importantes trabajos la necesidad del estudio comparativo del amparo, incluso como «una exigencia científica»²⁵, y anotando la paradoja de que a pesar de que esta institución naciera en México, se ha quedado rezagada en comparación con los ordenamientos de otros países que tomaron como modelo el amparo mexicano, y ello debido principalmente al acentuado nacionalismo que propició un aislamiento de la doctrina y jurisprudencia en nuestro país, llegando al extremo de ser calificada nuestra doctrina como «apologética»²⁶.

Como precisión metodológica inicial, debe mencionarse que el estudio comparativo que emprendemos no pretende abarcar la totalidad de los diversos mecanismos que comprenden a la «jurisdicción constitucional de la libertad»²⁷, denominada así por CAPPELLETTI desde la década de los cincuenta del siglo pasado²⁸, como un sector o componente de la justicia constitucional, y que advertía, a manera de clasificación, el estudio sistemático de los instrumentos previstos en las cartas fundamentales para la tutela de los derechos y libertades fundamentales, y que nosotros preferimos denominar conforme a la nueva tendencia científica «Derecho procesal constitucional de las libertades»²⁹.

¹⁹ Un interesante estudio desde esta perspectiva y con enfoque comparativo, resulta la obra de E. VESCOVI, *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*, De Palma, Buenos Aires, 1988.

²⁰ *El juicio de amparo y el writ of habeas corpus*, México, 1878.

²¹ *El artículo 14. Estudio constitucional*, México, 1906.

²² «El origen nacional y los antecedentes hispánicos del juicio de amparo», en *Jus*, México, núm. 50, septiembre de 1942, pp. 151-174.

²³ «El aspecto mundial del amparo. Su expansión internacional», en *México ante el pensamiento jurídico-social de Occidente*, México, 1955, pp. 120-152.

²⁴ Cfr. *Ensayos sobre el derecho de amparo*, 2.ª ed., México, Porrúa, 1999; *id.*, *Latinoamérica: Constitución, proceso y derechos humanos*, México, Miguel Ángel Porrúa, 1988.

²⁵ Cfr. H. FIX-ZAMUDIO, «El juicio de amparo en Latinoamérica», en *El Colegio Nacional (1977)*, México, 1978, pp. 101-138.

²⁶ Cfr. H. FIX-ZAMUDIO, «Derecho comparado y derecho de amparo», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 9, mayo-agosto de 1970, pp. 327-349; particularmente *vid.* el apartado «El Aislamiento de la doctrina nacional» y la nota al pie de p. 21, relativa a la cita de la obra de R. BIELSA relativa a lo «algo apologético» en que se ha convertido la doctrina mexicana sobre el tema.

²⁷ Cfr. M. CAPPELLETTI, *La jurisdicción constitucional de la libertad*, trad. de H. FIX-ZAMUDIO, México, UNAM, 1961; recientemente, J. BRAGE CAMAZANO, *La jurisdicción constitucional de la libertad (teoría general, Argentina, México, Corte Interamericana de Derechos Humanos)*, México, Porrúa, 2005.

²⁸ La primera edición de la obra de CAPPELLETTI es de 1955.

²⁹ E. FERRER MAC-GREGOR, *Los Tribunales Constitucionales en Iberoamérica*, México, Fundap, 2002, pp. 52 y ss.

De tal manera que estas breves notas se refieren exclusivamente al proceso constitucional genérico de mayor alcance en la protección de los derechos y libertades fundamentales, excluyendo a los instrumentos jurisdiccionales de tutela específica, como pueden ser, entre otros, el *habeas corpus* (conocido también como exhibición personal)³⁰ o el *habeas data*³¹, cuyas finalidades consisten en la protección particular de ciertos derechos o libertades, como los de integridad personal y de autodeterminación (o libertad) informática, respectivamente, no obstante que un sector de la doctrina de algunos países los clasifiquen como modalidades o subespecies del amparo, como sucede en Argentina³².

Tampoco nos referiremos a los mecanismos no jurisdiccionales en la protección de los derechos humanos, es decir, a la figura escandinava del *Ombudsman*, que con las denominaciones de Defensor o Defensoría del Pueblo, *Médiateur*, Comisión de los Derechos Humanos o Promotor de la Justicia, se ha venido incorporando en el plano mundial³³. De igual forma excluimos del presente estudio las «acciones populares de inconstitucionalidad» (que han tenido desarrollo desde el siglo XIX en Colombia y Venezuela, y luego en Cuba, El Salvador, Nicaragua y Panamá, así como en algunas provincias argentinas); «el recurso extraordinario» que se utiliza en Argentina o Brasil; así como cualquier otro mecanismo de control de la constitucionalidad que pudiera eventualmente proteger derechos fundamentales, pero que a diferencia del amparo no tienen como finalidad o destino esencial la tutela directa de los derechos y libertades.

La materia de análisis, por consiguiente, consiste en el estudio comparativo de la institución jurídica que por la misma tradición histórica e influencia clara del juicio de amparo mexicano, han acogido con idéntica denominación los países iberoamericanos que lo consagran —con excepción del *nomen iuris* adoptados por Brasil (mandamiento de seguridad), Chile (recurso de protección) y Colombia (tutela jurídica)—; configurado como una garantía constitucional específica para la protección de la mayoría de los derechos y libertades fundamentales.

La finalidad perseguida se dirige, a la luz del *Derecho procesal constitucional comparado*, a destacar las similitudes, las diferencias y sobre todo advertir las tendencias y notas características contemporáneas de la institución, que van perfilando con claridad ciertas bases uniformes del «amparo iberoamericano», que también adquiere una dimensión supranacional cuando se acude subsidia-

³⁰ Sobre la manera en que se introduce el *habeas corpus* a los países iberoamericanos, *vid.* los trabajos de D. GARCÍA BELAUNDE, «El *habeas corpus* en América Latina. Algunos problemas y tendencias recientes», en *Revista del Instituto de Derechos Humanos*, San José, núm. 20, julio-diciembre de 1994; de este mismo autor, «El *habeas corpus* latinoamericano», en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano (2000)*, Buenos Aires, CIEDLA, pp. 413-435; así como el trabajo de H. FIX-ZAMUDIO, «Influencia del Derecho angloamericano en la protección procesal de los derechos humanos en América Latina», en su obra *Latinoamérica: Constitución, proceso y derechos humanos*, México, Miguel Ángel Porrúa, 1998, pp. 133-183.

³¹ Un interesante estudio comparativo de esta figura se encuentra en Ó. PUCCINELLI, *El habeas data en Indoiberoamérica*, Bogotá, Temis, 1999.

³² Resultan interesantes los estudios sobre amparo, *habeas data* y *habeas corpus* (si bien con enfoque esencialmente desde el Derecho argentino), recogidos en los núms. 4 y 5: «Amparo. *Habeas data. Habeas corpus*» I y II, de la *Revista de Derecho Procesal*, Santafé-Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni.

³³ *Cfr.* R. GIL RENDÓN, *El ombudsman en el Derecho constitucional comparado*, México, McGraw-Hill, 2001.

riamente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos o al Tribunal de Estrasburgo (para el caso español), al negarse o resultar insuficiente la protección de los derechos o libertades en el ámbito nacional, sector que denominamos «amparo transnacional» en su doble vertiente para efectos del presente estudio: «amparo interamericano» y «amparo europeo».

2. DEL HABEAS CORPUS AL AMPARO

Se suele mencionar como antecedente del juicio de amparo al interdicto pretoriano del *homine libero exhibendo* o a la *intercessio tribunicia* del Derecho romano³⁴, así como a los procesos forales aragoneses de la edad media³⁵.

Esta aseveración es parcialmente cierta para el juicio de amparo mexicano, ya que uno de sus sectores de protección, como veremos más adelante, se dirige a la tutela de la libertad e integridad personal, que la doctrina ha bautizado como «amparo libertad». Sin embargo, en los restantes países de Iberoamérica esa protección se realiza a través de otra garantía constitucional diferenciada denominada *habeas corpus*, a pesar de que algunos países centroamericanos (Guatemala, Honduras y Nicaragua) en los inicios de la incorporación del amparo también comprendía la protección de la libertad personal.

Con independencia de los antecedentes citados y especialmente del proceso de manifestación de personas y de la legendaria figura del Justicia Mayor del Reino de Aragón en el medioevo³⁶, la protección de la libertad personal quedó regulada en Inglaterra en el *Habeas Corpus Act* de 1679, por lo que puede considerarse a este documento como el primer ordenamiento en regular de manera específica y con cierto detalle un proceso constitucional³⁷.

En los países iberoamericanos progresivamente se adoptó la figura del *habeas corpus* como mecanismo para proteger la libertad personal. Algunos países le otorgaron la denominación de «exhibición personal», otros de «recurso de amparo de la libertad» (en los códigos penales de las provincias argentinas) o «amparo de la libertad personal» (Venezuela, 1961), pero todos con la misma naturaleza de protección de la libertad personal. Otros ejemplos de confusión terminológica se encuentran en algunos países que regularon en sus códigos de procedimientos civiles el «interdicto de amparo», que en realidad representa mecanismos de posesión de predios urbanos o rústicos (Honduras, Nicaragua, El Salvador, Costa Rica, Guatemala, Bolivia y Venezuela) y que no comparten la naturaleza jurídica del amparo contemporáneo como garantía constitucional³⁸.

³⁴ Cfr. R. BATIZA, «Un preterido antecedente remoto del amparo», en *Revista Mexicana de Derecho Público*, México, núm. 4, abril-junio de 1947, vol. I, pp. 429-437.

³⁵ Cfr. E. FERRER MAC-GREGOR, *La acción constitucional de amparo en México y España. Estudio de Derecho comparado*, 3.^a ed., México, Porrúa, 2002, pp. 5-18.

³⁶ Sobre los procesos forales aragoneses y la figura del justicia mayor del Reino de Aragón, *vid.* V. FAIRÉN GUILLÉN, *Antecedentes aragoneses de los juicios de amparo*, México, UNAM, 1971; C. LÓPEZ DE HARO, *La Constitución y libertades de Aragón y el justicia mayor*, Madrid, Reus, 1926; Á. BONET NAVARRO, *Procesos ante la justicia de Aragón*, Zaragoza, Guara, 1982.

³⁷ Cfr. N. P. SAGÜÉS, «Los desafíos del Derecho procesal constitucional», en V. BAZÁN (coord.), *Desafíos del control de la constitucionalidad*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1996, pp. 21-41, en p. 22.

³⁸ Cfr. H. FIX-ZAMUDIO, «El juicio de amparo en Latinoamérica» *op. cit.*, pp. 101-138.

Actualmente en Chile también se produce confusión de vocablos, en la medida en que el «recurso de amparo» en realidad constituye un *habeas corpus* al dirigirse a la protección de la libertad personal, y el genuino amparo se le denomina «recurso de protección» a partir de su incorporación en la Constitución de 1980.

Debido a que el *habeas corpus* constituía el único mecanismo específico de protección de los derechos fundamentales durante el siglo XIX y primera mitad del siglo XX (antes de la consagración del amparo), la institución fue extendiendo su ámbito de protección a otros derechos y libertades fundamentales. Esto ocurrió en Brasil, con la interpretación extensiva al artículo 72, inciso 22, de la Constitución de 1881, al ampliarse la tutela a otros derechos siempre y cuando se vincularan a la libertad individual. Posteriormente y bajo un debate importante, esta interpretación extensiva fue abandonada al restringirse a su concepción original como mecanismo exclusivo de protección de la libertad personal, y se optó por la creación de otra figura paralela denominada *mandado de segurança* (mandato o mandamiento de seguridad), reconocida en la Constitución de 1934 (art. 111, párrafo 33), que corresponde a la noción del amparo, como garantía constitucional para proteger los derechos y libertades fundamentales con excepción de la libertad personal (y posteriormente de la libertad informática al ser tutelada por el *habeas data* en la actual Constitución de 1988).

La influencia brasileña en la interpretación extensiva del *habeas corpus* fue seguida por varios países, como Perú, Bolivia y Argentina, hasta que también aceptaron la incorporación definitiva del amparo. Especial mención merece el caso peruano, cuyo *habeas corpus* fue ampliándose a tal extremo de proteger la mayoría de los derechos fundamentales, hasta que también incluyó la figura del amparo en la Constitución de 1979, dejando al *habeas corpus* en su concepción tradicional de protección.

3. LA EXPANSIÓN MUNDIAL DEL AMPARO

El proceso de amparo, como institución procesal constitucional, es un fenómeno globalizado. Con independencia de la denominación que cada país le ha otorgado, este instrumento comparte la misma naturaleza jurídica, convirtiéndose en el mecanismo de mayor amplitud en la protección jurisdiccional de los derechos y libertades fundamentales en los países latinoamericanos, expandiéndose de manera progresiva a Europa, y recientemente a África y Asia, con similares alcances y efectividad.

A) En Iberoamérica la acción, recurso, juicio, proceso, garantía o derecho de amparo, según el *nomen iuris* que se le ha dado por la normatividad, jurisprudencia o doctrina de cada país, se ha reconocido en 20 países. A nivel constitucional se prevé en Andorra [arts. 98.c) y 102]³⁹, Argentina (art. 43, párrafos 1

³⁹ Se ha considerado como parte de Iberoamérica (además de España y Portugal) al Principado de Andorra, ya que recientemente fue aceptado como miembro de la *Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno*, a partir de la *Declaración de Salamanca* del 15 de octubre de 2005. Asimismo, fue reconocida en la *XIII Cumbre Judicial Iberoamericana*, celebrada en República Dominicana (21-22 de junio de 2006). De igual forma, desde hace algunos años participa en la *Conferencia Ibe-*

y 2), Bolivia (art. 19), Brasil (art. 5.º, LXIX y LXX), Colombia (art. 86), Costa Rica (art. 48), Chile (art. 20), Ecuador (art. 95), El Salvador (art. 247), España [art. 53.2 y 161.1.b)], Guatemala (art. 265), Honduras (art. 183), México (arts. 103 y 107), Nicaragua (arts. 45 y 188), Panamá (art. 50), Paraguay (art. 134), Perú (art. 200.2) y Venezuela (art. 27).

Uruguay y República Dominicana son los únicos países iberoamericanos que no prevén disposición constitucional específica. En el primer país, sin embargo, se puede desprender de manera implícita del artículo 72, que establece: «La enunciación de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad». Así se ha entendido por su doctrina y jurisprudencia, lo que motivó incluso que se expidiera la Ley 16.011, de 19 de diciembre de 1988, que regula de manera detallada la denominada «acción de amparo».

República Dominicana es el país que de manera más reciente incorporó la institución vía jurisprudencial, ya que no existe norma constitucional o legal que lo regule. La Suprema Corte de Justicia, mediante resolución de 24 de febrero de 1999, decidió aceptar este instituto, al incorporar de manera directa el artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, es decir, incorporó al Derecho positivo interno el precepto internacional que prevé la necesidad de un recurso sumario y efectivo que ampare contra actos que violen derechos fundamentales, derivado de los artículos 3.º y 10 constitucionales que reconocen las fuentes internacionales. La propia Corte estableció un procedimiento y el alcance de protección de la institución no sólo contra actos de autoridad, sino también contra actos de particulares.

B) En el continente europeo progresivamente se fue incorporando a nivel constitucional, primero en países de Europa Occidental: Alemania (art. 93.1, 4.ª), Austria (art. 144), España [art. 53.2 y 161.1.b)] y Suiza [art. 189.1.a)]; y, con posterioridad, en Andorra [arts. 98.c) y 102], así como en Europa Central, Oriental y en la ex Unión Soviética: Albania [art. 131.i)], Croacia (art. 128), Eslovaquia (art. 127.1), Eslovenia (art. 160), Georgia [art. 89.1.f)], Hungría (art. 64), Polonia (art. 79), República Checa [art. 87.1.d)], República de Macedonia (arts. 50 y 110), Rusia (art. 125.4) y Serbia y Montenegro (art. 46)⁴⁰.

C) En África y Asia también se han incorporado instituciones con naturaleza similar al amparo: Cabo Verde [arts. 20 y 219.e)], Corea del Sur (art. 111) y Macao (arts. 4 y 36)⁴¹.

Con independencia de este panorama mundial de la consagración constitucional del amparo, debe considerarse además su expansión hacia los instrumentos internacionales y particularmente a lo que se ha denominado el Derecho internacional de los derechos humanos. Lo anterior ha propiciado, por una parte, que en algunos países se regule a nivel constitucional o jurisprudencial la

roamericana de Justicia Constitucional, en la cual acuden los presidentes de los Tribunales y Salas Constitucionales de Iberoamérica.

⁴⁰ En los países europeos se suele utilizar la expresión «queja» o «petición» constitucional.

⁴¹ Sobre el amparo en Macao, *vid.* los trabajos contenidos en la *Revista Jurídica de Macau. No. Especial: O Direito de Amparo em Macau em direito comparado*, Associação dos Advogados de Macau, 1999.

superioridad de estos instrumentos sobre el Derecho interno y, por otro lado, la aceptación de la jurisdicción contenciosa de ciertos tribunales transnacionales.

La necesidad de que los países adopten mecanismos de protección de los derechos humanos se advierte desde 1948 y debido a la influencia del amparo mexicano, en las Declaraciones Americana (art. XVIII) y Universal de los Derechos del Hombre (art. 8), que establecen la necesidad de que los países reconozcan en sus ordenamientos un procedimiento sencillo y breve que ampare a los particulares contra la violación de los derechos fundamentales. Posteriormente en 1966, el Pacto Internacional de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos (art. 2, fracc. tercera) de manera genérica se refiere a que los Estados se comprometen a garantizar los derechos y libertades reconocidos en el Pacto, pudiendo interponer cualquier persona un «recurso efectivo».

De manera amplia, pero con repercusiones importantes en el sistema interamericano, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, prevé en su artículo 25.1 el derecho de toda persona «a un recurso sencillo y rápido o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales».

Con similares alcances también se reconoció en la Convención Europea para la Protección de los Derechos y las Libertades Fundamentales de 1950, al establecer en su artículo 13 el derecho de toda persona «a que se le conceda un recurso efectivo ante una autoridad nacional»; y de manera más reciente, también el artículo 45 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, suscrita el 7 de diciembre de 2000, en Niza, Francia, prevé el derecho a un recurso efectivo y a un tribunal imparcial a favor de toda persona cuyos derechos y libertades hayan sido violados.

4. EVOLUCIÓN DEL AMPARO IBEROAMERICANO

Para comprender la evolución histórica del amparo en Iberoamérica, es necesario apreciar la manera en que el juicio de amparo mexicano se ha desarrollado, ya que influyó en todos los países del subcontinente y en España.

Con independencia de los antecedentes coloniales en México⁴² y el Perú⁴³, el proceso de amparo nace en el siglo XIX. Al igual que en el resto de los países latinoamericanos, las constituciones mexicanas recibieron una influencia directa de la Constitución Federal de los Estados Unidos de Norteamérica de 1787 y particularmente de su sistema del control judicial de las leyes desarrollado en la práctica forense a partir de 1803. Precisamente bajo este influjo nació la institución protectora mexicana bajo las ideas de Manuel Crescencio García Rejón y Alcalá, a quien se le atribuye el proyecto de Constitución de la República de

⁴² A. LIRA GONZÁLEZ, *El amparo colonial y el juicio de amparo mexicano: antecedentes novohispanos del juicio de amparo*, México, Fondo de Cultura Económica, 1979.

⁴³ D. GARCÍA BELAUNDE, «El amparo colonial peruano», en E. FERRER MAC-GREGOR (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 5.ª ed., t. III, México, Porrúa, 2006, pp. 2507-2516.

Yucatán de 1840, aprobado el 31 de marzo de 1841. Es en este ordenamiento (arts. 8.º, 9.º y 62) en el que por primera vez se incorpora en un texto supremo la institución del amparo, como garantía constitucional contemporánea.

A nivel federal se introduce en el artículo 25 del Acta de Reformas de 18 de mayo de 1847, precepto que sirvió de base para las primeras demandas de amparo a pesar de no existir ley que lo reglamentara. Posteriormente quedó incorporada en la Constitución Federal de 5 de febrero de 1857 (arts. 101 y 102). A partir de entonces, el juicio de amparo mexicano experimentó una expansión en cuanto a sus alcances protectores, debido a la amplia interpretación del artículo 14 constitucional que motivó importantes debates a lo largo del siglo XIX y que produjo como consecuencia la procedencia del juicio de amparo en contra de resoluciones jurisdiccionales en todas las materias por incorrecta aplicación de las leyes secundarias. Esta interpretación fue introducida por los artículos 103 y 107 de la actual Constitución Federal de 5 de febrero de 1917 y recogida asimismo en la Ley de Amparo vigente de 1936.

A diferencia de los demás países iberoamericanos que regulan la institución, el juicio de amparo mexicano comprende en realidad cinco sectores claramente diferenciados, como desde hace décadas lo ha puesto de relieve FIX-ZAMUDIO: *a)* amparo de la libertad, realizando las funciones del *habeas corpus*, regulado como figura autónoma en los demás países iberoamericanos; *b)* amparo contra resoluciones jurisdiccionales, que equivale al recurso de casación; *c)* amparo contra leyes, como mecanismo para impugnar la inconstitucionalidad de normas legislativas; *d)* amparo como un proceso contencioso administrativo, aunque este sector se ha visto considerablemente disminuido al crearse desde la década de los setenta los tribunales de lo contencioso administrativo, y *e)* amparo social, para la protección de los derechos agrarios de campesinos o núcleos de población ejidal o comunal, a partir de la reforma a la Ley de Amparo en 1963.

El juicio de amparo mexicano influyó de manera directa o indirecta en todos los países iberoamericanos. La incorporación de la institución se puede advertir en tres etapas cronológicas: A) Siglo XIX y primera mitad del XX; B) Década de los cincuenta y sesenta, y C) Década de los setenta, ochenta y noventa del siglo pasado.

A) La primera etapa comprende a los países centroamericanos (El Salvador, Honduras, Nicaragua, Guatemala, Panamá y Costa Rica), así como Brasil y España.

Los países centroamericanos fueron los primeros en recepcionarlo: El Salvador (1886); Honduras y Nicaragua (1894); Guatemala (1921); Panamá (1941) y Costa Rica (1949). Incluso se incluyó en la Constitución Política de los Estados Unidos de Centroamérica de 1898 (Honduras, Nicaragua y El Salvador), y en la Constitución de la República Centroamericana de 1921 (Guatemala, El Salvador y Honduras)⁴⁴.

La penetración del amparo mexicano en algunos de estos países se patentiza aún más si se tiene en cuenta que en sus inicios la protección de la libertad personal quedó comprendida en el propio amparo (Guatemala, Honduras y Nica-

⁴⁴ Cfr. H. FIX-ZAMUDIO, «El juicio de amparo en Latinoamérica», *op. cit.*, pp. 291 y ss.

ragua), aunque con reformas posteriores lo regularon de manera diferenciada. Asimismo, en el caso de Honduras y Nicaragua, además comprendió la impugnación de leyes, desapplicando en el caso particular, como sucede en el «amparo contra leyes» mexicano.

Por lo que hace a Guatemala, debe destacarse que fue el primer país que introduce un tribunal constitucional autónomo en Latinoamérica (desde la perspectiva formal y material)⁴⁵, al establecerse la denominada Corte de Constitucionalidad en 1965. Esta tendencia se desarrolla con posterioridad por varios países del continente al crear jurisdicciones especializadas (tribunales, cortes o salas constitucionales), propiciando, por una parte, un claro acercamiento entre los sistemas difuso y concentrado de control constitucional, y por otra, el establecimiento de sistemas mixtos o paralelos.

España introduce el «recurso de amparo de garantías individuales» en la Constitución de la II República española de 1931, cuya competencia se le atribuyó al Tribunal de Garantías Constitucionales, desaparecido en 1937. Debe destacarse la importante labor de difusión e influencia del jurista mexicano R. REYES OCHOA, en la consagración de la institución española. El recurso de amparo español fue restablecido en la actual Constitución de 1978, conociéndolo de manera exclusiva el Tribunal Constitucional⁴⁶.

Por su parte Brasil, que en un principio amplió la esfera de protección del *habeas corpus*, incorporó la institución con el nombre portugués de *mandado de segurança*, en la Constitución de 16 de julio de 1934. A partir de entonces ha tenido un desarrollo doctrinal y jurisprudencial muy importante. El mandamiento de seguridad brasileño fue también regulado en las Constituciones de 1967 y en la actual de 1988; en esta última incluso incorporando la modalidad del «mandamiento de seguridad colectivo» para la protección de los intereses difusos, colectivos e individuales homogéneos.

B) Una segunda etapa se advierte con la creación jurisprudencial del amparo en Argentina en 1957-1958, ya que influyó en la consagración de la institución en Venezuela (1961), Bolivia, Ecuador y Paraguay (1967).

La regulación normativa de la acción de amparo en Argentina inició en varias provincias desde 1921⁴⁷, antes de que a nivel nacional se reconociera por la Corte Suprema en los paradigmáticos *Casos Siri*, *Ángel S.* (1957) y *Samuel Kot* (1958), a pesar de no regularse a nivel constitucional o legal. En el primer caso la Corte Suprema admitió la acción para proteger el derecho de libertad de imprenta y de trabajo, derivado de la clausura de un periódico, por lo que

⁴⁵ Con anterioridad se instauraron en Cuba (1940) y Ecuador (1945), sendas jurisdicciones constitucionales pero con poca efectividad, denominadas en ambos casos Tribunal de Garantías Constitucionales, denominación que se sigue del Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República Española de 1931. En el caso cubano, en realidad configuraba una Sala del Tribunal Supremo de Justicia, mientras que en Ecuador sus resoluciones se limitaban a la suspensión provisional de la norma impugnada, ya que la decisión final le correspondía al Congreso.

⁴⁶ Para un panorama de la justicia constitucional española, *vid.* F. CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Á. GÓMEZ MONTORO, M. MEDINA GUERRERO y J. L. REQUEJO PAGÉS, *Jurisdicción y procesos constitucionales*, 2.^a ed., Madrid, McGraw-Hill, 2000.

⁴⁷ Provincias de Santafé (1921), Entre Ríos (1933), Santiago de Estero (1939) y Mendoza (1949). Actualmente se consagra en las 23 provincias. Además se prevé en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y a nivel nacional, lo que implica 25 órdenes jurídicos en la aplicación práctica del amparo.

reconoció la garantía constitucional a favor de los individuos contra actos de autoridad y a pesar de no consagrarse constitucionalmente. En el segundo caso, la Corte Suprema extendió el ámbito de protección para comprender actos de particulares, y a partir de entonces ha tenido, al igual que en México y Brasil, un desarrollo doctrinal y jurisprudencial impresionante. La interpretación del más alto tribunal argentino consideró el concepto de derecho o garantía implícito, es decir, no enumerado, a que se refiere el artículo 33 de la Constitución nacional: «Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de Gobierno», concepción que siguieron varias constituciones y jurisprudencia latinoamericanas (Bolivia, Brasil, República Dominicana, Guatemala, Honduras, Paraguay, Uruguay y Venezuela).

A partir de la reforma constitucional de 1994, se regula en los dos primeros párrafos del artículo 43, además de preverse el *habeas corpus* y el *habeas data* (en los párrafos 3.º y 4.º del mismo artículo) y que algún sector de la doctrina ha estimado como subespecies del amparo. Actualmente existe una diversidad legislativa importante en la regulación de la institución, al preverse en cada una de las 23 provincias, así como en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y a nivel nacional, con una variedad de tipos de amparo sin parangón en Iberoamérica, que comprende desde el tradicional amparo contra actos y omisiones de la autoridad, hasta los amparos «contra actos u omisiones de particulares», «por mora» (en materia administrativa y tributaria), «sindical», «electoral» y recientemente «ambiental», a manera de una especie de acción popular. Estos subtipos de amparo convierten a la institución argentina compleja y en la que participan todos los jueces al aceptarse el control difuso con veinticinco órdenes jurídicos de aplicación.

La influencia argentina se advierte en la introducción del amparo en el año de 1967 en Bolivia y Paraguay, que siguieron la doctrina de la procedencia del amparo en contra de actos y omisiones de particulares y que posteriormente se ha extendido a muchos países iberoamericanos, como en su oportunidad veremos al estudiar la legitimación pasiva.

El caso de Ecuador resulta particular, en la medida de que a pesar de consagrarse constitucionalmente en 1967, no tuvo aplicación debido a que no se expidieron leyes reglamentarias y en virtud de los golpes de Estado. Similar situación sucedió en Venezuela en el que se introduce la institución en el año de 1961, sin efectos prácticos debido a la ausencia de ley reglamentaria.

C) La tercera oleada comprende seis países y se da en la década de los setenta, ochenta y noventa del siglo pasado: Perú (1979), Chile (1980), Uruguay (1988), Colombia (1991), Andorra (1993) y República Dominicana (1999).

En el Perú el *habeas corpus* realizó las funciones del amparo, ya que paulatinamente fue expandiendo su ámbito natural de protección no sólo para la tutela de la libertad personal sino también para los demás derechos fundamentales, derivado en un primer momento por la Ley 2223 de 1916 y luego en el artículo 69 de la Constitución de 1933, ya que a través de la acción de *habeas corpus* se tutelaban «todos los derechos individuales y sociales». Posteriormente, esta ampliación se estableció con el procedimiento previsto en el Decreto-Ley 17083

de 1968, así como en el diverso Decreto-Ley 20554 de 1974, que reguló una especie de «amparo agrario». Finalmente, la figura del amparo (con autonomía del *habeas corpus*) se previó en la Constitución de 1979 (art. 295), y en la actual Constitución de 1993 (art. 200, inciso 2). Su reglamentación legal se encuentra en uno de los Códigos más modernos en materia de control constitucional, como lo es el Código Procesal Constitucional, vigente desde el 1 de diciembre del 2004⁴⁸.

Como se ha mencionado, el «recurso de amparo» chileno corresponde en realidad a la figura del *habeas corpus*, y el «recurso de protección» comparte la naturaleza jurídica del amparo. La Constitución de 1980 introduce esta última figura y crea un Tribunal Constitucional, que comparte el control de la constitucionalidad con la Corte Suprema de Justicia, aunque con la reforma constitucional de septiembre de 2005 se suprimieron parte de esas atribuciones constitucionales a la Corte Suprema y pasan al Tribunal Constitucional que aumenta su número de integrantes de siete a diez.

Uruguay no tiene regulación constitucional expresa de la institución. Sin embargo, desde la Constitución de 1918 (art. 173) y que siguieron reproduciendo las Constituciones siguientes hasta la actual de 1996 (art. 72), prevé: «La enunciación de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana, o se derivan de la forma republicana de Gobierno». De ahí que en el año 1988 se expidiera la Ley que regula la institución, entendiéndose que el artículo 72 constitucional implícitamente lo acepta.

Con motivo de la nueva Constitución colombiana se introduce la figura de la «acción de tutela» (art. 86), que comparte la naturaleza y finalidad del amparo. Esta acción procede contra actos y omisiones de autoridad o de particulares, promoviéndose ante cualquier juez. La revisión de las decisiones de tutela pueden reclamarse ante la Corte de Constitucionalidad (que pertenece a la rama judicial) y que ha realizado una labor muy importante en la interpretación extensiva de los derechos fundamentales, especialmente en los derechos sociales y económicos, generando pronunciamientos significativos en materia de salud, seguridad social, etc. Debido a que el sistema de control de la constitucionalidad es mixto y paralelo, se han producido en los últimos años confrontaciones entre la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, que se han denominado «choque de trenes».

La Constitución del Principado de Andorra de 14 de marzo de 1993 prevé un Tribunal Constitucional que conoce, entre otros asuntos, de los «procesos de amparo constitucional», según se establece en su artículo 98, inciso *c*). Con influencia en el recurso de amparo español, los derechos y libertades fundamentales son tutelados por los tribunales ordinarios a través de un procedimiento urgente y preferente que se substancia en dos instancias. El proceso de amparo en Andorra sólo procede contra actos de los poderes públicos, teniendo legitimación los que hayan sido parte o sean coadyuvantes en el proceso

⁴⁸ En cuanto al nuevo Código, *vid.* los estudios contenidos en la obra colectiva coordinada por J. PALOMINO MANCHEGO, *El Derecho procesal constitucional peruano. Estudios en homenaje a Domingo García Belaunde*, 2 tomos, Lima, Grijley, 2005.

judicial previo, los que tengan interés legítimo en relación a disposiciones o actos sin fuerza de ley del Consejo General, y el Ministerio Fiscal en caso de violación del derecho fundamental a la jurisdicción (art. 102). Así, el proceso de amparo conforme lo regula en la Ley Cualificada del Tribunal Constitucional (de mayo de 1994), se establece no como un recurso contra el órgano público que potencialmente ha lesionado en origen el Derecho fundamental, sino como un recurso especial contra la segunda sentencia dictada en el procedimiento urgente y preferente por la jurisdicción ordinaria. De esta forma sólo procederá esta vía en contra de la sentencia de segunda instancia desestimatoria.

El último país que ha incorporado la institución es República Dominicana. Al igual que Argentina, fue la Corte Suprema de Justicia a través de la sentencia de 24 de febrero de 1999, la creadora de la institución al aplicar de manera directa el artículo 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Si bien todavía no se expide una ley que regule al amparo, fue la propia sentencia que estableció un procedimiento abreviado para la tramitación del recurso, incluso contra actos de particulares, que por la relevancia que tiene en materia de aplicación del Derecho de los derechos humanos reproducimos:

«Declarar que el recurso de amparo previsto en el artículo 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de San José de Costa Rica, del 22 de noviembre de 1969, es una institución de Derecho positivo dominicano, por haber sido adoptada y aprobada por el Congreso Nacional, mediante Resolución núm. 739 del 25 de diciembre de 1977, de conformidad con el artículo 3 de la Constitución de la República; Determinar: *a)* que tiene competencia para conocer de la acción de amparo el juez de primera instancia con jurisdicción en el lugar en que se haya producido el acto u omisión atacado; *b)* que el procedimiento que deberá observarse en materia de amparo será el instituido para el referimiento, reglamentado por los artículos 101 y siguientes de la Ley 834 de 1978; *c)* el impetrante deberá interponer la acción de amparo contra el acto arbitrario u omisión, dentro de los quince (15) días en que se haya producido el acto u omisión de que se trate; *d)* la audiencia para el conocimiento de la acción, deberá ser fijada para que tenga lugar dentro del tercer día de recibida la instancia correspondiente. Sin embargo, cuando la acción fuere ostensiblemente improcedente a juicio del magistrado apoderado, así lo hará constar en auto y ordenará el archivo del expediente. Este auto no será susceptible de ningún recurso; *e)* el juez deberá dictar su sentencia dentro de los cinco días que sigan al momento en que el asunto quede en estado; el recurso de apelación, que conocerá la corte de apelación correspondiente, deberá interponerse dentro de los tres días hábiles de notificada la sentencia, el cual se sustanciará en la misma forma y plazos que se indican para la primera instancia, incluido el plazo de que se dispone para dictar sentencia, y *f)* los procedimientos del recurso de amparo se harán libres de costas».

5. TENDENCIAS CONTEMPORÁNEAS

De conformidad con lo expuesto y con base en el análisis normativo y jurisprudencial de la institución en estudio, se pueden desprender ciertas características y tendencias contemporáneas que van perfilando al amparo iberoamericano.

A) *Nomen Iuris*

Diecisiete países utilizan la misma connotación de «amparo» para referirse al «recurso», «acción», «garantía» o «proceso» de protección jurisdiccional directa de la mayoría de los derechos y libertades fundamentales. Sólo tres países le otorgan otra denominación, aunque con finalidad semejante: Brasil, «*mandado de segurança*» (mandamiento o mandato de seguridad), Chile, «recurso de protección», y Colombia, «acción de tutela». En todo caso las expresiones «seguridad», «protección» o «tutela» adquieren significaciones semejantes con la diversa de «amparo».

B) Naturaleza jurídica

Si bien es un tema polémico y se discute por la doctrina de cada país si se trata de un recurso, medio impugnativo, acción, institución política, de control, interdicto o cuasiproceso, entre otros, lo cierto es que es difícil encuadrar en una sola categoría la naturaleza de la institución en estudio, ya que en la práctica adquiere perfiles propios, incluso tratándose del mismo país. Existe la tendencia en la mejor doctrina iberoamericana, sin embargo, de englobar el fenómeno a la luz de la teoría general del proceso y de ahí considerar la naturaleza del amparo con un auténtico proceso jurisdiccional autónomo.

C) Consagración constitucional y legal

Dieciocho países han incorporado la institución de manera expresa, existiendo en todos, leyes reglamentarias que la desarrollan. Uruguay prevé la garantía de manera implícita, expidiendo la ley correspondiente que la regula. República Dominicana es el único país que hasta el momento no lo tiene regulado constitucional o legalmente, siendo previsible que lo realice en breve, debido a que la propia Corte Suprema de Justicia estableció el procedimiento, aplicando de manera directa el artículo 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos como mencionamos con anterioridad.

Existe la tendencia de regular la institución de manera sistemática con los demás instrumentos de control de la constitucionalidad, es decir, mediante un mismo cuerpo normativo: Código Procesal Constitucional (Perú y las provincias argentinas de Tucumán y Entre Ríos); Ley de Justicia, Jurisdicción, Control, Procesos o Procedimientos Constitucional (es) (Costa Rica, El Salvador, Honduras y los estados mexicanos de Chiapas, Coahuila, Tlaxcala y Veracruz); Ley de Garantías Constitucionales (Chile y Venezuela); Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad (Guatemala); o Leyes Orgánicas de Tribunales Constitucionales (Andorra, Bolivia y España).

D) Derechos y libertades tutelados

Se advierten tres supuestos. El primero, que comprende la concepción tradicional, el amparo protege todos los derechos y libertades fundamentales con

excepción de la libertad personal, que se tutela a través de la garantía específica del *habeas corpus* o también denominada exhibición personal.

El segundo grupo, que constituye la tendencia contemporánea, está representado por los países que además de excluir de la protección del amparo a la libertad personal mediante el *habeas corpus*, también dejan fuera del ámbito protector la libertad o autodeterminación informática para la protección de los datos personales, ya que en los últimos años tiende a preverse la garantía constitucional específica del *habeas data* (Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Honduras, Ecuador, El Salvador, España, Nicaragua, Paraguay, Perú, Portugal y Venezuela).

El tercer supuesto lo configura México, que podría calificarse como omnicompreensivo, en la medida que a través del juicio de amparo se protege la totalidad de los derechos y libertades fundamentales y, en general, de todo el ordenamiento constitucional y secundario (a través de lo que se ha denominado control de la legalidad), al no contar con ninguna otra garantía jurisdiccional directa y específica, al quedar subsumidas en la misma institución.

E) Magistratura constitucional

La tendencia en los últimos cincuenta años es la creación de órganos jurisdiccionales especializados para resolver los conflictos derivados de la aplicación e interpretación definitiva de los textos supremos y, por consiguiente, de las libertades y derechos fundamentales.

Lo anterior se advierte hacia cuatro variables: *a)* Tribunales o Cortes Constitucionales autónomos (Andorra, Chile, Ecuador, España, Guatemala, Perú); *b)* Tribunales o Cortes Constitucionales pertenecientes al Poder Judicial (Bolivia y Colombia); *c)* Salas Constitucionales (El Salvador, Costa Rica, Nicaragua, Honduras, Paraguay y Venezuela), y *d)* Cortes Supremas que han adquirido recientemente mayor concentración en lo constitucional (Argentina, Brasil, México, Panamá, República Dominicana y Uruguay).

Las anteriores magistraturas constitucionales, por lo general, conocen del amparo en grado de revisión, sea segunda o incluso tercera instancia y de manera definitiva. Constituyen órganos límite de los sistemas jurídicos para la aplicación e interpretación de los derechos y libertades constitucionales.

Existen pocos casos en que la vía es directa: Andorra (Tribunal Constitucional), El Salvador (Sala de lo Constitucional), Costa Rica (Sala Constitucional) y España (Tribunal Constitucional). Debe destacarse, sin embargo, que en el caso de Andorra y España, la protección primaria de los derechos y libertades fundamentales se encomienda a los tribunales ordinarios.

En Honduras (Sala de lo Constitucional), Brasil (Supremo Tribunal Federal), Argentina (Corte Suprema de Justicia de la Nación) y México (Suprema Corte de Justicia) pueden en algunos casos excepcionales conocer de manera originaria y exclusiva. En Costa Rica actualmente se analiza la posibilidad de crear Tribunales de Garantías Constitucionales como órganos de amparo y de *habeas corpus* de primer grado, debido a la saturación de amparos en la Sala Constitucional.

Por regla general son jueces de primer grado los jueces ordinarios. En los países federales lo son los jueces federales (Argentina, Brasil y México). En Argentina, dependiendo de la jurisdicción, pueden ser los ordinarios o los federales, siendo la segunda instancia el respectivo tribunal de alzada (Cámara federal o nacional) y, en determinados supuestos, en tercera instancia conoce la Corte Suprema de Justicia de la Nación, mediante el recurso extraordinario federal.

F) Legitimación activa

Cualquier persona física o jurídica que estime vulnerados sus derechos o libertades fundamentales.

Existe la tendencia de ampliar la legitimación activa hacia figuras de representación colectiva: *Ombudsman*, Ministerio Público o asociaciones legalmente constituidas para la tutela de los intereses difusos, colectivos o individuales homogéneos. En algunos países se ha regulado el «amparo colectivo» con cierta efectividad, como por ejemplo en Argentina, Brasil y Colombia, para la protección de los intereses difusos, colectivos e individuales homogéneos.

Para la protección de estos intereses difusos y colectivos, en algunos países se ha adoptado a nivel constitucional la figura procesal del «interés legítimo», como sucede en Andorra y España, entre otros. En México, el proyecto de Nueva Ley de Amparo de 2001 (pendiente de aprobación en el Congreso de la Unión) prevé dicho interés.

G) Legitimación pasiva

En este rubro, la tendencia se dirige claramente hacia la procedencia del amparo contra actos de particulares, especialmente a los grupos sociales o económicos de presión en situación de privilegio o dominio. Esta corriente, que inició con el caso paradigmático de *Samuel Kot* en Argentina (1958), se ha recogido en las actuales Constituciones de Argentina, Colombia, Bolivia, Chile, Ecuador, Paraguay y Perú. La protección horizontal de los derechos fundamentales es una variable en franca expansión en Iberoamérica y que está alcanzando la aceptación vía jurisprudencial por varios Tribunales o Cortes Constitucionales.

H) Plazos

La mayoría de los países establecen plazos reducidos para el ejercicio de la acción, que van de quince a treinta días, contados a partir de que el acto se ejecuta, se debió o trata de ejecutar, o se tiene conocimiento del mismo, según la normatividad de cada país.

Honduras, Paraguay, Perú y Costa Rica (derechos patrimoniales) contemplan sesenta días, mientras que Bolivia y Venezuela seis meses. En cualquier tiempo Colombia (salvo las dirigidas contra sentencias o providencias, las cuales caducan en dos meses), Ecuador, Costa Rica y México (cuando se trata de los actos previstos en el art. 22 constitucional).

I) Conductas impugnables

Todo acto u omisión. En muy pocos países procede contra normas de carácter general, como en algunos países de Centroamérica, debido a la influencia del sector del amparo mexicano conocido como «amparo contra leyes».

J) Medidas o providencias cautelares o precautorias

En todos los países proceden estas medidas, suspendiendo de manera provisional o definitiva el acto o los efectos de la ley que vulnera las libertades o derechos fundamentales. Proceden en casos de gravedad o de imposible o difícil reparación o restitución del derecho infringido, de oficio o a petición de parte, según la normatividad existente. En algunos países se le conoce como «amparo provisional», y existe la tendencia de aceptar la doctrina de la «aparición del buen derecho».

Estas providencias han sido, incluso, reconocidas en los organismos supranacionales ante la Corte Europea y Americana de Derechos Humanos, con el nombre de «medidas provisionales».

K) Amparo internacional (interamericano y europeo)

Los dieciocho países latinoamericanos que contemplan la institución, también han reconocido la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (integrada por siete jueces), con sede en San José, Costa Rica, lo que implica una posible vía subsidiaria, reforzada y complementaria en la protección de los derechos y libertades fundamentales, pero teniendo como base la Convención Americana y sus protocolos adicionales. Existe el filtro previo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos donde se inicia el procedimiento. Los individuos sólo estarán legitimados cuando el caso sea elevado a la Corte por parte de la Comisión conforme al nuevo Reglamento.

En el supuesto de Andorra y España, se posibilita esta instancia supranacional ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (integrado por 47 jueces) con sede en Estrasburgo, Francia, de manera directa, al haber desaparecido la Comisión Europea (a partir de 1999, derivado del Protocolo núm. 11 de la Convención de Roma), lo que ha propiciado un cúmulo de miles de causas pendientes de resolver. Con el ánimo de atemperar el rezago, el Consejo de Europa aprobó el 13 de mayo de 2004 el Protocolo núm. 14 a la propia Convención de Roma (que todavía no entra en vigor debido a que requiere la ratificación de la totalidad de los Estados miembros)⁴⁹. Este nuevo Protocolo tiene por objeto depurar los asuntos que resuelve, mediante un procedimiento más ágil para el examen de la admisibilidad de las denuncias a través de un juez individual y teniendo en cuenta la importancia, gravedad y novedad de los planteamientos, entre otras cuestiones.

⁴⁹ Faltan por ratificar cuatro países: Bélgica, Polonia, Rusia y Turquía.

De las breves notas anteriores se desprenden algunas tendencias claras de la normatividad y jurisprudencia de los veinte países iberoamericanos que contemplan la institución analizada, lo que perfila las bases y Derecho uniforme, con características propias, de lo que podemos denominar el «amparo iberoamericano», configurado como el proceso constitucional autónomo de mayor alcance en la protección jurisdiccional de los derechos y libertades fundamentales.

6. BIBLIOGRAFÍA ESPECIALIZADA

La bibliografía sobre el recurso, juicio, proceso, acción o derecho de amparo en los países iberoamericanos resulta significativa, por lo que a manera de orientación señalamos los libros que específicamente se refieren a la institución y que han sido publicados en los países iberoamericanos analizados, omitiendo las obras generales sobre jurisdicción, proceso, defensa o justicia constitucionales o sobre Derecho procesal constitucional. En los casos de Argentina, Brasil y México, sólo se hará mención de las obras aparecidas desde los años noventa del siglo pasado, debido a la gran cantidad de bibliografía que se ha generado en estos países.

A) Argentina

- CREO BAY, H. B.: *Amparo por mora de la administración pública*, 2.^a ed., Buenos Aires, Astrea, 1995, 184 pp.
- BIDART CAMPOS, G. J.; SAGÜÉS, N. P.; CHAUMET, M. E.; MENICOCCHI, A. A.; NICOLAU, N. L.; PUCCINELLI, O. R.; SERRA, M.^a M., y TORICELLI, M. (coords.): *El amparo constitucional: perspectivas y modalidades: artículo 43 de la Constitución*, Buenos Aires, Depalma, 1999, 271 pp.
- DÍAZ, S. A.: *Acción de Amparo*, Buenos Aires, La Ley, 2001, 436 pp.
- GIL DOMÍNGUEZ, A.: *Constitución, emergencia y amparo*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2002.
- GOZAÍNI, O. A.: *El derecho de amparo; los nuevos derechos y garantías del artículo 43 de la Constitución Nacional*, 2.^a ed., Buenos Aires, De Palma, 1998, 282 pp.
- *Amparo: Derecho procesal constitucional: doctrina y jurisprudencia*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2004, 527 pp.
- JIMÉNEZ, E. P.: *Los derechos humanos de la tercera generación. Medio ambiente; derechos del usuario y del consumidor; acción de amparo - jurisprudencia*, Buenos Aires, Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, 1997, 285 pp.
- MORELLO, A. M., y VALLEFÍN, C. A.: *El amparo: régimen procesal*, 3.^a ed., La Plata, Librería Editora Platense, 1998, 430 pp.
- PIERINI, A., y LORENCE, V.: *Derecho de acceso a la información: por una democracia con efectivo control ciudadano: acción de amparo*, Buenos Aires, Universidad Instituto de Promoción de Estudios de Derechos Humanos, 1999, 244 pp.
- QUIROGA LAVIÉ, H.: *El amparo colectivo*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1998, 276 pp.
- RIVAS, A. A.: *El amparo, prólogo de Augusto Mario Morello*, 3.^a ed., Buenos Aires, Ediciones la Rocca, 2003, 831 pp.
- SAGÜÉS, N. P.: *Derecho procesal constitucional. Tomo 3: Acción de amparo*, 5.^a ed., Buenos Aires, Astrea, 2004, 752 pp.
- SALGADO, A. J.; VERDAGUER, C., y COAUT, A.: *Juicio de amparo y acción de inconstitucionalidad, prólogo de Lino Enrique Palacio*, 2.^a ed., Buenos Aires, Astrea, 2000, 484 pp.
- SBDAR, C. B.: *Amparo de derechos fundamentales*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2003, 451 pp.

TORICELLI, M. (coord.): *El amparo constitucional, perspectivas y modalidades: artículo 43 de la Constitución Nacional, prólogo Néstor Pedro Sagiés*, Buenos Aires, De Palma, 1999, 271 pp.

B) Bolivia

- FLORES MONCAYO, J.: *Necesidad de instituir el recurso de amparo en la legislación boliviana*, Potosí, Universitaria, 1964.
- OBLITAS POBRETE, E.: *Recurso de amparo*, La Paz, Popular, 1967.
- *Recurso de amparo constitucional*, La Paz, Ediciones Populares Camarlinghi, 1979, 308 pp.
- RIVERA SANTIVANEZ, J. A.: *Jurisdicción constitucional*, 2.^a ed., Cochabamba, Grupo Editorial Kipus, 2004.

C) Brasil

- AFFONSO, D. F.: *Do mandado de segurança: e a questão da execução provisória*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1998, 95 pp.
- AIRES FILHO, D.: *As 10 faces do mandado de segurança*, 2.^a ed., Brasília, Brasília Jurídica, 2002, 167.
- *O mandado de segurança em matéria electoral*, Brasília, Brasília Jurídica, 2002, 180.
- ALVIM, A.: *Mandado de segurança, direito público e tutela coletiva*, São Paulo, R. dos Tribunais, 2002, 558 pp.
- AMARAL, A. B. do: *Mandado de segurança no juízo criminal: aplicações, inclusive na lei 9.099 de 26.09.95*, 2.^a ed., Curitiba, Juruá Ed., 2004, 145 pp.
- ARAÚJO, E. N. de: *Mandado de segurança e autoridade coatora*, São Paulo, LTr, 2000, 176 pp.
- ARAÚJO, F. F. de: *Habeas corpus em matéria civil e mandato de segurança em matéria criminal*, Campinas, SP, Copola, 1996, 136 pp.
- BUENO, C. S.: *Mandado de segurança: comentários às Leis n. 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66 e outros estudos sobre mandado de segurança*, 2.^a ed., São Paulo, Saraiva, 2004, 277 pp.
- CAVALCANTE, M. C.: *Mandado de segurança*, São Paulo, Dialética, 2002, 302 pp.
- CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL: *Manual do mandado de segurança*, 2.^a ed., Brasília, O Conselho, 2000, 37 pp.
- CRETELLA JR., J.: *Os «Writs» na Constituição de 1988: mandado de segurança, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data, habeas corpus, ação popular*, 2.^a ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1996, 167 pp.
- DANTAS, M. N. R.: *Mandado de segurança coletivo*, São Paulo, Saraiva, 2000, 130 pp.
- DIREITO, C. A. M.: *Manual do mandado de segurança*, 4.^a ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2003, 328 pp.
- FIGUEIREDO, L. V.: *Mandado de segurança*, 5.^a ed., São Paulo, Malheiros, 2004, 263 pp.
- FONTOURA, L. J. T.: *O mandado de segurança e o novo agravo*, Belo Horizonte, Del Rey, 1996, 149 pp.
- FRIEDE, R. R.: *Aspectos fundamentais das medidas liminares: em mandado de segurança, ação cautelar, tutela específica, tutela antecipada*, 5.^a ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2002, 968 pp.
- GONÇALVES, B.: *Mandado de segurança: legitimidade ativa das associações*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1999, 119 pp.
- LEYSER, M.^a F. V. R.: *Mandado de segurança: individual e coletivo*, São Paulo, WVC Ed., 2002, 188 pp.

- LONDERO, F. R.: *Mandado de segurança: cabimento contra decisões interlocutórias no procedimento trabalhista*, São Paulo, LTr, 2004, 149 pp.
- LOPES, M. L. R.: *Mandado de segurança: doutrina, jurisprudência, legislação*, Niterói, RJ, Impetus, 2004, 154 pp.
- MACHADO, A. C. da C.: *Normas processuais civis interpretadas: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo das leis do mandado de segurança*, São Paulo, J. de Oliveira, 2003, 211 pp.
- MACHADO, H. de B.: *Mandado de segurança em matéria tributária*, 6.^a ed., São Paulo, Dialética, 2006, 335 p.
- MARTINS, A. C. G.: *Mandado de segurança coletivo: legitimidade para a causa e o regime da coisa julgada*, Porto Alegre, Síntese, 1999, 104 pp.
- MATIELO, F. Z.: *Mandado de segurança*, Porto Alegre, Sagra Luzzatto, 2001, 184 pp.
- MEIRELLES, H. L.: *Mandado de segurança e acao popular*, 8.^a ed., São Paulo, R. dos Tribunais, 1982, 134 pp.
- *Mandado de segurança: ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data, ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental*, 28.^a ed., São Paulo, Malheiros, 2005, 767 pp.
- MOMEZZO, M. C.: *Mandado de segurança coletivo*, São Paulo, LTr, 2000, 102 pp.
- OLIVEIRA, F. A. de: *Mandado de segurança e controle jurisdiccional*, 3.^a ed., São Paulo, R. dos Tribunais, 2002, 562 pp.
- PACHECO, J. da Silva.: *O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas*, 4.^a ed., São Paulo, R. dos Tribunais, 2002.
- PASSOS, P. R. da Silva: *Do mandado de segurança: antecedentes, direito comparado, constitucionalidade, cabimento*, São Paulo, EDIPRO, 1991, 200 pp.
- PICANÇO, M.: *Mandado da Segurança*, Ríó de Janeiro, Livraria Jacintho, 1937, 254 pp.
- REIS, N.: *Mandado de segurança*, Belo Horizonte, Del Rey, 2000, 90 pp.
- REMÉDIO, J. A.: *Mandado de segurança: individual e coletivo*, São Paulo, Saraiva, 2002, 656 pp.
- (org.): *O Mandado de segurança na jurisprudência: direito material e procesual*, 2.^a ed., São Paulo, Saraiva, 2003, 1772 pp.
- SANTOS, O. J.: *Interpretação à Lei do mandado de segurança*, 7.^a ed., São Paulo, Lawbook, 2001, 498 pp.
- SCARPINELLA BUENO, C.; ARRUDA ALVIM, E., y ARRUDA ALVIM WAMBIER, T. (coords.): *Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança: 51 anos depois*, São Paulo, R. dos Tribunais, 2002, 831 pp.
- SCHMIDT JUNIOR, R. E.: *Mandado de segurança: doutrina, legislação, jurisprudência, prática*, 7.^a ed., Curitiba, Juruá Ed., 2003, 158 pp.
- TEIXEIRA FILHO, M. A.: *Cadernos de processo civil, 40: mandado de segurança*, São Paulo: LTr, 2000, 65 pp.
- ZANETI, H.: *Mandado de segurança coletivo: aspectos processuais controversos*, Porto Alegre, S. A. Fabris, 2001, 200 pp.

D) Chile

- ABERASTURI, P.: *La protección constitucional del ciudadano: Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica y Venezuela*, Buenos Aires, CIEDLA, Centro Interdisciplinario de Estudios sobre el Desarrollo Latinoamericano, 1999, 255 pp.
- LINETZKY, J., y MARÍN GONZÁLEZ, J. C.: *Recurso de protección y contratos*, Santiago de Chile, Jurídica de Chile, 1996, 239 pp.
- LIRA HERRERA, S.: *Recurso de protección (naturaleza jurídica, doctrina, jurisprudencia, Derecho comparado)*, Santiago, Alborada, 1990, 228 pp.

- MONTERO RODRÍGUEZ, O. E.: *El recurso de protección una forma de control de la administración: análisis jurisprudencial*, Santiago de Chile, Eds. Jurídicas de Santiago, 2005, 131 pp.
- NOGUEIRA ALCALÁ, H. (ed.): *Acciones constitucionales de amparo y protección: realidad y prospectiva en Chile y América Latina*, Talca, Universidad de Talca, 2000, 510 pp.
- OLAVE ALARCÓN, C.: *Recurso de protección*, 2.^a ed., Santiago de Chile, Jurídica Conosur, 1998, 278 pp.
- PAILLAS PEÑA, E.: *El recurso de protección ante el Derecho comparado*, Santiago de Chile, Jurídica de Chile, 2002, 166 pp.
- SOTO KLOSS, E.: *El recurso de protección: orígenes, doctrinas y jurisprudencia*, Santiago, Jurídica de Chile, 1982, 582 pp.
- UGALDE PRIETO, R.: *El recurso de protección en materia tributaria*, Santiago de Chile, Jurídica Conosur, 1993, 404 pp.
- VERDUGO JOHNSTON, P.: *El recurso de protección en la jurisprudencia*, Santiago, Ediar-Conosur, impresión de 1988, 258 pp.

E) Colombia

- ARENAS SALAZAR, J.: *La tutela: una acción humanitaria*, Santafé de Bogotá, Doctrina y Ley, 1992, 435 pp.
- BARRETO RODRÍGUEZ, J. V.: *Acción de tutela: teoría y práctica*, Santafé de Bogotá, Legis, 1997, 460 pp.
- CAMARGO, P. P.: *Manual de la acción de tutela*, 4.^a ed., Santafé de Bogotá, Ediciones Jurídicas Radar, 2005, 388 pp.
- CEPEDA ESPINOZA, M. J.: *La tutela: materiales y reflexiones sobre su significado*, Bogotá, Presidencia de la República, Consejería para el Desarrollo de la Constitución, 1992, 171 pp.
- COMISIÓN COLOMBIANA DE JURISTAS: *El papel de la Corte Constitucional y la tutela en la realización del Estado social de Derecho*, Bogotá, Comisión Colombiana de Juristas, 2003, 82 pp.
- COPETE MURILLO, A.: *La tutela: historia, procedimientos*, Santafé de Bogotá, Gráficas García González, 1993, 211 pp.
- CORREA HERNAO, N. R.: *Derecho procesal de la acción de tutela*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, 2001, 272 pp.
- CRISTANCHO PARRA, J. L.: *La acción de tutela: guía práctica*, Bogotá, Jurídica Radar, 1994, 333 pp.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO: *Acción de tutela*, Bogotá, Defensoría del Pueblo, 1993, 191 pp.
- *La acción de tutela: preguntas y respuestas*, Santafé de Bogotá, Defensoría del Pueblo, 1998, 24 pp.
- DUEÑAS RUIZ, O. J.: *Acción de tutela: cincuenta respuestas a inquietudes*, Santafé de Bogotá, Librería del Profesional, 1992, 147 pp.
- *Procedimiento en la tutela y control de constitucionalidad*, Santafé de Bogotá, Librería del Profesional, 1996, 389 pp.
- *Acción y procedimiento en la tutela*, Bogotá, Librería del Profesional, 2001, 595 pp.
- ESCUADERO ALZATE, M.^a C.: *Práctica general de Derecho: minutas y modelos: Derecho civil, procesal civil, comercial, familia, penal, laboral, policivo, contencioso administrativo, constitucional, notarial, acciones de tutela y cumplimiento*, 18.^a ed., Santafé de Bogotá, Leyer, 2005, 1352 pp.
- FIERRO MÉNDEZ, H.: *Tutela y vías de hecho: una visión de ponderación constitucional*, Bogotá, Leyer, 2004, 176 pp.
- GARCÍA VILLEGAS, M. (dir.): *Justicia constitucional y acción de tutela*, Santafé de Bogotá, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, 1996, 71 pp.

- HENAO HIDRÓN, J.: *Derecho procesal constitucional: protección de los derechos constitucionales: acciones populares, de tutela, de cumplimiento, de grupo, de inconstitucionalidad, pérdida de investidura, revocatoria del mandato, justicia de paz*, Bogotá, Temis, 2003, 212 pp.
- JARAMILLO, R. D.: *Los derechos fundamentales y la acción de tutela*, Santafé de Bogotá, San Pablo, 1996, 41 pp.
- LAFaurie ZAMBRANO, M.^a C.: *Facultad de las personas jurídicas para el ejercicio de la acción de tutela*, Santafé de Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, 1996, 101 pp.
- LEGIS: *Manual práctico de la tutela*, Bogotá, Legis, 2002, 153 pp.
- MEDINA OROZCO, L. D.: *La acción de tutela frente a las decisiones penales por vías de hecho*, Santafé de Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1999, 137 pp.
- MESTIZO DE MONTAÑA, R.: *Acción de tutela y convivencia escolar*, Santafé de Bogotá, Cooperativa Editorial Magisterio, 1999, 171 pp.
- MILLÁN MENDOZA, N. H.: *La acción de tutela en el sector salud*, Cali, Centro Editorial Catorce, 2003, 253 pp.
- MORENO ALBARÁN, E.: *El contrato de suscripción en el servicio telefónico: embargo de líneas telefónicas, acción de tutela por desatención de las peticiones*, Santafé de Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 1993, 191 pp.
- OLANO GARCÍA, H.: *Acción de tutela: práctica forense*, Tunja, Caja Popular Cooperativa, 1993, 98 pp.
- ORTEGA RIVERO, G.: *ABC de la acción de tutela: guía práctica y jurisprudencia*, Santafé de Bogotá, Temis, 1996, 106 pp.
- OSUNA PATIÑO, N. I.: *Tutela y amparo: derechos protegidos*, 2.^a ed., Santafé de Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, 368 pp.
- PARRA GUZMÁN, M. F.: *Tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales*, Santafé de Bogotá, Doctrina y Ley, 2000, 272 pp.
- PATIÑO BELTRÁN, C. A.: *Acciones de tutela, cumplimiento, populares y de grupo: guía práctica*, 2.^a ed., Bogotá, Leyer, 2004, 261 pp.
- PAVA TREJOS, H.: *Cartilla básica: Derecho a la educación y libertad de enseñanza, elementos de Derecho aplicado, elementos de la acción de tutela*, Santafé de Bogotá, CONACED, 1996, 87 pp.
- PENAGOS VARGAS, G.: *El silencio administrativo: origen, fundamento, clasificación, procedimiento para hacerlo efectivo, silencio y vía gubernativa, invalidez, responsabilidad de la administración, silencio administrativo y acción de tutela*, Santafé de Bogotá, Doctrina y Ley, 1997, 273 pp.
- PRESIDENCIA, CONSEJERÍA PARA EL DESARROLLO DE LA CONSTITUCIÓN: *Los derechos fundamentales, protección para todos: libro blanco de la tutela*, Bogotá, Imprenta Nacional de Colombia, 1992, 83 pp.
- PULIDO RODRÍGUEZ, I.: *Protección de los derechos fundamentales del niño mediante la acción de tutela*, Santafé de Bogotá, I. Pulido Rodríguez, 1997, 212 pp.
- QUINCHE RAMÍREZ, M. F.: *Vías de hecho: acción de tutela contra providencias*, 2.^a ed., Bogotá, Grupo Editorial Huella de Ley, 2005, 336 pp.
- ROSAS CRUZ, A. (comp.), *La acción de tutela en la jurisprudencia de la Corte*, Santafé de Bogotá, Defensoría del Pueblo, 1996, 443 pp.
- RUA CASTAÑO, J. R.: *La tutela judicial efectiva*, Bogotá, Leyer, 2002, 157 pp.
- SOLANO SIERRA, J. E.: *Práctica administrativa: minutas, peticiones, recursos, poderes, y actuaciones contencioso administrativas, acción de tutela, actuación administrativa y defensa de la entidad, comentarios, legislación, jurisprudencia, doctrina*, Santafé de Bogotá, Librería del Profesional, 1996, 596 pp.
- VILLEGAS ARBELÁEZ, J.: *Diccionario de jurisprudencia laboral y administrativa laboral de la Corte Constitucional: acción de tutela y control de constitucionalidad, 1992-1995*, Santafé de Bogotá, Rodríguez Quito Editores, 1996, 2 vols.

F) Costa Rica

MURILLO ARIAS, M.: *Perfiles del amparo costarricense*, San José, Juritexto, 1997, 26 pp.

G) Ecuador

ALCÍVAR SANTOS, O.: *Estudios constitucionales: el amparo, la corrupción, las autonomías*, Guayaquil, Orlando Arcívar Editor, 151 pp.

ANDRADE H., M., y ARIAS S., A.: *Manual sobre la acción de amparo constitucional en el Ecuador*, Quito, Corporación Latinoamericana para el Desarrollo (CLD), 1999, 56 pp.

BODERO, E. R.: *El amparo de la libertad: estudio dogmático y criminológico*, Ecuador [s.n.], 1996, 160 pp.

LUNA GAIBOR, J. L.: *El derecho de amparo*, Ecuador [s.n.], 1998, 97 pp.

POLIT MONTES DE OCA, B.: *El amparo constitucional: su aplicación y límites*, Quito, Corporación Editora Nacional, 108 pp.

H) El Salvador

CÁDER CAMILOT, A. E.: *El amparo en El Salvador: un abordaje desde la óptica procesal*, San Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2003, 47 pp.

MONTECINO GIRALT: *El amparo en El Salvador*, San Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2005, 297 pp.

I) España

AAVV: *La sentencia de amparo constitucional: actas de las I Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1996, 262 pp.

ARAUJO, J. O.: *El recurso de amparo*, Palma de Mallorca, Jorvich, 1986, 397 pp.

BORRAJO INIESTA, I.; DíEZ-PICAZO, I., y FERNÁNDEZ FARRERES, G.: *El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo: una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional*, Madrid, Banco Bilbao Vizcaya, Civitas, 1995, 163 pp.

CANO MATA, A.: *El recurso de amparo (doctrina del Tribunal Constitucional)*, Madrid, Ederesa, 1983, 236 pp.

CARRILLO, M.: «La tutela de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios (la aplicación jurisdiccional de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona)», Madrid, *Boletín Oficial del Estado*, 1995, 426 pp.

CASCAJO CASTRO, J. L., y SENDRA, V. G.: *El recurso de amparo*, 2.^a ed., Madrid, Tecnos, 1992, 171 pp.

CASTILLO RIGABERT, F.: *La admisión del recurso de amparo*, Murcia, Universidad de Murcia, 1991, 188 pp.

CORDÓN MORENO, F.: *El proceso de amparo constitucional*, 2.^a ed., Madrid, La Ley, D. L., 1992, 230 pp.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., et al., *La sentencia de amparo constitucional; actas de las I Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1996, 262 pp.

FERNÁNDEZ FARRERES, G.: *El recurso de amparo según la jurisprudencia constitucional: comentarios al Título III de la LOTC*, Madrid, Marcial Pons, 1994, 383 pp.

— *El recurso de amparo constitucional: una propuesta de reforma*, Madrid, Fundación Alternativas, 2005, 49 pp.

- FIGUERUELO, Á.: *El recurso de amparo: estado de la cuestión*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2001, 126 pp.
- GARABITO GARCÍA, G. E.; SENDRA, V. G., y GARBERI LLOBREGAT, J.: *Los procesos de amparo: ordinario, constitucional e internacional*, Madrid, Colex, 1994, 386 pp.
- GARCÍA MORILLO, J.: *El amparo judicial de los derechos fundamentales*, Madrid, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, 1985, 129 pp.
- GARCÍA MURCIA, J.: *La revisión de los contratos colectivos a través del recurso de amparo*, Madrid, Tecnos, 1992, 235 pp.
- GARCÍA RUIZ, J. L.: *El recurso de amparo en el Derecho español*, Madrid, Editora Nacional, 1980, 301 pp.
- GARCÍA VARELA, R., y CORBAL FERNÁNDEZ, J. E.: *El recurso de amparo constitucional en el área civil*, Barcelona, Bosch, 1999, 406 pp.
- GENEROSO HERMOSO, F., et al.: *Práctica del recurso de amparo constitucional*, Madrid, Dykinson, 1998, 176 pp.
- GIMENO SENDRA, V., y MORENILLA ALLARD, P.: *Los procesos de amparo: civil, penal, administrativo, laboral, constitucional y europeo*, Madrid, Colex, 2003, 328 pp.
- GÓMEZ AMIGO, L.: *La sentencia estimatoria del recurso de amparo*, Pamplona, Aranzadi, 1998, 338 pp.
- MERCADER UGUINA, J. R., y NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: *El recurso de amparo: un enfoque laboral*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, 284 pp.
- MIERES MIERES, L. J.: *El incidente de constitucionalidad en los procesos constitucionales: (especial referencia al incidente en el recurso de amparo)*, Madrid, Civitas, 1998, 192 pp.
- MONTAÑÉS PARDO, M. Á.: *La suspensión cautelar en el recurso de amparo: prontuario de jurisprudencia constitucional*, Navarra, Aranzadi, 2001, 344 pp.
- MONTERO AROCA, J.: *Amparo constitucional y proceso civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, 597 pp.
- MOYA GARRIDO, A.: *El recurso de amparo según la doctrina del Tribunal Constitucional: procesales y derechos protegidos: doctrina constitucional - textos legales - normas formularios*, Barcelona, Bosch, D. L., 1983, 403 pp.
- PÉREZ ÁLVAREZ, M. Á. (dir.): «La desprotección social de los menores y las instituciones de amparo reguladas en la ley orgánica de protección del menor», en *Jornadas de Derecho civil en homenaje a Estanislao Aranzadi*, Coruña, Universidade da Coruña, 1997, 96 pp.
- PÉREZ TREMPES, P.: *El recurso de amparo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, 430 pp.
- (coord.): *La reforma del recurso de amparo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, 317 pp.
- QUADRA-SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO: *El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, Madrid, Civitas, 1981, 104 pp.
- REYES, R.: *La defensa constitucional, recursos de inconstitucionalidad y amparo, cartas*, Madrid, Espasa-Calpe, 1934, 399 pp.
- SÁNCHEZ MORÓN, M.: *El recurso de amparo constitucional: naturaleza jurídica, características actuales y crisis*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987, 83 pp.
- SEÑES MOTILLA, C.: *La vía judicial previa al juicio de amparo*, Madrid, Civitas, 1994, 144 pp.

J) Guatemala

- CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD: *Incidencias procesales: acciones de amparo. Inconstitucionalidad de leyes en casos concretos*, Guatemala, Corte de Constitucionalidad, 2004, 37 pp.
- GUZMÁN HERNÁNDEZ, M. R.: *El amparo fallido*, 2.^a ed., Guatemala, Corte de Constitucionalidad, 2004, 200 pp.

- MORENO GRAU, J.; DE LEÓN MOLINA, R., y YOLANDA BORRAYO, I.: *El amparo en Guatemala: problemas y soluciones*, Guatemala [s.n.] [s.f.], 199 pp.
- PEÑA HERNÁNDEZ, E.: *Las libertades públicas en la Constitución Política de la República de Guatemala, 1985: El derecho de amparo* [s.l.], 1986, 164 pp.
- RODRÍGUEZ-CERNA, C. R.: *El amparo guatemalteco y las verdaderas reformas que clama su justicia constitucional*, Guatemala, 2005.

K) México

- ADATO GREEN, V.; ROMÁN PALACIOS, H.; SILVA MEZA, J., et al.: *Dinámica del procedimiento penal federal y el amparo penal directo e indirecto: metodología para el control y seguimiento*, 2.^a ed., México, Porrúa, 1994, 208 pp.
- AGUILAR ÁLVAREZ Y DE ALBA, H.: *El amparo contra leyes*, México, Trillas, 1990, 173 pp.
- ARELLANO GARCÍA, C.: *Práctica forense del juicio de amparo*, 10.^a ed., México, Porrúa, 1996, 870 pp.
- *El juicio de amparo*, 6.^a ed., México, Porrúa, 2000, 1037 pp.
- BARCENAS CHÁVEZ, H.: *Derecho agrario y el juicio de amparo*, México, McGraw-Hill, 2000, 259 pp.
- BARRAGÁN BARRAGÁN, J.: *Proceso de discusión de la Ley de Amparo de 1882*, México, UNAM, 1993, 653 pp.
- *Algunas consideraciones sobre los cuatro recursos de amparo regulados por las Siete Partidas*, 2.^a ed., México, Universidad de Guadalajara, 2000, 109 pp.
- BAZDRESCH, L.: *El juicio de amparo. Curso general*, 5.^a ed., México, Trillas, 1990, 384 pp.
- BURGOA, I.: *Renovación de la Ley de Amparo*, México, Instituto Mexicano del Amparo, 2000, 54 pp.
- *Diccionario de Derecho constitucional, garantías y amparo*, 6.^a ed., México, Porrúa, 2000, 478 pp.
- *El juicio de amparo*, 38.^a ed., Porrúa, 2001, 1094 pp.
- *¿Una nueva Ley de Amparo o la renovación de la vigente?*, México, Porrúa, 2001, 120 pp.
- CABRERA ACEVEDO, L.: *El amparo colectivo protector del Derecho al ambiente y de otros derechos humanos*, México, Porrúa, 2000, 102 pp.
- CARRANCÁ BOURGET, V. A.: *Teoría del amparo y su aplicación en materia penal*, México, Porrúa, 1999, 632 pp.
- CARRANCÓ ZÚÑIGA, J.: *Amparo directo contra leyes*, México, Porrúa, 2001, 318 pp.
- CARRASCO IRIARTE, H.: *Amparo en materia fiscal*, México, Oxford University Press, 1998, 171 pp.
- CASTILLO DEL VALLE, A. DEL: *El amparo penal indirecto: grandeza y desventuras: breviario de aberraciones judiciales en amparo penal*, México, Herrero, 1995, 139 pp.
- *Amparo*, México, EDAL, 1998, 2 vols.
- CASTRO Y CASTRO, J. V.: *Hacia el amparo evolucionado*, 5.^a ed., México, Porrúa, 2003, 187 pp.
- *Garantías y amparo*, 13.^a ed., México, Porrúa, 2004, 695 pp.
- *La suspensión del acto reclamado en el amparo*, 5.^a ed., México, Porrúa, 2004, 254 pp.
- *El sistema del derecho de amparo*, México, Porrúa, 2004, 283 pp.
- *Réquiem para el Ministerio Público en el Amparo*, 2.^a ed., México, Porrúa, 2005, 127 pp.
- *El amparo social*, núm. 7, México, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, Porrúa, 2005, 74 pp.
- CONCHA CANTÚ, H., y SILVA NAVA, C. DE: *La administración de justicia en las entidades federativas; amparo directo*, Zacatecas, Zac., Tribunal Superior de Justicia del Estado de Zacatecas, 2000, 52 pp.

- CRUZ AGÜERO, L. DE LA: *Breve teoría y práctica del juicio de amparo en materia penal*, México, Porrúa, 1994, 361 pp.
- CHÁVEZ CASTILLO, R.: «Juicio de amparo», en Biblioteca Diccionarios Jurídicos Temáticos, 7, México, Oxford University Press Harla, 1999, 112 pp.
- Formulario del juicio de amparo directo, México, Sista, 2002.
- CHÁVEZ PADRÓN, M.: *Evolución del juicio de amparo y del poder judicial federal mexicano*, México, Porrúa, 1990, 307 pp.
- CHAVIRA MARTÍNEZ, M.^a de los Á. E.: *Reflexiones sobre el juicio de amparo en materia civil, directo e indirecto*, México, Porrúa, 2005, 223 pp.
- DELGADO MOYA, R.: *El juicio de amparo en el procedimiento laboral*, México, Piscis Editores, 1971, 298 pp.
- ESPINOZA BARRAGÁN, M. B.: *Juicio de amparo*, México, Porrúa, 2000, 299 pp.
- ESQUINCA MUÑOCA, C.: *El juicio de amparo indirecto en materia de trabajo*, 4.^a ed., México, Porrúa, 2000, 483 pp.
- *El juicio de amparo directo en materia de trabajo*, México, Porrúa, 2000, 465 pp.
- ESTRADA RODRÍGUEZ, J. G.: *Los supuestos de procedencia del juicio de amparo*, Zacatecas, México, Tribunal Superior de Justicia del Estado de Zacatecas, 2002, 317 pp.
- FERRER MAC-GREGOR, E.: *La acción constitucional de amparo en México y España: estudio de Derecho comparado*, México, 3.^a ed., Porrúa, 2002, 569 pp.
- *Juicio de amparo e interés legítimo: la tutela de los derechos difusos y colectivos*, 2.^a ed., México, Porrúa, 2004, 74 pp.
- FIX-ZAMUDIO, H.: *Ensayos sobre el derecho de amparo*, 3.^a ed., México, Porrúa-UNAM, 2003, 1102 pp.
- GARCÍA MORELOS, G.: *Amparo, Habeas data, Habeas corpus: estudio comparativo México-Argentina*, México, ABC editores, 1998, 267 pp.
- GÓNGORA PIMENTEL, G.: *Introducción al estudio del juicio de amparo*, 10.^a ed., México, Porrúa, 1999, 674 pp.
- Suspensión del acto reclamado, 7.^a ed., México, Porrúa, 2004, 2483 pp., 2 tomos.
- La suspensión en materia administrativa, 9.^a ed., México, Porrúa, 2005, 209 pp.
- GÓNGORA PIMENTEL, G., y SAUCEDO ZAVALA, M.^a G.: *Ley de amparo: doctrina jurisprudencial, compilación de tesis*, 7.^a ed., 2 tomos, México, Porrúa, 2004, 3763 pp.
- GONZÁLEZ COSSÍO, A.: *El juicio de amparo*, 4.^a ed., México, Porrúa, 1990, 323 pp.
- GUDIÑO PELAYO, J. de J.: *Problemas fundamentales del amparo mexicano*, México, Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, 1991, 318 pp.
- *Reflexiones en torno a la obligatoriedad de la jurisprudencia: inconstitucionalidad del primer párrafo de los artículos 192 y 193 de la Ley de Amparo*, México, Universidad de Guadalajara, 1996, 41 pp.
- *Introducción al amparo mexicano*, 3.^a ed., Noriega, ITESO, 1999, 520 pp.
- HURTADO MÁRQUEZ, E. (ed.): *Ensayo bibliográfico de Derecho constitucional mexicano y de garantías, amparo y derechos humanos*, México, UNAM, 1998, 757 pp.
- LERÍN VALENZUELA, J.: *Antología de Manuel Crecensio Rejón pionero del juicio de amparo mexicano, en su esencia*, 2.^a ed., Puebla, OGS, 2000, 218 pp.
- MANCILLA OVANDO, J. A.: *El juicio de amparo en materia penal*, México, Porrúa, 1993, 178 pp.
- MARTÍNEZ GARZA, V.: *La autoridad responsable en el juicio de amparo en México*, 2.^a ed., México, Porrúa, 1999, 388 pp.
- MARROQUÍN ZALETA, J. M.: *Técnica para la elaboración de una sentencia de amparo directo*, 6.^a ed., México, Porrúa, 2002, 374 pp.
- MIRÓN REYES, J. A.: *El juicio de amparo en materia penal*, México, Porrúa, 2001, 468 pp.
- NAZAR SEVILLA, M. A.: *El juicio de amparo en materia agraria*, México, Poder Judicial de la Federación - Consejo de la Judicatura Federal, 1997, 373 pp.
- *Control constitucional: Evolución del juicio de garantías por jurisprudencia y amparo en materia agraria*, 2.^a ed., México, Porrúa, 1998, 410 pp.

- NORIEGA CANTÚ, A.: *Lecciones de amparo*, 3.^a ed., rev. y act. por J. L. SOBERANES FERNÁNDEZ, México, Porrúa, 1991, 2 vols.
- OJEDA BOHÓRQUEZ, R.: *El amparo contra normas con efectos generales*, México, Porrúa, 2001, 165 pp.
- *El amparo penal indirecto: (suspensión)*, 3.^a ed., México, Porrúa, 2002, 507 pp.
- POLO BERNAL, E.: *El juicio de amparo contra leyes: sus procedimientos y formulario básico*, 2.^a ed., México, Porrúa, 1993, 550 pp.
- *Los incidentes en el juicio de amparo; con jurisprudencia y precedentes*, México, Limusa, 1998, 200 pp.
- REYES TAYABAS, J.: *Derecho constitucional aplicado a la especialización en amparo*, 4.^a ed., México, Themis, 1998, 361 pp.
- RODRÍGUEZ GAONA, R.: *Derechos fundamentales y juicio de amparo*, México, Laguna, 1998, 336 pp.
- SÁNCHEZ CONEJO, M.: *El juicio de amparo agrario*, México, McGraw Hill, 2002, 83 pp.
- SOBERANES FERNÁNDEZ, J. L.: *Evolución de la Ley de Amparo*, México, UNAM, 1994, 442 pp.
- SOBERANES FERNÁNDEZ, J. L., y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, F. J.: *Apuntes para la historia del juicio de amparo*, México, Porrúa, 2002, 383 pp.
- *Fuentes para la historia del juicio de amparo*, México, 2004, 475 pp.
- SOTO GORDOA, I., y LIEVANA PALMA, G.: *La suspensión del acto reclamado en el juicio de amparo*, México, Porrúa, 1977, 251 pp.
- SUÁREZ CAMACHO, H.: *Análisis práctico operativo de la suplencia de la queja deficiente en el juicio de amparo*, México, UNAM, 1994, 140 pp.
- TENA SUCK, R., y MORALES SALDAÑA, H. Í.: *El juicio de amparo en materia laboral*, México, Oxford University Press, 2002, 426 pp.
- TRON PETIT, J. C.: *Manual de los incidentes en el juicio de amparo*, 3.^a ed., México, Themis, 2000, 416 pp.
- ZALDIVAR LELO DE LARREA, A.: *Hacia una nueva ley de amparo*, 2.^a ed., México, Porrúa, 2004, 216 pp.

L) Nicaragua

- ESCOBAR FORNOS, I.: *El amparo*, Bogotá, Temis, 1990, 84 pp.
- SÁNCHEZ CORRALES, R. I.: *El recurso de amparo en Nicaragua como protección de Derecho y libertades constitucionales y algunas realidades comparativas con otros países*, Valencia, Pueblos Fraternos, D. L., 1997, 200 pp.

M) Panamá

- CRUZ RÍOS, R.: *El amparo de las libertades públicas en Panamá*, Panamá, Litografía Enan, 1990, 287 pp.
- PÉREZ FERREIRA, F.: *Acción de amparo, confidencialidad y levantamiento del velo corporativo*, Panamá, Portobelo, 1998, 34 pp.
- RODRÍGUEZ MUÑOZ, O. C.: *La demanda de amparo de garantías constitucionales: manual práctico para su admisibilidad*, Panamá, Imprenta Universal Books, 2006, 108 pp.
- SOLÍS DÍAZ, G.: *Análisis práctico de cómo presentar el libelo de interposición del recurso, al amparo de la doctrina, del código y de la jurisprudencia: del escrito de casación civil: requisitos y defectos comunes*, Panamá [s.e.], 1996, 263 pp.

N) Paraguay

- AQUINO DE ORTIZ, M.: *Recurso de amparo*, Asunción, Escuela Técnica Salesiana, 1969.
 SOSA, E.: *La acción de amparo*, Paraguay, La Ley Paraguaya, 1988.
 — *El amparo judicial*, Asunción, La Ley, 2004.

O) Perú

- ABAD YUPANQUI, S.: *La acción de amparo contra resoluciones judiciales y la problemática de las vías previas y las vías paralelas*, Lima, 1987, 294 pp.
 — *Selección de jurisprudencia constitucional: habeas corpus y amparo*, Lima, CAJ, 1990, 540 pp.
 — *El proceso constitucional de amparo: su aporte a la tutela de los derechos fundamentales*, Lima, Gaceta Jurídica, 2004, 598 pp.
 BOREA ODRÍA, A.: *La defensa constitucional: el amparo*, Lima, Editorial Imprenta DESA, 1977, 113 pp.
 — *Las garantías constitucionales: habeas corpus y amparo; estudio doctrinario y jurisprudencia. Análisis de las Leyes 2.306, 2.598 y Decreto-Ley 25.433*, Lima, Libros Peruanos, 1992, 536 pp.
 — *Evolución de las garantías constitucionales: habeas corpus, acción de amparo, habeas data, acción de cumplimiento*, 2.^a ed., Lima, Editorial Fe de Erratas, 2000, 670 pp.
 CAIRO ROLDÁN, O.: *Justicia constitucional y proceso de amparo*, Lima, Palestra, 2004, 303 pp.
 CARPIO MARCOS, E.: *El amparo contra el amparo*, Lima, Eds. Legales Iberoamericana, 2004, 64 pp.
 CASTILLO CÓRDOVA, L.: *Habeas corpus, amparo y habeas data: un estudio esencialmente jurisprudencial*, Lima, ARA, Piura, Universidad de Piura, 2004, 403 pp.
 COLEGIO DE ABOGADOS DEL CALLAO: *Acción de habeas corpus y amparo en las sentencias del Tribunal Constitucional: investigación jurídica*, Lima, LEJ, 2004, 140 pp.
 COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS: *Los procesos de amparo y habeas corpus: un análisis comparado*, Lima, Comisión Andina de Juristas, 2000, 180 pp.
 FIGUEROA ESTREMADOYRO, H.: *Habeas corpus y acción de amparo: su procedimiento y comentarios*, Lima, Inkari, 1985, 36 pp.
 HEREDIA MENDOZA, M.: *Naturaleza procesal de la acción de amparo*, Lima, Cultural Cuzco, 1995, 173 pp.
 MONTALVO CABRERA, R. M.: *El recurso de amparo agrario o recurso de exceso de poder en el Derecho agrario peruano*, Lima, 1983, 228 pp.
 ORTECHO VILLENNA, V. J.: *Jurisdicción y procesos constitucionales: habeas corpus y amparo*, 4.^a ed., Lima, Rodhas, 2000, 391 pp.
 PARRA RODRÍGUEZ, R.: *El proceso constitucional de amparo en materia laboral: selección de sentencias del Tribunal Constitucional, expedidas en el año 2005*, Lima, Studio Editores, 2005, 397 pp.
 PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ: *Mecanismos internos de protección de los derechos humanos, habeas corpus, acción de amparo y habeas data: selección de textos*, Lima, PUCP, IDEI, 1998, 213 pp.
 RANILLA COLLADO, A.: *Habeas corpus y amparo: régimen legal, jurisprudencia, exposición de motivos*, Lima, PUBLIUNSA, 1990, 211 pp.
 UCHUYA CARRASCO, H.: *Amparo constitucional y legal del tercero registral*, Lima, Enmarce, 1999, 332 pp.
 VALLADOLID ZETA, V.: *Acciones de garantía: habeas corpus y amparo, habeas data, acción de cumplimiento, acción popular, acción de inconstitucionalidad, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Lima, Jurista Editores, 2003, 197 pp.

- ZVALETA C., W.: *Derecho procesal constitucional: acción de inconstitucionalidad. Acción popular. Habeas data. Acción de incumplimiento. Habeas corpus. Acción de amparo*, Lima, Manuel Chahu, 1997, 446 pp.
- ZUBIATE REYNA, F. A.: *Acción de amparo*, Lima, Cultural Cuzco, 1985, 200 pp.

P) Uruguay

- BIASCO MARINO, E.: *El amparo general en el Uruguay: una garantía constitucional para la protección en el goce de los bienes jurídicos*, Montevideo, AEU, 1998, 439 pp.
- FLORES DAPKEVICIUS, R.: *Acción de amparo: análisis teórico-práctico*, Montevideo, Nueva Jurídica, 1999, 62 pp.
- *Amparo, habeas corpus y habeas data, incluye análisis de casos y normativas de Derecho comparado*, Montevideo, Julio César Faira, 2004, 351 pp.
- GELSI BIDART, A.: *El amparo y el sistema de garantías jurisdiccionales del Derecho uruguayo*, México, UNAM, 1960.
- MESEGUER, L.: *Amparo legal*, Montevideo, Egus, 2001, 459 pp.
- OCHS OLAZÁBAL, D. E.: *La acción de amparo*, Montevideo, FCU, 1995, 99 pp.
- PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA: *La acción de amparo: Ley 16011 de [9-12-88]*, Montevideo, Presidencia de la República, Oficina Nacional del Servicio Civil, 1989, 80 pp.

Q) Venezuela

- AYALA CORAO, C. M.: *Del amparo constitucional al amparo interamericano como institutos para la protección de derechos humanos*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1998, 95 pp.
- BREWER-CARIAS, A.-R.: *El amparo de los derechos y libertades constitucionales (una aproximación comparativa)*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1993, 129 pp.
- *Estado de Derecho y control judicial: justicia constitucional, contencioso-administrativo y derecho de amparo*, Alcalá de Henares, Instituto Nacional de Administración Pública, 1987, 679 pp.
- ESCOVAR SALOM, R.: *El amparo en Venezuela*, Caracas, Colegio de Abogados del Distrito Federal, 1971, 159 pp.
- KORODY TAGLIAFERRO, J. E.: *El amparo constitucional y los intereses colectivos y difusos*, Caracas, Sherwood, 2004, 158 pp.
- SIERRAALTA, M.: *De los recursos de amparo y habeas corpus en el Derecho constitucional venezolano*, Caracas, Ediciones Jurídicas de Venezuela, 1961, 91 pp.

XIII. FUERZA EXPANSIVA DE LA JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE AMPARO*

En coautoría con Lourdes y María Estela
FERRER MAC-GREGOR POISOT**

*Al ministro Mariano Azuela Güitrón,
en reconocimiento a su trayectoria judicial;
con sincero aprecio y admiración.*

1. INTRODUCCIÓN

Nos resulta especialmente grato unirnos al muy sentido homenaje que se le formula a través de esta obra colectiva a uno de los ministros más influyentes de la última etapa de la séptima, de la octava y lo que va de la novena época del *Semanario Judicial de la Federación* (1983-2009).

Desde el año de 1983, en que fue designado como ministro Mariano Azuela Güitrón, tuvo especial interés en que los criterios sustentados por el más Alto Tribunal de la República quedaran reflejados en tesis, con independencia de la sentencia que contuviera el criterio jurídico correspondiente.

Ese afán por la sistematización de los criterios jurídicos obedecía a la necesidad de facilitar su conocimiento a todos los interesados, pues sólo se acostumbraba elaborar tesis en los asuntos en que así lo consideraran de manera

* Trabajo inédito realizado para una obra homenaje que se preparaba para el ministro Mariano Azuela Güitrón, con motivo de su jubilación en el año 2009 en la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

** Secretarías de Estudio y Cuenta de la Suprema Corte de Justicia de la Nación desde la década de los ochenta del siglo pasado.

discrecional los ministros. En esa época, generalmente constituían extractos o síntesis de la resolución y existía un retraso notorio en la publicación del medio oficial de difusión. Esto motivó a que los operadores jurídicos conocieran los criterios de la Suprema Corte y de los Tribunales Colegiados a través de publicaciones privadas que recopilaban la jurisprudencia.

El ministro Azuela, durante sus veintiséis años en el máximo cargo jurisdiccional del país, ha tenido especial preocupación en la temática que nos ocupa. Es por ello que pretendemos en esta sencilla colaboración, esbozar algunas cuestiones relevantes de su actuación, referida a la fuerza expansiva de la jurisprudencia en materia de amparo, especialmente cuando se trata de la inconstitucionalidad de leyes. No pretendemos realizar un estudio exhaustivo, sino simplemente señalar aspectos sobresalientes relacionados con los criterios y propuestas del hoy homenajeado.

En términos generales, puede afirmarse que el ministro Azuela desde su ingreso a la Suprema Corte, ha puesto especial énfasis en lograr: 1) que los proyectos de sentencia sometidos al conocimiento y aprobación de los ministros, ya fuera en Sala o en Pleno, fueran acompañados de la tesis o las tesis correspondientes al tema o temas jurídicos abordados en los asuntos; 2) sistematizar su elaboración para que las tesis constituyeran la expresión por escrito, en forma general, abstracta y clara de un solo criterio de interpretación para la resolución del asunto concreto, evitándose que contuvieran en su texto aspectos no comprendidos en la correspondiente resolución, así como datos concretos de carácter eventual, personal o contingente, tales como nombres de personas, domicilios, cantidades, etc., además de unificar su elaboración en tres partes básicas, a saber, el rubro, texto y datos de identificación del asunto o asuntos en que se sustentaron, para facilitar su consulta y localización, y 3) actualizar la publicación del *Semanario Judicial de la Federación* para la difusión oportuna de los criterios sustentados en las resoluciones, en aras de los principios de seguridad jurídica y transparencia judicial.

Lo anterior dio lugar a diversos acuerdos plenarios que institucionalizaron la obligación de la elaboración de las tesis y su publicación oportuna en el actual *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, constituyendo hoy el Acuerdo que rige la materia el identificado con el núm. 5/2003, aprobado por el Tribunal Pleno el 25 de marzo de 2003¹.

Así mismo, fue reconocido en la tesis 2.^a CV/2000², en la que se sostiene:

«JURISPRUDENCIA. LA OBLIGATORIEDAD CONSTITUCIONAL DE LA SUSTENTADA POR EL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, EXIGE DE LOS JUZGADORES ANÁLISIS Y SEGUIMIENTO PERMANENTES DE LOS MEDIOS INFORMATIVOS QUE LA DIFUNDEN. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece en el párrafo 8.º de su artículo 94, la obligatoriedad de la jurisprudencia de los tribunales del Poder Judicial de la Federación y remite a la ley la

¹ Publicado en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XVII, marzo de 2003, p. 1785. También *vid.* la aclaración de este Acuerdo, relativo a las reglas para la elaboración, envío y publicación de las tesis que emiten los órganos del Poder Judicial de la Federación, y para la verificación de la existencia y aplicación de la jurisprudencia establecida por la Suprema Corte (*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XVII, abril de 2003, p. 1191).

² *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XII, agosto de 2000, p. 364.

determinación de los términos de dicha obligatoriedad, lo que se regula en el capítulo único, del título cuarto, del libro primero, artículos 192 a 197-B. En el referido artículo 192 se establece la obligatoriedad de las jurisprudencias para todos los órganos jurisdiccionales de la República conforme al orden lógico descendente que se da entre el Pleno y las Salas de la Suprema Corte, los Tribunales Colegiados de Circuito, facultados para establecerla y los restantes órganos que imparten justicia. De acuerdo con ello, es indiscutible que los Jueces de Distrito tienen el deber de cumplir con las jurisprudencias sustentadas por los órganos mencionados y si no lo hacen incurrir en responsabilidad cuando, lógicamente, existen elementos suficientes para tener por demostrado que tuvieron conocimiento de ellas. Al respecto es indispensable, por una parte, que los órganos que establecen jurisprudencia cumplan celosamente con lo dispuesto por el artículo 195 del ordenamiento citado en cuanto a la aprobación del texto y rubro de las tesis jurisprudenciales, así como de su remisión a la dirección responsable de la publicación del *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta* y a los órganos jurisdiccionales que no intervinieron en su integración. Además, deberá hacerse la publicación oportuna de ese órgano informativo y las partes en los juicios de amparo deberán invocar específicamente las jurisprudencias que consideren aplicables. Lo anterior debe complementarse por todos los miembros de los órganos obligados a cumplir con la jurisprudencia, por un lado, con el especial cuidado en el análisis de los documentos aportados por las partes para determinar si pretenden que se aplique al caso alguna tesis jurisprudencial y, por otro, estableciendo con sus colaboradores profesionales un sistema riguroso de consulta, análisis y seguimiento del *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, así como de los oficios que al efecto se les remitan, a fin de estar oportunamente informados de las tesis jurisprudenciales del Poder Judicial de la Federación que deben cumplir».

En la anterior tesis se resalta lo siguiente:

- 1) La obligatoriedad de la jurisprudencia para todos los órganos jurisdiccionales de la República conforme al orden lógico descendente que se da entre el Pleno y las Salas de la Suprema Corte, los Tribunales Colegiados de Circuito, facultados para establecerla y los restantes órganos que imparten justicia, en términos de lo dispuesto en los artículos 94 de la Constitución y 192 y 193 de la Ley de Amparo.
- 2) La obligación de los órganos facultados para establecer jurisprudencia de cumplir con lo dispuesto por el artículo 195 de la Ley de Amparo, esto es, de redactar las tesis jurisprudenciales y remitirlas oportunamente para su publicación al *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta* y a los órganos jurisdiccionales que no intervinieron en su integración.
- 3) La publicación oportuna en ese órgano informativo.
- 4) La responsabilidad de todas las autoridades que incumplan la obligación de acatar la jurisprudencia.

Es claro que los logros en esta labor del ministro Mariano Azuela Güitrón demuestran la clara visión a futuro que siempre lo ha caracterizado, como servidor público consagrado a la administración de justicia en el país.

Concretamente, tratándose de tesis jurisprudenciales del más Alto Tribunal, la necesidad de su redacción, control y seguimiento, así como su oportuna publicación, adquieren especial importancia no sólo por razones de seguridad jurídica para su debido acatamiento por los órganos obligados a su aplicación, aunado al crecimiento que ha tenido el Poder Judicial de la Federación y a la necesidad de transparencia que exige la democracia constitucional en el país, sino

también atendiendo a la fuerza expansiva que ha adquirido la jurisprudencia que declara la inconstitucionalidad de una ley.

2. FUERZA EXPANSIVA DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE INCONSTITUCIONALIDAD DE LEYES

La evolución de nuestro país lo ha llevado a la implementación de nuevos medios para hacer imperar el orden constitucional como condición indispensable para la vida de un Estado constitucional y democrático de Derecho, lo que se ha manifestado en reformas constitucionales que ampliaron las facultades de la Suprema Corte de Justicia de la Nación como tribunal constitucional. Así se consagraron nuevas garantías constitucionales y se actualizaron otras.

Especialmente con la creación de la acción de inconstitucionalidad como un nuevo medio de defensa en contra de normas que contradigan nuestra Ley Suprema y la expansión de la controversia constitucional a través de la regulación detallada de los supuestos en que procede como medio de salvaguarda del federalismo y del principio de división de poderes en que se finca nuestro sistema político-jurídico.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, cumpliendo con la importante labor que le corresponde como tribunal constitucional, ha definido al orden constitucional como un orden total que extiende su validez y eficacia normativa de una manera absoluta sobre los órganos jurídicos parciales, por lo que la función interpretativa y de decisión sobre si un acto de autoridad está o no apegado a la norma fundamental, se reputa como una función de orden constitucional, superior a los restantes órdenes jurídicos parciales. Lo anterior ha sido sostenido por el Tribunal Pleno al resolver la controversia constitucional 31/97, bajo la ponencia del ministro Mariano Azuela Güitrón, que dio lugar a las tesis jurisprudenciales P/J 95/99, P/J 97/99 y P/J 101/99 que, respectivamente, señalan ³:

«CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. LOS DIVERSOS ÓRDENES JURÍDICOS ESTABLECIDOS EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL TIENEN AUTONOMÍA FUNCIONAL Y ASIGNACIONES COMPETENCIALES PROPIAS. Del contenido de los artículos 1.º, 40, 41, primer párrafo, 43, 44, 49, 105, fracción I, 115, fracción I, 116, primero y segundo párrafos, 122, primero y segundo párrafos, 124 y 133, de la Constitución Federal, puede distinguirse la existencia de cuatro órdenes jurídicos dentro del Estado mexicano, a saber: el federal, el local o estatal, el del Distrito Federal y el constitucional. Cada uno de ellos cuenta con asignaciones competenciales propias que, por lo general, son excluyentes entre sí, contando con autonomía para su ejercicio a cargo de las autoridades correspondientes».

«CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. LOS OBJETIVOS DEL ORDEN JURÍDICO CONSTITUCIONAL SON LA ASIGNACIÓN DE COMPETENCIA Y EL CONTROL DE SU EJERCICIO POR LAS AUTORIDADES DE LOS DEMÁS ÓRDENES JURÍDICOS. El orden jurídico constitucional establece, en su aspecto orgánico, el sistema de competencias al que deberán ceñirse la Federación, Estados y Municipios, y Distrito Federal y, en su parte dogmática, previene las garantías individuales en favor de los gobernados que deben ser respetadas, sin distinción, por las autoridades

³ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. X, septiembre de 1999, pp. 708 y 709.

de los órdenes anteriores, según puede desprenderse del enunciado del artículo 1.º constitucional. Además de las funciones anteriores, el orden constitucional tiende a preservar la regularidad en el ejercicio de las atribuciones establecidas en favor de las autoridades, las que nunca deberán rebasar los principios rectores previstos en la Constitución Federal, ya sea en perjuicio de los gobernados, por violación de garantías individuales, o bien afectando la esfera de competencia que corresponde a las autoridades de otro orden jurídico».

«CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. LA FINALIDAD DEL CONTROL DE LA REGULARIDAD CONSTITUCIONAL A CARGO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN INCLUYE TAMBIÉN DE MANERA RELEVANTE EL BIENESTAR DE LA PERSONA HUMANA SUJETA AL IMPERIO DE LOS ENTES U ÓRGANOS DE PODER. El análisis sistemático del contenido de los preceptos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos revela que si bien las controversias constitucionales se instituyeron como un medio de defensa entre poderes y órganos de poder, entre sus fines incluye también de manera relevante el bienestar de la persona humana que se encuentra bajo el imperio de aquéllos. En efecto, el título primero consagra las garantías individuales que constituyen una protección a los gobernados contra actos arbitrarios de las autoridades, especialmente las previstas en los artículos 14 y 16, que garantizan el debido proceso y el ajuste del actuar estatal a la competencia establecida en las leyes. Por su parte, los artículos 39, 40, 41 y 49 reconocen los principios de soberanía popular, forma de estado federal, representativo y democrático, así como la división de poderes, fórmulas que persiguen evitar la concentración del poder en entes que no sirvan y dimanen directamente del pueblo, al instituirse precisamente para su beneficio. Por su parte, los numerales 115 y 116 consagran el funcionamiento y las prerrogativas del Municipio Libre como base de la división territorial y organización política y administrativa de los Estados, regulando el marco de sus relaciones jurídicas y políticas. Con base en este esquema, que la Suprema Corte de Justicia de la Nación debe salvaguardar, siempre se encuentra latente e implícito el pueblo y sus integrantes, por constituir el sentido y razón de ser de las partes orgánica y dogmática de la Constitución, lo que justifica ampliamente que los mecanismos de control constitucional que previene, entre ellos las controversias constitucionales, deben servir para salvaguardar el respeto pleno del orden primario, sin que pueda admitirse ninguna limitación que pudiera dar lugar a arbitrariedades que, en esencia, irían en contra del pueblo soberano».

La definición del orden constitucional como orden supremo al que se encuentran sujetos los órdenes jurídicos parciales, ha influido de manera determinante en materia de amparo para la sustentación de criterios posteriores que han otorgado fuerza expansiva a la jurisprudencia sobre inconstitucionalidad de leyes, a fin de hacer prevalecer tal orden. Por una parte, mediante la definición de la obligación de aplicar la jurisprudencia que declare la inconstitucionalidad de una ley para todos los órganos que ejercen funciones jurisdiccionales obligados a su acatamiento; por otra, a través de la integración de jurisprudencias temáticas de aplicación obligatoria para los juzgados y tribunales del Poder Judicial de la Federación y aún en suplencia de la deficiencia de la queja; y, finalmente, al extender su eficacia al segundo o ulteriores actos de aplicación de la norma declarada contraria a la Ley Fundamental, impidiendo que tecnicismos procesales obstaculicen el imperio del orden superior.

Por lo que se refiere a la obligatoriedad de la jurisprudencia, debe destacarse que todavía las autoridades administrativas no están obligadas a aplicarla al fundar y motivar sus resoluciones (cuestión que debería cambiar en el futuro). Sin embargo, tratándose del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrati-

va, en razón de que si bien constituye un órgano formalmente administrativo, materialmente ejerce funciones jurisdiccionales, sí está obligado a aplicar la jurisprudencia que declare la inconstitucionalidad de una ley, sin que ello implique la realización de un pronunciamiento de índole constitucional pues se limita a la aplicación de la jurisprudencia, es decir, sólo debe verificar la procedencia de su aplicación al caso, como se advierte de los criterios sustentados en las tesis jurisprudenciales 2.ª/J 38/2002 y P/J 38/2002, ambas de la ponencia del ministro Mariano Azuela Güitrón⁴.

Como complemento a las anteriores jurisprudencias, debe señalarse que la Segunda Sala de la Suprema Corte estableció criterio, también de carácter ju-

⁴ 2.ª/J 38/2002, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XV, mayo de 2002, p. 175, que señala: «JURISPRUDENCIA SOBRE INCONSTITUCIONALIDAD DE LEYES. LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS NO ESTÁN OBLIGADAS A APLICARLA AL CUMPLIR CON LA GARANTÍA DE FUNDAR Y MOTIVAR SUS ACTOS. La obligación de las autoridades administrativas de fundar y motivar sus actos consiste en citar de manera específica la ley exactamente aplicable al caso, así como en expresar las circunstancias especiales, razones particulares o causas inmediatas que se hayan tenido en consideración para la emisión del acto y la adecuación entre los motivos aducidos y las normas aplicables, y no en citar también la jurisprudencia respectiva, esto es, la obligación de fundar los actos en la ley, no implica hacerlo en la forma en que haya sido interpretada por los órganos competentes del Poder Judicial de la Federación, dado que la jurisprudencia tiene notables diferencias con la ley y no puede ser equiparable a ésta, principalmente porque la jurisprudencia es obra de los órganos jurisdiccionales y la ley del órgano legislativo, es decir; la jurisprudencia, no es una norma general y sólo se aplica a casos particulares, conforme al principio de relatividad de las sentencias que rige al juicio de garantías, por lo que resulta erróneo sostener que los actos de las autoridades administrativas sean violatorios del artículo 16 constitucional por no apoyarse en la jurisprudencia que declare la inconstitucionalidad de una ley, habida cuenta que por remisión del octavo párrafo del artículo 94 de la Constitución Federal, los preceptos 192 y 193 de la Ley de Amparo, establecen con precisión que la jurisprudencia obliga solamente a los órganos jurisdiccionales».

P/J 38/2002, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XVI, agosto de 2002, p. 5, del siguiente tenor: «JURISPRUDENCIA SOBRE INCONSTITUCIONALIDAD DE UNA LEY. EL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA SE ENCUENTRA OBLIGADO A APLICARLA, SIEMPRE QUE SEA PROCEDENTE, AL JUZGAR LA LEGALIDAD DE UN ACTO O RESOLUCIÓN FUNDADOS EN ESA LEY. De acuerdo con lo establecido por los artículos 94, párrafo 8.º, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y 192 de la Ley de Amparo, que fijan los términos en que será obligatoria la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el tribunal jurisdiccional referido debe aplicar la jurisprudencia sustentada sobre la inconstitucionalidad de una ley, porque en el último dispositivo citado no se hace ningún distingo sobre su obligatoriedad atendiendo a la materia sobre la que versa; además, si bien es cierto que los tribunales de esa naturaleza carecen de competencia para resolver sobre la constitucionalidad de leyes, también lo es que al aplicar la jurisprudencia sobre esa cuestión se limitan a realizar un estudio de legalidad relativo a si el acto o resolución impugnados respetaron el artículo 16 constitucional, concluyendo en sentido negativo al apreciar que se sustentó en un precepto declarado inconstitucional por jurisprudencia obligatoria de la Suprema Corte, sin que sea aceptable el argumento de que al realizar ese estudio se vulnera el principio de relatividad de las sentencias de amparo, pues éste se limita a señalar que en las mismas no se podrá hacer una declaración general sobre la inconstitucionalidad de la ley o acto que motivare el juicio y que sólo protegerán al individuo que solicitó la protección constitucional, ya que en el supuesto examinado el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, al cumplir con la obligación que se le impone de aplicar la jurisprudencia en relación con el caso concreto que resuelve, no invalida la ley ni declara su inaplicabilidad absoluta. Por otro lado, la obligatoriedad referida responde al principio de supremacía constitucional establecido en el artículo 133 de la Carta Fundamental, conforme al cual no deben subsistir los actos impugnados ante un tribunal cuando se funden en preceptos declarados jurisprudencialmente por la Suprema Corte como contrarios a aquélla. El criterio aquí sostenido no avala, obviamente, la incorrecta aplicación de la jurisprudencia que declara inconstitucional una ley, de la misma manera que, guardada la debida proporción, una norma legal no se ve afectada por su incorrecta aplicación».

jurisprudencial, respecto a que si bien las autoridades administrativas no están obligadas a aplicar la jurisprudencia que declara la inconstitucionalidad de una ley, sí deben cumplir con las sentencias del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa que declaren la nulidad de una resolución con base en tal tipo de jurisprudencia⁵.

Así, las autoridades administrativas no están obligadas a aplicar la jurisprudencia que sobre inconstitucionalidad de leyes establezca la Suprema Corte, ya que los artículos 192 y 193 de la Ley de Amparo disponen con precisión que la jurisprudencia sólo obliga a los órganos jurisdiccionales. Sin embargo, sí deben cumplir las sentencias en las que, con base en dicha jurisprudencia, el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa declare la nulidad de los actos o resoluciones impugnados en el juicio de nulidad, ya que al dictar la resolución de cumplimiento no están acatando propiamente la jurisprudencia, ni se les está obligando a someterse a ella, sino a la sentencia del mencionado tribunal en que se aplicó.

Los tribunales que no conforman el Poder Judicial de la Federación, como lo es el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, carecen de facultades competenciales para analizar la procedencia de la impugnación de una ley, así como para juzgar sobre su constitucionalidad; sin embargo, al aplicar la jurisprudencia sobre inconstitucionalidad de leyes, su actuación se limita a realizar un estudio de legalidad relativo a si el acto o resolución impugnados respetan el artículo 16 de la Ley Suprema, teniendo que concluir en sentido negativo si el acto se funda en un precepto declarado jurisprudencialmente inconstitucional.

La obligatoriedad de la jurisprudencia que declara la inconstitucionalidad de una ley obtiene alcances mayores si se atiende a la institución de la suplencia de la deficiencia de la queja contenida en el artículo 76 bis, fracción I, de la Ley de Amparo, pues tiene como finalidad el eficaz control de la constitucionalidad de las leyes para hacer prevalecer la Constitución como Ley Suprema, lo que no implica soslayar cuestiones de procedencia del juicio de amparo, como quedó plasmado en la tesis jurisprudencial del Tribunal Pleno número P/J 7/2006⁶; en tanto la su-

⁵ 2.ª/J 89/2004. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XX, julio de 2004, p. 281, que sostiene: «JURISPRUDENCIA SOBRE INCONSTITUCIONALIDAD DE LEYES. AUNQUE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS NO ESTÁN OBLIGADAS A APLICARLA AL EMITIR SUS ACTOS, SÍ DEBEN CUMPLIR LAS SENTENCIAS EN LAS QUE, CON BASE EN AQUÉLLA, EL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA DECLARE SU NULIDAD. El Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa al estar obligado, en términos del artículo 192 de la Ley de Amparo, a aplicar la jurisprudencia, aun la que declara la inconstitucionalidad de una ley, debe, con base en aquélla, decretar la nulidad de las resoluciones administrativas que se hayan fundado en una ley declarada inconstitucional, por constituir un vicio de legalidad contrario al artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En ese caso, las autoridades administrativas deberán cumplimentar la sentencia dictada por el tribunal conforme a los lineamientos ahí establecidos, pues si bien es cierto que dichas autoridades al emitir sus actos, no están obligadas a acatar la jurisprudencia que haya declarado la inconstitucionalidad de una ley, por no preverlo así los artículos 192 y 193 de la Ley de Amparo, también lo es que al dictar la resolución de cumplimiento no están acatando propiamente la jurisprudencia, ni se les está obligando a someterse a ella, sino a la sentencia del mencionado tribunal en que se aplicó».

⁶ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XXIII, febrero de 2006, p. 7, que establece: «SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE PREVISTA EN EL ARTÍCULO 76 BIS, FRACCIÓN I, DE LA LEY DE AMPARO. NO IMPLICA SOSLAYAR CUESTIONES DE PROCEDENCIA DEL JUICIO DE GARANTÍAS. De conformidad con el proceso legislativo que culminó con la

plencia opera respecto de cuestiones de fondo, una vez que ha sido procedente el juicio de amparo respecto de la norma o acto reclamado.

La suplencia de la queja en tales términos procede sin que obste que se reclame el primero o ulteriores actos de aplicación de las leyes declaradas inconstitucionales por jurisprudencia del más Alto Tribunal, según se advierte de la jurisprudencia P/J 8/2006⁷.

Esto no significa que se invaliden las causas de improcedencia derivadas del consentimiento expreso o tácito de la ley a que se refieren las fracciones XI y XII del artículo 73 de la Ley de Amparo, pues en caso de que éstas se actualicen operarán por lo que se refiere a la ley, pero no procederá el sobreseimiento en el juicio respecto de los actos de aplicación en torno a los cuales procederá conceder el amparo si se fundan en ley declarada jurisprudencialmente inconstitucional, debiendo tomarse en cuenta que en términos del artículo 80 del ordenamiento citado los efectos del amparo son restitutorios y no retroactivos, por lo que no podrán abarcarse dentro de la concesión actos anteriores sino sólo presentes y futuros, como se precisa en la resolución dictada por el Tribunal Pleno al resolver la contradicción de tesis 54/2004-PL⁸.

reforma al artículo 94 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 25 de octubre de 1967, el fin inmediato de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que declara inconstitucional una ley es salvaguardar y asegurar la supremacía de la Constitución. Ahora bien, una vez integrada la jurisprudencia, si fuera el caso de suplir la queja deficiente en el juicio de amparo en términos del artículo 76 bis, fracción I, de la ley de la materia, aquélla podrá aplicarse, pero sin soslayar las cuestiones que afectan la procedencia del juicio de garantías, ya que la suplencia de mérito opera sólo respecto de cuestiones de fondo, esto es, una vez superados los motivos de improcedencia del juicio, pues sería absurdo pretender que por la circunstancia de que el acto reclamado se funde en una norma declarada inconstitucional tuviera que aceptarse la procedencia de todo juicio de amparo».

⁷ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XXIII, febrero de 2006, p. 9, que dispone: «SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE PREVISTA EN EL ARTÍCULO 76 BIS, FRACCIÓN I, DE LA LEY DE AMPARO. OPERA SIN QUE OBSTE QUE SE TRATE DEL SEGUNDO O ULTERIORES ACTOS DE APLICACIÓN DE LA LEY. El artículo 73, fracción XII, de la Ley de Amparo establece la improcedencia del juicio de garantías por consentimiento de la ley cuando no se reclame con motivo de su primer acto de aplicación, pero dicha causal es aplicable solamente a la ley y no los actos de aplicación; en consecuencia, si la prerrogativa procesal contenida en el artículo 76 bis, fracción I, de la ley citada no queda sujeta a que se trate del primero o ulteriores actos de aplicación cuando no se está en el caso de un amparo contra leyes, y lo que se va a analizar es un acto de autoridad fundado en una norma declarada inconstitucional por jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, opera dicha suplencia, sin que obste que se trate del segundo o ulteriores actos de aplicación».

⁸ La ejecutoria relativa, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XXIII, febrero de 2006, en la parte conducente señala: «...las causas de improcedencia fundadas en el artículo 73, fracciones XI y XII, de la Ley de Amparo relativas al consentimiento expreso y tácito de una ley o acto en sí, no sufrió alteración alguna ante la ampliación de la suplencia de la queja deficiente, debido a que esas causas de improcedencia están fundadas en el principio de seguridad jurídica, porque sin duda sería incongruente aceptar que procediera el juicio de garantías después de que el quejoso hubiese manifestado expresamente su conformidad con el acto o ley reclamada, y de igual forma, cuando deja de presentar la demanda de amparo, dentro de los plazos que prevé la ley de la materia.

Esto significa que si el quejoso reclama una ley declarada inconstitucional por jurisprudencia, pero sucede que se actualiza la referida causa de improcedencia, dicha circunstancia conducirá al sobreseimiento en el juicio de garantías por lo que hace a la ley, pero lo anterior no significa que por los actos de aplicación, si provienen de autoridades (en virtud de que el juicio de amparo sólo procede contra actos de autoridad), no pueda concederse la protección constitucional, pues el consentimiento de la norma, por no ser el primer acto concreto de aplicación, es independiente de los

El beneficio de la suplencia de la queja deficiente resulta aplicable no sólo en el amparo directo sino también en el indirecto, en primera instancia o en revisión, tal como se determina en la jurisprudencia plenaria P/J 6/2006⁹.

La fuerza expansiva de la jurisprudencia se patentiza con la determinación plenaria de constituir jurisprudencia en materias genéricas o temáticas, lo que implica la obligatoriedad en el juicio de amparo de su aplicación por los jueces y tribunales del Poder Judicial de la Federación para todos los casos comprendidos en la misma o análogos, aun cuando se trate de distintas normas jurídicas pero de igual o similar contenido. Lo anterior se señala así en la jurisprudencia plenaria P/J 104/2007¹⁰.

actos propios de aplicación por los cuales pueda aplicarse la prerrogativa procesal de mérito, o sea, que la mencionada suplencia de la queja no está sujeta a que se trate del primer o ulteriores actos de aplicación de la ley, porque guarda dicha figura procesal una determinada independencia con respecto a las reglas de impugnación del juicio de amparo contra leyes, es decir, no se trata propiamente de un juicio de esta naturaleza.

En otras palabras, si la demanda es extemporánea, lógico es que se actualice la causa de improcedencia de mérito, sin que en este caso pueda operar la referida suplencia de la queja deficiente, por no poderse abordar las cuestiones de fondo, respecto del reclamo de la ley —si lo hubiera— o sus actos de aplicación; en cambio, si la causa de improcedencia se surte porque al reclamarse la ley, no se trata del primer acto concreto de aplicación, el sobreseimiento alcanzará únicamente a la norma reclamada, sin perjuicio de que pueda concederse la protección constitucional si el acto concreto de aplicación deriva de una autoridad, porque el aludido beneficio de la suplencia de la queja deficiente no está sujeto a que se trate de la primera aplicación de la norma o una posterior, siempre que respecto de esta última aplicación no se actualice un diverso motivo de improcedencia.

El solo hecho de que no se trate del primer acto de aplicación no condiciona la improcedencia del juicio, sino que, en todo caso, el juzgador deberá analizar y determinar si con independencia de que se trate de ulteriores actos de aplicación, se actualiza o no alguna causa de improcedencia que impida aplicar una jurisprudencia en la que se haya declarado inconstitucional la norma que le da base al acto de autoridad.

Por último, resulta de especial importancia señalar que para la aplicación de la suplencia de la queja deficiente, es básico e indispensable ponderar si sus efectos restitutorios pueden concretarse en favor del quejoso, pues de acuerdo con el sistema previsto en el artículo 80 de la Ley de Amparo, la concesión del amparo no tiene efectos retroactivos en la esfera de derechos del quejoso, sino sólo presentes y futuros; por tanto, el juzgador no podría considerar dicha prerrogativa respecto de actos de aplicación pasados y distintos al que motivó la demanda constitucional, porque sería darle efectos no restitutorios, sino retroactivos a la eventual concesión, creando un esquema diverso al establecido en la ley de la materia, lo cual carecería de fundamento constitucional, así como de base legal.

Este principio elemental para la aplicación del beneficio que prevé el artículo 76 bis, fracción I, de la Ley de Amparo no puede ser soslayado ni evadirse por los juzgadores federales, en la medida de que, como se mencionó, la suplencia de la queja deficiente no es ilimitada, ni pueden dejarse de aplicar principios rectores del juicio de garantías como es el efecto de la concesión del amparo, que no es retroactivo sino restitutorio (presente-futuro)...

⁹ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XXIII, febrero de 2006, p. 7, que sostiene: «SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE PREVISTA EN EL ARTÍCULO 76 BIS, FRACCIÓN I, DE LA LEY DE AMPARO. ES APLICABLE EN AMPARO DIRECTO E INDIRECTO, EN PRIMERA INSTANCIA O EN REVISIÓN. El citado precepto establece que las autoridades que conozcan del juicio de garantías deben suplir la queja deficiente cuando el acto reclamado se funde en una ley declarada inconstitucional por la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sin expresar que opere sólo en cierto tipo de amparos, por lo que es dable interpretar que dicho beneficio procesal resulta aplicable en los juicios de amparo directo y en los indirectos, en primera instancia o en revisión, tal como se sostuvo en la exposición de motivos del proceso legislativo que culminó con la reforma del artículo 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 19 de febrero de 1951».

¹⁰ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XXVI, diciembre de 2007, p. 14, que señala: «SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE CUANDO EXISTE JURISPRUDENCIA TEMÁTICA SOBRE INCONSTITUCIONALIDAD DE LEYES. ES OBLIGATORIA EN EL AMPARO,

Partiendo de la extensión de la fuerza de la jurisprudencia a través del establecimiento de la jurisprudencia genérica o temática adquiere especial relevancia la tesis establecida por el Pleno del Más Alto Tribunal, bajo la ponencia del ministro Mariano Azuela Güitrón, respecto a que lo importante para integrar la jurisprudencia por reiteración es el criterio común aplicable en varios asuntos aun cuando varíen las circunstancias específicas de las normas analizadas (vigencia, autoridades emisoras, número de precepto, etc.). Así, la posibilidad de establecer jurisprudencias temáticas, facilita y agiliza la integración de criterios jurisprudenciales de aplicación obligatoria, pues con independencia de que se presenten o no casos iguales, podrá definirse el criterio que restablezca el orden constitucional a casos similares, incrementando así su eficacia. La tesis que se comenta señala¹¹:

«JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE. VALIDEZ DE LA SUSTENTADA RESPECTO DE TEMAS O CRITERIOS GENÉRICOS. El Pleno del más Alto Tribunal del país, en sesión privada celebrada el veinticuatro de mayo de mil novecientos ochenta y ocho, acordó lo siguiente: "...en términos del artículo 192 de la Ley de Amparo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación puede establecer jurisprudencia referida a temas o criterios genéricos, sin que sea necesario que en los cinco precedentes respectivos aparezcan las mismas autoridades, ni que se hayan reclamado el mismo precepto legal o la misma ley...". Lo anterior evidencia que lo determinante para la integración de la jurisprudencia de la Suprema Corte es el criterio sostenido en las cinco ejecutorias correspondientes no interrumpidas por otra en contrario, razón por la cual en el caso de que se trate de la misma disposición reclamada, aun cuando la vigencia de las leyes, el número de los artículos y/o el número de los párrafos en cuestión varíen, puede válidamente constituirse jurisprudencia en el tema común a todos y cada uno de ellos».

La obligatoriedad de la jurisprudencia temática no alcanza a los tribunales ajenos al Poder Judicial de la Federación, el cual posee el monopolio del control

A FIN DE HACER PREVALECER LA SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Debe suplirse la queja deficiente respecto del acto concreto de aplicación de una norma legal, que si bien no ha sido específicamente declarada inconstitucional a través de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ingresa sin mayor dificultad dentro del ámbito de regulación de una jurisprudencia temática sobre inconstitucionalidad de leyes, entendida ésta como aquella referida a los actos legislativos que no pueden realizarse válidamente. Esta conclusión se justifica por las siguientes razones: 1) el juez constitucional tiene el deber de hacer prevalecer la Constitución en cuanto ley suprema, además tiene facultades propias y autónomas para decidir si un acto o una ley viola alguna norma constitucional, con el efecto de inaplicarlo en el caso concreto, y para casos futuros en relación con el quejoso, por lo que, por mayoría de razón, tiene facultades para ejercer un prudente juicio de analogía con el objeto de verificar la aplicabilidad directa del principio contenido en la jurisprudencia al caso de su conocimiento; 2) de actualizarse el juicio de analogía, se surte la aplicabilidad del principio general contenido en la jurisprudencia, dando lugar en consecuencia al surgimiento del deber del juzgador para hacer prevalecer el Derecho fundamental o la norma constitucional cuyo alcance ha sido definido; 3) el juez constitucional tiene el deber de evitar la subsistencia de actos de aplicación de leyes declaradas inconstitucionales, con independencia de la no impugnación o el consentimiento de éstas, porque dichos actos al constituir una individualización de la norma legal, contienen necesariamente los vicios de inconstitucionalidad que la ley les ha trasladado, además de los posibles defectos propios de ilegalidad que en consecuencia se producen, y 4) el juez constitucional tiene el deber de actuar conforme a Derecho, lo que no ocurre si mediante su actuación impide la plena eficacia de la jurisprudencia temática invocada, pues ello implicaría la violación de los derechos fundamentales tutelados a través del orden jurídico».

¹¹ Tesis P. XVI/94, publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, octava época, 77, mayo de 1994, p. 38.

de constitucionalidad de las leyes, pues al no ser la jurisprudencia fuente de nuevas atribuciones, no puede otorgarse a aquéllos una facultad que no poseen, debiendo, por tanto, limitarse a aplicar la jurisprudencia que se refiera específicamente a la norma que funde el acto del que conocen, como lo ha precisado la Segunda Sala en su jurisprudencia 2.^a/J 54/2005¹².

3. CONCLUSIONES

1) La redacción, control, seguimiento y publicación de las tesis que se sustenten en la resolución de los asuntos, se ha fortalecido paulatinamente no sólo por razones de seguridad jurídica para su conocimiento y para la integración de la jurisprudencia, sino también para hacer imperar el orden constitucional.

2) La definición del orden constitucional como orden supremo al que se encuentran sujetos los órdenes jurídicos parciales ha influido de manera determinante en materia de amparo para la sustentación de criterios posteriores que han otorgado fuerza expansiva a la jurisprudencia sobre inconstitucionalidad de leyes a fin de hacer prevalecer tal orden.

3) La fuerza expansiva de la jurisprudencia que declara la inconstitucionalidad de una ley en amparo se ha dado, principalmente, por la sustentación de los siguientes criterios:

a) Obligación de su aplicación no sólo por todos los órganos jurisdiccionales pertenecientes al Poder Judicial de la Federación, sino también por el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, que si bien constituye un órgano formalmente administrativo, materialmente ejerce funciones jurisdiccionales.

b) Obligación de las autoridades administrativas de acatar las sentencias del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa que declaren la nulidad de la resolución o acto impugnado con base en la jurisprudencia que determine la inconstitucionalidad de la ley que los funde.

¹² *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XXI, mayo de 2005, p. 481, que señala: «JURISPRUDENCIA SOBRE INCONSTITUCIONALIDAD DE UNA LEY. EL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA NO DEBE APLICARLA PARA RESOLVER SOBRE LA LEGALIDAD DE UN ACTO FUNDADO EN UNA DISPOSICIÓN DIVERSA A LA DECLARADA INCONSTITUCIONAL, AUN CUANDO REITERE SU CONTENIDO. El Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa no debe aplicar la jurisprudencia sobre inconstitucionalidad de un precepto declarado inconstitucional por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver sobre la legalidad de un acto fundado en una diversa disposición a la que se declaró inconstitucional, con independencia de que aquélla sólo haya reiterado el contenido de esta última, ya que se trata de un nuevo acto legislativo no examinado por el Alto Tribunal, pues aceptar lo contrario, llevaría a que los tribunales ordinarios determinen, sin facultades para ello, que otra ley tiene los mismos vicios reconocidos explícitamente en la declarada inconstitucional por jurisprudencia, lo que contraviene el sistema de control de la constitucionalidad de las leyes reservado a los órganos que integran el Poder Judicial de la Federación y a la determinación última del Máximo Órgano jurisdiccional. Además, la aplicación analógica del criterio contenido en una tesis de jurisprudencia que hubiera determinado la inconstitucionalidad de cierta norma, ya no es lo que el propio Alto Tribunal ha definido como una cuestión en la que los tribunales administrativos se limitan a realizar un estudio de legalidad, relativo a si el acto o resolución impugnados respetaron el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, porque si un precepto no ha sido declarado específica y concretamente inconstitucional por aquella jurisprudencia, el análisis de otro precepto, aunque sea semejante, sólo lo pueden hacer los tribunales de control constitucional».

c) Suplencia de la deficiencia de la queja tratándose del segundo o ulteriores actos de aplicación de la ley declarada jurisprudencialmente inconstitucional, sin que ello implique soslayar cuestiones de improcedencia del juicio de amparo, sino tan sólo impedir que tecnicismos procesales obstaculicen el imperio del orden constitucional superior.

d) La elaboración de jurisprudencias temáticas, que resultarán aplicables a casos análogos aun cuando varíen las circunstancias específicas de las normas o casos analizados, cuya obligatoriedad es exclusiva para los jueces y tribunales del Poder Judicial de la Federación, pero no para los tribunales ajenos a ese Poder, al no poder la jurisprudencia otorgarles atribuciones de control constitucional de las que carecen.

Dejamos constancia en estas breves líneas de algunas huellas que el ministro Mariano Azuela Güitrón ha dejado en la Suprema Corte. La fuerza expansiva que paulatinamente ha tenido la jurisprudencia en materia de amparo por inconstitucionalidad de leyes, seguramente seguirá su camino hacia su máxima expresión: *la declaratoria general de inconstitucionalidad*, como se ha propuesto en el proyecto de nueva Ley de Amparo desde el año 2001 y que pareciera cobrar vitalidad en el presente 2009.

XIV. AMPARO COLECTIVO EN MÉXICO: HACIA UNA REFORMA CONSTITUCIONAL Y LEGAL*

A la memoria del Dr. Lucio Cabrera Acevedo, precursor del estudio científico de los derechos difusos y colectivos en México

1. EXORDIO: ¿AMPARO COLECTIVO O ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN MATERIA FISCAL?

Tradicionalmente se ha entendido al amparo como una garantía constitucional de protección de los derechos fundamentales. Esta aseveración es cierta. Sin embargo, en los últimos años existe un interesante debate sobre la «objetivación» de este medio de control¹.

Esta dualidad en la finalidad del amparo para la protección de derechos subjetivos y para la salvaguarda del Derecho objetivo, adquiere una especial rele-

* Publicado en E. FERRER MAC-GREGOR y E. DANES ROJAS (coords.), *La protección orgánica de la Constitución. Memoria del III Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional*, México, UNAM-Congreso de Tamaulipas, 2011, pp. 45-86. Ponencia presentada el día 2 de octubre de 2009 en el Teatro Amalia G. de Castillo Ledón, del Centro Cultural Tamaulipas, Ciudad Victoria, Tamaulipas. El presente trabajo constituye una actualización de la relatoría nacional de México que presentamos con motivo del VI Congreso Internacional de Derecho Procesal, en el *Centro di Studi Giuridici Latino Americani* de la Universidad *Tor Vergata* (Roma, 20-22 de mayo de 2004); teniendo presentes otros trabajos publicados con anterioridad, especialmente «El amparo colectivo en México», en J. V. CASTRO Y CASTRO (coord.), *Estudios en honor de Humberto Román Palacios*, México, Porrúa, 2005, pp. 201-234; y «El acceso a la justicia de los intereses de grupo (Hacia un juicio de amparo colectivo)», en *Libro Homenaje a don Manuel Gutiérrez de Velasco*, México, UNAM-IIIJ, 2000, pp. 221-234.

¹ Especialmente en España a partir de la reforma a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 2007. *Vid.*, entre otros, F. FERNÁNDEZ SEGADO, *La reforma del régimen jurídico-procesal del recurso de amparo*, Madrid, Dykinson, 2007; M. CARRILLO, «La objetivación del recurso de amparo: una necesidad ineludible», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 81, mayo-agosto de 2008, pp. 87-109; M. CARRILLO, G. FERNÁNDEZ FARRERES, E. FOSSAS ESPADALER y Á. GARRORENA MORALES, *Hacia una nueva jurisdicción constitucional. Estudios sobre la Ley 6/2007, de 24 de mayo, de reforma de la LOTC*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.

vancia cuando a través del amparo se pueden impugnar normas generales y sus sentencias pueden tener efectos *erga omnes*. Así, el «amparo colectivo», en determinados supuestos, puede constituir una vía para depurar el ordenamiento jurídico más allá de proteger derechos y libertades fundamentales. Y de ahí la idea de incluir en el presente congreso la novedosa temática del «amparo colectivo», con independencia de que también a través del denominado «amparo soberanía», previsto en las fracciones II y III del artículo 103 constitucional, se pueda tutelar la parte orgánica de la Constitución, como será materia de debate en el presente congreso.

¿Es el amparo colectivo un mecanismo viable para lograr la protección orgánica de la Constitución? Esta pregunta está latente si consideramos que el pasado 31 de marzo (2009) la Cámara de Diputados aprobó la adición de una fracción VII bis al artículo 107 constitucional, en la que se prevé que la Suprema Corte de Justicia, en única instancia, en juicios de amparo que se «tramiten de manera colectiva» podrá dictar sentencias con efectos generales hacia el futuro cuando se trate de la inconstitucionalidad de leyes en materia fiscal, requiriendo para ello de una votación calificada (cuando menos ocho de los once integrantes)².

A pesar de este loable esfuerzo por introducir una especie de «amparo colectivo» y romper con la centenaria «fórmula Otero» o principio de la relatividad de las sentencias de amparo (tan urgente en nuestro sistema), estimamos que no es del todo apropiada la manera en que se pretende la protección colectiva, al limitarse a la materia fiscal y al crearse un procedimiento «peculiar» que desnaturaliza propiamente al juicio de amparo para convertirla en una «acción de inconstitucionalidad» de leyes fiscales.

En efecto, de la exposición de motivos de la iniciativa de reforma constitucional (pendiente de análisis y eventual aprobación por el Senado de la República), se advierte el procedimiento respectivo:

«La presente propuesta de reforma consiste en sentar las bases constitucionales para crear un procedimiento acorde con las demandas actuales, particularmente para aquellos *amparos contra leyes fiscales que se promuevan de forma masiva o cuyo contenido sea de suma importancia y trascendencia para el país*.

² La iniciativa fue suscrita por los diputados coordinadores parlamentarios de los tres principales partidos: PAN (Héctor Larios Córdova), PRD (Javier González Garza) y PRI (Emilio Gamboa Patrón), así como de otros diputados, siendo aprobada el 31 de marzo de 2009 por 335 votos a favor, uno en contra y sin abstenciones. La adición al artículo 107 constitucional prevé una fracción VII bis, que establece:

«Los juicios de amparo que se promuevan contra leyes en materia fiscal tendrán efectos generales cuando se tramiten de manera colectiva o cuando por su importancia y trascendencia así lo ameriten, en los términos y condiciones que señale la Ley Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de esta Constitución.

Estos juicios serán resueltos en única instancia por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Las sentencias que se emitan en los juicios de amparo a que se refiere esta fracción tendrán efectos generales. Éstas deberán ser aprobadas por cuando menos ocho votos para declarar la inconstitucionalidad de una ley en materia fiscal y, en caso de no lograrse tal votación, se desestimarán los argumentos materia del juicio y no podrán ser revisados sino por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en los casos y plazos que determine la ley.

La declaración de inconstitucionalidad a la que se refiere esta fracción no tendrá efectos retroactivos».

De aprobarse por esa Soberanía, el juicio de amparo contra los elementos esenciales de las contribuciones, esto es, sujeto, objeto, base, tasa o tarifa previstos en una ley fiscal, se iniciaría de manera tradicional ante el juez de distrito. No obstante, una vez que el Poder Judicial haya detectado la existencia de un número considerable de demandas en el mismo sentido, se decretaría el trámite de amparo con efectos generales designando uno o varios jueces instructores.

En esta fase del procedimiento será factible que cualquier contribuyente pueda adherirse a las demandas originalmente presentadas y esgrimir sus propios argumentos.

Una vez cerrada la instrucción, el o los jueces instructores llevarán a cabo la compilación de los conceptos de violación y remitirán el asunto a la Suprema Corte de Justicia, para que sea ésta la que emita la sentencia o resolución definitiva.

La sentencia que emita la Suprema Corte de Justicia tendrá efectos generales.

De cierta manera, *la vía jurisdiccional que se propone guarda grandes similitudes con la acción de inconstitucionalidad, aun y cuando presenta también algunas diferencias que se explican por la naturaleza misma de las normas impugnadas y de los sujetos legitimados para interponer el procedimiento*» (cursivas añadidas).

Como puede apreciarse, el juicio de amparo se convierte propiamente en una acción de inconstitucionalidad al ser resuelta en única instancia por nuestro más Alto Tribunal y pudiendo tener la sentencia efectos generales. Si lo que se pretende es resolver la problemática relativa a la impugnación masiva de disposiciones en materia fiscal (al no existir un procedimiento colectivo para el juicio de amparo debido al carácter individualista previsto en la Constitución y en la actual legislación sobre la materia que data de 1936 con veintiocho reformas), creemos que la reforma que eventualmente se apruebe debería ser más ambiciosa y no restringirse a la materia fiscal; teniendo en cuenta el fenómeno de lo «colectivo» en general, es decir, de la protección jurisdiccional de los intereses o derechos difusos y colectivos, que comprende varias materias. ¿Cómo se podría lograr la protección «colectiva» cuando no se trate de la materia fiscal? De ahí la insuficiencia de la reforma constitucional recientemente aprobada por la Cámara de Diputados.

El presente trabajo pretende brindar una visión más amplia de la problemática, para entender qué son los intereses y/o derechos «difusos» y «colectivos»; cómo se ha logrado la protección de los mismos a la luz del Derecho comparado, y cuáles son los pocos avances que se han dado en la legislación y la jurisprudencia mexicana; para concluir cómo el *Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica*³ —en adelante Código Modelo— aprobado en las XIX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal (Caracas, 2004)⁴, puede convertirse en

³ Para un análisis de cada artículo de este Código, *vid.* A. GIDI y E. FERRER MAC-GREGOR (coords.), *Código Modelo de Procesos Colectivos. Un diálogo iberoamericano. Comentarios artículo por artículo*, México, Porrúa-UNAM, 2008.

⁴ Los profesores brasileños A. PELLEGRINI GRINOVER, K. WATANABE y A. GIDI fueron los redactores del *Anteproyecto*, presentado en las XVIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal (Montevideo, 2002). Posteriormente fue realizado un *Segundo Anteproyecto*, en el que participaron, además de los citados, los profesores A. G. DE CASTRO MENDES, A. QUIROGA LEÓN, E. M. FALCÓN, J. L. VÁZQUEZ SOTELO, R. BEJARANO GUZMÁN, R. BERIZONCE y S. ARTAVIA, siendo revisada la redacción final por el profesor uruguayo Á. LANDONI SOSA. El anteproyecto fue objeto de análisis en A. GIDI y E. FERRER MAC-GREGOR (coords.), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un Código Modelo para Iberoamérica*, 2.^a ed., México, Porrúa-Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 2004.

un faro que alumbró la anhelada reforma constitucional y legal sobre acciones colectivas. Este Código Modelo constituye un esfuerzo muy serio para tratar de establecer bases generales que sirvan a todos los países sobre los distintos aspectos procesales de la compleja temática de los intereses o derechos difusos y colectivos, así como de los individuales con proyección colectiva (que la doctrina brasileña denomina «individuales homogéneos»)⁵.

En nuestro país podría avanzarse significativamente si se lograra una reforma al artículo 17 constitucional (como lo hemos propuesto recientemente)⁶, así como a través de reformas que reglamenten la previsión constitucional, sea a través de una ley de acciones colectivas o, como preferimos, mediante una adición a un capítulo especial del Código Federal de Procedimientos Civiles que regule el procedimiento colectivo⁷; con independencia de las también necesarias reformas a la legislación sustantiva respectiva (consumidores, medio ambiente, patrimonio artístico y cultural, usuarios financieros, etc.); y, por supuesto, a través de la reforma al artículo 107 constitucional y a la Ley de Amparo, para ampliar la legitimación activa del quejoso o promovente y avanzar al reconocimiento del «interés legítimo» como una fórmula procesal para la protección de dichos intereses y derechos, como ya se ha reconocido jurisprudencialmente para las controversias constitucionales por la Suprema Corte o para los partidos políticos en materia electoral por la Sala Superior del Tribunal Electoral.

De esta manera, el juicio de amparo mexicano puede representar un eficaz instrumento para la protección jurisdiccional de los derechos o intereses difusos y colectivos cuando la afectación derive de un acto de autoridad (o incluso de particulares como sucede en varios países)⁸. Con la reforma legislativa de 1963 se dio un avance al transitar del *amparo individualista* al *amparo social*⁹, al otorgar legitimación a los núcleos de población ejidal o comunal. Sin embargo, sus alcances resultan limitados sin que exista propiamente un proceso colectivo, por

⁵ Asimismo, *vid.* la interesante propuesta de A. GIDI, *Las acciones colectivas y de tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales. Un modelo para países de Derecho civil*, México, UNAM, 2004.

⁶ Nuestra propuesta, que elaboramos conjuntamente con A. BENÍTEZ y F. GARCÍA SAIS (ITAM), fue adicionar un párrafo 5.º al artículo 17 constitucional en los siguientes términos: «Las leyes regularán aquellas acciones y procedimientos para la protección adecuada de derechos e intereses colectivos, así como medidas que permitan a los individuos su organización para la defensa de los mismos».

La propuesta fue acogida en sus términos y presentada formalmente como iniciativa el 5 de febrero de 2008 por el diputado Juan Guerra (PRD), así como por el senador Jesús Murillo Karam (PRI) el 7 del mismo mes y año. Esta iniciativa puede verse en A. GIDI y E. FERRER MAC-GREGOR (coords.), *Código Modelo de Procesos Colectivos. Un diálogo iberoamericano, op. cit., supra* nota 3, pp. 441-446.

⁷ *Vid.* la iniciativa de reforma al Código Federal de Procedimientos Civiles (adición del Título III del Capítulo III), denominado «De los procedimientos colectivos», que elaboramos conjuntamente con A. BENÍTEZ y A. GIDI, y que sirvió de discusión al grupo plural que formó el Senado de la República para preparar la legislación sobre acciones colectivas. El proyecto puede verse en A. GIDI y E. FERRER MAC-GREGOR (coords.), *Código Modelo de Procesos Colectivos, op. cit., supra* nota 3, pp. 447-453.

⁸ *Cfr.* H. FIX-ZAMUDIO y E. FERRER MAC-GREGOR (coords.), *El derecho de amparo en el mundo*, México, Porrúa-UNAM, 2006; asimismo, *vid.* las nuevas Constituciones de Bolivia, Ecuador y República Dominicana.

⁹ *Vid.* J. V. CASTRO y CASTRO, *El amparo social*, prólogo de L. CABRERA ACEVEDO, México, Porrúa, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, núm. 7, 2005.

lo que debemos dar un paso más significativo y transitar ahora hacia un verdadero y definitivo *amparo colectivo*.

2. TERMINOLOGÍA

La problemática del fenómeno de lo «colectivo» comienza desde la terminología misma que se utiliza para su identificación, al no existir homogeneidad o univocidad en el lenguaje.

Se utilizan indistintamente los sustantivos «derechos» o «intereses» para los adjetivos: colectivos, difusos, sociales, de grupo, de clase, de serie, de sector, de categoría, de incidencia colectiva, dispersos, propagados, difundidos, profesionales, fragmentarios, sin estructura, sin dueño, anónimos, transpersonales, supra-individuales, superindividuales, metaindividuales, transindividuales, etcétera ¹⁰.

El problema de vocabulario se agudiza aún más si se agregan aquellos derechos auténticamente individuales que por conveniencia se ejercen de manera colectiva, es decir, los llamados derechos: accidentalmente colectivos, individuales homogéneos, individuales plurales, plurisubjetivos, pluriindividuales, etc., que tienen como característica ser divisibles y provenir de una causa común.

Además, no existe una precisión conceptual para cada uno de los vocablos y varía de país a país. En algunos se engloban en una misma connotación a los derechos difusos y colectivos (Argentina y Colombia), mientras que en otros la propia legislación prevé la distinción (Brasil y Portugal). Incluso en Colombia, para referirse a los derechos individuales con proyección colectiva (individuales homogéneos utilizada en Brasil y Portugal), se utiliza la expresión «intereses de grupo», terminología que en otros países se emplea para identificar a los estrictamente difusos y colectivos ¹¹.

No sin razón F. GUILLÉN sostiene que estos intereses o derechos representan un concepto todavía nuevo, incierto y poco unívoco ¹², a tal extremo que se han calificado, de manera sarcástica, como *intereses difusos, profusos y confusos* ¹³, o como un *personaje absolutamente misterioso* ¹⁴.

3. ¿DERECHOS O INTERESES?

La naturaleza jurídica de las nuevas realidades supraindividuales ha sido ampliamente estudiada por la doctrina desde la década de los setenta, sobre

¹⁰ En cuanto a la terminología y a los autores que la utilizan, *vid.*, entre otros, L.-M. BUJOSA VADELL, *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, Barcelona, Bosch, 1995, pp. 59 y ss.; M.^a del P. HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, *Mecanismos de tutela de los intereses difusos y colectivos*, México, UNAM, 1997.

¹¹ *Vid.* los diversos autores que aparecen en J. OVALLE FAVELA (coord.), *Las acciones para la tutela de los intereses colectivos y difusos*, México, UNAM, 2004.

¹² *Doctrina general del Derecho procesal. Hacia una teoría y ley procesal generales*, Barcelona, Bosch, 1990, p. 93.

¹³ *Cfr.* P. GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CABIEDES, *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: difusos y colectivos*, Pamplona, Aranzadi, 1999, p. 30.

¹⁴ *Cfr.* M. VILLONE, «La collocazione istituzionale dell'interesse difuso», en *La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato*, Milano, Giuffrè, 1976, p. 73.

todo en Italia. La mayoría se inclina por reconducirla a los conceptos de Derecho subjetivo o de interés legítimo, tendencia que defiende, por ejemplo, VIGORITI, al sostener que siempre que hablemos de esas posiciones de ventaja estaremos en presencia sea de un «Derecho subjetivo colectivo» o de un «interés legítimo colectivo». Los menos se inclinan por una tercera vía, otorgándoles naturaleza autónoma (*tertium genus*), como lo defienden LANDI, ZAUTTIGH, LENER, entre otros.

En general, se ha entendido al Derecho subjetivo como el poder de la voluntad (SAVIGNY, WINDSCHEID), o como un interés jurídicamente protegido (IHERING, BACHOF), o bien en una posición ecléctica JELLINEK lo conceptualiza como la potestad de querer que tiene el hombre, reconocida y protegida por el ordenamiento jurídico, en cuanto se refiere a un bien o interés. El interés legítimo, en cambio, constituye el reflejo del Derecho objetivo (derecho reflejo) como veremos más adelante.

Si bien para algunos autores existen diferencias ontológicas entre el Derecho subjetivo y el interés legítimo y que la doctrina (especialmente la italiana) ha elaborado múltiples teorías y discutido ampliamente sobre sus diferencias, lo cierto es que en algunos países, como se precisó con anterioridad, carece de sentido la polémica, al momento en que los intereses son reconocidos constitucionalmente. En efecto, una vez que los «intereses» son amparados por el ordenamiento jurídico, asumen el mismo *status* de un «derecho», desapareciendo cualquier razón práctica o teórica para diferenciarlos, como ha sostenido la doctrina brasileña. Incluso se habla de un Derecho subjetivo colectivo.

En México la discusión se inició hace algunos años con la introducción del concepto de interés legítimo en las leyes que regulan el proceso contencioso administrativo y su posible ampliación a nuestro juicio de garantías, como se propone en el *Proyecto de Nueva Ley de Amparo*. Desde ahora adelantamos nuestra postura sobre la necesidad de incorporar este interés a nivel constitucional, como sucede en Italia o en España, en los que el derecho a obtener una tutela judicial efectiva reconocido en sus respectivos textos fundamentales se refiere indistintamente a los derechos o intereses legítimos, lo que significaría que ambas situaciones jurídicas recibieran el mismo tratamiento para su protección jurisdiccional.

En definitiva, como lo sostiene la doctrina española, la fórmula constitucional de interés legítimo [arts. 24.1 y 162.1.b)] representa la puerta por la que acceden al proceso (ordinario o de amparo constitucional) este tipo de intereses de naturaleza social o colectiva¹⁵, es decir, todo interés individual o social tutelado por el Derecho indirectamente, con ocasión de la protección del interés general, y no configurado como Derecho subjetivo, puede calificarse como interés legítimo y, por tanto, toda disposición o acto que incida en el ámbito de un interés legítimo puede ser impugnada por su titular, de acuerdo con el artículo 24 de la Constitución española, con independencia de que le ocasione de forma directa un beneficio o un perjuicio¹⁶.

¹⁵ Cfr. F. CORDÓN MORENO, *El proceso de amparo constitucional*, 2.ª ed., Madrid, La Ley, p. 130.

¹⁶ Cfr. J. ALMAGRO NOSETE, «Cuestiones sobre legitimación en el proceso constitucional de amparo», en la obra colectiva *El Tribunal Constitucional*, t. I, Madrid, Dirección General de lo Contencioso del Estado-Instituto de Estudios Fiscales, 1981, pp. 369-408, en p. 403.

4. TIPOS DE INTERÉS: SIMPLE, JURÍDICO Y LEGÍTIMO

Antes de estudiar los distintos tipos de interés se requiere, como premisa elemental, aproximarse al concepto de «interés» en general.

Gramaticalmente, el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española* le otorga distintas acepciones, siendo una de ellas la «conveniencia o necesidad de *carácter colectivo* en el orden moral o material». En esta definición encontramos una característica esencial para los efectos que aquí interesan: *lo colectivo*.

Etimológicamente, proviene de la forma verbal latina *Interest*, de *intersum* -*esse* «estar entre», lo que de alguna manera también nos aproxima a la temática en estudio al representar un concepto de mediación, caracterización que desde los años setenta le atribuía GUASP¹⁷, al estimar al interés como el elemento de conexión entre la necesidad y el bien.

Seguendo a COUTURE, el interés constituye la «aspiración legítima, de orden pecuniario o moral, que representa para una persona la existencia de una situación jurídica o la realización de una determinada conducta»¹⁸. Por otra parte, también la doctrina ha entendido el interés desde el punto de vista intelectualista y voluntarista¹⁹, que algunos otros autores prefieren denominar objetiva y subjetiva²⁰. La primera (intelectualista u objetiva) tiene como uno de sus principales exponentes a CARNELUTTI, que relaciona al interés entre un individuo o un conjunto de individuos y el bien con el cual pueden satisfacer sus necesidades. La segunda connotación (voluntarista-subjetiva) se refiere al acto de la inteligencia, es decir, la apreciación o valoración de un objeto que realiza el sujeto para la satisfacción de su necesidad, postura que defiende ROCCO.

Para los efectos del presente estudio, resulta importante distinguir entre las calidades o tipos de interés: simple, jurídico y legítimo.

El *interés simple* corresponde a su concepción más amplia y se identifica con las acciones populares. En ellas se reconoce legitimación a cualquier ciudadano *quavis ex populo*, por el mero hecho de ser miembro de una sociedad, sin necesidad de que el sujeto invoque un interés legítimo y mucho menos un Derecho subjetivo. La situación jurídica legitimante sería el mero interés en la legalidad. Para algunos, este interés debe incluso distinguirse del *interés de hecho* que si bien en ocasiones se suelen identificar como sinónimos, lo cierto es que el *interés de hecho* constituye un mero interés humano que no penetra en el orbe de lo jurídico. En cambio el simple sí que tiene esa nota de juridicidad, como jurídicamente relevante. La acción popular requiere expresamente el reconocimiento del ordenamiento legal para ejercitar la acción, pero sin necesidad de apoyo en un Derecho subjetivo o en un interés legítimo. En otras palabras, para el ejercicio de la acción popular no se precisa una condición o cualificación subjetiva especial, precisamente por descansar en ese interés simple, se precisa de

¹⁷ Cfr. *Derecho*, Madrid, 1971, pp. 271-274.

¹⁸ Cfr. *Vocabulario Jurídico*, Buenos Aires, Depalma, 1993, p. 344.

¹⁹ Cfr. M. LOZANO HIGUERA PINTO, *La protección procesal de los intereses difusos*, Madrid, 1983, pp. 24 y ss.

²⁰ GUTIÉRREZ DE CABIEDES prefiere utilizar esta denominación y critica la postura de LOZANO HIGUERA, al estimar que no corresponde con el contenido que atribuye a cada una.

un requerimiento explícito, estando siempre limitada en su ejercicio a aquellos concretos supuestos en que la ley expresamente se lo permite²¹.

El *interés jurídico* es aquel que se suele identificar con el Derecho subjetivo en su concepción clásica. Se constituye como la posición a cuyo favor la norma jurídica contiene alguna prescripción configurándolo como la posición de prevalencia o ventaja que el Derecho objetivo asigna al sujeto frente a otros. Tradicionalmente la doctrina le otorga al Derecho subjetivo dos elementos constitutivos, a saber, la posibilidad de hacer o querer (elemento interno) y la posibilidad de exigir de otros el respeto (elemento externo), esto es, la imposibilidad de todo impedimento ajeno y la posibilidad correspondiente de reaccionar contra éste. Sin embargo, esta concepción de interés jurídico como identidad del Derecho subjetivo tradicional se encuentra en crisis, al aparecer otros intereses que merecen protección jurisdiccional, no obstante no estar formalizados como derechos subjetivos existentes, como lo es el *interés legítimo*²².

Así, el *interés legítimo* adquiere relevancia en lo jurídico a pesar de no descansar en un Derecho subjetivo conforme a su concepción tradicional. Pero tampoco se trata de un mero interés en la legalidad (interés simple). Es en realidad una situación intermedia entre ambas situaciones.

Se desarrolló esencialmente en el Derecho administrativo italiano²³, aunque se ha extendido a muchos países europeos. En términos generales, este tipo de interés lo tiene «cualquier persona, pública o privada (moral), reconocido y protegido por el ordenamiento jurídico. Desde un punto de vista más estricto, como concepto técnico y operativo, el interés legítimo es una situación jurídica activa que se ostenta por relación a la actuación de un tercero y que no supone, a diferencia del Derecho subjetivo, una obligación correlativa de dar, hacer o no hacer exigible de otra persona, pero sí comporta la facultad del interesado de exigir el respeto del ordenamiento jurídico y, en su caso, de exigir una reparación de los perjuicios antijurídicos que de esa actuación le deriven. En otras palabras, existe interés legítimo, en concreto en el Derecho administrativo, cuando una conducta administrativa determinada es susceptible de causar un perjuicio o generar un beneficio en la situación fáctica del interesado, tutelada por el Derecho, siendo así que éste no tiene un Derecho subjetivo a impedir esa conducta o a imponer otra distinta, pero sí a exigir de la Administración y a reclamar de los tribunales la observancia de las normas jurídicas cuya infracción pueda perjudicarlo. En tal caso, el titular del interés está legitimado para intervenir en el procedimiento administrativo correspondiente y para recurrir o actuar como parte en los procesos judiciales relacionados con el mismo, al objeto de defender esa situación de interés»²⁴.

²¹ Cfr. P. GUTIÉRREZ DE CABIEDES HIDALGO DE CAVIEDES, «Derecho procesal constitucional y protección de los intereses colectivos y difusos», en E. FERRER MAC-GREGOR, *Derecho Procesal Constitucional*, 5.ª ed., México, Porrúa, t. III, pp. 2717-2776; del mismo autor, *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos*, op. cit., pp. 360-363.

²² Op. ult. cit., pp. 48-49, así como el interesante análisis sobre la crisis del Derecho subjetivo ahí contenido.

²³ En Italia la distinción entre interés jurídico e interés legítimo adquiere una relevancia especial, pues se atribuye a diferentes jurisdicciones, según se trate de una o de otra: jurisdicción ordinaria (derechos subjetivos) y jurisdicción administrativa (interés legítimo).

²⁴ M. SÁNCHEZ MORÓN, voz «interés legítimo», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. III, Madrid, Civitas, 1995, p. 3661.

Este tipo de interés se ha aceptado en el ordenamiento mexicano para el proceso contencioso administrativo, para las controversias constitucionales y en materia electoral para los partidos políticos. Como veremos más adelante, estimamos también debe extenderse al juicio de amparo.

5. VINCULACIÓN ENTRE LOS NUEVOS DERECHOS Y EL INTERÉS LEGÍTIMO. DIFERENCIAS CON LA ACCIÓN POPULAR

Partiendo precisamente de esta noción de interés legítimo, la doctrina y la jurisprudencia de algunos países suelen reconducir dentro de éste a los derechos o intereses de incidencia colectiva. En otras palabras, el problema que plantean los intereses difusos y colectivos se ha resuelto (inicialmente en Italia y luego en varios países europeos) al incluirlos en la noción de interés legítimo para encontrar su protección jurisdiccional.

En Italia paulatinamente se ha configurado una amplia jurisprudencia para encuadrar en el interés legítimo a estas situaciones jurídicas supraindividuales y que la distinguen del interés general de cualquier ciudadano. Es famosa la primera sentencia del Consejo de Estado (1973), casada por la *Corte di Cassazione* (1978), que derivó de la acción ejercitada por la asociación ambientalista *Italia Nostra*, para la protección del patrimonio histórico, artístico y natural de ese país, con motivo de la licencia de construcción de una carretera en las cercanías del Lago Tovel (provincia de Trento).

Por otra parte, es importante señalar que el interés legítimo a que nos hemos referido en el epígrafe anterior no debe confundirse con la acción popular (que descansa en un interés simple). Esta última acción se dirige a satisfacer el interés de la comunidad, el de todos. En cambio, el interés legítimo reconducido en su aspecto de protección de derechos o intereses difusos y colectivos normalmente se refiere a círculos de interés más reducidos, intereses de determinados grupos o colectividades (médicos, abogados, trabajadores de una empresa, usuarios de un servicio prestado por determinada empresa, etc.), que sólo en supuestos excepcionales llega a coincidir con la totalidad de la comunidad, convirtiéndose, con ello, en interés general.

En palabras de GUTIÉRREZ DE CABIEDES, ambas figuras se distinguen por la naturaleza de la situación legitimante. La legitimación para la tutela de los intereses difusos y colectivos se funda en la titularidad de un específico interés legítimo cuya invocación por el demandante es precisa para su reconocimiento; la acción popular, en cambio, se sustenta en el mero interés en la legalidad: cualquier persona, por el hecho de invocar su condición ciudadana, está legitimada para impugnar un acto determinado. En este sentido, la acción popular se concede a todos los sujetos de Derecho capaces de la comunidad social (*quavis ex populo*) y no a los de una determinada colectividad o grupo de personas. Además, como se ha señalado, para la existencia de la acción popular se requiere necesariamente el reconocimiento expreso del ordenamiento jurídico —que lo distingue del interés de hecho—, lo que no precisa la acción fundada en un interés legítimo supraindividual (difuso y colectivo)²⁵.

²⁵ Cfr. P. GUTIÉRREZ DE CABIEDES HIDALGO DE CABIEDES, «Derecho procesal constitucional y protección de los intereses colectivos y difusos», *op. cit.*; y *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos*, *op. cit.*, pp. 182-183 y 200-201.

Con independencia de estas diferencias, lo cierto es que varias legislaciones iberoamericanas han incorporado en su texto a la acción popular con la finalidad de proteger los intereses o derechos de incidencia colectiva, incluso para establecer procesos colectivos de naturaleza constitucional (amparo, *habeas corpus*, *habeas data*, acción de inconstitucionalidad, etc.).

6. MARCO CONSTITUCIONAL

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, vigente desde 1917 y con cerca de 500 reformas, no prevé de manera general acciones colectivas.

Existen, sin embargo, ciertas acciones colectivas específicas que podrían desprenderse en el caso del juicio de amparo agrario a favor de los núcleos de población ejidal o comunal (arts. 103 y 107, fracción II). Este sector del amparo se conoce por la doctrina como «amparo social» y ha tenido relevancia desde la reforma de 1963. La actual Ley de Amparo dedica su libro segundo de manera especial «al amparo en materia agraria», que sólo procede contra actos de autoridad y no de particulares como sucede en otros países.

También existen denuncias populares (art. 109, fracción I, *in fine*) donde cualquier ciudadano puede formular denuncia ante la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión cuando se trate de responsabilidad de altos servidores públicos (juicio político). Más que una auténtica acción popular, en realidad se trata de una denuncia de hechos, que debe formularse por escrito contra un servidor público, en tanto que no se presenta ante una autoridad jurisdiccional en sentido estricto²⁶. La Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos²⁷ prevé legitimación no sólo a cualquier ciudadano, sino también a los pueblos y comunidades indígenas, debiendo ser asistidos por traductores. Esta denuncia, que puede presentarse incluso en lengua indígena, debe apoyarse en pruebas documentales o elementos probatorios suficientes para establecer la existencia de la infracción del servidor público y estar en condiciones de presumir la responsabilidad del denunciado y en caso de que no puedan aportarse dichas pruebas por encontrarse éstas en posesión de alguna autoridad, la Comisión de la Cámara de Diputados podrá solicitarlas de oficio para los efectos conducentes. No producirán ningún efecto las denuncias anónimas.

7. REGULACIÓN LEGAL

En los últimos años se han producido reformas aisladas y nuevas leyes que tíbiamente introducen acciones colectivas, especialmente para la defensa de los consumidores y del medio ambiente, aunque con ciertas limitaciones en la legitimación, como se expondrá más adelante. Los códigos de procedimientos

²⁶ Corresponde a la Cámara de Diputados sustanciar el procedimiento relativo al juicio político, actuando como órgano instructor y de acusación, y a la Cámara de Senadores como jurado de sentencia.

²⁷ Reformada mediante publicación en el *Diario Oficial de la Federación* de 16 de junio de 2003.

civiles, salvo en tres casos²⁸, no las regulan, a pesar de existir algunas propuestas concretas de la doctrina mexicana para crear capítulos expresos en dichos ordenamientos²⁹.

Destaca también la regulación del proceso contencioso administrativo que ha reconducido la protección de los derechos o intereses colectivos a través de la figura del «interés legítimo», en lugar del tradicional «interés jurídico».

La normatividad que de alguna forma contempla este tipo de acciones es la siguiente:

A) Códigos de Procedimientos Civiles de los Estados de Morelos (1993) Coahuila (1999) y Puebla (2007). En el primero se regula de manera expresa la representación en defensa de intereses difusos, cuando se trate de «la defensa del medio ambiente, de valores culturales o históricos y, en general, que pertenezcan a un grupo indeterminado de personas o la obligación que establece el artículo 14 del Código Civil, de realizar actividades particulares en beneficio colectivo; estarán legitimados para promover el proceso pertinente, el Ministerio Público local, cualquier interesado y las instituciones o asociaciones de interés social, no políticas ni gremiales, que a juicio del tribunal garanticen una adecuada defensa del interés colectivo comprometido» (art. 213).

En el caso de la legislación de Coahuila, se prevé una acción con pretensión de protección de intereses difusos, cuyo ejercicio se pretenda exigir la responsabilidad por daños o perjuicios actuales o emergentes, causados a un grupo indeterminado de personas (art. 285).

En Puebla se legitima a las instituciones y asociaciones que cuenten con el permiso correspondiente a su denominación de la Secretaría de Relaciones Exteriores para haberse constituido ya sea de interés social, no políticas ni gremiales, el Ministerio Público y cualquier integrante de la comunidad, en los casos relativos a la defensa del medio ambiente, de valores culturales, históricos, artísticos, urbanísticos y otros análogos; cuando la afectación de derechos individuales se produzca en forma colectiva, por un hecho común imputable a otra persona, la acción podrá ejercerse por cualquier interesado, institución, agrupación o entidad que tengan por objeto su defensa y protección. Si se pretende la adhesión a la acción por personas que se encuentran en la misma situación jurídica concreta, se procederá en forma previa, en los términos que para los actos preparatorios prevé el mismo Código de Procedimientos Civiles (arts. 11 y 12).

B) Legislación federal. Existen distintas leyes que han introducido denuncias populares o de grupo, que en realidad no constituyen propiamente acciones colectivas, ya que se presentan ante distintas instancias administrativas y no de manera directa ante el órgano jurisdiccional. Así ocurre con las acciones (en realidad denuncias) previstas en las siguientes leyes:

²⁸ Código de Procedimientos Civiles del Estado de Morelos (1993) y de Coahuila (1999), cuya autoría se atribuye al procesalista Fernando Flores García; posteriormente también se incorpora en el Código de Procedimientos Civiles del Estado de Puebla (2007).

²⁹ Cfr.: L. CABRERA ACEVEDO, «Acciones de clase (colectivas o de grupo) en los códigos procesales», en *Propuestas de reformas legales e interpretación de las normas existentes*, México, Themis-Barra Mexicana, Colegio de Abogados, 2002, t. I, pp. 147-157.

— Ley Federal de Competencia Económica. Cualquier persona puede iniciar el procedimiento en el caso de prácticas monopólicas ante la Comisión de Competencia Económica (arts. 30 y 32).

— Ley General de Salud. Cualquier persona por denuncia ante las autoridades sanitarias sobre hechos, actos u omisiones que representen un riesgo o provoque un daño a la salud de la población (art. 60).

— Ley General de Asentamientos Humanos. Los residentes del área que resulten afectados por construcciones, tienen derecho a exigir que se apliquen las medidas de seguridad y sanciones procedentes y se ejerce ante las autoridades competentes quienes oirán a las partes y resolverán en un término no mayor a treinta días naturales (art. 57).

— Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Medio Ambiente. Cualquier persona, grupo social, organización no gubernamental, asociaciones y sociedades podrán denunciar ante la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente o ante otras autoridades cuando se produzca desequilibrio ecológico o daños al ambiente o a los recursos naturales (art. 189).

— Ley General para la Prevención y Gestión Integral de los Residuos. Similar a la ley anterior (art. 125).

— Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable. Cualquier persona podrá presentar denuncia cuando se produzca desequilibrio ecológico al ecosistema forestal o daños a los recursos forestales (art. 159).

— Ley de los Derechos de las Personas Adultas Mayores. Queja o denuncia que puede presentar cualquier persona ante la Comisión Nacional de los Derechos Humanos o ante las Comisiones Estatales en el caso de las autoridades del orden estatal o municipal (arts. 43 a 47).

Debe destacarse que la regulación señalada obedece a nuevas leyes o bien a reformas recientes. Existen otros ordenamientos, sin embargo, que prevén acciones específicas (y no sólo denuncias):

— Ley Federal de Protección al Consumidor de 1992, reformada en febrero de 2004, en el que se otorga legitimación activa a la Procuraduría Federal del Consumidor para ejercer ante los tribunales competentes acciones de grupo en representación de consumidores, por los daños o perjuicios ocasionados, procediendo la reparación por la vía incidental a los interesados que acrediten su calidad de perjudicados. La indemnización por los daños y perjuicios no podrá ser inferior al 20 por 100 de los mismos. También la Procuraduría puede ejercitar una acción cautelar para impedir, suspender o modificar la realización de conductas que ocasionen daños o perjuicios a consumidores o previsiblemente puedan ocasionarlos (arts. 24, fracciones II y III, 26, fracciones I y II, y 76)³⁰.

— Ley Federal del Trabajo, que prevé acciones colectivas de naturaleza económica a favor de sindicatos de trabajadores o por la mayoría de trabajadores de una empresa o establecimiento (art. 903)³¹.

³⁰ No obstante de contar con esta facultad, la Procuraduría Federal de Protección al Consumidor no ejerció acción colectiva alguna en tres lustros. Las primeras acciones colectivas fueron ejercidas en 2007, en contra de las aerolíneas Air Madrid (14 de febrero y 30 de abril) y Líneas Aéreas Azteca (22 de marzo), sin que todavía se resuelvan.

³¹ Vid. los criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (quinta y sexta épocas): «Acciones colectivas, falta de interés jurídico de los trabajadores en lo individual, para impugnar en amparo laudos que resuelven sobre. Sobreseimiento» (séptima época, *Semanario Judicial de la Fe-*

— Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, prevé una acción contra actos de autoridad a favor de los núcleos de población ejidal o comunal en defensa de sus derechos colectivos agrarios (arts. 212 a 216).

C) Legislación en materia ambiental en las entidades de la República mexicana.

A semejanza de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente que rige a nivel federal, los 31 estados y el Distrito Federal contemplan leyes similares que introducen la denuncia ciudadana o popular ante las propias autoridades ambientales.

La autoridad en algunos casos tiene atribuciones expresas para iniciar las acciones que procedan ante las autoridades judiciales competentes, cuando conozca de actos, hechos u omisiones que constituyan violaciones a la legislación administrativa o penal. Cuando por infracción a las leyes se producen daños o perjuicios, los interesados pueden solicitar a la autoridad ambiental que formule un dictamen técnico que podrá tener valor de prueba plena en caso de ser presentado en juicio.

8. LOS INTERESES COLECTIVOS Y EL JUICIO DE AMPARO MEXICANO

En México queda todavía una magna tarea en el ámbito legislativo. Y más aún en la interpretación de los jueces, que ante la falta de regulación expresa son contados los que han abierto el paso franco al acceso a la justicia de estos nuevos derechos o intereses. Debemos someter a revisión, por ejemplo, el concepto del agravio personal y directo, así como los efectos de la sentencia al caso particular que rige al juicio de amparo mexicano desde el siglo XIX.

En 1999 se adicionó un párrafo 5.º al artículo 4.º constitucional³² que dice: «Toda persona tiene derecho a un medio ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar» (lo cual implica el derecho a una calidad de vida y el derecho al medio ambiente, relacionados directamente con los intereses difusos y colectivos), y que al comprenderse dentro de las garantías individuales pueden ser objeto del juicio de amparo». El problema, sin embargo, radica en las tradicionales formas de legitimación, en la representación adecuada y en los efectos de la sentencia protectora que siempre debe versar sobre el caso particular.

¿Cuál ha sido la actitud de los tribunales federales en México? La mayoría de los jueces de distrito han negado la posibilidad de acceder vía amparo, al considerar la falta de interés jurídico del quejoso, motivando el sobreseimiento en el juicio con base en la fracción V del artículo 73 de la Ley de Amparo. Los menos han otorgado amparos o la suspensión del acto reclamado.

deración, 44, quinta parte, p. 13); «Acciones colectivas de orden jurídico o económico» (sexta época, *Semanario Judicial de la Federación*, quinta parte, t. XXXVIII, p. 9); y «Ferrocarrileros. Prescripción de las acciones colectivas ejercitadas por el sindicato de los» (sexta época, *Semanario Judicial de la Federación*, quinta parte, t. XXXVI, p. 49).

³² *Diario Oficial de la Federación* de 28 de junio de 1999.

El historiador y jurista mexicano L. CABRERA ACEVEDO en su libro *El amparo colectivo protector del derecho al ambiente y de otros derechos humanos* (México, Porrúa, 2000), ilustra que de 1868 a 1882 se promovieron demandas de amparo a nombre propio y de un número indeterminado de personas, sobre todo para proteger derechos o intereses de las comunidades indígenas o de una población, otorgándose el amparo con efectos generales. Sin embargo, el carácter individualista del amparo a partir de 1883, fortaleció y consolidó el principio de la relatividad de las sentencias de amparo que ha prevalecido hasta la actualidad.

En otro trabajo, este autor sostiene la existencia de ejecutorias de la Suprema Corte entre los años 1867 a 1876 que protegían intereses colectivos mediante la sustitución a la autoridad administrativa y la ampliación de la legitimación procesal de los quejosos³³. Es en la primera época del *Semanario Judicial de la Federación* donde se encuentran varios casos de protección a intereses de tipo urbanísticos, estéticos e incluso de simple comodidad, ya que el interés jurídico en su acepción estricta como Derecho subjetivo no es consustancial al juicio de amparo y de ahí que en el siglo XIX la Suprema Corte tenía una concepción amplia de la legitimación³⁴.

Sin embargo, en 1972, nuestro más Alto Tribunal negó el amparo (RA 2747/69, ministro: Abel Huitrón, y secretario: Genaro David Góngora Pimentel) solicitado por un club campestre, en el que los propietarios de varios terrenos en la ciudad de Monterrey reclamaron la licencia otorgada por el Gobierno del Estado para construir un cementerio en los linderos de sus predios, alegando que recibirían perjuicios económicos, en su salud y de toda índole, «pues a nadie le gusta vivir cerca de un panteón». La Suprema Corte resolvió por unanimidad de votos que este tipo de interés no tiene tutela jurídica y que los problemas urbanísticos, estéticos, sanitarios y de comodidad que plantearon los quejosos carecían de interés protegido por la ley para impedir que sus propiedades fueran colindantes de un panteón, por lo que estos problemas quedaban dentro de la esfera soberana de la autoridad administrativa y los tribunales federales no podían asumir las atribuciones de ésta. La parte medular de la ejecutoria sostuvo:

«...La ley no faculta al Poder Judicial de la Federación para obligar a la autoridad a cumplir con reglas urbanísticas y sanitarias... [ni tampoco] para conocer de los problemas estéticos, las dificultades prácticas, las razones de conveniencia de las autoridades administrativas locales y pronunciar un fallo supremo que decida sobre los aspectos que no deben pasarse por alto al establecer un cementerio. Esto es mucho más que impartir justicia, porque es administrar...»³⁵.

En época más reciente, el propio CABRERA ACEVEDO, junto con G. D. GÓNGORA PIMENTEL, nos proporcionan ejemplos de resoluciones importantes al respecto. En el amparo núm. 391/77, el Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito (D. F.) sobreesayó en el juicio por mayoría de votos. El magistrado disidente Guillermo Guzmán Orozco emitió un voto importante. Y

³³ L. CABRERA ACEVEDO, «La tutela de los intereses colectivos o difusos», en *XIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, México, UNAM, 1993, pp. 211-243, en pp. 224-226.

³⁴ Cfr. A. ZALDÍVAR LELO DE LARREA, *Hacia una nueva Ley de Amparo*, México, UNAM-IIIJ, 2002, pp. 41-42.

³⁵ AR 2747/69 Alejandro Guajardo, Club Campestre y otros. Unanimidad de 19 votos; cfr. *op. ult. cit.*, p. 226-227.

en otros dos amparos, siendo ya ponente este magistrado, el mismo Tribunal Colegiado concedió la suspensión del acto reclamado, al sostener: 1) que el quejoso tiene interés jurídico; 2) considerar como actos reclamados a las autoridades gubernamentales de la ciudad de México en materias relativas al ambiente urbano; 3) que no se afecta el interés público al conceder la suspensión, y 4) que un particular puede ser la persona adecuada para representar intereses colectivos o difusos³⁶.

El anterior ejemplo es del amparo núm. 1081/80, en la que la quejosa era la Asociación de la colonia denominada Fuentes del Pedregal. En la parte medular de esta ejecutoria se dijo:

«Los vecinos de una colonia o cualesquiera de ellos, tienen interés en el aspecto urbano, estético, de jardines, etc., de su colonia, pues no podría decirse —pues la Constitución no lo dice— que la capital de la República es propiedad de los gobernantes en turno para el efecto de alterar el aspecto urbano, o suprimir parques y zonas verdes, o modificar el aspecto estético y urbanístico a su gusto, sin voz ni voto de los habitantes de la misma... —y continúa diciendo esta ejecutoria— sería ilógico sostener que quien vive en una colonia carece de interés en el aspecto urbano de la misma, y en las áreas verdes y zonas públicas, siendo así que tales cosas afectan individualmente el valor económico y estético del lugar en que escogieron vivir. No podría decirse que los habitantes son incapaces que deban quedar sujetos a la urgencia pretendida o real en ejecutar obras en la ciudad...».

En términos similares también se concedió la suspensión en el amparo núm. 264/80, en el que el acto reclamado era una licencia dada por el Gobierno de la ciudad de México para construir un edificio de oficinas comerciales o de servicios en un área residencial o zona de casa habitación³⁷.

Conforme a la jurisprudencia tradicional, la afectación a este interés jurídico debe probarse plenamente³⁸, lo que obstaculiza aun más el acceso a la justicia de los intereses o derechos supraindividuales. La regla general debería invertirse como bien lo sostiene un sector de la doctrina, es decir, privilegiar la procedencia del amparo mediante interpretaciones más favorables para los justiciables sin que llegue al extremo de colapsar el sistema ante la apertura desmedida del amparo³⁹.

ZALDÍVAR con agudeza pone el dedo en la llaga, al afirmar que en realidad con «la identificación del interés jurídico con el Derecho subjetivo viene a ser una forma de privilegiar las actuaciones de los órganos del Estado frente a los particulares, sencillamente por la dificultad de éstos de hacer valer medios de impugnación. Es decir, si se parte de ciertos niveles de identificación entre la autoridad emisora del acto que se va a reclamar y aquella que tiene a su cargo

³⁶ Cfr. G. GÓNGORA PIMENTEL, *La suspensión en materia administrativa*, 4.^a ed., México, Porrúa, 1998.

³⁷ Cfr. *op. últ. cit.*; y L. CABRERA ACEVEDO, «La protección de intereses difusos y colectivos en el litigio civil en México», en *Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM*, núms. 127, 128 y 129; así como «La tutela de los intereses colectivos o difusos», *op. cit.*, pp. 226-228.

³⁸ Cfr., entre otras, las tesis del tribunal pleno: «Interés jurídico. Debe estar plenamente probado»; e «Interés jurídico. Debe estar fehacientemente probado y no inferirse a base de presunciones».

³⁹ Cfr., entre otros, A. ZALDÍVAR LELO DE LARREA, *Hacia una nueva Ley de Amparo*, *op. cit.*, pp. 46-47.

revisar su constitucionalidad, resulta más sencillo para la segunda cumplir con su función si la posibilidad de acceder al juicio de control deriva de la forma como la autoridad emisora de la norma o acto a combatir haya definido el derecho del ciudadano»⁴⁰.

9. PRECEDENTES DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

A) El primer caso se relaciona con la legitimación activa de los portadores de los intereses supraindividuales para la procedencia del juicio de amparo.

La segunda sala de la Suprema Corte en el expediente varios 1/1996⁴¹ resolvió el 13 de septiembre de 1996, por mayoría de cuatro votos, no ejercitar su facultad de atracción para conocer de un amparo en grado de revisión (de competencia originaria de un tribunal colegiado de circuito) promovido por un particular a nombre propio y en representación de una asociación civil. El juez de distrito que conoció en primera instancia, resolvió sobreseer en el juicio por falta de interés jurídico de la promovente⁴². El criterio mayoritario para no ejercitar la atracción del asunto consistió en estimar que no es de importancia y trascendencia resolver si la quejosa, como asociación civil constituida para la preservación del medio ambiente, tiene legitimación, ya que tal análisis atañe a lo que debe entenderse por interés jurídico para efectos del amparo, concepto sobre el cual se han pronunciado en forma repetida y usual los tribunales federales, existiendo abundantes precedentes y tesis jurisprudenciales.

Sin embargo, queda un antecedente importante en el voto particular formulado por el ministro disidente Góngora Pimentel, en el que estima la necesidad de atraer el asunto por ser un caso de trascendencia en el orden jurídico, por tratarse del análisis de la legitimación de la quejosa como organización no gubernamental para impugnar un acto administrativo de carácter general y obligatorio emitido por una Secretaría de Estado. Se sostiene en este voto que se justifica conocer del asunto para analizar si por el principio de relatividad de las sentencias de amparo es procedente o no el juicio de amparo, cuando existe un acuerdo trilateral suscrito por el Estado mexicano con Canadá y los Estados Unidos de Norteamérica⁴³, donde diversos preceptos imponen la obligación a las partes contratantes de otorgar participación a la sociedad en general, en la

⁴⁰ Cfr. *op. últ. cit.*, p. 41.

⁴¹ Relacionado con la solicitud del ministro Genaro David Góngora Pimentel a fin de que se ejerciera la facultad de atracción para conocer del juicio de amparo en revisión 861/96, promovido por Homero Aridjis Fuentes, por su propio Derecho y en su carácter de presidente del Consejo de Directores del Grupo de los Cien Internacional, asociación civil, en contra de actos del director general de Asuntos Jurídicos de la Secretaría del Medio Ambiente, Recursos Naturales y Pesca y otras autoridades, radicado en el Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito.

⁴² El acto reclamado en este juicio de amparo consistió en el desechamiento del recurso de revisión administrativa interpuesto por los quejosos, ante la Secretaría del Medio Ambiente, Recursos Naturales y Pesca, en contra del «Acuerdo por el cual se simplifica el trámite de la presentación de la manifestación de impacto ambiental a las industrias que se mencionan, sujetándolas a la presentación de un informe preventivo», que fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 8 de noviembre de 1995.

⁴³ Acuerdo de Cooperación Ambiental de América del Norte entre el Gobierno de México, el de Canadá y el Gobierno de los Estados Unidos de América, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de 21 de diciembre de 1993.

aplicación de las normas ambientales e, incluso, que deben proveer o implantar recursos o medios jurídicos para que los interesados tengan acceso en la aplicación y regulación de esa materia del medio ambiente⁴⁴.

Debe destacarse que al conocer el respectivo tribunal colegiado de circuito del recurso de revisión, reconoció el interés jurídico de la asociación civil debido a su objeto social, y al quejoso en particular al interpretar a la Ley General de Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente⁴⁵, debido a que cualquier persona se encuentra en posibilidad de consultar las manifestaciones de impacto social, concediéndose el amparo solicitado.

B) El segundo precedente se relaciona con el ámbito fiscal-ecológico, referente a la inconstitucionalidad de los derechos por la descarga de aguas contaminadas.

El tribunal pleno de la Suprema Corte resolvió por unanimidad de votos, el 3 de marzo de 1998 (amparos en revisión 2240/96 y 2854/96)⁴⁶, conceder el amparo a las empresas quejasas, al estimar que el artículo 282, fracción I, de la Ley Federal de Derechos vigente en 1996, viola la garantía de legalidad tributaria «al dejar a la Comisión Nacional del Agua la valoración de los elementos, circunstancias y factores que han de concurrir para que determinados sujetos logren la exención en el pago del Derecho correspondiente»⁴⁷.

El ministro Genaro David Góngora Pimentel señala sobre este asunto que el ambiente es un bien común y el deber de preservarlo corresponde a todos, como manifestación indispensable de solidaridad colectiva y se cuestiona «¿Son los tributos medidas apropiadas para proteger el medio ambiente? ¿Tiene límites el carácter extrafiscal de los tributos ecológicos? El problema fundamental que conllevan las preguntas anteriores es determinar en qué medida es constitucionalmente admisible un tributo cuyo hecho imponible sea una actividad antiecológica. O, dicho de otro modo, dilucidar si en este empleo «extrafiscal» del sistema tributario caben, concretamente, tributos de finalidad primordialmente ambiental»⁴⁸.

10. EL CONCEPTO DE INTERÉS JURÍDICO E INTERÉS LEGÍTIMO EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Otro precedente importante que si bien fue resuelto en la vía de la contradicción de tesis entre tribunales colegiados de circuito (sistema de unificación de criterios de los tribunales federales), para explicar las diferencias entre interés

⁴⁴ El contenido del voto particular, así como el fallo íntegro de la resolución de la Corte, puede verse en la obra de G. GÓNGORA PIMENTEL, *El Derecho que tenemos: la justicia que esperamos*, México, Laguna, 2000: «Concepto de interés y trascendencia para el ejercicio de la facultad de atracción. El caso del Grupo de los Cien Internacional, A. C.», pp. 451-509.

⁴⁵ El artículo 34 de dicha ley (reformado el 13 de septiembre de 1996) sostiene en su párrafo primero: «Una vez que la Secretaría reciba una manifestación de impacto ambiental e integre el expediente a que se refiere el artículo 35, pondrá ésta a disposición del público, con el fin de que pueda ser consultada por cualquier persona».

⁴⁶ Interpuestos, respectivamente, por Bacardí y Compañía, S. A. de C. V., e Industrias Alimenticias de Zacatecas, S. A. de C. V.

⁴⁷ G. GÓNGORA PIMENTEL, «La inconstitucionalidad de los derechos por la descarga de aguas contaminadas», en su obra *El Derecho que tenemos: la justicia que esperamos*, op. cit., pp. 435-449.

⁴⁸ *Id.*, p. 437.

jurídico y el legítimo en el proceso contencioso administrativo, puede resultar ejemplificativo para extenderlo también al juicio de amparo; no obstante que un sector de la doctrina estima que si bien la resolución fue progresista, se requiere romper con las ataduras tradicionales de la concepción de los derechos⁴⁹.

En la contradicción de tesis 69/2002, resuelta por la segunda sala de la Suprema Corte el 15 de noviembre de ese año, la materia de la contradicción de criterios consistió en determinar si el interés legítimo tiene o no la misma connotación que el interés jurídico (teniendo en cuenta que la anterior ley sólo contemplaba este interés), y con base en ello determinar si la actual Ley del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal, para la procedencia del juicio administrativo debe, o no, acreditar la titularidad de un Derecho subjetivo afectado.

Por unanimidad de votos, se estimó que ambos intereses tienen una connotación diferente, en tanto que de los diversos procesos de reformas y adiciones a la abrogada ley y del que dio lugar a la ley en vigor, se desprende que el legislador ordinario en todo momento tuvo presente las diferencias existentes entre el interés jurídico y el legítimo, lo cual se evidencia aún más en las discusiones correspondientes a los procesos legislativos de 1986 y 1995. De hecho, uno de los principales objetivos pretendidos con este último, fue precisamente permitir el acceso a la justicia administrativa a aquellos particulares afectados en su esfera jurídica por actos administrativos (interés legítimo), no obstante carecieran de la titularidad del Derecho subjetivo respectivo (interés jurídico), con la finalidad clara de ampliar el número de gobernados que pudieran acceder al procedimiento en defensa de sus intereses. Así, el fallo de la segunda sala estimó esencialmente que el interés jurídico tiene una connotación diversa a la del legítimo, pues mientras el primero requiere que se acredite la afectación a un Derecho subjetivo, el segundo supone únicamente la existencia de un interés cualificado respecto de la legalidad de los actos impugnados, interés que proviene de la afectación a la esfera jurídica del individuo, ya sea directa o derivada de su situación particular respecto del orden jurídico⁵⁰.

En este mismo orden de ideas, la propia ejecutoria sostuvo que de acuerdo con la ley actual (arts. 34 y 72, fracción V), para la procedencia del juicio administrativo basta con que el acto de autoridad impugnado afecte la esfera jurídica del actor, para que le asista un interés legítimo para demandar la nulidad de ese acto, resultando intrascendente, para este propósito, que sea o no titular del respectivo Derecho subjetivo, pues el interés que debe justificar el accionante no es el relativo a acreditar su pretensión, sino el que le asiste para hincar la acción. En efecto, tales preceptos aluden a la procedencia o improcedencia del juicio administrativo, a los presupuestos de admisibilidad de la acción ante el mencionado Tribunal, mas no el deber del actor de acreditar el derecho que alegue que le asiste, pues esto último es una cuestión que atañe al fondo del asunto. De esta

⁴⁹ Cfr. J. A. CRUZ PARCERO, «Derecho subjetivo e interés jurídico en la jurisprudencia mexicana», en *Juez. Cuaderno de Investigación*, Instituto de la Judicatura Federal, núm. 3, 2003. Vid. también su interesante obra *El concepto de Derecho subjetivo*, 2.^a ed., México, Fontamara, 2004.

⁵⁰ Tesis jurisprudencial 141/2002-SS: «Interés legítimo e interés jurídico. Ambos términos tienen diferente connotación en el juicio contencioso administrativo», novena época, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XVI, diciembre de 2002, p. 241.

forma resulta procedente el juicio que intenten los particulares no sólo contra actos de la autoridad administrativa que afecten sus derechos subjetivos (interés jurídico), sino también y de manera más amplia, frente a violaciones que no lesionen propiamente intereses jurídicos, ya que basta una lesión objetiva a la esfera jurídica de la persona física o moral (jurídica) derivada de su peculiar situación que tienen en el orden jurídico, de donde se sigue que los preceptos de la mencionada ley, al requerir un interés legítimo como presupuesto de admisibilidad de la acción correspondiente, *también comprende por mayoría de razón al referido interés jurídico*, al resultar de mayores alcances que éste⁵¹.

11. LA TITULARIDAD DE LOS DERECHOS COLECTIVOS EN MATERIA ECOLÓGICA

El tribunal pleno interpretó la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente (vigente en 1993), que contiene disposiciones en materia ecológica relativas a una comunidad determinada, estableciendo derechos a favor de las personas físicas y morales que la integran y residen en el lugar, en el sentido que podría considerarse como un derecho colectivo que da interés jurídico a la propia colectividad para que por sí misma o por medio de su representante legítimo pueda promover el juicio de amparo.

Sin embargo, en el fallo se sostuvo que cuando lo promueve una asociación cuya pretensión radica, no en salvaguardar algún derecho que le otorgue la ley por encontrarse dentro de su hipótesis, sino en que se proteja a la colectividad que no representa y se haga una declaración general respecto de la ley, se está en la hipótesis de la falta de interés jurídico a que se refiere la Ley de Amparo (art. 73, fracción V), pues de admitirse la procedencia del juicio y en el supuesto de que el mismo tuviera que otorgarse, se estaría ante el problema de determinar los efectos de la sentencia, los cuales no pueden ser otros que los de proteger al caso particular en términos de la disposición constitucional (art. 107, fracción II)⁵².

12. EL INTERÉS LEGÍTIMO EN LAS CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES

Si bien en la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 constitucional no se hace referencia al interés legítimo como supuesto de legitimación activa de la entidad, poder u órgano que promueva la controversia, el tribunal pleno de la Suprema Corte, entre otros casos, determinó la actualización de un *interés legítimo* del Ayuntamiento actor en esa vía para deducir los derechos derivados de su integración.

Se estimó que si bien en la tesis jurisprudencial 71/2000 se establece la necesidad de que el promovente plantee la existencia de un agravio, éste debe en-

⁵¹ Tesis jurisprudencial 142/2002-SS: «Interés legítimo, noción de, para la procedencia del juicio ante el tribunal de lo contencioso administrativo del distrito federal», *id.*, p. 242.

⁵² Amparo en revisión 435/96. Fundación Mexicana para la Educación Ambiental, A. C., 29 de mayo de 1997. Unanimidad de nueve votos. Ausentes: José de Jesús Gudiño Pelayo y Olga M. Sánchez Cordero. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: Mercedes Rodarte Magdalena.

tenderse como un *interés legítimo* para acudir a la vía de la controversia constitucional, el cual, a su vez, se traduce en una afectación que resienten en su esfera jurídica de atribuciones las entidades, poderes u órganos a que se refiere la fracción I del artículo 105 constitucional, *en razón de su especial situación frente al acto que consideren lesivo*; dicho interés se estima actualizado cuando la conducta de la autoridad demandada sea susceptible de causar perjuicio o privar de un beneficio a la parte que promueve debido a *la situación de hecho en la que ésta se encuentre*, la cual necesariamente deberá estar legalmente tutelada para que pueda exigir su estricta observancia⁵³.

La aceptación jurisprudencial del interés legítimo en la controversia constitucional se ha ido consolidando, incluso cuando se trata de un «principio de afectación»⁵⁴.

13. INTERÉS LEGÍTIMO Y ACCIONES DE GRUPO EN MATERIA ELECTORAL

La doctrina desde hace tiempo se refiere a una acción de clase en materia electoral federal⁵⁵, y posteriormente la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación lo confirmó en varios asuntos, al sostener que los partidos políticos tienen interés legítimo y pueden deducir acciones para proteger intereses difusos contra los actos de preparación de las elecciones.

Partiendo de una interpretación sistemática y muy flexible de distintos preceptos de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral y del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, y de los principios rectores en la materia electoral contenidos en el artículo 41 constitucional, los fallos sostienen la posibilidad de que esos partidos se encuentran legitimados para deducir las «acciones colectivas, de grupo o tuitivas de intereses difusos que sean necesarias para impugnar cualquier acto de la etapa de la preparación de los procesos electorales»⁵⁶.

⁵³ Controversia Constitucional 9/2000. Ayuntamiento del Municipio de Nativitas, Estado de Tlaxcala. 18 de junio de 2001. Mayoría de diez votos. Disidente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Pedro Alberto Nava Malagón. *Vid.* las jurisprudencias 83 y 84/2001: «Controversia constitucional. Interés legítimo para promoverla» y «Controversia constitucional. Se actualiza el interés legítimo del municipio para acudir a esta vía cuando se emitan actos de autoridad que vulneren su integración», Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XIV, julio de 2001, pp. 875 y 925, respectivamente.

⁵⁴ *Cfr.*, entre otras, las tesis jurisprudenciales 54/2004 del tribunal pleno, cuyo rubro es: «Controversia constitucional. Los poderes judiciales de los estados tienen interés legítimo para acudir a este medio de control constitucional, cuando se afecte su independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional con motivo de un juicio político seguido a sus integrantes» (P/J 54/2004); asimismo, de la Segunda Sala, la tesis aislada, cuyo rubro dice: «Controversia constitucional. Existe interés legítimo para la procedencia de la acción. Cuando se actualiza una afectación a la esfera de atribuciones de las entidades, poderes u órganos legitimados, a su esfera jurídica, o solamente un principio de afectación» (2.ª XVI/2008).

⁵⁵ C. GÓMEZ LARA y C. ORTIZ MARTÍNEZ, «Una acción de clase en materia electoral federal en México», *op. cit.*

⁵⁶ *Vid.* la tesis de jurisprudencia S3ELJ 15/2000: «Partidos Políticos nacionales. Pueden deducir acciones tuitivas de intereses difusos contra los actos de preparación de las elecciones».

Esta interpretación jurisprudencial abre el cauce para la tutela de los intereses difusos, a pesar incluso de que la legislación electoral no otorga acción alguna a los ciudadanos, sea de manera individual o colectiva, ya que la acción que se prevé se refiere respecto de ciertas violaciones directas al voto público, sin que les sea permitido invocar como agravios las violaciones cometidas durante el proceso electoral, como causantes de la conculcación directa del Derecho político, puesto que se prevé por la Constitución y legislación electoral que los actos preparatorios se convierten en definitivos e inimpugnables al término de esa etapa electoral. Si bien la interpretación flexible lograda constituye un avance importante, lo más conveniente sería que en la legislación exista la acción correspondiente y tal vez esta jurisprudencia inicie el camino para ello.

Con anterioridad la propia Sala Superior había emitido un criterio similar, al resolver el recurso de apelación 9/97, interpuesto por el Partido Revolucionario Institucional (PRI), relativo a reconocer el interés legítimo de los partidos políticos para impugnar actos en esa etapa de preparación del proceso electoral. Partiendo de una interpretación también sistemática, el fallo sostuvo que los partidos políticos tienen *interés legítimo* para hacer valer los medios de impugnación jurisdiccionales contra actos emitidos en dicha etapa, debido a dos razones fundamentales:

A) Que los partidos no sólo actúan como titulares de su acervo jurídico propio, sino como entidades de interés público con el objeto de preservar las prerrogativas de la ciudadanía, de manera que las acciones que deducen no son puramente individuales, sino que gozan, en buena medida, de las características reconocidas a las llamadas acciones de interés público o colectivas, dentro de las cuales se suelen ubicar las acciones de clase o de grupo, que existen en otros países y que se comienzan a dar en México, o las dirigidas a tutelar los derechos difusos de las comunidades indeterminadas y amorfas, acciones que se ejercen a favor de todos los integrantes de cierto grupo, clase o sociedad, que tienen en común cierta situación jurídica o estatus, sobre el que recaen los actos impugnados;

B) Debido a que cada acto y etapa del proceso electoral adquiere definitividad, ya sea por el hecho de no impugnarse a través de los medios legales, o mediante pronunciamiento de la autoridad que conozca de esos medios legales, o mediante pronunciamiento de la autoridad que conozca de esos medios que al respecto se hagan valer, de manera que ya no se podrá impugnar posteriormente, aunque llegue a influir en el resultado final del proceso electoral⁵⁷.

14. PRECEDENTES RELEVANTES DE TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO

El Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, al conocer del amparo directo 75/2008, bajo la ponencia del magistrado Leonel Castillo González, emitió tesis asiladas que constituyen un avance jurisprudencial de

⁵⁷ Cfr: la tesis S3EL 7/97: «Partidos Políticos. Interés jurídico para impugnar los actos de la etapa de preparación del proceso electoral» (compilación Oficial de Jurisprudencia y Tesis Relevantes 1997-2002, México Tribunal Electoral del PJF, 2003, pp. 605-606).

trascendencia para el reconocimiento de las acciones colectivas y especialmente para adaptar el tradicional procedimiento individualista previsto en nuestro ordenamiento hacia nuevas posiciones flexibles «para adoptar los principios del proceso jurisdiccional social»⁵⁸.

En efecto, dicho órgano jurisdiccional, al reconocer la existencia de intereses difusos y colectivos de los consumidores en los artículos 21 y 26 de la Ley Federal de Protección al Consumidor, cuya legitimación corresponde en exclusiva a la Procuraduría Federal del Consumidor, consideró necesario que

«el juzgador debe *despojarse de la idea tradicional* de los límites impuestos para la defensa de los intereses individuales o el Derecho subjetivo de cada individuo, *para acudir a una interpretación jurídica avanzada, de vanguardia, en la cual potencialice las bases constitucionales con los criterios necesarios para preservar los valores protegidos y alcanzar los fines perseguidos, hacia una sociedad más justa*. Sólo así se pueden tutelar los intereses colectivos o difusos, pues si su impacto es mucho mayor, se requiere el máximo esfuerzo y actividad de los tribunales y *considerable flexibilidad en la aplicación de las normas sobre formalidades procesales, la carga de la prueba, allegamiento de elementos convictivos, su valoración y el análisis mismo del caso*. Asimismo, se requiere *de una simplificación del proceso y su aceleración*, para no hacer cansada o costosa la tutela de estos derechos, a fin de que los conflictos puedan tener solución pronta, que a su vez sirva de prevención respecto de nuevos males que puedan perjudicar a gran parte de la población. Estas directrices deben adoptarse, a su vez, en los procesos individuales donde se ventile esta clase de intereses, *mutatis mutandi*, porque ponen en juego los mismos valores, aunque en forma fragmentaria, mientras que las dificultades para sus protagonistas se multiplican»⁵⁹ (cursiva añadida).

Este criterio lo consideramos fundamental para entender que aun sin un procedimiento específico en materia de acciones colectivas, es posible adaptar el tradicional proceso a los fines que se persiguen con la tutela jurisdiccional de los intereses y derechos difusos y colectivos, logrando «flexibilidad en la aplicación de las normas sobre formalidades procesales».

Este mismo tribunal establece que para la procedencia de este tipo de acciones es necesario tener presente, siguiendo la ley de consumidores referida: i) la gravedad; ii) el número de reclamaciones o denuncias que se hubieran presentado en contra del proveedor; y iii) la afectación general que pudiera causarse a los consumidores en su salud o en su patrimonio. Y especifica que su objeto puede ser de dos tipos: i) *indemnizatorio* para el resarcimiento de los daños y perjuicios causados, y ii) *preventivo* con la finalidad de impedir, suspender o modificar aquellas conductas que puedan causarlos⁶⁰.

También realizó un esfuerzo por establecer quiénes son los titulares de los intereses difusos y colectivos, así como destacar algunas de sus características⁶¹:

⁵⁸ Vid. la tesis aislada I.4o.C.136 C, cuyo rubro es: «Intereses colectivos o difusos en procesos jurisdiccionales colectivos o individuales. Características inherentes» (publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXVII, abril de 2008, p. 2381).

⁵⁹ Texto de la tesis citada en nota anterior.

⁶⁰ Vid. la tesis aislada I.4o.C.135 C, cuyo rubro es: «Acciones colectivas a favor de los consumidores. Legitimación, competencia y objeto» (publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXVII, abril de 2008, p. 2284).

⁶¹ Vid. la tesis aislada I.4o.C.137 C, cuyo rubro es: «Intereses colectivos o difusos. Sus características y acciones para su defensa» (publicado en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXVII, abril de 2008, p. 2381).

«Son los pertenecientes a todos los miembros de una *masa o grupo de la sociedad, sin posibilidad de fraccionarse en porciones para cada uno, ni de defensa mediante las acciones individuales tradicionales, ni de ejercerse aisladamente, o bien, que siendo factible su separación, la prosecución de procesos singulares, por una o más personas carece de incentivos reales, tanto por resultar más costosos los procedimientos empleados que la reparación que se pueda obtener, como por su falta de idoneidad para impedir a futuro los abusos denunciados, a favor de toda la comunidad de afectados*. Esto tiene lugar generalmente, en relación a medidas o estrategias desplegadas contra grupos sin organización ni representación común, como la amplia gama de consumidores, o con las afectaciones al medio ambiente, con lo que se perjudican los intereses de todos los ciudadanos en general. En atención a tal imposibilidad o dificultad, en la época contemporánea las leyes han venido creando mecanismos generadores de acciones que resultan idóneas a las peculiaridades de esos intereses, como la acción popular, o con la legitimación a grupos u organizaciones sociales que garanticen solvencia material y moral, y seriedad para dar seguimiento consistente y llevar hasta el final esta clase de acciones, como sucede en distintos ámbitos o naciones; en el Derecho mexicano del consumidor, la legitimación se otorga a la Procuraduría Federal del Consumidor, para el ejercicio de las acciones tuitivas de intereses difusos de los consumidores» (cursiva añadida).

15. EL PROYECTO DE NUEVA LEY DE AMPARO

Desde hace tiempo un sector importante de la doctrina mexicana considera necesario actualizar nuestra máxima institución procesal. FIX-ZAMUDIO enfatiza en esta necesidad al sostener que «existe un consenso esencial en la doctrina jurídica mexicana, pero también en los distintos sectores sociales y políticos, de que se requiere una renovación profunda de nuestro ordenamiento en cuanto a la regulación del juicio de amparo»⁶².

En la clausura al Congreso Nacional de Jueces de Distrito (ciudad de México, 6-9 de octubre de 1999), el entonces ministro presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Genaro David Góngora Pimentel, expresó la necesidad de una nueva *Ley de Amparo*. Y el 17 de noviembre del mismo año, se integró la *Comisión de Análisis de Propuestas para una nueva Ley de Amparo*, compuesta por ocho reconocidos juristas (académicos, abogados e integrantes del poder judicial federal)⁶³, convocando a la sociedad y a la comunidad jurídica nacional para enviar propuestas de reformas⁶⁴. La Comisión presentó un primer proyecto el 29

⁶² «Prólogo» a la obra de E. FERRER MAC-GREGOR, *La acción constitucional de amparo en México y España. Estudio de Derecho comparado*, 4.ª ed., México, Porrúa, 2006, pp. XVII-XVIII.

⁶³ La Comisión se integró por Humberto Román Palacios, Juan Silva Meza, Héctor Fix-Zamudio, José Ramón Cossío Díaz, César Esquinca Muñoa, Manuel Ernesto Saloma Vera, Javier Quijano Baz y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. El coordinador de dicha comisión fue el ministro Román Palacios.

⁶⁴ Un sector de la doctrina encabezada en su momento por el maestro Ignacio Burgoa rechazó la propuesta de una nueva Ley de Amparo, proponiendo más bien reformas a la misma. Al respecto, *vid.* su opúsculo *Renovación de la Ley de Amparo*, México, Instituto Mexicano del Amparo, 2000. En el mismo, el destacado amparista expresamente se pronuncia sobre la conveniencia de la protección jurisdiccional de los «intereses grupales o difusos», proponiendo la adición de un segundo párrafo al artículo 4 de la actual Ley de Amparo en los siguientes términos: «En el caso de que, por actos u omisiones de cualquier autoridad, se lesionen intereses colectivos, el grupo agraviado, a través de alguno o algunos de sus miembros, podrá promover amparo contra tales actos u omisiones, teniendo el promotor o los promotores la representación legal del propio grupo».

de agosto de 2000, el cual se discutió en un *Congreso Nacional de Juristas*, celebrado en la ciudad de Mérida, Yucatán, del 6 al 8 de noviembre del mismo año. Posteriormente, la Comisión entregó al pleno de la Corte el proyecto (en realidad anteproyecto) de la nueva ley el 1 de marzo del año 2001 (junto con la propuesta de reforma constitucional). Una vez analizado por el propio Pleno, el 30 de abril siguiente se entregó el proyecto definitivo⁶⁵ a las instancias que de conformidad con el artículo 71 constitucional tienen la posibilidad de iniciativa de ley⁶⁶.

Este proyecto fue retomado en 2004 por un grupo de senadores y convertida en iniciativa de ley. En efecto, representantes de cuatro grupos parlamentarios (PRI, PAN, PRD y PVEM) en el Senado de la República presentaron la iniciativa de una nueva Ley de Amparo, acogiendo íntegramente el proyecto de ley que preparara en su momento la Suprema Corte de Justicia en el año 2001.

Entre los múltiples aspectos novedosos que prevé la posible nueva legislación de amparo —que de fructificar abrogaría a la actual ley de 1936—, destacan, por su importancia: i) la ampliación del objeto de protección del juicio de amparo a los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales; ii) la ampliación de la legitimación activa del quejoso al incorporarse el denominado «interés legítimo» que abre las ventanas a los derechos o intereses difusos y colectivos; iii) la declaratoria general de inconstitucionalidad cuando se trate de impugnación de leyes; iv) la incorporación de la figura de la «interpretación conforme»; v) el reconocimiento normativo de la apariencia del buen Derecho para la suspensión del acto reclamado, y vi) la limitación del amparo directo en determinados supuestos para evitar reenvíos por cuestiones procedimentales.

Así, el artículo 4.º del proyecto de la *nueva Ley de Amparo* pretende ampliar la legitimación activa del quejoso. En la exposición de motivos, tanto de la propuesta de reforma constitucional como del proyecto de ley, se justifica la necesidad de introducir una concepción innovadora denominada *interés legítimo* —excepto en los casos de actos provenientes de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo—, señalando que se trata de una institución que ha sido desarrollada en otros países, consistente en una legitimación intermedia entre el interés jurídico y el interés simple. En la exposición de motivos del proyecto de ley, sin más explicación se sostiene:

«...el interés legítimo se ha desenvuelto de manera preferente en el Derecho administrativo y parte de la base de que existen normas que imponen una conducta obligatoria de la administración, pero tal obligación no se corresponde con el Derecho subjetivo de que sean titulares determinados particulares. Si se tratara de proteger un interés simple, cualquier persona podría exigir que se cumplan esas normas por conducto de la acción popular. Este tipo de interés no es el que se quiere proteger.

⁶⁵ *Proyecto de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de la Ley de Amparo Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, México, SCJN, 2001.

⁶⁶ De conformidad con el artículo 71 constitucional, sólo tienen el derecho de iniciar leyes el presidente de la República, los diputados y senadores del Congreso de la Unión, y las legislaturas de los Estados. Existe, sin embargo, una corriente para otorgarle dicha atribución a la Suprema Corte de Justicia, como sucede con la mayoría de los tribunales superiores de justicia locales. Al respecto, resulta interesante la obra de J. V. CASTRO, *La posible facultad del poder judicial para iniciar leyes*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1999.

Puede haber gobernados para los que la observancia o no de este tipo de normas de la administración pública resulte una ventaja o desventaja de modo particular respecto de los demás. Esto puede ocurrir por dos razones, en primer lugar puede ser el resultado de la particular posición de hecho en que alguna persona se encuentre, que la hace más sensible que otras frente a un determinado acto administrativo; en segundo lugar, puede ser el resultado de que ciertos particulares sean los destinatarios del acto administrativo que se discute. Ésta es la noción del interés legítimo, es decir que ciertos gobernados puedan tener un interés cualificado respecto a la legalidad de determinados actos administrativos».

Como se puede apreciar, este nuevo tipo de legitimación rompe con el principio del agravio personal y directo que rige actualmente la procedencia del amparo. Conforme a nuestra actual legislación, vía interpretación jurisprudencial se han distinguido los distintos tipos de interés para resolver la problemática de la procedencia, señalando las diferencias entre el interés jurídico, el interés simple y la mera facultad.

Se ha entendido que el interés jurídico corresponde al Derecho subjetivo, entendiendo como tal la facultad o potestad de exigencia, cuya institución conlleva la norma objetiva del Derecho, y supone la conjunción de dos elementos inseparables: *a)* una facultad de exigir, y *b)* una obligación correlativa traducida en el deber jurídico de cumplir dicha exigencia. De tal manera que tendrá legitimación sólo quien tenga interés jurídico y no cuando se tenga una mera facultad o potestad, o se tenga un interés simple, es decir, cuando la norma jurídica objetiva no establezca a favor del individuo alguna facultad de exigir⁶⁷. Sin embargo, el Derecho subjetivo como fundante de la legitimación se encuentra en crisis, como se ha establecido con anterioridad.

Ahora bien, como se advierte, la introducción del innovador interés legítimo en el proyecto de ley rompe con una arraigada tradición legal y jurisprudencial en México sobre el tema, lo que implica reconocer nuevas posiciones legitimantes al quejoso que no encuentran sustento en un Derecho subjetivo público otorgado por la normatividad, sino en un interés cualificado que los gobernados de hecho pueden tener respecto de la legalidad de determinados actos administrativos.

Uno de los redactores del proyecto de la nueva ley describe con acierto los elementos del concepto en cuestión⁶⁸, caracterización que ha incluso seguido con literalidad el Décimo Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito al interpretar el interés legítimo en el proceso contencioso administrativo⁶⁹:

a) No es un mero interés por la legalidad de la actuación de la autoridad; requiere la existencia de un interés personal, individual o colectivo que, de prosperar la acción, se traduce en un beneficio jurídico a favor del accionante.

⁶⁷ *Cfr.*, la tesis «Interés jurídico, interés simple y mera facultad. Cuando existen» (Tribunal Pleno, séptima época, vol. 37, primera parte, p. 25). Los tribunales colegiados de circuito han seguido esta tesis.

⁶⁸ A. ZALDÍVAR LELO DE LARREA, *Hacia una nueva Ley de Amparo*, op. cit., p. 63.

⁶⁹ *Vid.* la tesis I.13.ºA.43 A: «Interés legítimo. Concepto de, en términos del artículo 34 de la Ley del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal» (*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XV, marzo de 2002, p. 1367). Amparo directo 7413/2001.

b) Está garantizado por el Derecho objetivo, pero no da lugar a un Derecho subjetivo, no hay potestad frente a otro.

c) Debe haber una afectación a la esfera jurídica en sentido amplio, ya sea económica, profesional o de otra índole. Lo contrario es la acción popular, en la cual no se requiere afectación alguna a la esfera jurídica.

d) Los titulares tienen un interés propio distinto del de cualquier otro gobernado, consistente en que los poderes públicos actúen de acuerdo con el ordenamiento cuando con motivo de la persecución de fines de carácter general incidan en el ámbito de ese interés propio.

e) Se trata de un interés cualificado, actual y real, no potencial o hipotético; en suma, es un interés jurídicamente relevante.

f) La anulación produce efectos positivos o negativos en la esfera jurídica del gobernado.

No pasa inadvertido que el interés legítimo que se introduce al parecer se adoptó siguiendo el modelo español (también desarrollado ampliamente en otros países europeos, especialmente en Alemania, Francia e Italia)⁷⁰, como se ha venido haciendo en los últimos años con otras instituciones (v. gr., Consejo de la Judicatura, acción de inconstitucionalidad). En efecto, la Constitución española vigente de 1978 en su artículo 24 (que corresponde a nuestros arts. 14 y 16 constitucionales) introduce el interés legítimo. Asimismo, específicamente por lo que hace al amparo señala que están legitimados para interponerlo «toda persona natural o jurídica que invoque un *interés legítimo*, así como el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal» (art. 162.1).

Conforme a este interés legítimo que regula al amparo español, se faculta a todas aquellas personas que sin ser titulares del derecho fundamental o libertad pública lesionados por la actuación de cualquiera de los poderes públicos (es decir, sin ser titular de un Derecho subjetivo) tiene, sin embargo, un interés en que la violación del derecho o libertad sea reparado.

En el Derecho español el concepto de interés legítimo se ha elaborado, como bien señala la exposición de motivos de la nueva Ley de Amparo, en el seno de la justicia administrativa⁷¹. En principio, conforme a la Ley reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, se reconoce un *interés directo* como situación jurídica sustancial legitimante para el ejercicio de la acción procesal administrativa, lo que implica la individualización del interés en una persona concreta y determinada como fundamento de la legitimación. Sin embargo, se ha cuestionado ese tipo de interés para otorgarle una dimensión más amplia y acorde al principio constitucional de acceso a la justicia. Así el interés legítimo previsto en el dispositivo constitucional español abre las puertas a intereses de naturaleza social o colectiva; sin embargo, el hecho de pertenecer a muchos, el interés no tiene por qué dejar de ser individual. Resulta ilustrativa la interpretación que al respecto ha realizado el Tribunal Constitucional español al resolver el recurso de amparo 47/1990, que en la parte medular señala:

⁷⁰ Cfr. H. QUIROGA LAVIÉ, *El amparo colectivo*, Buenos Aires, Rubizal-Culzoni Editores, 1998, pp. 9-32.

⁷¹ Sobre el tema, vid. M.^a I. GONZÁLEZ CANO, *La protección de los intereses legítimos en el proceso administrativo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997; F. CORDÓN MORENO, *La legitimación en el proceso contencioso-administrativo*, op. cit.

«El interés legítimo a que se alude en el artículo 162.1.b) de la Constitución es un concepto más amplio que el de interés directo, y, por tanto, de mayor alcance que el de Derecho subjetivo afectado o conculcado por el acto o disposición objeto del recurso, siendo evidente que en el concepto de interés legítimo hay que entender incluido el interés profesional de promoción y defensa de una categoría de trabajadores, del que puede ser titular no sólo cada uno de ellos individualmente considerados, sino también cualquier asociación o entidad que haya asumido estatutariamente esos mismos fines...».

En este sentido tendrán legitimación activa las personas morales (jurídicas) o las asociaciones para acudir a la vía del amparo a favor de alguno de sus miembros o viceversa, uno de ellos podrá promover para defender un derecho del grupo. Así lo ha sostenido el Tribunal Constitucional español en múltiples sentencias, considerando que dichas entidades colectivas —incluso sin personalidad jurídica, como por ejemplo ciertos grupos étnicos, sociales o religiosos— «están imbricados con los de las personas que lo integran» (RA 180/1988, de 11 de octubre). En vía de ejemplo, dicho órgano constitucional ha sostenido que: a) el derecho a la libertad de la acción sindical corresponde no sólo a los miembros de los sindicatos, sino a los propios sindicatos; b) el derecho de los ciudadanos a participar en asuntos públicos lo pueden ejercer los partidos políticos; c) el derecho de asociación lo pueden ejercer no sólo los individuos que se asocian sino también las asociaciones ya constituidas; d) el ejercicio del derecho de huelga, en cuanto acción colectiva y concertada, corresponden tanto a los trabajadores como a sus representantes y a las organizaciones sindicales, y e) se otorga también legitimación a un miembro de un grupo étnico o social determinado, cuando la ofensa se dirija contra todo el colectivo⁷².

También el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado en similares términos en los casos *Sindicato Nacional de la Policía Belga* y *Sindicato Sueco de Maquinistas* (sentencias de 27 de octubre de 1975)⁷³.

A manera de conclusión de este repaso de la experiencia española, que como ya se dijo pareciera tomarse como modelo para introducir el interés legítimo en el proyecto de la nueva Ley de Amparo, se aprecia que el recurso de amparo en ese país se ha convertido en un medio de control constitucional que va más allá del ámbito estricto del «ser humano» como tal, velando también por aquellos intereses supraindividuales o de grupo (difusos y colectivos); y que difiere del amparo social en materia agraria o laboral debido a que en éste se refieren a grupos organizados, en cambio en aquellos normalmente repercute en agrupaciones o sectores desorganizados, cuyos miembros se desconocen entre sí al no existir vínculo jurídico sino situaciones contingentes o accidentales y donde quienes los forman pueden entrar y salir del grupo o desubicarse en cualquier momento.

En caso de que prospere el proyecto de ley, con dicho interés legítimo se puede proteger a través del amparo los intereses colectivos o de grupo, como por ejemplo, por lesiones o ataques al medio ambiente; lesiones a los consumidores de un determinado producto; lesiones al patrimonio artístico o cultural; o a la imagen urbanística; ataques a las minorías étnicas y nacionales; discriminación sexual o religiosa, etc., que en numerosas ocasiones derivan de un acto de la ad-

⁷² Este último caso es el de *Violeta Friedman*.

⁷³ Sobre el tema, *vid.* F. CORDÓN MORENO, *El proceso de amparo constitucional*, *op. cit.*

ministración pública. Sin embargo, ante la falta de tradición jurídica en nuestro país y para evitar incertidumbre interpretativa, sería preferible que la propia ley precisara los alcances de este nuevo interés y estableciera los lineamientos de quién o quiénes estarían legitimados para representarlos —el individuo, las asociaciones civiles nacionales o internacionales, el grupo afectado, las instituciones públicas (Comisiones de Derechos Humanos, Procuraduría del Consumidor, Ministerio Público, etc.)—. Sería incluso recomendable que tan siquiera en la exposición de motivos se indicara que con la introducción del interés jurídico se pretende reconducir la protección de los intereses o derechos difusos y colectivos.

El silencio del proyecto de ley también se hace notar en los efectos que pueden tener las sentencias estimatorias de amparo tratándose de estos intereses difusos y colectivos. Si bien se incorpora la *declaratoria general de inconstitucionalidad* en el sector que tradicionalmente se ha denominado de amparo contra leyes (que tanto ha insistido un sector de la doctrina mexicana)⁷⁴, sólo procederá por reiteración de criterios cuando se establezca jurisprudencia por la Suprema Corte —que se reduce de cinco a tres ejecutorias—, lo que propicia que en casos aislados sólo se protegerá al promovente del amparo y no a todo el grupo o categoría afectada, lo que rompe con su esencia y finalidad. Tal vez no se previó debido a que en realidad con el fallo protector implícitamente se estará protegiendo a todo el grupo afectado, al dejar sin efectos el acto de autoridad.

Quedan también otros cabos sueltos en el proyecto, como: *a)* la debida articulación con la jurisdicción contenciosa administrativa. ¿Es necesario agotarla antes de acudir al amparo? O a pesar de la existencia, en su caso, de recursos específicos ordinarios, ¿se podrá acceder al amparo sin agotarlos, constituyendo una excepción al principio de definitividad?, y *b)* ¿cuál sería la vía apropiada para el cobro de los daños y perjuicios, frecuentemente ocasionados en el caso de los intereses colectivos y difusos? En este último supuesto, ¿será conveniente crear una acción específica en los códigos de procedimientos civiles o abrir un incidente posterior en el amparo para la reparación de los daños individualmente sufridos?

Además, debe reflexionarse en la necesidad de ampliar el concepto de autoridad responsable para efectos de procedencia del juicio de garantías, como jurisprudencialmente se ha venido haciendo y también se contempla en el Proyecto de Nueva Ley de Amparo; requiriéndose, incluso, recapacitar y reconocer la necesidad en la protección horizontal de las garantías individuales y no sólo la tradicional protección vertical frente al Estado vía amparo⁷⁵. Lo esencial, en

⁷⁴ Cfr. H. FIX-ZAMUDIO, «La declaración general de inconstitucionalidad y el juicio de amparo», en su obra *Ensayos sobre el derecho de amparo*, 2.^a ed., México, Porrúa-UNAM, 1999, pp. 183-236.

⁷⁵ Vid. D. VALADÉS, «La protección de los derechos fundamentales frente a particulares», en *Décimo aniversario de la reestructuración de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, SCJN, 2005, pp. 279-311; asimismo, vid. J. MIJANGOS Y GONZÁLEZ, *Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, México, Porrúa-IMDPC, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, núm. 18, 2007. También vid. la tesis aislada del Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, I.3.ºC.739 C, cuyo rubro es: «Derechos fundamentales. Son susceptibles de analizarse, vía amparo directo interpuesto contra la sentencia definitiva que puso fin al juicio, en interpretación directa de la Constitución, aun cuando se trate de actos de particulares en relaciones horizontales o de coordinación» (*Semanario Judicial de la Federación*, t. XXX, agosto de 2009, p. 1597).

todo caso, es la protección de los derechos humanos y es innegable que no todas las violaciones a los mismos provienen de la autoridad, ni todos los mecanismos existentes para su eficaz protección contra actos de particulares resultan adecuados. En definitiva, se requiere avanzar hacia la *eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*⁷⁶, especialmente frente a los *poderes privados*⁷⁷.

16. EPÍLOGO: HACIA UNA REFORMA CONSTITUCIONAL Y LEGAL

Resulta paradójico que a pesar del esfuerzo de la comunidad jurídica de nuestra región, sobre todo al aprobarse el *Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica* (2004)⁷⁸, y de los avances legislativos alcanzados en varios países⁷⁹, en México no se han dado los pasos definitivos y claros para lograr el adecuado tratamiento procesal en la protección jurisdiccional de los derechos o intereses difusos y colectivos.

Hasta la fecha sólo se regulan: i) en tres códigos de procedimientos civiles de los Estados de Morelos (art. 213), Coahuila (285) y Puebla (arts. 11 y 12); ii) en tibias disposiciones en la Ley Federal de Protección al Consumidor —sólo se otorga legitimación a la Procuraduría y no directamente al grupo afectado— (arts. 24, fracciones II y III, 26, fracciones I y II, y 76); iii) en acciones colectivas de naturaleza económica a favor de sindicatos de trabajadores o por la mayoría de trabajadores de una empresa o establecimiento (art. 903 de la Ley Federal del Trabajo); iv) en el amparo agrario, como una acción contra actos de autoridad a favor de los núcleos de población ejidal o comunal en defensa de sus derechos colectivos agrarios (arts. 212 a 216 de la Ley de Amparo), y v) a nivel jurisprudencial a través de una flexible interpretación alcanzada en materia electoral (al reconocer interés legítimo a los partidos políticos en ciertos supuestos), en controversias constitucionales a favor de los órganos y poderes del Estado, así como específicamente en materia del consumidor por algunos tribunales colegiados de circuito.

Con independencia de la necesidad de una reforma al artículo 17 constitucional (como lo propusimos y que se ha convertido formalmente en iniciativa en ambas Cámaras del Congreso de la Unión)⁸⁰, el *Proyecto de Nueva Ley de Amparo*

⁷⁶ Cfr., entre otros, P. DE VEGA, «La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales (la problemática de la *Drittwirkung der grundrechte*)», y A. JULIO ESTRADA, «La eficacia entre particulares de los derechos fundamentales. Una presentación del caso colombiano». Ambos trabajos publicados en E. FERRER MAC-GREGOR (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 5.ª ed., op. cit., t. III, pp. 2315-2334 y 2443-2469, respectivamente.

⁷⁷ L. FERRAJOLI, «Contra los poderes salvajes del mercado, para un constitucionalismo de Derecho privado»; y A. ZALDÍVAR LELO DE LARREA, «Los poderes privados no regulados. Democracia y nueva Ley de Amparo», ambos trabajos publicados en *Estrategias y propuestas para la reforma del Estado*, México, UNAM, 2001.

⁷⁸ Un análisis detallado del Código Modelo, puede verse en A. GIDI y E. FERRER MAC-GREGOR (coords.), *El Código Modelo de Procesos Colectivos. Un diálogo iberoamericano. Comentarios artículo por artículo*, 2.ª ed., México, Porrúa-UNAM, 2008.

⁷⁹ Especialmente en Argentina, Brasil y Colombia. Asimismo, este tipo de acciones existen prácticamente a nivel mundial; vid. A. GIDI y E. FERRER MAC-GREGOR (coords.), *Procesos colectivos. La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en una perspectiva comparada*, 2.ª ed., México, Porrúa, 2004.

⁸⁰ Vid. nuestra propuesta de reforma al artículo 17 constitucional, *supra* nota 6.

(2001), convertida en iniciativa de ley (2004), constituye un avance muy importante; el camino está trazado para seguir reflexionando con seriedad y revisar algunos conceptos y principios fundamentales del juicio de amparo mexicano que han prevalecido desde el siglo XIX, como el relativo al agravio personal y directo, el de relatividad de las sentencias, así como nuevas formas de legitimación y representación. Se requiere adecuar instituciones procesales a la realidad que vivimos y que ha alcanzado a todas las ramas jurídicas, para no quedarse rezagados con respecto a los avances de la ciencia procesal contemporánea y a la jurisprudencia de algunos Tribunales Constitucionales; y, así, iniciar la transición del consagrado *amparo social* (1963) a un *nuevo juicio de amparo colectivo*, para la tutela de los derechos o intereses de incidencia supraindividual. Incluso podría pensarse en un capítulo especial en la eventual nueva legislación sobre la materia que específicamente sea «Del amparo colectivo».

El juicio de amparo puede representar una de las vías adecuadas por las cuales se logre el efectivo acceso a la justicia de estos derechos o intereses, sin desconocer otras alternativas, como pueden ser la creación de acciones específicas en los códigos de procedimientos civiles⁸¹, así como reformas a los ordenamientos sustantivos en materia de consumidores, medio ambiente, patrimonio artístico y cultural, usuarios financieros, etc.; y también reformas a las Constituciones locales y a las leyes orgánicas de los poderes judiciales (federal y locales).

Así, para lograr esa protección vía amparo se requiere trastocar ciertos principios básicos. El tradicional «interés jurídico» que regula su procedencia, resulta insuficiente para responder a los retos actuales que enfrentan los justiciables, particularmente a partir de la aparición de los derechos humanos de la tercera generación, basados en la solidaridad, y que en muchos casos implica que el derecho individual se proyecte o quede confundido con el interés del grupo o colectividad al que pertenece.

Por ello, se advierte la necesidad de reconocer nuevas posiciones legitimantes al quejoso o agraviado (promovente) en el juicio de garantías, que no encuentran sustento en el Derecho subjetivo público clásico otorgado por la normatividad, sino en un interés cualificado que los gobernados de hecho pueden tener respecto de la legalidad de determinados actos administrativos, lo cual rompe con una arraigada tradición legal y jurisprudencial en nuestro país.

En definitiva, la protección de los derechos o intereses difusos y colectivos o individuales con proyección colectiva (individuales homogéneos) representa una ventana de amplios horizontes en México, siendo el *Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica* un referente obligado para dar luz y afrontar la problemática existente. Como primer paso puede lograrse mediante la consagración de ese interés legítimo, no sólo a través de la interpretación jurisprudencial (amplia y flexible), sino fundamentalmente logrando su incorporación definitiva en el artículo 107 de la Constitución federal y en la Ley de Amparo —sea reforma o nuevo ordenamiento—, que confiamos suceda en breve lapso.

⁸¹ *Vid.* nuestra propuesta de reforma al Código Federal de Procedimientos Civiles, *supra* nota 7.

XV. OTERO Y REJÓN EN EL AÑO DE LA INVASIÓN: PREÁMBULO DE LA PRIMERA SENTENCIA DE AMPARO*

«La guerra que nos hacen los Estados Unidos es una guerra de principios, y esa guerra se sostiene puramente con las armas. Necesitamos instituciones, e instituciones parecidas a las de aquel pueblo para poderlo detener en nuestras fronteras y evitar que nos absorba. De lo contrario, veremos nuestros nopales convertidos en estrellas que aumenten el grupo de la constelación americana, sin que nos quede el consuelo de suponer que esto pueda ser muy tarde».

Manuel Crescencio REJÓN**

«Que la situación actual de la República demanda con urgencia el establecimiento definitivo del orden constitucional, es una verdad que se palpa con sólo contemplar esa misma situación. Comprometida una guerra en la que México lucha nada menos que por su existencia... ninguna cosa sería mejor que la existencia de alguna organización política [...] Pero ella no existe, y para llevar a cabo esa misma guerra es preciso hacer que cuanto antes cese la complicación que la dificulta».

Mariano OTERO
Voto particular de 5 de abril de 1847

* Publicado en M. GONZÁLEZ OROPEZA y E. FERRER MAC-GREGOR (coords.), *El juicio de amparo. A 160 años de la primera sentencia*, México, UNAM-IIIJ, t. I, pp. 407-422.

Agradezco al personal de la Biblioteca Miguel Lerdo de Tejada y a la Dirección General de Promoción Cultural, Obra Pública y Acervo Patrimonial de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público las facilidades brindadas para la consulta del fondo reservado, concretamente, el que corresponde a la prensa del siglo XIX, el cual, como el lector advertirá, fue la principal fuente documental de este trabajo. Asimismo, mi gratitud al Lic. Fernando Rentería por su apoyo durante la realización de este ensayo y especialmente por sus visitas a la mencionada Biblioteca para recopilar dicha información. Una primera versión de este trabajo fue preparado para la colección *20/10 México: Nación y Modernidad, 1822-1909*, bajo el título «Otero, Rejón y el juicio de amparo en el año de la invasión».

** *Correspondencia inédita de Manuel Crescencio Rejón*, compilación, notas y comentarios de C. A. ECHÁNOVE TRUJILLO, 2.ª ed., México, Ediciones del H. Congreso de Campeche-LVI Legislatura, 1999, pp. 62-63. Escribe esta carta desde La Habana el 9 de enero de 1846 y la firma con el seudónimo de Florentino Gómez. Citado por M. GONZÁLEZ OROPEZA y V. COLLÍ BORGES, *Rostros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Manuel Crescencio García Rejón y Alcalá*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2009, p. 26.

1. INTRODUCCIÓN

1847 fue crítico para la historia política de nuestro país al perderse más de la mitad del territorio nacional. Frente a esta tragedia política, fue en este año cuando Mariano Otero otorgó carta de nacionalidad al juicio de amparo que Manuel Crescencio Rejón había concebido en Yucatán en 1840-1841. Así, el año de la invasión norteamericana, al menos en el contexto del pensamiento jurídico mexicano, constituye un año trascendental, amén de que fue también cuando se substanció el primer juicio de amparo a nivel federal, a manera de preámbulo de lo que dos años después sería la primera sentencia de amparo que se tiene registro, dictada por Pedro Sámano, primer suplente del juzgado de distrito en San Luis Potosí (actuando en ausencia de su titular), el 13 de agosto de 1849.

1847 se relaciona con el presente 2011, donde se ha producido una reforma constitucional trascendental para el juicio de amparo que rompe con ciertos principios que lo rigen desde el siglo XIX¹. El nuevo paradigma prevé, entre otras cuestiones, la posibilidad de que las sentencias tengan efectos generales, por lo que se suprime, en determinados supuestos, el principio de la relatividad de las sentencias, que consiste en la desaplicación de la norma al caso particular cuando resulte contraria a la Constitución. Este principio fundamental del juicio de amparo ha prevalecido hasta nuestros días y se le conoce también como «fórmula Otero», por ser Mariano Otero quien lo postuló en su famoso «voto particular» que, en parte, fue aceptado en el Acta de Reformas de 1847. Como veremos más adelante, en realidad Otero se inclinaba por un sistema integral donde conviviera la desaplicación de la ley para el caso particular con la posibilidad de la declaratoria general de la norma declarada inconstitucional.

Estimamos de utilidad recurrir a la exposición histórica para entender mejor los alcances y las perspectivas de la reforma constitucional aludida, a la vez de permitir visualizar la trascendencia del pensamiento de Otero y Rejón; particularmente a la luz de los sucesos históricos del año de la invasión norteamericana que fueron medulares para la configuración del sistema de derecho de amparo que ha regido hasta nuestros días y que, como hemos dicho, recientemente ha sido reformado significativamente, como se venía proponiendo desde hace tiempo².

¹ Se reforman los artículos 94, 103, 104 y 107 de la Constitución federal, pendiente de publicación en el *Diario Oficial de la Federación*. Actualmente se encuentra en el Senado de la República una iniciativa de nueva Ley de Amparo, que de aprobarse abrogaría la actual de 1936.

² En efecto, la reforma al juicio de amparo fue impulsada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación desde hace más de una década; particularmente, desde la integración de la Comisión de Análisis de Propuestas para una nueva Ley de Amparo (1999-2001), así como la Consulta Nacional sobre una Reforma Integral y Coherente del Sistema de Impartición de Justicia en el Estado Mexicano (2005-2006). *Cfr. Libro blanco de la reforma judicial*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006; así como el *Proyecto de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de la Ley de Amparo Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos*, México, SCJN, 2001. Sobre la necesidad de la reforma de amparo y, en general, del sistema procesal constitucional mexicano, *vid.* H. FIX-ZAMUDIO y E. FERRER MAC-GREGOR, *Derecho de amparo*, México, Porrúa-UNAM, 2011, especialmente la quinta parte: «Renovación del amparo y del sistema procesal constitucional», pp. 289 y ss.

2. BREVES REFERENCIAS SOBRE LA FORMACIÓN DEL DERECHO DE AMPARO

La formación del juicio de amparo llevada a cabo durante el siglo XIX tiene dos momentos medulares: el primero en 1841 (impulsado por Rejón en la Constitución yucateca de ese año), y el segundo en 1847 (año de la federalización del amparo y de las aportaciones de Otero en su célebre «voto particular»); empero, no debe perderse de vista como un punto de inflexión el año de 1869, cuando la Suprema Corte resuelve el caso de Miguel Vega, permitiendo la impugnación de las resoluciones de los jueces a través del juicio de amparo, lo que ha representado una cuestión fundamental en su evolución al haber absorbido la función de la casación³, que no estaba prevista en su función original, esto es, como defensa jurisdiccional de los derechos fundamentales⁴.

Si bien es cierto que no es posible afirmar la existencia de un genuino antecedente del juicio de amparo en sede prehispánica⁵, el destacado historiador de las instituciones A. LIRA GONZÁLEZ ha documentado numerosos casos de peticiones y mandamientos a través de los cuales se tutelaron los derechos y bienes de varios integrantes de la sociedad novohispana, razón por la cual lo denominó «amparo colonial»⁶. Sin embargo, como hemos advertido en otro lugar⁷, creemos aventurado afirmar la conexión plena y total con la actual institución hasta el extremo de considerar que se trataba del amparo mismo⁸. En efecto, con independencia de estos antecedentes⁹, como veremos a continuación, el origen nacional del juicio de amparo fue configurado por Manuel Crescencio Rejón (que curiosamente no era jurista) y Mariano Otero, los cuales se inspiraron más bien

³ El amparo directo o amparo judicial, como bien ha advertido H. FIX-ZAMUDIO, posee estrechas relaciones con el recurso de casación de origen francés, ya que tiene como finalidad el examen de la legalidad de las resoluciones de última instancia dictadas por todos los tribunales del país; *cfr.* H. FIX-ZAMUDIO, «Presente y futuro de la casación a través del juicio de amparo mexicano», en *Memoria de El Colegio Nacional 1978*, México, El Colegio Nacional, núm. 5, 1979, pp. 91-138; asimismo, *vid.* J. L. SOBERANES FERNÁNDEZ, «Notas sobre el origen del amparo-casación en México», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM, n. s., año XXV, núm. 74, mayo-agosto de 1992, pp. 529-547.

⁴ La evolución de este interesante sector del juicio de amparo que, también, ha sido objeto de la reforma de este año, no se abordará en este estudio porque, como se ha dicho, esa evolución se inicia en 1869. Para más información sobre el itinerario de la formación del amparo judicial y su debate actual, *vid.* J. BUSTILLOS, *El amparo directo en México. Evolución y realidad actual*, México, Porrúa, 2008.

⁵ E. FERRER MAC-GREGOR, *La acción constitucional de amparo en México y España. Estudio de Derecho comparado*, 4.ª ed., México, Porrúa, 2007, pp. 43 y 44.

⁶ *Cfr.* A. LIRA GONZÁLEZ, *El amparo colonial y el juicio de amparo mexicano*, México, Fondo de Cultura Económica, 1972.

⁷ E. FERRER MAC-GREGOR, *La acción constitucional de amparo*, *op. cit.*, pp. 55-59.

⁸ Sin negar que pudieran representar antecedentes de mecanismos de protección de derechos y que incluso, como se ha demostrado, la propia palabra «amparo» como sinónimo de protección proviene desde las *Partidas*, en los procesos forales aragoneses y en los interdictos de la Audiencia de México, lo cierto es que el origen del juicio de amparo se remonta a la Constitución yucateca de 1841. De ahí que es necesario distinguir entre los antecedentes y su creación como institución.

⁹ *Cfr.* J. L. SOBERANES FERNÁNDEZ y F. J. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *Apuntes para la historia del juicio de amparo*, México, Porrúa, 2002, especialmente los capítulos I, II y IV; J. BARRAGÁN BARRAGÁN, *Algunas consideraciones sobre los cuatro recursos de amparo regulados por las Siete Partidas*, 2.ª ed., Guadalajara, Universidad de Guadalajara, 2000.

en fuentes extranjeras, además de que esta institución procesal debe estudiarse en el contexto de la formación del Estado moderno¹⁰ y, más concretamente, de la garantía de los Derechos subjetivos¹¹.

Cronológicamente, el amparo como garantía de los derechos fundamentales establecidos en una constitución apareció por primera vez en el Proyecto de Constitución de la República de Yucatán, que se le atribuye a Manuel Crescencio García Rejón y Alcalá en 1840 (arts. 53, 63 y 64)¹², aprobado el texto definitivo el 31 de marzo de 1841 (arts. 8.º, 9.º y 62)¹³, donde se prevé por primera vez en sede constitucional esta institución procesal; recientemente se ha encontrado el primer amparo sustanciado precisamente con fundamento en el artículo 8.º de la Constitución yucateca ante el juez de primera instancia de la sección criminal, presentado el 7 de julio de 1842 por Esteban Valey de González y otros, que habían sido presos en la cárcel de Campeche por sospechas de complicidad en la desaparición del bergantín de guerra *Yucateco*¹⁴.

El segundo momento medular vendría en 1846 con la convocatoria a un nuevo congreso constituyente, en el cual Mariano Otero formuló un «voto particular» que fue considerado casi en su integridad en el Acta de Reformas de 1847 a la Constitución de 1824. A partir de estos antecedentes (y otros de influencia

¹⁰ Entendemos por «Estado moderno» esa forma de organización del poder caracterizada por la creciente formalización de las relaciones de poder y la tendencia a centralizar las fuentes de creación del Derecho en una instancia única de decisiones y de mando llamada poder soberano. El Estado moderno en México, como bien ha afirmado recientemente P. SALAZAR, citando a D. COSSIO VILLEGAS, se afirma en 1867 «con la victoria total de la República sobre el Imperio y del liberalismo sobre la reacción conservadora». P. SALAZAR UGARTE, «El Estado moderno en México», en D. VALADÉS y H. FIX-ZAMUDIO, *Formación y perspectivas del Estado en México*, México, IJ-UNAM, 2010, p. 376.

¹¹ La idea de «Derecho subjetivo», presupuesto imprescindible de toda institución procesal destinada a la protección de los derechos individuales, como bien afirmó hace décadas el destacado romanista francés M. VILLEY, es una noción propia de la modernidad que no tiene precedentes en el pensamiento jurídico occidental de inspiración, tradicionalmente, objetivista. Cfr. M. VILLEY, *Compendio de filosofía del Derecho*, Pamplona, EUNSA, 1979. En México, el concepto de derechos humanos puede rastrearse, al menos, desde el Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana sancionado en Apatzingán en 1814; al respecto, vid. H. FIX-ZAMUDIO, *Decreto constitucional para la libertad de la América mexicana*, México, Siglo XXI, 2010, p. 122.

¹² La comisión para la elaboración del «Proyecto de Constitución presentado a la Legislatura de Yucatán por su Comisión de Reformas, para la administración interior del Estado», estuvo integrada por los diputados Manuel Crescencio Rejón, Pedro C. Pérez y Darío Escalante, si bien se le atribuye al primero su autoría. Los artículos 53, 63 y 64 de dicho proyecto pasaron a convertirse en los artículos 62, 8 y 9 de la Constitución yucateca.

¹³ Artículo 8. Los jueces de primera instancia ampararán en el goce de sus derechos garantizados... a los que pidan su protección contra cualesquier funcionarios que no correspondan al orden judicial, decidiendo breve y sumariamente las cuestiones que se susciten sobre los asuntos indicados. Artículo 9. De los atentados cometidos por los jueces contra los citados derechos, conocerán sus respectivos superiores... remediando desde luego el mal que se les reclame, y enjuiciando inmediatamente al conculcar de las mencionadas garantías. Artículo 62. Corresponde a este tribunal reunido [la Corte Suprema de Justicia]: 1. Amparar en el goce de sus derechos a los que le pidan su protección contra leyes y decretos de la legislatura que sean contrarias al texto literal de la Constitución, o contra las providencias del gobernador, cuando en ellas se hubiera infringido el código fundamental en los términos expresados, limitándose en ambos casos a reparar el agravio en la parte en que la Constitución hubiese sido violada.

¹⁴ Cfr. J. R. NARVÁEZ H., *Historia social de la defensa de los derechos en México. El origen del juicio de amparo en la Península Yucateca*, México, SCJN, 2007. El hallazgo de este expediente como amparo local se debe al Dr. Carlos Toledo Cabrera, que desde hace años escudriña la documentación de ese periodo.

norteamericana, francesa y española)¹⁵, los integrantes del Congreso Constituyente de 1856-1857 establecieron los lineamientos fundamentales del juicio de amparo en los artículos 101 y 102 de la Constitución Federal de 1857, mismos que, a su vez, heredaría la Constitución de 1917 en sus artículos 103 y 107.

3. EL AÑO DE LA INVASIÓN Y LAS DISCREPANCIAS ENTRE OTERO Y REJÓN

Con el inicio del conflicto bélico con Estados Unidos en mayo de 1846, la aprobación de la declaración de guerra por el Congreso de este país el 12 de mayo de 1847¹⁶ y después del conocimiento de varias derrotas frente al ejército invasor que presagiaban las consecuencias que hoy conocemos¹⁷ (las cuales se atribuían más a las discordias políticas internas que a la diligencia del ejército estadounidense)¹⁸, el Congreso mexicano declaró que existía «estado de guerra» el 7 julio del mismo año y que «la nación repelería la agresión que los Estados Unidos de América había iniciado y sostiene contra la República Mexicana»¹⁹. No obstante, en las siguientes semanas continuaron las derrotas del ejército mexicano, el 13 de septiembre de 1847 cayó el castillo de Chapultepec y, al día siguiente, se inició la ocupación de la ciudad de México por los estadounidenses²⁰. El 15 de septiembre, Santa Anna renunció a la presidencia, la cual quedó a cargo del presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Manuel de la Peña y Peña²¹, quien se trasladó a Querétaro con el fin de reconstruir la nación e

¹⁵ Cfr. H. FIX-ZAMUDIO y E. FERRER MAC-GREGOR, *Derecho de amparo*, op. cit., especialmente los capítulos IV y V.

¹⁶ J. Z. VÁZQUEZ, «Los primeros tropiezos», *Historia general de México*, México, El Colegio de México, 2000, p. 577.

¹⁷ «Mexicanos: Cumpló el triste deber de participaros una nueva y grande desgracia. El ejército de Oriente ha sufrido un revés, y si bien no tengo aún los datos necesarios para medir el tamaño del mal, sí puedo calcular las consecuencias que producirá el simple paso de los americanos al interior de la República [...] Invadido nuestro territorio por todas partes, la guerra será nuestro estado normal durante mucho tiempo, y los sacrificios de todo género, y los peligros de todas clases nuestro patrimonio». P. M.^a ANAYA, «A los habitantes de la República», *El Monitor Republicano*, México, 22 de abril de 1847, primera plana.

¹⁸ El 31 de marzo de 1847, Antonio López de Santa Anna, presidente interino de la República Mexicana, mandó publicar: «Veracruz ya está en poder del enemigo. Ha sucumbido, no bajo el peso del valor americano, ni aún bajo la influencia de su fortuna. Nosotros mismos, por vergonzoso que sea decirlo, hemos atraído con nuestras interminables discordias esta funestísima desgracia», *El Monitor Republicano*, México, 1 de abril de 1847, primera plana.

A su vez, un editorialista afirmó que: «Cada vez que se tiene la noticia de un descalabro, parece animarse el espíritu público y excitarse el espíritu de los ciudadanos; mas apenas pasan dos o tres días, se amortiguan todos los sentimientos patrióticos, y si no dormimos en brazos de una indolente seguridad, al menos se cree que el peligro está lejano. Así es como se ha ido perdiendo palmo a palmo el territorio nacional», *El Monitor Republicano*, México, 8 de abril de 1847, p. 4. Poco después, P. M.^a ANAYA, ya como presidente sustituto, en esta tónica dijo: «El pérfido enemigo que tenemos que combatir ha contado con nuestras disensiones como el más eficaz aliado». P. M.^a ANAYA, «A los habitantes de la República», *El Monitor Republicano*, 22 de abril de 1847, primera plana.

¹⁹ J. Z. VÁZQUEZ, «Los primeros tropiezos», op. cit., p. 577.

²⁰ J. Z. VÁZQUEZ, «Los primeros tropiezos», op. cit., p. 580.

²¹ Santa Anna, un día después, anunció: «Con el pesar más amargo y profundo os anuncio que, después de continuos y extraordinarios esfuerzos y al cabo de quince horas de continuo combate, me vi obligado a abandonar la capital cuando nuestras filas se habían disminuido tan notablemente, para salvar a ese digno pueblo de los estragos de los proyectiles del enemigo que había penetrado a nuestras líneas más cercanas [...] Debo también anunciaros que acabo de renunciar espontáneamen-

iniciar las negociaciones con el país invasor. El 2 de febrero de 1848 fue firmado en la villa de Guadalupe un tratado que consolidó la cesión de los territorios conquistados por los norteamericanos (Nuevo México y Alta California) y reconocía como nueva frontera entre los dos países el río Bravo, lo que significó para México perder más de la mitad de su territorio²².

En los meses que tenían lugar estos hechos lamentables para la memoria nacional, tuvieron lugar dos sucesos fundamentales en la historia constitucional del país y, más concretamente, del juicio de amparo: las aportaciones de Mariano Otero a esta institución y el primer juicio substanciado. Conviene resaltar el intenso conflicto ideológico entre Rejón y Otero, en el cual el común denominador sería su postura respecto al Gobierno de Antonio López de Santa Anna²³.

En 1844, Manuel Crescencio Rejón²⁴, recién nombrado secretario de Relaciones Exteriores en la que es considerada «la primera dictadura de Santa Anna»,²⁵ así como otros ministros de Estado, ante la amenaza inminente que se cernía sobre el país con motivo de la posible anexión de Texas a Estados Unidos, intentaron persuadir a la clase política mexicana de la necesidad de resolver los problemas nacionales sin un congreso²⁶ y sin oposición de la prensa²⁷, la cual, en su momento, reaccionó²⁸.

te a la presidencia de la República, llamando a ella, con arreglo a la Constitución, al presidente de la Suprema Corte de Justicia». A. LÓPEZ DE SANTA ANNA, «El presidente interino de la República a sus ciudadanos», *El Monitor Republicano*, México, 2 de octubre de 1847, primera plana.

²² J. Z. VÁZQUEZ, «Los primeros tropiezos», *op. cit.*, p. 581.

²³ Cfr. M. SOTO, «Entre los principios jurídicos y los compromisos políticos: Manuel Crescencio Rejón y Mariano Otero», en M. MORENO-BONETT y M.^a del R. GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ (coords.), *La génesis de los derechos humanos en México*, México, IJ-UNAM, 2006.

²⁴ Fueron muchas las polémicas en las que se vio involucrado don Manuel Crescencio Rejón. Así, por ejemplo, el 19 de abril de 1847, pidió la palabra en el Congreso para manifestar: «Enemigo siempre de ocupar al público con negocios relativos a mi persona, la más dura necesidad me obliga hoy a llamar la atención de la representación nacional sobre hechos importantes que me es indispensable referir; para disipar cualquiera sospecha que pueda producir en mis enemigos o en los que no me conozcan [...] Poco antes de abrirse esta sesión, he sabido con la mayor pena que al anunciar la prensa norteamericana la venida del mayor general Benton a negociar la paz con nuestro Gobierno, indica que traería para eso tres millones de pesos y que entablaría comunicaciones conmigo inmediatamente [...] Me veo en la necesidad de manifestar; de una manera solemne que no tengo, ni he tenido jamás, relaciones directas ni indirectas con el citado mayor general». M. CRESCENCIO REJÓN, «Discurso», *El Monitor Republicano*, México, 25 de abril de 1847, primera plana. La biografía más autorizada sobre este personaje es C. ECHÁNOVE TRUJILLO, *La vida pasional e inquieta de don Manuel Crescencio Rejón*, México, El Colegio de México, 1941.

²⁵ J. Z. VÁZQUEZ, «De la difícil constitución de un Estado: México 1821-1854», en *id.*, *La fundación del Estado mexicano*, México, Nueva Imagen, 1994, p. 23; citado por M. SOTO, «Entre los principios...».

²⁶ «En cuanto a la cuestión de Tejas... comprometí mi reputación por evitar la pérdida de la citada provincia, suspendiendo las sesiones del Congreso de 44 y 45, que negaba los recursos necesarios para poderla reconquistar. Otro, en las circunstancias en que me hallaba, habría acaso abandonado aquella joya preciosa más bien que aceptar la responsabilidad del paso que di animado del más generoso patriotismo. Aunque hoy se me hacen por eso severas inculpaciones, pero habiendo sido un sacrificio que demandaba la nacionalidad de la República, descansa tranquilo en el testimonio de mi conciencia». M. C. REJÓN, «Discurso», *El Monitor Republicano*, México, 25 de abril de 1847, primera plana.

²⁷ Esta medida se concretaría hasta mediados de 1847: «Considerando que el enemigo tiene emisarios confidados en la población numerosa de la capital, los cuales aprovechan en servicio suyo y en contra de la nación las libertades políticas concedidas por nuestras instituciones domésti-

(Véase nota 28 en página siguiente)

La consecuencia predecible del enfrentamiento entre el Congreso y el Poder Ejecutivo fue una rebelión contra el régimen santaannista que, una vez generalizada, provocó la aprehensión del general para ser sometido a un proceso judicial que lo sentenció al exilio de por vida. Santa Anna, durante poco más de un año, se ausentó en La Habana, Cuba, con varios miembros de su gabinete, entre ellos, Manuel Crescencio Rejón²⁹.

El Gobierno que sustituyó al de Santa Anna fue presidido por José Joaquín Herrera, quien era asesorado por Manuel Gómez Pedraza, destacado opositor a Santa Anna y muy cercano a Mariano Otero. Este Gobierno, al mostrar disposición para reconocer la independencia de Texas, se enfrentó a varios sectores que no comulgaban con dicha cesión territorial. Así, el general Paredes, con el apoyo del Gobierno de España y otras potencias de Europa que pretendían frenar el expansionismo estadounidense, ocupó la silla presidencial³⁰. Empero, la inminencia del restablecimiento de la monarquía «permitió que puros y moderados derrocaran a Paredes y trajeran de nuevo a la presidencia a Santa Anna» y que, a su vez, Rejón fuera reinstalado como secretario de Relaciones Exteriores en agosto de 1846³¹.

En diciembre de ese mismo año, el Congreso fue reinstalado mediante elecciones en las que Santa Anna fue electo titular de la presidencia, Valentín Gómez Farías de la vicepresidencia y, Rejón y Otero, integrantes de la Cámara de Diputados, el primero en el sector puro y el segundo en el de los moderados. Los dos juristas se enfrentaron en febrero del siguiente año, al ubicarse en posturas contrastantes respecto a un decreto que autorizaba al Gobierno para intervenir los bienes eclesiásticos con el fin de financiar la guerra contra el invasor extranjero³². Después de varios titubeos, Santa Anna destituyó a Gómez Farías de la

cas a todos sus habitantes [...] Estando declarada la ciudad federal en estado de sitio por el decreto de 1 de mayo; declarando este sitio rigoroso por decreto de 28 de junio [...] El Excmo. Sr. presidente interino, después de examinado y discutido detenidamente el punto en junta de ministros, ha acordado que mientras se halle amenazada la capital por el enemigo, no se publiquen en ella ninguna clase de escritos, periódicos, ni pliegos u hojas sueltas, excepto el *Diario Oficial*, en la inteligencia de que el infractor será aprehendido y puesto a disposición de la autoridad competente para que aplique las penas de los que quebrantan las órdenes del Supremo Poder Ejecutivo de la Unión». M. M.^a LOBARDINI, «Decreto», *El Monitor Republicano*, México, 12 de julio de 1847, primera plana.

²⁸ «A toda interpelación, a toda denuncia de alguna demasía del poder, se dice a los escritores públicos que están ganados por el enemigo, que sólo tratan de distraer y desacreditar al Excmo. Sr. presidente; que en estos momentos no se debe hablar mal de su excelencia ni del gabinete directa ni indirectamente; que hoy sólo se le debe elogiar para dar prestigio. De suerte, que en sentir de esos señores editores, los mexicanos no debemos ni aún quejarnos, aún cuando veamos que se ataca la libertad de imprenta, que se hacen ilusorias las providencias del poder judicial, que se persiga caprichosa y miserablemente a los ciudadanos, desterrando, sin formación de causa, unos a Acapulco y otros a San Luis [...] Triste cosa sería, por cierto, que después de veinticinco años de ser independientes, y cuando acabamos de derrocar a los infames que nos quisieran someter a un príncipe extranjero, hoy nos dejásemos dominar por una dictadura ignominiosa». «El diario del Gobierno», *El Monitor Republicano*, México, 4 de julio de 1847, p. 4. «¡Cuánto se engañan los gobernantes cuando obstruyen el único medio por donde pueden cerciorarse de la realidad de los hechos y de las opiniones! ¿Cómo podrá un Gobierno saber lo que piensa su nación si él mismo le cierra la boca para que no hable?», *El Monitor Republicano*, México, 27 de septiembre de 1847, p. 4.

²⁹ M. Soto, «Entre los principios...», *op. cit.*, p. 574.

³⁰ *Ibid.*, p. 575.

³¹ *Ibid.*, p. 576.

³² «Rejón propuso que se ocuparan los bienes eclesiásticos. La reacción contra la propuesta tampoco se hizo esperar, y uno de los batallones organizados de la guardia nacional denominada

vicepresidencia y se mostró adepto al sector moderado, esto es, al sector al que pertenecía Otero. Paralelamente, desde finales del año anterior, una comisión de constitución del Congreso había preparado una serie de modificaciones a la Constitución de 1824. En dicha comisión, participaba Otero pero, en desacuerdo con la misma, presentó un «voto particular» sobre las modificaciones que debían hacerse al pacto fundamental federalista que regiría de nueva cuenta al país. Aquí fue donde Otero presentó su propia versión del juicio de amparo, otorgándole la relevante función de resolver estas disputas jurídicas a los tribunales de la Federación³³.

Ante la serie de derrotas militares del ejército mexicano frente al estado-unidense, tuvo lugar un nuevo enfrentamiento entre puros y moderados. Así, mientras el grupo al que pertenecía Rejón se oponía rotundamente a firmar un tratado de paz con el país invasor³⁴, Otero, recién nombrado ministro de Relaciones en la administración moderada de Manuel de la Peña y Peña³⁵, apoyó la firma del Tratado de Guadalupe³⁶.

«Independencia» hizo un pronunciamiento: su movimiento armado pasó a la historia como el nombre de «rebelión de los polkos»; éste determinó igualmente que Rejón saliera del Ministerio el 20 de octubre de aquel año, no sin antes defender los derechos de México sobre Belice, cuya disputa se iniciaba con Inglaterra». M. GONZÁLEZ OROPEZA y V. COLLÍ BORGES, *Rostros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, op. cit., p. 27.

³³ M. SOTO, «Entre los principios...», op. cit., p. 576.

³⁴ «Llevo hasta allá mi animosidad contra un pueblo que ha sido tan injusto y tan inicuo con el nuestro; y si el general Benton, si su Gobierno, me suponen capaz de tragar el anzuelo de su política siniestra, sépase (y ya lo he dicho varias veces en el seno de este congreso) que seré el último mexicano que consienta en la terminación de la guerra si la paz ha de venir con el menoscabo de un palmo siquiera del territorio que hemos heredado de nuestros padres, y que tenemos garantizado por los más solemnes tratados». M. C. REJÓN, «Discurso», *El Monitor Republicano*, México, 25 de abril de 1847, primera plana.

³⁵ El 7 de septiembre de 1847, López de Santa Anna decretó: «En caso de sucumbir o caer como prisionero el actual presidente interino de la República, le sustituirá el presidente de la Suprema Corte de Justicia». Y el 14 de septiembre del mismo año: «Durante las actuales circunstancias de guerra con los Estados Unidos de América, puede el supremo Gobierno de la República fijar su residencia en cualquier lugar». LÓPEZ DE SANTA ANNA, «Decreto», *El Monitor Republicano*, México, 27 de septiembre de 1847, p. 4.

³⁶ Dicha postura, también presente en la prensa de la época, se afirmaba en estos términos: «Ceder por un tratado lo que no se puede recuperar por la fuerza no es denigrante ni oprobioso: lo que sí envilece y denigra es exponerse a perder por orgullo, por ignorancia o por capricho lo que se puede conservar con dignidad y con honor», *El Monitor Republicano*, México, 1 de julio de 1847, primera plana. Y, la otra postura, se expresaba así: «Nadie duda que la paz es siempre preferible [...] Muchos años de meditación sobre estos puntos tan importantes nos han traído la firme convicción, y hace tiempo que lo hemos dicho, aunque con profundo sentimiento, de que para la república mexicana no hay salvación sino en la guerra, y cuantos más días han pasado y más se suceden los acontecimientos, más hondas raíces ha criado en nosotros esta opinión [...] Pero cuando no vemos en la paz más que una debilísima mampara, cuyo objeto es el mal encubrir el espantoso porvenir que aguarda a la república, cuando estamos firmemente convencidos de que ella ha de dejar necesariamente abierta la brecha a la rapacidad de un enemigo, el más astuto, el más pérfido, el más cruel y el más maquiavélico de cuantos han figurado en la historia de las usurpaciones, ¿cómo podemos titubear en la elección del menor de los males? [...] La paz, en estas circunstancias, no puede ser para México ni honrosa ni convincente», *El Monitor Republicano*, México, 6 de julio de 1847, primera plana.

4. EL ACTA CONSTITUTIVA Y DE REFORMAS Y EL VOTO PARTICULAR DE OTERO

El 22 de agosto de 1846, mediante un decreto ordenado por Santa Anna, se restauró la vigencia de la Constitución federal de 1824 a condición de un Congreso constituyente. Este Congreso se instaló e inició sus funciones el 6 de diciembre de 1846. A su vez, el Congreso nombró a una Comisión de Constitución para que elaborara la nueva ley fundamental, entre cuyos integrantes estaba, precisamente, Mariano Otero. Dentro de esta comisión, al igual que en el seno del mismo Congreso, surgieron dos tendencias: una que se inclinaba por la restauración total de la Constitución federal de 1824, y otra que pugnaba por el restablecimiento parcial de dicho texto fundamental, introduciéndole reformas que la adecuaran a las realidades sociales y políticas de la época.

En aquellos momentos se requería a la brevedad de la existencia de una Constitución que integrara la República para hacer frente al inminente conflicto bélico con Estados Unidos. Fue por ello que, para evitar las demoras que suponían la discusión parlamentaria, el 5 de abril de 1847 se adoptó la primera de las posturas, esto es, la de restaurar lisa y llanamente la Constitución de 1824³⁷. Mariano Otero difirió con el anterior dictamen, formulando un notorio «voto particular»³⁸. Debido a que las tropas estadounidenses se encontraban muy cerca de la ciudad de México, el Congreso tomó la decisión de aprobar dicho voto el 21 de abril de 1847, el cual pasó a formar parte del texto general denominado Acta de Reformas, mismo que fue emitido el 18 de mayo de 1847.

El artículo 5 del Acta de Reformas previó la necesidad del establecimiento de medios de control constitucional a través de una ley que regulara la protección de los derechos fundamentales del gobernado, lo cual fue de particular interés para la opinión pública de la época³⁹. Lamentablemente, la ley reglamen-

³⁷ Concretamente, en el dictamen de la mayoría de la Comisión de Constitución se afirmaba: «Impacientes los señores diputados porque de una vez se fije la Constitución del país, por si desgraciadamente las circunstancias no permitiesen decretar la que el actual Congreso ha sido llamado a formar, han clamado por la de 1824, llegando a solicitar hasta que sea la única que rija mientras se reforma con arreglo a los artículos que sobre el particular se hallan consignados en ella [...] Así se logrará que en el evento desgraciado de que el presente congreso no pueda cumplir con la parte más importante de su misión, no quede la República inconstituida». *El Monitor Republicano*, México, 24 de abril de 1847, primera plana.

³⁸ Particularmente, la prensa liberal de ese año, avaló con entusiasmo la propuesta de Otero. Por ejemplo, un editorialista de un influyente periódico de la época afirmó: «Celebramos, por tanto, que haya sido desechado el dictamen de la mayoría de la comisión de constitución, que proponía aisladamente la adopción de la de 1824 sin reforma alguna [...] ¿Por qué proclamar simplemente la vigencia de la carta de 1824? Para que en un evento desgraciado no quedase inconstituida la República; mas en ese evento que no podría ser otro que el la consumación de la invasión de los Estados Unidos, es claro que de nada nos serviría la constitución no reformada [...] Así, pues, hemos visto con singular placer que haya comenzado a discutirse el voto particular del Sr. Otero, cuyo dictamen comprende las reformas que a su juicio deben hacerse a la constitución de 1824. [...] La mayor parte, o casi todas las reformas propuestas por el Sr. Otero, nos parecen las más adecuadas a nuestras exigencias [...] En lo general creemos que llena los deseos de todos, y que es lo mejor que hoy por hoy puede presentarse. Si la discusión se prolongara [sería para] corroborar las convicciones de su bondad». *El Monitor Republicano*, México, 20 de abril de 1847, p. 4.

³⁹ Por ejemplo, el editorialista de *El Monitor Republicano* recién citado afirmó: «La especie de poder conservador que se establece en los artículos 17 y 18 del proyecto de reformas, para reclamar

taria nunca se expidió. El voto particular del jurista jalisciense contuvo sendos proyectos de disposiciones, los cuales se convirtieron en los artículos 22 a 25 del Acta de Reformas. En el referido voto, Otero contempló un sistema mixto de protección constitucional. Por una parte, las legislaturas de los estados o el Congreso, según fuera el caso, actuaban como órganos del control político, pudiendo declarar la nulidad de las leyes que resultaran contrarias a la ley fundamental. Asimismo, se previó un control por vía jurisdiccional, encomendándose a los tribunales de la Federación el referido control, tal y como se contempla actualmente en el artículo 103 constitucional. Mención aparte merece el artículo 25 del Acta de Reformas que corresponde al artículo 19 del proyecto contenido en el voto particular de Mariano Otero, en virtud del que se desprenden ciertas características que desde entonces se consagraron como elementos cardinales del juicio de amparo.

En primer término, se aprecia que la acción de amparo se sigue a instancia de parte agraviada. Hay quien afirma, sin embargo, que este artículo omite tal característica⁴⁰. Como hemos dicho en otra ocasión⁴¹, creemos que de una lectura integral del dispositivo y aunque no se exprese textualmente, puede inferirse al señalar que se amparará «a cualquier habitante de la República en el ejercicio y conservación de los derechos que le concede esta Constitución y las leyes constitucionales». En este mismo sentido, si relacionamos este precepto con lo previsto en el artículo 5 de la propia Acta —el cual señala que para la protección de los derechos del hombre «una ley... establecerá los medios para hacerlos efectivos»—, nos confirma la existencia, desde aquella época, del principio de instancia de parte.

Otro aspecto fundamental es el relativo al principio de relatividad de las sentencias de amparo, en donde se estableció de manera precisa que no tendrían efectos generales las sentencias que llegaran a pronunciar los tribunales de la Federación. A este respecto, un sector de la doctrina ha estimado que la idea de Otero fue tergiversada al grado de que este insigne jurista sería el primero en exigir un cambio en la concepción del principio de relatividad y pugnaría por adecuarlo a la finalidad que se le asignó y que persigue todo sistema de control constitucional: la debida guarda y tutela de los principios de la Constitución⁴².

Finalmente, vale la pena apuntar que no resulta dable sostener que los principios de instancia de parte agraviada y de relatividad de las sentencias de amparo se hubiesen introducido por primera vez en este ordenamiento constitucional de 1847, ya que estos principios se contenían en los artículos 8.º, 9.º y 62 de la Constitución de la República de Yucatán de 1841. Sin embargo, la importancia que tuvo el Acta de Reformas es incuestionable: representa la primera constitución de vigencia nacional donde fueron delineándose los perfiles del juicio de

y decidir sobre las leyes que adolezcan del vicio de la anti-constitucionalidad, está muy lejos de parecerse al creado por la Constitución de 1836, que cayó en el más justo ridículo». *El Monitor Republicano*, México, 20 de abril de 1847, p. 4.

⁴⁰ C. ARELLANO GARCÍA, *El juicio de amparo*, México, Porrúa, 1983, p. 120.

⁴¹ E. FERRER MAC-GREGOR, *La acción constitucional de amparo en México y España*, op. cit., p. 82.

⁴² J. F. ZAVALA CASTILLO, *¿Fórmula Otero? Exégesis del artículo 25 de la Acta de Reformas de 1847*, México, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, 2005, p. 109.

amparo, sirviendo como antesala para su adopción definitiva en la Constitución federal de 1857⁴³.

5. EL PRIMER JUICIO DE AMPARO

El primer juicio de amparo en México lo presentó el periodista y editor Vicente García Torres en 1847, quien fue aprehendido por el general en jefe del Ejército de Oriente, una vez que Santa Anna había girado órdenes de aprehensión para detener a la prensa que lo había criticado por la derrota y la firma del tratado que reconoció la segregación de Texas⁴⁴. García Torres, impresor de *El Monitor Republicano*, publicación que, junto con *El siglo XIX*, fueron los diarios más influyentes de esa época, sería el primer promovente de un proceso de amparo, que carecía de legislación, precedentes y procedimientos. El informe justificado fue presentado hasta el 23 de agosto de 1848 y, en él, José María Casasola, fiscal de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, manifestó:

«En 26 de julio del año anterior don Vicente García Torres, de profesión impresor, ocurrió ante V. E. con un escrito que manifestó que se había tratado de prenderlo por medio de la fuerza armada para conducirlo al presidio de Santiago, de orden del General en jefe del Ejército de Operaciones que se hallaban en esta ciudad, según así se lo manifestaron los dos ayudantes que se presentaron en su casa para consumir este atentado, del que se pudo librar por medio de la ocultación, que además de ser público y notorio que él no tenía ningún delito, lo era también que el motivo de su persecución era el ser impresor del periódico titulado *El Monitor Republicano*, siendo por último evidente que el general en jefe no había procedido a mandar su aprehensión y prisión, sino con orden expresa del Supremo Poder Ejecutivo, así como a nombre del mismo, días antes lo había amagado el Sr. gobernador del Distrito con mandarlo a Acapulco, siempre que en el indicado periódico apareciera algún artículo que desagradase al Sr. presidente interino de la República, general don Antonio López de Santa Anna, por todo lo cual y lo demás que alega, concluyó pidiendo se le amparase en los derechos que la Constitución, Acta Constitutiva y de Reformas, le concedía para no poder ser seguido, preso o detenido, sino previos los requisitos que ella requiere, para en virtud de ese amparo y protección, poderse presentar libremen-

⁴³ E. FERRER MAC-GREGOR, *La acción constitucional de amparo en México y España*, op. cit., p. 82.

⁴⁴ Este periódico fue particularmente severo al criticar a Santa Anna. Así, por ejemplo, publicó en ese mismo año: «Muchas y graves faltas se atribuyen al señor presidente Santa Anna como general en jefe del ejército, y nos vemos en el duro caso de clamar porque se examinen y se pongan en claro. Sería cosa que no tuviera ejemplo, que se admitiera al Sr. Santa Anna en el poder supremo, sin que diera antes cuenta de su conducta y nos dijera, ¿qué ha hecho el ejército de la República que se le confió? [...] Se hace patente de un modo clarísimo que el general de que se trata no hizo otra cosa que faltas en cada paso que dio, y allí se marcan los puntos en que es responsable de un modo inquestionable. Contrayéndonos a la acción de Cerro-gordo, no tiene más que decirse lo siguiente: el Sr. Santa Anna tenía doce mil hombres situados en una posición tan formidable que él mismo se lisonjeó y dio seguridades de su triunfo. ¿Cómo es que el día 18 en sólo tres horas de combate lo desalojan y lo derrotan completamente doce mil americanos que a la bayoneta, según él mismo dice, tomaron las posiciones que se nos habían pintado inexpugnables? [...] El señor presidente D. Pedro María Anaya, cuya honradez, patriotismo y probidad son prendas de su carácter, seguramente atenderá la demanda que como escritores públicos hacemos de las faltas del Sr. Santa Anna». «Responsabilidad del señor general Santa Anna», *El Monitor Republicano*, México, 25 de abril de 1847, p. 4.

te en la ciudad, y salir del lugar donde se hallaba oculto, sujeto a infinitas molestias e incomodidades»⁴⁵.

Este juicio de amparo y los siguientes que se substanciarían durante 1848⁴⁶ fueron sometidos a consideración de la Suprema Corte de Justicia, institución que dio trámite a estos procesos sin la existencia de una ley reglamentaria, esto es, basándose solamente en la normatividad establecida en la Constitución. Sin embargo, estos procesos no fueron resueltos en el fondo y la primera sentencia de amparo tendría que esperar hasta 1849, la cual sería dictada por el juez de Distrito suplente de San Luis Potosí, Pedro Sámano, contra una orden de destierro del gobernador de dicha entidad federativa, Julián de los Reyes, ante la petición de Manuel Verástegui⁴⁷.

6. A MANERA DE CONCLUSIÓN

La memoria nacional identifica al año de 1847 con una invasión que culminaría con la pérdida de más de la mitad del territorio nacional, atribuida a Antonio López de Santa Anna. Sin embargo, frente a este triste suceso de la política nacional, no debemos olvidar que fue precisamente en este año cuando Mariano Otero perfeccionó la institución que Manuel Crescencio Rejón había concebido en Yucatán poco más de un lustro atrás. Si bien debe reconocerse que el juicio de amparo tiene una influencia de instituciones francesas, estadounidenses y españolas, también es cierto que se debe en mucho al ingenio de juristas de este país; y 1847 es, al menos en el contexto del pensamiento jurídico mexicano, un año célebre, amén de que también fue en este lapso cuando se substanció el primer juicio de amparo federal que se tiene registro, el cual fue promovido por el editor del destacado periódico del siglo XIX *El Monitor Republicano*, Vicente García Torres. A la vez, tampoco debe olvidarse que, paralelo a su talento jurídico, Rejón y Otero también fueron hombres de Estado, políticos que tuvieron que enfrentar las difíciles circunstancias que entonces vivía el país y que si bien coincidieron poco en el ejercicio público con importantes pugnas ideológicas, sus aportaciones al juicio de amparo se complementaron de tal suerte que hoy en día se les considera, por igual, como padres de nuestro célebre proceso constitucional.

⁴⁵ M. GONZÁLEZ OROPEZA, «El primer juicio de amparo substanciado en México», en *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, vol. VIII, México, IJ-UNAM, 1996, pp. 167 y 168.

⁴⁶ Concretamente, el promovido por Jeker Torre y Cía. y Wilde y Cía. «por unos tercios de tabaco de su propiedad», el 29 de julio de 1848; el promovido por coronel Tomás Andrade el 20 de julio de 1848, a quien se le ordena trasladarse de la Ciudad de México a Huichipán; el de Lorenzo Pérez Castro, el 1 de agosto de 1848; y el de Darío Servín de la Mora en contra de las disposiciones del Supremo Gobierno que lo privan del empleo de Comandante de Escuadrón, promovido el 12 de febrero de 1848. Vid. M. GONZÁLEZ OROPEZA y P. A. LÓPEZ SAUCEDO, *Las resoluciones judiciales que han forjado México. La Suprema Corte de Justicia de la Nación en el siglo XIX (1825-1856)*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010, pp. 99-126; asimismo, M. GONZÁLEZ OROPEZA, *Constitución y derechos humanos. Orígenes del control jurisdiccional*, México, Porrúa-CNDH, 2009, 233 y ss.

⁴⁷ Cfr. S. OÑATE LABORDE, «La primera sentencia de amparo, 1849», en *Homenaje de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en nombre del Poder Judicial de la Federación al Código de 1857 y a sus autores los ilustres constituyentes*, México, 1957; L. CABRERA ACEVEDO, «Iniciativa de leyes reglamentarias del juicio de amparo y sentencia del juez Sámano», en *La Suprema Corte de Justicia en el siglo XIX*, México, SCJN, 1995; E. ARIZPE NARRO, *La primera sentencia de amparo*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006.

XVI. EL AMPARO ELECTORAL EN MÉXICO Y ESPAÑA

Una perspectiva comparada*

En coautoría con Alfonso HERRERA GARCÍA**

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como propósito analizar los instrumentos procesales mediante los cuales se tutelan los derechos político-electorales de los ciudadanos por órganos que ejercen una jurisdicción constitucional en dos países: México y España. Este ejercicio de comparación permitirá evidenciar cómo cada sistema goza de sólida identidad pese a los históricos influjos recíprocos que los ordenamientos de ambos países han experimentado en materia de amparo. Dicha identidad se ha mantenido tras la visible incidencia del sistema español en las profundas reformas al sistema mexicano de jurisdicción constitucional, al menos desde 1994-1995. El análisis comparativo se nutrirá con el empleo del método histórico y se constreñirá al nivel analítico del Derecho positivo, considerando que se trata de una primera aproximación a la temática desde una perspectiva notoriamente infrecuente en la doctrina.

Tal como está planteado, el estudio comparativo permitirá poner en evidencia que la tutela individual de los derechos político-electorales (en especial, lo que aquí se reconoce como «amparo electoral») ha respondido, más que en otros

* Publicado en la colección *Temas selectos de Derecho electoral*, núm. 22, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2011.

** Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid (España). Especialista en Derecho constitucional por la UNAM y por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC, Madrid). Secretario de Estudio y Cuenta de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

procesos constitucionales, a la distinta evolución y cultura jurídicas de los países comparados. Por esa razón, pensamos que muy difícilmente cabría pensar en una aproximación, y mucho menos en una equiparación estructural, entre los modelos español y mexicano de «amparo electoral».

No obstante las marcadas diferencias orgánicas y competenciales existentes entre ellos, ambos sistemas alcanzan unos objetivos similares y contribuyen plausiblemente, cada uno en su propio contexto y medida, al fortalecimiento de las instituciones democráticas y de la dignidad constitucional de los ciudadanos. Esta convicción debiera llevar a pensar en que la buena salud que gozan los ordenamientos, cuando menos en una perspectiva normativa, no pasa por buscar una aproximación configurativa, sino en respetar sus diferencias, y en estudiar las ventajas de uno y otro desde una observación analítica y permanentemente crítica. De esta manera, se pone de manifiesto la pretendida trascendencia académica de este estudio, de cara a las transformaciones de *lege ferenda* del cada vez más consolidado modelo mexicano de tutela individual de los derechos político-electorales ante la jurisdicción especializada del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

Hay que decir desde un inicio que ni en México ni en España existe un «amparo electoral» en estricto sentido nominativo. En México, como es sabido, en todo caso el juicio de amparo resulta improcedente en materia electoral de acuerdo con la Ley de Amparo vigente (art. 73, fracción VII). En España, el recurso de amparo que se ha identificado por la doctrina y por la jurisprudencia como «electoral» es el que se encuentra establecido en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General. Pese a que en este caso formalmente la ley no le ha dado ese preciso *nomen iuris*, hay desde luego mejores bases para calificarlo así porque se trata de un verdadero «recurso de amparo» ante el Tribunal Constitucional, pero establecido en ley electoral de ese país.

¿Qué estamos considerando entonces como «amparo electoral» a los efectos de este trabajo? Para afrontar el análisis comparativo estimamos que cumplen la función material de amparo electoral, y que merecen por tanto esa denominación doctrinal, los mecanismos que en uno y otro país cumplen, por lo menos, los siguientes requisitos: *a)* que sea un proceso de la competencia de un órgano con jurisdicción constitucional, de cierre por tanto, del sistema jurídico-electoral; *b)* que sirva ante esa jurisdicción a la defensa individual, directa y última de ciertos derechos político-electorales, en especial, de los derechos de voto y a ser votado, en cuanto derechos fundamentales relevantes en sede constitucional, y *c)* que sea, por tanto, un instrumento específico de defensa constitucional y no de la mera legalidad electoral. Estos elementos son los que, a nuestro juicio, justifican someter a contraste el juicio mexicano para la protección de los derechos político-electorales y el recurso español de amparo electoral, que es el propósito fundamental de este trabajo.

2. INFLUJOS RECÍPROCOS ENTRE EL AMPARO ESPAÑOL Y EL MEXICANO. EL APARTAMIENTO DE AMBOS MODELOS RESPECTO DEL AUSTRIACO DE JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL CONCENTRADA EN MATERIA ELECTORAL

A) Las mutuas influencias de los modelos español y mexicano en materia de amparo

Para un sector importante de la doctrina del Derecho procesal constitucional no hay duda de que los mecanismos del amparo mexicano y español han experimentado permanentes influencias recíprocas a lo largo de su devenir histórico¹. En esta tesitura, antes de analizar la actual regulación del recurso de amparo electoral en ambos países, son imprescindibles algunas consideraciones historiográficas sobre tales influencias. También será importante emitir algunas consideraciones sobre el virtual influjo que en materia de amparo, en especial para el caso español, significó el modelo originario de jurisdicción constitucional concentrada: el de la Constitución austriaca de 1920, cuyo diseño sustantivo se debió, como es ampliamente conocido, al célebre jurista vienés H. KELSEN². Este frente de influencia nos permitirá comprender qué posición guardan los modelos sometidos a comparación con respecto al esquema de Tribunal Constitucional originario, que desde su configuración inicial estaba llamado a ejercer tareas relevantes de jurisdicción en materia político-electoral.

Con respecto al juicio de amparo mexicano, instaurado por primera vez a nivel federal en la Constitución de 1857, la doctrina ha analizado con profundidad los diversos influjos que en especial recibió de tres diversas corrientes: la

¹ Para la fundamentación de una tesis favorable a esta aproximación histórica, *vid.* H. FIX-ZAMUDIO, «El derecho de amparo en México y España. Su influencia recíproca», en su libro *Ensayos sobre el derecho de amparo*, 3.ª ed., México, Porrúa/UNAM, 2003, pp. 285-328. Asimismo, E. FERRER MAC-GREGOR, *La acción constitucional de amparo en México y España. Estudio de Derecho comparado*, 4.ª ed., México, Porrúa, 2007, especialmente pp. 107-135.

² La presencia de la competencia en materia de amparo en los originarios sistemas de justicia constitucional austriaco y español del periodo de entreguerras, a primera vista, sugiere la existencia de un influjo histórico del primero sobre el segundo. Sin la pretensión de establecer si realmente existió tal influencia en este punto, lo que resulta claro es la existencia de una repercusión general de las tesis kelsenianas en el diseño del primer modelo español de jurisdicción constitucional de 1931. Al respecto, *cfr.* P. DE VEGA, «Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 7, 1979, p. 97 [trabajo incluido en el libro: P. DE VEGA (2004), *Estudios político-constitucionales*, México, UNAM-IJ/Universidad Complutense de Madrid, pp. 283 y ss., por lo que aquí se cita: p. 287]; J. L. CASCAJO CASTRO, «Kelsen y la Constitución española de 1931», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 1 (nueva época), 1978, p. 245. Desde el punto de vista competencial, como ha demostrado CRUZ VILLALÓN, el Tribunal de Garantías Constitucionales español se aproximó, más de que lo había hecho el Tribunal Constitucional checo de febrero de 1920, a la idea de amplitud de la jurisdicción constitucional austriaca de octubre del mismo año (los tres, únicos Tribunales Constitucionales europeos existentes en la época de entreguerras). Esto es así en la medida en que la órbita de competencias de los tribunales austriaco y español iba más allá del exclusivo conocimiento del control de constitucionalidad de las leyes, que, en cambio, sí era la función única del checo. *Cfr.* P. CRUZ VILLALÓN, «Dos modos de regulación del control de constitucionalidad: Checoslovaquia (1920-1938) y España (1931-1936)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 5 (mayo-agosto), 1982, pp. 135-136; *id.*, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad: 1918-1939*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987, pp. 286-287.

anglosajona, la francesa y la hispánica³. Entre estas corrientes cobró especial relevancia la influencia hispánica, sobre todo debido al impercedero arraigo cultural que en el territorio mexicano tenía el Derecho colonial español⁴. Muestras de esta influencia son sobre todo el nombre de la institución, la organización judicial competente para su resolución, el esquema de la casación y el establecimiento de un sistema de legalidad, por poner unos significativos ejemplos⁵.

Sin embargo, será desde entonces, bajo la propia vigencia de la Constitución de 1857, cuando se sentarán las bases discursivas y jurídicas de la improcedencia del amparo en materia político-electoral. Esta circunstancia se derivó de una interpretación que a la postre se revelaría como determinante, por parte de quien fuera presidente de la Suprema Corte de Justicia entre los años de 1878-1882, don Ignacio Luis Vallarta. Se trata de un criterio de inadmisibilidad que perduró a lo largo del siglo xx, que superó la entrada en vigor de la Constitución de 1917, y que en la actualidad permanece en la regulación procesal positiva del juicio de amparo mexicano, como veremos más adelante. No obstante, por otra parte, desde una perspectiva general, resulta notoria y por ello aceptada la influencia que el régimen jurídico del juicio de amparo mexicano tuvo en su homólogo español de 1931⁶.

En la actualidad, las funciones de «amparo en materia electoral» que en la práctica existe en México, no son cumplidas por nuestro tradicional «juicio de amparo», sino por el denominado «juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano», introducido en el año de 1996, como lo destacaremos en el tercer apartado de este trabajo.

Por cuanto se refiere al amparo español, la doctrina ha situado sus más antiguos gérmenes en los procesos forales aragoneses como los de «manifestación de personas» y de «firma de derecho», en virtud de los cuales se encomendaba al Justicia Mayor del Reino la decisión de «amparar» a los solicitantes. Más allá de estos antecedentes ciertamente remotos, en los cuales resulta

³ Cfr. H. FIX-ZAMUDIO, «El juicio de amparo mexicano y el Derecho constitucional comparado», en *Ensayos sobre el derecho de amparo*, op. cit., pp. 428 y ss.; E. FERRER MAC-GREGOR, *La acción constitucional de amparo en México y España*, op. cit., pp. 108 y ss.; id., «La influencia recíproca de las acciones de amparo en México y España», en el libro *Ensayos sobre Derecho procesal constitucional*, México, Porrúa/CNDH, 2004, pp. 63 y ss.

⁴ Cfr. entre otros, A. LIRA GONZÁLEZ, *El amparo colonial y el juicio de amparo mexicano*, México, Fondo de Cultura Económica, 1972; A. NORIEGA, *Lecciones de amparo*, t. I, 5.^a ed., México, Porrúa, 1997, pp. 61-65, 77-86 y 117-125; H. FIX-ZAMUDIO, «El derecho de amparo en México y en España. Su influencia recíproca», op. cit.; J. BARRAGÁN BARRAGÁN, *El juicio de amparo mexicano y el recurso de contrafuero*, Valencia, Cátedra Fadrique Furio Ceriol, 1976; id., *Algunos documentos para el estudio del origen del juicio de amparo. 1812-1861*, México, UNAM-III, 1987.

⁵ Para un desarrollo más extendido de estas ideas, vid. E. FERRER MAC-GREGOR, *La acción constitucional de amparo en México y España*, op. cit., pp. 114 y ss.

⁶ El principal promotor de esa institución en España habría sido el jurista mexicano R. REYES, quien fue consultado por constituyentes y legisladores españoles en su calidad de experto en esta materia. Las tesis de este autor pueden verse en su libro: R. REYES, *La defensa constitucional. Recursos de inconstitucionalidad y amparo*, Madrid, Espasa-Calpe, 1934; para el recurso de amparo, en especial, vid. pp. 226 y ss. Sobre ello, vid. asimismo, J. L. GARCÍA RUIZ, *El recurso de amparo en el Derecho español*, Madrid, Editora Nacional, 1980, pp. 40, 46 y 47; H. FIX-ZAMUDIO, «El derecho de amparo en México y en España. Su influencia recíproca», op. cit., pp. 304 y ss.; E. FERRER MAC-GREGOR, *La acción constitucional de amparo en México y España*, op. cit., en especial: pp. 123 y ss.

innecesario detenernos⁷, la historia constitucional española no registra otros de importancia relativos al amparo hasta la promulgación de la Constitución republicana de 1931. Dado que en esta Constitución se constata la experiencia de una jurisdicción constitucional concentrada a la que se atribuye una competencia relativa a la materia electoral, interesa analizar con cierto detenimiento ese modelo.

B) Influjos del modelo de Tribunal Constitucional austriaco de 1920 en el Tribunal español de Garantías Constitucionales de 1931

Por lo general, las versiones historiográficas que explican la introducción de la competencia del Tribunal de Garantías Constitucionales de 1931 en materia de amparo reconocen la doble incidencia histórica que supusieron las experiencias austriaca y mexicana⁸. Por otra parte, será a partir de la influencia austriaca, según aprecian algunos autores, desde donde se incorporará una competencia relativamente importante en materia político-electoral.

Para empezar, si nos remontamos a los precedentes históricos del primer Tribunal Constitucional de Austria instituido en la Constitución de 1920, veremos que algunas de sus competencias se desprendieron de las que ostentaba su antecesor, el Tribunal del Imperio austro-húngaro (*Reichsgericht*). La Constitución del Imperio, de 21 de diciembre de 1867 (conocida como *Dezemberverfassung*), estuvo integrada por cinco «leyes fundamentales del Estado» (*Staatsgrundgesetz*). Para lo que aquí interesa, la segunda de esas leyes (la núm. 142) reconocía los derechos generales de los ciudadanos (*Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger für die im Reichsrat vertretenen Königreiche und Länder*), y la tercera (núm. 143) versaba sobre el Tribunal del Imperio (*Staatsgrundgesetz über die Einsetzung eines Reichsgerichtes*)⁹. En este ordenamiento imperial se halla la gestación en Austria de una tutela directa de derechos, al haberse reconocido al Tribunal del Imperio una competencia para conocer de recursos (*Beschwerden*) sobre violaciones a los derechos políticos (*politischen Rechte*) garantizados por la Constitución.

Los «derechos políticos» de los ciudadanos fueron entendidos en un sentido amplio por las resoluciones de ese Tribunal. Estos derechos se concebían como

⁷ La bibliografía es abundante a este respecto. Por todos, *vid.* V. FAIRÉN GUILLÉN, *Antecedentes aragoneses de los juicios de amparo*, México, UNAM, 1971; Á. BONET NAVARRO, *Procesos ante la Justicia de Aragón*, Zaragoza, Guara, 1982. *Cfr.* asimismo, E. FERRER MAC-GREGOR, *La acción constitucional de amparo en México y España*, *op. cit.*, pp. 3-18, y bibliografía allí citada.

⁸ *Cfr.*, por ejemplo, J. L. GARCÍA RUIZ, *El recurso de amparo en el Derecho español*, *op. cit.*, pp. 46 y 47; J. OLIVER ARAUJO, *El recurso de amparo*, Palma de Mallorca, Universitat de les Illes Balears/Facultad de Derecho, 1986, pp. 87-88; Ó. ALZAGA VILLAAMIL, «Las garantías para la protección de los derechos (I)», en Ó. ALZAGA VILLAAMIL, I. GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ y J. RODRÍGUEZ ZAPATA, *Derecho político español, según la Constitución de 1978*, t. II, 3.ª ed., Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2002, pp. 236-237.

⁹ Para las funciones y el análisis de la actuación de este Tribunal, *vid.* Ch. EISENMANN, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d'Autriche*, Paris, Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1928, pp. 127-156. Para S. PEYROU-PISTOULEY, en su libro *La Cour constitutionnelle et le contrôle de la constitutionnalité des lois en Autriche*, Paris, Economica, 1993, p. 42, es evidente que el Tribunal del Imperio es incluso la innovación más importante de la Constitución de 1867, dado su carácter de «precursor de la justicia constitucional contemporánea».

todos «los derechos garantizados constitucionalmente», esto es, todos los que la Constitución reconocía a favor de las personas frente al Estado, establecidos en la citada ley fundamental núm. 142¹⁰. Pese a su evidente interés histórico, tal recurso adolecía de importantes limitaciones, principalmente la relativa a los efectos meramente declarativos (no constitutivos) de las sentencias del Tribunal¹¹.

Al explicar KELSEN su posición frente a la competencia del Tribunal del Imperio en materia de amparo de derechos individuales, en una importante declaración registrada el 9 de diciembre de 1918¹², se expresa de la siguiente manera:

«Es [...] necesario tomar precauciones al consumir las funciones del antiguo Tribunal del Imperio. Es posible que el Tribunal del Imperio no sea reemplazado por un nuevo órgano pero que sus competencias sean asignadas a otro tribunal, como el Tribunal Administrativo o a cualquier otro que ocupe el lugar de este Tribunal. Esto sería sin duda lo más aconsejable si no fuera por el hecho de que *la más importante competencia del antiguo Tribunal del Imperio*, a saber, *la protección constitucional de los derechos individuales y políticos* y la decisión de conflictos de competencia exige una única corte de justicia, con el máximo grado de independencia, y con extraordinarias cualificaciones jurídicas por parte de sus miembros. [...] debería ciertamente considerarse apropiado que el recién creado Tribunal Constitucional *estuviera investido no sólo con la competencia para proteger derechos políticos sino también con la competencia para decidir en casos de responsabilidad pública y con competencia para escrutar elecciones*. Pero reformas de largo alcance como éstas exceden la limitada competencia de la Asamblea Nacional Provisional, y han de ser reservadas a la Asamblea Nacional Constituyente»¹³.

La documentación del pensamiento kelseniano nos permite afirmar que el jurista vienés consideró la articulación del recurso de amparo en su proyecto final de la jurisdicción constitucional, el cual, es preciso destacarlo, estaba destinado a proteger los «derechos políticos» de los ciudadanos. Después, la calificación de «políticos» que se asignaba a estos derechos desapareció durante los trabajos de la subcomisión de asuntos constitucionales de la Asamblea Nacional

¹⁰ Cfr. Ch. EISENMANN, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d'Autriche*, op. cit., p. 130 (nota 1).

¹¹ Por esta razón, observó CAPPELLETTI que la *Beschwerde* austriaca de 1867 fue «una «concesión benévola» imperial más que una conquista directa del ciudadano»; cfr. M. CAPPELLETTI, *La giurisdizione costituzionale della libertà. Primo studio sul ricorso costituzionale (con particolare riguardo agli ordinamenti tedesco, svizzero e austriaco)*, Milano, Giuffrè, 1955, p. 40 (nota 102). Para las características generales y los límites (objetivos y subjetivos) de este recurso, vid. pp. 37-39. En el capítulo segundo de este libro, el autor reflexiona sobre la relación histórica entre la *Beschwerde* de 1867, la establecida en la Constitución de 1920 y la que fue restablecida en el año de 1946; vid. pp. 39-44. Puede consultarse la conocida traducción al castellano de este importante libro: M. CAPPELLETTI, *La jurisdicción constitucional de la libertad; con referencia a los ordenamientos alemán, suizo y austriaco*, trad. y estudio sobre la jurisdicción constitucional mexicana de H. FIX-ZAMUDIO, México, UNAM/ Instituto de Derecho Comparado, 1961.

¹² El principal objetivo de esta declaración fue rechazar el proyecto de transición del Tribunal del Imperio que había redactado R. HERMANN, en nombre del Ministerio de Justicia. G. SCHMITZ atribuye el descubrimiento de este documento a G. STOURZH, en los archivos de la República de Austria (AdR, *DÖ Staatskanzlei Z. 1032/1918*, suplemento III). Vid. G. SCHMITZ, «The Constitutional Court of the Republic of Austria 1918-1920», *Ratio Juris*, vol. 16, núm. 2, 2003, pp. 244-245.

¹³ Cfr. G. SCHMITZ, «The Constitutional Court of the Republic of Austria 1918-1920», op. cit., pp. 244-245 (la traducción y las cursivas son nuestras). Como se ha dicho con anterioridad, el concepto de «derechos políticos» había sido interpretado por el Tribunal imperial como equivalente al más amplio concepto de «derechos constitucionales».

Constituyente, dada la ambigüedad que en su seno planteó esa expresión¹⁴. Ello sugiere que no se quiso que estos derechos quedaran vinculados a la que, sin embargo, había sido la amplia interpretación de los mismos por el Tribunal del Imperio. De todos modos, en términos generales, puede afirmarse que el capítulo dedicado al Tribunal Constitucional en la Constitución de 1920 (arts. 137-148) fue adoptado por la subcomisión constitucional en la forma en que KELSEN lo había propuesto en su proyecto final¹⁵.

Efectivamente, el artículo 144 de esa Constitución terminó instituyendo una competencia de amparo para el Tribunal Constitucional, la cual desempeñó más o menos exitosamente en la práctica¹⁶. Por su parte, el artículo 141 le dotaría de competencia en materia de escrutinio de elecciones. Este precepto estableció que el Tribunal debía resolver sobre la validez de las elecciones protestadas por el Consejo nacional, el Consejo federal, las Dietas y todas las asambleas representativas. El mismo artículo también estableció que debía decidir, a petición de estas asambleas, acerca de la pérdida del mandato de alguno de sus miembros.

Ahora bien, con rigor, la conexión histórica entre la Constitución austriaca de 1920 y la española de 1931 dista de ser clara en materia de amparo¹⁷. Más allá de ello, hay una gran diferencia terminológica entre los preceptos constitucionales dedicados a establecer cada recurso. Estas diferencias terminan por hacerse patentes en sus respectivos regímenes jurídico-procesales en sede legal. Sin embargo, estaba ahí el esquema competencial del Tribunal austriaco en materia electoral, que, según algunos comparatistas, finalmente tuvo algún impacto en la articulación competencial del Tribunal de Garantías Constitucionales de 1931.

C) El recurso de amparo y la jurisdicción constitucional en materia electoral en la Constitución republicana de 1931

El «recurso de amparo de garantías individuales» se instituyó en la Constitución española de 1931 con dos artículos: el 105 y el 121.*b*). El artículo 105 dispuso el establecimiento de los «tribunales de urgencia» ante los cuales se haría efectivo el recurso; un precepto que, no obstante, nunca llegó a tener aplicación. El 121.*b*) adscribió el recurso de amparo a la competencia del Tribunal de Garantías Constitucionales «cuando hubiere sido ineficaz la reclamación ante otras autoridades»¹⁸. La Ley del Tribunal de Garantías Constitucionales del 14

¹⁴ Cfr. G. SCHMITZ, «The Constitutional Court of the Republic of Austria 1918-1920», *op. cit.*, p. 260.

¹⁵ Cfr. A. HERRERA GARCÍA, «El recurso de amparo en el modelo kelseniano de jurisdicción constitucional ¿Un elemento atípico?», en M. GONZÁLEZ OROPEZA y E. FERRER MAC-GREGOR (coords.), *El juicio de amparo. A 160 años de la primera sentencia (1849-2009)*, México, UNAM-III, 2010 (en prensa).

¹⁶ Al respecto, cfr. Ch. EISENMANN, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d'Autriche*, *op. cit.*, pp. 242 y ss.

¹⁷ Resulta muy sintomático, por ejemplo, que uno de los más influyentes estudios españoles sobre el origen de la jurisdicción constitucional europea en clave comparada, no llegue a pronunciarse sobre esta específica conexión. Cfr. P. CRUZ VILLALÓN, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad: 1918-1939*, *op. cit.*, pp. 301 y ss. Resulta llamativo que el autor haga explícita referencia al recurso de amparo (mayormente discutiendo las tesis de R. REYES), en las pp. 305, 315, 324, 325 y 337 (nota 237) de su libro; sin que en ningún momento llegue a proponer tal conexión.

¹⁸ De acuerdo con el artículo 121 de esa Constitución, el resto de las competencias del Tribunal de Garantías Constitucionales eran las siguientes: el recurso de inconstitucionalidad de las leyes,

de junio de 1933, se encargaría de reducir considerablemente el amplio espectro de posibilidades regulativas que había generado el texto constitucional.

Sin más pretensiones que las ilustrativas, y dicho por ello muy sintéticamente, los derechos protegibles en amparo a los cuales la Constitución se había referido con la genérica expresión de «garantías individuales», se acotaron a los derechos establecidos en los artículos 27 a 34, 38 y 39 de la Constitución (art. 44 de la Ley). Entre estos derechos merece la pena mencionar, en razón de su relativamente mayor significado en la práctica, los siguientes: la libertad de expresión (art. 34), la libertad de asociación y sindicación (art. 39), la libertad de profesión (art. 33), el derecho a la no extradición por delitos político-sociales (art. 31), y el principio de legalidad penal (art. 28)¹⁹. Resulta significativo a nuestros efectos que quedaran excluidos del objeto del amparo el derecho de petición, la igualdad de sexos en materia electoral para el desempeño de empleos y cargos públicos, y el nombramiento de funcionarios públicos conforme a las leyes (arts. 35, 36, 40 y 41).

El amparo era procedente contra actos concretos de la autoridad gubernativa, judicial o de cualquier otro orden (art. 45). Respecto del poder legislativo, la práctica llegó a mostrar la admisión de un recurso de amparo contra un acto parlamentario que declaraba la responsabilidad política²⁰. En cuanto a la legitimación, se le reconoció a las personas que se considerasen agraviadas, pero también a cualquier ciudadano o persona jurídica, en cuyo caso debía prestarse la respectiva caución (art. 47)²¹.

En consecuencia, la Constitución republicana de 1931 no vinculó explícitamente el recurso de amparo con lo político-electoral. Pero sí atribuyó al Tribunal de Garantías Constitucionales una competencia relacionada directamente con esta materia: el examen y aprobación de los poderes de los compromisarios que, junto a las Cortes, debían elegir al presidente de la República [arts. 68 y 121.d] de esa Constitución].

La Ley de 14 de junio de 1933, del Tribunal de Garantías, reguló tal competencia en su Título VII, intitulado: «Sobre el examen de los poderes de los compromisarios presidenciales» (arts. 69-75). El examen del Tribunal podía recaer no sólo sobre vicios en la elección sino también sobre la capacidad de los com-

conflictos de competencia entre el Estado y las regiones, la revisión de los poderes de los compromisarios en la elección presidencial, y la responsabilidad criminal de altas magistraturas del Estado. El artículo 19 le confería además la competencia para apreciar con carácter previo de la necesidad de una ley que armonizase competencias legislativas de las regiones autónomas.

¹⁹ La jurisprudencia de amparo generada por el Tribunal de Garantías Constitucionales puede consultarse en J. L. GARCÍA RUIZ, *El recurso de amparo en el Derecho español*, op. cit., pp. 185 y ss.; M. BASSOLS COMA, *La jurisprudencia del Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República Española*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1981, en especial pp. 191 y ss. Cfr. asimismo, R. M.^a RUIZ LAPEÑA, *El Tribunal de Garantías Constitucionales en la II República Española*, Barcelona, Bosch, 1982, pp. 274-284.

²⁰ Cfr. M. BASSOLS COMA, *La jurisprudencia del Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República Española*, op. cit., pp. 74-75.

²¹ Para una idea general de la regulación procesal y la práctica del recurso de amparo por el Tribunal de Garantías Constitucionales, vid. R. M.^a RUIZ LAPEÑA, «El recurso de amparo durante la Segunda República española», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 7, 1979, pp. 291-298, y sobre todo, R. M.^a RUIZ LAPEÑA, *El Tribunal de Garantías Constitucionales en la II República Española*, Barcelona, Bosch, 1982, pp. 254-284.

promisarios. En caso de que se comprobara un vicio sustancial en la elección, la resolución podía declarar la nulidad de la misma «en cuanto todos los lugares o algunos de ellos» (art. 73.2). En este sentido, el Tribunal de Garantías Constitucionales estaba llamado a ejercer una jurisdicción electoral, aunque no a través de la vía específica del recurso de amparo, esto es, no en nombre de la protección de derechos político-electorales en su proyección individual.

Dicha jurisdicción constitucional en materia electoral tuvo su fuente de inspiración no en el modelo mexicano, desde luego, sino, en opinión de algunos autores, en la Constitución austriaca de 1920, que, como se dijo con anterioridad, en su artículo 141 estableció que el Tribunal Constitucional resolviera sobre la validez de elecciones²².

En todo caso, hay que decir que como la experiencia de la jurisdicción constitucional de 1931 resultó efímera, está mayormente admitido que fue incapaz de producir cualquier clase de tradición jurídica digna de consideración²³. Por esta razón, en términos generales, puede afirmarse que generó una imagen poco atractiva para afrontar los grandes retos que tenían ante sí los responsables de la transición democrática de 1978. En este sentido, puede sostenerse que tal experiencia se utilizó más bien como un «referente negativo», al menos a la hora de articular el que sería un nuevo modelo de jurisdicción constitucional en la Constitución de 1978²⁴. La materia electoral volverá a entrar a la órbita competencial del Tribunal Constitucional mediante la vía del recurso de amparo, aunque no por mandato constitucional, sino por determinación legal. En todo caso, como veremos más adelante, el vigente recurso de amparo electoral es un instrumento inédito en la historia de las instituciones jurídicas españolas.

3. DESARROLLO Y CONFIGURACIÓN ACTUAL DEL JUICIO PARA LA PROTECCIÓN DE DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES EN MÉXICO. UNA JURISDICCIÓN ELECTORAL ESPECIALIZADA PARA LA TUTELA JURÍDICA DE ESTOS DERECHOS

A) El ineludible punto de partida: el debate Iglesias-Vallarta en torno a la justiciabilidad de la materia político-electoral en vía de amparo

Para estar en condiciones de continuar nuestro estudio comparativo, es preciso retomar la evolución de los instrumentos específicamente orientados a la tutela de los derechos político-electorales en cada uno de los sistemas de justicia constitucional sometidos a contraste.

²² En este sentido, *vid.*, por todos, A. RALLO LOMBARTE, *Garantías electorales y Constitución*, Madrid, CEPC, 1997, pp. 65-66.

²³ Para explicaciones generales sobre el cúmulo de problemas que contrajo la institucionalización del Tribunal de Garantías Constitucionales, *vid.*, por todos, F. RUBIO LLORENTE, «Del Tribunal de Garantías al Tribunal Constitucional», *Revista de Derecho Político*, núm. 16, 1982-1983, en especial pp. 31 y ss.; F. FERNÁNDEZ SEGADO, «El Tribunal de Garantías Constitucionales de la Segunda República española. La problemática de su composición y del estatuto jurídico de sus miembros», en su obra *La justicia constitucional: Una visión de Derecho comparado*, t. III: La justicia constitucional en América Latina y en España, Madrid, Dykinson, 2009, pp. 545 y ss.

²⁴ *Cfr.* F. TOMÁS Y VALIENTE, «El Tribunal Constitucional español como órgano constitucional del Estado: Competencias, riesgos y experiencias», en su libro *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, Madrid, CEC, 1993, pp. 30-31.

En México son bien conocidas las razones históricas que por largo tiempo negaron la tutela jurisdiccional de los derechos político-electorales mediante juicio de amparo o a través de cualquier otra vía judicial. Como se sabe, esta situación tiene su punto de partida en una célebre controversia entre dos de los juristas más importantes de finales del siglo XIX: José María Iglesias e Ignacio Luis Vallarta, ambos, en distintos momentos, presidentes de la Suprema Corte de Justicia. Esta disputa intelectual, trasladada al terreno jurisprudencial, marcó un momento clave para la comprensión de la tutela de estos derechos al grado en que su impacto se refleja en la actual interpretación que la Suprema Corte tiene de ellos. Como se sabe, en el transcurrir del siglo XX el criterio de la Corte siempre impidió la procedencia del amparo en materia político-electoral no obstante los nuevos derroteros que experimentó la jurisdicción constitucional a partir de las reformas constitucionales y legales de mediados de la década de los noventa. La justiciabilidad individual de los derechos relacionados con esta materia, se caracterizará por la especialización, articulándose un juicio *ad hoc* al que los ciudadanos pueden acudir ante una específica jurisdicción electoral.

El episodio marcado por la polémica Iglesias-Vallarta es tan célebre que a nuestros efectos solamente traeremos a colación algunas consideraciones imprescindibles²⁵. Un primer argumento que emergió en esta disputa consistió en la idea de la «incompetencia de origen». Iglesias sostenía que al disponer el artículo 16 de la Constitución de 1857 que todo acto de afectación a los particulares debía emanar de autoridad competente (tal como hoy se establece en el primer párrafo del mismo artículo pero en la Constitución de 1917), había que presuponer la exigencia del origen legítimo de tal autoridad.

Vallarta era de la opinión opuesta al considerar que la idea de legitimidad no debía ser objeto de enjuiciamiento por la Corte al tratarse de una cuestión de carácter político. La Corte sólo podía sentirse interesada en analizar la competencia de la autoridad, puesto que debía ser la única cuestión que resulta jurídicamente relevante. Por ningún motivo debía tomar posición sobre la legitimidad del individuo que hubiese sido nombrado para el cargo público. La tesis Vallarta fue adoptada por la Corte en su decisión de 6 de agosto de 1881 (en el conocido como «amparo Salvador Dondé»), tesis que fue confirmada en su esencia por la Corte incluso tras la Constitución de 1917, como consecuencia de que su artículo 16 fue redactado de manera muy semejante al de su antecesor de la Constitución de 1857²⁶.

Este criterio se vio reforzado en los años posteriores con un segundo argumento. El juicio de amparo se había instituido para la protección de las llamadas «garantías individuales», concepto comúnmente asociado con la idea de los

²⁵ Al respecto, *vid.*, por todos, H. FIX-ZAMUDIO, «Ignacio Luis Vallarta. La incompetencia de origen y los derechos políticos», en AAVV, *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas. A cien años de la muerte de Vallarta*, México, UNAM, 1994, pp. 19-39; J. MOCTEZUMA BARRAGÁN, *José María Iglesias y la justicia electoral*, México, UNAM, 1994, en especial, pp. 47 y ss. Más recientemente: J. ACKERMAN, «Elecciones, amparo y garantías individuales», y F. GALVÁN RIVERA, «Derechos políticos del ciudadano, amparo y desamparo del juicio de amparo», ambos trabajos en M. GONZÁLEZ OROPEZA y E. FERRER MAC-GREGOR (coords.), *El juicio de amparo. A 160 años de la primera sentencia (1849-2009)*, México, UNAM-IJ, 2010 (en prensa).

²⁶ *Cfr.* H. FIX-ZAMUDIO, «Ignacio Luis Vallarta. La incompetencia de origen y los derechos políticos», *op. cit.*, pp. 27 y ss.

«derechos civiles». Un amparo no podía enderezarse a la tutela de «derechos políticos» de carácter individual porque éstos no formaban parte del objeto del juicio, según esta particular lectura de la Constitución federal. Desde entonces, el fundamento de la improcedencia del amparo siempre ha sido una concepción restringida de los derechos políticos de índole individual: los derechos políticos no son «garantías individuales», y en cuanto ello es así, no son susceptibles de tutela judicial en vía de amparo²⁷. En realidad, fue este sencillo argumento el que, sin embargo, de modo general, cobró más fuerza en la jurisprudencia de la Corte a lo largo de todo el siglo xx.

A la jurisprudencia inicial de la Corte acompañó una legislación de amparo explícitamente opositora a la procedencia del juicio en la materia electoral. La Ley de Amparo, que data de 1936, introdujo como causal de improcedencia esta materia en su artículo 73 (fracciones VII y VIII). Con la posterior reforma de enero de 1988 a la fracción VII de este precepto, la improcedencia resulta incluso más genérica al determinar la inadmisibilidad de la siguiente manera: «El juicio de amparo es improcedente [...] contra las resoluciones o declaraciones de los organismos y autoridades en materia electoral».

De este modo, la Constitución federal, la legislación de amparo y la interpretación de la Suprema Corte y de los tribunales de la federación conformaron un infranqueable bloque normativo que impidió la procedencia del amparo no sólo frente a leyes de la materia electoral, sino también frente a cualquier actuación de los órganos con funciones electorales²⁸. En este sentido, a partir del fracaso de la tesis Iglesias, como se dijo, verificada hacia el último cuarto del siglo xix, no hubo en México ningún mecanismo a través del cual las personas pudieran solicitar el amparo de sus derechos político-electorales. Esta situación democráticamente anómala empezó a cambiar sólo a partir de mediados de la década de los noventa, con la importante reforma constitucional de agosto de 1996.

B) Un punto de inflexión: La reforma constitucional de 1996 en materia electoral

Como es sabido, las modificaciones constitucionales del 22 de agosto de 1996 supusieron un paso singularmente trascendente hacia la democratización del sistema político mexicano, en la línea de consolidar el régimen de elecciones. La conocida en la opinión pública como «reforma política», para lo que aquí interesa, incorporó varias novedades. La primera fue la eliminación de la improcedencia de las acciones de inconstitucionalidad frente a leyes electorales ante la Suprema Corte, con lo cual la norma constitucional de 1994 que lo impedía (la misma que por primera vez incorporó este proceso constitucional a la Constitución) tuvo en la práctica una vigencia materialmente transitoria. Se reconoció

²⁷ *Vid.*, por todas, la tesis de la Suprema Corte: P. LX/2008, de rubro: «Amparo. Es improcedente cuando se impugnan normas, actos o resoluciones de contenido materialmente electoral o que versen sobre derechos políticos», *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXVIII, septiembre de 2008, p. 5.

²⁸ *Cfr.* R. TERRAZAS SALGADO, «El juicio de amparo y los derechos político-electorales», en E. FERRER MAC-GREGOR (COORD.), *Derecho procesal constitucional*, t. I, 4.ª ed., México, Porrúa/Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2003, pp. 789-805; *id.*, *Introducción al estudio de la justicia constitucional electoral en México*, t. I, México, Ángel editor, 2006, pp. 691 y ss.

legitimación procesal activa a los partidos políticos nacionales para impugnar leyes electorales (federales y de los Estados), y también a los partidos políticos con registro en las entidades federativas para impugnar leyes emitidas por los órganos legislativos de tales Estados. Sobre la base lógica de una democracia representativa, desde entonces las acciones de inconstitucionalidad pueden interponerse por determinados sujetos, a efecto de proponer a la Corte el control abstracto de las leyes electorales.

Por primera vez en más de un siglo la Suprema Corte de Justicia iba a enfrentarse al ejercicio de una jurisdicción electoral, mediante el control abstracto de constitucionalidad de las leyes en esta materia. Los sujetos con legitimación procesal específica para interponer estas acciones, desde ese momento fueron, y en la actualidad continúan siendo, además de las mencionadas dirigencias de los partidos políticos registrados, el grupo de legisladores que alcance un consenso de al menos el 33 por 100 del órgano parlamentario al que pertenecen (sea federal o de los Estados), y el procurador general de la República.

Por otro lado, en lo que más concretamente interesa a nuestro análisis, la reforma de 1996 acabó con la ausencia de una vía individual para la protección de los derechos político-electorales: se creó el *juicio para la protección de los derechos político-electorales de los ciudadanos* como competencia del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación²⁹. Este juicio debe ser considerado como un proceso «paralelo» al juicio de amparo³⁰. El propósito de su institucionalización ha sido el de servir como vía tutelar, por ejemplo, de los derechos fundamentales «a votar» y «ser votado»; derechos que históricamente, como se vio, no podían ni pueden ser hoy objeto de protección en vía del formal «juicio de amparo». En consecuencia, al menos en cuanto respecta a la tutela de esos precisos derechos, desde un punto de vista material, el juicio para la protección de los derechos político-electorales en México constituye para los ciudadanos el proceso más acabado de *amparo electoral*.

C) El juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano como genuino «juicio de amparo electoral»

Es de llamar la atención sobre el hecho de que el juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano (en adelante JDC) no es, desde luego, un proceso que se haya atribuido a la competencia de la Suprema Corte de Justicia, a la cual, no obstante, desde las reformas constitucionales de 1994-1995 se le ha venido fortaleciendo orgánica y competencialmente como «Tribunal Constitucional». En otras palabras, el *juicio de amparo electoral* en México

²⁹ En realidad, para algunos autores debe considerarse como un directo antecedente de este juicio la denominada «apelación ciudadana», que se reguló en el Código de Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales (COFIPE) antes de las reformas de 1996. Al respecto, *cfr.* S. GARCÍA RAMÍREZ, «La apelación en el contencioso electoral», ambos trabajos en *Manual sobre los medios de impugnación en el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales*, México, IFE/UNAM-III, 1992, pp. 53-117.

³⁰ *Cfr.* H. FIX-ZAMUDIO, *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, México, Porrúa/UNAM, 2005, p. 302.

no se conoce por quien se erige como el Tribunal Constitucional del país. Este juicio se ha incorporado a la esfera competencial del tribunal especializado que es el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

Asimismo, el JDC se ve fortalecido con las posibilidades del control de constitucionalidad de las leyes que puede verificarse en esta vía, además de la regularidad de actos individuales. Antes de presentar su caracterización procesal, dadas las importantes inconsistencias interpretativas que muy pronto se presentaron al respecto en el seno de la Suprema Corte, intérprete abstracto en la materia, merece la pena detenerse en el particular aspecto del control de constitucionalidad de las leyes electorales.

a) *En torno al dilema sobre el modelo de control constitucional de las leyes en materia electoral*

Desde el año de 1996, el sistema del control de constitucionalidad de las leyes electorales se consideró articulado por una doble vía. Como se dijo, la Suprema Corte de Justicia tiene desde entonces la competencia para resolver las acciones de inconstitucionalidad en perspectiva abstracta. Por su parte, el Tribunal Electoral se había considerado competente para inaplicar leyes electorales por contrarias a la Constitución en los casos concretos sometidos a su jurisdicción. Ésta era la interpretación que el Tribunal Electoral había asumido sin demasiadas dudas en varios asuntos de su competencia, al grado en que hizo efectivo ese control concreto en una treintena de casos³¹.

Sin embargo, en el verano de 2002 la Suprema Corte, por unanimidad de nueve votos de sus miembros presentes en la respetiva sesión, resolvió la controvertida contradicción de tesis 2/2000. Esta decisión desdibujó esa idea inicial de distribución del trabajo jurisdiccional en la materia electoral. La Corte estaba llamada a resolver la discrepancia interpretativa entre un criterio de su Pleno y otro de la Sala Superior del Tribunal Electoral en torno al problema del sistema de representación en la elección de los miembros de los congresos estatales. En uso de sus atribuciones para resolver esta clase de contradicciones, la Corte decidió que una interpretación sistemática de la Constitución (en concreto, de sus arts. 94, 99 y 105) conducía a la siguiente conclusión: resolver sobre la constitucionalidad de leyes (incluidas las electorales) era una atribución que únicamente correspondía al pleno de la propia Corte. Al Tribunal Electoral sólo competía el análisis de actos o resoluciones electorales, encontrándose sustraído de su competencia el control de las leyes en apoyo de las cuales tales actos o resoluciones pudieran producirse. A juicio de la Corte, si de la Constitución cabía inferir que el Tribunal Electoral podía interpretar la propia Constitución, de ello no se seguía que ostentara atribuciones para el control de la constitucionalidad de disposiciones jurídicas. En consecuencia, dijo la Corte, la discrepancia interpretativa que se había planteado era algo así como un «falso problema»: siendo el Tribunal Electoral incompetente para controlar las leyes ni siquiera era posible

³¹ Cfr: J. J. OROZCO HENRÍQUEZ, «Retos de la justicia electoral mexicana», en J. ACKERMAN (COORD.), *Nuevos escenarios del Derecho electoral: Los retos de la reforma de 2007-2008*, México, UNAM-IIIJ, 2009, p. 200.

entrar a estudiar el fondo de la presunta «contradicción» por provenir de una atribución inexistente³².

Para un sector mayoritario de la doctrina, esta decisión de la Corte se sustentaba en una posible interpretación *contra constitutionem* que, por este motivo, no tardó en ser blanco de numerosas críticas³³. Uno de los más importantes argumentos en su contra fue la invocación mecánica que se daba a un tradicional precedente de muy controvertida aplicación al caso: la prohibición del control difuso de constitucionalidad de las leyes³⁴. Sobre la base de este criterio, la Corte inhibió la participación del Tribunal Electoral en la función de control de regularidad de leyes de cuya aplicación, sin embargo, podía depender la realización de sus funciones como tribunal especializado en su materia. En opinión de la crítica mayoritaria, con la que debe estarse de acuerdo, el precedente invocado por la Corte poco se compadecía de un texto constitucional que había sido renovado desde agosto de 1996, habiéndose confiado una jurisdicción especializada al Tribunal Electoral con un propósito difícilmente contestable: que este tribunal fuera la máxima instancia interpretativa en su ámbito.

En este sentido, era patente que la decisión de la Corte dejaba de dar cuenta de otros preceptos constitucionales cuya sola literalidad debilitaba las bases argumentativas de su tesis. Tal era el caso, por ejemplo, del artículo 41, fracción IV, según el cual: «Para garantizar los principios de constitucionalidad y legalidad de los actos y resoluciones electorales, se establecerá un sistema de medios de impugnación [que] dará definitividad a las distintas etapas de los procesos electorales». Tampoco justificaba satisfactoriamente el cabal contenido del propio artículo 99, que, por ejemplo, en su fracción III disponía que diversas impugnaciones ante el Tribunal Electoral tuvieran por objeto el análisis de posibles violaciones a «normas constitucionales o legales». Disposición que conectaba con su párrafo 5.º (actual párrafo 7.º) en donde se preveía la posibilidad misma de contradicción de tesis entre el Tribunal Electoral y la Corte en torno a la «interpretación de un precepto de la Constitución».

Sobre la base de preceptos constitucionales como los citados, cuyo análisis fue omitido, no sólo cabía considerar que el Tribunal Electoral era, en efecto, un «tribunal de cierre» en la aplicación de la normativa electoral, con todas sus

³² Cfr. sus tesis: P/J 23, 24, 25 y 26/2002, cuyos rubros son, respectivamente: «Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Carece de competencia para pronunciarse sobre inconstitucionalidad de leyes; Contradicción de tesis. No existe válidamente entre un criterio sustentado por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuando se trata de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de leyes electorales; Leyes electorales. la única vía para impugnarlas es la acción de inconstitucionalidad; Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Si resuelve respecto de la inconstitucionalidad de una norma electoral o se aparta de un criterio jurisprudencial sustentado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación respecto a la interpretación de un precepto constitucional, infringe, en el primer caso, el artículo 105, fracción II, de la Constitución federal, y en el segundo, el artículo 235 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación»; todas en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXXI, enero de 2010, pp. 19, 20, 22 y 23.

³³ Vid., por todos, J. R. Cossío Díaz, «El indebido monopolio constitucional-electoral de la Suprema Corte de Justicia», en su libro *Bosquejos constitucionales*, México, Porrúa, 2004, pp. 377-386.

³⁴ Vid., por todos, la tesis P/J 74/99: «Control difuso de la constitucionalidad de normas generales. No lo autoriza el artículo 133 de la Constitución», *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. X, agosto de 1999, p. 5.

consecuencias que ese *status* jurídico implicaba. A partir de la decisión de la Corte, resultaba difícilmente comprensible cómo ese título institucional podría ser cumplido sin que el Tribunal Electoral pudiera realizar él mismo exámenes de constitucionalidad de normas cuya aplicación inevitablemente condujera a un resultado inconstitucional. Esta apreciación se fortalece al advertir que ni en la materia electoral ni en otras se contemplaba en la Constitución algún mecanismo procesal de consulta previa sobre la constitucionalidad de una norma ante la Corte, con el cual pudiera considerarse cumplida la eventual necesidad de disipar alguna duda de constitucionalidad sobre el material normativo aplicable en la materia electoral.

En definitiva, con el criterio de la Suprema Corte se abría una laguna poco deseable de inmunidad normativa: la imposibilidad de impugnar leyes de dudosa constitucionalidad ante el Tribunal Electoral. Y agravaba más sus consecuencias el significativo hecho de que los ciudadanos, que gozan de legitimación para solicitar la protección de sus derechos político-electorales ante este Tribunal, perdían la posibilidad de beneficiarse de una tutela frente a una ley que fuese de discutible constitucionalidad (art. 99, fracción V). En este sentido, el criterio también redundaba en una regresión desde la perspectiva de la protección de estos derechos, que habían alcanzado tal garantía con la reforma de 1996. La única vía para examinar la constitucionalidad de las leyes electorales que iba a permanecer abierta era la vía abstracta a través de las mencionadas acciones de inconstitucionalidad, competencia exclusiva de la Corte. Vía que, por lo demás, debía hacerse efectiva dentro del plazo de treinta días siguientes a la publicación de la ley, al término del cual ninguna impugnación sería jurídicamente sustentable (art. 105, fracción II, párrafo 2.º, de la Constitución).

El episodio de incertidumbre jurídica originado por la interpretación de la Corte finalizó con la reforma a la Constitución de 13 de noviembre de 2007. Con ella, el poder reformador introdujo en el artículo 99 (párrafo 6.º), sin duda con este antecedente a la vista, el siguiente contundente precepto: «Sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 105 de esta Constitución, las salas del Tribunal Electoral podrán resolver la no aplicación de leyes sobre la materia electoral contrarias a la presente Constitución. Las resoluciones que se dicten en el ejercicio de esta facultad se limitarán al caso concreto sobre el que verse el juicio. En tales casos la Sala Superior informará a la Suprema Corte de Justicia de la Nación».

Con la reforma se supera la jurisprudencia de la Corte en torno a los alcances del control de constitucionalidad de las leyes electorales. Las consecuencias inmediatas de la norma constitucional son las de devolver al Tribunal Electoral sus atribuciones de control de leyes ilegítimamente aplicadas a los casos concretos de los que conoce. Así, los efectos del eventual control negativo que despliegue el Tribunal se reducirán a la inaplicación casuística de la ley³⁵. Con posterioridad

³⁵ *Cfr.*, asimismo, artículo 6.4 de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, reformado el 1 de julio de 2008, que a la letra dispone: «Sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 105 de la Constitución, las Salas del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, podrán resolver la no aplicación de leyes sobre la materia electoral contrarias a la propia Constitución. Las resoluciones que se dicten en el ejercicio de esta facultad se limitarán al caso concreto sobre el que verse el juicio. En tales casos la Sala Superior del Tribunal Electoral informará a la Suprema Corte de Justicia de la Nación».

a la reforma, esto es lo que ha hecho su Sala Superior en más de una decena de ocasiones, tanto en juicios de revisión constitucional³⁶, como en juicios para la protección de los derechos político-electorales de los ciudadanos³⁷.

Sin embargo, las perplejidades que plantea el asentamiento del sistema de defensa jurisdiccional de los derechos político-electorales no han culminado. Su continuada construcción hubo de sortear otro punto de inflexión con el conocido *Caso Castañeda* en virtud del cual se puso a prueba el sistema de garantías del derecho a «ser votado» en perspectiva individual. Como se sabe, la normativa electoral dispone que los partidos políticos poseen la potestad exclusiva para presentar candidaturas a cargos de elección popular. Esta situación fue impugnada por el señor Jorge Castañeda Gutman a través de un juicio de amparo que en revisión conoció la Suprema Corte, al considerar que ello vulneraba su derecho a «ser votado» en las elecciones presidenciales del 2006. Si bien es ciertamente destacado que la Corte haya considerado a este derecho como un genuino derecho fundamental, desechó la pretensión por considerar que al cuestionarse la constitucionalidad de la ley se había intentado una vía inadecuada de defensa (situación superada, por cierto, por la anteriormente explicada reforma constitucional de 2007, que reinstaló esta atribución al Tribunal Electoral). A raíz de ello, el Estado mexicano fue parcialmente condenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos por la violación del derecho a la protección judicial efectiva del demandante frente al legislador democrático³⁸. El cumplimiento efectivo de esta condena está aún pendiente de cabal precisión.

Por otro lado, la improcedencia del tradicional «juicio de amparo» en la materia electoral se ha encontrado con nuevas dificultades de comprensión. No obstante la férrea improcedencia histórica de este mecanismo al respecto, en los últimos tiempos se ha verificado una serie de prácticas aparentemente abusivas como consecuencia de la posibilidad de «suspensión de los actos reclamados» a que puede dar lugar su interposición. Tras la reforma constitucional de 2007, se presentaron un conjunto de juicios de amparo en contra del nuevo sistema de acceso a la radio y televisión que introdujo dicha reforma, entre otras cosas por la presumible vulneración del derecho a la libertad de expresión³⁹. Esta circunstancia sugiere una mayor concisión argumentativa en los conceptos de improcedencia del tradicional «juicio de amparo» frente al objeto del JDC, sobre todo en cuanto se refiere a un umbral importante de derechos que no siendo estrictamente electorales, indudablemente sirven al propósito de que los ciudadanos ejerzan su libre participación política⁴⁰.

³⁶ Cfr. expedientes SUP-JRC-494/2007 y 496/2007; SUP-JRC-105/2008 y SUP-JRC-107/2008; SUP-JRC-10/2009; SUP-JCR-10/2010; SG-JRC-38/2010; y SUP-JRC-112/2010.

³⁷ Cfr. expedientes SUP-JDC-2766/2008; SUP-JDC-31/2009, SUP-JDC-32/2009, SUP-JDC-33/2009, SUP-JDC-34/2009, SUP-JDC-35/2009, SUP-JDC-36/2009 y SUP-JDC-37/2009; SG-JDC-73/2009; SUP-JDC-94/2010; y SG-JDC-29/2010.

³⁸ Para un análisis de este caso, vid. E. FERRER MAC-GREGOR y F. SILVA GARCÍA, *El caso Castañeda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La primera sentencia internacional condenatoria en contra del Estado mexicano*, México, Porrúa/UNAM, 2009.

³⁹ De esta problemática da cuenta, por ejemplo, L. CÓRDOVA VIANELLO, «¿Amparos electorales», en *Nexos*, julio de 2008.

⁴⁰ Se refieren a este problema, por ejemplo, M. GONZÁLEZ OROPEZA, «Los retos del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación tras la reforma de 2007», en J. ACKERMAN (coord.), *Nue-*

b) *Sistema procesal del juicio para la protección de los derechos político-electorales de los ciudadanos*

Volviendo al particular régimen jurídico del JDC, interesa especialmente observar sus características procesales fundamentales. El Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF, en adelante) es competente en forma definitiva e inatacable para resolver este juicio. Procede contra actos y resoluciones que vulneren el derecho de votar y ser votado en las elecciones populares, el derecho de asociación libre y pacífica para tomar parte en los asuntos políticos del país y el derecho de afiliación libre e individual a los partidos políticos [arts. 41, base VI, y 99, fracción V, de la Constitución federal; 186, fracción III, inciso *c*), 189, fracción I, inciso *e*), y 195, fracción IV, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, en adelante, LOPJF; y arts. 79 y 83 de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, en adelante, LGS MIME]. Asimismo, es procedente para impugnar los actos y resoluciones que afecten indebidamente el derecho para integrar las autoridades electorales de las entidades federativas (art. 79.2 LGS MIME).

El JDC puede ser conocido por la Sala Superior en unos supuestos, y por las Salas Regionales del TEPJF en otros. La Sala Superior es competente cuando se reclame el derecho de ser votado en las elecciones de presidente constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, de diputados federales y senadores por el principio de representación proporcional, de gobernador o de jefe de Gobierno del Distrito Federal. Es competente también tratándose de la vulneración del derecho de asociarse individual y libremente para tomar parte en forma pacífica en los asuntos políticos, así como contra las determinaciones de los partidos políticos en la selección de sus candidatos en las elecciones antes mencionadas, o en la integración de sus órganos nacionales. En estos dos últimos casos, los ciudadanos deben agotar primero los medios partidistas de defensa [art. 189, fracción I, inciso *e*) LOPJF; y arts. 80 y 83.a) LGS MIME].

Por otro lado, cada una de las cinco Salas regionales del TEPJF es competente para conocer de los juicios en que se reclame el derecho de votar en las elecciones constitucionales; el derecho de ser votado en las elecciones federales de diputados y senadores por el principio de mayoría relativa, en las elecciones de diputados locales y a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, ayuntamientos y titulares de los órganos político-administrativos en las demarcaciones territoriales del Distrito Federal. También compete a las Salas regionales conocer de las violaciones al derecho de ser votado en las elecciones de los servidores públicos municipales diversos a los electos para integrar los ayuntamientos; y violaciones producidas por determinaciones de los partidos políticos en la elección de candidatos a los cargos de diputados federales y senadores por el principio de mayoría relativa, diputados locales y a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, ayuntamientos, titulares de los órganos político-administrativos en las demarcaciones territoriales del Distrito Federal y dirigentes de los órganos de dichos institutos distintos a los nacionales. Para ello, los quejosos deben ago-

vos escenarios del Derecho electoral: Los retos de la reforma de 2007-2008, México, UNAM-IIIJ, 2009, pp. 192-193; J. ACKERMAN, «Elecciones, amparo y garantías individuales», *op. cit.* (en prensa).

tar primero los medios partidistas de defensa [art. 195, fracción IV, LOPJF; y arts. 80, 81 y 83.b) LGSMIME].

Está legitimado para interponer el JDC cualquier ciudadano que considere lesionados alguno de los derechos político-electorales mencionados. El juicio procederá cuando hubiere agotado todas las instancias previas y haya realizado las gestiones necesarias para estar en condiciones de ejercer el derecho que estime vulnerado (arts. 99, fracción V, de la Constitución; y arts. 80.2, 80.3 y 81 LGSMIME). Cuando se trata de promover la tutela del derecho de asociación para tomar parte en asuntos políticos, habiéndose negado su registro como partido político o agrupación política, rige una regla específica: la demanda se presenta por conducto de quien ostente la representación legítima de la organización o agrupación agraviada [arts. 79.1 y 80.1.e) LGSMIME].

La LGSMIME destina el Título II de su Libro I a las reglas comunes que disciplinan la tramitación de todos los medios de impugnación en la materia electoral. El JDC se sujeta a estas reglas generales. El procedimiento se caracteriza por su notoria celeridad. Durante el proceso electoral todos los días y horas son hábiles (art. 7.1 LGSMIME). La demanda ha de presentarse dentro de los cuatro días contados a partir del día siguiente a aquel en que se tenga conocimiento del acto o resolución impugnado, o se hubiere notificado de acuerdo con la ley aplicable (art. 8 LGSMIME).

En cuanto a la tramitación del juicio, simplemente destacaremos lo siguiente. La autoridad u órgano partidista que reciba la demanda en contra de sus propios actos o resoluciones, de inmediato debe, por la vía más expedita, dar aviso a la Sala del Tribunal Electoral competente. También debe hacerlo del conocimiento público mediante cédula que durante el plazo de setenta y dos horas se fije en los estrados respectivos. Dentro de este mismo plazo deben comparecer los terceros interesados mediante los escritos que consideren pertinentes. Fecido este plazo, dentro de las veinticuatro horas siguientes, deberá remitirse la demanda junto al resto de la documentación a la Sala competente del Tribunal Electoral (arts. 17 y 18 LGSMIME).

Una vez recibida la documentación por la Sala respectiva, el presidente de dicha Sala turnará de inmediato el expediente a un magistrado electoral a efecto de que revise el cumplimiento de todos los requisitos del escrito de impugnación. Si están efectivamente cumplidos, el magistrado electoral en un plazo no mayor a seis días dicta el auto de admisión que corresponda. Sustanciado el expediente y puesto en estado de resolución, se declara cerrada la instrucción pasando el asunto a sentencia. El proyecto de sentencia se somete entonces a la consideración de la Sala. La no aportación de las pruebas ofrecidas no es motivo para desechar el juicio. En todo caso, la Sala habrá de resolver con los elementos que obren en autos (art. 19 LGSMIME).

La LGSMIME prevé reglas específicas para los efectos de las sentencias del JDC. Las sentencias que resuelven el fondo del juicio son definitivas e inatacables y, si determinan la revocación o modificación del acto o resolución impugnado, restituyen al promovente en el uso y goce del derecho político-electoral que se hubiere vulnerado. En los supuestos en que ante una sentencia favorable, por razón de los plazos legales o por imposibilidad técnica o material, la autoridad responsable no pueda incluir a los favorecidos en la lista nominal de electores

respectiva, o expedirles el documento que legalmente les permita sufragar, basta la exhibición de la copia certificada de los puntos resolutivos del fallo, así como de una identificación, para que los funcionarios electorales permitan a los ciudadanos ejercer el derecho de voto el día de la jornada electoral (arts. 84 y 85 LGSMIME).

4. DE LA REVISIÓN JUDICIAL DE ELECCIONES AL AMPARO DE DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES EN ESPAÑA. LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PARA RESOLVER EL RECURSO DE AMPARO ELECTORAL

A) Algunos precedentes de importancia en torno a la revisión judicial de las elecciones

Como se vio en el apartado II de este trabajo, hay evidencias historiográficas que dan cuenta de unas influencias recíprocas entre los ordenamientos mexicano y español en materia de amparo. Sin embargo, por cuanto respecta a la cuestión electoral, y en concreto, a la específica tutela individual de derechos político-electorales, ya evidenciábamos que su evolución es sustantivamente diversa. En este apartado, concatenado con las consideraciones del anterior, se terminará de hacer evidente esta apreciación.

Para empezar, hay que reiterar que en España no existió en toda la historia constitucional un sistema de defensa judicial de los derechos político-electorales de sus ciudadanos antes de la transición al régimen democrático que supuso la Constitución de 1978. Pueden sin embargo reconocerse algunos vestigios de relativo interés en materia de revisión judicial de las elecciones desde mediados del siglo XIX, por lo que en ellos hubo de voluntad para dotar de imparcialidad a la resolución de los problemas relativos al censo electoral.

La Ley de 18 de marzo de 1846 es el primer ordenamiento que atribuye competencias a la administración de justicia para resolver recursos contra las resoluciones del órgano político-administrativo encargado de las listas electorales. Una competencia de semejantes características se reproducirá en otras leyes sucesivas, lo cual al menos pone en evidencia una inicial preocupación del legislador por prever un control judicial de la materia electoral. Sin embargo, las constantes prácticas de corrupción en la administración de las elecciones pali-decieron la garantía efectiva que en el papel suponían tales mecanismos⁴¹.

La Ley «Maura» de 8 de agosto de 1907 constituyó un ordenamiento importante en materia de garantías judiciales electorales. Esta ley fue fuente de inspiración de algunas trascendentes pautas del Real-Decreto Ley 20/1977, de 18 de marzo, sobre normas electorales, que finalmente la derogó. De acuerdo con la Ley «Maura», por cuanto aquí interesa, el Tribunal Supremo intervenía en diversas etapas del proceso electoral: podía informar al Congreso, a instancia de

⁴¹ A este respecto, *vid.*, por ejemplo, L. SÁNCHEZ AGESTA, *Historia del constitucionalismo español (1808-1936)*, 4.ª ed., Madrid, CEC, 1984, pp. 150 y ss.; J. TOMÁS VILLARROYA, *Breve historia del constitucionalismo español*, 6.ª ed., Madrid, CEC, 1987, p. 20; A. RALLO LOMBARTE, *Garantías electorales y Constitución*, *op. cit.*, pp. 36 y ss.

la Junta Central, cuando existieren actas protestadas sobre la validez y legalidad de la elección. También podía revisar el expediente electoral, incluso sin que mediare protesta, a instancia de todo candidato derrotado o del ministerio público cuando existieren pruebas en torno a la invalidez de la elección. Si bien estas previsiones legales constituyeron un paso adelante en la intervención judicial en materia de elecciones, las atribuciones del Tribunal Supremo culminaban en la emisión de dictámenes no vinculantes: era el Congreso el que resolvía en definitiva las cuestiones planteadas. Estas competencias del Tribunal Supremo fueron sin embargo derogadas por el Decreto de 8 de mayo de 1931⁴².

Por su parte, como se mencionó en su momento, la Constitución republicana de 1931 introdujo una competencia electoral al Tribunal de Garantías Constitucionales: el «examen y aprobación» de los poderes de los compromisarios que, junto a las Cortes, debían elegir al presidente de la República [arts. 68 y 121.d] de esa Constitución]. En este sentido, el Tribunal de Garantías Constitucionales tenía a su cargo una jurisdicción electoral. La Ley de 14 de junio de 1933, del Tribunal de Garantías, reguló tal competencia en su Título VII: «Sobre el examen de los poderes de los compromisarios presidenciales»⁴³.

El Real-Decreto Ley 20/1977 creó unas Juntas electorales: una Central, Provinciales y de Zona, que integraron una administración electoral autónoma e independiente encargada de la supervisión, vigilancia y control del proceso electoral. Su artículo 73 estableció que los acuerdos de las Juntas electorales sobre proclamación de candidatos podían ser objeto de recurso contencioso-electoral ante la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Territorial. En contra de la proclamación de electos podía interponerse recurso contencioso-electoral ante la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo. Ésta es la manera en que por primera vez en la historia de España se reguló un genuino proceso judicial en torno a la legalidad de las elecciones y la tutela de los derechos político-electorales de los ciudadanos⁴⁴.

B) Los derechos fundamentales del artículo 23 como derechos amparables en la Constitución de 1978

Sin duda, el acontecimiento de mayor interés a nuestros efectos es la introducción del Tribunal Constitucional por la Constitución de 1978. Dentro de sus competencias, desde entonces se encuentra el recurso de amparo de dos derechos fundamentales aquí especialmente relevantes: el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal (derecho de sufragio

⁴² Cfr. L. SÁNCHEZ AGESTA, *Historia del constitucionalismo español (1808-1936)*, op. cit., pp. 348 y ss.; F. FERNÁNDEZ SEGADO, *Las Constituciones históricas españolas (un análisis histórico-jurídico)*, 4.ª ed., Madrid, Civitas, 1986, pp. 455-456; A. RALLO LOMBARTE, *Garantías electorales y Constitución*, op. cit., pp. 56 y ss.

⁴³ Vid. supra apartado II.3 de este trabajo.

⁴⁴ Cfr., por ejemplo, J. GONZÁLEZ PÉREZ, «El recurso contencioso-electoral», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 12, 1977, pp. 5-37; F. FERNÁNDEZ SEGADO, *Las Constituciones históricas españolas*, op. cit., p. 773; J. A. SANTAMARÍA PASTOR, «El régimen jurídico del proceso electoral», en AAVV, *Las Cortes Generales*, Abogacía General del Estado/Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, vol. 1, 1987, pp. 195-212.

activo), y el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, bajo los requisitos legales correspondientes (derecho de sufragio pasivo). Con su consagración en el artículo 23 constitucional, por primera vez en la historia española se les confería la condición de derechos fundamentales además de amparables ante la jurisdicción de un Tribunal Constitucional.

Que tales derechos fueran introducidos en la Constitución como fundamentales no resultaba ser una caracterización obvia desde el punto de vista de los modelos constitucionales comparados que, no obstante, sirvieron de clara referencia a los trabajos constituyentes españoles. Por ejemplo, en la Constitución francesa, una previsión equivalente sólo se encuentra dentro de su Título I relativo a la soberanía. En la Ley Fundamental de Bonn, una disposición de esa clase aparece dentro del Título II, dedicado a la Federación y los *Länder*, no en el correspondiente a los derechos fundamentales.

La vanguardista línea seguida por la Constitución española se inspira en la marcada por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, señaladamente, por el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y por los criterios de la Comisión y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el artículo 3 del Protocolo Adicional del Convenio Europeo. Sobre la base de estas fuentes, derechos como los consagrados en el artículo 23 de la Constitución española son «derechos subjetivos de participación»: el derecho al voto y el derecho a ser candidato en la elección del cuerpo legislativo⁴⁵.

Como es obvio, no es propósito de este trabajo desarrollar los contornos conceptuales de estos derechos⁴⁶. Lo que interesa es detenernos en el aspecto de la articulación institucional de su garantía jurisdiccional ante el Tribunal Constitucional en vía de recurso de amparo, que nos permita su confrontación en este concreto aspecto con el modelo mexicano.

C) El concepto constitucional del recurso de amparo y la materia electoral

Para empezar, cabe recordar que la opción española de la jurisdicción constitucional se fundamenta en la centralización del control *negativo* de la constitucionalidad de las leyes (exclusividad del Tribunal Constitucional para declarar la inconstitucionalidad), y en la instauración de un recurso de amparo para la tutela individual de determinados derechos. En este sentido, se trata de un modelo kelseniano que, evolucionado en clave fundamentalmente alemana⁴⁷,

⁴⁵ Cfr. F. DE CARRERAS SERRA, «Derecho de participación política», en M. ARAGÓN REYES (coord.), *Temas básicos de Derecho constitucional*, t. III: Tribunal Constitucional y derechos fundamentales, Madrid, Civitas, p. 188; A. RALLO LOMBARTE, *Garantías electorales y Constitución*, op. cit., pp. 72-73.

⁴⁶ Al respecto, *vid.*, por ejemplo, I. ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, «Derecho de sufragio»; y J. GARCÍA TORRES y J. L. REQUEJO PAGÉS, «Derecho de acceso a los cargos públicos», ambos en M. ARAGÓN REYES (coord.), *Temas básicos de Derecho constitucional*, t. III: Tribunal Constitucional y derechos fundamentales, Madrid, Civitas, pp. 190-194 y 194-198, respectivamente. Cfr., asimismo, L. M.^o DíEZ-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, 2.^a ed., Madrid, Thomson/Civitas, Cizur Menor, 2005, pp. 379 y ss.

⁴⁷ Para una exposición de la incidencia de la *Grundgesetz* y de la jurisprudencia del *Bundesverfassungsgericht* en el constitucionalismo español a partir de 1978, cfr. P. CRUZ VILLALÓN, «La recep-

compatibiliza el recurso individual de amparo con un modelo centralizado de justicia constitucional.

Los trabajos constituyentes no arrojan información contundente en torno a la configuración definitiva del recurso de amparo en la Constitución de 1978⁴⁸. Son solamente tres los artículos que hacen explícita referencia a este recurso: el 53.2 (derechos amparables), el 161.1.b) (órgano competente) y el 162.1.b) (legitimación). El régimen constitucional que se obtiene de estos tres artículos resulta ambiguo, y por ello poco esclarecedor de su misión como instrumento de garantía constitucional. Mucho menos se aprecia de modo claro su vinculación con algún tipo de control sobre la materia electoral.

Con todo, son tres las características esenciales del recurso de amparo en la Constitución española de 1978. Primero, establece un sistema en el cual el Tribunal Constitucional comparte con el Poder judicial la tutela de los derechos fundamentales, incluidos los derechos «amparables»: es un modelo *concentrado* en el control negativo de constitucionalidad, que convive con un sistema *difuso* de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales (con independencia de si los derechos son *constitucionalmente* amparables o no-amparables). Segundo, la Constitución hace suyo el principio de subsidiariedad en materia de amparo constitucional. Y tercero, acoge un significado de los derechos fundamentales que implica su inequívoca fuerza jurídica vinculante para todos los poderes públicos, incluido el legislador democrático. Cada uno de estos argumentos se corresponde con los siguientes principios: principio de tutela jurisdiccional en sede constitucional y judicial, principio de subsidiariedad de la tutela dispensada por el Tribunal Constitucional, y principio de oponibilidad de los derechos amparables a la acción y omisión de los poderes públicos.

ción de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania», *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, núm. 1, 1989, pp. 65-90; consultable también en su libro *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución*, 2.ª ed., Madrid, CEPC, 2006, pp. 77-104.

⁴⁸ El concepto de recurso de amparo que acoge la Constitución española de 1978 ha sido objeto de atención doctrinal en distintos momentos de su evolución jurídico-práctica. Para importantes análisis dogmáticos que han dado significados pasos adelante en el específico problema de su concepto constitucional, *vid.* J. M.ª BILBAO UBILLOS, «Algunas consideraciones sobre el significado y los límites funcionales del recurso de amparo constitucional», en *Escritos jurídicos en memoria de Luis Mateo Rodríguez*, vol. 1. Derecho público, Salamanca, Universidad de Cantabria/Europa Artes Gráficas, 1993, pp. 123 y ss.; L. M.ª Díez-PICAZO, «Dificultades prácticas y significado constitucional del recurso de amparo», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 40 (enero-abril), 1994, pp. 9 y ss.; la conocida contestación que al debate iniciado por este último trabajo formuló P. CRUZ VILLALÓN, «Sobre el amparo», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 41, 1994, pp. 11 y ss. (publicado posteriormente en su libro *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución*, *op. cit.*, pp. 463 y ss.). La esclarecedora intervención terciaria en este debate de F. RUBIO LLORENTE, «El recurso de amparo constitucional», en AAVV, *La jurisdicción constitucional en España. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: 1979-1994*, Madrid, CEPC/Tribunal Constitucional, 1995, pp. 133-134 (trabajo que fue publicado con posterioridad con el título «El recurso de amparo», en F. RUBIO LLORENTE y J. JIMÉNEZ CAMPO, *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, Madrid, McGraw Hill, 1998, pp. 31-61); R. BUSTOS GISBERT, «¿Está agotado el modelo de recurso de amparo diseñado en la Constitución española?», *Teoría y realidad constitucional*, núm. 4, 1999, pp. 273 y ss.; M. CARRASCO DURÁN, «El concepto constitucional de recurso de amparo: Examen de posibilidades para una reforma de la regulación y la práctica del recurso de amparo», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 63 (septiembre-diciembre), 2001, pp. 79 y ss.; I. BORRAJO INIESTA, «Mitos y realidades de la jurisdicción constitucional de amparo: Hechos, Derecho, pronunciamientos, admisión, costes», en *Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, núm. 3, Madrid, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 159 y ss.

Los derechos amparables son un grupo constitucionalmente determinado de derechos fundamentales a los cuales se reconoce una protección jurisdiccional reforzada ante los tribunales del Poder Judicial y, excepcionalmente, en vía de amparo, ante el Tribunal Constitucional (art. 53.2 de la Constitución). En esta tesitura, los derechos fundamentales susceptibles de amparo son además tutelables por todos los tribunales de la jurisdicción ordinaria. Su tutela se predica obligatoria para todos los jueces bajo el principio de la aplicabilidad directa de la Constitución (arts. 9.1 y 53.1). Así, el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional existe como garantía suplementaria de una tutela primariamente dispensada por el Poder judicial⁴⁹. Así, se trata de un recurso que refuerza la tutela jurisdiccional que, en caso de ser exitosa, revierte el veredicto sustentado en las instancias judiciales. El fracaso de la petición de tutela deja las cosas como han sido declaradas por esas instancias judiciales. En este tenor, el recurso de amparo, como gráficamente se ha presentado, da al Tribunal Constitucional también un «monopolio declarativo de la vulneración» de los derechos fundamentales⁵⁰.

La inserción del recurso de amparo en un sistema constitucional difuso de tutela de derechos fundamentales, puede entenderse racionalizado o condicionado, según se quiera ver, por el principio de subsidiariedad. La subsidiariedad empieza a hacerse visible con el artículo 53.2 de la Constitución. Este precepto dispone que los derechos amparables (el principio de igualdad del art. 14 y los derechos establecidos en los arts. 15 a 29, más la objeción de conciencia) habrán de protegerse mediante «un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad» y, en su caso, a través del recurso de amparo constitucional. Tal procedimiento (el conocido como «recurso de amparo judicial» u «ordinario») se ha regulado con carácter provisional por la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, y se complementa con otros procedimientos especiales de tutela que se han articulado en diferentes órdenes jurisdiccionales⁵¹. Sin embargo, la forma en que esa subsidiariedad deba ser entendida tampoco se explicita en la Constitución. Su artículo 161.1.b) simplemente dispone que el recurso de amparo es competencia del Tribunal Constitucional «en los casos y formas que la ley establezca».

Pues bien, visto el anterior cuadro general de bases constitucionales, lo cierto es que los constituyentes españoles no atribuyeron explícitamente al Tribunal Constitucional competencias para ejercer un control del procedimiento electoral

⁴⁹ Ésta ha sido, por lo demás, la interpretación que hubo de reflejar el legislador orgánico, como lo expresa el artículo 41.1 LOTC: «1. Los derechos y libertades reconocidos en los artículos 14 a 29 de la Constitución serán susceptibles de amparo constitucional, en los casos y formas que esta Ley establece, *sin perjuicio de su tutela general encomendada a los Tribunales de Justicia*. Igual protección será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30 de la Constitución» (cursivas nuestras).

⁵⁰ Cfr. F. CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, «El recurso de amparo y la reforma peyorativa de derechos fundamentales: El denominado “contraamparo”», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 47 (mayo-agosto), 1996, pp. 147 y 152.

⁵¹ Cfr., por ejemplo, P. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA y E. CARMONA CUENCA (coords.), *La tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 355 y ss.; M. CARRASCO DURÁN, *Los procesos para la tutela judicial de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2002.

ni en vía de amparo ni en cualquiera otra vía. La Constitución española, en este sentido, se aparta de la línea de evolución que en Europa fue inaugurada por la Constitución austriaca de 1920, que consistía en dotar a la jurisdicción constitucional concentrada de competencia para revisar la validez de las elecciones (art. 141)⁵². Como se vio, tal influencia de alguna manera estuvo presente en la Constitución de 1931, la cual dispuso que el Tribunal de Garantías Constitucionales controlara la regularidad de los compromisarios que, conjuntamente con las Cortes, elegían o destituían al presidente de la República⁵³.

En esa línea, una semejante caracterización competencial de la jurisdicción constitucional se hallaba también presente en el Derecho constitucional comparado más próximo, cuando se desenvolvían los trabajos constituyentes españoles de 1978. Si volvemos al ejemplo de la Ley Fundamental de Bonn, su artículo 41 admitía un «recurso de queja» ante el Tribunal Constitucional Federal contra la decisión del *Bundestag* sobre la verificación de las elecciones y la determinación de pérdida de la condición de miembro de esta Cámara. Por su parte, la Constitución francesa atribuía al *Conseil Constitutionnel* la competencia para revisar la regularidad de la elección del presidente de la República o la validez de las elecciones de diputados y senadores, entre otras funciones propias de una jurisdicción electoral (arts. 58 y 59 de la Constitución de 1958). También la Constitución de Portugal reconoce al Tribunal Constitucional de ese país competencia para analizar en última instancia la regularidad y validez del proceso electoral, y para revisar la constitucionalidad y legalidad de los referéndums, por ejemplo (art. 225)⁵⁴.

En contraste con esos modelos constitucionales, el artículo 70.2 de la Constitución española introdujo el siguiente sencillo texto: «La validez de las actas y credenciales de los miembros de ambas cámaras estará sometida al control judicial, en los términos que establezca la ley electoral». La voluntad constituyente quedaba así clara en el sentido de adoptar un modelo judicial de control, más no era del todo explícita en avalar la jurisdicción del Tribunal Constitucional para asumir algún papel en la verificación de las elecciones.

No obstante, hay en la Constitución elementos normativos suficientemente abiertos que el legislador tomó finalmente en cuenta para atribuir a la jurisdicción constitucional una garantía de índole electoral en vía de amparo. Uno muy significativo de ellos es el artículo 161.1.d), según el cual el Tribunal puede conocer de cualesquiera materias que le atribuyan leyes orgánicas⁵⁵. El otro es la ya señalada caracterización de los derechos de participación política (art. 23) como

⁵² Cfr. J. RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, «Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. El amparo electoral», *Revista de Derecho Político*, núm. 25, 1988, pp. 206-207.

⁵³ *Vid. supra* apartado II.2 de este trabajo.

⁵⁴ Cfr. J. J. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, Madrid, Tecnos, 2002, pp. 78-80.

⁵⁵ Esta disposición no escapó de críticas por parte de un sector de la doctrina. Por ejemplo, P. DE VEGA la ha encontrado como jurídicamente inadmisibles debido a la «desconstitucionalización tácita» que supone del sistema de competencias, y como «políticamente peligrosa» en la medida en que arriesga el principio de funcionalidad que ha de ser inherente a toda jurisdicción constitucional. Cfr. P. DE VEGA GARCÍA, «Título IX. Del Tribunal Constitucional», en AAVV, *Constitución española. Edición comentada*, Madrid, CEC, 1979, p. 347; *id.*, «De la Constitución y su defensa: algunas peculiaridades del ordenamiento constitucional español», en AAVV, *La Constitución y su defensa*, México, UNAM, 1984, p. 232.

derechos susceptibles de amparo. Sobre la base de preceptos como los citados, el legislador orgánico introdujo el conocido por la doctrina como «recurso de amparo electoral».

D) Los recursos de amparo de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General

a) *Regulación del amparo electoral*

Sobre las anteriores bases constitucionales, el legislador orgánico diseñó el «recurso de amparo electoral» de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General (LOREG, en adelante). Primeramente, lo hizo al introducir el amparo electoral sobre proclamación de candidaturas (art. 49.3 LOREG). Con posterioridad, mediante la Ley Orgánica 8/1991, de 13 de marzo, introdujo el amparo electoral sobre proclamación de electos (art. 114.2 LOREG). Estos procesos de amparo son los únicos previstos fuera de la sede legal propia de la jurisdicción constitucional, esto es, fuera de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC)⁵⁶. En todo caso, es la jurisdicción constitucional la encargada de velar en definitiva por el efectivo cumplimiento de los derechos político-electorales del artículo 23 constitucional, que, por lo demás, son derechos de los denominados de configuración legal⁵⁷.

Es preciso señalar que al introducir tales preceptos el legislador orgánico ha dispuesto la protección del derecho fundamental de sufragio pasivo, esto es, el derecho a «ser votado» o a «ser elegible» establecido en el artículo 23.2 de la Constitución. Sin embargo, no se regula de la misma manera una vía de amparo específica para la protección del derecho de sufragio activo, esto es, el derecho «de voto», establecido en el artículo 23.1 de la Constitución. Este derecho puede sin embargo defenderse ante la jurisdicción ordinaria mediante el recurso ante el juez de primera instancia contra resoluciones de la Oficina del Censo Electoral (art. 40 LOREG), que es el órgano administrativo responsable de la formación del censo. No habiendo vía especial de amparo electoral en este caso puede sin embargo luego proceder el amparo constitucional contra la sentencia que agota la jurisdicción ordinaria (así, por ejemplo, la STC 154/1988). La diferencia en la defensa jurisdiccional del derecho «al voto» simplemente se traduce en que en este supuesto no se puede gozar de la especificidad de los plazos mucho más expeditos con que está dotado el procedimiento de amparo electoral en la LOREG.

En la doctrina se ha asegurado que con el conocimiento de estos «amparos electorales» el Tribunal Constitucional ejerce en la práctica una jurisdicción electoral de última instancia⁵⁸. Sin embargo, lo que se encuentra en el núcleo

⁵⁶ Lo cual ha llevado a un sector de la doctrina a cuestionar la admisibilidad de esta regulación. *Vid.*, por ejemplo, L. M.^a Díez-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 392.

⁵⁷ *Cfr.* J. L. REQUEJO PAGÉS, «Derechos de configuración legal», en M. ARAGÓN REYES (coord.), *Temas básicos de Derecho constitucional*, t. III: Tribunal Constitucional y derechos fundamentales, Madrid, Civitas, pp. 134-136; J. GARCÍA ROCA, *Cargos públicos representativos. Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución*, Pamplona, Aranzadi, 1999, pp. 179 y ss.; L. M.^a Díez-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, *op. cit.*, pp. 118 y ss.

⁵⁸ Así, por ejemplo, F. J. BASTIDA FREIJEDO, «Ley electoral y garantías judiciales», en *Poder judicial*, núm. 1, 1986, pp. 34-35; en otra perspectiva, M. Á. PRESNO LINERA, «El Tribunal Constitucional

de esta competencia es analizar que la interpretación de la ley que configura los derechos fundamentales se lleve a cabo de conformidad con el esencial contenido del artículo 23.2 de la Constitución. En rigor, no se trata de velar por la rectitud del procedimiento electoral ni de vigilar el apego a la legalidad de los actos que tiene a su cargo la administración electoral, pues ello no corresponde al propósito de un genuino recurso de amparo, sino de la tutela de unos derechos fundamentales a favor de los cuales se reconoce el mecanismo específico de impugnación que es el «amparo electoral»⁵⁹. Lo anterior no implica que el resto de los actos del procedimiento electoral devengan inimpugnables ante la jurisdicción constitucional, sino que éstos han de ser impugnados primero mediante recursos judiciales ordinarios, y después, en su caso, en la medida en que resulten lesivos de derechos fundamentales, a través del amparo «ordinario» ante el propio Tribunal Constitucional⁶⁰.

Por otro lado, el recurso de amparo electoral enfrenta un nuevo reto en el futuro próximo, de cara a la aplicación de la trascendente reforma de la LOTC que ha supuesto la LO 6/2007, de 24 de mayo. Entre las múltiples modificaciones introducidas por esta reforma, una central es la incorporación de la categoría de la «especial trascendencia constitucional» como principal elemento normativo del nuevo régimen de admisión del recurso de amparo, que justifique una decisión sobre el fondo⁶¹. Bajo esta nueva normativa, en la STC 168/2007 el Tribunal Constitucional aceptó implícitamente la especial trascendencia de un amparo electoral, al haberlo admitido y resuelto en el fondo⁶². Sin embargo, posteriormente, la STC 155/2009, que es la más importante sentencia que aplica ese nuevo régimen, definió un catálogo sistemático de supuestos de procedencia sin incorporar en ellos explícitamente a los amparos

como segunda instancia electoral en los amparos interpuestos por las agrupaciones de electores a las que se refiere el artículo 44.4 LOREG: la STC 85/2003, de 8 de mayo», *Teoría y realidad constitucional*, núms. 12-13, 2003, pp. 587-608. En contra de esta apreciación, J. RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, «Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. El amparo electoral», *op. cit.*, pp. 206-207; *cf.* también, Á. FIGUERUELO BURRIEZA, «Notas acerca del recurso de amparo electoral», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 25 (enero-abril), 1989, p. 138.

⁵⁹ *Cfr.* E. PAJARES MONTOLÍO, «El amparo electoral: Justicia constitucional y proceso electoral en la práctica del Tribunal Electoral español», en E. FERRER MAC-GREGOR y A. ZALDÍVAR LELO DE LARREA (coords.), *La ciencia del Derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho*, t. VI, México, IJ-UNAM/Marcial Pons/IMDPC, 2008, p. 851.

⁶⁰ *Cfr.* E. PAJARES MONTOLÍO, «El amparo electoral: Justicia constitucional y proceso electoral en la práctica del Tribunal Electoral español», *op. cit.*, pp. 845-846.

⁶¹ *Cfr.* A. HERRERA GARCÍA, «La reforma del recurso de amparo en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español: Perspectivas de su funcionalidad frente a las leyes», en *La Judicatura. Revista Jurídica del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Sonora*, núm. 3, 2010 (en prensa), y bibliografía allí citada.

⁶² En realidad, los amparos electorales presentados con motivo de la proclamación de electos en los comicios locales de 27 de mayo de 2007, fueron los primeros a los que empezó a aplicarse el nuevo régimen jurídico-procesal del amparo. Estos amparos se admitieron por providencia en donde se indicó que no se apreciaba que sus respectivas demandas incumplieran lo dispuesto en los artículos 41 a 46 y 49 LOTC, y, sin más, también se estimó que su especial trascendencia justificaba una decisión sobre el fondo. *Vid.* STC 168/2007, antecedente 4.º *Cfr.* J. L. REQUEJO PAGÉS, «Doctrina del Tribunal Constitucional durante el segundo cuatrimestre de 2007» (J. L. REQUEJO PAGÉS, J. C. DUQUE VILLANUEVA, I. TORRES MURO y E. FOSSAS ESPALADER, coaut.), *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 81 (septiembre-diciembre), 2007, pp. 224-225.

electorales⁶³. Así, es de esperarse una mayor precisión al respecto conforme vaya aplicándose el nuevo régimen de admisión del recurso de amparo por el Tribunal Constitucional.

Dicho lo anterior, enfocaremos ahora nuestra atención en la operatividad procesal del específico «recurso de amparo electoral». Ello implica detenernos a analizar las dos explícitas vías de amparo procedentes tras agotar la jurisdicción contencioso-administrativa respectiva, introducidas por los citados artículos 49.3 y 114.2 LOREG.

b) *Entre la especificidad de los plazos y las generalidades procesales del recurso constitucional de amparo*

La principal característica del recurso de amparo electoral respecto de las reglas generales del amparo constitucional es, como ya se sabe, su régimen expedito de plazos. De hecho, los plazos y la brevedad de su tramitación son sus únicos caracteres distintivos frente al proceso general de amparo constitucional.

Dada su muy breve articulación en la LOREG, el Pleno del Tribunal Constitucional, en ejercicio de su potestad reglamentaria (establecida en el art. 2.2 LOTC) ha emitido acuerdos generales con el propósito de sentar unas bases procesales mínimas de actuación. Dictó primero uno el 23 de mayo de 1986 para la regulación del amparo del artículo 49.3 LOREG, y luego otro el 24 de abril de 1991, para la del amparo del artículo 114.2 LOREG. Ambos fueron derogados por el Acuerdo de 20 de enero de 2000, por el que se aprueban normas sobre tramitación de los recursos de amparo a que se refiere la LOREG (ARAE, en adelante). En lo que resulte aplicable, para el trámite de los recursos de amparo electoral se está a lo prevenido por la LOTC (art. 1.1 ARAE). Todos los plazos han de entenderse establecidos como de días naturales (art. 4 ARAE).

c) *Recurso de amparo electoral contra la proclamación de candidaturas (arts. 49.3 y 49.4 LOREG)*

El recurso de amparo previsto en los artículos 49.3 y 49.4 LOREG procede contra la resolución judicial que decida un recurso contencioso-administrativo por la proclamación de candidaturas y candidatos. En consecuencia, este amparo se interpone en la fase inicial del proceso electoral para controlar la regularidad de las candidaturas que concurren en los comicios. Ha de solicitarse en el plazo de dos días. El ARAE agrega que la demanda de amparo puede presentarse en el juzgado o tribunal cuya resolución hubiese agotado la vía judicial, el cual la remitirá inmediatamente al Tribunal Constitucional de manera que asegure su recepción en el plazo máximo de un día, acompañándola de las correspondientes actuaciones. Posteriormente, se da traslado a las partes intervinientes en el proceso previo para que en el plazo de dos días puedan personarse ante el Tribunal Constitucional a efecto de formular las alegaciones que estimen pertinentes.

⁶³ Para un comentario sobre esta sentencia, *vid.* A. HERRERA GARCÍA, «La reforma del recurso de amparo en la Ley Orgánica de Tribunal Constitucional español: Perspectivas de su funcionalidad frente a las leyes», *op. cit.* (en prensa).

El mismo día en que reciba el recurso, el Tribunal debe dar vista al Ministerio Fiscal para que en el plazo de un día efectúe las alegaciones que considere procedentes. El Tribunal Constitucional debe resolver, sin más trámite, en el plazo de tres días (art. 2 ARAE). Por supuesto, este recurso está también sujeto a las normas del régimen general de admisión en el amparo (art. 50 LOTC).

El objeto de impugnación de este recurso de amparo electoral es variable, en función de los acuerdos de las Juntas electorales sobre proclamación de candidaturas, la clase de proceso electoral y el tipo de circunscripción. Así, por ejemplo, las Juntas electorales provinciales se ocupan de las elecciones generales (art. 169.1 LOREG); la Junta Electoral Central de las elecciones al Parlamento Europeo (art. 220 LOREG); las Juntas electorales de Zona de las elecciones municipales (art. 187.1 LOREG), etcétera⁶⁴.

Está claro que la finalidad de establecer el cauce específico del amparo electoral es agilizar la resolución de las impugnaciones ante el Tribunal Constitucional. En este sentido, se busca que la jurisdicción de amparo tenga una utilidad efectiva en la materia electoral, dado que de no caracterizarse tales plazos, la eventual anulación de alguna exclusión indebida o de una proclamación incorrecta, se produciría mucho tiempo después de celebradas las elecciones⁶⁵.

d) *Recurso de amparo electoral contra la proclamación de candidatos electos (art. 114.2 LOREG)*

El recurso de amparo establecido en el artículo 114.2 LOREG procede frente a las sentencias recaídas sobre el recurso contencioso electoral que se prevé en los artículos 109 y siguientes de la LOREG, es decir, frente a las que hayan resuelto sobre los acuerdos de proclamación de electos, dictados por las correspondientes juntas electorales. Ello quiere decir que se interpone en la fase final del proceso electoral con objeto de controlar la proclamación de los resultados. La demanda de amparo puede presentarse en la sede del órgano judicial cuya resolución hubiese agotado la vía judicial previa, el cual remite las actuaciones y el informe respectivo de la Junta Electoral al Tribunal Constitucional. El recurso debe interponerse en el plazo de tres días, plazo en el cual quienes hubiesen sido parte en el proceso judicial previo han de personarse y presentar alegaciones. El Ministerio fiscal tiene un plazo de cinco días para formular sus propias alegaciones. El Tribunal Constitucional debe resolver el recurso dentro de los quince días siguientes a la presentación del recurso.

El contenido de los fallos se rige por el artículo 113 LOREG, que aplica a los recursos de amparo electorales. La sentencia puede confirmar el resultado proclamado; anular el escrutinio, instando a la Junta Electoral competente a que proceda a una nueva proclamación de electos; u ordenar la rectificación por vicios del procedimiento. De conformidad con el artículo 113.2.d) LOREG, el Tribunal Constitucional puede asimismo ordenar la repetición de las elecciones

⁶⁴ Cfr. P. PÉREZ TREMPs, «El recurso de amparo electoral en España», en E. FERRER MAC-GREGOR y A. ZALDÍVAR LELO DE LARREA (coords.), *La ciencia del Derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho*, t. VI, México, IJ-UNAM/Marcial Pons/IMDPC, 2008, p. 870.

⁶⁵ P. PÉREZ TREMPs, «El recurso de amparo electoral en España», *op. cit.*, p. 869.

XVII. ARTÍCULO 94 CONSTITUCIONAL (HISTORIA Y REGULACIÓN ACTUAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN) *

1. PROLEGÓMENOS

El Supremo Tribunal de Justicia de la América Mexicana, con sede en Ario de Rosales, Michoacán, instalado en 1815, ha sido considerado como el primer tribunal federal; mientras que la Suprema Corte de Justicia de la Nación inició sus funciones diez años después, en 1825.

A pesar de esta tradición judicial casi bicentenaria, y sin tener en cuenta los tribunales novohispanos, las fuentes para el estudio histórico de nuestras instituciones judiciales resultan escasas; circunstancia que se explica, probablemente, porque el Poder Judicial cobró su naturaleza de «poder» hasta hace relativamente poco, lo que propició que los historiadores, politólogos y sociólogos lo soslayaran, y los juristas se dedicaran más bien al estudio específico del juicio de amparo y residualmente al análisis global del fenómeno judicial.

Para comprender la génesis y el desarrollo del Poder Judicial de la Federación durante el siglo XIX, resaltan las obras de J. PALLARES¹, J. L. SOBERANES², M.^a T. MARTÍNEZ PEÑALOZA³ y la estadounidense L. ARNOLD⁴; mientras que para el

* «Comentario al artículo 94 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos», en *México a través de sus Constituciones*, México, Cámara de Diputados/Senado de la República/Suprema Corte de Justicia de la Nación/Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación/Instituto Federal Electoral, Miguel Ángel Porrúa, 2012, pp. 921-992.

¹ *El Poder Judicial o Tratado Completo de la organización, competencia y procedimientos de los tribunales de la República Mexicana*, México, Imprenta del Comercio de Nabor Chávez, 1874.

² *El Poder Judicial Federal en el siglo XIX (Notas para su estudio)*, México, UNAM, 1992; *Sobre el origen de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, Miguel Ángel Porrúa, 1987.

³ *Cfr. Morelos y el Poder Judicial de la insurgencia mexicana*, Morelia, Gobierno del Estado de Michoacán, 1985.

⁴ *Juzgados constitucionales (1813-1848)*, México, Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México, 2001; *Política y Justicia. La Suprema Corte Mexicana*, México, UNAM, 1996.

análisis de su desarrollo en el siglo XX, los trabajos de F. PARADA GAY⁵, A. TORO⁶, H. FIX-ZAMUDIO y J. R. COSSÍO⁷, y J. CARRANCO ZÚÑIGA⁸; además de estudios contemporáneos sobre el poder judicial de las entidades federativas, como el realizado por H. CONCHA y A. CABALLERO⁹.

Especial mención merece la obra realizada a lo largo de varias décadas por L. CABRERA ACEVEDO¹⁰ (convirtiéndose en el historiador oficial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación)¹¹, que fue completada posteriormente para com-

⁵ *Breve reseña histórica de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, Antigua Imprenta de Murguía, 1929.

⁶ *Historia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, SCJN, 1934.

⁷ *El Poder Judicial en el ordenamiento mexicano*, México, FCE, 1996.

⁸ *Poder Judicial*, México, Porrúa, 2000.

⁹ *Diagnóstico sobre la administración de justicia en las entidades federativas. Un estudio institucional sobre la justicia local en México*, México, UNAM, 2001.

¹⁰ Vid. E. FERRER MAC-GREGOR, «In memoriam: Lucio Raúl Cabrera Acevedo (1919-2007)», en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa, núm. 8, julio-diciembre de 2007, pp. 615-618.

¹¹ Debido a la importancia que representan para la historia de nuestro más Alto Tribunal, a continuación señalamos los artículos, folletos y libros que publicó por orden de aparición (todos editados por la Suprema Corte): 1. «La jurisprudencia» y «La revolución de 1910 y el Poder Judicial Federal», ambos artículos en *La Suprema Corte de Justicia y el pensamiento jurídico* (1985); 2. *La Suprema Corte de Justicia. Sus orígenes y primeros años 1808-1847* (1986); 3. *La Suprema Corte de Justicia a mediados del siglo XIX* (1987); 4. *La Suprema Corte de Justicia. La República y el Imperio* (1988); 5. *La Suprema Corte de Justicia durante la restauración de la República* (1989); 6. *La Suprema Corte de Justicia a principios del porfiriato, 1877-1882* (1990); 7. *La Suprema Corte de Justicia durante el fortalecimiento del porfiriato, 1882-1888* (1991); 8. *La Suprema Corte de Justicia a finales del siglo XIX. 1888-1900* (1992); 9. *La Suprema Corte de Justicia a principios del siglo XX* (1993); 10. *La Suprema Corte de Justicia, la Revolución y el Constituyente de 1917* (1994); 11. *La Suprema Corte de Justicia durante los años constitucionalistas. 1917-1920*, 2 tomos (1995); 12. *La Suprema Corte de Justicia durante el Gobierno del presidente Álvaro Obregón. 1920-1924* (1996); 13. *Presidentes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. 1825-1996* (folleto); 14. *Nations Supreme Court of Justice* (en colaboración, 1997); 15. *150 años del Acta de Reformas* (folleto); 16. *Documentos constitucionales y legales relativos a la función judicial. 1810-1917*, 2 tomos, (1997); 17. *La Suprema Corte de Justicia en el siglo XX*, 2 tomos (1997); 18. *La Suprema Corte de Justicia durante el Gobierno de Plutarco Elías Calles* (1997); 19. *Memorias del ministro Silvestre Moreno Cora* (1998); 20. *La Suprema Corte de Justicia durante los Gobiernos de los presidentes Portes Gil, Ortiz Rubio y Abelardo Rodríguez. 1929-1934* (1999); 21. *175 años de la Presidencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1825-2000* (folleto, 1999); 22. *La Suprema Corte de Justicia durante el Gobierno del presidente Lázaro Cárdenas*, 3 tomos (1999); 23. *La Suprema Corte de Justicia durante el Gobierno del presidente Manuel Ávila Camacho. 1940-1946* (2000); 24. *Los tribunales colegiados de circuito* (2001, 2.ª ed. en 2003); 25. *Índice alfabético de personas en la historia de la Suprema Corte en el siglo XX. 1821-1914* (2001); 26. *El Constituyente de 1917 y el Poder Judicial de la Federación. Una visión del siglo XX* (2002); 27. «Contexto socio-político de México en la quinta época y parte de la sexta del *Semanario Judicial de la Federación* (1917-1957)» y «Poder Judicial de la Federación», ambos trabajos en *El Poder Judicial de la Federación y los medios de comunicación. Sentencias. 1836-2001* (2002); 28. «*El Derecho*, antecedente del *Semanario Judicial de la Federación* y los primeros amparos. Estudio preliminar a la reproducción facsimilar de *El Derecho. Periódico de Jurisprudencia y Legislación* (2002); 29. *La Suprema Corte de Justicia durante el Gobierno del presidente Miguel Alemán. 1946-1952* (2002); 30. *La Suprema Corte de Justicia durante el Gobierno del presidente Adolfo Ruiz Cortines. 1952-1958* (2003); 31. *La Suprema Corte de Justicia durante el Gobierno del presidente Adolfo López Mateos. 1959-1965* (2004); 32. *La Suprema Corte de Justicia durante el Gobierno del presidente Gustavo Díaz Ordaz. 166-1970* (2004); 33. *La Suprema Corte de Justicia durante el Gobierno del presidente Luis Echeverría. 1971-1976* (2004); 34. *La Suprema Corte de Justicia durante el Gobierno del presidente José López Portillo. 1977-1982* (2004); 35. *La Suprema Corte de Justicia durante el Gobierno del presidente Miguel de la Madrid. 1983-1988* (2004); 36. *La Suprema Corte de Justicia durante el Gobierno del presidente Carlos Salinas de Gortari. 1989-1994* (2005); 37. *La Suprema Corte de Justicia durante el Gobierno del presidente Ernesto Zedillo Ponce de León. 1995-2000* (2005), y 38. *El constituyente de Filadelfia de 1787 y la Judicial Review* (2005).

prender el análisis sistemático del periodo 1808-2006, en la obra *Historia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, en veintinueve volúmenes¹².

Por lo que hace a la consulta de los diversos documentos regulatorios de los órganos judiciales, resultan de utilidad las obras recopilatorias de M. DUBLÁN y J. M.^a LOZANO¹³, F. TENA RAMÍREZ¹⁴ y recientemente J. L. SOBERANES y F. MARTÍNEZ¹⁵, y de M. CARBONELL, O. CRUZ BARNEY y K. PÉREZ PORTILLA¹⁶. De particular interés resulta la obra de L. CABRERA ACEVEDO, sobre los *Documentos constitucionales y legales relativos a la función judicial 1810-1917*¹⁷.

Como lo han demostrado estos autores, no es nada fácil condensar en algunas líneas la naturaleza del Poder Judicial, un verdadero sistema mixto que ha tenido en cuenta diferentes fuentes para su conformación, tanto exógenas como endógenas, que van desde sus antecedentes castellanos ajustados a la realidad novohispana a través de la Real Audiencia¹⁸ y después modificados en Cádiz en 1812¹⁹; o los antecedentes del sistema federal norteamericano, que influyera a nuestros constituyentes de 1823-1824 y posteriormente en 1856-1857.

Existen también elementos internos sin los cuales no podría comprenderse su evolución, especialmente a través del instrumento protector de los derechos fundamentales por antonomasia, previsto por primera vez en la Constitución yucateca de 1841, debido al preclaro pensamiento de Manuel Crescencio García Rejón y Alcalá; y su desenvolvimiento posterior a nivel federal en el Acta de Reformas de 1847, orientadas por las ideas de Mariano Otero; o los debates sobre los alcances interpretativos del artículo 14 constitucional de la Constitución de 1857, que llevaron al juicio de garantías a ampliar paulatinamente su objeto de protección a los negocios judiciales, primero en materia penal y luego a cualquier tipo de asunto, lo que propició que se convirtiera en un instrumento no sólo de protección constitucional, sino de defensa integral del ordenamiento jurídico mexicano.

Todas estas razones históricas y contemporáneas, externas e internas, federales y locales, han llevado a que nuestro Poder Judicial sea peculiar y que no se pueda afirmar una sola fuente directa, cuestión en debate ya desde el siglo XIX entre I. L. VALLARTA y E. RABASA²⁰.

¹² México, SCJN, 24 tomos hasta 2005, escritos por L. CABRERA ACEVEDO, que aparecieron entre los años de 1985 a 2005. Posteriormente la obra fue completada por el historiador S. CÁRDENAS GUTIÉRREZ, comprendiendo actualmente 29 tomos (1808-2006). A partir de 2006 la obra se encuentra en 2 CD-DVD.

¹³ *Legislación Mexicana o Colección completa de las disposiciones legislativas expedidas desde la Independencia de la República*, 52 vols., México, Imprenta del Comercio, 1876-1912.

¹⁴ *Leyes fundamentales de México (1808-2005)*, 24.^a ed., México, Porrúa, 2005.

¹⁵ *Fuentes para la historia del juicio de amparo*, México, Senado de la República, 2004.

¹⁶ *Constituciones históricas de México*, México, Porrúa-UNAM, 2002.

¹⁷ *México, Poder Judicial de la Federación*, 2 tomos, 1998 (1.^a reimpresión de la 1.^a ed. de 1997).

¹⁸ Cuya vida judicial documentara E. BUENAVENTURA BELEÑA, *Recopilación sumaria de todos los autos acordados de la Real Audiencia*, México, 1787.

¹⁹ Por el *Reglamento de las Audiencias y Juzgados de Primera instancia* de 9 de octubre de 1812.

²⁰ Derivado de sus respectivas publicaciones, por parte de VALLARTA, *El juicio de amparo y el writ of habeas corpus*, México, Imp. F. Díaz, 1881; y de RABASA, *El juicio constitucional*, París, Librería de la Vda. de Ch. Bouret, 1919; de esta última, existe publicación conjunta con la obra *El juicio constitucional*, 7.^a ed., prólogo de F. JORGE GAXIOLA, México, Porrúa, 2000.

Si bien es posible dar algún seguimiento a la recepción de los dos sistemas que influyeron de manera preponderante en el nuestro, como son el gaditano y el norteamericano (con independencia de otras fuentes como pudieran ser la francesa²¹ o incluso, para algunos, la colombiana)²², sería arbitrario establecer cuál de ellas influyó de manera decisiva, ya que en realidad se complementan sin excluirse una de la otra. Un antecedente aprehensible es la legendaria *Judiciary Act* de 1797, que establece las bases de un Alto Tribunal para la nación vecina del norte. El desarrollo de este documento y aun su impugnación como inconstitucional en el conocido *Caso Marbury vs. Madison*, resuelto en 1803, han establecido principios judiciales como el de la supremacía constitucional, pilar en nuestro sistema actual. Esta Acta organizaba en distritos y circuitos la administración de justicia federal, sólo que a diferencia de nuestro sistema, cuentan con una Corte Suprema en cada entidad federativa. Por su parte, la Constitución de la Monarquía española de 1812 o Constitución de Cádiz, representa otra influencia tangible y constituye la primera Constitución hispanoamericana de carácter moderno que prevé la división de poderes. En el título V, capítulo I, *De los tribunales*, incluía ya el modo de designar jueces y magistrados (art. 251), el de deponerlos (art. 252), la instalación de un Supremo Tribunal de Justicia (art. 259) y la sujeción a la ley.

En innumerables ensayos, FIX-ZAMUDIO²³ ha demostrado la heterogeneidad de nuestro sistema judicial, el cual es ya por sus características singulares un sistema peculiar y lleno de matices y acentuaciones propias; sujeta en la actualidad a profunda revisión en virtud de su creciente complejidad, al no sólo concebirse la función jurisdiccional como una actividad técnica de resolución de conflictos, sino como uno de los servicios esenciales del Estado contemporáneo²⁴.

A continuación se hará un breve recorrido histórico de la evolución del Poder Judicial Federal, desde sus antecedentes en la época de las Audiencias, pa-

²¹ Influencia que pudiera apreciarse con la creación del Supremo Poder Conservador previsto en la Constitución centralista de 1836 y particularmente con el recurso de casación francés. Si bien nuestro juicio de amparo directo (amparo-casación) tuvo como influencia el recurso de casación español, especialmente al introducirse en los códigos procesales del Distrito Federal de los años 1871, con su reforma de 1880 y en el de 1884, y que luego se reflejara en el artículo 158 de la actual Ley de Amparo, lo cierto es que el origen de la casación se encuentra en Francia y precisamente España lo acoge de ese país, aunque con ciertas variantes, como por ejemplo, en el caso español no existe el reenvío. Cfr. E. FERRER MAC-GREGOR, *La acción constitucional de amparo en México y España. Estudio de Derecho comparado*, México, Porrúa, 2002, pp. 112-113 y 117.

²² Para J. BARRAGÁN abría además una influencia directa de la Constitución de Colombia que estuvo a la vista del Constituyente de 1824, al referirse que en dicha nación existía un Tribunal Supremo de Justicia compuesto por tres jueces y dos fiscales: «...el texto colombiano, posiblemente ha influido mucho más sobre nuestra Constitución de 1824 que la misma norteamericana». J. BARRAGÁN BARRAGÁN, *El proceso de creación de la primera Corte Suprema de Justicia Mexicana*, p. 23, versión corregida del capítulo «La formación del poder judicial», del libro *Introducción al Federalismo*, México, UNAM, 1978.

²³ Por mencionar sólo algunos: «México: el organismo judicial (1950-1975)», en *Evolución de la organización Político-Constitucional en América Latina (1950-1975)*, UNAM, 1978, pp. 7-47; «Función del poder judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos», en *Estado, Derecho y Sociedad*, UNAM, 1981, pp. 87-137, y «Algunas consideraciones respecto a las reformas constitucionales al poder judicial federal» en *Boletín del Instituto de Derecho comparado de México*, año XIX, enero-abril 1966, pp. 3-63, y «Setenta y cinco años de evolución del poder judicial en México», en *México. 75 años de Revolución. Política II*, México, FCE, 1988.

²⁴ Cfr. H. FIX-ZAMUDIO y J. R. COSSÍO DÍAZ, *El poder judicial en el ordenamiento mexicano*, op. cit., p. 15.

sando por los documentos constitucionales hasta la actual Constitución de 1917, con las once reformas que ha experimentado su artículo 94²⁵, para concluir con el análisis de los trece párrafos en que actualmente se divide.

2. BREVE RESEÑA HISTÓRICA DEL PODER JUDICIAL FEDERAL

A) Gobierno español

Algunos antecedentes relevantes para la configuración del actual poder judicial mexicano se encuentran en el periodo novohispano, también conocido como virreinal, colonial o de Gobierno español, comprendiendo trescientos años de nuestra historia.

El Gobierno de las Indias, en las cuales se encontraba la Nueva España, comprendía cuatro distintos sectores, a saber: gobierno, guerra, real hacienda y justicia. La complejidad del sistema fue producto de la diversidad de facultades que tenían las autoridades indianas, entre las cuales se encontraba la jurisdiccional. Los organismos jurisdiccionales de la Nueva España podían ser de dos tipos: ordinarios y especiales o de fueros²⁶.

Por lo que respecta a estos últimos, fueron «creados para conocer de ciertas personas o de cierta especie de negocios: a la primera clase pertenecen los tribunales de los eclesiásticos y militares, a la segunda los mercantiles, los de minería, los de vagos, y los jurados que conocen de los delitos de libertad de imprenta»²⁷; así como los tribunales de la hacienda pública, consulado, acordada, inquisición, universitario, protomedicato, mesta, guerra, monarcal, de bienes mostrencos, diezmos y primicias, la Santa hermandad e indios.

En cambio, la competencia ordinaria se establecía por exclusión, es decir, todos los individuos o materias no sujetas o reservadas a los mencionados tribunales especiales y de fueros, se encontraban inmersos en la jurisdicción de los órganos ordinarios²⁸. La administración de justicia ordinaria o de fuero común podía dividirse en tres niveles: local, de alzada y de suprema instancia. Entre los tribunales locales, que correspondían a los tribunales de primera instancia o justicia menor, se encontraban las alcaldías ordinarias, alcaldías mayores, subdelegaciones, corregimientos, gobernaciones, intendencias y el juzgado de provincia; los tribunales de segunda instancia o de alzada, fueron las Reales Audiencias: las Audiencias de México y de Guadalajara (creada posteriormente —1824—, con menor importancia y facultades)²⁹.

²⁵ Las reformas a este precepto se han publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de 20 de agosto de 1928, 15 de diciembre de 1934, 21 de septiembre de 1944, 19 de febrero de 1951, 25 de octubre de 1967, 28 de diciembre de 1982, 10 de agosto de 1987, 31 de diciembre de 1994, 22 de agosto de 1996, 11 de junio de 1999 y 6 de junio de 2011.

²⁶ Para una aproximación a la organización, competencia y funciones de los tribunales de la Nueva España, *vid.* la obra de J. L. SOBERANES FERNÁNDEZ, *Los tribunales de la Nueva España. Antología*, México, UNAM, 1980.

²⁷ *Curia Filípica mexicana*, ed. facsimilar de la 1.ª ed. de 1858, México, Porrúa, p. 11.

²⁸ *Cfr.* A. NORIEGA, *Lecciones de amparo*, 5.ª ed., revisada y actualizada por J. L. SOBERANES, México, Porrúa, 1997, t. I, p. 19.

²⁹ En general, respecto a las atribuciones de las Audiencias de Indias y sus diferencias con las de España, *vid.* T. ESQUIVEL OBREGÓN, *Apuntes para la historia del Derecho en México*, México, Editorial Polis, 1938, pp. 298 y ss.

Además, dentro de la justicia ordinaria, existía una instancia superior, a manera de recurso extraordinario, denominado Real y Supremo Consejo de Indias (creado en 1524³⁰ como producto de una escisión del de Castilla de 1367)³¹, común a todas las posesiones indianas. Hay que destacar que los anteriores órganos no conocían, en su integridad, de cuestiones estrictamente jurisdiccionales, ya que también realizaban funciones administrativas, en tanto que, como es bien sabido, en esta etapa no se conocía la teoría de la división tripartita de poderes³².

Para efectos de este breve cometario, debe destacarse la importante función jurisdiccional que desempeñaba la Real Audiencia y Chancillería de México³³, establecida por Real Cédula el 29 de noviembre de 1527, ya que un sector importante de la doctrina (NORIEGA, CARRILLO FLORES, FIX-ZAMUDIO, SOBERANES) considera que la Suprema Corte de Justicia establecida formalmente en la Constitución federal de 1824, es la heredera de aquella institución.

En cuanto a la legislación orgánica de la cual se desprendían las funciones de cada órgano jurisdiccional en el virreinato, se tiene como antecedente el *Reglamento de las Salas civiles y criminales de la Real Audiencia de México para que con los ministros aumentados puedan con más brevedad evacuarse los pleitos atrasados de unas, y otras y tener pronta decisión los corrientes*³⁴.

Por Real Cédula de 6 de abril de 1776, se dio una importante reforma a la judicatura indiana en cuanto a su integración y creación de salas³⁵.

La segunda reforma trascendente se dio con la Constitución de Cádiz de 1812. Se propuso un supremo tribunal de justicia y que las Cortes determinarían el número de magistrados y salas que la compondrían. De esta Constitución que tuvo vigencia en dos periodos (1812-1814) y (1820-1821), derivó el *Reglamento de las Audiencias y Juzgados de Primera instancia*, promulgado el 9 de octubre de 1812³⁶.

B) Etapa insurgente

La historiografía actual pone de manifiesto la manera en que la Independencia no fue alcanzada *ipso facto*, ni mucho menos fue resultado del triunfo de una ideología precisa o un grupo consolidado. Por el contrario, fue la mezcla

³⁰ Una de las principales fuentes para el conocimiento de este tribunal, es la obra de E. SHÄFFER, *El Consejo Real y Supremo de las Indias*, 2 tomos, Sevilla, CSIC, 1947.

³¹ Cuando se encontraba al interno del Consejo de Castilla se llamaba Junta de Indias, la cual había sido creada en 1511.

³² Cfr. J. DEL ARENAL, «Instituciones Judiciales de la Nueva España», en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, núm. 22, México, Escuela Libre de Derecho, 1998, pp. 9-41; J. DE LA TORRE RANCEL, *Lecciones de Historia del Derecho Mexicano*, México, Porrúa, 2005, p. 191; J. L. SOBERANES FERNÁNDEZ, *Los tribunales de la Nueva España. Antología*, op. cit., pp. 19-20.

³³ Aconsejamos la lectura del «Estudio Introductorio» a la obra de E. VENTURA BELEÑA, *Recopilación sumaria de todos los autos acordados de la Real Audiencia y Sala del Crimen de esta Nueva España*, de M.^a del R. GONZÁLEZ, México, UNAM, t. I, 1991.

³⁴ Promulgado por Real Cédula de 13 de julio de 1739, y abrogado por Real Cédula de 16 de abril de 1742.

³⁵ J. L. SOBERANES FERNÁNDEZ, *Los Tribunales de la Nueva España*, op. cit., p. 33.

³⁶ *Id.*, p. 34; y J. L. SOBERANES FERNÁNDEZ, *El Poder Judicial Federal en el siglo XIX (notas para su estudio)*, op. cit., pp. 19-43.

de pensares y sentires a veces contrapuestos y que tuvieron que acordar para alcanzar el consenso. Del mismo modo, la identidad nacional tuvo que fraguarse a través de los años.

Mientras que en una zona del país se libraron luchas cruentas por alcanzar la independencia, en otras la vida continuaba. Los jueces seguían dirimiendo controversias y la gente realizando actos jurídicos. Sin embargo, era generalizado el sentido de abandono por parte del Gobierno central. España había descuidado sus territorios y, por tanto, era necesario diseñar un nuevo plan político, aún sin saber con certeza qué era lo que se perseguía, teniendo como referentes a los nuevos Gobiernos europeos y al norteamericano, que habían logrado establecer las naciones modernas. Así, y de acuerdo a las teorías de la época, se sabía que una vez alcanzada la independencia había que dotar a la nueva nación de un tipo de Gobierno y de poderes constitucionales. En este panorama aparecen como referentes que no necesariamente se excluyen, las Constituciones de Cádiz de 1812 y la de los Estados Unidos de 1787. A la luz de este contexto, surgen diferentes propuestas y programas para aviar un Gobierno y dentro de éste un poder judicial. El antiguo régimen y el nuevo, más que contraponerse en este periodo se complementan, por lo que sería autoritario tratar de señalar una fecha precisa en la que desaparece el orden jurídico indiano y comienza el mexicano³⁷. Los años de 1808 a 1814 resultan especialmente relevantes en el plano del constitucionalismo español y se abre paso a través de las cortes gaditanas, constituyentes y ordinarias, a la experiencia constitucional³⁸.

En el primer documento de carácter formal constitucional elaborado por los insurgentes se previó un Supremo Tribunal de Justicia, justamente en el *Decreto para la libertad de la América Mexicana*, de 22 de octubre de 1814³⁹, sancionado en Apatzingán, en el que participaron Morelos, Herrera, Quintana Roo, Sotero Castañeda, Berdusco y Argáandar. Este ordenamiento, que tuvo vigencia únicamente en territorio michoacano, constituyó, en palabras de TENA RAMÍREZ, un «ideario de la revolución»⁴⁰ y el primer ensayo de régimen constitucional independiente⁴¹.

Un sector de la doctrina esgrime que dicho Tribunal no tuvo realmente existencia formal y, por tanto, no entró en vigor⁴². Sin embargo, otras voces dan

³⁷ Este proceso en el plano de la historia general lo explica L. VILLORO, *El proceso ideológico de la revolución de independencia*, México, CONACULTA, 2002.

³⁸ Un interesante estudio, con enfoque constitucional de la época, se encuentra en R. L. BLANCO VALDÉS, *El «problema americano» en las primeras cortes liberales españolas. 1810-1814*, México, Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica, núm. 16, UNAM, 1995.

³⁹ Sobre este documento constitucional, *vid.* los diversos trabajos publicados en la obra de M. DE LA CUEVA (coord.), *Estudios sobre el Decreto constitucional de Apatzingán*, México, UNAM, 1964. Asimismo, el reciente trabajo de H. FIX-ZAMUDIO, *Decreto constitucional para la libertad de la América mexicana*, México, Siglo Veintiuno Editores/Senado de la República, 2010; así como el interesante ensayo de A. NORIEGA CANTÚ, «La Constitución de Apatzingán», en *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones*, t. II, México, Miguel Ángel Porrúa/Cámara de Diputados, 1985, pp. 11-71.

⁴⁰ *México y sus constituciones*, México, 1937, p. 64.

⁴¹ *Cfr.* H. FIX-ZAMUDIO, «La defensa de la Constitución en el Decreto constitucional para la libertad de la América Mexicana, sancionado en Apatzingán el 22 de octubre de 1814», en *Estudios sobre el Decreto Constitucional de Apatzingán*, México, UNAM, 1964, pp. 585-616.

⁴² F. PARADA GAY, *Breve reseña histórica de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, *op. cit.*, p. 4.

cuenta de una vida judicial nutrida que le dio existencia sustancial, cuestión que demuestran los diferentes documentos que en torno a su creación se redactaron, en el que se relata su instalación el martes 7 de marzo de 1815, en Ario de Rosales, Michoacán, tomando protesta a los constituyentes magistrados José María Sánchez de Arriola (presidente), José María Ponce de León, Mariano Tercero y Antonio de Castro. Pedro José Bermeo fue el primer secretario de lo civil y Juan Nepomuceno Marroquín, el Oficial Mayor. Posteriormente fueron nombrados Nicolás Bravo y Carlos María de Bustamante. La actuación de este órgano duró hasta el 15 de diciembre de ese mismo año, fecha en que fue disuelto junto con el Supremo Congreso y el Supremo Gobierno, por lo que se trasladó a Puruarán, Huetamo, Tlalchapa y Tehuacán⁴³.

Del *Decreto* destaca el artículo 44, al establecer que la soberanía del pueblo correspondía al Supremo Congreso Mexicano, pero además coexistirían dos corporaciones, aquella del Supremo Gobierno, y la otra, denominada Supremo Tribunal de Justicia, el cual estaría integrado por cinco personas, número que podría aumentarse si así lo determinaba el Congreso y según lo requirieran las circunstancias (art. 181). Los miembros del Tribunal serían renovados cada tres años en la forma siguiente: «en el primero y en el segundo saldrán dos individuos; y en tercero uno: todos por medio de sorteo que hará el Supremo Congreso» (art. 183); además habría dos fiscales letrados, uno para lo civil y el otro para lo criminal (art. 184); al Tribunal se le daría el tratamiento de Alteza y a sus integrantes el de Excelencia, pero sólo durante el tiempo de la comisión; los fiscales y secretarios durante su ejercicio deberían de ser llamados como «su Señoría»⁴⁴.

Una vez alcanzados los acuerdos entre los insurgentes se firmó el Plan de Iguala, el 24 de febrero de 1821. Su artículo 15 establecía que subsistirían todos los ramos del Estado, por lo que la administración de justicia continuó con su organización que hasta la fecha tenía. Por su parte, los Tratados de Córdoba, firmados el 24 de agosto de 1821, establecían (art. 12) que una vez alcanzada la independencia se seguirían utilizando las leyes vigentes. La Junta Provisional de Gobierno instituida el 27 de septiembre de 1821 confirmó nuevamente a todas las autoridades novohispanas por decreto de 5 de octubre de 1821⁴⁵. Durante 1822 la discusión parlamentaria giró en torno a la creación de un Supremo Tribunal mientras que otros opinaban que se debía continuar con el sistema gaditano.

En febrero de 1823 se expidió el *Reglamento Provisional del Imperio Mexicano*, que contemplaba en sus artículos 78 a 80 la creación del *Supremo Tribunal*

⁴³ Cfr. M.^a T. MARTÍNEZ PEÑALOZA, *Morelos y el Poder judicial de la insurgencia mexicana*, Morelia, Gobierno del Estado de Michoacán, 1985; L. CABRERA, *La Suprema Corte de Justicia en el siglo XIX*, México, SCJN, 1997.

⁴⁴ En cuanto a la existencia real del Supremo Tribunal de Justicia de Ario, *vid.* las diversas cartas de la época, transcritas en L. CABRERA ACEVEDO, *Documentos constitucionales y legales relativos a la función judicial 1810-1917*, t. I, México, SCJN, 1998, pp. 95-98.

⁴⁵ En el *Diario de sesiones de la Soberana Junta Provisional Gubernativa*, Imp. de Valdés, 1821, se dice que el establecimiento del Supremo Tribunal de Justicia era una cuestión que la Junta encontraba como algo no «tan necesario y urgente», por lo que se dejaría en manos del Constituyente (p. 209). La misma Junta determinó que la Audiencia haría en interinato las funciones del Supremo Tribunal, por decreto de la Soberana Junta Gubernativa de 21 de enero de 1822; esta situación continuó una vez instituido el Constituyente por un tiempo, pues se ratificaron todos los tribunales por decreto de 24 de febrero del mismo año.

de Justicia, integrado por nueve ministros. Una vez que Iturbide abdicó, el Congreso Constituyente anuló el Reglamento y dejó de existir dicho Tribunal por decreto de 8 de abril de 1823; meses después el mismo Constituyente, mediante decreto, estableció, de manera provisional, el *Supremo Tribunal de Justicia*, con trece ministros distribuidos en tres salas⁴⁶.

El *Acta Constitutiva de la Federación*, de 31 de enero de 1824, disponía en su artículo 18 que el Poder Judicial recaería en una Corte Suprema de Justicia y en los tribunales que se establecieran en cada Estado; por lo que se procedió a la elaboración de unas *Bases para el establecimiento de la Corte Suprema* que se publicaron el 27 de agosto de 1824.

C) Constitución federal de 1824

La *Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos* promulgada el 4 de octubre de 1824 organizaba el poder judicial en su artículo 123, el cual depositaba dicho poder en una Corte Suprema de Justicia, con once ministros y un fiscal, integrando tres salas⁴⁷.

Los primeros ministros fueron nombrados el 23 de diciembre de 1824: Miguel Domínguez (que había sido corregidor de Querétaro), José Isidro Yáñez (antiguo oidor de la Audiencia de México), Manuel de la Peña y Peña (afamado jurisconsulto), Juan José Flores Alatorre (abogado), Pedro Vélez, Juan Nepomuceno Gómez Navarrete (antiguo ministro de justicia), Ignacio Godoy (abogado de la Real Audiencia), Francisco Antonio Terrazo (diputado del Congreso Constituyente), José Joaquín Avilés y Quiroz, Antonio Méndez (abogados), Juan Raz y Guzmán, y como fiscal Juan Bautista Morales (diputado del Constituyente).

El 12 de marzo de 1825 prestaron juramento ante Guadalupe Victoria y tres días después, el 15 de marzo, quedó formalmente instalada la Corte y una vez en funciones se presentó un *Proyecto de Reglamento para la Administración de Justicia en los Negocios comunes, civiles y criminales del Distrito Federal, y de los territorios de la Federación Mexicana* de 30 de abril de 1825. Un año más tarde se expidió el decreto en el que se determinaban las facultades de la Corte, entre las cuales estaba la elaboración de su reglamento interno. Así surgieron las *Bases para el Reglamento de la Suprema Corte* el 14 de febrero de 1826, y el 13 de mayo de ese año finalmente el *Reglamento que debe observar la Suprema Corte de Justicia de la República*, que contenía 47 artículos⁴⁸.

En cuanto a la organización del Poder Judicial Federal, la Ley reglamentaria de los artículos 142 y 143 constitucionales fue promulgada el 20 de mayo

⁴⁶ Decreto sobre el Establecimiento Provisional y Planta de un Tribunal Supremo de Justicia, de 23 de junio de 1823.

⁴⁷ Para profundizar sobre este documento constitucional, *vid.* A. MELO ABARRATEGUI, H. FIX-ZAMUDIO y J. CARPIZO, *La Constitución de 1824*, México, UNAM, 1976.

⁴⁸ Dicho Reglamento estaba explícitamente elaborado con base en el Reglamento del Tribunal Superior de Justicia de España. Todavía en 1826 el ministro de Justicia y Asuntos Eclesiásticos hacía notorio en la *Memoria* del ministerio que los Estados de Tlaxcala y Colima, entre otros, seguían funcionando con la Ley de 9 de octubre de 1812, cuestión que se repite en la *Memoria* del mismo ministerio en 1829, mostrando esta resistencia a dejar de aplicar la ley gaditana, apareciendo al menos hasta la *Memoria* de 1835.

de 1826. Para efecto de la competencia de los tribunales de circuito y jueces de distrito, se estableció la división del territorio de la República en cinco circuitos: I. Estados de Chiapas, Tabasco y Yucatán. II. Estados de Veracruz, Puebla y Oaxaca. III. Estado de México, el Distrito Federal y el territorio de Tlaxcala. IV. Estados de Michoacán, Querétaro, Guanajuato, y S. Luis, y el territorio de Colima. V. Estado de Sonora y los territorios de las Californias, y VI. Estados de Durango y Chihuahua con el territorio de Nuevo México⁴⁹.

Durante el siglo XIX y como demuestra la doctrina⁵⁰, el Poder Judicial de la Federación sufrió innumerables tribulaciones tanto a nivel constitucional como en el plano real. Las crisis económicas siempre terminaban repercutiendo en perjuicio de la impartición de justicia. Ser juez federal representaba una proeza. En algunos periodos históricos los juzgados de distrito y/o los tribunales de circuito fueron suprimidos, lo que ocasionaba perjuicios a los brazos judiciales; la cabeza representada por los ministros tenía que hacer frente a estos problemas desde la capital, además de sortear guerras, conflictos políticos, secuestros, presiones, etcétera⁵¹.

D) La República centralista 1836-1846

Después de doce años de vigencia del régimen federal, se expidieron las «Bases constitucionales expedidas por el Congreso Constituyente el 15 de diciembre de 1835». El centralismo dio como resultado el documento constitucional conocido como *Las Siete Leyes Constitucionales* promulgadas entre el 15 y el 30 de diciembre de 1835, conservando la división tripartita de poderes. La primera de las leyes consagra una declaración clara y ordenada de los derechos fundamentales.

La segunda de las leyes constitucionales se refería a la organización del *Supremo Poder Conservador*. Este órgano ha sido criticado por la doctrina por sus excesos, pero también ha sido revalorado por la historiografía no sólo como un poder de corte autoritario que estaba por encima de los tres poderes tradicionales, sino como una influencia del constitucionalismo francés que reaccionaba a la falta de control constitucional producto de la revolución liberal⁵².

La naturaleza jurídica del Supremo Poder era esencialmente política más que jurisdiccional, el cual surgió emulando al Senado Constitucional francés de Sieyès. Se componía de cinco miembros y en realidad representaba un cuarto poder, colocado de manera indiscutible por encima de los tres poderes clásicos. La superioridad de este órgano de control respecto a los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, surge de las exorbitantes funciones que desempeñaba. Entre sus múltiples facultades, no sólo se encontraban las de declarar, con efectos

⁴⁹ Cfr. I. DUBLÁN Y LOZANO, *De los tribunales de circuito y jueces de distrito*, 20 de mayo de 1826, pp. 796-797.

⁵⁰ Cfr. la abundante obra coordinada por L. CABRERA en varios tomos, *Historia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, op. cit.

⁵¹ Cfr. S. CÁRDENAS GUTIÉRREZ (coord.), *Historia de la justicia en México, siglos XIX y XX*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2005.

⁵² Cfr. Ó. CRUZ BARNEY, «El Supremo Poder Conservador y el control constitucional», en E. FERRER MAC-GREGOR (coord.), *Derecho procesal constitucional*, t. I, 5.ª ed., México, Porrúa, 2006, pp. 957-972.

generales, la nulidad de las leyes y decretos, así como de los actos del poder ejecutivo y de la Suprema Corte de Justicia cuando resultasen contrarios a la Constitución; sino también, tenía facultades para suspender a la referida Corte; declarar la incapacidad física y moral del presidente de la República; suspender por dos meses las sesiones del Congreso general; aprobar o negar las sanciones a las reformas de la Constitución que acordase el Congreso; calificar las elecciones de senadores; y de nombrar a los letrados para que juzgaran a los ministros de la Suprema Corte.

Reconociendo los vicios y extralimitaciones en las facultades de este Supremo Poder, debe tenerse en cuenta que el medio de control ejercido por éste comparte la finalidad del juicio de amparo, como lo es el control de la constitucionalidad de los actos de las autoridades del Estado. Por esta razón, algunos juristas como NORIEGA, consideran que «el Supremo Poder Conservador tiene un gran mérito en la historia de nuestras instituciones, en especial, como antecedente de nuestro juicio de amparo, por ser la primera institución que surge en nuestro Derecho, como guardián de la constitucionalidad de las leyes»⁵³. En el mismo sentido, como antecedente del juicio de amparo, se dirigen las reflexiones de SOBERANES⁵⁴.

La legislación centralista en el tema que nos ocupa arrojó la *Ley para el Arreglo Provisional de la Administración de Justicia en los Tribunales y Juzgados del Fuero Común*, de 23 de mayo de 1837, la cual contemplaba dentro de la organización a la Suprema Corte, tribunales superiores de departamentos, juzgados de primera instancia y jueces de paz; juicios verbales y conciliación.

La Constitución centralista de 1836 tuvo escasa vigencia, ya que fue duramente atacada por el grupo federalista, sobre todo se criticaron las omnímodas facultades del Supremo Poder Conservador. Esta reacción de los federalistas motivó que en el año de 1840 se produjera un proyecto de reformas a las Siete Leyes Constitucionales, para lo cual se formó una comisión de cinco diputados del Congreso Nacional que se habría de encargar de su elaboración. La doctrina ha considerado de relieve, para efectos de los antecedentes del juicio de amparo, el voto particular emitido por el diputado José Fernando Ramírez⁵⁵, siendo el único de los integrantes de la comisión que discrepó del proyecto de reformas elaborado, que pugnó por la desaparición del Supremo Poder Conservador, órgano que consideraba «monstruoso y exótico en un sistema representativo popular».

En el pensamiento del diputado Ramírez, en realidad se encontraba la influencia del sistema de control constitucional estadounidense. Consideró necesario sustituir el órgano político por uno de naturaleza estrictamente jurisdiccional, especialmente a favor de la Suprema Corte de Justicia a través de una especie de impugnación que denominó «reclamo». Esta influencia probable-

⁵³ A. NORIEGA, *Lecciones de amparo*, op. cit., t. I, p. 93.

⁵⁴ Cfr. J. L. SOBERANES FERNÁNDEZ, *El poder judicial federal en el siglo XIX (notas para su estudio)*, op. cit., pp. 128 y ss.

⁵⁵ Cfr., entre otros, I. BURGOA, *El juicio de amparo*, 33.ª ed., México, Porrúa, 1997, p. 495; A. NORIEGA, *Lecciones de amparo*, op. cit., pp. 93-94; E. PALLARES, *Diccionario teórico práctico del juicio de amparo*, México, Porrúa, 1982, p. 11; C. ARELLANO GARCÍA, *El juicio de amparo*, 2.ª ed., México, Porrúa, 1983, pp. 99-100.

mente se debió a la obra *Democracia en América*, del francés A. DE TOCQUEVILLE, que se había traducido al castellano unos años antes⁵⁶. La parte medular de este célebre voto dice:

«Una obra moderna que hizo mucho ruido en Francia, casi se ocupa toda en demostrar que la paz y la tranquilidad de la República del Norte no se debe a otra cosa que a la influencia que ejerce en ella su Corte de Justicia [...]. Yo, como he dicho antes, no estoy por la existencia del Supremo Poder Conservador; ninguna otra medida podía, en mi concepto, reemplazar su falta, que conceder a la Suprema Corte de Justicia una nueva atribución por la que cuando cierto número de diputados, de senadores, de juntas Departamentales reclamaran alguna ley o acto del Ejecutivo, como opuesto a la Constitución, se diese a ese reclamo el carácter de contencioso y se sometiese el fallo de la Corte de Justicia».

El proyecto de reforma presentado por la comisión no tuvo el eco suficiente dentro del Congreso y fracasó. El voto particular pasó inadvertido. A pesar de ello, con su voto se dejaron plasmadas las ideas que con posterioridad coadyuvarían a la implantación del sistema de control constitucional por vía jurisdiccional.

En mayo de 1839, el Estado de Yucatán⁵⁷ desconoció el sistema centralista que prevalecía en la República mediante las Siete Leyes Constitucionales, y adoptó un régimen federal.

De esta forma, el 23 de diciembre de 1840 se elaboró un proyecto de Constitución, cuya denominación oficial fue la de «Proyecto de Constitución presentado a la Legislatura de Yucatán por su Comisión de Reformas, para la administración interior del Estado». Este documento fue suscrito por los diputados Manuel Crescencio García Rejón y Alcalá, Pedro C. Pérez y Darío Escalante, aunque la autoría del mismo se imputa al primero de ellos.

El proyecto, además de contener una declaración o catálogo unitario de derechos fundamentales, estableció por primera vez en el constitucionalismo mexicano un sistema de control de la constitucionalidad de las leyes y de los propios derechos fundamentales vía jurisdiccional, previsto en los artículos 53, 63 y 64, que un año después se convirtieron en los artículos 8, 9 y 62 de la Constitución del Estado de Yucatán de 1841, germen de nuestro juicio de amparo.

En el año 1842 se formó un nuevo Congreso Constituyente. Se designó una comisión integrada por siete miembros para la elaboración de un Proyecto de Constitución, debido al desagrado imperante entre gobernantes y gobernados respecto a las Siete Leyes Constitucionales. Dentro de esta comisión existieron dos tendencias: una minoritaria que pugnó por un sistema federalista, y otro grupo mayoritario que pretendió la continuidad del régimen centralista. Cada grupo elaboró un proyecto de constitución. A través de un esfuerzo de transacción, se elaboró un tercer proyecto que previó un sistema centralista. Este proyecto transaccional no agradó al presidente Antonio López de Santa Anna. In-

⁵⁶ La obra aparece publicada en castellano en el año de 1837 por SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE. Cfr. C. ECHÁNOVE TRUJILLO, «El juicio de amparo», en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núms. 1-2, enero-junio 1931, pp. 93 y ss.

⁵⁷ En aquella época también comprendía los territorios de los actuales Estados de Campeche, Quintana Roo y una parte de Tabasco.

teresa el proyecto de la Minoría compuesto por José Espinoza de los Monteros, Octaviano Muñoz Ledo, y Mariano Otero. De estos tres diputados, se le atribuye a Otero la elaboración del proyecto de Constitución, el cual contemplaba un sistema de control constitucional mixto, ya que previó el ejercicio de dicho control a un órgano jurisdiccional (Suprema Corte de Justicia), así como a un órgano político (Congreso federal).

Del análisis de las cuatro fracciones del artículo 81 del proyecto minoritario, se destaca que la Suprema Corte de Justicia conocía de las reclamaciones de los particulares en contra de los actos emanados de los poderes legislativo o ejecutivo de alguno de los Estados que resultasen violatorios de las garantías individuales (fracción I). El sistema propuesto resultaba muy reducido, quedando excluidos del reclamo por parte del ofendido los actos procedentes del poder judicial local y federal. Se restringía a las violaciones de las garantías individuales y no a toda infracción constitucional, como lo proponía Rejón en la Constitución yucateca de 1841. Además del anterior control constitucional por vía jurisdiccional, encontramos en las fracciones II, III y IV del mencionado artículo 81, otro sistema de control de naturaleza política, consistente en que dentro del mes siguiente a la publicación de una ley por el Congreso general, el presidente, de acuerdo con su Consejo, o por dieciocho diputados o seis senadores, o tres legislaturas, podían solicitar la inconstitucionalidad de la ley ante la Suprema Corte, la cual la mandaría a revisión de las legislaturas de los Estados, debiendo éstas decidir por mayoría, dentro de los tres meses siguientes si era o no inconstitucional. La reclamación, por tanto, no se hacía por un particular y si bien el reclamo se presentaba ante la Suprema Corte, los órganos encargados del control constitucional eran las legislaturas de los Estados.

El sistema de control constitucional propuesto en este proyecto de la minoría, a pesar de resultar inferior al de la Constitución yucateca de Rejón, resulta de importancia como antecedente del juicio de amparo, en tanto que representa el primer intento de implantación en una constitución con alcances nacionales, de un medio o instrumento protector de los derechos fundamentales.

Mediante decretos de 19 y 23 de diciembre de 1842, el Congreso Extraordinario Constituyente se disolvió, sustituyéndose por la Junta Nacional Legislativa, denominada también como la Junta de Notables. Esta Junta elaboró el documento constitucional denominado «Bases de Organización Política de la República Mexicana», conocido como Bases Orgánicas, expedidas el 12 de junio de 1843 por López de Santa Anna, en calidad de presidente provisional de la República mexicana⁵⁸.

Este Texto Fundamental tuvo vigencia hasta el decreto del 22 de agosto de 1846, expedido por el general José Mariano de Salas, mediante el cual se restauró la Constitución federalista de 1824. Durante los más de tres años de vigencia de las Bases Orgánicas, el país vivió una etapa de extrema turbulencia debido, además de los problemas internos, a la guerra con los Estados Unidos de América. Las Bases previeron la continuidad del régimen centralista, a pesar de contemplar un catálogo extenso de las garantías individuales, carecieron de algún

⁵⁸ Cfr. S. MORENO CORA, *Tratado del juicio de amparo conforme a las sentencias de los tribunales federales*, México, Tip. La Europea, 1902, p. 175.

instrumento del control constitucional, ya que el Supremo Poder Conservador previsto en las Siete Leyes Constitucionales resultó suprimido y no se sustituyó por otro.

Las funciones del poder judicial se redujeron estrictamente a la revisión de las sentencias pronunciadas por los jueces inferiores en asuntos en materia civil y penal, sin que se le otorgara facultad alguna como órgano de control constitucional. De manera muy tímida se facultó a la Corte Suprema de Justicia a «oír las dudas de los tribunales sobre la inteligencia de alguna ley, y juzgándolas fundadas, iniciar la declaración correspondiente» (art. 118-XVI). Además, de manera aislada y como reminiscencia de las facultades omnímodas que el Supremo Poder Conservador ejerció en la anterior Constitución, se estableció (art. 66-XVII), la facultad del Congreso de «reprobar los decretos dados por las asambleas departamentales, cuando sean contrarios a la Constitución o a las leyes, y en los casos prevenidos en estas bases».

Finalmente, en esta etapa destaca el *Programa de la mayoría de los diputados del Distrito Federal* de 29 de diciembre de 1846, emitido por Manuel Crescencio Rejón. En este documento se siguen las líneas de los artículos 8 y 9 de la Constitución yucateca de 1841, restringida el ámbito de protección sólo a las garantías individuales. La relevancia de este Programa radica en que se pretendió el establecimiento del régimen federal, y fundamentalmente en la propagación, entre los juristas y políticos de la época, de las ideas del pensamiento de Rejón, que pugnó por la incorporación de un genuino sistema de control constitucional por vía jurisdiccional, amparando a los que lo solicitasen en el caso particular.

E) Acta de Reformas de 1847

Con el regreso de los liberales al poder se emite un Decreto del general Salas, de 2 de septiembre de 1846, por el cual la Suprema Corte ejercerá nuevamente las funciones que le confirió la Constitución de 1824. El Congreso Constituyente de 1846-1847 aprueba el *Voto particular* de Mariano Otero acerca del juicio de amparo (art. 25)⁵⁹ confeccionado por Rejón en la Constitución yucateca de 1841, y se incluyó en el *Acta Constitutiva y de Reformas*, de 18 de mayo de 1847⁶⁰.

De conformidad con el artículo 25 del Acta de Reformas, una ley debió establecer los medios para hacer efectiva la protección de los derechos fundamentales del gobernado. Esta ley reglamentaria nunca se expidió. A pesar de ello, el 13 de agosto de 1848 se dictó la primera sentencia de amparo, por un suplente

⁵⁹ Este precepto dispone: «Los tribunales de la federación ampararán a cualquier habitante de la República en el ejercicio y conservación de los derechos que le conceden esta Constitución y las leyes constitucionales, contra todo ataque de los poderes legislativo, y ejecutivo ya de la Federación ya de los Estados, limitándose dichos tribunales a impartir su protección en el caso particular sobre que verse el proceso, sin hacer ninguna declaración general respecto de la ley o del acto que lo motivare».

⁶⁰ Sobre este año y la importancia para el juicio de amparo, *vid.* E. FERRER MAC-GREGOR, «Otero y Rejón en el año de la invasión. Preámbulo a la primera sentencia de amparo», en M. GONZÁLEZ OROPEZA y E. FERRER MAC-GREGOR (coords.), *El juicio de amparo. A 160 años de la primera sentencia*, t. I, México, UNAM, 2011 (en prensa). Asimismo, *vid.* la obra de R. ESTRADA SÁMANO y R. ESTRADA MICHEL, *Rabasa y otros ensayos de historia y control constitucional*, México, Porrúa, núm. 53 de la Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, 2011.

del juzgado de distrito de San Luis Potosí, en ausencia del juez titular, invocando como fundamento directamente el referido artículo 25⁶¹; si bien existieron demandas de amparo previamente a este histórico fallo, primero la presentada por García Torres, impresor de *El Monitor Republicano*⁶², y luego otros casos en 1948⁶³.

Este documento, además de prever el amparo como mecanismo de protección de los derechos concedidos en la Constitución, contenía un medio de control político de las normas frente al texto fundamental previsto en los artículos 23 y 24, por medio del cual se anulaba la ley que era anticonstitucional⁶⁴.

El periodo previo al movimiento constitucionalista de 1857 estuvo precedido por una legislación judicial que ha resultado importante por el empeño que puso su hacedor, Teodosio Lares, y que se dio en el periodo centralista entre 1853 y 1855. Las *Reglas que deben observarse en la Administración de Justicia* aparecieron el 30 de mayo de 1853. En estas reglas se proponían once ministros numerarios, cuatro supernumerarios, repartidos en tres salas, y un fiscal. La Suprema Corte tenía presidente y vicepresidente, ambos nombrados por el Poder Ejecutivo. Otro ordenamiento en este periodo es la *Ley para el arreglo de la Administración de Justicia en los tribunales y juzgados del fuero común* de 16 de diciembre de 1853, en la cual la Suprema Corte de Justicia cambió su denominación por la de Tribunal Supremo.

Una vez establecidos los liberales surgió la *Ley sobre Administración de Justicia y Orgánica de los Tribunales de la Nación, del Distrito y Territorios* de 23 de noviembre de 1855, o más conocida como Ley Juárez, redactada por el bene-

⁶¹ La sentencia puede consultarse en la obra de S. OÑATE, «La primera sentencia de amparo, 1849», en *Homenaje de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en nombre del Poder Judicial de la Federación al Código de 1857 y a sus autores los ilustres constituyentes*, México, 1957, pp. 153-154. Asimismo, vid. L. CABRERA ACEVEDO, «Iniciativa de leyes reglamentarias del juicio de amparo y sentencia del juez Sámano», en *La Suprema Corte de Justicia en el siglo XXI*, México, SCJN, 1995; E. ARI-ZPE NARRO, *La primera sentencia de amparo*, México, SCJN, 2006.

⁶² Cfr. M. GONZÁLEZ OROPEZA, «El primer juicio de amparo substanciado en México», en *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, vol. VIII, México, IJ-UNAM, 1996, pp. 167 y 168.

⁶³ Concretamente, el promovido por Jeker Torre y Cía. y Wilde y Cía., «por unos tercios de tabaco de su propiedad», el 29 de julio de 1848; el promovido por el coronel Tomás Andrade el 20 de julio de 1848, a quien se le ordena trasladarse de la Ciudad de México a Huichipan; el de Lorenzo Pérez Castro, el 1 de agosto de 1848; y el de Darío Servín de la Mora en contra de las disposiciones del Supremo Gobierno que lo privan del empleo de comandante de escuadrón, promovido el 12 de febrero de 1848. Vid. M. GONZÁLEZ OROPEZA y P. A. LÓPEZ SAUCEDO, *Las resoluciones judiciales que han forjado México. La Suprema Corte de Justicia de la Nación en el siglo XIX (1825-1856)*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010, pp. 99-126; asimismo, M. GONZÁLEZ OROPEZA, *Constitución y derechos humanos. Orígenes del control jurisdiccional*, México, Porrúa-CNDH, 2009, pp. 233 y ss.

⁶⁴ El texto de los preceptos es el siguiente:

«Artículo 23. Si dentro de un mes de publicada una ley del congreso general, fuere reclamada como anticonstitucional, ó por el presidente, de acuerdo con su ministerio, ó por diez diputados, ó seis senadores, ó tres legislaturas, la suprema corte, ante la que se hará el reclamo, someterá la ley al escámen de las legislaturas, las que dentro de tres meses, y precisamente en un mismo día darán su voto.

Las declaraciones se remitirán á la Suprema Corte, y ésta publicará el resultado quedando anulada la ley si así lo resolviere la mayoría de las legislaturas».

«Artículo 24. En el caso de los dos artículos anteriores, el congreso general y las legislaturas á su vez, se contraerán á decidir únicamente si la ley de cuya invalidez se trate es ó no anti-constitucional, y en toda declaración afirmativa se insertarán la letra de la ley anulada y el testo de la constitución ó ley general á que se oponga».

mérito cuando fungía como ministro de Justicia de Juan N. Álvarez. En esta ley se vuelve a la denominación de «Suprema Corte de Justicia», integrada por nueve ministros. Se restablecieron los juzgados de distrito y los tribunales de circuito.

Por decreto de 15 de febrero de 1856 aumentó el número de magistrados suplentes de la Suprema Corte de Justicia. El 25 de abril de 1856 otro decreto introdujo cuatro ministros supernumerarios.

F) La Suprema Corte como Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal (1824-1855)

Como hemos visto en este breve repaso histórico, desde 1821 la tendencia había sido ratificar la organización judicial que existía hasta el momento. En las discusiones del *Acta Constitutiva de la Federación*, de 31 de enero de 1824, se disponía en el artículo 18 que el Poder Judicial debía recaer en una Corte Suprema de Justicia. Con este hecho queda formalmente extinguida la Audiencia de México, pero se suscita el problema de reorganizar todo el poder judicial.

En lo referente al Distrito Federal, el Senado de la República nombró «una comisión encargada de fijar las bases para el arreglo de la administración de justicia en los negocios comunes civiles y criminales del Distrito Federal». Dicha Comisión, integrada por Pedro Vélez, Lorenzo Zavala y Florentino Martínez, presentó su informe el 30 de abril de 1825, en el que conminaba al Congreso a elaborar un *Proyecto de Reglamento para la Administración de Justicia en los Negocios Comunes, Civiles y Criminales del Distrito Federal y de los Territorios de la Federación Mexicana*. Según esta Comisión, el órgano encargado de administrar justicia en el Distrito Federal debía ser la Suprema Corte de Justicia, lo anterior fue avalado por decreto de 12 de mayo de 1826, que confirmaba que las salas segunda y tercera de la Suprema Corte de Justicia conocerían de los juicios civiles y penales del Distrito Federal y de los Territorios Federales hasta que no hubiera leyes (y por ende órganos) que así lo dispusieran.

La Ley de los Tribunales de Circuito y Juzgados de Distrito, de 22 de mayo de 1834, establecía la creación de 22 juzgados de distrito, uno para cada Estado (eran 20) y dos más: uno para el territorio de Nuevo México y otro para las Californias; el Distrito Federal junto con el territorio de Tlaxcala estarían circunscritos al del Estado de México.

Durante el régimen centralista y acorde a la organización territorial que en este sentido se desarrolla, se establecieron Tribunales Superiores en cada uno de los Departamentos, que eran 24 para toda la república. Estos tribunales podían ser de tres tipos según el número de «ministros» que tuvieran. El de primera clase contaba con once ministros y era el caso exclusivo de la Ciudad de México. Este tribunal capitalino contaba además con un fiscal y se integraba en tres salas; sin embargo, de conformidad con la *Ley para el Arreglo Provisional de la Administración de Justicia en los Tribunales y Juzgados del Fuero Común*, de 23 de mayo de 1837, se establecía que las funciones del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México (o del Distrito de México, o del Departamento de México) sería la Suprema Corte de Justicia; no obstante, un decreto de 17 de julio de ese mismo año, nos habla de su erección, lo cual se corrobora con el

hecho de que J. M.^a IGLESIAS sustentó en este tribunal su examen como abogado, explicándonos en su biografía que lo hacía tal y como lo solicitaba la ley⁶⁵. En 1840 se determinaron los aranceles que debía cobrar el «Tribunal Superior del Departamento de México»⁶⁶.

Este régimen estuvo vigente hasta 1846. Aún regresando el federalismo la Suprema Corte continuó funcionando como Tribunal Superior del Distrito Federal, según lo dispuso la legislación correspondiente promulgada por el general Salas el 2 de septiembre de 1846. Por tercera ocasión el régimen volvió a ser centralista al expedirse las *Reglas que deben observarse en la Administración de Justicia* de 30 de mayo de 1853, que retomaba la Ley de 1837, por lo que la situación de la Suprema Corte como Tribunal Superior continuó. En este periodo fue encargada a Teodosio Lares, la elaboración de la *Ley para el arreglo de la Administración de Justicia en los tribunales y juzgados del fuero común*, que estuvo lista el 16 de diciembre de 1853, la cual respetó la organización subsistente.

Los liberales logran hacerse con el poder y en 1855 Juárez, como ministro de Justicia y Asuntos Eclesiásticos, elabora la *Ley sobre Administración de Justicia y Orgánica de los Tribunales de la Nación, del Distrito y Territorios*, de 23 de noviembre; entonces era presidente Ignacio Comonfort, que había sustituido a Juan N. Álvarez. Esta ley fue controversial, pues disponía la desaparición de un orden judicial que sustancialmente había prevalecido por varios siglos, entendiéndose de manera errónea el concepto de justicia especializada. La ley disponía la creación del Tribunal Superior del Distrito Federal, con lo cual ordenaba a la Corte (art. 9) dejar de conocer de los asuntos del Distrito y territorios federales. También se estableció la organización de los jueces de primera instancia para el Distrito Federal. El 26 de noviembre de 1855, el general Álvarez nombró a los magistrados que integrarían el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, quedando organizado de la siguiente forma: cinco magistrados propietarios, Juan B. Lozano (presidente), Manuel Aguirre, Manuel Díaz, J. Antonio Bucheli y Bernardino Olmedo; dos fiscales, José María Castillo Velasco y Francisco García Anaya y, como suplentes: Manuel Siliceo, Miguel Buenrostro, Ignacio Cid del Prado, Julián Cantú y Pedro Ruano.

En 1861 se nombran nuevos integrantes estando Juárez en el poder, aumentando los sueldos de los magistrados (en algún tiempo y algunos escritos son también llamados ministros): Justino Fernández (presidente), Ignacio Mariscal, Ignacio Reyes, Bernardino Olmedo y José Simón Arteaga (propietarios); José María Castillo Velasco y Mariano Antúnez (fiscales); Ignacio Baz, Napoleón

⁶⁵ J. M.^a IGLESIAS, *Autobiografía*, México, Antigua Imprenta de Murguía, 1893, p. 10. El *Reglamento para el Gobierno interior de los tribunales superiores, formado por la Suprema Corte de Justicia*, de 15 de enero de 1838, determinaba que el examen de abogado debía sustentarse ante la primera sala del Tribunal superior del departamento o en su caso del Tribunal pleno (art. 19). Lo anterior fue ratificado por el Decreto de 18 de agosto de 1843, sobre el *Plan general de estudios de la República mexicana* (arts. 19 y ss.). A estas leyes debió referirse IGLESIAS, quien hizo su examen en 1845.

⁶⁶ *Arancel de los honorarios y derechos judiciales que se han de cobrar en el Departamento de México por los secretarios y empleados de su Tribunal Superior, jueces de primera instancia, alcaldes, jueces de paz, escribanos, abogados, procuradores de número ó apoderados particulares, y demas curiales ó personas que pueden intervenir en los juicios. Mandado observar por la Suprema Corte de Justicia de la República mexicana, conforme á lo prevenido en el artículo 55 de la ley de 23 de mayo de 1837.* 12 de febrero de 1840.

Soborio y Pedro Ordaz (supernumerarios), y Nicolás Pizarro Suárez, Ignacio Jáuregui, Manuel Inda, José Lozano y Antonio Aguado (suplentes).

Después de abatido el Segundo Imperio, el Tribunal Superior se recompone por decreto de 2 de marzo de 1868, también rubricado por Juárez. Se elabora el Reglamento del Tribunal Superior de fecha 26 de noviembre de 1868 publicado dos días después en el *Diario Oficial*, destacando su influencia en la justicia indiana y el mecanismo de interpretación legal que puede ser interpuesto por el Tribunal ante el Congreso de la Unión.

De esta forma, el Tribunal Superior de Justicia cuenta formalmente con 156 años de existencia, a partir de la Ley Juárez de 1855, aunque substancialmente sus funciones se realizaban por la Suprema Corte de Justicia desde 1826.

G) Constitución federal de 1857

Como es bien sabido, el sistema representativo, democrático, federal, convertido en una verdadera tradición constitucional mexicana que había comenzado en 1824, continúa su consolidación en la Constitución de 1857⁶⁷. El artículo 90 se refiere a la integración de la Suprema Corte con once ministros propietarios, cuatro supernumerarios, un fiscal y un procurador general, durando seis años en el encargo, y como requisitos ser mayores de treinta y cinco años e instruidos en Derecho. La competencia de los tribunales federales se estableció en el artículo 96. Nacen las controversias constitucionales (entre Estados y en las causas en que la Unión fuera parte) y la Suprema Corte se constituye en última instancia de los tribunales federales y competente para resolver los juicios de amparo (art. 102). Al otorgarle esta última atribución, inicia nuestro más Alto Tribunal su etapa de Suprema Corte Constitucional, o la primera Corte Constitucional como prefiere denominarlo Soberanes⁶⁸.

Durante 1858 se libró una lucha de descalificaciones mutuas entre conservadores y liberales a través de decretos. En uno de ellos se abrogó la Ley Juárez, mientras que en otro se desconoció la Constitución de 1857, lo que originó confusión e impidió que subsistiera la Suprema Corte, la que tuvo que desaparecer, por decreto de 22 de noviembre de 1859. Juárez ordenó a los tribunales superiores de los Estados que se ocuparan de los asuntos en última instancia a falta de la Suprema Corte. Finalmente, por decreto de 27 de junio de 1861 se reinstaló de nueva cuenta el máximo tribunal federal. En ese mismo año se expidió la primera Ley de Amparo u Orgánica reglamentaria de los artículos 101 y 102, de 30 de noviembre de 1861⁶⁹.

Por decreto de 24 de enero de 1862, Benito Juárez, suprime los juzgados de distrito y tribunales de circuito; sus funciones las desempeñará la Corte y los jueces de Hacienda de los Estados. Para 1862 la Suprema Corte de Justicia de la Nación cuenta con un nuevo *Reglamento*⁷⁰.

⁶⁷ Resulta interesante «la crítica de los críticos» de esta Constitución, como se refiere A. LIRA GONZÁLEZ en el prólogo de la obra de D. COSSÍO VILLEGAS, *La Constitución de 1857 y sus críticos*, 4.^a ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1998.

⁶⁸ Cfr. *El poder judicial federal en el siglo XIX*, op. cit., pp. 77 y ss.

⁶⁹ Cfr. J. BARRAGÁN BARRAGÁN, *Primera ley de amparo de 1861*, México, UNAM, 1987.

⁷⁰ Decreto de 29 de julio.

La intervención francesa dio como resultado el segundo imperio que recayó en Maximiliano de Habsburgo. Este régimen produjo un documento constitucional denominado *Estatuto Provisional del Imperio mexicano*⁷¹, el cual dejaba la organización judicial a una ley de posterior elaboración, la que se expide a finales de ese año⁷².

Una vez restaurada la república, el propio Juárez, por decreto de 18 de septiembre de 1866, restablece los juzgados de distrito y tribunales de circuito. Un año más tarde se instala la Suprema Corte de Justicia de la Nación⁷³ y al siguiente año se nombran ministros.

En 1869 se expide la segunda Ley de Amparo⁷⁴. A los meses de expedirse esta ley, surge el denominado «Amparo Vega» que le daría un nuevo cauce al Poder Judicial y a su competencia. No debe perderse de vista que a partir del año de 1824 se definieron como inatacables los actos o resoluciones de los órganos de Gobierno de los Estados, lo que implicó un rechazo a cualquier tipo de revisión, por parte de los distintos niveles de Gobierno. Las resoluciones judiciales emitidas por los Poderes Judiciales de los estados tampoco podían ser revisadas por los tribunales federales⁷⁵.

Esta tendencia se mantuvo durante los siguientes años; sin embargo, a partir de la regulación del juicio de amparo en 1869 se abrió el debate sobre la procedencia de este juicio en contra de las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de las entidades federativas, destacando que el artículo 8.º de la Ley de Amparo de forma expresa contenía la prohibición respectiva, al impedir la impugnación contra negocios judiciales. Dentro de los argumentos que sostenían la imposibilidad de que en el juicio de amparo se verificara la exacta aplicación de la ley en los juicios civiles, radica en que esta situación mataría de un solo golpe la soberanía de los Estados y aniquilaría el principio fundamental del sistema político; lo anterior en razón de que los poderes federales sólo pueden hacer aquello que expresamente les ha sido concedido, siendo reservado el resto para los Estados. En lo penal existía una ley que permitía expresamente al juez de amparo que verificara la exacta aplicación de la ley al caso concreto, en cambio en materia civil no existía ninguna norma que concediera esta atribución a la autoridad judicial, por lo tanto, no podía ir más allá de lo permitido por la norma⁷⁶.

Bajo una perspectiva innovadora, cuyo pilar era el respeto al texto constitucional, precisamente en el año de 1869, la Suprema Corte emitió un fallo paradigmático, cuando se suscitó el caso en el que un juez de primera instancia había sido suspendido en el ejercicio profesional como abogado por el Supremo Tribunal Superior del Estado, al haber fallado en sus sentencias en contra del texto de la ley expresa. El mérito de este caso radica en la determinación de la

⁷¹ De 10 de abril de 1865.

⁷² 18 de diciembre de 1865.

⁷³ 1 de marzo de 1867.

⁷⁴ 20 de enero. Cfr. J. BARRAGÁN BARRAGÁN, *Proceso de discusión de la ley de amparo de 1869*, México, UNAM, 1987.

⁷⁵ Cfr. M. GONZÁLEZ OROPEZA, *Los orígenes del control jurisdiccional de la Constitución y de los derechos humanos*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2003, p. 281.

⁷⁶ Cfr. I. L. VALLARTA OGAZÓN, *Votos. Cuestiones constitucionales*, vol. 1, México, Oxford, 2002, p. 218.

Suprema Corte al proteger a Miguel Vega, el juez de letras de Culiacán, Sinaloa, en contra de los actos del Tribunal del Estado de Sinaloa, resolviendo implícitamente sobre la inconstitucionalidad del artículo 8.º de la Ley de Amparo. Esta ejecutoria del 29 de abril de 1869, rompió una vieja tradición por la que no se permitía la revisión de las sentencias de los jueces de los Estados, considerada un fallo relevante que culminaría con la aceptación expresa de procedencia del juicio de garantías en la Ley de Amparo de 1882.

En 1867, Sebastián Lerdo de Tejada llegó a la presidencia de la Suprema Corte de Justicia estando en el Gobierno Benito Juárez. Tras la reelección de éste, Lerdo tuvo sus objeciones y se autopostuló como candidato. El debate no era nuevo, ya que desde el constituyente de 1856 se había discutido la naturaleza del presidente de la Corte en torno a si el cargo debía ser de elección popular o por alguna otra instancia⁷⁷. Finalmente, Lerdo logró llegar a la presidencia de la república y en la Suprema Corte quedó José María Iglesias después de la respectiva elección por sufragio universal. Para entonces, el Poder Judicial de la Federación fue sometido a un sin fin de vaivenes políticos que tuvo que enfrentar Iglesias, pues los hechos habían llevado a considerar tal posición como un trampolín, ya sea a la Presidencia de la República o para un escaño en el Congreso.

Durante la presidencia de José María Iglesias se suscitaron hechos que marcarían aquel periodo. Uno de estos acontecimientos fue el conocido caso del *desamparo de los jesuitas*, en donde el juez de distrito Bucheli fue sancionado por conceder la suspensión de amparo a los jesuitas aprendidos con base en el artículo 33 constitucional. Este caso dejó ver la difícil situación en la que se encontraba el país en materia de libertad religiosa.

Otros asuntos de relieve en la época, fueron la serie de sentencias que emitió el Poder Judicial Federal sobre la llamada «incompetencia de origen»⁷⁸, cuestión que dividió a los ministros de la Corte en dos posturas. El tema de la incompetencia de origen doctrinalmente ha sido dividida en dos etapas: la primera que concluye con el «Amparo Morelos» y la llegada de Vallarta a la Suprema Corte; y la segunda, que inicia con las críticas que se esgrimieron sobre esta resolución, fuertemente apoyadas por Ignacio L. Vallarta⁷⁹. El punto toral de la controversia que resolvería la Suprema Corte en ese célebre caso, radica si se debía igualar la competencia con la legitimidad de la autoridad, destacando que la Suprema Corte ya tenía precedentes en los que había interpretado esta problemática⁸⁰.

⁷⁷ L. CABRERA, *La Suprema Corte de Justicia en la república restaurada, 1867-1876*, México, SCJN, 1989, p. 87.

⁷⁸ Para consultar algunos documentos sobre varios amparos sobre la incompetencia de origen, *vid.* la obra compilada por J. R. MENDIETA CUAPIO y C. GONZÁLEZ BLANCO, *Incompetencia de origen. El Amparo Morelos y el Amparo Puebla*, Tlaxcala, Tribunal Superior de Justicia-Instituto de Especialización Judicial, 2002.

⁷⁹ J. de J. GUDIÑO PELAYO, *Introducción al amparo mexicano*, 3.ª ed., México, Noriega, 1999, p. 239.

⁸⁰ M. GONZÁLEZ OROPEZA analiza estas cuestiones preliminares en el estudio denominado: «El Amparo Morelos», en *Homenaje a Jorge Barrera Graf*, t. II, México, UNAM, 1989, pp. 818-824. Destaca el caso del Amparo Pablo Solís, en tanto que un supuesto juez de lo criminal en Mérida, mantuvo preso y encausado al quejoso, aplicándose el artículo 16 de la Constitución, igualando la competencia de la autoridad con la legitimidad.

El caso Morelos consistió en que un diputado de la legislatura de Morelos tenía impedimento para desempeñarse como tal, en virtud de que había sido electo cuando aun ocupaba un cargo político; por otro lado, Francisco Leyva, el gobernador del Estado, se había hecho reelegir contrariando la Constitución del Estado, de tal suerte se intentó reformar la Constitución del Estado para legitimar la reelección del gobernador, siendo cuestionado el procedimiento llevado a cabo, en razón de que intervino un legislador ilegítimo y en la promulgación un gobernador cuya calidad era cuestionable⁸¹. José María Iglesias estimó que por autoridad competente debía entenderse también a aquella que era legítima, en tanto que la legitimidad era presupuesto de la competencia, con lo cual se infringiría el artículo 16 constitucional, siendo procedente el amparo⁸².

Cuatro años después, en el caso de León Guzmán, quien era presidente del Tribunal Superior de Puebla, se planteó la infracción del artículo 16 de la Constitución en tanto que la legislatura erigida como gran jurado, no era tribunal competente al no ser imparcial, pues había sido acusada por el quejoso ante el Senado como usurpadora del poder público. El juez de distrito otorgó el amparo por no considerar como legislatura a la reunión de personas erigida en jurado y la Suprema Corte revisó la sentencia en agosto de 1878⁸³.

Vallarta emitió su voto con el que desvirtuaría la sentencia y el cual con el tiempo llegaría a consolidarse⁸⁴. Al respecto, el jurista jalisciense consideró que la legitimidad y la competencia eran dos cosas esencialmente distintas, en tanto que la elección hecha en términos legales en persona que posea los requisitos necesarios, constituye la legitimidad de una autoridad y la competencia no es más que la suma de facultades que la ley da para ejercer ciertas atribuciones. De esta forma la legitimidad se refiere a la persona, al individuo nombrado para tal cargo público y la competencia se relaciona sólo con la entidad moral que se llama autoridad⁸⁵. A lo cual únicamente el Congreso de la Unión y las legislaturas de los Estados son los únicos que pueden calificar sobre la legitimidad de los nombramientos, sin que la Corte lo pueda realizar; asimismo el presidente al nombrar a los secretarios de despacho y demás empleados de la Unión, es únicamente él quien puede calificar la legitimidad de los mismos, de lo contrario habría que desconocer los artículos 41 y 117 de la Constitución, porque el derecho de nombrar lleva el implícito de calificar los requisitos que tengan las personas nombradas y el de juzgar la validez y legalidad del nombramiento⁸⁶.

A raíz de estos hechos el Poder Judicial de la Federación fue ganando al final de la década de los ochenta del siglo XIX, fama y prestigio, y luchaba por convertirse en contrapeso de los otros dos poderes, a pesar del malestar que esto causaba en algunos juristas de la época, cuando Porfirio Díaz fue electo presidente de la república. La llegada de Díaz a la presidencia, desde el particular punto

⁸¹ Cfr. *ibid.*, pp. 828-829.

⁸² Comenta M. GONZÁLEZ OROPEZA que esta resolución «provocó una avalancha de protestas y apoyos que hacen del caso, uno de los más comentados y debatidos de la Suprema Corte de Justicia», *ibid.*, p. 811.

⁸³ Cfr. J. de J. GUDIÑO PELAYO, *Introducción al amparo*, op. cit., p. 249.

⁸⁴ Cfr. M. GONZÁLEZ OROPEZA, «El Amparo Morelos», op. cit., p. 811.

⁸⁵ Cfr. *votos*, pp. 87-88.

⁸⁶ Cfr. *ibid.*, pp. 90-92.

de vista del poder judicial, significó para algunos el volver a la sumisión del ejecutivo a aquel poder; sin embargo, es en este periodo cuando resalta la figura emblemática de Ignacio L. Vallarta, como presidente de la Suprema Corte, que supo conservar las distancias y proponer reformas que marcaron la identidad del poder judicial.

En este lapso acontece el nacimiento de la jurisprudencia. La importancia que habían adquirido los amparos motivó que algunos ministros se remitieran a los mismos. Así, en el Código de Procedimientos Civiles de 1872 se vino a reconocer algo que era además de un hecho, un principio propuesto por muchos juristas de la época, entre ellos Vallarta: el juez además de la ley tendría ahora la posibilidad de citar cinco ejecutorias en el mismo sentido como fundamento de su sentencia. Lo anterior no fue automático ni sencillo, por lo que tuvieron que pasar algunos años para que este instrumento pudiera ser ordenado y utilizable.

Ignacio L. Vallarta fue presidente de la Corte de 1877 a 1883. Durante su mandato y a propuesta suya se hizo la reforma pertinente para que el presidente de la Corte dejara de ocupar además el cargo de vicepresidente de la República.

Una reforma a la Ley federal electoral de 1882 estableció que el presidente de la Suprema Corte no podía ser reelegido en el periodo sucesivo, sino después de un año de haber cesado de sus funciones. Esta reforma recogía la desconfianza del ejecutivo, que veía con malos ojos el peso político que habían tenido Iglesias y Vallarta. Este principio fue extendido a los ministros en la Constitución de 1917 sin mayor discusión, dándose por sentado que si aplicaba al presidente debía aplicar a todos. Bajo esta nueva reforma, en 1883 se procedió a nombrar nuevos ministros y contemporáneamente Manuel González, entonces presidente de México con permiso de Díaz, comenzó a organizar los tribunales federales estableciendo nuevos juzgados de distrito.

El Poder Judicial Federal durante el porfirismo tuvo que adaptarse en muchos sentidos. La inercia que lo había constituido en un poder fuerte ante la sociedad a través del juicio de amparo, tuvo que medirse ante los ejercicios de autoridad de Díaz. También en esta época comenzaron interesantes debates acerca del amparo judicial en 1885. Se trataba del principio por el que Vallarta había establecido que el amparo solicitado contra la inexacta aplicación de la ley sólo debía entenderse para asuntos penales y no civiles. La Corte se encargó de que en los años subsecuentes el principio se flexibilizara y aplicara también a los asuntos civiles. También en estos años fue materia de constante y polémica discusión la inamovilidad de los jueces. Como hemos visto, los ministros de la Suprema Corte eran nombrados por elección popular, mientras que los demás jueces federales eran elegidos por el ejecutivo pero no existía una regla, ley o criterio para determinar la duración del encargo. Algunas voces, como Justo Sierra, proponían que los jueces federales y sobre todo los ministros debían ser inamovibles para preservar la independencia. Lo anterior no fue muy bien visto por el Ejecutivo. El trabajo de Sierra en el Alto tribunal y su prestigio hicieron que a pesar de la fuerte crisis en la que entró en los últimos años del porfirismo pudiera subsistir.

H) Constitución federal de 1917 y sus reformas

Alcanzada la revolución comienzan los debates para elaborar una nueva Constitución que en el consenso de la mayoría debía apearse a la de 1857. El proyecto presentado por Venustiano Carranza será modificado en cuanto al número de ministros, de nueve a once. El constituyente considera necesario introducir la inamovilidad, cuestión que abrirá la discusión durante el siglo xx⁸⁷. En los días 21, 22 y 31 de enero se aprueban los artículos 94 y 107 relativos al Poder Judicial. El debate más arduo se dio en torno al amparo contra las resoluciones de los órganos jurisdiccionales (se buscaba un control constitucional difuso por parte de los órganos jurisdiccionales locales, pero no se logró por temor a caciquismos)⁸⁸.

Las primeras reformas al artículo 94 se efectuaron en 1928⁸⁹. La Suprema Corte de Justicia se dividirá en Pleno y en Salas, creándose tres salas de cinco ministros cada una, elevándose el número de once que decía el texto original, a dieciséis integrantes⁹⁰. Los debates en el Congreso nos muestran las preocupaciones de la época; por un lado la independencia judicial que se ligaba a la preocupación de no volver al régimen porfirista, resaltando el temor por las noticias que llegaban de Europa acerca del fascismo que escogía jueces y los supeditaba al poder; por otro lado, se debatía sobre un sistema para nombrar a los ministros de la Suprema Corte de modo de no condicionar su independencia⁹¹, y se hacía en esta época palpable el rezago de las causas pendientes. La reforma trataba de atemperar todos estos problemas con la elección de jueces probos bajo la fórmula y «podrán ser privados de sus puestos cuando observen mala conducta»⁹², lo que suscitó acaloradas discusiones, pues había que calificar la conducta de los jueces federales y podría dar como consecuencia la posibilidad de remover so pretexto de mala conducta a los jueces incómodos⁹³.

La segunda reforma de 1934⁹⁴ aumentó otra vez el número de ministros de 16 a 21, creándose una cuarta sala en materia laboral. Asimismo, se estableció un periodo de seis años para el encargo de ministro, magistrado de circuito y juez de distrito⁹⁵.

⁸⁷ El proyecto original fue turnado a la Comisión de Reformas a la Constitución para su estudio, presentando una modificación en el debate del 21 de enero de 1917, para finalmente quedar aprobado por 148 votos a favor.

⁸⁸ D. MORENO, *El Congreso Constituyente de 1916-1917*, México, UNAM, 1982.

⁸⁹ Publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* de 20 de agosto de 1934.

⁹⁰ Comenta H. FIX-ZAMUDIO que la propuesta de dividir a la Suprema Corte en Salas no era una idea novedosa, habiéndose señalado esta necesidad en el año de 1878 por I. MARISCAL; sin embargo, en la iniciativa que presentó como secretario de Justicia y que fue la base de la Ley de Amparo de 1869 y retomada por el constituyente de Querétaro se estableció que siempre funcionaría en pleno para conocer los juicios de amparo, y no fue sino hasta la reforma de 1928 en que se aceptó que funcionara en pleno y tres salas. *Cfr. Ensayos sobre el derecho de amparo*, México, Porrúa-UNAM, 2003, pp. 543-544.

⁹¹ *Sesión ordinaria* de la Cámara de Diputados celebrada el 25 de abril de 1928.

⁹² Fórmula que se tomara del artículo 3.º de la Constitución federal de los Estados Unidos de 1787.

⁹³ La reforma se aprobó en lo general y en lo particular por 185 votos, para pasar al Senado de la República, la cual aprobó el proyecto de Declaratoria con 43 votos, para ser finalmente en términos del artículo 135 constitucional a las Legislaturas de las Entidades Federativas.

⁹⁴ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 15 de diciembre de 1934.

⁹⁵ Se dispensó la segunda lectura y sin debate se aprobó por 133 votos, para ser enviada al Senado de la República, la cual aprobó el proyecto de Declaratoria, para remitirla en términos del artículo 135 constitucional a las legislaturas de las Entidades Federativas.

El 19 de diciembre de 1940, el Ejecutivo Federal presentó ante la Cámara de Senadores una iniciativa de reformas a los artículos 73, fracción IV, inciso 4.º; 94 y 111 constitucionales, estableciendo la inamovilidad judicial, cuestión que provocó la intervención de algunos diputados en el congreso que opinaban que esta figura no era apta para nuestro sistema:

«La inamovilidad judicial podrá ser aplicable para esos países de larga historia en materia judicial; pero no para un país nuevo, como el nuestro, en formación, con una lucha de clases intensa, con una falta de definición política de los miembros del Poder en las bajas esferas, porque no podemos negar que en las Secretarías de Estado, en los juzgados, en los tribunales, aun se encuentran multitud de personas que no simpatizan con la Revolución y que no pierden oportunidad para sabotear el movimiento revolucionario y para introducir desorientación y cuantos obstáculos encuentran a su alcance para que las leyes revolucionarias no se apliquen»⁹⁶.

Llegó así la tercera reforma al artículo 94 en el año de 1944⁹⁷, que dio paso a esta figura pero no definitivamente, pues con la reforma de 1994 se optaría por una tercera vía. Se suprimió la duración del encargo de seis años para ministros, magistrados y jueces. También se suprime la mención del número de las salas⁹⁸.

El 30 de diciembre de 1950 se aprobó un importante decreto que modificó sustancialmente al Poder Judicial Federal⁹⁹, reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 19 de febrero de 1951¹⁰⁰, con la cual se crearon los tribunales colegiados de circuito. El conocimiento de los amparos se dividió entre estos nuevos órganos y la Suprema Corte. Los primeros conocían de las infracciones procesales, mientras que las salas y el pleno de la Corte resolvían de las infracciones de fondo. Si bien con la creación de los tribunales colegiados disminuyeron los asuntos que llegaban a nuestro más Alto Tribunal¹⁰¹, no terminó el rezago, pues en realidad todos los asuntos podían llegar a éste a través del recurso de revisión, fungiendo primordialmente como un tribunal de casación.

Por otra parte, en esta reforma al artículo 94 constitucional, y también con el ánimo de combatir el rezago, se aumenta el número de ministros de 21 a 26, debido a la creación de cinco ministros supernumerarios que integraban la Sala Auxiliar, con la particularidad de que en ningún caso podían integrar el Tribunal Pleno. Esta reforma permitió:

«... la designación de cinco ministros supernumerarios encargados transitoriamente del despacho del rezago de amparos directos en la Tercera Sala, a fin de que ésta, desde que entre en vigor tal reforma, se encargue de resolver los nuevos amparos direc-

⁹⁶ H. Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, 22 de diciembre de 1943, intervención del diputado José María Suárez Téllez.

⁹⁷ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 21 de septiembre de 1944.

⁹⁸ Se aprobó sin debate por 98 votos, por considerarse de especial y urgente resolución.

⁹⁹ *Sesión Ordinaria* de la Cámara de Diputados celebrada el 21 de noviembre de 1950, en la que se dio lectura al Dictamen sobre una iniciativa procedente del Ejecutivo que reforma los artículos 73, fracción VI, base cuarta, 94, 97, párrafo 1.º, 98 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

¹⁰⁰ Posteriormente se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* una fe de erratas el 14 de marzo de 1951.

¹⁰¹ En 1949 llegaban a 32.850 casos pendientes de resolver.

tos contra sentencias de segunda instancia pues lo que se propongan contra los fallos de instancia única, habrán de resolverse por los tribunales Colegiados de Circuito. Estos Tribunales, cuyo número podrá fijar y ampliar la ley secundaria, conocerán, además, en revisión, de los amparos indirectos que constituyan el actual rezago de la Tercera Sala en esa materia y de los nuevos de cualquier orden que fallen los jueces de distrito. Serán así estos tribunales Colegiados un poderoso auxiliar para acabar con el rezago y evitar que de nuevo se produzca en las distintas Salas de la Corte normalizando así el funcionamiento de la justicia federal»¹⁰².

El papel de la Suprema Corte se amplía sustancialmente concediéndosele la facultad de intervención y decisión en los casos que se reclamara la inconstitucionalidad de una ley o se estableciera una interpretación directa de un texto constitucional.

En concordancia con la creación de los nuevos tribunales colegiados de amparo, la reforma previó la facultad a la Suprema Corte de unificar los criterios contrarios entre los Tribunales Colegiados de Circuito, con lo que se generaba certeza sobre aquellos criterios que debían ser aplicados.

La reforma constitucional de 25 de octubre de 1967¹⁰³ otorgó la posibilidad a los ministros supernumerarios de formar parte del pleno al suplir a los numerarios. Esta reforma es en realidad una revisión de la de los años cincuenta, debido a que el rezago continuaba, aunque había disminuido, de tal modo que en 1964 existían 10.000 asuntos pendientes¹⁰⁴.

Asimismo, en la reforma a la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, de 30 de abril de 1968, por una parte, se introdujo la facultad discrecional de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia para conocer de aquellos asuntos de «importancia trascendente para los intereses de la nación», cuya competencia originaria correspondía a los tribunales colegiados, y, por otra, se otorga la competencia a las salas para conocer de la inconstitucionalidad de leyes cuando exista jurisprudencia del pleno, lo que aligera considerablemente la carga de trabajo.

Estas reformas constitucionales y legales, si bien nacieron con el objeto de combatir el rezago, marcan los cimientos de lo que vendría después, es decir, la concepción y la idea de convertir materialmente a la Suprema Corte en un Tribunal Constitucional.

El 28 de diciembre de 1982 se reformó el artículo 94, en relación a la forma en que los ministros de la Corte pueden ser privados de sus puestos, remitiendo al Título Cuarto de la Constitución; reforma que derogó la referencia relativa al supuesto de mala conducta contenido en el artículo 111 de la Constitución¹⁰⁵.

¹⁰² *Sesión Ordinaria* de la Cámara de Diputados celebrada el 21 de noviembre de 1950..., *id.*

¹⁰³ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 25 de octubre de 1967.

¹⁰⁴ En la parte relativa de la exposición de motivos presentada por el Poder Ejecutivo el día 19 de noviembre de 1965 ante la Cámara de Senadores, se expresó lo siguiente: «[...] De acuerdo con los datos estadísticos correspondientes al año de 1964, existían, pendientes de resolución, 3.288 asuntos de competencia del pleno, 2.361 de la sala penal, 6.153 de la sala administrativa, 1.246 de la sala civil y 1.378 de la sala del trabajo, haciendo un total de 10.055 negocios en rezago. En el año de 1965, lejos de disminuir, el acervo de asuntos rezagados ha tenido sensible aumento [...]».

¹⁰⁵ Se aprobó en lo general y en lo particular por 313 votos, para después ser enviada en términos del artículo 135 constitucional a las legislaturas de las Entidades Federativas.

Con las reformas de 10 de agosto de 1987 de la Constitución, y de 5 de enero de 1988 de la Ley de Amparo y de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, con la que se abrogó la anterior Ley Orgánica, se convirtió a la Corte en un tribunal especializado de naturaleza constitucional como lo señala la exposición de motivos de la reforma constitucional. De esta forma, el control de mera legalidad que antes de la reforma conocía la Suprema Corte, pasa a los tribunales colegiados de circuito.

Entre los aspectos fundamentales a destacar de la reforma, se encuentran los relativos a la tendencia de conferir atribuciones originales de la Suprema Corte a los tribunales colegiados de Circuito; al propósito de remitir a los tribunales colegiados aquellos asuntos que no se consideraran de importancia trascendente, en razón a la cuantía y posteriormente a la materia; al fortalecimiento del Pleno de la Suprema Corte como órgano de Gobierno y administración del Poder Judicial de la Federación, y al fortalecimiento de las garantías jurisdiccionales de los miembros del Poder Judicial, para que pudiesen llevar a cabo sus tareas de forma independiente¹⁰⁶.

Seis años después aparece una de las reformas constitucionales, en materia judicial, más importante en el siglo xx. La reforma del 31 de diciembre de 1994, la cual, junto con la de 1951, constituyeron un parteaguas en el ámbito jurisdiccional en razón de los cambios orgánicos y competenciales del Poder Judicial de la Federación.

La importancia de la reforma de 1994 se desdobra en dos aspectos fundamentales: primero, en la composición orgánica de nuestro más Alto Tribunal, y segundo, en la creación de todo un sistema de control constitucional, acercándonos considerablemente a los Tribunales Constitucionales europeos.

En cuanto a la composición orgánica, se vuelve al texto original de la Constitución de 1917, reduciéndose el número de integrantes de la Suprema Corte de Justicia de 26 a 11. Asimismo, se suprime la inamovilidad de sus miembros al establecer un periodo de quince años, aunque en el artículo transitorio cuarto del Decreto de reformas se establece que el periodo de los actuales ministros vence, en forma escalonada, el último día de noviembre del 2003, 2006, 2009, 2012 y 2015¹⁰⁷. Esta nueva composición orgánica se acerca a los Tribunales Constitucionales europeos, cuyos miembros varían entre nueve y dieciséis y son electos por periodos determinados.

Otro aspecto importante es la creación del Consejo de la Judicatura Federal como órgano integrante del poder judicial e independiente de la Suprema Corte, para la administración del Poder Judicial Federal y para velar por la carrera judicial, a través de sistemas objetivos de control y ascenso de los funcionarios judiciales. Con la creación del Consejo se le quita aquella carga administrativa que antes realizaba la Suprema Corte.

Adicionalmente a estos cambios orgánicos, la reforma de 1994 estableció un sistema de control constitucional, que se vio cristalizado en la Ley Regla-

¹⁰⁶ Cfr. H. FIX-ZAMUDIO y J. R. COSSÍO DÍAZ, *El Poder Judicial en el ordenamiento mexicano*, op. cit., p. 161.

¹⁰⁷ Si bien con el fallecimiento de los ministros Humberto Román Palacios (2004) y José de Jesús Gudiño Pelayo (2010), se ha modificado esta previsión constitucional.

mentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada el 11 de mayo de 1995¹⁰⁸. Si bien con precedentes en el siglo XIX, se crea un nuevo proceso que tiene por objeto la impugnación abstracta de las normas de carácter general, de competencia exclusiva del pleno de la Corte, semejante a las acciones europeas y particularmente al recurso de inconstitucionalidad español. La denominación de *acción de inconstitucionalidad* ha sido criticada por la doctrina, por el porcentaje de un tercio de los integrantes de los órganos legislativos para encontrarse legitimados para ejercitarla, al resultar demasiado elevada, como también lo es el voto favorable de por lo menos ocho ministros para que sea procedente y se realice la declaratoria de inconstitucionalidad respectiva¹⁰⁹; votación calificada que recientemente se ha adoptado también para el juicio de amparo para la declaratoria general de normas generales (no fiscales), en los términos del nuevo contenido del artículo 107 constitucional¹¹⁰.

Por otra parte, se ampliaron los supuestos de procedencia de la *controversia constitucional*¹¹¹, que resuelve los conflictos constitucionales entre los órganos, poderes y entes del Estado¹¹². Ahora los municipios se encuentran legitimados¹¹³ y procede asimismo la controversia entre los distintos órganos integrantes de los diversos niveles de Gobierno en los términos de la propia ley reglamentaria. Si bien las controversias constitucionales se previeron desde el texto original de la Constitución de 1917 (incluso en el texto fundamental de 1857), en la práctica el único instrumento de control constitucional efectivo fue el juicio de amparo, si se tiene en cuenta que desde 1917 hasta la reforma de 1994, es decir, durante 77 años de vigencia de este instrumento, se presentaron cerca de 50 casos¹¹⁴ (en la mayoría no se estudió el fondo)¹¹⁵, lo cual se explica debido al presidencialismo y sistema de partido hegemónico que caracterizó a México a lo largo del siglo XX. En la actualidad se ha ampliado, mediante interpretación jurisprudencial

¹⁰⁸ Esta reforma constitucional respondió a un importante cambio en las estructuras sociales que en un principio se adecuaban a un presidencialismo fuerte y un partido hegemónico, con lo cual la vía de solución de los conflictos del país fue imperantemente política; sin embargo, al tener más presencia, el resto de los partidos políticos, en la vida nacional, fue necesario implementar y fortalecer los medios de solución por la vía jurisdiccional. Vid. J. R. COSSÍO DÍAZ, *Cambio social y cambio político*, México, ITAM-Miguel Ángel Porrúa, 2001.

¹⁰⁹ Cfr. J. BRAGE CAMAZANO, *La acción de inconstitucionalidad*, México, UNAM, 2000.

¹¹⁰ Cfr. Reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011, vigente el 4 de octubre de ese mismo año.

¹¹¹ Sobre este medio de control, vid. el profundo estudio de J. R. COSSÍO DÍAZ, *La controversia constitucional*, México, Porrúa, 2008.

¹¹² E. ARTEAGA NAVA, «Las nuevas facultades de la Suprema Corte de Justicia de la Nación» (coord. M. MELGAR ADALID), en *Reformas al poder judicial*, México, UNAM, 1995, pp. 71 y ss.

¹¹³ Cfr. M.^a A. HERNÁNDEZ CHONG CUY, *La defensa jurisdiccional del municipio y las controversias constitucionales*, Guadalajara, Universidad Panamericana, 1997.

¹¹⁴ Existen discrepancias en el total de controversias presentadas desde 1917 hasta la reforma de 1994. Mientras que el estudio de la Suprema Corte señala sólo 42 casos (*Cuadro estadístico histórico de asuntos relativos a controversias constitucionales tramitados entre 1917-1994*, México, Suprema Corte de Justicia, 2000), J. R. COSSÍO afirma la existencia de 55 demandas («Artículo 105 constitucional», en su obra *Constitución, tribunales y democracia*, México, Themis, pp. 3-25, en p. 8).

¹¹⁵ La controversia constitucional 2/1932 representa uno de los pocos asuntos que la Suprema Corte estudió el fondo declarando la nulidad de la ley impugnada. La demanda la presentó el procurador general de la República, en su carácter de representante de la federación en contra del poder legislativo del Estado de Oaxaca. La Corte emitió su fallo en diciembre de 1932, declarando la nulidad de la Ley de Dominio y Jurisdicción de Monumentos Arqueológicos de Oaxaca.

cial, el objeto de las controversias constitucionales a violaciones indirectas a la Constitución ¹¹⁶. Las sentencias que se dicten en estos procesos también pueden tener efectos generales, requiriendo la votación favorable de por lo menos ocho ministros; en caso contrario sólo tendrá efectos entre las partes en los casos específicos que establece el artículo 105 constitucional y su ley reglamentaria.

A partir del 4 de febrero de 1995 ¹¹⁷, hasta el 3 de octubre de 2011 ¹¹⁸, fecha en que finaliza la novena época del *Semanario Judicial de la Federación* ¹¹⁹, se advierte la utilidad del sistema creado a través de estos nuevos mecanismos, con el objeto de garantizar la supremacía constitucional, la división de poderes, el federalismo y el pluralismo democrático; lo que ha propiciado que los sujetos legitimados recurran a estos instrumentos, que anualmente se han presentado un promedio de 45,2 acciones de inconstitucionalidad y de 96,2 controversias constitucionales ¹²⁰, como a continuación presentamos:

ACCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD	
Año	Número presentadas
1995	1
1996	10
1997	10
1998	12
1999	17
2000	41
2001	40
2002	35
2003	26
2004	30
2005	39

¹¹⁶ Vid. las objeciones que al respecto formula en sus votos particulares el ministro J. de J. GU-
DIÑO PELAYO, *Controversia sobre controversia. Discusión en torno al alcance de la competencia de la
Suprema Corte de Justicia de la Nación en controversias constitucionales*, México, Porrúa, 2000.

¹¹⁷ El inicio de la novena época del *Semanario Judicial de la Federación* fue el 4 de febrero de
1995, en términos de lo dispuesto por el Acuerdo General 5/1995 del Tribunal Pleno de la Suprema
Corte de Justicia de la Nación, de 13 de marzo de 1995. Las bases quedaron establecidas en el diverso
Acuerdo General 9/1995 del Tribunal Pleno.

¹¹⁸ La décima época del *Semanario Judicial de la Federación* inició con la publicación de la juris-
prudencia del Pleno y de las Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, así como de los Tri-
bunales Colegiados de Circuito, derivada de las sentencias dictadas a partir del 4 de octubre de 2011,
de los votos relacionados con éstas, de las tesis respectivas y de las diversas ejecutorias emitidas a
partir de esa fecha, que expresamente acuerden los referidos órganos jurisdiccionales. Cfr. «Acuerdo
general núm. 9/2011, de 29 de agosto de 2011, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Na-
ción, por el que se determina el inicio de la décima época del *Semanario Judicial de la Federación*».

¹¹⁹ Sobre las diversas épocas, vid. la obra *Épocas del Semanario Judicial de la Federación del
Poder Judicial de la Federación*, 2.^a ed., México, SCJN, 2004.

¹²⁰ Debe destacarse que en el año 2001 más de trescientas controversias fueron similares al
referirse a la impugnación de la reforma constitucional en materia indígena por municipios del
Estado de Oaxaca.

<i>ACCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD</i>	
<i>Año</i>	<i>Número presentadas</i>
2006	55
2007	173
2008	134
2009	88
2010	35
2011	23
Total	769
Promedio al año	45,2

<i>CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES</i>	
<i>Año</i>	<i>Número presentadas</i>
1995	19
1996	54
1997	33
1998	28
1999	37
2000	30
2001	348
2002	65
2003	111
2004	104
2005	69
2006	131
2007	97
2008	171
2009	112
2010	123
2011	105
Total	1.637
Promedio al año	96,2

Posteriormente, mediante reforma constitucional de 21 de agosto de 1996 en materia electoral, junto con sus respectivas reformas legales, se continúa en el reforzamiento del sistema de control constitucional. Por un lado, se elimina la improcedencia de la acción de inconstitucionalidad en materia electoral, cubriendo la zona de inmunidad que existía para combatir leyes electorales. Procede ahora la acción de inconstitucionalidad como un control constitucional

de las leyes electorales. Y por otra parte, el antiguo Tribunal Federal Electoral pasa a formar parte del poder judicial de la federación, incorporándose dentro de su competencia, el conocimiento del *juicio de revisión constitucional electoral*, con el objeto de combatir la inconstitucionalidad de los actos concretos o resoluciones de las autoridades electorales de las entidades federativas; que junto con el *juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano*, constituyen garantías constitucionales en materia electoral de competencia de ese órgano jurisdiccional.

El 23 de mayo de 2002 el Pleno de la Corte resolvió la Contradicción de tesis 2/2000, entre la sostenida por la Sala Superior del Tribunal Electoral y la Suprema Corte de Justicia de la Nación, referida a la posibilidad de ese tribunal de desaplicar artículos legales cuando contraríen a la Constitución, en la resolución de algún recurso o juicio de su competencia¹²¹; y la tradicional jurisprudencia de la Corte relativa al control difuso de la constitucionalidad de normas generales¹²². La resolución de la contradicción de tesis mencionada determinó que no existía tal contradicción, en tanto que el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en ningún supuesto podía desaplicar artículos de normas que contraríen el texto de la Constitución¹²³.

Esta resolución se basó en la interpretación del artículo 105 constitucional, que establece: «La única vía para plantear la no conformidad de las leyes electorales a la Constitución es la prevista en este artículo», con lo cual quedaron excluidos el juicio de amparo y los procesos ante el Tribunal Electoral para resolver sobre la constitucionalidad de una norma electoral.

Con esta decisión se creó una nueva zona de inmunidad (que la reforma de 1996 había cubierto, subsanando la deficiencia de 1994), para la impugnación de leyes en materia electoral, toda vez que la única vía para plantear la inconstitucionalidad de las normas electorales es la acción de inconstitucionalidad, con lo cual la legitimación activa queda limitada a unos pocos casos —minorías parlamentarias, procurador general de la República y Partidos Políticos—, y por un plazo reducido para el ejercicio de la acción; encontrándose en estado de indefensión aquellos particulares que sus derechos políticos son afectados por

¹²¹ Cfr. la jurisprudencia: «Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Tiene facultades para determinar la inaplicabilidad de leyes secundarias cuando éstas se opongan a disposiciones constitucionales» (*Informe Anual 1997-1998*). Esta tesis se deriva de la resolución de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación de 16 de julio de 1998, en el juicio de revisión constitucional electoral SUP-JRC-033/98, promovido por el Partido Frente Cívico.

¹²² Cfr. las tesis jurisprudenciales 73 y 74/99 del Pleno cuyos rubros son: «Control judicial de la Constitución. Es atribución exclusiva del Poder Judicial de la Federación» y «Control difuso de la constitucionalidad de normas generales. No lo autoriza el artículo 133 de la Constitución» (*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, Pleno, t. X, agosto de 1999, pp. 18 y 5).

¹²³ Vid. las tesis jurisprudenciales 23, 25 y 26/2002 del Pleno de la Suprema Corte cuyos rubros son: «Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Carece de competencia para pronunciar sobre inconstitucionalidad de leyes», «Leyes electorales. La única vía para impugnarlas es la acción de inconstitucionalidad», y «Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Si resuelve respecto de la inconstitucionalidad de una norma electoral o se aparta de un criterio jurisprudencial sustentado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación respecto a la interpretación de un precepto constitucional, infringe, en el primer caso, el artículo 105, fracción II, de la Constitución Federal, y en el segundo, el artículo 235 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación» (*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, Pleno, t. XV, junio de 2002, pp. 81, 82 y 83).

normas electorales que se presuman inconstitucionales, toda vez que no tienen legitimación para promover la acción de inconstitucionalidad y, por otro lado, el juicio de amparo es improcedente cuando se alegue la violación de los derechos políticos, de conformidad con la improcedencia prevista en el artículo 73 de la Ley de Amparo y la propia jurisprudencia de nuestro más Alto Tribunal.

En el llamado «Amparo Castañeda», resuelto en 2005, se vio claramente la imposibilidad de «cualquier vía» para que un ciudadano pueda impugnar la inconstitucionalidad de una norma electoral por un acto concreto de aplicación, derivado de su impedimento legal para contender en las elecciones presidenciales del 2006 con el carácter de candidato independiente, lo cual ha generado nuevas discusiones en torno al tema y se ha reflexionado sobre la posibilidad de acudir al Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, es decir, ante la Comisión y, en su caso, a la Corte Interamericana con sede en San José de Costa Rica; como en efecto sucedió, siendo dicho caso el primero de condena al Estado mexicano ¹²⁴.

La reforma núm. 10 al artículo 94 se dio el 11 de junio de 1999 ¹²⁵, que confirma la tendencia de «fortalecer a la Suprema Corte en su carácter de Tribunal Constitucional», como textualmente señala la exposición de motivos del proyecto de decreto que el presidente de la República envió al Senado como Cámara de origen, mediante la expedición de acuerdos generales para lograr una adecuada distribución de asuntos de su competencia originaria a las Salas de la Corte y a los Tribunales Colegiados de Circuito, a fin de mejorar la impartición de justicia mediante una mayor prontitud en su despacho.

En un primer momento la Suprema Corte expidió los Acuerdos 5 y 6 de 1999, y el Acuerdo 4 de 2000, en los que se establecían las bases de tramitación de los amparos directos, el envío de asuntos a los Tribunales Colegiados de circuito en amparo indirecto, así como las reglas para el envío de asuntos de competencia originaria del pleno a las Salas de la Corte. Posteriormente emitió el Acuerdo 5/2001, de 21 de junio, que aún continúa vigente con varias modificaciones (la última en 2011), relativo a la determinación de los asuntos que conserva para su tramitación el Tribunal Pleno y el envío de los de su competencia originaria a las salas y a los Tribunales Colegiados de Circuito; este acuerdo ha contribuido a la disminución de los casos en la Suprema Corte.

Tanto el acuerdo de 1999 como el de 2001 (vigente con modificaciones), contienen una disposición que ha sido objeto de análisis y críticas ¹²⁶. Este precepto es el relativo al envío de los recursos de revisión en contra de sentencias pronunciadas por los Jueces de Distrito o los Tribunales Unitarios de Circuito, a los Tribunales Colegiados cuando en la demanda se hubiere impugnado una ley local

¹²⁴ Cfr. E. FERRER MAC-GREGOR y F. SILVA GARCÍA, *El Caso Castañeda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La primera sentencia internacional condenatoria en contra del Estado mexicano*, México, Porrúa-UNAM, 2009.

¹²⁵ Vid. los comentarios y las críticas a la reforma constitucional en el trabajo de M. CARBONELL, «Poder Judicial y transición a la democracia: la reforma de 1999», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXIII, núm. 97, enero-abril de 2000, pp. 329-350.

¹²⁶ Cfr. R. M. MEJÍA, «Acuerdos generales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Una aproximación sistemática», en *Boletín Electrónico del Instituto Tecnológico Autónomo de México*, abril-junio 2004, núm. 3, año 1; y E. FERRER MAC-GREGOR, *Los Tribunales Constitucionales en Iberoamérica*, México, Fundap, 2002.

o un reglamento federal o local¹²⁷. Las observaciones expresadas al respecto se refieren a que la Suprema Corte como Tribunal Constitucional no debe delegar aquellos asuntos que impliquen el estudio de la constitucionalidad de una norma general a tribunales inferiores, cuando no existe jurisprudencia, en razón de los criterios contradictorios que se pueden emitir al respecto y sobre todo por la pérdida de fuerza como Tribunal Constitucional. Por otra parte, se aduce la «circularidad» que se provoca, en tanto que permite que la Corte disponga del contenido de preceptos constitucionales, ya que los límites se establecen en los propios acuerdos¹²⁸.

La última reforma constitucional al artículo 94, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011, refuerza el carácter de Tribunal Constitucional de la Suprema Corte. Como veremos más adelante, se crean los Plenos de Circuito con la finalidad de que las contradicciones de tesis que antes conocía de forma exclusiva la Suprema Corte, ahora sean resueltas por esos nuevos órganos; y también puede declarar la invalidez de las normas con efectos generales en el juicio de amparo; lo cual robustece a la Suprema Corte «como un tribunal garante de nuestra Constitución que pueda concentrarse en la resolución de los asuntos de importancia y trascendencia para la totalidad del ordenamiento jurídico nacional y del Estado mexicano en su conjunto», como lo expresa la exposición de motivos. Esta reforma provocará que se sigan expidiendo Acuerdos Generales por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte, como sucedió con el trascendental Acuerdo de 29 de agosto de 2011, por el que se determina el inicio de la décima época del *Semanario Judicial de la Federación*; o bien el Acuerdo General 11/2011, de 4 de octubre de 2011, relativo al procedimiento para la declaratoria general de inconstitucionalidad en materia de amparo, en términos del reformado artículo 107, fracción II, párrafo 2.º, constitucional.

Las señaladas reformas constitucionales de 1987, 1994, 1996, 1999 y 2011, junto con los acuerdos generales referidos, de manera consciente han marcado las directrices para convertir a la Suprema Corte de Justicia, como un órgano jurisdiccional especializado en materia constitucional, sin que sea obstáculo la aceptación del control difuso de constitucionalidad/convencionalidad por el Alto Tribunal, al resolver sobre el cumplimiento del *Caso Radilla*, cuyo engrose fue publicado el 4 de octubre de 2011.

El problema que estimamos se presentaba antes de 2001 consistía en que la mayoría de los asuntos que ingresaban y resolvía la Corte no entrañaban propiamente cuestiones de constitucionalidad. Basta ver las estadísticas de los años 1995-2000 para darse cuenta que era considerablemente menor los asuntos en donde existía planteamiento de constitucionalidad, en comparación con la cifra de aquellos cuya decisión no implicaba la aplicación o interpretación directa a la

¹²⁷ J. R. Cossío, comentando los Acuerdos 6/99 y 10/2000, señala: «Con esta última afirmación queremos decir que los Acuerdos [...] están asignando a los tribunales colegiados la competencia para decidir de manera exclusiva y definitiva todo lo relacionado con la constitucionalidad de las leyes locales y de los reglamentos federales, estatales y del Distrito Federal. Respecto de estos ordenamientos, la remisión es total, lo que conduce a una fragmentación, es decir, a que no exista una sola Constitución, sino a que exista aquélla que determina el Pleno respecto de leyes y tratados federales, y aquélla que establecen los colegiados respecto a las leyes locales y a los reglamentos de cualquier orden normativo...», *La teoría constitucional de la Suprema Corte de Justicia*, op. cit., p. 148.

¹²⁸ Cfr. *id.*, p. 144.

normativa constitucional. Por ejemplo, analizando el informe de labores del presidente de la Suprema Corte del año 2000¹²⁹, el total de asuntos que ingresaron fue de 6.108 casos (593 menos que en 1999) más 2.047 existentes pendientes de resolución, arrojan una cifra de 8.155 expedientes; resolviendo el pleno (364) y las dos salas (3.119) un total de 6.869 asuntos (84,2 por 100). Sin embargo, sólo se presentaron en dicho año 37 controversias constitucionales y 41 acciones de inconstitucionalidad, que sumados a los amparos contra leyes donde se entró al fondo del asunto, se tiene una cifra menor a los asuntos de mera legalidad (contradicciones de tesis, recursos de queja, incidentes de inejecución de sentencias y de repetición del acto reclamado, conflictos competenciales, recursos de revisión administrativa, etc.).

Sin embargo, debido a los acuerdos generales dictados por el pleno de la Suprema Corte, especialmente el 5/2001, el ingreso de los casos en el año 2001 se redujo drásticamente a 3.413 en comparación con los ingresados en el año 2000 (6.108), es decir, en un año disminuyó cerca del 50 por 100 el total de asuntos.

En los últimos años esta tendencia ha sido fluctuante. En el 2003 ingresaron 8.275, aunado a 589 que no se habían resuelto al iniciar el periodo, resolviéndose 7.807, con lo que quedaron pendientes 1.057 asuntos¹³⁰; en 2004 ingresaron 4.335, aunado a los 1.070 pendientes, resolviéndose 4.735, con lo cual quedaron pendientes 670¹³¹; en 2005 la Suprema Corte recibió 6.980 asuntos sumados a los 670 pendientes por resolver, de los cuales se resolvieron un total de 7.154, quedando pendientes 496 expedientes por resolver¹³²; por su parte en el año 2006, el máximo tribunal del país recibió un total de 3.876 asuntos, sumados a los 496 asuntos pendientes, de los cuales fueron resueltos 3.706 expedientes, quedando pendientes de resolución 594¹³³; en 2007, el ingreso de asuntos fue de un total de 3.845 sumados a los 594 expedientes pendientes, de los cuales 3.868 fueron resueltos, quedando pendientes 569¹³⁴; en 2008, sumados al rezago anterior, fueron recibidos 6.115 asuntos, de los cuales se desprende que fueron resueltos un total de 6.006 expedientes¹³⁵; para 2009, la Suprema Corte tenía un rezago de 678 expedientes, que fueron sumados al ingreso anual de 4.564 asuntos, resolviendo 4.308¹³⁶; y en 2010 se recibieron 5.024 asuntos, sumados a los 885 expedientes en rezago, fallando un total de 4.563¹³⁷.

Como puede apreciarse, entre 2003 y 2010 el número de asuntos promedio que anualmente resolvió la Suprema Corte fue de 5.260.

A nuestro modo de ver, se requiere seguir reduciendo los asuntos que resuelve la Suprema Corte con la finalidad de fortalecer su carácter de Tribunal Constitucional, lo cual podría lograrse con los Acuerdos Plenarios cuya facultad

¹²⁹ *Segundo Informe Anual de Labores*, ministro Genaro David Góngora Pimentel, Suprema Corte de Justicia (15 de diciembre de 2000), y su *Anexo Estadístico*, Suprema Corte de Justicia, México, 2001.

¹³⁰ *Informe Anual de Labores 2003*, México, Poder Judicial de la Federación, 2003.

¹³¹ *Informe Anual de Labores 2004*, México, Poder Judicial de la Federación, 2004.

¹³² *Informe Anual de Labores 2005*, México, Poder Judicial de la Federación, 2005.

¹³³ *Informe Anual de Labores 2006*, México, Poder Judicial de la Federación, 2006.

¹³⁴ *Informe Anual de Labores 2007*, México, Poder Judicial de la Federación, 2007.

¹³⁵ *Informe Anual de Labores 2008*, México, Poder Judicial de la Federación, 2008.

¹³⁶ *Informe Anual de Labores 2009*, México, Poder Judicial de la Federación, 2009.

¹³⁷ *Informe Anual de Labores 2010*, México, Poder Judicial de la Federación, 2010.

constitucional comenzó en la reforma de 1987 y continuó en 1994, 1999 y 2011, siempre y cuando su finalidad sea precisamente la depuración de los asuntos de contenido constitucional que deba conocer; y no como ha sucedido con algunos acuerdos, al delegar su competencia originaria en casos netamente constitucionales a los Tribunales Colegiados de Circuito; convirtiendo a éstos en órganos terminales en nuestro sistema, al resolver de manera definitiva e inatacable aspectos no sólo de legalidad, sino también de constitucionalidad. Si bien existe la posibilidad de que la Suprema Corte reasuma su competencia originaria, creemos que debilita su concepción como Tribunal Constitucional al delegar una atribución esencialmente constitucional. El inicio de la décima época del *Semanario Judicial de la Federación* constituye una oportunidad para revisar los acuerdos generales referidos, que delegan atribuciones que debiera no delegar la Suprema Corte.

3. EL ARTÍCULO 94 Y SUS REFORMAS

Teniendo en consideración las referencias históricas señaladas, a grandes rasgos el artículo comentado puede dividirse según los temas contenidos en cada uno de los trece párrafos y del modo que a continuación presentamos:

A) El ejercicio del Poder Judicial de la Federación

Con la redacción original de la Constitución de 1917, en el primer párrafo del artículo 94 se estableció que se depositaba el ejercicio del Poder Judicial de la Federación en una Suprema Corte de Justicia y en Tribunales de Circuito y de Distrito, con lo cual conservó la redacción del artículo 90 de la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 5 de febrero de 1857, con la salvedad que esta última señalaba al Alto Tribunal como «Corte Suprema de Justicia», denominación utilizada en los países latinoamericanos. Con el paso del tiempo la redacción fue cambiando en razón de los cambios sociales y políticos que a la vez generaron cambios jurídicos que implicaron un esfuerzo por resolver los problemas de la época, especialmente los concernientes al crecimiento de los asuntos judiciales.

El rezago que tenía la Suprema Corte alcanzó importantes dimensiones, generando en razón del tiempo de resolución de los casos, situaciones de denegación de justicia¹³⁸. Para resolver el problema, en la reforma constitucional de 1951 y como se menciona en la exposición de motivos, se pudieron adoptar diversos caminos. Uno de ellos y seguramente el menos ortodoxo radicaba en ampliar las situaciones de improcedencia del juicio de amparo, lo que habría propiciado un mayor alejamiento de las personas en la defensa de sus derechos fundamentales; esa decisión no fue adoptada y en cambio se decidió instituir los Tribunales Colegiados de Circuito, para que participaran en la actividad jurisdiccional del amparo, conservándose los Tribunales Unitarios, como órganos de apelación en materia federal.

¹³⁸ En el año de 1930 existían 10.067 juicios de amparo pendientes de resolución, cifra que se triplica para 1949, alcanzando un total de 32.850 negocios sin fallar. *Cfr. Exposición de motivos correspondiente a la reforma constitucional de 19 de febrero de 1951.*

La justificación en la creación de estos tribunales consistió en que conocerían del rezago existente en la Primera, Tercera y Cuarta Salas de la Suprema Corte; se reflexionó la necesidad de que fueran órganos colegiados en su integración, en tanto que sólo como cuerpos compuestos podrían despachar de forma expedita los amparos de su competencia¹³⁹.

El problema del rezago durante el siglo XX fue constante, si se tiene en cuenta el papel predominante de la Suprema Corte como tribunal de casación, lo que motivó diversas reformas dirigidas al aumento del número de ministros y de Salas integrantes de la Corte, como ha quedado reseñado en el apartado precedente. Sin embargo, el número de asuntos sin resolver continuaba como un tema central, lo que propició la reforma constitucional de 1987 con un nuevo enfoque consistente en la depuración de los asuntos que debía resolver la Suprema Corte.

En la exposición de motivos presentada por el Poder Ejecutivo en abril de 1987, se propuso que los Tribunales Colegiados conocieran de los problemas de legalidad, sin distinguir sobre la cuantía, penalidad o características especiales de las cuestiones judiciales involucradas. Con esta reforma se buscó que el control de la constitucionalidad fuera del conocimiento de la Suprema Corte de Justicia, lo cual representó el primer paso para convertirla en un órgano especializado para resolver conflictos derivados de la interpretación directa de la normativa constitucional, sistema que se ampliaría con la reforma de 1994 y se perfeccionara con las diversas de 1996 y 1999.

Con la reforma de 1987, en el primer párrafo del artículo 97 se suprime que los Tribunales Colegiados de Circuito conocerían de amparo y los Tribunales Unitarios de apelación, especificando exclusivamente que los Tribunales de Circuito serían Colegiados y Unitarios, en razón de que los Tribunales Colegiados también tendrían jurisdicción de la revisión de las resoluciones definitivas de los tribunales de lo contencioso administrativo, con lo cual su competencia no sería exclusiva de amparo.

Una de las reformas más importantes al Poder Judicial de la Federación se suscitó en el año de 1994, como ha quedado evidenciado con anterioridad. El Consejo de la Judicatura Federal fue creado e incorporado en la estructura del Poder Judicial. Como antecedentes de esta institución en su concepción moderna se encuentran los casos de Italia¹⁴⁰ y España¹⁴¹, siendo su principal objetivo

¹³⁹ *Cfr. id.*

¹⁴⁰ Comenta H. FIX-ZAMUDIO que en Italia esta institución se remonta a 1880, año en que por real decreto se estableció una Comisión Consultiva; posteriormente se creó el Consejo Superior de la Magistratura en 1907, el cual se integraba mayoritariamente por miembros designados por las cortes de casación. Con el fascismo se retornó a la sujeción de los juzgadores al Ministerio de Gracia y Justicia. Al concluir la segunda guerra mundial y con la reunión de la Asamblea Constituyente que expidió la Constitución de 1948, estableció los lineamientos actuales del Consejo Superior de la Magistratura. *Cfr. Breves reflexiones sobre el Consejo de la Judicatura*, México, Consejo de la Judicatura Federal, 1997, pp. 15-20.

¹⁴¹ En 1926 se estableció el Consejo Judicial teniendo como funciones las de velar por el prestigio de los tribunales y su personal, premiar los actos meritorios y corregir los actos o negligencias de los funcionarios judiciales; podía acordar la separación de los funcionarios, previa audiencia del Consejo de Estado. Más adelante, en 1974, con la Ley de Bases Orgánica de la Justicia, se reguló el Gobierno de los juzgados y tribunales a través de los presidentes, salas y juntas de Gobierno, del

el de establecer un régimen de Gobierno y administración de los tribunales que garantizara su autonomía e independencia frente a los otros órganos de poder y específicamente para el caso de México, disminuir la carga administrativas que anteriormente tenía la Suprema Corte ¹⁴².

La manera prevista para la designación de los consejeros de la Judicatura en un primer momento generó polémica para algunos juristas, porque se pensó que pudiera afectarse la división de poderes, debido a que uno lo propone el Poder Ejecutivo, dos el Senado y tres el propio Poder Judicial, junto con el presidente de la Suprema Corte que también lo es del Consejo ¹⁴³.

El sistema de insaculación para elegir a los consejeros de la Judicatura provenientes del Poder Judicial de la Federación fue modificado mediante reforma constitucional de 11 de junio de 1999, para determinar que sería el Pleno de la Suprema Corte por una mayoría calificada, quien los designaría de entre los magistrados de circuito y jueces de distrito. Además, el Consejo de la Judicatura Federal dejó de ser considerado como depositario del Poder Judicial de la Federación y se le consideró en el artículo 100 constitucional como órgano con independencia técnica de ese poder y, por tanto, dejó de mencionarse en el primer párrafo del artículo 94 en comento, no obstante que en realidad llega a realizar funciones jurisdiccionales, en los casos a que se refiere el artículo 123, apartado B, fracción XII, relativo a los conflictos en materia laboral entre el Poder Judicial Federal y sus servidores ¹⁴⁴.

En 1996 se reformó la Constitución con objeto de fortalecer el sistema jurídico en materia electoral, destacando el perfeccionamiento de los derechos político-electorales de los ciudadanos, los medios de impugnación en materia electoral y la incorporación del Tribunal Electoral al Poder Judicial de la Federación ¹⁴⁵, con lo cual se modificaron los artículos 60, 94 y 99 de la Ley Fundamental. Con estas reformas se ocupó un importante escaño en uno de los temas que se han convertido fundamentales en nuestra cultura democrática.

Consejo Judicial y del presidente del Tribunal Supremo. Por último se instauró el actual Consejo General del Poder Judicial, bajo la Constitución de 1978. *Cfr. ibid.*, pp. 20-26.

¹⁴² *Cfr. J. R. COSSÍO DÍAZ, Las atribuciones no jurisdiccionales de la Suprema Corte*, México, Porrúa, 2002.

¹⁴³ *Vid. los comentarios de I. BURGOA ORIHUELA, «Evaluación crítica de la Reforma Judicial Federal zedillista», en Ars Juris núm. 13 Reforma Judicial*, Universidad Panamericana, 1995, p. 55. Este autor señala que el conjunto de facultades que se adscribían al propio Consejo lo convertían en un órgano hegemónico que estaría por encima de la Suprema Corte, en lo que a sus facultades corresponde, resultando que la intervención de los Poderes Ejecutivo y Legislativo pugnaría con el espíritu del artículo 49 constitucional.

¹⁴⁴ M. MELGAR ADALID, *La justicia electoral*, Cuadernos para la Reforma de la Justicia, núm. 6, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1999, pp. 51-66.

¹⁴⁵ El Tribunal Electoral tuvo como antecedentes al Tribunal de lo Contencioso Electoral entendido como un órgano autónomo de carácter administrativo dotado de plena autonomía para resolver los recursos de apelación y queja. Este tribunal se integraba por siete magistrados supernumerarios y dos supernumerarios, nombrados por la Cámara de Diputados, a propuesta de los partidos políticos. En 1990 se estableció el Tribunal Federal Electoral, como órgano jurisdiccional autónomo en la materia electoral, siendo sus resoluciones obligatorias y únicamente los Colegios Electorales podían modificarlas o revocarlas. En 1993 se modificó el artículo 41 de la Constitución, estableciendo que ese tribunal sería autónomo y la máxima autoridad jurisdiccional en la materia. Posteriormente se reformó la Constitución en 1996, incorporando al Tribunal Electoral dentro del Poder Judicial de la Federación.

Por último, debe mencionarse que el artículo 1.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación establece tres supuestos adicionales a los previstos en el artículo 94 constitucional en cuanto a los órganos que ejercen el Poder Judicial de la Federación. Se trata del jurado federal de ciudadanos y «los tribunales de los Estados y del Distrito Federal en los casos previstos por el artículo 107, fracción XII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los demás en que, por disposición de la ley deban actuar en auxilio de la Justicia Federal».

Por lo que hace al Jurado Popular, si bien tiene antecedentes en las Constituciones de 1857 y en 1917, con cierta actividad en el siglo pasado, lo cierto es que ha caído completamente en desuso¹⁴⁶, no obstante regularse su funcionamiento en el artículo 308 del Código Federal de Procedimientos Penales: «En los casos de la competencia del Jurado Popular Federal, formuladas las conclusiones del Ministerio Público y de la defensa, el tribunal que conozca del proceso señalará día y hora para la celebración del juicio, dentro de los quince siguientes, y ordenará la insaculación y sorteo de los jurados».

B) El Consejo de la Judicatura Federal

Como se ha comentado, fruto de las reformas constitucionales de 31 de diciembre de 1994 se crea el Consejo de la Judicatura Federal, con la finalidad de aliviar la carga administrativa que tenía la Suprema Corte, otorgándole otras dos facultades, vigilar y disciplinar; es decir, y siguiendo una teoría de la responsabilidad del Estado, el Poder Judicial tiene en el Consejo de la Judicatura un órgano de autocontrol y auto-fiscalización que lo ayudarán a un mejor desempeño de la tarea jurisdiccional; una especie de contraloría general que le permite a la Suprema Corte enfocarse a los asuntos relevantes y que la van perfilando hacia su adecuación como Tribunal Constitucional, por lo que el Consejo vigila y, en su caso, disciplina a los integrantes del Poder Judicial Federal (magistrados, jueces y personal de juzgados de distrito y tribunales de circuito), con excepción de la Suprema Corte y del Tribunal Electoral¹⁴⁷.

A partir de 1999, el Consejo de la Judicatura Federal es «un órgano del Poder Judicial de la Federación con independencia técnica, de gestión y para emitir sus resoluciones», de conformidad con el nuevo texto del primer párrafo del artículo 100 constitucional, y deja de mencionarse en el primer párrafo del artículo 94 constitucional entre los órganos depositarios del Poder Judicial Federal, ya que se estimó que no tenía funciones jurisdiccionales¹⁴⁸. El Consejo ha contribuido entre otras cuestiones a la profesionalización de la carrera judicial, a crear una cultura de la responsabilidad de los funcionarios judiciales, a lograr la independencia del poder judicial, y a alcanzar una mejor distribución de las competencias y cargas de trabajo en los tribunales federales.

¹⁴⁶ Cfr. E. RABASA, «El Jurado popular en las Constituciones de 1857 y 1917», en *Liber ad honorem Sergio García Ramírez*, t. 1, México, UNAM, 1998; F. SODI, *El jurado resuelve*, México, Porrúa, 2001.

¹⁴⁷ Para algunos autores la labor más importante además de la fiscalización es lograr la autonomía e independencia; cfr. S. VALLS HERNÁNDEZ, *Consejo de la Judicatura Federal modernidad en la impartición de justicia*, México, Poder Judicial de la Federación, 2001, p. 19.

¹⁴⁸ Cfr. *Exposición de motivos* de la reforma constitucional de 11 de junio de 1999.

Como lo ha señalado la doctrina¹⁴⁹, el Consejo de la Judicatura es un modelo europeo que en las últimas décadas ha tenido un auge importante en América Latina. Los primeros países en Europa que adoptaron este sistema después de la Segunda Posguerra fueron Francia, Italia y Portugal; posteriormente Turquía, Grecia y España, y más reciente Bulgaria y Rumania. En nuestro continente los primeros intentos los hicieron países como Perú, Brasil, Uruguay, Colombia y Venezuela; y después El Salvador, Panamá, Costa Rica, Colombia, Paraguay, Ecuador, Bolivia y Argentina. En México hay dos antecedentes estatales en 1988, como son los casos de los estados de Sinaloa y Coahuila que establecieron consejos, con independencia de otros antecedentes nacionales¹⁵⁰.

Es importante mencionar que el Consejo de la Judicatura funciona a través de órganos auxiliares que lo conforman, a saber, el Instituto Federal de Defensoría Pública; el Instituto de la Judicatura; la Visitaduría Judicial; la Contraloría del Poder Judicial de la Federación; y el Instituto Federal de Especialistas en Concursos Mercantiles¹⁵¹.

El germen legislativo de la reforma constitucional en materia del juicio de amparo, de 6 de junio de 2011, propuso una modificación al penúltimo párrafo al artículo 100 constitucional. La finalidad de esta reforma consistía en establecer nuevos supuestos de excepción a los principios de inatacabilidad y definitividad de las resoluciones y decisiones del Consejo de la Judicatura Federal, que consistirían en aquellos casos en que se trate de resoluciones que afecten derechos de personas ajenas al Poder Judicial de la Federación, resoluciones en materia laboral y resoluciones que se refieran a los cambios de adscripción de jueces y magistrados; suprimiéndose además la limitante establecida a la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el sentido de que ésta sólo podía verificar que hubiesen sido adoptadas conforme a las reglas que estableciera la Ley Orgánica respectiva; sin embargo, el 7 de diciembre de 2010 en la discusión de la Cámara Revisora, se adoptó una reserva respecto a la modificación del párrafo señalado, centrandó su argumento en que la modificación haría totalmente nulatorio el papel del Consejo de la Judicatura¹⁵². De esa guisa se desprende que la Cámara revisora aprobó por 275 votos la eliminación del proyecto de decreto el artículo 100 y, por consiguiente, en los términos de la ley y de la Constitución General de la República quedaron aprobados en lo general y en lo particular el proyecto de decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de los artículos 94, 103, 104 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

¹⁴⁹ H. FIX-ZAMUDIO y H. FIX-FIERRO, *El Consejo de la Judicatura*, Cuadernos para la Reforma de la Justicia, UNAM, 1996, pp. 11 y ss.

¹⁵⁰ Cfr. M. MELGAR ADALID, *El Consejo de la Judicatura Federal*, México, Porrúa, 1997, p. 197; R. GIL RENDÓN, *El Ombudsman en el Derecho constitucional comparado*, México, McGraw-Hill, 2001.

¹⁵¹ Estos órganos son de carácter administrativo con cierto grado de descentralización y autonomía técnica para tener mayor flexibilidad pero dependientes del Consejo. M. MELGAR ADALID, *El Consejo de la Judicatura Federal*, México, Porrúa, 1997, p. 197.

¹⁵² Entre los criterios más reiterados por los integrantes de la Cámara de Diputados, fue que de aprobarse en sus términos el artículo 100, haría del Consejo de la Judicatura «[...] un órgano totalmente subordinado a las decisiones del pleno de la Suprema Corte, y en los hechos el Consejo de la Judicatura será un órgano administrativo del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y no el órgano constitucional que se estableció en el artículo 100 para vigilar, disciplinar y administrar al Poder Judicial de la Federación [...]».

C) Composición de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

En el texto original de la Constitución de 1917 se determinó que la Suprema Corte se compondría de once ministros y funcionaría siempre en Pleno, lo que representó un cambio importante con la Constitución antecesora de 1857, en tanto que establecía su composición con once ministros propietarios, cuatro supernumerarios, un fiscal y un procurador general.

En los siguientes años la Constitución se reformó para sumar el número de ministros a la estructura de la Suprema Corte a fin de abatir el rezago que afectaba la pronta impartición de justicia. La primera reforma aparece publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 20 de agosto de 1928, con la cual se sumaron cinco ministros, funcionando el Pleno con dieciséis miembros y las Salas con cinco cada una¹⁵³, las que se especializaron por materias, funcionando las Salas de lo Penal, de lo Civil y de lo Administrativo.

El juicio de amparo, hacia el año de 1934 se había convertido prácticamente en tercera instancia de todos los juicios¹⁵⁴, lo que incrementó el rezago existente y propició la reforma constitucional de 15 de diciembre de este año, aumentando nuevamente el número de ministros a veintiuno, creándose la Sala que conocería de lo laboral¹⁵⁵.

En el ámbito judicial, si bien era recibida con agrado la creación de una nueva sala, lo cierto es que continuó el escepticismo respecto de la ayuda que implicaría para reducir el número de casos, con lo que se proponía reducir las facultades de la Suprema Corte de Justicia relacionadas con las funciones de un tribunal ordinario. En la exposición de motivos se comenta que las restricciones que se fijaran al respecto no se traducirían en la disminución de las garantías individuales; por otro lado, desde esta época se consideró que hacía falta una ley especial que regulara las controversias constitucionales, pues el *Código Federal*

¹⁵³ Con la división del funcionamiento de la Suprema Corte en Pleno o Salas se pretendía, conforme a la exposición de motivos, su evolución constitucional, pues se marcaban dos funciones perfectamente deslindadas: la que se contraía a revisar las sentencias de los tribunales inferiores, y aquella en que actuaba como uno de los Poderes de la Federación.

¹⁵⁴ En el Informe de Labores de 1934, el ministro presidente, Francisco Ruiz, acotó: «... Se ha desnaturalizado el amparo por los litigantes, al pretender obligar a la Suprema Corte a que resuelva cuestiones de carácter civil o penal, en lugar de que se ocupe, exclusivamente, de cuestiones de carácter constitucional. Se ha desconocido la naturaleza del juicio de amparo, al usarlo como el remedio universal para corregir todas las irregularidades cometidas en un juicio, aun aquellas contra las que, por su poca importancia, ni la legislación del fuero común concede recurso alguno. Se ha abusado del juicio de amparo al interponerlo contra todo acto o disposición de autoridad administrativa, que no es del agrado del interesado, invocando violaciones de garantías individuales que sólo existen en la imaginación del promovente. Y es claro que para revisar la mayoría de las resoluciones de todos los tribunales y jueces de la República, aun el de más humilde categoría, y para juzgar en definitiva de la constitucionalidad de un sinnúmero de actos o disposiciones de todas las autoridades administrativas del país, son notoriamente insuficientes quince ministros, agrupados en tres Salas. Los amparos se multiplican prodigiosamente, las actividades de los ministros se agotan y el fatídico rezago crece hasta alcanzar proporciones alarmantes». Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Informe de Labores*, 1934, sección primera, pp. 4-5.

¹⁵⁵ Esta reforma, además de su fuerte repercusión en materia constitucional, obedeció al replanteamiento jurídico que en materia del trabajo se estaba suscitando, lo que se corrobora con la reforma en esa materia que apenas dos días antes se había llevado a cabo relativa al 13 de diciembre de 1934. *Cfr. ibid.*

de *Procedimientos Civiles* no permitía una aplicación propia para esta clase de asuntos ¹⁵⁶.

Al igual que las anteriores reformas constitucionales, con la reforma de 1951 se pretendió disminuir el gran número de asuntos sin resolver, con lo que se hicieron cambios estructurales a la Suprema Corte, creándose la Sala Auxiliar integrada por cinco ministros supernumerarios ¹⁵⁷, los cuales no formarían parte del Pleno, para evitar que se convirtiera en un cuerpo político, lo que se pensaba pudiera ocurrir fácilmente cuando se trata de un grupo numeroso ¹⁵⁸.

Derivado de las reformas constitucionales de 1967 se estableció que los ministros supernumerarios suplirían a los numerarios en el Pleno. En la exposición de motivos se señala que esta Sala Auxiliar coadyuvaría a la solución del rezago de las otras salas, así como del Pleno.

En el año de 1994 la Suprema Corte se consolidó como un Tribunal Constitucional desde su concepción material, al ampliar sus facultades constitucionales y los alcances de sus fallos ¹⁵⁹. La reforma constitucional zedillista regresó a la antigua fórmula de once ministros, los cuales resolverían las causas en Pleno y Salas ¹⁶⁰.

En la actualidad la organización de la Suprema Corte de Justicia se desarrolla detalladamente en la *Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación*, existiendo dos periodos de sesiones al año; el primero comienza el primer día hábil del mes de enero y termina el último día hábil de la primera quincena del mes de julio; el segundo inicia el primer día hábil del mes de agosto y concluye el último día hábil de la primera quincena del mes de diciembre.

El Pleno se compone de la totalidad de los ministros, siendo suficiente la presencia de siete miembros para su funcionamiento, con excepción de los casos previstos para las controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad, previstas en el artículo 105 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, fracción I, penúltimo párrafo y fracción II, en los que se requerirá la presencia de al menos ocho. Las sesiones ordinarias de la Suprema Corte de Justicia funcionando en Pleno se celebran dentro de los dos periodos de sesiones aludidos, en los días y horas que el propio órgano fije mediante acuerdos generales.

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia puede sesionar de manera extraordinaria, aún en los periodos de receso, a solicitud de cualquiera de sus miem-

¹⁵⁶ Cfr. *ibid.*, pp. 5-9.

¹⁵⁷ La figura de los ministros supernumerarios no era nueva en el ordenamiento constitucional mexicano, en tanto que el artículo 91 de la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1857 se estableció que habría cuatro ministros supernumerarios.

¹⁵⁸ Cfr. *Exposición de motivos* de la reforma constitucional de 19 de febrero de 1951.

¹⁵⁹ En la exposición de motivos se comentó que el consolidar a la Suprema Corte como Tribunal de constitucionalidad: «... exige tomar mayor fuerza a sus decisiones, exige ampliar su competencia para emitir declaraciones sobre la constitucionalidad de leyes que produzcan efectos generales, para dirimir controversias entre los tres niveles de Gobierno para funcionar como garante del federalismo».

¹⁶⁰ En la correspondiente exposición de motivos, se destacó que la reducción del número de ministros no generaría un nuevo rezago, en tanto que con esta reforma un órgano distinto conocería de las competencias administrativas de ese Alto Tribunal, con lo cual los ministros tendrían la oportunidad de dedicar mayor tiempo a resolver los asuntos de carácter jurisdiccional, haciendo posible que se incrementara el número de sesiones del Pleno. Al reducir el número de miembros se facilitaría la deliberación colectiva y una interpretación coherente de la Constitución. Cfr. *id.*

bros. La solicitud debe ser presentada al presidente de la Suprema Corte de Justicia a fin de que emita la convocatoria correspondiente.

El presidente de la Suprema Corte de Justicia designa a los secretarios auxiliares de acuerdos y a los actuarios que fueren necesarios para el despacho de los asuntos de la Suprema Corte de Justicia, así como el personal subalterno que fije el presupuesto. Los secretarios de estudio y cuenta son designados por los correspondientes ministros.

El secretario general de acuerdos, el subsecretario general de acuerdos, los secretarios auxiliares de acuerdos, los secretarios de estudio y cuenta y los actuarios, deben contar con título oficial en la licenciatura de Derecho, además gozar de buena reputación y no haber sido condenados por delito intencional con sanción privativa de libertad mayor de un año (requisitos adecuados al principio de elegibilidad de servidores públicos); el subsecretario y los secretarios de estudio y cuenta, así como el secretario general de acuerdos, deben tener, además, por lo menos tres y cinco años de práctica profesional, respectivamente, preferentemente en el Poder Judicial de la Federación.

En la Ley Orgánica existe además una detallada reglamentación sobre la actividad del ministro presidente, quien dura en su encargo cuatro años; así como del funcionamiento de las dos Salas, compuestas por cinco ministros, bastando la presencia de cuatro para funcionar. Las sesiones y audiencias de las Salas se determinan mediante acuerdos generales. Cada Sala designa, a propuesta de su presidente, a un secretario y subsecretarios de acuerdos, y efectúa los nombramientos de los secretarios auxiliares de acuerdos, actuarios y personal subalterno que fije el presupuesto, y resolverá lo relativo a las licencias, remociones, suspensiones y renunciaciones de todos ellos¹⁶¹.

D) La publicidad de las sesiones

La redacción de este principio no ha sufrido cambios substanciales desde el texto original de 1917, sino más bien las interpretaciones derivadas del mismo en algunos casos han sido restringidas y en otras amplias. La regla general es la publicidad en las sesiones, con la excepción de que se pueda afectar la moral o el interés público, con lo cual serán secretas (la ley orgánica habla de privadas).

Por sesiones públicas no se entiende la oralidad en los alegatos por parte de las partes, ni se refiere al principio de inmediatez, sino a la manera en que los ministros discuten los asuntos sometidos a su conocimiento, es decir, la discusión y resolución de los mismos debe ser pública y no a puerta cerrada.

El Poder Judicial Federal ha observado una curva que lo lleva a una gradual apertura en sus actividades y sobre todo a sus resoluciones, y existe una preocupación cada vez mayor en la manera en que dan a conocer los fallos a la sociedad¹⁶². En los años precedentes al 2005 la generalidad de las discusiones

¹⁶¹ En general, en cuanto a la estructura y funcionamiento de la Suprema Corte, *vid.*, J. CARRANCO ZÚÑIGA, *Poder judicial, op. cit.*, pp. 167 y ss.

¹⁶² J. R. COSSÍO DÍAZ, J. L. SOBERANES FERNÁNDEZ y E. VILLANUEVA VILLANUEVA, *El poder judicial de la federación y los medios de comunicación*, México, Porrúa, 2002.

correspondía a sesiones privadas, siendo que en las públicas normalmente se tomaba sólo la votación correspondiente de los ministros.

A partir del 2005 las sesiones del pleno comenzaron a ser públicas en su generalidad, invirtiendo la regla seguida en los años anteriores, y de forma posterior bajo un esquema innovador se comenzaron a transmitir en vivo por televisión e internet ¹⁶³, tres veces por semana (lunes, martes y jueves). Lo anterior es acorde con una tendencia mundial hacia el acceso a la información pública ¹⁶⁴, en concreto a la publicidad de la actividad judicial siempre que no afecte a terceros o el orden público ¹⁶⁵.

Si bien la transmisión en vivo de las sesiones del Pleno de la Suprema Corte ha sido considerada como positiva por la opinión pública en términos generales, existen algunos señalamientos importantes, como el que expresa FIX-ZAMUDIO ¹⁶⁶:

«En cuanto a la discusión pública de las sentencias, se sigue la costumbre establecida por la Suprema Corte de Justicia, que interpretó el cuarto párrafo del artículo 94 de la Carta Federal [...]. Las distintas leyes orgánicas del Poder Judicial de la Federación expedidas durante la vigencia de la Constitución de 1917 (actualmente arts. 6.º y 16 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1995), reiteran el precepto constitucional, pero no exigen que la discusión de los fallos sea pública, pero ésta ya se ha vuelto una costumbre, en contra de la práctica de la mayoría de los tribunales del mundo, en los cuales la publicidad radica en las audiencias en las que intervienen las partes y eventualmente los jueces y magistrados formulan preguntas a los abogados respecto de los argumentos expresados por éstos en las propias audiencias, *pero el debate del fallo es secreto*. Desde nuestro particular punto de vista, *la discusión pública del fallo carece de un fundamento serio y se convierte en una mesa redonda que retrasa la sentencia*, en tanto que las partes no tienen intervención, al menos ante la Suprema corte y los tribunales superiores locales mexicanos que siguen esta práctica» (cursivas nuestras).

El artículo 6.º de la *Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación* establece aquellos supuestos en que las sesiones serán públicas, las cuales son relativas a las funciones jurisdiccionales del Tribunal Pleno; asimismo señala que deben ser privadas, las señaladas en el artículo 11 de la citada ley, destacando las siguientes:

- La elección de su presidente, y conocer y aceptar, en su caso, su renuncia a dicho cargo.
- La resolución de las quejas administrativas relacionadas con los integrantes o con el personal de la Suprema Corte de Justicia, previo dictamen de su presidente, incluyendo aquellas que versen sobre la violación a los impedimentos previstos en el artículo 101 de la Constitución Federal.

¹⁶³ La primera transmisión se efectuó el 16 de junio de 2005.

¹⁶⁴ Justamente la propuesta de Carlos María Cárcova para evitar un derecho desconocido al ciudadano común y corriente, *La opacidad del Derecho*, Madrid, Trotta, 1998.

¹⁶⁵ M. J. PÉREZ GARCÍA, *Las resoluciones judiciales y su publicidad a través de las nuevas tecnologías*, Universidad Autónoma de Madrid, Zaragoza, Red Legal para la Sociedad de la Información (LEFIS), 1999.

¹⁶⁶ H. FIX-ZAMUDIO, *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, 2.ª ed., México, Porrúa-UNAM, 2011, p. 441.

- La resolución de las revisiones administrativas relativas a la designación, adscripción, ratificación y remoción de magistrados y jueces.
- La determinación de las adscripciones de los ministros a las Salas y realizar los cambios necesarios entre sus integrantes con motivo de la elección del presidente de la Suprema Corte.
- El nombramiento de los comités que sean necesarios para la atención de los asuntos de su competencia.
- La designación de su representante ante la Comisión Substanciadora Única del Poder Judicial de la Federación.
- El nombramiento, a propuesta del presidente de la Suprema Corte de Justicia, del secretario general de acuerdos, el subsecretario general de acuerdos y el titular de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, así como la resolución sobre las renunciaciones que presenten a sus cargos, la remoción por causa justificada, la suspensión cuando lo juzgue conveniente para el buen servicio o por vía de corrección disciplinaria, y la formulación de denuncia o querrela en los casos en que aparecieren involucrados en la comisión de un delito.
- El apercibimiento, amonestación e imposición de multas de hasta ciento ochenta días del importe del salario mínimo general vigente en el Distrito Federal al día de cometerse la falta, a los abogados, agentes de negocios, procuradores o litigantes, cuando en las promociones que se hagan ante la Suprema Corte de Justicia funcionando en Pleno falten al respeto o a algún órgano o miembro del Poder Judicial de la Federación.

Los avances que se han suscitado en materia de publicidad de las sesiones, especialmente en las sesiones del pleno, de forma tangible contribuirán en el desarrollo de la ciencia jurídica en México, explicitando a la sociedad la forma en que se deciden las controversias, lo cual generará mayor confianza en el sistema de impartición de justicia a nivel federal. Sin embargo, un aspecto negativo es que el llamado «engrose» de sentencia (documento definitivo que es realmente el que vincula), en ocasiones tarda meses en aprobarse y dicho documento sentencia queda más bien para el análisis de los especialistas, más que de la opinión pública en general.

E) Funcionamiento del Poder Judicial de la Federación y responsabilidades de sus servidores públicos

El texto constitucional remite a las leyes respectivas para que regulen de forma específica la competencia del Poder Judicial, con base en el principio implícito en nuestro ordenamiento relativo a que la autoridad sólo puede realizar aquellas funciones que le están legalmente permitidas; en el entendido también que cuando deja de cumplirlas o abusa de sus facultades, excediéndose en el ejercicio de la autoridad, incurre en responsabilidad, lo cual también está determinado y sancionado por la Constitución y por las leyes respectivas¹⁶⁷.

¹⁶⁷ Desde la Constitución de 1857 el Poder Judicial Federal encuentra su naturaleza y funciones a partir de la Carta Magna. Cfr. J. PALLARES, *El poder judicial o tratado completo de la organización, competencia y procedimientos de los tribunales de la república mexicana*, ed. fcs. (1874), SCJN, 2003, p. 38.

Dentro de las leyes que establecen las competencias de los órganos del Poder Judicial, una de las más importantes es la *Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación* de 1995. El artículo 10 establece las facultades jurisdiccionales de la Suprema Corte funcionando en Pleno, entre las cuales destaca su conocimiento en los siguientes asuntos:

- De las controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad.
- Del recurso de revisión en el juicio de amparo, en los siguientes casos:
 - a) Cuando subsiste en el recurso el problema de constitucionalidad de normas generales, si en la demanda de amparo se impugnó una ley federal, local, del Distrito Federal, o un tratado internacional, por haber sido estimados directamente violatorios de un precepto de la Constitución.
 - b) Cuando se ejercita la facultad de atracción para conocer de un amparo en revisión que por su interés y trascendencia así lo amerita.
 - c) Cuando se trata del llamado amparo soberanía.
- Del recurso de revisión contra sentencias que en amparo directo pronuncian los tribunales colegiados de circuito, cuando habiéndose impugnado la inconstitucionalidad de una ley federal, local, del Distrito Federal o de un tratado internacional, o cuando en los conceptos de violación se haya planteado la interpretación directa de un precepto de la Constitución, dichas sentencias decidan u omitan decidir sobre tales materias, debiendo limitarse en estos casos la materia del recurso a la decisión de las cuestiones propiamente constitucionales.
- Del recurso de reclamación contra las providencias o acuerdos del presidente de la Suprema Corte de Justicia.
- De las excusas e impedimentos de los ministros, en asuntos de la competencia de la Suprema Corte de Justicia funcionando en Pleno.
- De la separación del cargo y consignación ante el juez de distrito, tratándose de la autoridad responsable cuando una vez concedido el amparo insiste en la repetición del acto o trata de eludir la sentencia.
- De las denuncias de contradicción entre tesis sustentadas por las Salas de la Suprema Corte de Justicia, o por los tribunales colegiados de circuito cuando se trate de asuntos que por razón de la materia no sean de la competencia exclusiva de alguna de las Salas, o por el Tribunal Electoral.
- De los conflictos de trabajo suscitados con sus propios servidores.
- De los juicios de anulación de la declaratoria de exclusión de los Estados del Sistema Nacional de Coordinación Fiscal, y de los juicios sobre cumplimiento de los convenios de coordinación celebrados por el Gobierno Federal con los Gobiernos de los Estados o el Distrito Federal.

Por su parte, el artículo 11 de la ley prevé facultades de índole administrativa y algunas jurisdiccionales, de estas últimas destacan las funciones de:

- Resolver sobre las quejas administrativas relacionadas con los integrantes o con el personal de la Suprema Corte de Justicia.
- Resolver de las revisiones administrativas sobre la designación, adscripción, ratificación y remoción de magistrados y jueces.

La competencia de las Salas de la Suprema Corte se encuentra regulada en el artículo 21 de la ley, de entre las cuales resultan relevantes:

- Los recursos de apelación interpuestos en contra de las sentencias dictadas por los jueces de distrito en aquellas controversias ordinarias en que la Federación sea parte, que por su interés y trascendencia así lo ameriten.
- El recurso de revisión en amparo contra sentencias pronunciadas en la audiencia constitucional por los jueces de distrito o tribunales unitarios de circuito, en los siguientes casos:
 - a) Cuando subsista en el recurso el problema de constitucionalidad, si en la demanda de amparo se hubiese impugnado un reglamento federal expedido por el presidente de la República, o reglamentos expedidos por el gobernador de un Estado o por el jefe del Distrito Federal, por estimarlos directamente violatorios de un precepto de la Constitución o si en la sentencia se establece la interpretación directa de un precepto de la misma.
 - b) Cuando se ejercita la facultad de atracción tratándose de las fracciones II y III del artículo 103 de la Constitución, para conocer de un amparo en revisión que por su interés y trascendencia así lo amerite.
- El recurso de revisión contra sentencias que en amparo directo pronuncian los tribunales colegiados de circuito: cuando habiéndose impugnado la constitucionalidad de un reglamento federal expedido por el presidente de la República, o de reglamentos expedidos por el gobernador de un Estado o por el jefe del Distrito Federal, o en los conceptos de violación se haya planteado la interpretación directa de un precepto de la Constitución se haya decidido o se omita decidir sobre la misma inconstitucionalidad o interpretación constitucional.
- El recurso de reclamación contra los acuerdos de trámite dictados por su presidente.
- Las controversias que por razón de competencia se suscitan entre los tribunales de la Federación, entre éstos y los de los Estados o del Distrito Federal, entre los de un Estado y los de otro, entre los de un Estado y los del Distrito Federal, entre cualquiera de éstos y los militares; aquellas que le correspondan a la Suprema Corte de Justicia de acuerdo con la Ley Federal del Trabajo, así como las que se suscitan entre las juntas de conciliación y arbitraje, o las autoridades judiciales, y el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje.
- Las controversias que por razón de competencia se suscitan entre tribunales colegiados de circuito; entre un juez de distrito y el tribunal superior de un Estado o del Distrito Federal, entre tribunales superiores de distintos Estados, o entre el tribunal superior de un Estado y el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, en los juicios de amparo a que se refieren la ley de la materia.
- Las denuncias de contradicción entre tesis que sustentan dos o más tribunales colegiados de circuito.
- El reconocimiento de inocencia.

Es importante señalar que la Suprema Corte en uso de sus facultades para emitir acuerdos generales ha determinado que algunos de los supuestos señala-

dos con anterioridad relativos a asuntos competencia del Pleno o de las Salas, serán conocimiento de las Salas o bien de los Tribunales Colegiados de Circuito, respectivamente.

La competencia de los Tribunales Unitarios se encuentra en el artículo 29 de la citada ley, teniendo estos órganos jurisdiccionales funciones principalmente de segunda instancia en los juicios federales y en pocos casos llegan a conocer del juicio de amparo. Entre los principales asuntos que conocen se encuentran:

- De los juicios de amparo promovidos contra actos de otros tribunales unitarios de circuito, que no constituyen sentencias definitivas, en términos de lo previsto por la Ley de Amparo respecto de los juicios de amparo indirecto promovidos ante juez de distrito.
- De la apelación de los asuntos conocidos en primera instancia por los juzgados de distrito.
- De la calificación de los impedimentos, excusas y recusaciones de los jueces de distrito, excepto en los juicios de amparo.

Los Tribunales Colegiados de Circuito predominantemente resuelven sobre el juicio de amparo, si se trata de amparo directo resuelven en primera instancia y en revisión en segunda instancia, con la excepción de aquellas revisiones en que conoce la Suprema Corte de Justicia; el artículo 37 de la Ley Orgánica establece los supuestos de su competencia de estos órganos, destacándose su conocimiento de los siguientes casos:

- De los juicios de amparo directo contra sentencias definitivas, laudos o contra resoluciones que pongan fin al juicio por violaciones cometidas en ellas o durante la secuela del procedimiento.
- Del recurso de queja en los casos que determine la ley.
- De los recursos de revisión en contra de las sentencias dictadas en amparo indirecto, en los casos que así lo determine la ley y los Acuerdos de la Suprema Corte.
- De los conflictos de competencia que se susciten entre tribunales unitarios de circuito o jueces de distrito de su jurisdicción en juicios de amparo.
- De los impedimentos y excusas que en materia de amparo se suscitan entre jueces de distrito, y en cualquier materia entre los magistrados de los tribunales de circuito, o las autoridades a que se refiere el artículo 37 de la Ley de Amparo.
- De los recursos de reclamación determinados por la Ley de Amparo.

Los jueces de distrito a su vez conocen de aquellos asuntos federales en primera instancia y del juicio de amparo indirecto; existen jueces que conocen de todas las materias o bien especializados en materia penal, civil, administrativa y del trabajo; asimismo, en materia penal pueden existir jueces de distrito especializados en procesos penales federales y otros especializados en amparo, como sucede en el primer circuito (Distrito Federal); su competencia se encuentra determinada predominantemente en los artículos 50 al 55 de la Ley Orgánica.

Además de la Ley Orgánica, existen otros ordenamientos que fijan la competencia de todos los órganos citados, como lo son la Ley de Amparo o la Ley

Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución, entre otras, que pueden prever diversos supuestos competenciales.

Como se señaló en líneas anteriores, el Tribunal Electoral se incorporó al Poder Judicial de la Federación en el año de 1996, de tal suerte que la Ley Orgánica fue adicionada en ese año para determinar las funciones de este Tribunal, el cual se compone de la Sala Superior (siete magistrados) y las Salas Regionales (cinco salas, cada una compuesta por tres magistrados).

A la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, conforme al artículo 189 de la Ley Orgánica, le corresponde conocer y resolver, en forma definitiva e inatacable, entre otras cuestiones de:

- Los juicios de inconformidad, en única instancia, que se presenten en contra de los cómputos distritales de la elección de presidente de los Estados Unidos Mexicanos.
- Los recursos de reconsideración a que se refiere el párrafo 3.º del artículo 60 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que en segunda instancia se presenten en contra de las resoluciones de las Salas Regionales recaídas a los medios de impugnación previstos en la ley de la materia en las elecciones federales de diputados y senadores.
- Los recursos de apelación, en única instancia, que se presenten en contra de actos y resoluciones del Consejo General, del consejero presidente, de la Junta General Ejecutiva del Instituto Federal Electoral, así como el informe que rinda la Dirección Ejecutiva del Registro Federal de Electores a la Comisión Nacional de Vigilancia y al Consejo General del Instituto, relativo a las observaciones hechas por los partidos políticos a las listas nominales de electores en los términos de las leyes aplicables.
- Los recursos de apelación, en única instancia, que se presenten en contra de actos y resoluciones de la autoridad electoral federal, durante el tiempo en que no se desarrollen procesos electorales federales, de conformidad con la ley de la materia.
- En los juicios de revisión constitucional electoral, en única instancia y en los términos previstos en la ley de la materia, por actos o resoluciones definitivos y firmes de las autoridades competentes para organizar, calificar o resolver las impugnaciones en los procesos electorales de las entidades federativas, que violen un precepto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y que puedan resultar determinantes para el desarrollo del proceso electoral respectivo o el resultado final de las elecciones de gobernadores, del jefe de Gobierno del Distrito Federal, de diputados locales y de diputados a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, así como de ayuntamientos o de los titulares de los órganos político-administrativos del Distrito Federal.
- Los juicios para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, en única instancia y en los términos de la ley de la materia, que se promuevan por violación a los derechos de votar y ser votado en las elecciones populares, asociarse individual y libremente para tomar parte en forma pacífica en los asuntos políticos.
- Los conflictos o diferencias laborales entre el Tribunal Electoral y sus servidores.

- Los conflictos o diferencias laborales entre el Instituto Federal Electoral y sus servidores.

Por su parte, las Salas Regionales del Tribunal Electoral, en términos del artículo 195 de la ley, son competentes, entre otros casos, para:

- Conocer y resolver durante la etapa de preparación de la elección en los procesos federales ordinarios, en única instancia y en forma definitiva e inatacable, los recursos de apelación que se presenten en contra de actos y resoluciones de la autoridad electoral federal, con excepción de los del Consejo General, del consejero presidente o de la Junta General Ejecutiva del Instituto Federal Electoral.
- Conocer y resolver los juicios de inconformidad que se presenten en las elecciones federales de diputados y senadores, durante la etapa de resultados y declaraciones de validez de las elecciones en los procesos federales ordinarios.
- Conocer y resolver, en única instancia y en forma definitiva e inatacable en los términos de la ley de la materia, los juicios para la protección del derecho político-electoral de votar del ciudadano, que sean promovidos con motivo de los procesos electorales federales ordinarios.

Además, con las recientes del 1 de julio de 2008 al citado artículo de las impugnaciones por la determinación y, en su caso, aplicación de sanciones impuestas por los órganos centrales del Instituto a ciudadanos, partidos políticos, organizaciones o agrupaciones políticas o de ciudadanos, observadores y cualquier otra persona física o moral, pública o privada, en los términos de la ley de la materia reformas.

Al igual que los otros órganos del Poder Judicial de la Federación, el Tribunal Electoral es competente de otros casos contenidos en las leyes o incluso en el Reglamento Interno del Tribunal.

El segundo tema que se aborda en este apartado es el relativo al régimen de responsabilidad de los servidores públicos del Poder Judicial de la Federación. El marco normativo lo determina la Constitución en el quinto párrafo del artículo 94, el cual hace referencia a las bases que se establecen en el texto fundamental que se encuentran en los artículos 109 y 113, a las cuales han de apegarse las leyes. Asimismo, debe destacarse la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos publicada el 13 de marzo de 2002¹⁶⁸, así como los Acuerdos que respectivamente han emitido el Pleno de la Suprema Corte y el Consejo de la Judicatura Federal.

Bajo esta normatividad se busca evitar aquellas acciones u omisiones que afecten la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia en el desempeño de los empleos, cargos o comisiones por parte de los servidores públicos. Las sanciones que se pueden aplicar consisten en el apercibimiento privado o público, amonestación privada o pública, suspensión, destitución e inhabilitación, así como sanciones de índoles económicas.

¹⁶⁸ Ha sido modificada en seis ocasiones: 31 de diciembre de 2004, 19 de diciembre de 2005, 3 de junio de 2006, 21 de agosto de 2006, 23 de enero de 2009 y 28 de mayo de 2009.

Son competentes para conocer de estos procedimientos tanto el Consejo de la Judicatura Federal como la Suprema Corte de Justicia de la Nación ¹⁶⁹.

F) Organización judicial

Con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, correspondía al Pleno de la Suprema Corte determinar el número, la división en circuitos y jurisdicción territorial y especialización por materia de los tribunales colegiados y unitarios de circuito y de los juzgados de distrito. Ahora, esas atribuciones corresponden al Consejo de la Judicatura Federal, cuyo objeto principal sería el de la administración, vigilancia y disciplina del Poder Judicial de la Federación, con excepción de la Suprema Corte y el Tribunal Electoral.

El Consejo de la Judicatura Federal funciona en Pleno o a través de comisiones, las cuales son permanentes o transitorias, debiendo existir por lo menos la de administración, carrera judicial, disciplina, creación de nuevos órganos y la de adscripción. Cada Comisión debe contar con un miembro del Poder Judicial y los otros dos de entre los nombrados por el Ejecutivo y el Senado (art. 77 de la Ley Orgánica).

La Comisión de Creación de Nuevos Órganos se encuentra regulada en los artículos 64 y 65 del Acuerdo General 48/1998 del Consejo de la Judicatura Federal, siendo su función primordial la de proponer al Pleno la creación, reubicación geográfica y especialización de los órganos jurisdiccionales, así como los cambios en su jurisdicción territorial.

Dentro de las atribuciones de la Comisión de Creación de Nuevos Órganos resaltan las siguientes:

- Proponer al Pleno, para su aprobación, el número de circuitos en que se divida el territorio de la República, así como fijar sus límites territoriales.
- Proponer al Pleno, para su aprobación, el número y, en su caso, especialización por materia de los tribunales de circuito y juzgados de distrito que deban existir en cada uno de los circuitos a que se refiere la fracción anterior, así como la fecha de iniciación de funciones de éstos.
- Dictar las disposiciones necesarias tendientes a regular el turno de los asuntos de la competencia de los tribunales de circuito o de los juzgados de distrito, cuando en un mismo lugar haya varios de ellos.
- Proponer al Pleno, para su aprobación, los cambios de residencia de los órganos jurisdiccionales.
- Instruir al secretario ejecutivo del ramo para que solicite a los órganos jurisdiccionales y administrativos del Poder Judicial de la Federación, así como a instituciones ajenas a éste los informes que sean necesarios para el desempeño de sus funciones.
- Someter a consideración del Pleno los proyectos de acuerdos, por medio de los cuales se suspenda el turno de asuntos a determinado órgano jurisdiccional, por causas excepcionales.

¹⁶⁹ Cfr. H. FIX-ZAMUDIO y E. FERRER MAC-GREGOR, *Derecho de amparo*, México, Porrúa-UNAM, 2011, especialmente el capítulo «Decimoséptimo», relativo a la «Responsabilidad», pp. 233 y ss.

- Someter semestralmente a consideración del Pleno el proyecto de creación de órganos jurisdiccionales y estudios prioritarios de los circuitos que integran la República Mexicana.
- Coordinarse con la Comisión de Administración para la adecuada y pronta instalación y reubicación de los órganos jurisdiccionales.

El Consejo de la Judicatura Federal tiene la atribución de determinar el número y límites territoriales de los Circuitos en que se divide el territorio de la República Mexicana; y el número, la jurisdicción territorial y especialización por materia de los tribunales colegiados y unitarios de circuito y de los juzgados de distrito, con lo cual emitió el Acuerdo 16/1998, el cual quedó sin efectos con la emisión del Acuerdo 23/2001, habiendo sido modificado, este último, en ochenta y cuatro ocasiones por acuerdos posteriores.

El Acuerdo 11/2011, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 12 de mayo de 2011, establece los siguientes 32 circuitos en la República mexicana:

- I. PRIMER CIRCUITO: Distrito Federal.
- II. SEGUNDO CIRCUITO: Estado de México.
- III. TERCER CIRCUITO: Estado de Jalisco.
- IV. CUARTO CIRCUITO: Estado de Nuevo León.
- V. QUINTO CIRCUITO: Estado de Sonora, con excepción del municipio de San Luis Río Colorado.
- VI. SEXTO CIRCUITO: Estado de Puebla.
- VII. SÉPTIMO CIRCUITO: Estado de Veracruz, con excepción de los municipios mencionados en el Décimo Circuito,
- VIII. OCTAVO CIRCUITO: Estado de Coahuila de Zaragoza y los municipios de General Simón Bolívar, Gómez Palacio, Lerdo, Mapimí, Nazas, San Juan de Guadalupe, San Luis del Cordero, San Pedro del Gallo y Tlahualilo del Estado de Durango.
- IX. NOVENO CIRCUITO: Estado de San Luis Potosí.
- X. DÉCIMO CIRCUITO: Estado de Tabasco y los municipios de Acayucan, Agua Dulce, Coatzacoalcos, Cosoleacaque, Chinameca, Hidalgotitlán, Ixhuatlán del Sureste, Jáltipan, Jesús Carranza, Las Choapas, Mecayapan, Minatitlán, Moloacán, Nanchital de Lázaro Cárdenas del Río, Oluta, Oteapan, Pajapan, San Juan Evangelista, Sayula de Alemán, Soconusco, Soteapan, Tatahuicapan de Juárez, Texistepec, Uxpanapa y Zaragoza del Estado de Veracruz.
- XI. DECIMOPRIMER CIRCUITO: Estado de Michoacán.
- XII. DECIMOSEGUNDO CIRCUITO: Estado de Sinaloa y Archipiélago de las Islas Marías.
- XIII. DECIMOTERCER CIRCUITO: Estado de Oaxaca.
- XIV. DECIMOCUARTO CIRCUITO: Estado de Yucatán.
- XV. DECIMOQUINTO CIRCUITO: Estado de Baja California y municipio de San Luis Río Colorado del Estado de Sonora.
- XVI. DECIMOSEXTO CIRCUITO: Estado de Guanajuato.
- XVII. DECIMOSÉPTIMO CIRCUITO: Estado de Chihuahua.
- XVIII. DECIMOCTAVO CIRCUITO: Estado de Morelos.
- XIX. DECIMONOVENO CIRCUITO: Estado de Tamaulipas.
- XX. VIGÉSIMO CIRCUITO: Estado de Chiapas.

- XXI. VIGÉSIMO PRIMER CIRCUITO: Estado de Guerrero.
- XXII. VIGÉSIMO SEGUNDO CIRCUITO: Estado de Querétaro.
- XXIII. VIGÉSIMO TERCER CIRCUITO: Estado de Zacatecas.
- XXIV. VIGÉSIMO CUARTO CIRCUITO: Estado de Nayarit.
- XXV. VIGÉSIMO QUINTO CIRCUITO: Estado de Durango, con excepción de los municipios de General Simón Bolívar, Gómez Palacio, Lerdo, Mapimí, Nazas, San Juan de Guadalupe, San Luis del Cordero, San Pedro del Gallo y Tlahualilo.
- XXVI. VIGÉSIMO SEXTO CIRCUITO: Estado de Baja California Sur.
- XXVII. VIGÉSIMO SÉPTIMO CIRCUITO: Estado de Quintana Roo.
- XXVIII. VIGÉSIMO OCTAVO CIRCUITO: Estado de Tlaxcala.
- XXIX. VIGÉSIMO NOVENO CIRCUITO: Estado de Hidalgo.
- XXX. TRIGÉSIMO CIRCUITO: Estado de Aguascalientes.
- XXXI. TRIGÉSIMO PRIMER CIRCUITO: Estado de Campeche.
- XXXII. TRIGÉSIMO SEGUNDO CIRCUITO: Estado de Colima.

En la actualidad existen 222 tribunales colegiados de circuito, 88 tribunales unitarios de circuito y 367 juzgados de distrito. De estos órganos jurisdiccionales se encuentran especializados por materia 151 tribunales colegiados, 9 tribunales unitarios (todos del primer circuito) y 131 juzgados de distrito.

G) Plenos de Circuito

Con la última reforma al artículo 94 constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 6 de junio de 2011, se adiciona en el séptimo párrafo una facultad del Consejo de la Judicatura Federal, para que mediante la creación de acuerdos generales establezca *Plenos de Circuito*, atendiendo al número y especialización de los Tribunales Colegiados de Circuito, que pertenezcan al mismo circuito judicial.

En la iniciativa de reforma presentada el 19 de marzo de 2009 se establece que los Plenos de Circuito «[...] estarán integrados por los miembros de los mismos tribunales colegiados, que son los que de primera mano y de manera más cercana conocen la problemática que se presenta en sus propios ámbitos de decisión [...]»¹⁷⁰.

En lo que respecta a la competencia del Tribunal Constitucional, mantendrá la facultad para conocer de las controversias que se susciten:

- i) Entre Plenos de Circuito de distintos circuitos;
- ii) Entre Plenos de Circuito en materia especializada de un mismo Circuito, o
- iii) Entre tribunales colegiados de un mismo Circuito con diferente especialización.

¹⁷⁰ El 7 de diciembre de 2010, en la discusión del dictamen en la Cámara revisora, se manifestó que «en lo que se refiere a las contradicciones de tesis entre los Tribunales Colegiados de un mismo circuito se propone la creación de un nuevo órgano para su resolución: los plenos de circuito. Esta modificación está encaminada a homogeneizar los criterios hacia dentro de un circuito previniendo así que los tribunales diversos pertenecientes a la misma jurisdicción emitan criterios contradictorios».

Enfatizando así que la Suprema Corte de Justicia es el órgano terminal para homogeneizar las interpretaciones de los tribunales, evitando entonces una potencial dualidad y oposición entre la interpretación constitucional y la de legalidad.

Además de lo señalado, la importancia que revestirán los Plenos de Circuito se contempla en la iniciativa de reforma por la cual se crea una nueva Ley de Amparo, presentada en el Senado de la República el 15 de febrero de 2011, en la que se menciona que el principal objetivo es

«[...] fortalecer y perfeccionar la estructura del Poder Judicial de la Federación y consolidar a su órgano superior: la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como un tribunal garante de nuestra Constitución que pueda concentrarse en la resolución de los asuntos de importancia y trascendencia para la totalidad del ordenamiento jurídico nacional y del Estado mexicano en su conjunto [...]».

En esa lógica el mensaje es muy claro, se reconoce el fortalecimiento de los Tribunales Colegiados de Circuito y de sus integrantes como conformadores efectivos de los criterios de interpretación de la legalidad, fortaleciendo el papel de la Suprema Corte de Justicia de la Nación como Tribunal Constitucional¹⁷¹.

H) La administración de justicia federal y los acuerdos plenarios de la Suprema Corte

Mediante la reforma constitucional de 1987 se facultó al Tribunal Pleno para emitir acuerdos generales, con el objetivo de lograr una mayor prontitud en el despacho de los asuntos, mediante una adecuada distribución en las Salas; lo anterior para lograr una mayor prontitud en la impartición de justicia, pues independientemente de la especialización por materia de la Salas, con este sistema todas las Salas tendrían la competencia común para mantener el control de constitucionalidad en el país, de esta forma el Pleno tendría mayor flexibilidad para distribuir mejor los asuntos y así obtener una justicia pronta.

Con la reforma del artículo 94, en el año de 1999 se facultó al Pleno de la Suprema Corte para expedir adicionalmente acuerdos generales con el objeto de remitir asuntos a los Tribunales Colegiados de Circuito, para mayor prontitud en el despacho, sobre aquellos en que hubiese establecido jurisprudencia o aquellos en los que determinara para una mejor impartición de justicia.

El Acuerdo 5/2001 del Pleno de la Suprema Corte es considerado como un pilar en materia de remisión de asuntos a las Salas y a los Tribunales Colegiados, habiendo sufrido varias reformas por otros acuerdos posteriores hasta el más reciente aprobado el 6 de octubre de 2011.

Conforme al Acuerdo en mención se establece que la Primera Sala conocerá de las materias Penal y Civil, mientras que la Segunda Sala de las materias Administrativa y Laboral; asimismo prevé un listado de los asuntos que el Pleno conservará para su resolución, y los restantes serán conocimiento de las Salas.

¹⁷¹ Esta tendencia se advierte desde la reforma constitucional de 1987 y con mayor intensidad a partir de las reformas constitucionales de 1994, 1999 y 2011.

En el artículo 5.º se mencionan los supuestos en que los Tribunales Colegiados resolverán aquellos asuntos cuya competencia originaria corresponde a las Salas, destacando los siguientes:

- Los recursos de revisión en contra de sentencias pronunciadas por los jueces de distrito o los tribunales unitarios de circuito, cuando:
 - a) No obstante haberse impugnado una ley federal o un tratado internacional, por estimarlos directamente violatorios de un precepto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, o se hubiere planteado la interpretación directa de uno de ellos, en la sentencia recurrida no se hubiere abordado el estudio de esas cuestiones por haberse sobreseído en el juicio o habiéndose pronunciado sobre tales planteamientos, en los agravios se hagan valer causas de improcedencia.
Lo anterior se concretará sólo cuando el sobreseimiento decretado o los agravios planteados se refieran a la totalidad de los quejosos o de los preceptos impugnados, y en todos aquellos asuntos en los que la materia de la revisión no dé lugar a que, con independencia de lo resuelto por el Tribunal Colegiado de Circuito, deba conocer necesariamente la Suprema Corte de Justicia.
 - b) En la demanda se hubiere impugnado una ley local o un reglamento federal o local.
 - c) Habiéndose planteado la inconstitucionalidad de leyes federales, subsista la materia de constitucionalidad de las mismas, si resulta innecesaria la intervención de la Suprema Corte por no darse ninguno de los casos precisados en los puntos primero y segundo de este acuerdo, como los que de manera ejemplificativa se enuncian a continuación:

Se ha considerado bajo este esquema de acuerdos generales que ya sea el Pleno o las Salas tienen la competencia originaria para conocer determinada controversia, la cual deriva de la ley y, en su caso, las Salas o los Tribunales Colegiados por medio de los acuerdos tienen una competencia derivada para conocer y resolver el asunto correspondiente.

El Acuerdo 5/2001 ha sufrido modificaciones por los también Acuerdos plenarios 4/2002, 6/2003, 8/2003, 11/2005, 3/2008 y el instructivo aprobado el 6 de octubre de 2011; seguramente seguirá siendo motivo de modificaciones, especialmente con la entrada en vigor de la trascendental reforma constitucional en materia de amparo, publicada el 10 de junio de 2011 en el *Diario Oficial de la Federación*. Sin embargo, creemos que con la décima época¹⁷² debería emitirse un nuevo acuerdo que de claridad y certeza, en lugar de modificaciones sobre un Acuerdo Plenario que tiene más de una década en vigencia y que pertenece a la época anterior (novena) del *Semanario Judicial de la Federación*.

Para el recientemente fallecido ministro de la Suprema Corte, José de Jesús Gudiño Pelayo, esta «transferencia de facultades» desde la Suprema Corte, que comenzó en 1994, cuyo antecedente fue en 1988, son la clave de toda la reforma y de la configuración de la Suprema Corte como un Tribunal Constitucional,

¹⁷² Cfr. el Acuerdo General 12/2011, de 10 de octubre de 2011, del Pleno de la SCJN, por el que se determinan las bases de la décima época del *Semanario Judicial de la Federación*.

cuestión que consolidó la reforma de 1999 y motivó la inserción de este párrafo. Señala que la «modificación en este aspecto de la reforma, consistió en adicionar una facultad al Pleno de la Suprema Corte, muy similar a la que tiene su homóloga norteamericana denominada *writ of certiorari*. Se adicionó al abanico de facultades de nuestra Suprema Corte la facultad de decidir, mediante acuerdos generales, qué asuntos sí conocerá y, como contrapartida, los asuntos que pasarán a ser resueltos por los Tribunales Colegiados de Circuito»¹⁷³.

Las atribuciones constitucionales para facultar a la Suprema Corte a emitir Acuerdos Generales y la manera en que nuestro más Alto Tribunal ha entendido sus atribuciones, ha sido criticada por la doctrina, como comentamos en la reseña histórica¹⁷⁴.

Sin embargo, a pesar de las críticas que ha recibido la facultad del Tribunal Constitucional de expedir Acuerdos Generales, su importancia se puso de relieve recientemente con la omisión legislativa del Poder Legislativo, de expedir las normas reglamentarias a las que hace alusión el artículo segundo transitorio de la reforma constitucional en materia de juicio de amparo, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 6 de junio de 2011, al emitir el Acuerdo General 11/2011, relativo al procedimiento para la declaratoria general de inconstitucionalidad, publicado en el mismo medio de difusión oficial el día 6 de octubre de 2011.

La citada reforma trascendental entró en vigor a los 120 días después de publicada, es decir, el 4 de octubre de 2011, como lo advertimos, las legisladoras han omitido hacer caso al mandato constitucional, vulnerando el propio texto constitucional. De esa forma, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cumple con su función primordial de convertirse gradualmente como un Tribunal Constitucional.

I) Análisis y resolución de asuntos prioritarios

Una de las modificaciones contempladas en la trascendental reforma constitucional de 2011¹⁷⁵, es la modificación del párrafo noveno relativo a la facultad de que en algunos juicios de amparo, acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales, las Cámaras del Poder Legislativo a través de su presidente, o el Ejecutivo Federal por conducto de su consejero jurídico, justifiquen la urgencia de su resolución atendiendo al interés social o al orden público, en los términos de las leyes reglamentarias.

¹⁷³ J. de J. GUDIÑO PELAYO, *Ingeniería judicial y reforma del Estado. Preocupaciones, inquietudes, esperanzas...*, México, Editora Laguna, 2001, p. 39.

¹⁷⁴ *Vid. supra*, II.8. Constitución federal de 1917 y sus reformas. Sobre las críticas, *cfr.*, entre otros, J. R. COSSÍO, *La teoría constitucional de la Suprema Corte de Justicia*, *op. cit.*, p. 148; y R. MEJÍA, «Acuerdos generales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Una aproximación sistemática», *op. cit.*

¹⁷⁵ Se reformó el artículo 94, para modificar el párrafo ubicado actualmente en octavo lugar; se incorpora un nuevo párrafo para quedar en séptimo lugar y se incorpora otro nuevo párrafo para quedar en noveno lugar. Se reforma el artículo 103. Se reforma el artículo 104. Se reforma el artículo 107 de la siguiente manera: el párrafo inicial; las fracciones I y II; el inciso a) de la fracción III; las fracciones IV, V, VI y VII; el inciso a) de la fracción VIII; las fracciones IX, X, XI, XIII, XVI y XVII y se deroga la fracción XIV, todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Cabe señalar que esta facultad no se encontraba prevista en la exposición de motivos de origen de la reforma constitucional; fue introducida en el dictamen de discusión elaborado por las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y Estudios Legislativos en fecha 10 de diciembre de 2009¹⁷⁶, en el que sólo se expresó que esa medida «reviste el carácter excepcional y urgente, la cual se justificará en aquellos casos que por su impacto en el orden público deban ser resueltos a la brevedad posible, a fin de evitar que con la dilación en su resolución se generen consecuencias negativas para el Estado [...]».

En la discusión de origen del proyecto de reforma el 10 de diciembre de 2009, se puso en tela de juicio la facultad otorgada al Ejecutivo Federal¹⁷⁷, mencionando que es precisamente este poder el que violenta con frecuencia el Estado de Derecho y atenta al orden público. De la propia discusión se desprende un planteamiento de interés, que propuso añadir como sujetos legitimados para solicitar la resolución de un asunto, a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, atendiendo a su naturaleza, y a que los asuntos que se analizarían, implícitamente son objeto de protección de la Comisión, pues la vulneración de derechos humanos también atienden al interés social y al interés público.

Consideramos que la adición de este párrafo noveno al artículo 94 constitucional es un buen ejemplo de la sobre regulación del texto constitucional, debiendo más bien haberse establecido en la ley secundaria o pudo haberse regulado incluso a través de acuerdos generales del Pleno de la Suprema Corte.

J) La jurisprudencia obligatoria

En el décimo párrafo se consigna la figura relativa a la *jurisprudencia obligatoria*. Esta institución tiene sus orígenes en la propuesta de Ignacio Luis Vallarta en 1882, por la cual cinco resoluciones en el mismo sentido adquirirían fuerza vinculante para los tribunales federales. Fue el *Código Federal de Procedimientos Civiles* de 26 de diciembre de 1908 el que consagró finalmente este principio en el artículo 786: «Las ejecutorias de la Suprema Corte de Justicia votadas por mayoría de nueve o más de sus miembros, constituyen jurisprudencia, siempre que lo resuelto se encuentre en cinco ejecutorias no interrumpidas por una en contrario».

El artículo 787 estableció que la jurisprudencia sería obligatoria para jueces de distrito y en cierta medida también para la Suprema Corte. Las leyes de amparo, que en parte sustituyeron en esta materia al Código Federal de Procedimientos Civiles, confirmaron esta práctica en 1919 y en 1935 en sus diversas versiones.

Fue con la reforma de 1951 cuando finalmente se incorporó al texto constitucional, en su artículo 107, fracción XIII, relativo al juicio de amparo. En 1967

¹⁷⁶ En la discusión de la Cámara de Origen, fueron aprobados por 79 votos a favor; cero votos en contra, y cero abstenciones, los artículos 94, 100, 103 y 107 del proyecto de decreto de reformas a la Constitución.

¹⁷⁷ También en la discusión de la Cámara Revisora de 7 de diciembre de 2010 hubo opiniones en contra de la modificación de este punto al artículo 94, en el sentido de que la modificación viola el principio de acceso a la justicia en condiciones igualitarias, porque tendrá el Congreso de la Unión, o sus Cámaras, un acceso privilegiado a las controversias constitucionales o a las acciones de inconstitucionalidad.

una nueva reforma constitucional transportó lo relativo a la jurisprudencia obligatoria del artículo 107 al 94, en razón de que este último es de carácter general y el 107 se refiere al juicio de amparo en específico, siendo que se puede constituir jurisprudencia en juicios distintos al de amparo, también competencia de los tribunales del Poder Judicial de la Federación.

Después vendrían reformas a la Ley de Amparo en 1974, 1980, 1984 y 1986, pero ninguna trascendente en la materia que nos ocupa, sino hasta 1994, con la reforma constitucional que originó un cambio en la *Ley Orgánica del Poder Judicial* en 1995, en tanto que la Suprema Corte podría establecer jurisprudencia en acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales.

Por otra parte, con la incorporación del Tribunal Electoral al Poder Judicial de la Federación en el año de 1996, se reguló la jurisprudencia que emitiría en la Ley Orgánica, así como cuál sería su relación con los criterios y la jurisprudencia de la Suprema Corte.

En general, los ordenamientos que regulan la jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación son la *Ley de Amparo*, la *Ley Orgánica del Poder Judicial Federal*, y la *Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución*¹⁷⁸, las cuales determinan la forma en que se crea la jurisprudencia.

La *Ley Orgánica* nos detalla que la jurisprudencia que en su caso establece la Suprema Corte de Justicia funcionando en Pleno, las Salas de la misma y los tribunales colegiados de circuito en las ejecutorias que pronuncien en los asuntos de su competencia se guiará por las disposiciones de la *Ley de Amparo*, salvo en los casos en que la ley de la materia contuviera disposición diversa (art. 177). Para la compilación, sistematización y publicación de las tesis, habrá un órgano especial y su titular deberá satisfacer los requisitos exigidos para ser secretario general de acuerdos y tendrá el personal subalterno que fije el presupuesto (art. 178). La Suprema Corte de Justicia debe vigilar que las publicaciones del *Semanario Judicial de la Federación* se realicen con «oportunidad y llevará a cabo todas aquellas tareas que fueren necesarias para la adecuada distribución y difusión de las tesis y jurisprudencias que hubieren emitido los órganos competentes del Poder Judicial de la Federación» (art. 179).

Así podemos resumir que la «jurisprudencia obligatoria del Poder Judicial de la Federación se crea de tres modos: mediante reiteración de criterios de la Suprema Corte, en sus salas y de los tribunales colegiados; mediante las resoluciones que dicte la Corte en procedimientos para dirimir las contradicciones de tesis entre los tribunales colegiados, y mediante los considerandos que funden los puntos resolutivos de las sentencias que pronuncie la Suprema Corte respecto de las acciones de inconstitucionalidad y las controversias a que se refiere el artículo 105 constitucional»¹⁷⁹, mecanismos de control de

¹⁷⁸ Debe destacarse que tratándose de la ley que reglamenta el artículo 105 constitucional, en ningún momento habla de jurisprudencia, sino de criterios obligatorios que se generan a partir de una votación calificada, los cuales son obligatorios para órganos jurisdiccionales, de esta forma estos criterios han sido asimilados a la jurisprudencia y siguiendo la práctica en México son redactados en las «Tesis», como sucede en el juicio de amparo.

¹⁷⁹ H. FIX-ZAMUDIO y H. FIX-FIERRO, *Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, comentada y concordada*, 16.^a ed., México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, t. IV, p. 9.

la constitucionalidad en que es suficiente un sólo precedente, para establecer jurisprudencia, siempre y cuando se alcance la votación requerida en el texto fundamental.

El artículo 94 establece que la ley fijará los términos en que será obligatoria la jurisprudencia. La Ley de Amparo determina el alcance de la misma cuando es emitida precisamente en el juicio de amparo por el Pleno, Salas de la Suprema Corte y Tribunales Colegiados de Circuito, La Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución determina en qué supuestos los criterios emitidos por la Suprema Corte en las acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales serán obligatorios para los órganos jurisdiccionales ahí mencionados; destacando que la jurisprudencia no será obligatoria para las autoridades administrativas, siendo necesario que los particulares acudan a las instancias jurisdiccionales para que se reconozca lo interpretado previamente y contenido en la jurisprudencia; por lo que se puede hablar de una semi-obligatoriedad de la jurisprudencia al estar condicionado su reconocimiento exclusivamente a los órganos jurisdiccionales.

La jurisprudencia de la Suprema Corte se interrumpe, dejando de tener el carácter de obligatorio, cuando se pronuncie ejecutoria en contrario por lo menos por ocho ministros, si se trata del pleno, y por cuatro votos si es de una sala; tratándose de la emitida por un Tribunal Colegiado, se requiere unanimidad de votos para interrumpirla. Las mismas reglas previstas para crear jurisprudencia son requeridas para modificarla, en términos de la Ley de Amparo.

La Sala Superior y las Salas Regionales del Tribunal Electoral a su vez establecen jurisprudencia, la cual, como se dijo, se encuentra regulada por la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. La jurisprudencia del Tribunal Electoral será obligatoria para las Salas y el Instituto Federal Electoral, también lo será para las autoridades electorales locales, cuando sea relativa a los derechos político-electorales de los ciudadanos o cuando se hayan impugnado actos o resoluciones de estas autoridades.

La jurisprudencia del Tribunal Electoral se interrumpe, dejando de tener el carácter de obligatorio, siempre y cuando se pronuncie en contrario una mayoría de por lo menos cinco votos de los miembros de la Sala Superior, expresándose las razones en que se funde el cambio de criterio.

La jurisprudencia que emite el Pleno de la Suprema Corte es obligatoria para el Tribunal Electoral, cuando se refiere a la interpretación directa de un precepto de la Constitución.

Un trascendental cambio a la concepción nacional sobre obligatoriedad de la jurisprudencia, lo constituye el análisis realizado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, del *Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*¹⁸⁰, fallado el 23 de noviembre de 2009, notificado al Estado mexicano en diciembre de 2009, y publicado en parte en el *Diario Oficial de la Federación* en febrero de 2010. A raíz de la publicación de la sentencia condenatoria, el entonces presiden-

¹⁸⁰ Cfr. E. FERRER MAC-GREGOR y F. SILVA GARCÍA, *Jurisdicción militar y derechos humanos. El Caso Radilla ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, prólogo de D. GARCÍA SAYÁN, México, Porrúa-UNAM, 2011.

te del Tribunal Constitucional sometió a consulta la sentencia para determinar el papel del Poder Judicial de la Federación para dar cumplimiento al fallo emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De tal suerte que se formó el expediente varios 489/2010, discutido en septiembre de 2010, y en el cual se determinó que: «Esta Suprema Corte de Justicia de la Nación debe hacer una declaración acerca de la posible participación del Poder Judicial de la Federación en la ejecución de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso Radilla*» lo que derivó que se integrará el expediente varios 912/2010¹⁸¹, del cual se desprende en síntesis, lo siguiente¹⁸²:

- a) Las sentencias condenatorias en contra el Estado Mexicano por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son obligatorias para el Poder Judicial en sus términos.
- b) Los criterios interpretativos de la Corte Interamericana son orientadores para el Poder Judicial de la Federación cuando el Estado mexicano no sea parte de los asuntos que generan dicha jurisprudencia. Sin embargo, este no es el criterio establecido por el Tribunal Interamericano, que ha establecido en su jurisprudencia consolidada sobre el «control de convencionalidad», que el parámetro de control comprende los tratados internacionales y la interpretación que de los mismos realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su jurisprudencia. De ahí pensamos que la jurisprudencia de este Tribunal resulta «obligatoria», entendida dicha obligatoriedad como un «estándar mínimo» que los jueces nacionales deben seguir a manera de «regla general»; y que eventualmente pueden apartarse cuando sea aplicado otro parámetro de mayor protección al creado como mínimo por la Corte IDH¹⁸³.

En este sentido, no compartimos el criterio adoptado por la Suprema Corte de considerar a la jurisprudencia de la Corte IDH como «orientadora», al llevar implícita la idea de ser «facultativa» para el juez; cuestión que estimamos debería meditarse en el futuro por el propio pleno de nuestro máximo tribunal. Este criterio fue establecido por una mayoría de seis votos contra cinco, por lo que puede sufrir mutaciones a corto plazo, especialmente cuando afronten el cumplimiento de las otras tres sentencias condenatorias al Estado mexicano que involucra también obligaciones a los jueces mexicanos, es decir, los *Casos de Fernández Ortega y Otros vs. México* (2010); *Rosendo Cantú y Otra vs. México* (2010); y *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* (2010)¹⁸⁴.

- c) El Poder Judicial de la Federación debe ejercer el control difuso de convencionalidad *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.

¹⁸¹ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de 4 de octubre de 2011.

¹⁸² Cfr. E. FERRER MAC-GREGOR, «Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano», en M. CARBONELL y P. SALAZAR, *La reforma constitucional en derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, 2011, pp. 339-429, especialmente pp. 403-410.

¹⁸³ *Ibid.*, pp. 405-407.

¹⁸⁴ Sobre los dos primeros casos, existen sendas resoluciones de «supervisión de cumplimiento de sentencia» dictadas por la Corte IDH.

- d) Que la obligación de realizar el control de convencionalidad es para todos los jueces del Estado Mexicano, de acuerdo al contenido de los párrafos 337 a 342 de la sentencia.
- e) Se acepta el control difuso de constitucionalidad a través de una nueva interpretación del artículo 133 constitucional, debido a los nuevos contenidos normativos del artículo 1.º constitucional.
- f) Los jueces del Estado mexicano deberán replicar en casos futuros el criterio de restricción del fuero militar, en cumplimiento de la sentencia del caso Radilla.
- g) La Suprema Corte de Justicia reasume su competencia originaria respecto de los conflictos competenciales entre la jurisdicción civil y la militar.
- h) Implementación de cursos y programas permanentes relativos al análisis de la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, para todos los jueces y magistrados y para todos aquellos funcionarios públicos que realicen labores jurisdiccionales y jurídicas del Poder Judicial de la Federación; respecto de los contenidos de la jurisprudencia interamericana sobre los límites de la jurisdicción militar, garantías judiciales y protección judicial, y estándares internacionales aplicables a la administración de justicia; así como en la formación de los temas del delito de desaparición forzada para el adecuado juzgamiento de hechos constitutivos de ese ilícito, con especial énfasis en los elementos legales, técnicos y científicos necesarios para evaluar integralmente el fenómeno de la desaparición forzada; así como en la utilización de la prueba circunstancial, los indicios y las presunciones, teniendo en consideración que el objetivo es conseguir una correcta valoración judicial de este tipo de casos de acuerdo con la especial naturaleza de la desaparición forzada.

Finalmente con la reforma constitucional de 6 de junio de 2011, por lo que se refiere a las reformas al artículo 94 constitucional, se ajusta la redacción del párrafo que establece el mandato al legislador de prever en la ley los casos en que la jurisprudencia sea obligatoria, extendiéndose dicha obligatoriedad a la jurisprudencia que emitan los nuevos Plenos de Circuito sobre la interpretación de la Constitución y normas generales. Además, en un décimo párrafo, se cambia la redacción del octavo párrafo modificado el 10 de agosto de 1987, que establecía los ordenamientos sujetos de integración de jurisprudencia, los cuales eran la «interpretación de la Constitución, leyes y reglamentos federales o locales y tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano», para ahora contemplar a la interpretación de la Constitución y las normas generales, entendiéndolas conforme a los nuevos criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y en sintonía con la reforma constitucional aludida.

K) La remuneración de los jueces

Con la reforma constitucional del 6 de junio de 2011 se reitera una garantía del juzgador, consistente en que la remuneración que perciban los titulares de los órganos que integran el Poder Judicial de la Federación no pueda ser modificada en su monto inicial en detrimento y durante el periodo en el que se encuentren

en funciones, lo cual se traduce también en el fortalecimiento de la independencia respecto de los otros poderes y su autonomía como juzgador. La idea fundamental no se refiere al monto de la remuneración sino a la variación durante el encargo de los ministros, magistrados, jueces y consejeros federales, cuestión que podría originar que los poderes legislativo y/o ejecutivo, pudieran modificar con discrecionalidad dicho estipendio con el fin de ejercer presión política. Una remuneración adecuada, irrenunciable y sustentable otorga mayor autonomía al juzgador y le permite no ser chantajeado con una disminución de su sueldo ¹⁸⁵.

El origen de esta garantía del juzgador se encuentra en el artículo tercero de la Constitución Federal de los Estados Unidos. *El Federalista* explicaba su necesidad, al señalar que: «Después de la permanencia en el cargo, nada puede contribuir más eficazmente a la independencia de los jueces que proveer en forma estable a su remuneración... Conforme al modo ordinario de ser de la naturaleza humana, un poder sobre la subsistencia de un hombre equivale a un poder sobre su voluntad. Y no podemos esperar que se realice nunca en la práctica la separación completa del poder judicial y del legislativo en ningún sistema que haga que el primero dependa para sus necesidades pecuniarias de las asignaciones ocasionales del segundo». Por tanto, los jueces «recibirán a intervalos fijos una remuneración... que no podrá ser disminuida durante su permanencia en funciones... Se observará que la convención ha establecido una diferencia entre la remuneración del presidente y la de los jueces. La del primero no puede ser aumentada ni disminuida; la de los segundos no admite disminución. Esto se debe... a la distinta duración de los cargos respectivos... los jueces que, si se portan correctamente, conservarán sus puestos toda la vida, puede suceder verosímilmente que un estipendio que habría sido amplio al principiar su carrera, resulte demasiado corto en el curso de su servicio» ¹⁸⁶.

L) Estabilidad judicial, remoción y haber por retiro

Mientras que la Constitución federal de 1824 establecía la inamovilidad de los ministros de la Suprema Corte, el texto fundamental de 1857 previó el periodo de seis años.

La duración del encargo de los ministros motivó debates a lo largo del siglo xx. El texto original de la Constitución de 1917 establecía que durarían dos años, pudiendo ser elegidos por un nuevo periodo de cuatro años y a partir de 1923 sólo podrían ser removidos cuando observaran mala conducta ¹⁸⁷ o previo juicio de responsabilidad.

Unos años después se restringió la inamovilidad en la reforma de 1928, ya que si bien no se estableció periodo de encargo, se facultó al presidente de la

¹⁸⁵ En cuanto al sueldo actual de los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, así como otros aspectos comparativos en otros rubros, incluso su desempeño jurisdiccional, *vid.* el interesante y documentado libro de J. BUSTILLOS, *El juez constitucional en el mundo. Perfil, carrera judicial, nombramiento, remuneración, desempeño y costos*, prólogo de J. R. Cossío, núm. 48 de la Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, Porrúa-IMDPC, 2011, especialmente pp. 28 y ss.

¹⁸⁶ *El Federalista*, pp. 209-210.

¹⁸⁷ La expresión «mala conducta» (*good behavior*) se tomó del artículo 3 de la Constitución Federal de los Estados Unidos.

República para pedir a la Cámara de Diputados el inicio del procedimiento de destitución de cualquier juez federal, incluido los ministros de la Suprema Corte, requiriendo que primero la Cámara de Diputados, y después la Cámara de Senadores, declaren por mayoría absoluta de votos justificada la petición, como se establecía en la parte final del artículo 111¹⁸⁸.

A partir de la reforma constitucional de 1934 se suprimió la inamovilidad, estableciendo un periodo de seis años no sólo para los ministros, sino en general para todos los jueces federales. La justificación consistió en que las investiduras judiciales vitalicias contrastaban con el tratamiento dado al ejecutivo federal y miembros del Congreso de la Unión, en tanto que se prohibía «la reelección de la persona que haya desempeñado la presidencia de la República, y se veda a los senadores y diputados al Congreso de la Unión que vuelvan a la Cámara en el periodo inmediato siguiente a aquel para el que fueron electos, y por la otra, se previene que los ministros de la Corte, magistrados de circuito y jueces de distrito sólo podrán ser removidos de sus cargos cuando observen mala conducta»¹⁸⁹; por lo que se consideró que la designación de funcionarios vitalicios entraña una renuncia, por parte del pueblo, a su derecho de renovar periódicamente los mandatos que otorgan a los funcionarios públicos, no obstante que la soberanía nacional reside en él.

La inamovilidad se restableció en 1944 de manera automática para los ministros de la Corte, necesitando para alcanzarla los magistrados y jueces federales la ratificación o promoción a los seis años, sistema que sigue vigente para éstos, teniendo en cuenta la edad de retiro forzoso de setenta y cinco años establecida en la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. Asimismo, esta reforma moderó el procedimiento de destitución, al señalarse que antes de que el presidente de la República pidiera el inicio del procedimiento de destitución a la Cámara de Diputados, se tendría que escuchar en privado al ministro, magistrado o juez federal, apreciando en conciencia la justificación de la solicitud.

La garantía de la inamovilidad para los ministros duró cuarenta años, hasta la adopción del nuevo sistema de nombramiento con duración de quince años y de forma escalonada a que se refiere la reforma de 1994, excepto los nombrados en 1995, cuya duración varía según el artículo cuarto transitorio¹⁹⁰. La

¹⁸⁸ Otra causa de remoción podía realizarse mediante el juicio de responsabilidad por delitos comunes, requiriendo primero que suspender la inmunidad (fuero constitucional) a través de un procedimiento ante la Cámara de Diputados; tratándose de violaciones con motivo de las funciones judiciales, una vez que la Cámara de Diputados calificaba la infracción, se pasaba a la Cámara de Senadores para que resolviera en definitiva sobre la culpabilidad, produciendo la destitución del cargo y la inhabilitación correspondiente. Posteriormente en la reforma constitucional de 1982 se suprimió el juicio de responsabilidad por mala conducta y se reformó el título IV del texto fundamental conservando el juicio político previsto en el artículo 110, gozando sólo de inmunidad los ministros de la Suprema Corte.

¹⁸⁹ Exposición de motivos que el ejecutivo federal presentó a la Cámara de Diputados el 12 de septiembre de 1934, relativa a la reforma de los artículos 73, 94, 95 y 97.

¹⁹⁰ El sistema escalonado de nombramiento se adoptó en este artículo transitorio, al establecer que el periodo de encargo vencería el último día de noviembre de los años 2003, 2006, 2009, 2012 y 2005. Este sistema se ha modificado debido a que si bien los ministros Vicente Aguinaco Alemán y Juventino V. Castro fueron sustituidos por los nuevos ministros José Ramón Cossío Díaz y Margarita Luna Ramos, derivado de las primeras vacantes en el 2003 conforme al transitorio en comento, con la inesperada muerte del ministro Humberto Román Palacios, acaecida en el año 2004, se efectuó el procedimiento para designar al nuevo ministro Sergio Valls Hernández por un periodo de quince

justificación de la periodicidad del encargo encuentra sustento en el eje central de la reforma, esto es, constituir a la «Suprema Corte en un auténtico Tribunal Constitucional», por lo que «deberá mantenerse actualizada para garantizar que la interpretación constitucional sea armónica con las condiciones culturales, sociales y económicas al momento de su aplicación»¹⁹¹.

Como consecuencia del nuevo sistema de nombramiento por tiempo determinado, en la reforma de 1994 se optó por un haber por retiro de carácter vitalicio, debido a que se suprimió la inamovilidad que disfrutaban con anterioridad. Si el retiro ocurriera antes del periodo constitucional, el monto será proporcional a los años laborados.

M) No reelección judicial

Como hemos visto en la breve reseña histórica y en el análisis del anterior párrafo del precepto en estudio, la garantía de la inamovilidad de los ministros de la Suprema Corte ha variado desde la Constitución de 1824 a la actual de 1917 y particularmente con las reformas a su artículo 94. Con la reforma de 1994 se suprime dicha inamovilidad que había sido instaurada de manera prolongada desde 1944. Consecuencia de ello y de la adopción de un sistema de nombramiento por quince años de manera escalonada, resultó oportuno establecer la imposibilidad de un nuevo nombramiento precisamente por la necesidad del dinamismo que requiere la interpretación constitucional y debido a lo prolongado del periodo en el nuevo sistema, de lo contrario se rompería con el espíritu de la propia reforma de la renovación parcial de los integrantes de la Suprema Corte.

La prohibición de la no reelección conforme a la lógica del sistema, opera sólo cuando los ministros terminen su periodo constitucional y no así cuando su nombramiento hubiese sido provisional o interino en términos del artículo 98 constitucional.

4. BIBLIOGRAFÍA

- ARENAL FENOCCHIO, J. DEL: «Instituciones Judiciales de la Nueva España», en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, núm. 22, México, Escuela Libre de Derecho, 1998.
- ARNOLD. L.: *Política y Justicia, La Suprema Corte Mexicana (1824-1855)*, México, UNAM, 1996.
- ARTEAGA NAVA, E.: «Las nuevas facultades de la Suprema Corte de Justicia de la Nación» (coord., M. MELGAR ADALID), en *Reformas al Poder Judicial*, México, UNAM, 1995.
- BARRAGÁN BARRAGÁN, J.: *Introducción al federalismo (la formación de los poderes 1824)*, México, UNAM, 1978.
- *Primera ley de amparo de 1861*, México, UNAM, 1987.

años; igual circunstancia sucedió con el fallecimiento en 2010 del ministro José de Jesús Gudiño Pelayo y el nombramiento ante la vacante del ministro Jorge Pardo Rebolledo; lo que necesariamente produce la modificación escalonada de dos nombramientos cada tres años, como originariamente se previó en este precepto transitorio.

¹⁹¹ Exposición de motivos de la reforma constitucional que el ejecutivo federal envió a la Cámara de Senadores el 5 de diciembre de 1994.

- *Proceso de discusión de la ley de amparo de 1869*, México, UNAM, 1987.
- BLANCO VALDÉS, R. L.: *El «problema americano» en las primeras cortes liberales españolas. 1810-1814*, México, Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica, núm. 16, UNAM, 1995.
- BURGOA ORIHUELA, I.: «Evaluación crítica de la Reforma Judicial Federal zedillista», en *Ars Iuris* núm. 13 *Reforma Judicial*, Universidad Panamericana, 1995.
- CABRERA ACEVEDO, L.: *La Suprema Corte de Justicia en la república restaurada, 1867-1876*, México, SCJN, 1989.
- *La Suprema Corte de Justicia en los años constitucionalistas*, México, SCJN, 1995.
- *La Suprema Corte de Justicia en el siglo XIX*, México, SCJN, 1997.
- *Documentos constitucionales y legales relativos a la función judicial 1810-1917*, México, SCJN, 1998, 2 tomos.
- *La Suprema Corte de Justicia durante el Gobierno del presidente Gustavo Díaz Ordaz (1965-1970)*, SCJN, 2004.
- *Los Tribunales Colegiados de Circuito*, México, SCJN, 2004.
- CARBONELL, M.: «Poder Judicial y transición a la democracia: la reforma de 1999», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXIII, núm. 97, enero-abril de 2000.
- «Los guardianes de las promesas. Poder Judicial y democracia en México», en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 2, julio-diciembre de 2004, pp. 25-43.
- *¿El tercero ausente? Escritos sobre el poder judicial*, México, Porrúa-IMDPC, núm. 21 de la Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, 2008.
- CARBONELL, M.; CRUZ BARNEY, O., y PÉREZ PORTILLA, K.: *Constituciones históricas de México*, México, Porrúa-UNAM, 2002.
- CÁRDENAS GUTIÉRREZ, S. (coord.): *Historia de la Justicia en México, siglos XIX y XX*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2005.
- CARRANCO ZÚÑIGA, J.: *Poder Judicial*, México, Porrúa, 2000.
- CARRILLO FLORES, A.: *La Constitución, la Suprema Corte y los derechos humanos*, México, Porrúa, 1981.
- COSSÍO DÍAZ, J. R.: *Las facultades no jurisdiccionales de la Suprema Corte*, México, Porrúa-UNAM, 1992.
- *Cambio social y cambio político*, México, ITAM-Miguel Ángel Porrúa, 2001.
- *La teoría constitucional de la Suprema Corte de Justicia*, México, Fontamara, 2002.
- *La controversia constitucional*, México, Porrúa, 2008.
- COSSÍO DÍAZ, J. R.; SOBERANES FERNÁNDEZ, J. L., y VILLANUEVA VILLANUEVA, E.: *El Poder Judicial de la Federación y los medios de comunicación*, México, Porrúa, 2002.
- COSSÍO VILLEGAS, D.: *La Constitución de 1857 y sus críticos*, México, FCE, 1998.
- CRUZ BARNEY, O.: «El Supremo Poder Conservador y el control constitucional», en E. FERRER MAC-GREGOR, *Derecho procesal constitucional*, t. I, Porrúa, 2003, pp. 957-972.
- DUBLÁN, M., y LOZANO, J. M.^o: *Legislación mexicana o Colección completa de las disposiciones legislativas expedidas desde la Independencia de la República*, México, Imprenta del Comercio, 1876-1912.
- ESQUIVEL OBREGÓN, T.: *Apuntes para la historia del Derecho en México*, México, Editorial Polis, 1938.
- ESTRADA SÁMANO, R., y ESTRADA MICHEL, R.: *Rabasa y otros ensayos de historia y control constitucional*, México, Porrúa, núm. 53 de la Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, 2011.
- FERRER MAC-GREGOR, E.: *Los Tribunales Constitucionales en Iberoamérica*, México, Fundap, 2002.
- *Ensayos sobre Derecho procesal constitucional*, México, Porrúa-Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2004.

- *La acción constitucional de amparo en México y España. Estudio de Derecho comparado*, 4.ª ed., México, Porrúa, 2007.
- (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 5.ª ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la SCJN, 4 tomos, 2007.
- «Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano», en M. CARBONELL y P. SALAZAR, *La reforma constitucional en derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, 2011, pp. 339-429.
- FERRER MAC-GREGOR, E., y SILVA GARCÍA, F.: *El Caso Castañeda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La primera sentencia internacional en contra del Estado mexicano*, México, Porrúa-UNAM, 2009.
- *Los feminicidios de Ciudad Juárez ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Caso Campo Algodonero). La segunda sentencia condenatoria en contra del Estado mexicano*, México, Porrúa-UNAM, 2011.
- *Jurisdicción militar y derechos humanos. El Caso Radilla ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Porrúa-UNAM, 2011.
- FERRER MAC-GREGOR, E., y ZALDÍVAR LELO DE LARREA, A.: *La ciencia del Derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a H. Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho*, México, UNAM-Marcial Pons-IMDPC, 12 tomos, 2008.
- FIX-ZAMUDIO, H.: «La defensa de la Constitución en el Decreto constitucional para la libertad de la América mexicana, sancionado en Apatzingán el 22 de octubre de 1814», en *Estudios sobre el Decreto constitucional de Apatzingán*, México, UNAM, 1964.
- *Breves reflexiones sobre el Consejo de la Judicatura*, México, Consejo de la Judicatura Federal, 1997.
- *Decreto constitucional para la libertad de la América mexicana*, México, Miguel Ángel Porrúa-Cámara de Senadores, 2010.
- *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, 2.ª ed., México, Porrúa-UNAM, 2011.
- FIX-ZAMUDIO, H., y COSSÍO DÍAZ, J. R.: *El Poder Judicial en el ordenamiento mexicano*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996.
- FIX-ZAMUDIO, H., y FIX-FIERRO, H.: *El Consejo de la Judicatura*, Cuadernos para la Reforma de la Justicia, UNAM, 1996.
- *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, comentada y concordada*, t. IV 16.ª ed., México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.
- GONZÁLEZ OROPEZA, M.: «El Amparo Morelos», en *Homenaje a Jorge Barrera Graf*, t. II, México, UNAM, 1989.
- *Los orígenes del control jurisdiccional de la Constitución y de los derechos humanos*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2003.
- *Constitución y derechos humanos. Orígenes del control jurisdiccional*, México, Porrúa-CNDH, 2009.
- GONZÁLEZ OROPEZA, M., y LÓPEZ SAUCEDO, P. A.: *Las resoluciones judiciales que han forjado México. La Suprema Corte de Justicia de la Nación en el siglo XIX (1825-1856)*, México, SCJN, 2010.
- GUDIÑO PELAYO, J. de J.: *Introducción al amparo mexicano*, 3.ª ed., México, Noriega, 1999.
- *Controversia sobre controversia. Discusión en torno al alcance de la competencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en controversias constitucionales*, México, Porrúa, 2000.
- GUTIÉRREZ DE VELASCO, M.: «Algunas reflexiones sobre el poder judicial federal mexicano», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXVII, núm. 80, mayo-agosto 1994.
- HERNÁNDEZ CHONG CUY, M.ª A.: *La defensa jurisdiccional del municipio y las controversias constitucionales*, Guadalajara, Universidad Panamericana, 1997.

- IGLESIAS, J. M.^a: *Autobiografía*, México, Antigua Imprenta de I. Murguía, 1893.
- MARTÍNEZ PEÑALOZA, M.^a T.: *Morelos y el Poder Judicial de la insurgencia mexicana*, Morelia, Gobierno del Estado de Michoacán, 1985.
- MELGAR ADALID, M.: *El Consejo de la Judicatura Federal*, México, Porrúa, 1997.
- MELO ABARRATEGUI, A.; FIX-ZAMUDIO, H., y CARPIZO, J.: *La Constitución de 1824*, México, UNAM, 1976.
- MORENO, D.: *El Congreso Constituyente de 1916-1917*, México, UNAM, 1982.
- MORENO CORA, S.: *Tratado del juicio de amparo conforme a las sentencias de los tribunales federales*, México, Tip. La Europea, 1902 (edición facsimilar, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2008).
- NORIEGA, A.: *Lecciones de amparo*, t. I, 5.^a ed., revisada y actualizada por J. L. SOBERANES, México, Porrúa, 1997.
- OÑATE, S.: «La primera sentencia de amparo, 1849», en *Homenaje de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en nombre del Poder Judicial de la Federación al Código de 1857 y a sus autores los ilustres constituyentes*, México, 1957.
- PALLARES, J.: *El Poder Judicial o tratado completo de la organización, competencia y procedimientos de los tribunales de la República Mexicana*, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 1992.
- PARADA GAY, F.: *Breve reseña histórica de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, Antigua Imprenta de Murguía, 1929.
- RABASA, E.: *El artículo 14 y el juicio constitucional*, México, Porrúa, 1993 (ed. facsimilar de las ediciones de 1906 y 1919, respectivamente).
- «El jurado popular en las Constituciones de 1857 y 1917», en *Liber ad honorem Sergio García Ramírez*, t. 1, México, UNAM, 1998.
- SHÄFFER, E.: *El Consejo Real y Supremo de las Indias*, 2 tomos, Sevilla, CSIC, 1947.
- SOBERANES FERNÁNDEZ, J. L.: *Los tribunales de la Nueva España. Antología*, México, UNAM, 1980.
- *Sobre el origen de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, Miguel Ángel Porrúa, 1987.
- *El Poder Judicial Federal en el siglo XIX. Notas para su estudio*, México, UNAM, 1992.
- SOBERANES FERNÁNDEZ, J. L., y MARTÍNEZ, F.: *Fuentes para la historia del juicio de amparo*, México, Senado de la República, 2004.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN: *El problema del rezago de juicios de amparo en materia civil*, México, 1946.
- TORO, A.: *Historia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, SCJN, 1934.
- TORRE RANCEL, J. DE LA: *Lecciones de Historia del Derecho Mexicano*, México, Porrúa, 2005.
- VALLARTA, I. L.: *Votos. Cuestiones constitucionales*, 6 tomos, México, Porrúa, 1989, versión facsimilar.
- VILLORO, L.: *El proceso ideológico de la revolución de independencia*, México, CONACULTA, 2002.
- ZALDÍVAR LELO DE LARREA, A.: *Hacia una nueva Ley de Amparo*, México, Porrúa, 2002.

XVIII. LOS PODERES DEL JUEZ CONSTITUCIONAL Y LAS MEDIDAS CAUTELARES EN CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL *

«Si todas las providencias jurisdiccionales son un instrumento del Derecho sustancial que se actúa a través de ellas, en las providencias cautelares se encuentra una instrumentalidad cualificada, o sea elevada, por así decirlo, al cuadrado; son... en relación a la finalidad última de la función jurisdiccional, *instrumento del instrumento*».

P. CALAMANDREI¹

1. INTRODUCCIÓN

Las medidas cautelares están íntimamente relacionadas con la temática central del presente congreso. El juzgador constitucional, como una manifestación de sus poderes, atribuciones y deberes, otorga «tutelas provisionales» para garantizar la eficacia del proceso y evitar daños irreparables, sea a petición de parte o bien de oficio, cumpliendo con las previsiones legales y jurisprudenciales correspondientes.

Es cierto que la sentencia constitucional representa la máxima expresión de los poderes del juez constitucional. Constituye el corazón de la jurisdicción constitucional, la actuación jurisdiccional por excelencia, al resolver la cuestión constitucional planteada con repercusiones jurídicas (políticas y sociales

* Publicado en E. FERRER MAC-GREGOR y J. de J. MOLINA SUÁREZ (coords.), *El juez constitucional en el siglo XXI*, México, UNAM-Suprema Corte de Justicia de la Nación, t. II, 2009, pp. 153-204. Este trabajo constituye la ponencia presentada en el V Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, celebrado del 14 al 17 de mayo de 2008 en el Centro de Convenciones de Cancún, Quintana Roo, México.

¹ *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, trad. de S. SENTÍS MELENDO, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1945, p. 45. La obra original en italiano fue publicada en 1936, con el título *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padua, Cedam.

también) de la mayor importancia en un determinado sistema jurídico. Sin embargo, no todos los actos jurisdiccionales dentro de un proceso constitucional constituyen «resoluciones» y menos aún «sentencias». Es más, no todas las manifestaciones de los poderes del juez constitucional se encuentran contenidas, en estricto rigor, en las actuaciones jurisdiccionales², si bien son en éstas donde alcanzan su mayor expresión y particularmente en las «resoluciones» que dicta.

Es frecuente que algunas resoluciones dentro del procedimiento constitucional sean de tal importancia que se convierten en una tutela fundamental para la efectividad del objeto mismo del proceso. Se constituye una garantía de la garantía, al mantener viva la materia y objeto del proceso, a tal extremo que en ocasiones resulta necesario anticipar los alcances de la sentencia definitiva para que la pretensión logre su cometido. De ahí que los poderes del juez constitucional se manifiestan durante todo el procedimiento y no sólo al resolver la cuestión de mérito a través del acto jurisdiccional conocido como sentencia. Una de las manifestaciones más claras de estos poderes del juzgador constitucional precisamente se encuentran en las medidas o providencias cautelares, que constituye un tipo de «resolución» dentro del proceso constitucional.

En los procesos constitucionales subjetivos para la protección de los derechos fundamentales, como el amparo, *habeas corpus* y *habeas data*, la suspensión de los actos (en sentido amplio) provenientes de autoridad o de particulares (en ciertos casos), constituye frecuentemente una decisión primordial, de tal suerte que sin su otorgamiento puede la vulneración ser irreversible o mermar la eficacia del fallo protector, por lo que es necesario en ciertos casos la dación de medidas cautelares no sólo *conservativas*, sino de carácter *innovativas* al coincidir en parte o en todo con la eventual sentencia estimatoria.

En otros procesos constitucionales, como en los conflictos competenciales y de atribuciones entre poderes y órganos del Estado, resulta de igual importancia este tipo de medidas cautelares contra actos (y en ocasiones disposiciones generales)³, para evitar daños irreparables (a las partes o a la sociedad) y lograr

² En el sistema jurídico mexicano, así sucede, por ejemplo, con la facultad de investigación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación prevista en el artículo 97, párrafo 2.º, de la Constitución Federal. No se ejerce propiamente jurisdicción constitucional, si bien constituye una garantía de la Constitución, en la medida en que por disposición de nuestra Ley fundamental se averigua algún hecho o hechos que constituyen una grave violación de algún derecho fundamental, de tal manera que el «dictamen» que se emita como resultado de la investigación, deberá señalar a las autoridades involucradas en dichas violaciones y determinar los órganos y autoridades competentes para actuar en el caso, así como los demás elementos que sean procedentes (cfr. la regla 24 del Acuerdo General 16/2007 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, de 22 de agosto de 2007).

³ En algunos ordenamientos se admiten medidas cautelares contra disposiciones generales, atendiendo a ciertas particularidades. Así sucede en España, en el caso de los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas, siendo automática cuando se invoque por el Gobierno de la Nación, debiendo en un plazo no mayor a cinco meses ratificar o no la suspensión; o potestativa del Tribunal Constitucional cuando sea planteada por la Comunidad Autónoma y se trate de perjuicios de imposible reparación. La Comunidad Autónoma incluso puede pedir el levantamiento de la suspensión inicialmente acordada sin agotar el plazo de cinco meses (arts. 161.2 de la Constitución y 64.2 y 3 de la LOTC). Cfr. F. CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Á. J. GÓMEZ MONTORO, M. MEDINA GUERRERO y J. L. REQUEJO PAJÉS, *Jurisdicción y procesos constitucionales*, 2.ª ed., Madrid, McGraw Hill, 2000, p. 94; J. VECINA CIFUENTES, *Las medidas cautelares en los procesos ante el Tribunal Constitucional*, Madrid, Colex, 1993.

la eficacia del proceso. La importancia de las medidas cautelares en estos instrumentos procesales aumenta en aquellos sistemas que prevén que las sentencias no tendrán efectos retroactivos, como sucede en el caso mexicano, al operar esta regla en general, salvo en materia penal que rigen los principios y disposiciones legales aplicables para esta materia, de conformidad con el artículo 45 de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 constitucional (en adelante LR105).

En cambio, su importancia se reduce en los procesos de regularidad constitucional abstracta de normas generales, que por regla no prevén la suspensión, como sucede en la acción de inconstitucionalidad mexicana en el que «La admisión de una acción de inconstitucionalidad no dará lugar a la suspensión de la norma cuestionada», como lo predica el tercer párrafo del artículo 64 de la LR105. Regla que también se sigue en la controversia constitucional cuando se hubiere planteado respecto de normas generales, en términos del artículo 14 del mismo ordenamiento, conforme lo analizaremos más adelante⁴.

En nuestro país las medidas cautelares constitucionales han sido básicamente desarrolladas vía amparo, con bases constitucionales y amplia legislación, así como también a través de una abundante jurisprudencia. Asimismo, existe una rica doctrina sobre la «suspensión del acto reclamado», sea en las clásicas obras generales sobre el juicio de amparo⁵, al estudiar los incidentes⁶, o de manera monográfica sobre la institución de la suspensión⁷. En cambio, resultan escasos

⁴ En otros procesos constitucionales proceden las medidas cautelares en contra de leyes, como sucede en el amparo en México. Caso distinto es la medida cautelar utilizada en los procesos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de leyes, como el previsto en Chile, a partir de la reforma constitucional de 2005, donde se atribuye al Tribunal Constitucional «resolver la suspensión del procedimiento»; constituye una medida cautelar *la orden de no innovar*, con el objeto de poder paralizar el proceso donde se generó el conflicto de constitucionalidad de la ley. Cfr. J. COLOMBO CAMPBELL, *La suspensión del procedimiento como medida cautelar en la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley*, Santiago, Tribunal Constitucional de Chile, 2008.

⁵ Existe una amplia bibliografía que estudia de manera general el juicio de amparo. Además de la clásica obra de I. BURGOA, cuya primera edición es de 1943 (*El juicio de amparo*, 41.^a ed., México, Porrúa, 2005), destacan, entre otras, C. ARELLANO GARCÍA, *El juicio de amparo*, 7.^a ed., México, Porrúa, 2001; H. FIX-ZAMUDIO, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, 3.^a ed., México, Porrúa-UNAM, 2003; y A. NORIEGA, *Lecciones de Amparo*, 3.^a ed., México, Porrúa, 1991, pp. 1070-1105.

⁶ Cfr., entre otras, las obras de E. POLO BERNAL, *Los incidentes en el juicio de amparo*, Limusa, 1993; J. C. TRON PETIT, *Manual de los incidentes en el juicio de amparo*, 4.^a ed., México, Themis, 2000.

⁷ Entre las monografías sobre la suspensión del acto reclamado destaca, en primer término, la clásica obra de R. COUTO, *La suspensión del acto reclamado en amparo*, México, Casa Unida de Publicaciones, 1929; que posteriormente apareció en 1957, actualizada y ampliada, en Porrúa, con la denominación de *Tratado teórico-práctico de la suspensión en amparo. Con un estudio sobre la suspensión con efectos de amparo provisional*, con ediciones posteriores (4.^a ed., México, Porrúa, 1983); asimismo, *vid.* J. V. CASTRO y CASTRO, *La suspensión del acto reclamado en el amparo*, 7.^a ed., México, Porrúa, 2006; G. GÓNGORA PIMENTEL, *La suspensión en materia administrativa*, 10.^a ed., México, Porrúa, 2008; de este mismo autor y M.^a G. SAUCEDO ZAVALA, *Suspensión del acto reclamado*, 7.^a ed., México, Porrúa, 2 tomos, 2004; H. GONZÁLEZ CHÉVEZ, *La suspensión del acto reclamado en amparo, desde la perspectiva de los principios de las medidas cautelares*, México, Porrúa, 2006; H. MARTÍNEZ GARCÍA, *La suspensión del acto reclamado en materia de amparo*, México, Porrúa-UANL, 2005; R. OJEDA BOHÓRQUEZ, *El amparo penal indirecto (suspensión)*, 5.^a ed., México, Porrúa, 2005; *id.*, *Teoría de la suspensión del acto reclamado en materia penal*, México, Porrúa, 2005; J. R. RODRÍGUEZ MINAYA, *La suspensión en el juicio de amparo. Cuaderno de trabajo*, México, Porrúa-Instituto de la Judicatura Federal, 2007; I. SOTO GORDOA y G. LIÉVANA PALMA, *La suspensión del acto reclamado en el juicio de amparo*, México, Porrúa, 1957; A. TRUEBA, *La suspensión del acto reclamado o la providencia cautelar*

los estudios sobre esta figura cuando se trata del diverso proceso de controversia constitucional a que se refiere la fracción I del artículo 105 constitucional, que en ocasiones se analiza de manera superficial al estudiar este medio de control en su integridad⁸, siendo pocos los estudios específicos sobre las medidas cautelares⁹. De ahí que nuestro objetivo es brindar algunas notas sobre la suspensión del acto en controversia constitucional a la luz de los poderes del juez constitucional, sin ningún ánimo de exhaustividad.

2. LOS PODERES DEL JUEZ CONSTITUCIONAL Y LAS DECISIONES JURISDICCIONALES

Los poderes del juez constitucional en el proceso de controversia constitucional se manifiestan a través de las actuaciones jurisdiccionales. No todas estas actuaciones son propiamente del órgano jurisdiccional, ya que también las realizan las partes. Existen también distintos tipos de actuaciones jurisdiccionales del órgano, que pueden reflejarse, por ejemplo, en actos de comunicación, en actos de ejecución y, por supuesto, en actos de decisión, que se realizan de manera individual (presidente de la Suprema Corte, presidente de Sala, ministro instructor y ministro encargado del engrose de sentencia) o bien en forma colegiada (pleno, salas o comisión de receso).

Las actuaciones jurisdiccionales más importantes son de *decisión*, es decir, las que se catalogan como «resoluciones judiciales», donde se deciden aspectos esenciales del procedimiento, como son, entre otros, la admisión o desechamiento de la demanda, la admisión o desechamiento de pruebas, la concesión,

en *el derecho de amparo*, México, Jus, 1975; así como la obra del Colegio de Secretarios de la Suprema Corte, *La suspensión de los actos reclamados en el juicio de amparo*, México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1975.

⁸ Cfr. F. ACUÑA MÉNDEZ, *La controversia constitucional en México*, México, Porrúa, 2004; E. ARTEAGA NAVA, *La controversia constitucional, la acción de inconstitucionalidad y la facultad investigadora de la Corte. El Caso Tabasco* y otros, México, Monte Alto, 1997; G. BALTAZAR ROBLES, *Controversia constitucional y acción de inconstitucionalidad*, México, Ángel Editor, 2002; J. R. COSSÍO DÍAZ, «El artículo 105 constitucional», en E. FERRER MAC-GREGOR (coord.), *Derecho procesal constitucional*, t. II, 5.ª ed., México, Porrúa, 2006, pp. 973-999; J. V. CASTRO Y CASTRO, *El artículo 105 constitucional*, 3.ª ed., México, Porrúa, 2000; M. GONZÁLEZ OROPEZA, *Las controversias entre la Constitución y la política*, México, UNAM, 1993; J. de J. GUDIÑO PELAYO, *La improcedencia y el sobreseimiento en controversia constitucional*, Querétaro, Fundap, 2002; *id.*, *Controversia sobre controversia. Discusión en torno al alcance de la competencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en controversias constitucionales*, 2.ª ed., México, Porrúa, 2002; M.ª A. HERNÁNDEZ CHONG CUY, *La defensa jurisdiccional del municipio y las controversias constitucionales*, Zapopan, Universidad Panamericana, 1998; M. OROZCO GÓMEZ, *Procedimientos constitucionales: controversia constitucional y acción de inconstitucionalidad*, México, Porrúa, 2004; O. SÁNCHEZ CORDERO DE GARCÍA VILLEGAS, *La controversia constitucional. Elemento técnico jurídico de una nueva relación entre poderes*, México, UNAM, 2002.

⁹ Cfr. J. R. COSSÍO DÍAZ, *Supuestos en los que puede originarse una violación a la suspensión en controversia constitucional y las obligaciones de la autoridad*, México, Lex, diciembre de 2006, pp. 11-19; P. NAVA MALAGÓN, «El incidente de suspensión en controversia constitucional», en E. FERRER MAC-GREGOR (coord.), *Derecho procesal constitucional, op. últ. cit.*, t. II, pp. 1075-1093; Y. PÉREZ FERNÁNDEZ CEJA, *La suspensión en controversia constitucional y su interpretación por la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, Porrúa-UNAM, 2006; J. M.ª SOBERANES DÍEZ, «La suspensión en controversias constitucionales respecto de resoluciones no definitivas», *Cuestiones constitucionales*, México, UNAM, núm. 15, julio-diciembre de 2006, pp. 330-337.

negativa, modificación o revocación de la suspensión del acto y, por supuesto, la más importante de todas, donde se decide el fondo del asunto a través de la sentencia definitiva.

En nuestro medio existe confusión terminológica y conceptual en los diversos códigos procesales, como en la que incurre el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal¹⁰. La doctrina más segura dentro del procesalismo científico contemporáneo clasifica las resoluciones judiciales en tres tipos: 1) *decretos*, si se refieren a simples determinaciones de trámite; 2) *autos*, cuando decidan cualquier aspecto del negocio, salvo el fondo, y 3) *sentencias*, cuando decidan el fondo del negocio¹¹. Creemos que esta clasificación es la más adecuada para el Derecho procesal constitucional mexicano, no sólo por ser ampliamente sostenida en la doctrina por su sencillez, sino también porque la sigue el artículo 220 del Código Federal de Procedimientos Civiles, supletorio de la LR105, en términos de su artículo 1.º *in fine*¹².

Así, la decisión en el incidente de suspensión que emite el ministro instructor en controversia constitucional *constituye una resolución judicial en forma de auto*. No constituye una mera determinación de trámite, ya que además de evitar posibles daños irreparables a una de las partes o incluso a la sociedad, *tutela también al propio proceso constitucional* como institución de interés público, de tal suerte que resuelve un aspecto esencial para que la pretensión principal logre su objetivo en la sentencia definitiva. En otras palabras, garantiza la realización del proceso constitucional, cuestión que interesa a la propia función jurisdiccional como poder del Estado.

Tampoco constituye la sentencia misma, no obstante que en ocasiones pudiera pensarse que en realidad la medida cautelar es una «sentencia provisional», como se ha calificado en materia de amparo, con la denominación de «suspensión con efectos de amparo provisional»¹³. Esto no es así por el *carácter temporal* de la decisión, es decir, la suspensión del acto no puede prolongarse más allá de la sentencia definitiva, característica que tienen por naturaleza todas las medidas cautelares, como veremos más adelante, derivada de su *provisionalidad*. Aquí cobran importancia las reflexiones de CALAMANDREI, en el sentido de que la provisoriedad de las medidas cautelares *no tiene conexión con el modo de formación de la providencia*, de tal suerte que la tutela cautelar tiene efectos provisorios no porque «la cognición sobre la cual se basa sea menos plena que la ordinaria y deba, por consiguiente, ir acompañada de una menor estabilidad

¹⁰ El artículo 79 del referido Código distingue entre: 1) decretos; 2) autos provisionales; 3) autos definitivos; 4) autos preparatorios; 5) sentencias interlocutorias, y 6) sentencias definitivas. Esta clasificación ha sido criticada doctrinalmente por su complejidad que confunde la naturaleza propia de las resoluciones.

¹¹ *Cfr.*, entre otros, C. GÓMEZ LARA, *Teoría general del proceso*, 10.ª ed., México, Oxford, 2007, pp. 325-326; y J. OVALLE FAVELA, *Teoría general del proceso*, 6.ª ed., México, Oxford, 2006, pp. 295-296.

¹² *Cfr.* H. FIX-ZAMUDIO y E. FERRER MAC-GREGOR, «Las sentencias de los Tribunales Constitucionales en el ordenamiento mexicano», *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, CEPC, núm. 12, 2008 (en prensa).

¹³ Tesis utilizada por COUTO desde la primera edición (1929) de su clásica obra, *op. cit.*, *supra* nota 7. En la 2.ª ed., actualizada y ampliada, que aparece veintiocho años después (1957, Porrúa), le dedica un apartado especial: «De la suspensión con efectos de amparo provisional» (pp. 219-244), que en realidad constituye la ponencia que presentó el 14 de noviembre de 1956, en la primera sesión del ciclo de conferencias organizado por el Instituto Nacional del Amparo.

de efectos, *sino porque la relación que la providencia cautelar constituye está, por su naturaleza, destinada a agotarse*, ya que su finalidad habría quedado lograda en el momento en que se produzca la providencia sobre el mérito de la controversia»¹⁴.

Esta circunstancia resulta lógica si se advierte que estamos en presencia de un proceso contradictorio, de tal suerte que el juez constitucional tiene que escuchar a las partes, valorar las pruebas, recibir los alegatos, para poder resolver sobre el fondo de la cuestión de manera definitiva. Cuando decide respecto de la suspensión del acto, si bien existe una cognición sumaria, no se tiene la finalidad de resolver la cuestión efectivamente planteada en el fondo, sino su objetivo consiste en evitar daños irreparables a las partes o a la sociedad y garantizar la eficacia y finalidad misma del proceso constitucional como institución. De ahí que en ningún caso los poderes del juez constitucional al decidir sobre la suspensión del acto, pueden llegar a constituir una *situación jurídica irreversible*, que sólo está reservada a la sentencia definitiva.

La propia jurisprudencia de la Suprema Corte ha sostenido que la suspensión del acto en controversia constitucional participa de la naturaleza de las medidas cautelares y advierte que su finalidad como «instrumentos provisionales» permiten conservar la materia del litigio y evitar daños graves e irreparables a las partes o a la sociedad con motivo de la tramitación del proceso. Y agregaríamos nosotros también la de garantizar la eficacia misma del proceso constitucional.

No debe perderse de vista, como veremos más adelante, que la tramitación de la suspensión del acto en controversia constitucional siempre se realiza en vía incidental (sea de oficio o a petición de parte), es decir, por cuerda separada, sin que en ningún caso se suspenda el procedimiento constitucional principal. De ahí su carácter *instrumental*, que corrobora la finalidad misma de la medida que se adopte, al servir al proceso principal y no sustituir la decisión sobre la pretensión que se debate en este último, a pesar de que en algunas ocasiones pudiera coincidir el contenido de la medida cautelar con la sentencia de fondo (al prejuzgar sobre la constitucionalidad del acto impugnado), ya que la primera se realiza no para resolver la litis constitucional sino para garantizar la eficacia del proceso y evitar daños irreparables.

Este procedimiento incidental culmina con un auto del ministro instructor, donde decide sobre la suspensión del acto impugnado. La decisión cautelar tiene el atributo de ser *mutable*, en la medida en que puede ser modificado o revocado por el propio ministro instructor o como consecuencia del recurso de reclamación que resuelve la Sala o el Pleno de la Suprema Corte, conforme lo analizaremos más adelante, donde deriva el carácter de *flexibilidad* y de *variabilidad* de la resolución cautelar, que nuevamente lo alejan del carácter definitivo de la sentencia.

En definitiva, la decisión cautelar del ministro instructor en controversia constitucional se manifiesta a través de un *auto*, que si bien constituye una resolución, no puede equipararse a la sentencia, al ser esta última definitiva y la otra

¹⁴ *Introducción al estudio sistemática de las providencias cautelares, op. cit., supra nota 1, p. 40.*

siempre tendrá carácter *provisional* por naturaleza, de tal suerte que la medida cautelar no posee carácter *autosatisfactiva* ni puede constituirse en un *proceso cautelar* en ningún caso¹⁵.

3. CARACTERÍSTICAS GENERALES DE LA SUSPENSIÓN DEL ACTO RECLAMADO EN CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES

Una vez precisado que el incidente de suspensión del acto en controversia constitucional culmina con una resolución judicial en forma de auto, pasamos ahora a establecer sus *características generales*, que coinciden con las de cualquier medida cautelar al compartir su misma naturaleza y que de cierto modo resultan concomitantes.

A) Instrumentalidad

Esta característica constituye «la nota verdaderamente típica de las providencias cautelares», como lo dejó ver CALAMANDREI desde aquel luminoso estudio de 1936, que marcó el futuro del estudio de la institución cautelar¹⁶. A partir de entonces se ha venido estudiando las medidas cautelares con este carácter. Sin embargo, desarrollos posteriores en la doctrina procesal han cuestionado su instrumentalidad a la luz de nuevas instituciones, que pretenden ser englobadas en una concepción amplia denominada *justicia cautelar*. Estos nuevos desarrollos, como las «medidas autosatisfactivas», «la prueba anticipada», «la ejecución provisional», conjuntamente con los denominados «procesos urgentes», si bien tienen similitudes con las (auténticas) medidas cautelares, carecen de aquella característica fundamental de *instrumentalidad* advertida hace más de seis décadas por el discípulo de CHIOVENDA.

Tratándose de la suspensión del acto en controversia constitucional resulta clara su *instrumentalidad* o, si se prefiere, *subsidiariedad* en relación al proceso principal del cual depende. Implica la medida cautelar un «nexo necesario» con el

¹⁵ Las «medidas autosatisfactivas» y las «tutelas anticipadas» se encuentran actualmente reconocidas en varias legislaciones o en vía de jurisprudencia, si bien no contienen propiamente los atributos de las auténticas medidas cautelares, al tratarse de procesos rápidos o urgentes, donde se concede la pretensión de manera definitiva. En general, sobre estas tendencias modernas en Iberoamérica, *vid.* los interesantes trabajos contenidos en la obra de J. GREIF, *Medidas cautelares*, Buenos Aires-Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2000; especialmente respecto de las medidas autosatisfactivas, *vid.* los ensayos de J. PEYRANO, que fue quien introduce el término y le otorga importantes desarrollos: «La medida autosatisfactiva: uno de los principales ejes de la reforma procesal civil» y «Aspectos concretos del proceso urgente y de la tutela anticipatoria. Las recientes innovaciones brasileñas y la recepción por la Corte Suprema», pp. 205-222 y pp. 267-282, respectivamente. Sobre todas estas medidas y procedimientos, *vid.*, MARTÍNEZ BOTOS, *Medidas cautelares*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1999; R. ARAZI, *Medidas cautelares*, Buenos Aires, Astea, 1997, y J. L. KIELMANOVICH, *Medidas cautelares*, Buenos Aires-Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2000.

¹⁶ *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, *op. cit.*, *supra* nota 1, p. 44. Su contemporáneo, F. CARNELLUTTI, en un principio, consideró que las medidas cautelares constituían un proceso autónomo, de tal suerte que representaban un *tertium genus*, al lado de los procesos de cognición y de ejecución, criterio que con posterioridad cambiará para adherirse a la tesis de la instrumentalidad de las medidas cautelares; *cfr.* de este autor, *Instituciones de Derecho procesal civil*, trad. de S. SENTÍS MELENDO, Buenos Aires, EJEA, 1989, t. 1, pp. 327-328.

proceso principal¹⁷. Puede ocurrir que no exista decisión cautelar alguna durante el procedimiento constitucional, sea porque la suspensión no se haya pedido, o habiéndose solicitado no se otorgó o porque no se hubiese decretado de oficio. Y aun existiendo, su finalidad no puede identificarse con la del proceso constitucional, en tanto que su función consiste en conservar la materia del objeto de la litis y evitar daños irreparables a las partes o a la sociedad por la demora del procedimiento, es decir, constituye, como lo advierte CALAMANDREI, «instrumento del instrumento». Esta *instrumentalidad cualificada* sólo se explica en razón del proceso principal que pretende asegurar, ya que «nunca constituyen un fin por sí mismas, sino que están *preordenadas* a la emanación de una ulterior providencia definitiva, el resultado práctico de la cual aseguran preventivamente»¹⁸.

El hecho de que en ocasiones se anticipen los contenidos de la sentencia en la medida cautelar (al prejuzgar sobre la inconstitucionalidad del acto), no significa que desaparezca su *carácter instrumental*, toda vez que siempre se otorga en función del proceso que pretende garantizar, sea para evitar daños irreparables a las partes o a la sociedad, sea para mantener viva la litis principal y lograr la eficacia del proceso como institución de interés público, siendo esta *funcionalidad* propia de las medidas cautelares, que se vincula con su segunda característica relativa a su autonomía.

B) Autonomía

Es común que se afirme que este rasgo de las medidas cautelares aparece por el procedimiento especial que se sigue, que en general se tramitan por vía incidental, es decir, en cuaderno separado al principal.

Sin embargo, la *autonomía* como rasgo característico de la suspensión del acto en controversia constitucional, no se constituye por el procedimiento seguido para la decisión cautelar, sino por su *funcionalidad*, esto es, por su «autonomía funcional» como institución procesal. La finalidad de la suspensión en controversia constitucional, como lo ha definido la jurisprudencia de la Suprema Corte, consiste en permitir conservar la materia del litigio, de tal suerte que se asegure provisionalmente la situación jurídica, el derecho o el interés de que se trate para que la sentencia que se dicte eventualmente declare el derecho del actor y pueda ser ejecutada eficaz e íntegramente; y por otra parte, su finalidad consiste en evitar un grave e irreparable daño a las partes o a la sociedad con motivo de la tramitación del proceso constitucional¹⁹.

De esta manera su objeto es común al de las medidas o providencias cautelares en general, que difieren del objeto del proceso principal y que nunca pueden coincidir en su objetivo debido al carácter instrumental en los términos precisados y en su rasgo de provisionalidad que ahora pasamos a su análisis.

¹⁷ Cfr. I. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Derecho procesal civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales* (con A. DE LA OLIVA SANTOS y J. VEGAS TORRES), 2.^a ed., Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Arce, 2002, p. 67.

¹⁸ P. CALAMANDREI, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, op. cit., *supra* nota 1, p. 44.

¹⁹ Cfr. la tesis aislada L/2005 de la Primera Sala, cuyo rubro es «Suspensión en controversia constitucional. Naturaleza y características» (SJFG, t. XXI, junio de 2005, p. 649).

C) Provisionalidad

Al otorgarse la suspensión del acto impugnado en controversia constitucional, sus efectos siempre resultan *temporales*, es decir, limitados en el tiempo. Lo son por la finalidad misma de su naturaleza que no pretenden resolver sobre la pretensión planteada, por lo que no recaen sus efectos en la relación jurídica principal y, por tanto, carecen del atributo de la autoridad de cosa juzgada²⁰.

Esta característica se deriva del artículo 16 de la LR105, que establece que «podrá ser solicitada por las partes en cualquier tiempo hasta antes de que se dicte sentencia definitiva», ya que por su propia naturaleza la decisión cautelar no puede prolongarse más allá de la sentencia definitiva. Aquí conviene distinguir entre el «momento de solicitud» de la medida o «del momento de otorgamiento de oficio» que, en todo caso, tiene que ser antes del dictado de la sentencia, de aquel otro «momento en que los efectos de la suspensión del acto dejan de producirse». Lo anterior lo consideramos importante, ya que en términos del artículo 45 de la LR105 la sentencia definitiva produce sus efectos a partir de la fecha que la propia Suprema Corte determine, razón por la cual creemos que la eficacia de la medida cautelar debe prolongarse en el tiempo hasta que entren en vigor los efectos del fallo definitivo. De lo contrario, podrían causarse daños irreversibles a las partes (en algunas ocasiones incluso por mala fe) en el lapso que medie entre la emisión de la sentencia y la fecha en que se produzcan sus efectos.

El carácter provisional de la suspensión del acto implica, por consiguiente, su condición de *resolución provisional*, que está por esencia condenada a desaparecer. Se agota la medida cautelar por naturaleza, sea por terminación del proceso en cualquiera de sus formas o incluso por revocación o modificación de la medida cautelar debido al carácter siempre *flexible* que tienen, que define su última característica.

D) Mutabilidad

Mientras que las tres características anteriores, *instrumentalidad*, *autonomía* y *provisionalidad* constituyen características que siempre están presentes en la suspensión del acto reclamado en controversia constitucional, la *mutabilidad* representa un atributo de la decisión cautelar referida a su *variabilidad*, por lo que en ocasiones no se da este supuesto. Esta característica no debe confundirse con la *provisionalidad*, que atiende a su carácter no definitiva de la medida; en cambio, la *mutabilidad* se refiere al carácter flexible, sea por decisión del propio ministro instructor al cambiar ciertas circunstancias fácticas que las motivaron

²⁰ Estamos conscientes de que no es pacífico en la doctrina si la decisión en una medida cautelar adquiere la calidad de cosa juzgada. Algunos consideran incluso que se trata de una *cosa juzgada provisional*, que también se distingue de la *cosa juzgada asegurativa* y de la *cosa juzgada anticipatoria*, como lo hace ver el procesalista argentino A. RIVAS, si bien matiza cuando se refiere al amparo; cfr. su trabajo «La satisfacción anticipada de la pretensión», en J. GREIF (COORD.), *Medidas cautelares*, op. cit., supra nota 15, pp. 223-265. Nosotros nos inclinamos por considerar que la cosa juzgada sólo resulta de la sentencia definitiva y no de las medidas cautelares que por naturaleza son temporales y flexibles.

(hecho nuevo o superveniente) o bien por ser impugnables ante el Pleno o las Salas de la Suprema Corte (de conformidad con los Acuerdos Plenarios 5/2001 y 3/2008, como precisaremos más adelante).

4. ATRIBUCIONES DEL MINISTRO INSTRUCTOR Y MARCO JURÍDICO

Ahora pasamos al análisis de las atribuciones del *ministro instructor* en materia de la suspensión en controversias constitucionales, que se inscriben dentro de los amplísimos poderes de decisión que tiene a lo largo del procedimiento constitucional.

Una primera aproximación a la importancia de la figura del ministro instructor en los procesos de controversia constitucional y acción de inconstitucionalidad, se advierte si se tiene en consideración que es mencionado en 36 ocasiones en 24 diversos preceptos de la LR105 (casi en un tercio del total de los artículos que la integran). En materia de controversias, específicamente se le otorgan *facultades trascendentales de decisión*: admitir o desechar de plano la demanda; prevenir a los promoventes para que subsanen las irregularidades; emplazar a la parte demandada y dar vista a las demás partes; señalar fecha y celebrar la audiencia de ofrecimiento y desahogo de pruebas, pudiendo desechar de plano las que no guarden relación con la controversia o no influyan en la sentencia definitiva; designar al perito o peritos que estime conveniente; decretar pruebas para mejor proveer; requerir a las partes para que proporcionen los informes o aclaraciones que estime necesarios para la mejor resolución del asunto; resolver sobre los diversos incidentes nominados e innominados; y elaborar el proyecto de resolución para someterlo al Tribunal Pleno, entre otras. Dentro de estas amplísimas facultades, se encuentran también las relativas a *otorgar, negar, modificar o revocar la suspensión del acto impugnado*.

Todas estas facultades no se encuentran en disposición constitucional alguna. El artículo 105 constitucional que regula en su fracción I a las controversias constitucionales remite a la ley reglamentaria, cuestión que estimamos correcta, contrariamente a lo que sucede en el juicio de amparo, que existe una sobre regulación en el artículo 107, en sus XII fracciones vigentes, que bien varias de sus reglas pudieron haberse reservado en la Ley de Amparo.

Si bien pudiera pensarse que tiene aplicabilidad en materia de controversias lo dispuesto en la fracción X del artículo 107 constitucional, que regula la suspensión en materia de amparo, no es así, ya que se trata de un diverso proceso constitucional y no existe remisión alguna a este dispositivo constitucional, ni referencia similar en la LR105²¹. Cuestión distinta es la utilidad de la jurisprudencia que se ha venido creando de la institución de la suspensión del acto reclamado en materia de amparo, que resulta rica y abundante; lo anterior con el riesgo evidente de trasladar sin más aquella doctrina específica en amparo, sin meditar sobre las características propias de este diverso proceso constitucional.

²¹ Vid. la tesis CXVII/2000, de la Segunda Sala, cuyo rubro es: «Suspensión. Es inaplicable lo preceptuado en la fracción X del artículo 107 de la Carta Magna, tratándose de controversias constitucionales» (SJFG, t. XII, septiembre de 2000, p. 588).

Esto último resulta importante, ya que el primer párrafo de la fracción X del citado precepto establece provisiones que el juez constitucional debe considerar para el otorgamiento de la suspensión del acto, a saber: «...la naturaleza de la violación alegada, la dificultad de reparación de los daños y perjuicios que pueda sufrir el agraviado con su ejecución, los que la suspensión origine a terceros perjudicados y el interés público». Si bien estos elementos pueden considerarse en el incidente de suspensión en controversia constitucional, creemos que no es por aplicación del artículo 107 constitucional, que no le resulta aplicable, sino más bien por ser coincidentes con los parámetros de las medidas cautelares en general, con las particularidades propias que se derivan de la LR105 y de la jurisprudencia constitucional.

La regulación de la suspensión en controversia constitucional se encuentra prevista de manera precisa en la LR105, en los artículos 14 a 18, que integran la sección segunda: *De la suspensión*, del capítulo II relativo a *Los incidentes*; mientras que el artículo 12 se refiere a la oportunidad en la resolución del incidente de suspensión, que deberá realizarse con anterioridad del dictado de la sentencia definitiva; mientras que el artículo 35 complementa la posibilidad de que el ministro instructor pueda decretar pruebas para mejor proveer y requerir a las partes informes o aclaraciones necesarios para resolver sobre la suspensión (por remisión del primer párrafo del art. 14 de la misma ley, que señala la aplicabilidad del referido art. 35); posibilidad que se considera una facultad que puede utilizar el ministro instructor para resolver sobre la suspensión, sin que implique una obligación²². Asimismo, debe tenerse en consideración los artículos 51, fracción IV, y 55, fracción I, de la LR105, relativos a los recursos de reclamación y queja, en aspectos relacionados con la suspensión. En estos preceptos queda regulada la materia suspensiva en controversia constitucional, sin que sea necesario recurrir al Código Federal de Procedimientos Civiles de manera supletoria²³.

Sin embargo, no debe perderse de vista que la suspensión del acto en controversia constitucional es parte del *debido proceso* regulado en el artículo 14²⁴, en relación con el 17 constitucional²⁵; de tal suerte que el ministro instructor debe tener presente siempre que se cumpla con este derecho fundamental de carácter

²² Cfr. la tesis 15/97, del Tribunal Pleno, cuyo rubro es «Controversias constitucionales. El ministro instructor tiene facultad, pero no obligación, de recabar pruebas, previamente a la decisión sobre la suspensión» (*SJFG*, t. V, febrero de 1997, p. 509). En sentido contrario, CASTRO Y CASTRO considera que al no preverse en la LR105 la substanciación del incidente de suspensión, debe acudirse, en términos del artículo 1.º de la misma ley reglamentaria, a los artículos 358 a 364 del Código Federal de Procedimientos Civiles, que señalan la tramitación de los incidentes que no tengan precisada una tramitación especial. Cfr. J. V. CASTRO Y CASTRO, *El artículo 105 constitucional*, op. cit., supra nota 8, p. 210.

²³ Cfr. la tesis jurisprudencial 14/97 del Tribunal Pleno, cuyo rubro es «Controversias constitucionales. Interés jurídico en materia suspensiva, no es supletorio el código federal de procedimientos civiles» (*SJFG*, t. V, febrero de 1997, p. 579).

²⁴ Sobre los alcances de este precepto, *vid.* M. CARBONELL y E. FERRER MAC-GREGOR, «Comentario al artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos», *Derechos del pueblo mexicano, México a través de sus Constituciones*, México, Miguel Ángel Porrúa, 2006, t. XVI, pp. 506-526.

²⁵ Incluso se ha considerado como fundamento constitucional de las medidas cautelares en general, el contenido del artículo 17 constitucional al señalar, en la parte conducente, que «Las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones». Cfr. H. GONZÁLEZ CHÉVEZ, *La suspensión del acto*

instrumental, ya que cualquier medida cautelar constituye, como ha señalado CALAMANDREI, el «instrumento del instrumento» en cuanto a la finalidad última de la función jurisdiccional²⁶. Así lo deja ver GARCÍA DE ENTERRÍA en otra clásica obra, si bien en materia contencioso-administrativa, al señalar que el tribunal constitucional español ha proclamado «que existe un verdadero derecho fundamental a la tutela cautelar» y que concretamente ha definido el contenido de ese derecho «como todo lo que exija la efectividad de la tutela en las situaciones particulares de que se trate, lo cual incluye, necesariamente, medidas positivas de protección, y no sólo suspensiones de actos administrativos»²⁷. De ahí que el ministro instructor deba cuidar el equilibrio entre las partes al otorgar la medida cautelar, lo que no significa que deba siempre otorgarse *audiatur et altera pars* como veremos más adelante.

Dependiendo de las finalidades de cada medida cautelar existen diversos procedimientos de cognición²⁸. En el procedimiento cautelar en materia de amparo se advierte con claridad, teniendo en cuenta la precisión que FIX-ZAMUDIO advierte dependiendo de la vía indirecta (ante juez de distrito) o directa (ante un Tribunal Colegiado de Circuito)²⁹.

Por una parte existe la *suspensión de oficio*, que se otorga de plano, sin una substanciación especial y sin audiencia de las partes, por lo que no se requiere abrir un cuaderno paralelo al principal; generalmente se concede en el mismo auto de admisión de la demanda (aunque puede ser con posterioridad). En cambio, en la *suspensión a petición de parte*, necesariamente existe una substanciación en vía incidental, con audiencia de partes y que por regla general consta de dos fases: una primera cognición sumarísima (sin audiencia de partes) donde se resuelve sobre la *suspensión provisional* como *decisión interina* en el procedimiento cautelar debido a la necesidad de urgencia de la medida; y otra fase posterior de cognición ordinaria, con plena audiencia de las partes y donde rige el principio de contradicción, a manera de etapa de convalidación de aquella primera medida, para resolver sobre la *suspensión definitiva*.

reclamado en amparo, desde la perspectiva de los principios de las medidas cautelares, *op. cit.*, *supra* nota 7, pp. 158-160.

²⁶ Así, por ejemplo, lo ha considerado el Tribunal Constitucional español, al considerar las medidas cautelares como parte de la tutela judicial efectiva. En general, sobre las medidas cautelares en España, *vid.* M. ORTELLS RAMOS, *Las medidas cautelares*, Madrid, La Ley, 2000; en cuanto a los procesos constitucionales, *vid.* J. CIFUENTES, *Las medidas cautelares en los procesos ante el Tribunal Constitucional*, Madrid, Colex, 1993; C. CHINCHILLA MARÍN, *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Madrid, Civitas, 1991; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Las batallas por las medidas cautelares. Derecho comunitario europeo y proceso contencioso-administrativo español*, 3.ª ed., Madrid, Thomson-Civitas, 2006; y M. Á. MONTAÑÉS PARDO, *La suspensión cautelar en el recurso de amparo. Prontuario de jurisprudencia constitucional*, Pamplona, Aranzadi, 2001.

²⁷ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Las batallas por las medidas cautelares*, *op. ult. cit.*, p. 15. En varios Tribunales Constitucionales se ha venido aceptando a las medidas cautelares como parte de la tutela judicial efectiva.

²⁸ Sobre estos procedimientos de cognición de las medidas cautelares atendiendo a sus especiales finalidades asegurativas, *vid.* P. CALAMANDREI, *op. cit.*, *supra* nota 1, pp. 79-84.

²⁹ Esta precisión resulta importante para comprender los dos sectores en que opera la suspensión del acto reclamado en materia de amparo, ya que dependiendo de su tramitación en la vía indirecta o directa, existen reglas precisas sobre la suspensión de oficio y de instancia de parte. *Cfr.* las clásicas obras de I. BURGOA, *El juicio de amparo*, 41.ª ed., México, Porrúa, 2005, pp. 720-818; H. FIX-ZAMUDIO, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, 3.ª ed., México, Porrúa-UNAM, 2003, pp. 59-65; y A. NORIEGA, *Lecciones de Amparo*, 3.ª ed., México, Porrúa, 1991, pp. 1070-1105.

En realidad las suspensiones «provisional» y «definitiva» son ambas *provisionales* en cuanto a que las dos duran hasta que acontece un hecho o acto que las agota. Aquí cobra relevancia la advertencia de CALAMANDREI sobre este aparente juego de palabras, dado que «el concepto de *provisioriedad* (y lo mismo el que coincide con él, de *interinidad*) es un poco diverso, y más restringido, que el de *temporalidad*. *Temporal* es, simplemente, lo que no dura siempre; lo que independientemente de que sobrevenga otro evento, tiene por sí mismo duración limitada; *provisorio* es, en cambio, lo que está destinado a durar hasta tanto que sobrevenga un evento sucesivo, en vista y en espera del cual el estado de provisoriedad subsiste durante *el tiempo intermedio*. En este sentido, *provisorio* equivale a *interino*; ambas expresiones indican lo que está destinado a durar solamente el tiempo *intermedio* que precede al evento esperado»³⁰.

Además de esta provisoriedad, tanto de la suspensión denominada «provisional» como la «definitiva», tienen ambas la característica de la *mutabilidad*, ya que pueden ser impugnadas a través de los recursos de revisión y queja (arts. 95, fracción XI y 83, fracción II, de la Ley de Amparo).

Ahora bien, ¿cuáles son los tipos de suspensión que pueden existir en las controversias constitucionales? El ministro instructor podrá otorgar la suspensión del acto i) *de oficio*; o ii) *a petición de parte*, conforme lo establece el artículo 14 de la LR105. Sin embargo, no existe claridad en el procedimiento a seguir para ambos tipos de suspensión, a diferencia de lo que ocurre en materia de amparo que su regulación es precisa.

Esto ha motivado ciertas dudas de la doctrina. El hoy ministro jubilado de la Suprema Corte, Juventino Castro y Castro, ha considerado que en realidad no existe *la suspensión de oficio* en la controversia constitucional. Considera que este tipo de suspensión que se da en materia de amparo, en ciertos casos «precede al juicio principal que *probablemente* se abrirá, pero que también no se asegura que existirá. Así esta suspensión es *autónoma*; es decir, es una cautela emergente que tiene vida por sí misma. El procedimiento que se instaura *no es un incidente*. Todo esto que demuestra una autonomía de la providencia cautelar, puede ocurrir en el juicio de amparo. No es ese el caso de las controversias constitucionales. En estos procedimientos *no hay suspensión de oficio*; por tanto, en ellas no cabe pensar en una suspensión autónoma del principal. *En todo momento es un incidente*. Así lo dice el artículo 16 de la Ley: «La suspensión se tramitará por vía incidental y *podrá ser solicitada por las partes en cualquier tiempo hasta antes de que se dicte sentencia definitiva*»³¹.

Pareciera que existe una confusión de lo que debemos entender por *autonomía*, que como hemos visto constituye una característica de la suspensión en controversia constitucional que es común a cualquier medida cautelar; son autónomas, no por el procedimiento por el cual se ventilan (que en general se tramitan por vía incidental), sino por su finalidad como institución procesal, es decir, por tratarse de una institución que persigue en sí misma un objeto distinto al juicio principal. En este sentido, la autonomía es vista desde su *funcionalidad*, como medio que garantiza la eficacia del proceso.

³⁰ *Introducción al estudio sistemática de las providencias cautelares. op. cit., supra* nota 1, p. 36.

³¹ J. V. CASTRO Y CASTRO, *El artículo 105 constitucional, op. cit., supra* nota 8, pp. 205-206.

Por lo anterior estimamos que la *suspensión de oficio* en el juicio de amparo no deja de ser una medida cautelar de naturaleza instrumental al juicio principal, por el simple hecho de no tramitarse en vía incidental, toda vez que en ningún caso adquiere la suspensión independencia del juicio principal. Tan es así, que no podría otorgarse la suspensión de oficio sin que se presente una demanda de amparo debido al principio de instancia de parte agraviada, de conformidad con la fracción I del artículo 107 constitucional, ni tiene una definitividad la decisión cautelar al estar supeditada su temporalidad a la duración del proceso principal, inclusive a la admisión de la demanda en los supuestos en que se hubiera otorgado la medida cautelar previamente.

La procedencia *de oficio* de la suspensión en controversia constitucional se encuentra prevista expresamente en el artículo 14 de la LR105. Su tramitación difiere a la que se prevé en materia de amparo que debe otorgarse de plano. En la controversia constitucional, en cambio, siempre tendrá que ser en vía incidental en términos del artículo 16 de la LR105, como bien lo señala CASTRO Y CASTRO; y además teniendo en consideración que la regulación específica «De la suspensión» constituye una sección especial del capítulo II: «De los incidentes», de donde se infiere que la suspensión, sea de oficio o a petición de parte, deberá tramitarse vía incidental, sin que ello sea obstáculo para que bajo esta forma se otorgue la suspensión de oficio.

¿Qué sucedería si las partes no solicitan la suspensión y el ministro instructor advierte que debe otorgarse al considerar afectación al interés público con inminente daño a la sociedad? Si la propia ley permite que «el ministro instructor, *de oficio* o a petición de parte, podrá conceder la suspensión del acto», no advertimos obstáculo alguno que pueda el ministro otorgarla en vía incidental, ya que el citado artículo 16 claramente señala que «la suspensión se tramitará por vía incidental», debiendo tenerse en cuenta para concederla «los elementos que sean proporcionados por las partes o recabados por el ministro instructor» (art. 14 de la LR105) y atendiendo además la regla general prevista en el artículo 18 de la LR105, relativa a que «deberán tomarse en cuenta las circunstancias y características particulares de la controversia constitucional»³².

No creemos que el citado artículo 16 se refiere exclusivamente a la suspensión a petición de parte, ya que la primera parte de dicho precepto es categórica al señalar que «la suspensión» (sin distinguir si es de oficio o a petición de parte) «se tramitará por vía incidental», lo cual se corrobora además con el artículo 12 de la misma ley, donde le otorga el carácter de incidente a la suspensión, cuestión lógica si se advierte que precisamente la suspensión del acto se encuentra regulado dentro del capítulo «De los incidentes».

Pudiera pensarse que si en el amparo la suspensión de oficio se otorga de plano, implica una mayor celeridad en la decisión cautelar. Lo anterior no es del todo exacto, ya que si bien este tipo de suspensión en controversia constitucional debe tramitarse por la vía incidental, es decir, debe abrirse un cuaderno por separado, nada impide que el ministro instructor decida sobre la medida de inmediato en el incidente respectivo (que incluso no vemos inconveniente, si bien

³² Los ministros instructores han otorgado la suspensión de oficio en el incidente correspondiente, por ejemplo, en la controversia 8/2001.

no es lo ortodoxo, que sea antes de admitirse la demanda si así se amerita como sucede en amparo), en casos extremos de notoria urgencia; de lo contrario, la dilación podría ocasionar daños irreparables a la sociedad, mermando en todo o en parte la eficacia del proceso constitucional.

La urgencia de la medida implica, por tanto, que sea *inaudita altera parte*, sin que ello represente violación al debido proceso, ya que no debe perderse de vista que el *principio de audiencia* se respetaría en una fase posterior, dado el carácter *flexible* de la medida adoptada, al poder ser modificada o revocada por el propio ministro instructor (por hechos supervenientes o nuevos que lo fundamenten) o a través del recurso de reclamación a que se refiere el artículo 51, fracción IV, de la LR105, que pudiera conducir a revocar o modificar la medida. Además, como hemos visto, la medida siempre resulta *provisional*, por lo que en ningún caso puede resultar *irreversible*, puesto que ello constituiría una situación jurídica inmodificable, lo que iría en contra de la finalidad de la suspensión.

No creemos, por consiguiente, que la segunda parte del artículo 14 de la ley reglamentaria, relativa a que la suspensión «se concederá con base en los elementos que sean proporcionados por las partes o recabados por el ministro instructor en términos del artículo 35, en aquello que resulte aplicable», necesariamente conduce a una cognición amplia en el procedimiento incidental. Por una parte, en cuanto al segundo supuesto, la propia Suprema Corte ha entendido que el ministro instructor no tiene *obligación* de recabar pruebas de las partes previamente a determinar sobre la medida suspensiva, «sino que representa una *facultad* para hacerlo, que no tiene que ejercitar cuando, a su juicio, cuenta con los elementos necesarios para proveer lo relativo al respecto»³³. Y en cuanto a la primera parte del precepto, dada la urgencia de la medida que debe adoptarse, debe resolverse conforme los elementos que hasta ese momento hubieran sido proporcionados, incluso en la propia demanda o, en su caso, en la contestación de la misma³⁴, de tal suerte que opere el principio de celeridad atendiendo la urgencia del caso dada las características particulares de la controversia constitucional en trámite.

Así, cuando el ministro instructor conceda *la suspensión de oficio*, debe ser en vía incidental, lo cual difiere a lo previsto en materia de amparo, que se otorga de plano sin abrir incidente alguno. Cuestión distinta es que la LR105 no establezca los supuestos en que debe proceder, como se prevé en amparo en el que se otorga de oficio cuando importe peligro de privación de la vida, deportación o destierro o algunos de los actos prohibidos por el artículo 22 constitucional, o cuando se trata de algún otro acto que de consumarse, sería irreparable; o cuando se trata de los núcleos de población ejidal o comunal (arts. 124 y 233 de la Ley de Amparo).

En el caso de la controversia constitucional, el otorgamiento de *la suspensión de oficio* debe motivarse en la decisión cautelar correspondiente, y si bien no existen los supuestos específicos en que debe operar, creemos que siempre debe gravitar para su otorgamiento algún elemento que implique la urgencia

³³ Cfr. la tesis jurisprudencial 15/97 del Tribunal Pleno, *op. cit.*, *supra* nota 22.

³⁴ Cabe precisar que en el incidente de suspensión puede obrar copia certificada de la totalidad de las constancias que integran el expediente principal.

de la medida para evitar daños irreparables y garantizar la eficacia del proceso, de tal suerte que de no otorgarse se afectaría de alguna manera el interés de la sociedad; en este sentido podrían utilizarse los supuestos previstos en el artículo 15 de la LR105, que si bien son hipótesis para negar la suspensión, operarían a la inversa para otorgar la suspensión de oficio³⁵.

La *suspensión a petición de parte* también debe tramitarse por la vía incidental y puede solicitarse en cualquier tiempo hasta antes de que se dicte sentencia definitiva. Dado que la ley guarda silencio respecto de la substanciación del incidente, resulta interesante establecer si debe aplicarse la regla general de tramitación de los incidentes nominados de especial pronunciamiento³⁶, a que se refiere el tercer párrafo del artículo 13 de la LR105, que señala: «Los incidentes se sustanciarán en una audiencia en la que el ministro instructor recibirá las pruebas y los alegatos de las partes y dictará la resolución que corresponda»³⁷.

Esta «audiencia incidental» está regida por el principio de contradicción, donde se prevé la audiencia de las partes y existe concentración procesal. Sin embargo, este procedimiento no es aplicable para la suspensión del acto, toda vez que existe una sección especial que regula el incidente de suspensión, por lo que no necesariamente debe seguirse *audiatur et altera pars*, en los términos antes señalados. De esta manera, al igual que en la suspensión de oficio, creemos que no existe obstáculo alguno para que el ministro instructor *pueda resolver de manera inmediata*, si cuenta con los elementos suficientes para ello (proporcionados por las partes) y *dadas las circunstancias y características particulares de la controversia constitucional* sobre la que se esté resolviendo, en términos del artículo 18 de la LR105. En caso de que no cuente con estos elementos que le otorguen convicción para resolver sobre la suspensión, puede discrecionalmente decretar pruebas para mejor proveer o requerir a las partes que proporcione las aclaraciones e informes necesarios para poder decidir (art. 35 en relación al 14 de la LR105).

También conviene precisar, que en la suspensión a petición de parte en controversia constitucional no se prevé, como sucede en amparo, una posible doble etapa sucesiva regulada en ley: *la suspensión provisional* (si hubiere peligro inminente de que se ejecute el acto reclamado con notorio perjuicio para el quejoso), que se otorga con vigencia *interina* hasta en tanto se realiza una convalidación a través de la *suspensión definitiva*, con una cognición con plena audiencia de las partes, en los términos ya precisados. Situación que no opera en la controversia

³⁵ Así sucedió en la controversia constitucional 8/2001, promovida por el Ejecutivo Federal en contra del decreto por el que el jefe de Gobierno del Distrito Federal determinó que se conservara en esa entidad el *huso horario* vigente. En este caso se concedió la «suspensión de oficio» en el incidente respectivo, al considerar el ministro instructor que de no otorgarse dicha medida se afectaría la vida de los habitantes de dicha entidad federativa con repercusiones nacionales e internacionales poniendo en peligro «la seguridad y economía de la sociedad», elemento este último que aparece entre las hipótesis del artículo 15 de la LR105 como prohibición para negar la suspensión.

³⁶ El artículo 12 de la LR105 se refiere a tres incidentes de especial pronunciamiento, a saber, nulidad de notificaciones, de reposición de autos y el de falsedad de documentos, precisando que cualquier otro incidente que surja en el juicio, con excepción al de suspensión, deberá resolverse en la sentencia definitiva.

³⁷ Esta «audiencia incidental», no debe confundirse con la diversa «audiencia» del proceso principal, relativa al ofrecimiento y desahogo de pruebas a que se refiere el artículo 29 de la LR105, ya que tienen ambas finalidades diversas.

constitucional como de manera correcta recientemente lo ha entendido el Pleno de la Suprema Corte³⁸.

5. RESULTADO DE LA DECISIÓN CAUTELAR

En cuanto al *resultado* de la decisión cautelar, el ministro instructor puede *conceder* o *negar* la suspensión del acto.

A) Concesión

Se puede *conceder* la suspensión del acto parcial o totalmente, así como de sus efectos y consecuencias³⁹, en cualquier momento durante el procedimiento principal, hasta antes del dictado de la sentencia definitiva. A diferencia de lo que ocurre en materia de amparo, donde existen principios constitucionales (art. 107, fracción X) y reglas aplicables en la materia (arts. 123 y 124), no se establecen en las controversias constitucionales presupuestos para otorgar la suspensión. La LR105 sólo señala que se concederá «con base en los elementos que sean proporcionados por las partes o recabados por el ministro instructor» (arts. 14 y 35 de la LR105) y debiendo tener en cuenta «las circunstancias y características particulares de la controversia» (art. 18 LR105).

Pareciera que el legislador le ha otorgado al ministro instructor amplios poderes discrecionales, por lo que en esta materia debería reforzarse la motivación de su decisión. Es la jurisprudencia de la Suprema Corte la que ha venido estableciendo ciertos parámetros y presupuestos necesarios para el otorgamiento de la suspensión y determinar lo que es propiamente materia de la misma⁴⁰. Debe

³⁸ Todavía no se redacta el criterio sistematizado al momento de escribir estas líneas. Este criterio puede verse en el recurso de reclamación 30/2008-CA, derivado de la controversia constitucional 86/2007 y su incidente de suspensión, resuelto el 19 de mayo de 2008, bajo la ponencia del ministro José Ramón Cossío Díaz. Resulta interesante el considerando 5.º, que en la parte conducente señala: «De acuerdo con el capítulo II, “De los incidentes”, Sección I, “De los incidentes en general”, “De la suspensión”, artículos 14 a 18, de la Ley Reglamentaria de la materia, la modalidad de la suspensión en la controversia constitucional es única, se resuelve sobre ella otorgando de manera definitiva —con posibilidad de modificación o revocación, según el contenido del numeral 17 del ordenamiento en cita—, es decir, el ministro instructor no tiene posibilidad de otorgar la suspensión de manera temporal o previa, lo que es propio de otros medios de control, como lo es el juicio de amparo. En esas circunstancias, la denominación utilizada en el auto recurrido no es correcta, pues la Ley Reglamentaria de la materia no contempla la figura de la suspensión provisional, por lo que es oportuno precisar que tampoco es procedente conceder en una controversia constitucional la medida cautelar con los alcances o méritos propios de la suspensión provisional que contemplan otros ordenamientos jurídicos» (p. 30 de la resolución).

³⁹ Cfr: las tesis I/2003 y LI/2005, de la Segunda y Primera Sala, respectivamente, cuyos rubros son «Suspensión en controversias constitucionales. El ministro instructor tiene facultades para decretarla no sólo respecto del acto cuya invalidez se demande, sino también respecto de sus efectos y consecuencias» (*SJFG*, t. XVII, febrero de 2003, p. 762); y «Suspensión en controversia en contra del procedimiento de juicio político. No procede el otorgamiento de ésta, tratándose de la sustanciación de dicho procedimiento, pero sí respecto de sus efectos y consecuencias» (*SJFG*, t. XXI, junio de 2005, p. 648).

⁴⁰ Así, por ejemplo, se ha determinado que la legitimación no puede estudiarse en el incidente de suspensión. Cfr: la tesis LXXXVI/95 del Tribunal Pleno, cuyo rubro es «Suspensión en controversias constitucionales. No es materia de análisis la legitimación procesal activa del promovente» (*SJFG*, t. II, octubre de 1995, p. 165).

destacarse que la suspensión en controversia constitucional (como así se ha reconocido desde hace tiempo por la mejor doctrina en amparo) «es una especie del género de las medidas cautelares», de tal suerte que, en principio, «le son aplicables las reglas generales de tales medidas».

Teniendo en cuenta lo anterior, la jurisprudencia de la Suprema Corte ha entendido que operan los siguientes presupuestos: i) la apariencia del buen Derecho, y ii) el peligro en la demora⁴¹; a lo cual habría que agregar iii) la adecuación de la medida, como veremos en su oportunidad.

B) Negar

El ministro instructor puede negar la suspensión del acto cuando se trate de una *situación jurídica no cautelable*, es decir, cuando se impugnen determinados actos que por su propia naturaleza o por sus efectos no son susceptibles de suspensión; o bien en los supuestos prohibidos por ley.

a) Como se ha precisado desde el inicio de estas líneas, la suspensión en controversia constitucional no procede cuando se impugnen *normas de carácter general*, que alcanza también a los artículos transitorios por interpretación del artículo 14, segundo párrafo, de la LR105⁴². En este supuesto, basta con analizar la naturaleza material de la impugnación para determinar si estamos en presencia de una *norma general*, de tal suerte que constituya una *situación jurídica no cautelable* atendiendo a la naturaleza propia de la impugnación.

La jurisprudencia de la Suprema Corte ha ido precisando lo que debemos entender por normas generales⁴³. En general son aquellas que materialmente tengan los atributos de «generalidad, impersonalidad y abstracción», sin que sea necesario que formalmente emanen de un órgano legislativo. De tal suerte que en cada caso se tendrá que analizar la *naturaleza de la impugnación* con independencia del *nomen iuris* que formalmente reciba, debiendo el juez constitucional, por consiguiente, atender a su *contenido material*⁴⁴.

⁴¹ Cfr. la tesis jurisprudencial 109/2004 del Tribunal Pleno, cuyo rubro es: «Suspensión en controversias constitucionales. Para resolver sobre ella es factible hacer una apreciación anticipada de carácter provisional de la inconstitucionalidad del acto reclamado (apariciencia del buen Derecho y peligro en la demora)» (SJFG, t. XX, octubre de 2004, p. 1849).

⁴² Cfr. la tesis XXXI/2005, de la Segunda Sala, cuyo rubro es «Suspensión en controversias constitucionales. La prohibición de otorgarla respecto de normas generales incluye los artículos transitorios y sus efectos» (SJFG, t. XXI, marzo de 2005, p. 910).

⁴³ Dentro de esta concepción se comprenden los tratados internacionales, las leyes nacionales, federales y locales, las constituciones de las entidades federativas, los reglamentos federales y locales, así como ciertos decretos o acuerdos que tengan los atributos de ser abstractos, generales e impersonales.

⁴⁴ Para la procedencia de la acción de inconstitucionalidad, la jurisprudencia ha distinguido las diferencias entre la ley y el acto administrativo. La ley refiere un número indeterminado e indeterminable de casos y va dirigida a una pluralidad de personas indeterminadas e indeterminables. El acto administrativo, en cambio, crea situaciones jurídicas particulares y concretas, y no posee los elementos de generalidad, abstracción e impersonalidad de las que goza la ley; cfr. la tesis jurisprudencial 23/99, del Tribunal Pleno, cuyo rubro es «Acción de inconstitucionalidad. Para determinar su procedencia en contra de la ley o decreto, no basta con atender la designación que se le haya dado al momento de su creación, sino a su contenido material que lo defina como norma de carácter general» (SJFG, t. IX, abril de 1999, p. 256).

Así sucede con los reglamentos federales y locales que constituyen normas generales a pesar de que formalmente no provengan de un órgano legislativo⁴⁵; o incluso con ciertos *decretos* que si bien formalmente se emiten con base en la fracción I, del artículo 89 constitucional, materialmente reúnen las características aludidas de los reglamentos, como sucedió en la controversia constitucional 5/2001, respecto del decreto emitido por el ejecutivo federal para establecer los husos horarios en el país, toda vez que dicho decreto no se limitó «a establecer una norma individual sobre una especie particular de la administración pública, como es propio del decreto administrativo, sino que refiriéndose a la aplicación de los husos horarios que corresponden a la República, establece *normas generales* para el inicio y la terminación del “horario de verano”»⁴⁶. Lo mismo sucede con determinados acuerdos emitidos por el jefe de Gobierno del Distrito Federal, que si bien formalmente son actos administrativos en razón del órgano del que emanan, materialmente pueden constituir normas de carácter general⁴⁷.

El ministro instructor (o en su caso la Sala o el Pleno) deben, en todo caso, atender a la naturaleza del acto combatido a la luz de los atributos de la generalidad, abstracción e impersonalidad que poseen las normas generales (que incluyen también los artículos transitorios y sus efectos)⁴⁸, características que en ocasiones no son tan claras⁴⁹.

Asimismo, tampoco son susceptibles de suspensión aquellos actos cuyos efectos no lo permiten, como sucede con los actos consumados, toda vez que, como sucede en el amparo, «equivaldría a darle a la medida cautelar efectos restitutorios que ni siquiera son propios de la sentencia de fondo, ya que por disposición expresa del artículo 105, penúltimo párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (disposición que se reproduce en el numeral 45, segundo párrafo, de la ley reglamentaria del precepto constitucional citado), la declaración de invalidez de las sentencias no tiene efectos retroactivos, salvo en materia penal, en la que regirán los principios generales y disposiciones legales aplicables de esta materia. Por tanto, si la sentencia de fondo que se dicte en ese juicio constitucional no tiene efectos retroactivos, menos podría tenerlos la resolución que se pronuncie en el incidente cautelar, máxime que el objeto de éste

⁴⁵ Cfr. la tesis aislada CXVI/2000, de la Segunda Sala, cuyo rubro es «Suspensión en controversias constitucionales. Es improcedente tratándose de reglamentos» (SJFG, t. XII, septiembre de 2000, p. 588).

⁴⁶ Cfr. la tesis jurisprudencial 102/2001 del Tribunal Pleno, cuyo rubro es «Horario de verano. El decreto presidencial que lo estableció, del 30 de enero de 2001, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el primero de febrero del mismo año, es un reglamento desde el punto de vista material» (SJFG, t. XIV, septiembre de 2001, p. 1023).

⁴⁷ Cfr. la tesis jurisprudencial 41/2002 del Tribunal Pleno, cuyo rubro es «Suspensión en controversias constitucionales. Es improcedente decretarla cuando se impugne un acuerdo expedido por el jefe de Gobierno del distrito federal, que reúna las características de generalidad, abstracción y obligatoriedad propias de una norma de carácter general» (SJFG, t. XVI, octubre de 2002, p. 997).

⁴⁸ Cfr. la tesis XXXII/2005 de la Segunda Sala, cuyo rubro es «Suspensión en controversias constitucionales. La prohibición de otorgarla respecto de normas generales incluye los artículos transitorios y sus efectos» (SJFG, t. XXI, marzo de 2005, p. 910).

⁴⁹ Así sucedió en el recurso de reclamación 371/2004, respecto de la controversia constitucional relativa al veto al presupuesto de egresos de la federación. Un análisis detallado de este asunto, así como del análisis de la naturaleza del acto reclamado para otorgar la suspensión, puede consultarse en la obra de G. GÓNGORA PIMENTEL, *El veto al presupuesto de egresos de la Federación*, México, Porrúa, 2005.

es impedir la realización de ciertos actos, lo que lógicamente sólo puede evitarse cuando no se han materializado»⁵⁰.

b) La propia ley establece prohibiciones que atienden a los efectos derivados de la suspensión, que debe también tener en consideración el ministro instructor para negar la suspensión. Estas *situaciones jurídicas no cautelables* se encuentran previstas en el artículo 15 de la LR105, a saber: i) se ponga en peligro la seguridad o economía nacionales; ii) se ponga en peligro las instituciones fundamentales del orden jurídico mexicano, y iii) pueda afectarse gravemente a la sociedad en una proporción mayor a los beneficios que con ella pudiera obtenerse el solicitante.

Las prohibiciones ahí establecidas obligan al ministro instructor a negar la suspensión solicitada, con independencia de los «fines loables y de buena fe» que se persiguieran con la suspensión⁵¹. Al representar conceptos abiertos, se otorga una discrecionalidad interpretativa al juez constitucional, lo que ha dado lugar a que se fueran estableciendo sus connotaciones vía jurisprudencial. Así, en cuanto al primer supuesto, se ha considerado por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte que por *economía nacional*, «se identifica con la organización de las actividades económicas establecidas por el Estado mexicano conforme a los lineamientos de la Ley Fundamental en beneficio de todos sus gobernados, que es el fin último del Estado». En este sentido, la prohibición sólo operará «en caso de concederse dicha suspensión, se lesionaran *intereses de la sociedad en general* y no en forma particularizada de un determinado número de sus miembros»⁵².

Un sector de la doctrina ha señalado un cierto grado de prelación de los intereses federales en detrimento a los locales, al establecerse esta prohibición para otorgar la suspensión cuando «se ponga en peligro la seguridad o economía nacional», lo cual no es acorde a la naturaleza que hoy tienen las controversias constitucionales⁵³.

En cuanto al segundo supuesto, se ha entendido que por *instituciones fundamentales del orden jurídico mexicano* se entienden aquellos que derivan de los principios básicos de la Constitución federal, que tienen objeto construir y definir la estructura política del Estado mexicano, así como proteger y hacer efectivas las disposiciones constitucionales; de tal suerte que otorgan estabilidad y permanencia a la nación en su conjunto, al regir su vida política, social y económica. Así se han considerado, en forma enunciativa, los principios del régimen federal, de división de poderes, del sistema representativo y democrático.

⁵⁰ Cfr. la tesis LXVII/2000 de la Segunda Sala, cuyo rubro es «Controversias constitucionales. No procede el otorgamiento de la suspensión en contra de actos consumados» (SJFG, t. XII, julio de 2000, p. 573).

⁵¹ Cfr. la tesis LXXXVII/95 del Tribunal Pleno, cuyo rubro es «Suspensión en controversias constitucionales. Debe negarse cuando se actualice uno de los supuestos previstos en el artículo 15 de la ley reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Federal, aunque se alegue violación a la soberanía de un Estado» (SJFG, t. II, octubre de 1995, p. 164).

⁵² Cfr. la tesis jurisprudencial 45/99 del Tribunal Pleno, cuyo rubro es «Suspensión en controversias constitucionales. Concepto de "economía nacional" para efectos de su otorgamiento (interpretación del art. 15 de la ley reglamentaria de las fracciones I y II del art. 105 constitucional)» (SJFG, t. IX, junio de 1999, p. 660).

⁵³ Cfr. E. ARTEAGA NAVA, *Derecho constitucional*, México, Oxford, 1999, pp. 840 y ss.; Y. PÉREZ FERNÁNDEZ CEJA, *La suspensión en la controversia constitucional*, op. cit., supra nota 9, pp. 69-71.

co de Gobierno, de separación Iglesia-Estado, de las garantías individuales, del sistema de justicia constitucional, del dominio directo y originario de la nación sobre sus recursos, así como el de rectoría económica del Estado⁵⁴.

Por lo que hace al tercer supuesto de prohibición de la medida cautelar, el juez constitucional deberá ponderar en cada caso particular si la afectación grave de la sociedad es de tal importancia que resulte «en una proporción mayor a los beneficios» que con la suspensión pudiera obtener el solicitante de la medida. Así, por ejemplo, el Pleno ha considerado que estamos en este supuesto cuando de concederse la suspensión, se afecte la facultad del ministerio público federal prevista en los artículos 21 y 102 constitucionales, relativas a la persecución de los delitos y la vigilancia para que los procesos penales se sigan con regularidad; de tal suerte que en este supuesto de prohibición se encuentran cuando la suspensión se pide contra actos como la continuación y trámite de las averiguaciones previas, ya que «lesionaría la seguridad social de perseguir los delitos, afectando el interés público de la colectividad que le ha encomendado de manera exclusiva esa función impersonal de investigar y comprobar la verdad de las conductas delictivas, lo que afecta gravemente a la sociedad en una proporción mayor a los beneficios que con ella pudiera obtener el solicitante»⁵⁵.

Con base en estas definiciones conceptuales del contenido del artículo 15 de la LR105, de manera casuística se han venido resolviendo las medidas cautelares, debiendo considerarse en su conjunto las prohibiciones aludidas.

Así, por ejemplo, lo ha realizado la Segunda Sala, al estimar que *la suspensión de las obras de ampliación y mejoramiento en las carreteras* no puede considerarse dentro de las prohibiciones del citado precepto, «ya que las carreteras no pueden ser consideradas como un principio básico de la estructura política del país o de protección y efectividad de las disposiciones constitucionales que dé estabilidad y permanencia a la nación mexicana, ni la concesión de la medida cautelar suspensiva implica una afectación grave a la sociedad en proporción mayor a los beneficios que pudiera obtener el solicitante, pues mientras que con la suspensión de la obra referida se deja de beneficiar a los usuarios del tramo carretero relativo y se preserva la materia de la controversia, con la negativa a otorgarla se presenta el riesgo de que cesen los efectos del acto cuya invalidez se demanda y, por tanto, que queden fuera de control actuaciones autoritarias contrarias al orden constitucional»⁵⁶.

⁵⁴ Cfr: la tesis jurisprudencial 21/2002 del Tribunal Pleno, cuyo rubro es «Suspensión en los juicios regidos por la ley reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos. "Instituciones fundamentales del orden jurídico superior mexicano" para efectos de su otorgamiento» (SJFG, t. XV, abril de 2002, p. 950). Asimismo, *vid.* la tesis XIV de la Primera Sala, cuyo rubro es «Suspensión en controversias constitucionales, concepto de instituciones fundamentales del orden jurídico mexicano para los efectos del incidente de (interpretación del art. 15 de la ley reglamentaria de la materia)» (SJFG, t. XII, octubre de 2000, p. 1091).

⁵⁵ Cfr: la tesis LXXXVIII/95 del Tribunal Pleno, cuyo rubro es «Suspensión en controversias constitucionales. Debe negarse cuando se afecta la facultad del Ministerio Público federal de perseguir los delitos y vigilar que los procesos penales se sigan con toda regularidad, porque se afectaría gravemente a la sociedad» (SJFG, t. II, octubre de 1995, p. 164).

⁵⁶ Cfr: la tesis II/2003 de la Segunda Sala, cuyo rubro es «Suspensión de las obras de ampliación y mejoramiento de un tramo carretero. Su otorgamiento no pone en peligro a las instituciones fundamentales del orden jurídico mexicano, ni implica una afectación grave a la sociedad en proporción mayor a los beneficios que pudiera obtener el solicitante» (SJFG, t. XVII, febrero de 2003, p. 737).

Por último, creemos que también el ministro instructor puede negar la suspensión solicitada cuando estime, dadas las características particulares de la controversia constitucional, que no se satisfacen los presupuestos materiales relativos a la apariencia del buen Derecho y el peligro en la demora; elementos que deben contemplarse para el otorgamiento de la medida cautelar en los términos y condiciones precisados por la propia Suprema Corte y que ahora pasamos a su análisis.

6. PRESUPUESTOS MATERIALES DE LA SUSPENSIÓN

Antes del análisis de estos presupuestos materiales en materia de controversia constitucional, creemos necesario, aunque sea brevemente, referirnos a la manera en la que el primer presupuesto relativo a *la apariencia del buen Derecho* fue acogido como un avance en la jurisprudencia de la suspensión del acto reclamado en materia de amparo, ya que precisamente de ahí fue tomada para la controversia constitucional.

A) Antecedentes de la apariencia del buen Derecho

En principio, debemos mencionar que el criterio tradicional que se mantuvo a lo largo del siglo XX sostenía que los efectos de la suspensión consistían exclusivamente en mantener las cosas en el estado que guardaban al momento de otorgarse, es decir, los efectos tenían que ser meramente *conservativos*, sin que en ningún caso se pudiera restituir al estado que tenían antes de la violación constitucional, que deberían reservarse exclusivamente a la sentencia en la que se concediera el amparo en el fondo. Este criterio siguió su vigencia en la jurisprudencia, no obstante los avances y propuestas de la doctrina que advertían la necesidad de otro tipo de medidas de carácter innovativas.

Uno de los más importantes señalamientos en este sentido fue realizado por R. COUTO, entonces juez sexto de distrito en el Distrito Federal. En su clásica obra de 1929 así lo advertía⁵⁷. Esta aportación doctrinal, si bien con mayor énfasis en la segunda edición aparecida más de dos décadas después (1957) en versión actualizada y ampliada, con un «Juicio crítico» a manera de prólogo que realiza M. AZUELA RIVERA (padre del actual ministro Mariano Azuela Güitrón), en ese momento ministro de la Suprema Corte y profesor de la Facultad de Derecho de la UNAM, y con «preámbulo» del destacado procesalista J. CASTILLO LARRAÑAGA, entonces magistrado del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal⁵⁸.

⁵⁷ A lo largo de su obra deja clara su postura. Dice COUTO: «Los dos requisitos antes mencionados: perjuicio para el quejoso de difícil reparación con la ejecución del acto y falta de perjuicio para la sociedad o para el Estado con la suspensión, son las condiciones necesarias para el otorgamiento de ésta; pero no está por demás insistir en que no basta que dichas condiciones se satisfagan, para que la suspensión deba concederse, pues como repetidas veces lo hemos dicho, la concesión de la suspensión es una facultad discrecional para los jueces, quienes para normar su criterio, *habrán de tomar en consideración, en cuanto fuere posible, el probable resultado del amparo, para que así la suspensión llene sus fines de protección provisional, que está llamada a llenar*» (las cursivas son nuestras). Cfr. *La suspensión del acto reclamado en amparo*, op. cit., supra nota 7, p. 100.

⁵⁸ La segunda edición fue publicada por la Editorial Porrúa en 1957, con el título *Tratado teórico-práctico de la suspensión en el amparo. Con un estudio sobre la suspensión con efectos de amparo provisional*, con ediciones posteriores.

Este último jurista afirmaba con contundencia la necesidad de obras como las de COUTO que se apartan del «conceptualismo inútil» y que estimulan a estudiar «y contemplar las verdaderas construcciones del *Derecho procesal constitucional, hoy en plena exploración*»⁵⁹.

Desde las primeras páginas de esta segunda edición, AZUELA deja en claro la trascendencia de la obra de COUTO en doble vertiente, al señalar: «Dos son las más importantes doctrinas que sustenta, a nuestro modo de ver, don Ricardo Couto en torno a la suspensión: la que requiere de vinculación de los problemas de la suspensión con la llamada cuestión de fondo y la que valerosamente proclama la necesidad de atribuir a la suspensión efectos de amparo provisional». Precisamente en la edición de 1957, COUTO refuerza su argumentación con apoyo en la reforma en 1950 al artículo 107, fracción X, constitucional, relativa a la necesidad de considerar la *naturaleza de la violación alegada* para decidir sobre la suspensión. Cuestión que AZUELA RIVERA no comparte, si bien acepta que la propuesta es susceptible de aplicarse exclusivamente a la calificación del interés social en la ejecución del acto reclamado⁶⁰.

COUTO se encargó de difundir su postura entre los juristas de la época, como da cuenta su ponencia presentada el 14 de noviembre de 1956, en la primera sesión del ciclo de conferencias organizado por el Instituto Nacional del Amparo, que denomina «De la suspensión con efectos de amparo provisional», que aparece publicado como primer anexo de la segunda edición de su obra (que además adopta como subtítulo) y también aparece en el *Boletín de Información Judicial* de ese mismo año⁶¹. La propuesta de este autor no se limitaba a una mera aportación doctrinal, sino a «llevar al ánimo de los juristas mexicanos la convicción de que hay elementos, no sólo en los precedentes jurisdiccionales, sino en la ley misma, a favor de la tesis que sostenemos»; de tal suerte que la finalidad principal de COUTO era «buscar una reforma legislativa», si bien el camino podría abonarse «si la jurisprudencia comenzara a orientarse en el sentido indicado»⁶². Y en efecto, décadas después así sucedió.

⁵⁹ Seguramente esta aseveración de CASTILLO LARRAÑAGA sobre el «Derecho procesal constitucional» se debe a que tenía pleno conocimiento de la tesis de licenciatura de H. FIX-ZAMUDIO del año de 1955, ya que fue, en un primer momento, director de esa investigación que luego, por propuesta suya al joven FIX, dirigiera N. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO; y además CASTILLO LARRAÑAGA participó en el examen de licenciatura del 18 de enero de 1956, donde FIX defendió su emblemática tesis que lleva el nombre de *La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana. Ensayo de una estructuración procesal del amparo*, siendo que varios de sus capítulos aparecieron publicados ese mismo año en revistas especializadas, como el que precisamente lleva el título «Derecho procesal constitucional» (*La Justicia*, t. XXVII, núms. 309-310, enero y febrero de 1956, pp. 12300 y ss., así como pp. 12361 y ss.), que corresponde al capítulo III de su tesis de grado. Por otra parte, en ese mismo año, FIX-ZAMUDIO publica su primer artículo distinto a su tesis: «La aportación de Piero Calamandrei al Derecho procesal constitucional» (*Revista de la Facultad de Derecho*, t. VI, núm. 24, octubre-diciembre de 1956, pp. 191-211). Todo lo anterior indica con claridad que la expresión de CASTILLO LARRAÑAGA sobre el Derecho procesal constitucional en la obra de R. COUTO se debe claramente a que conocía el trabajo del joven FIX-ZAMUDIO. Cfr. nuestro libro *Derecho procesal constitucional. Origen científico (1928-1956)*, Madrid, Marcial Pons, 2008, especialmente pp. 120 y ss. (en prensa).

⁶⁰ Cfr. M. AZUELA RIVERA, «Juicio crítico», en la obra de R. COUTO, *Tratado teórico-práctico de la suspensión en el amparo. Con un estudio sobre la suspensión con efectos de amparo provisional*, op. cit., supra nota 7, pp. 7-17, en p. 10.

⁶¹ Cfr. *Ensayos y conferencias difundidos en el Boletín de Información Judicial (1947-1964)*, t. II, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006, pp. 637-660.

⁶² *Tratado teórico-práctico de la suspensión en el amparo*, op. cit., supra nota 7, p. 239.

La apariencia del buen Derecho (*fumus boni iuris*) fue reconocida por los tribunales federales en materia de amparo hasta la última década del siglo pasado que se interpretó de manera distinta el artículo 107, fracción X constitucional, como lo propuso COUTO. El partaguas de esta mutación constitucional lo constituye el criterio del Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, resuelto el 21 de octubre de 1993, por mayoría de votos, cuyo ponente fue el entonces magistrado Genaro David Góngora Pimentel⁶³. De la ejecutoria de este recurso de revisión (y de la sistematización de la tesis aislada correspondiente) se desprende lo siguiente:

1. Los efectos de la suspensión no sólo se refieren a la paralización de los actos reclamados, sino a otras medidas cautelares, tales como poner a un reo en libertad o levantar un estado de clausura ya ejecutada, actos que llevan implícito un adelanto de la efectividad de la sentencia de fondo que puede un día ser favorable.

2. Esta suspensión de los actos que adelanta la efectividad de la sentencia de amparo, aunque sea de manera parcial y provisional, se encuentra perfectamente justificada con la preservación de la materia de amparo y el evitar que se causen daños y perjuicios de difícil o imposible reparación al quejoso.

3. Para que se otorgue la suspensión es necesario que se den los requisitos del artículo 124 de la ley de la materia, a saber: i) que la solicite el quejoso; ii) que no se siga perjuicio al interés social ni se contravengan disposiciones de orden público, y iii) que sean de difícil reparación los daños y perjuicios que se causen al agraviado con la ejecución del acto. Cuando se den estos tres requisitos, la medida cautelar deberá concederse, procurando el juzgador de amparo fijar la situación en que habrán de quedar las cosas y tomará las medidas pertinentes para conservar la materia del amparo hasta la terminación del juicio en términos de la última parte de dicho precepto.

4. Para la dación de la medida cautelar, el juez debe tomar en cuenta todo lo que contiene el cuaderno incidental que se forma por separado del principal, porque dentro de las disposiciones que regulan el incidente de suspensión, se contempla la posibilidad de probar, con ciertas limitaciones propias de un procedimiento sumario, pero existen pruebas dentro del incidente que deben ser tomadas en consideración, siguiendo los principios que rigen cualquier procedimiento.

5. Hay innumerables ejemplos de actos (presumiblemente ilegales) contra los que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha estimado procedente la medida cautelar, inspirada, sin lugar a dudas, en el principio doctrinal *fumus boni iuris* o apariencia de buen Derecho, esto es, que el derecho legítimamente tutelado de quien solicita la suspensión existe y le pertenece, aunque sea en apariencia.

6. Cuando un acto reclamado es inconstitucional en sí mismo, como podría ser la orden para torturar al quejoso, la suspensión se otorgará de inmediato para que cese o se suspenda el acto inconstitucional reclamado, cuando el acto

⁶³ Recurso de revisión RA-2233/93, relativo al incidente de suspensión del juicio de amparo núm. 237/93, promovido por Juan Manuel Íñiguez Rueda. La tesis aislada que se originó de este asunto lleva por rubro el siguiente: «Suspensión de los actos. Procede concederla, si el juzgador de amparo sin dejar de observar los requisitos del artículo 124 de la Ley de Amparo, considera que los actos son aparentemente inconstitucionales» (*SJFG*, t. XIII, marzo de 1994, p. 473).

no sea inconstitucional en sí mismo, como la orden de aprehensión, se concederá la suspensión cuando apreciando el acto y teniéndolo por cierto o presuntivamente cierto, las características que lo rodean lo hacen inconstitucional, como sería que dicha orden hubiese sido emitida fuera de procedimiento judicial por autoridad que carece de facultades para emitirla.

7. Existe otra clase de actos reclamados que también son susceptibles de suspenderse que son aquellos cuya ilegalidad queda probada en la tramitación del incidente de suspensión, aunque sea de manera presuntiva, indiciaria o aparente, ilegalidad que para el juzgador de amparo, que es perito en Derecho, es muy probable o certera, por lo que teniendo a su cargo proveer sobre la suspensión para conservar la materia del juicio de garantías y evitar que se le causen al quejoso daños y perjuicios de imposible o difícil reparación, deberá realizar un juicio de probabilidad y verosimilitud del derecho del solicitante, que podrá cambiarse al dictar la sentencia de fondo.

Esto es, el juzgador de amparo al analizar las constancias que obran en el cuaderno incidental, para decidir sobre la certeza del acto y la suspensión de aquél al resultar cierto, no puede dejar de percatarse de la ilegalidad que reviste el acto reclamado, puesto que necesariamente, para poder decidir sobre el otorgamiento de la medida cautelar, tendrán que hacerse consideraciones sobre «el fondo del negocio», aunque éstas sean limitadas y con las reservas probatorias lógicas que puedan darse, consideraciones que pueden ser provisionales y siempre sin prejuzgar sobre la resolución final, pero que para efectos exclusivos de la suspensión, no es lógico ni jurídico ni justo que se reserve la convicción (provisional y anticipada pero al fin convicción) de que el acto reclamado es ilegal y que los daños y perjuicios de difícil o imposible reparación que sufra el quejoso, si se le niega la suspensión, se derivarán precisamente de la ejecución del acto administrativo ilegal.

8. Es cierto que la apreciación necesaria sobre el buen Derecho del promovente (para que pueda decirse que se ve afectado por un acto arbitrario), anticipa el fondo del juicio principal, pero no hay que olvidar que lo adelanta sólo *provisionalmente*, es decir, *sin prejuzgarlo*, y además, no lo adelanta más que en la propia concesión de la suspensión, que siempre tendrá un *carácter temporal*.

Hasta aquí las argumentaciones esenciales de este histórico fallo. Este criterio aislado entró en confrontación directa con la doctrina tradicional que habían seguido los tribunales federales, que estimaban que con la suspensión no podía haber pronunciamiento alguno sobre el fondo y que sus efectos tenían necesariamente que ser conservativos.

En la actual novena época, se resolvieron en 1996 las contradicciones de tesis 12/90 y 3/95⁶⁴, acogiendo la esencia de aquella pionera resolución de 1993, en la que su ponente ya integraba la Suprema Corte como ministro. En las ejecutorias, hoy precedentes obligatorios, se concluye que:

⁶⁴ Cfr: las tesis jurisprudenciales 15 y 16/96, del Tribunal Pleno, cuyos rubros son: «Suspensión. Para resolver sobre ella es factible, sin dejar de observar los requisitos contenidos en el artículo 124 de la Ley de Amparo, hacer una apreciación de carácter provisional de la inconstitucionalidad del acto reclamado», y «Suspensión. Procedencia en los casos de clausura ejecutada por tiempo indefinido» (*SJFG*, t. III, abril de 1996, pp. 16 y 36, respectivamente).

a) En la suspensión de los actos reclamados, participa de la naturaleza de una medida cautelar cuyos presupuestos son la apariencia del buen Derecho y el peligro en la demora.

b) El primero de ellos se basa en un conocimiento superficial dirigido a lograr una decisión de mera probabilidad respecto de la existencia del derecho discutido en el proceso.

c) Dicho requisito, aplicado a la suspensión de los actos reclamados, implica que, para la concesión de la medida se requiere la comprobación de la apariencia del derecho invocado por el quejoso, de tal modo que según un cálculo de probabilidades sea posible anticipar que en el amparo se declarará la inconstitucionalidad del acto reclamado.

d) El examen de la aparente inconstitucionalidad del acto reclamado, encuentra además su fundamento en el artículo 107, fracción X, constitucional, en cuanto establece que para el otorgamiento de la medida suspensiva deberá tomarse en cuenta, entre otros factores, «la naturaleza de la violación alegada», lo que implica que debe atenderse al Derecho subjetivo que se dice violado.

e) En todo caso, tal examen debe realizarse sin prejuzgar sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los actos reclamados, que sólo puede determinarse en la sentencia de amparo, con base a un procedimiento más amplio y con mayor información, teniendo en cuenta que la determinación tomada en relación con la suspensión no debe influir en la sentencia de fondo, toda vez que sólo tiene el carácter de provisional y se funda en meras hipótesis, y no en la certeza de la existencia del Derecho.

f) Dicho examen deberá sopesarse con los otros elementos requeridos para la suspensión, porque si el perjuicio al interés social o al orden público es mayor a los daños y perjuicios de difícil reparación que pueda sufrir el quejoso, deberá negarse la suspensión solicitada, ya que la preservación del orden público del interés de la sociedad están por encima del interés particular afectado. Con este proceder, se evita el exceso en el examen que realice el juzgador, el cual siempre quedará sujeto a las reglas que rigen en materia de suspensión.

En realidad esta nueva concepción que consolida vía jurisprudencial la apariencia del buen Derecho en el sistema de la suspensión del acto reclamado en el amparo, sigue las tendencias de la teoría cautelar que se ha venido construyendo por la dogmática procesal. Se debe fundamentalmente a FIX-ZAMUDIO encauzar el estudio de la suspensión del acto reclamado dentro del marco del Derecho procesal, bajo la dimensión de lo que él ha denominado como *reivindicación procesal del amparo* (1956).

En efecto, desde la década de los sesenta del siglo pasado así lo advertía para la institución de la suspensión en el amparo: «Sin embargo, no se ha intentado una elaboración de la materia con base en los adelantos que la propia ciencia del Derecho procesal ha alcanzado en la relación con la doctrina de las providencias, medidas o procedimientos cautelares, lo que no solamente tiene interés doctrinario, sino que se traduce además en resultados prácticos. Desde este punto de vista *es indudable que la suspensión de los actos reclamados constituye una providencia cautelar*, por cuanto significa una apreciación preliminar de la existencia de un Derecho con el objeto de anticipar provisionalmente algunos efectos de la protección definitiva y por este motivo, no sólo tiene eficacia puramente conservativa, sino que también puede asumir el carácter de *una*

providencia constitutiva, o parcial y provisionalmente restitutoria, cuando tales efectos sean necesarios para conservar la materia del litigio o impedir perjuicios irreparables a los interesados»⁶⁵.

La tendencia contemporánea parece seguir la institución del amparo en el Derecho comparado⁶⁶. Este *fumus iuridicus* en materia cautelar también se propone en el *Proyecto de Nueva Ley de Amparo*⁶⁷, a pesar de cierto sector de la doctrina que manifiesta clara oposición calificándola de «esnobismo»⁶⁸.

Así se advierte la manera en que las penetrantes aportaciones de COUTO iniciadas hace ochenta años, reconducidas por FIX-ZAMUDIO en la década de los

⁶⁵ Cfr. su ensayo «La jurisdicción constitucional mexicana», que aparece como apéndice al libro de M. CAPPELLETTI, *La jurisdicción constitucional de la libertad*, México, UNAM, 1961, pp. 131-247; que reproduce en 1964 en su libro *El juicio de amparo* (Porrúa, pp. 195-301, en pp. 277-278). Si bien algunos autores hacían referencia de la suspensión como medida cautelar, por ejemplo, los juristas I. SOTO GORDOA y G. LIÉVANA PALMA (*La suspensión del acto reclamado en el juicio de amparo, op. cit., supra nota 7*, pp. 36-37), se debe a FIX-ZAMUDIO la plena vinculación de la suspensión del acto reclamado con la teoría cautelar como construcción del procesalismo científico, perspectiva que fue seguida por varios autores, como por ejemplo A. TRUEBA (*La suspensión del acto reclamado o la providencia cautelar en el derecho de amparo, op. cit., supra nota 7*), J. V. CASTRO y CASTRO (*La suspensión del acto reclamado en el amparo, op. cit., supra nota 7*), y H. GONZÁLEZ CHÉVEZ (*La suspensión del acto reclamado en amparo, desde la perspectiva de los principios de las medidas cautelares, op. cit., supra nota 7*). En sentido contrario, negando la naturaleza de la suspensión como medida cautelar, I. BURGOA, *El juicio de amparo, op. cit., supra nota 5*, pp. 711-712.

⁶⁶ En general sobre estas tendencias contemporáneas, vid. H. FIX-ZAMUDIO y E. FERRER MAC-GREGOR (coords.), *El derecho de amparo en el mundo*, México, Porrúa-Fundación Konrad Adenauer, 2006.

⁶⁷ El artículo 126 establece: «Con excepción de los casos en que proceda de oficio, la suspensión se decretará en todas las materias, siempre que concurran los siguientes requisitos: I. Que la solicite el quejoso; II. Que no se siga perjuicio al interés social ni se contravengan disposiciones de orden público, y III. Que de permitirlo la naturaleza del caso, opere a favor del quejoso la apariencia del buen Derecho. La suspensión se tramitará en incidente y por duplicado» (las cursivas son nuestras). En la exposición de motivos se justifica la consagración de este requisito al señalar que es «...reconocido por la Suprema Corte de Justicia y que constituye uno de los avances más importantes en la evolución del juicio de amparo en las últimas décadas. Sin embargo, para asegurar su correcta aplicación, se establece la obligación del juez de realizar un análisis ponderado entre la no afectación del interés social y el orden público y la apariencia del buen Derecho. Con esto se logra que la medida cautelar sea eficaz y que no se concedan suspensiones que molestan la sensibilidad social».

Este proyecto de nueva Ley de Amparo, así como los comentarios del entonces coordinador de la Comisión, Humberto Román Palacios, en colaboración de Nicolás Lerma, puede verse en E. FERRER MAC-GREGOR (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 5.ª ed., México, Porrúa, 2006, t. IV, pp. 3889 y ss. Asimismo, en general sobre este proyecto, vid. ZALDÍVAR LELO DE LARREA, *Hacia una nueva Ley de Amparo*, 2.ª ed., México, Porrúa-UNAM, 2004.

⁶⁸ Encabezada esta corriente por I. BURGOA, señala que: «Bien se ve que la expresión equívoca mencionada se insertó en la disposición invocada por mero afán de “esnobismo”, pues en vez de la locución enigmática “apariencia del buen Derecho”, debió haberse empleado el comprensible concepto de “interés jurídico presuntivo”, como lo establece la Ley de Amparo vigente que pretende sustituir por el mamotreto de la Suprema Corte»; cfr. *¿Una nueva Ley de Amparo o renovación de la vigente?*, México, Porrúa, 2001, p. 2. En general, este destacadísimo jurista mexicano siempre se ha manifestado en contra de considerar a la suspensión del acto reclamado en el amparo como una «medida cautelar». Así se lo ha sostenido desde hace décadas en su clásica obra: «...estimar a la suspensión como medida o providencia cautelar con las modalidades que a estas instituciones atribuye la doctrina de Derecho procesal, se antoja un despropósito que atenta contra su naturaleza jurídica...». Y continúa diciendo, al referirse a la concepción de FIX-ZAMUDIO, que: «Esta concepción de nuestro distinguido tratadista es inadmisibles y sólo puede explicarse por su afán de aplicar a las institucionales procesales del juicio de amparo las opiniones de doctrinas extranjeras que lo desconoce, no lo comprenden o no se refieren a él». Cfr. I. BURGOA, *El juicio de amparo, op. cit., supra nota 5*, pp. 711-712.

sesenta a la luz de la doctrina procesal de las medidas cautelares, por fin son aceptadas a partir de la década de los noventa vía jurisprudencial en el juicio de amparo, si bien falta todavía la anhelada reforma legal.

B) *Fumus boni iuris*

El principio *fumus boni iuris* adoptado por la jurisprudencia en materia de amparo, también fue reconocido en época reciente por la Suprema Corte para la suspensión en controversia constitucional⁶⁹.

Se parte también de la idea fundamental de que «la suspensión es una especie del género de las medidas cautelares»⁷⁰, por lo que si bien sus características se perfilan de manera singular y concreta, le son aplicables las reglas generales de tales medidas en lo que no se opongan a su específica naturaleza. De esta manera se acepta que «son dos los extremos que deben actualizarse para obtener la medida cautelar, a saber: 1) la apariencia del buen Derecho, y 2) el peligro en la demora»⁷¹.

En cuanto al primer supuesto, la «apariencia» es, como lo predica el adagio latino, sólo un «humo» de buen Derecho, que como todo «humo» en ocasiones aparece nebuloso y puede incluso desaparecer cuando en el proceso principal se llega al convencimiento pleno de su ausencia en la sentencia definitiva. De ahí que en realidad nunca puede la medida cautelar constituir, en rigor, un adelanto de la sentencia constitucional, toda vez que no puede saberse con plena certeza el resultado del análisis de inconstitucionalidad, al poder desaparecer lo que aparentemente reflejaba ese «humo» de certeza del Derecho. A lo sumo puede haber «una apreciación de carácter provisional» a la luz de una cognición sumaria del incidente respectivo, con la finalidad de asegurar la eficacia del proceso o evitar daños irreparables (a las partes o a la sociedad), sin que en ningún caso la decisión cautelar tenga como finalidad satisfacer la pretensión de la causa principal.

En otras palabras, si bien la medida cautelar puede coincidir (en todo o en parte) con la sentencia constitucional definitiva, al implicar la primera un análisis superficial de la inconstitucionalidad del acto impugnado (y de sus efectos y consecuencias), *siempre se realiza de manera provisional* para conservar el objeto del proceso o evitar daños irreversibles; en cambio, en la sentencia constitucional se resuelve de manera definitiva sobre la pretensión o pretensiones sostenidas a lo largo del proceso principal, teniendo en consideración lo probado y alegado por las partes, y que al resolverse sobre la litis en la sentencia adquiere la calidad de cosa juzgada, elemento fundamental que carece la decisión cautelar⁷².

De tal suerte que este *fumus boni iuris* «apunta a una credibilidad objetiva y sería que descarte una pretensión manifiestamente infundada, temeraria o cuestionable, lo que se logra a través de un conocimiento superficial, dirigido a

⁶⁹ Cfr. la tesis jurisprudencial 109/2004, *op. cit.*, *supra* nota 41.

⁷⁰ *Op. últ. cit.*

⁷¹ *Id.*

⁷² *Vid.* lo advertido en la nota 11, respecto al debate en la doctrina sobre el tema de la cosa juzgada en las medidas cautelares.

lograr una decisión de mera probabilidad respecto de la existencia del Derecho discutido en el proceso. Dicho requisito, aplicado a la suspensión de los actos impugnados, implica que para la concesión de la medida, sin dejar de observar los requisitos contenidos en el artículo 15 de la ley reglamentaria de la materia, basta la comprobación de la apariencia del Derecho invocado por el solicitante de modo tal que, según un *cálculo de probabilidades*, sea posible anticipar que en la sentencia definitiva se declarará la inconstitucionalidad del acto impugnado»⁷³.

Esta verosimilitud del Derecho no implica «certeza» del mismo. Implica, más bien, un cálculo de probabilidades sobre la viabilidad de la pretensión principal. Si bien este presupuesto de la apariencia del buen Derecho puede ser considerado por el ministro instructor para la dación de la medida cautelar, no implica necesariamente que en todos los casos donde se otorgue la suspensión, se tenga que prejuzgar sobre la inconstitucionalidad del acto impugnado, a manera de adelanto provisional de la sentencia en el proceso principal. Esta situación resulta *excepcional* y debe aplicarse cuando así sea necesario para la eficacia del proceso, teniendo en consideración el presupuesto de la adecuación de la medida cautelar, como veremos más adelante; de tal suerte que como regla general opera el efecto *conservativo* y sólo cuando sea insuficiente, puede adelantarse de manera provisoria el derecho cuestionado en el fondo.

C) *Periculum in mora*

En cuanto el segundo elemento que jurisprudencialmente se ha establecido como presupuesto para las controversias constitucionales, también fue recogido de la doctrina general cautelar. El *periculum in mora*, como lo afirma CALAMANDREI en su clásico estudio, «constituye la base de las medidas cautelares» en tanto que no es «el peligro genérico de daño jurídico, al cual se puede, en ciertos casos, obviar con la tutela ordinaria; sino que es, específicamente, el peligro del ulterior *daño marginal* que podría derivar del retardo de la providencia definitiva, inevitable a causa de la lentitud del procedimiento ordinario. Es la imposibilidad práctica de acelerar la emanación de la providencia definitiva, la que hace surgir el interés por la emanación de una medida provisoria; es la *mora* de esta providencia definitiva, considerada en sí misma como posible causa de ulterior daño, la que se trata de hacer preventivamente inocua con una medida cautelar, *que anticipe provisoriamente los efectos de la providencia definitiva*»⁷⁴.

Aquí cobran importancia los dos tipos de peligro en la demora que advertía el profesor florentino. Uno relativo al *peligro de infructuosidad* y otro relativo al *peligro en la tardanza de la providencia principal*. En el primero la medida cautelar no trata de acelerar la satisfacción del derecho controvertido, sino de suministrar anticipadamente los medios idóneos para conseguirlo; mientras que en el segundo la providencia cautelar busca acelerar en vía provisoria la satisfacción del derecho, de tal suerte que en este último caso la providencia provisoria

⁷³ Recursos de reclamación 219 y 221/2004, resueltos por el Tribunal Pleno, que en esencia siguen los lineamientos acogidos por el pleno para la suspensión en materia de amparo, al resolver las contradicciones de tesis 12/90 y 3/95.

⁷⁴ *Introducción al estudio sistemática de las providencias cautelares, op. cit., supra* nota 1, p. 42.

se relaciona con la relación sustancial controvertida (por ejemplo, derecho a alimentos en materia familiar)⁷⁵.

En realidad esta división en el peligro en la demora constituye dos caras de la misma moneda, es decir, de la *eficacia del proceso*. Ambas representan instrumentos que garantizan la finalidad misma de la función jurisdiccional, con independencia de que en algunas ocasiones la medida cautelar coincida con las pretensiones del actor y en otras no sea así. No hay que perder de vista que en todo caso las medidas cautelares tienen un carácter instrumental y su finalidad no puede sustituir la sentencia definitiva, como hemos precisado con antelación, aunque en ocasiones sea necesario que coincida en parte o en todo con la misma, de tal suerte que se anticipe de manera provisoria el resultado de la litis⁷⁶.

Esta concepción, que ha sido el fundamento de toda medida cautelar, la ha aceptado la Suprema Corte para la suspensión en controversia constitucional, al considerar que el peligro en la demora «consiste en la posible frustración de los derechos del promovente de la medida, como consecuencia de la tardanza en el dictado de la resolución de fondo»⁷⁷.

Como puede apreciarse, la Suprema Corte incorpora los presupuestos de la apariencia del buen Derecho y el peligro en la demora para la suspensión en controversias constitucionales, utilizando similares consideraciones que en 1996 había establecido para la suspensión del acto reclamado en el juicio de amparo (que a su vez tomó del histórico fallo de 1993 de un Tribunal Colegiado de Circuito, utilizando la dogmática procesal de la teoría cautelar)⁷⁸.

D) Adecuación de la medida

Un tercer presupuesto material creemos debe también adoptarse para la suspensión en controversia constitucional, referido a la *adecuación de la medida*. Este presupuesto pone en conexión la medida cautelar con el objeto del proceso principal, de tal suerte que con la primera se logre realmente la eficacia de la segunda.

Si la propia jurisprudencia de la Suprema Corte ha reconocido que la finalidad de la suspensión en este proceso constitucional, consiste en conservar la materia del objeto del litigio y evitar daños irreparables a las partes o a la sociedad, resulta lógico que la medida que se adopte sea eficaz para cumplir con esa

⁷⁵ *Ibid.*, pp. 71-73.

⁷⁶ En este sentido coincidimos con la postura de J. J. MONROY PALACIOS, que advierte complementarias los dos supuestos en la mora de CALAMANDREI, es decir, las medidas que neutralizan el peligro de infructuosidad y aquellas que buscan enervar el peligro de tardanza de la providencia principal. Este autor llama *medidas cautelares no coincidentes* a aquellas que aseguran la efectividad de la pretensión sin que los efectos prácticos sean los mismos que los solicitados en la demanda; y *medidas cautelares coincidentes* a las que implican, parcial o totalmente, una actuación material similar a la que ocurriría si se declarase fundada la demanda; *cfr.* su obra *Bases para la formación de una teoría cautelar*, Lima, Comunidad, 2002, p. 183.

⁷⁷ *Cfr.* la tesis jurisprudencial 109/2004, *op. cit.*, *supra* nota 41.

⁷⁸ La propia Suprema Corte, en los recursos de reclamación 219, 221 y 229/2004, lo reconoce de manera expresa. «Se precisa que si bien provienen de razonamientos esgrimidos en juicios de amparo, son aplicables a la especie por tratarse también de la suspensión proveniente de un medio jurisdiccional de control de constitucionalidad que, si bien no es idéntica ni mucho menos a la que se otorga en los juicios de garantías, guarda considerables semejanzas con ella».

funcionalidad, de donde deriva la necesaria *adecuación de la medida a la situación jurídica cautelable*⁷⁹.

Se ha señalado que atendiendo a la urgencia y de la apariencia del buen Derecho puede el ministro instructor otorgar medidas cautelares que no sólo implique una suspensión propiamente del acto impugnado, esto es, manteniendo las cosas en el estado en que se encuentra, sino que en casos excepcionales pueden implicar la providencia cautelar un adelanto de la pretensión de fondo de manera provisional, lo cual resulta lógico debido al sistema que adopta el segundo párrafo del artículo 45 de la LR105, donde: «La declaración de invalidez de las sentencias no tendrá efectos retroactivos, salvo en materia penal, en la que regirán los principios generales y disposiciones legales aplicables de esta materia»⁸⁰; de donde deriva que la medida cautelar que se adopte sea realmente adecuada con el objeto mismo del proceso.

Lo anterior significa, por una parte, que la medida cautelar que el ministro instructor en primera instancia o el Pleno o las Salas en su caso adopten, deben considerar como presupuesto que con ellas se logre la situación jurídica pretendida en la acción constitucional, ya que de nada sirve en algunos casos, por ejemplo, medidas conservativas cuando éstas no sean adecuadas para asegurar el objeto del proceso; y por otra parte, también significa que la medida corresponda a esa finalidad *sin desequilibrar a las partes en el proceso*. Esto último resulta importante, ya que puede suceder que por evitar un daño a una de las partes, se otorgue una medida cautelar desmedida que implique consecuencias graves e irreparables para la contraparte.

De ahí que sea necesario mantener la igualdad de las partes en lo que sea posible y evitar perjuicios innecesarios. En este sentido, la adecuación a la situación jurídica cautelable corresponde a la necesidad de que se otorguen medidas cautelares *congruentes* con el objeto que con la providencia cautelar se pretende garantizar⁸¹.

Los anteriores presupuestos materiales que operan para la concesión de la medida cautelar en controversias constitucionales, no deben confundirse con el *contenido de la resolución cautelar*, cuyos elementos se especifican en la segunda parte del artículo 18 de la LR105. De conformidad con ese precepto, en el auto de concesión de la suspensión deberá señalar con precisión: i) los alcances y efectos

⁷⁹ Por situación jurídica cautelable se entiende, siguiendo a I. DÍEZ-PICAZO JIMÉNEZ, «aquella situación jurídica para cuyo aseguramiento o efectividad se pide la medida cautelar, es decir, la acción afirmada que constituye el objeto del proceso principal»; *Derecho procesal civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales* (con A. DE LA OLIVA y J. VEGAS TORRES), 2.ª ed., Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2002, p. 389; *vid.*, de este mismo autor, «Medidas cautelares», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. III, Madrid, Civitas, pp. 4228-4229.

⁸⁰ De manera extraordinaria, la Suprema Corte ha aceptado los efectos retroactivos en cualquier materia, para los efectos de que sea efectiva a partir de la fecha de la presentación de la demanda, cuando por virtud de la suspensión de los actos reclamados se hayan mantenido las cosas en el estado en que se encontraban al momento de la promoción de la controversia, o bien desde el momento en que se hubiese otorgado esa medida cautelar, cuando su concesión ocurrió con posterioridad a la presentación de aquélla. *Cfr.* la tesis 71/2006 del Tribunal Pleno, cuyo rubro es «Controversia constitucional. la sentencia de invalidez excepcionalmente puede surtir efectos a partir de la fecha de presentación de la demanda» (*SJFG*, t. XXIII, mayo de 2006, p. 1377).

⁸¹ *Cfr.* J. J. MONROY PALACIOS, *Bases para la formación de una teoría cautelar*, *op. cit.*, *supra* nota 76, pp. 186-199.

de la suspensión; ii) los órganos obligados a cumplirla; iii) los actos suspendidos; iv) el territorio respecto del cual opere, y v) el día en que deba surtir sus efectos.

Estos elementos deben siempre precisarse en el auto de suspensión. Cuestión distinta representan «los requisitos para que sea efectiva» a que alude la última parte del mismo precepto que, en su caso, deben señalarse atendiendo «las circunstancias y características particulares de la controversia constitucional», como lo prevé la primera parte del señalado precepto. Estas *condiciones de efectividad* de la medida cautelar adoptada constituyen «una garantía desde el punto de vista legal, por lo que podrá ofrecerse en cualquiera de las formas previstas en ley (fianza, hipoteca, prenda o depósito)»⁸².

La garantía de ninguna manera debe verse como un requisito de procedencia de la medida cautelar donde operan otros presupuestos. La garantía constituye un elemento contingente que puede darse o no, según la característica especial del asunto, de tal suerte que la garantía está *dirigida a reparar los posibles daños y perjuicios* que pudieran ocasionarse con el otorgamiento de la medida cautelar, siendo una carga para el actor y no para la parte demandada⁸³.

En todo caso, esta garantía como condición de efectividad de la suspensión *debe ser excepcional* si se considera que las partes actora y demandada en este tipo de proceso constitucional son poderes y órganos del Estado⁸⁴; si bien para un sector de la doctrina por esta circunstancia no debe nunca operar, ya que «las entidades son solventes en sí; fianzas y contrafianzas para garantizar cumplimientos o respetos les son ajenas»⁸⁵.

7. MUTABILIDAD DE LA SUSPENSIÓN Y RECURSOS

La decisión del ministro instructor donde otorga o niega la medida cautelar tiene un carácter mutable, como hemos visto en su oportunidad al estudiar las características generales de este instituto. Esto quiere decir que puede eventual-

⁸² P. NAVA MALAGÓN, «El incidente de suspensión en controversia constitucional», *op. cit.*, *supra* nota 9, p. 1089.

⁸³ *Cfr.* la tesis 14/2004 del Tribunal Pleno, cuyo rubro es «Suspensión en controversia constitucional. en el auto en que se concede debe precisarse, entre otros requisitos, el otorgamiento de una garantía cuando ésta sea necesaria para que surta efectos» (*SJFG*, t. XIX, marzo de 2004, p. 1354).

⁸⁴ En pocos casos se ha pedido garantía como condición de efectividad de la suspensión. Así ha sucedido, por ejemplo, en la controversia constitucional 23/2003, donde se solicitó exhibir garantía de billete de depósito expedido por Nacional Financiera, SNC. En el recurso de reclamación 105/2003 derivado de esta controversia, resulta interesante que se consideró que la garantía para reparar posibles daños y perjuicios no es para la partes, sino para reparar los daños causados a la carretera. La parte relativa de esta resolución señala: «En el caso, la garantía exigida obedece a que tanto el Gobierno Federal como el Estado actor alegan tener jurisdicción sobre la vía de comunicación en controversia, la cual se encuentra usufructuada por el Estado referido, circunstancias que podrían dar lugar a que, al resolverse la controversia constitucional, el Estado actor tuviera que entregar la carretera y lo hiciera en un estado total de destrucción, lo que a su vez provocaría que la Federación tuviera que reparar esos daños, por pertenecerle dicha vía, lo cual indudablemente le afectaría si tuviera que disponer de su peculio para reparar tales daños; por tanto, si el Estado actor se benefició del cobro de las cuotas correspondientes, *éste debe pagar los daños y perjuicios ocasionados a la carretera o por lo menos devolverla en el estado en que la encontró*. Debe aclararse que a través de la entrega de la garantía al demandado, las cuotas recaudadas por el Estado actor *no serían para el peculio de la Federación, sino que servirían para reparar los posibles daños causados a la carretera*» (las cursivas son nuestras).

⁸⁵ *Cfr.* J. V. CASTRO Y CASTRO, *El artículo 105 constitucional*, *op. cit.*, *supra* nota 8, p. 210.

mente ser modificado o revocado el auto de suspensión, al ser flexible la medida adoptada.

Por una parte, el ministro instructor puede «modificar o revocar el auto de suspensión por él mismo dictado, siempre que ocurra un hecho superveniente que lo fundamente» (art. 17 LR105). Esto sucede cuando cambien las circunstancias fácticas que determinaron el resultado de la decisión cautelar, derivado del principio *rebus sic stantibus* (cuya traducción literal es «siendo así las cosas») y puede darse hasta en tanto no se dicte la sentencia definitiva en términos del propio precepto.

La actuación del ministro instructor está acotada, por consiguiente, a que ocurra «un hecho superveniente» que fundamente la necesidad de variar el auto de suspensión. Ahora bien, ¿a qué se refiere por hecho superveniente? La Suprema Corte ha entendido que el supuesto normativo no sólo se refiere al «hecho superveniente», sino también al «hecho nuevo» siempre y cuando estén incorporados a la litis ⁸⁶.

Ambos conceptos los ha definido al interpretar el artículo 27 de la LR105 ⁸⁷, al referirse a la oportunidad procesal de la ampliación de la demanda, entendiendo por «hecho superveniente» aquel que se produce con posterioridad a la presentación de la demanda y antes del cierre de instrucción; en tanto que el «hecho nuevo» es aquel respecto del cual la parte actora tiene conocimiento de su existencia con motivo de la contestación de la demanda con independencia del momento en que se produce. Esta distinción cobra importancia si se tiene en cuenta que tratándose del «hecho nuevo» se cuenta con un plazo de quince días siguientes al de la contestación de la demanda, en tanto que si es un «hecho superveniente» se puede ampliar la demanda hasta antes de la fecha del cierre de instrucción. En materia de la suspensión del acto, sin embargo, sea hecho nuevo o superveniente, puede motivar la revocación o modificación del auto de suspensión siempre que estén incorporados a la litis, hasta en tanto no se dicte la sentencia definitiva.

Diferente supuesto es la posibilidad de impugnación a que son sujetas las decisiones cautelares del ministro instructor a través del *recurso de reclamación*, a que se refiere la fracción IV del artículo 51 de la LR105, que procede: «Contra los autos del ministro instructor en que se otorgue, niegue, modifique o revoque la suspensión». Del recurso de reclamación, en principio, corresponde conocer al Pleno de la Suprema Corte. Así se desprende de los artículos 17, segundo párrafo, y 53 *in fine*, de la LR105. Sin embargo, *cuando se estime no ser necesaria la intervención del Pleno*, será resuelto por las Salas, de conformidad con el Acuerdo General 5/2001 del Pleno de la Suprema Corte, en relación con el Acuerdo 3/2008 que lo modifica ⁸⁸.

⁸⁶ Vid. la tesis jurisprudencial LXX/98 del Tribunal Pleno, cuyo rubro es: «Controversia constitucional. Para decidir sobre la suspensión por hecho superveniente o por hecho nuevo es presupuesto necesario que estén incorporados a la litis» (SJFG, t. VIII, diciembre de 1998, p. 791).

⁸⁷ Este precepto dispone: «Artículo 27. El actor podrá ampliar su demanda dentro de los quince días siguientes al de la contestación si en esta última apareciere un hecho nuevo, o hasta antes de la fecha de cierre de la instrucción si apareciere un hecho superveniente. La ampliación de la demanda y su contestación se tramitarán conforme a lo previsto para la demanda y contestación originales».

⁸⁸ El punto Único del Acuerdo 3/2008, que reforma la fracción I y adiciona una fracción II, pasando la actual II a ser III del punto Tercero del Acuerdo General Plenario 5/2001, en la parte que interesa dice: «TERCERO. El Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación conser-

Si bien la posibilidad dada a la Suprema Corte para emitir acuerdos generales «a fin de lograr una adecuada distribución entre las Salas de los asuntos que compete conocer a la Corte», en términos de la reforma al párrafo séptimo del artículo 94 constitucional de 1999, comprende, en principio, a la materia de controversias constitucionales (como se advierte de la exposición de motivos de dicha reforma), los acuerdos relativos *deben prever con claridad los supuestos competenciales*, lo cual pareciera no lograrse en los Acuerdos citados en el párrafo anterior, donde no se establece algún principio para establecer en qué casos es necesaria la intervención del pleno⁸⁹.

En el caso de que la suspensión se hubiese concedido por el Pleno de la Suprema Corte en los términos indicados, es decir, a través del recurso de reclamación, de presentarse cambios en las circunstancias fácticas que determinaron su otorgamiento (hechos supervenientes o nuevos), necesariamente la modificación o revocación de la medida cautelar tendrá que realizarse por el propio Tribunal Pleno, a través de las consideraciones que le someta al respecto el ministro instructor; esto es así, toda vez que es principio general en nuestro sistema jurídico que los órganos de primera instancia o los funcionarios judiciales instructores no pueden, respectivamente, modificar o revocar las determinaciones de los órganos superiores de segunda instancia o de los órganos colegiados a los que pertenecen, que son los que tienen competencia para emitir fallos definitivos tanto en los asuntos de fondo como en los recursos procedentes⁹⁰.

En cuanto al procedimiento del recurso de reclamación, se debe promover ante el presidente de la Suprema Corte dentro del plazo de cinco días. En el recurso se deberán expresar agravios y se acompañarán las pruebas que se estimen pertinentes. El presidente correrá traslado a las partes para que dentro del plazo de cinco días aleguen lo que a su derecho convenga, y, concluido dicho plazo, se turnarán los autos *a un ministro distinto del instructor* a fin de que elabore el proyecto de resolución que deba someterse al Pleno. Cuando este medio de impugnación sea interpuesto sin motivo, se impondrá una multa de diez a ciento veinte días de salario al recurrente o a su representante, a su abogado o a ambos (arts. 52 a 54). Cabe precisar que la interposición de este recurso no suspende el procedimiento principal, por lo que si se dicta la sentencia en el fondo o bien el ministro instructor modifica o revoca el auto, necesariamente queda sin materia este medio de impugnación⁹¹.

vará para su resolución: I. Las controversias constitucionales, salvo en las que deba sobreseerse y aquéllas en las que no se impugnen normas de carácter general, *así como los recursos interpuestos en éstos en los que sea necesaria su intervención*».

⁸⁹ Imaginemos un recurso de reclamación resuelto en Sala, con votación dividida de tres contra dos. De haberse resuelto en el Pleno existiría una posibilidad real de que la resolución del recurso eventualmente sea en sentido contrario al fallo de la Sala. ¿Qué es lo determinante para que sea necesaria la intervención del Pleno? Si atendemos a la circunstancia de que sea infundado, aun resultando unánime la decisión de la Sala, si se resolviera por el Pleno podría eventualmente variar la resolución para ser fundado el recurso (con los seis ministros que no integran dicha Sala).

⁹⁰ Cfr: la tesis jurisprudencial LXIX/98 del Tribunal Pleno, cuyo rubro es «Controversia constitucional. De la solicitud de modificación o revocación de la suspensión por un hecho superveniente, compete conocer al tribunal pleno de la suprema corte de justicia de la nación, cuando éste, previamente ya resolvió sobre la medida cautelar solicitada en la demanda relativa, a través de un recurso de reclamación» (*SJFG*, t. VIII, diciembre de 1998, p. 787).

⁹¹ Cfr: las tesis LXXVII/2001 y CCXV/2005, ambas de la Primera Sala, cuyos rubros son «Reclamación en contra del auto que decide sobre la suspensión en controversia constitucional. Queda

También procede *el recurso de queja* que se encuentra regulado en los artículos 55 a 58 de la LR105. Este medio de impugnación podrá interponerse ante el propio ministro instructor hasta el dictado de la sentencia, contra la parte demandada o cualquier otra autoridad, *por violación, exceso o defecto en la ejecución del auto de resolución* por el que se haya concedido la suspensión.

El procedimiento en este recurso permite que la autoridad contra la cual se hubiere interpuesto el recurso, dentro de los quince días deje sin efectos el acto que diere lugar al recurso o bien rinda un informe y ofrezca pruebas. Se prevé la celebración de una audiencia para el desahogo de las pruebas y se formulen alegatos por escrito, debiendo el ministro instructor elaborar proyecto de resolución para someterlo al Pleno de la Suprema Corte. En caso de encontrarse fundado el recurso, se dará vista al Ministerio Público Federal para que ejercite acción penal. La resolución debe precisar que la autoridad sea sancionada en los términos establecidos en el Código Penal por el delito de abuso de autoridad, por cuanto hace a la desobediencia cometida, independientemente de cualquier otro delito en que incurra o responsabilidad a que se refieren los artículos 108 al 114 de la Constitución Federal⁹².

De tal manera que en la resolución que decida sobre el recurso de queja, deberá interpretar los efectos de la medida suspensiva y su violación, cuestión que resulta importante cuando la parte afectada por la violación acude directamente al Ministerio Público a denunciar la probable comisión de un delito; así este representante social tendría los elementos para integrar la averiguación previa correspondiente⁹³.

Un aspecto importante que ha sido motivo de debate en la Suprema Corte⁹⁴ consiste en determinar a partir de cuándo debe surtir efectos la suspensión del acto reclamado (condición de efectividad a que se refiere la última parte del art. 18 de la LR105), lo cual es relevante para determinar si existió violación a la suspensión. Esta problemática aparece cuando en los autos de suspensión se suele establecer que surte efectos «desde luego». ¿Qué sucede si una vez otorgada la suspensión y antes de que se notifique a las autoridades obligadas a cumplirlas el auto correspondiente, éstas realizan actuaciones que impliquen violación a dicha suspensión? Al respecto, resulta interesante las consideraciones del ministro Cossío, al señalar que deben advertirse dos momentos distintos en cuanto a los efectos de la suspensión. Por un lado la fecha señalada en el auto de suspensión para que la medida cautelar surta efectos; por otro, la fecha en que surte efectos la notificación en términos del artículo 6 de la LR105, que será

sin materia si durante su tramitación se resolvió el referido medio de control constitucional» (*SJFG*, t. XVI, agosto de 2001, p. 971), y «Reclamación en contra del auto que decide sobre la suspensión en controversia constitucional. Queda sin materia si durante su tramitación el ministro instructor revoca o modifica tal proveído» (*SJFG*, t. XXIII, enero de 2006, p. 2133).

⁹² *Cfr.* la tesis 26/2008 del Tribunal Pleno, cuyo rubro es «Controversias constitucionales. Régimen de responsabilidades de las partes que intervienen en ellas» (*SJFG*, t. XXVII, marzo de 2008, p. 1469).

⁹³ *Cfr.* la tesis jurisprudencial 28/2008 del Tribunal Pleno, cuyo rubro es «Queja relativa al incidente de suspensión en controversia constitucional. Corresponde a la Suprema Corte de Justicia de la Nación fijar los efectos de la resolución relativa y si existió violación a aquélla» (*SJFG*, t. XXVII, marzo de 2008, p. 1470).

⁹⁴ Al resolverse el recurso de queja derivado del incidente de suspensión de la controversia constitucional 106/2006, resuelto el 18 de octubre de 2006, por mayoría de cuatro votos.

«a partir del día siguiente al en que hubieren quedado legalmente hechas». De tal suerte que «no es posible estimar que una autoridad ha violado la suspensión sino hasta que actúa en un momento posterior al que la notificación ha surtido sus efectos, es decir, al día siguiente de su notificación»⁹⁵.

Por último, debe precisarse que a diferencia del recurso de reclamación, en el de queja no queda sin materia si durante su tramitación se resuelve el proceso principal, ya que «es autónoma a la subsistencia del bien jurídico tutelado provisionalmente con aquella medida cautelar, pues la responsabilidad de la autoridad nace en el momento en el que no se acata la resolución en la que se otorga la suspensión; *de ahí que aun en el caso de que hayan cesado los efectos de la suspensión por resolverse el juicio en lo principal, tal circunstancia no obsta para determinar si existió contumacia de la autoridad* y, de resolverse en sentido afirmativo, se establezca su responsabilidad y se adopten las acciones pertinentes para que sea sancionada»⁹⁶.

8. CONCLUSIÓN

No obstante que en el siglo XIX se hacía referencia a la importancia de la suspensión del acto reclamado en el juicio de amparo por distinguidos juristas (Ignacio L. Vallarta, Fernando Vega, entre otros) y a principios del siglo pasado (Silvestre Moreno Cora) se relacionara su naturaleza con las medidas cautelares, la obra de R. COUTO de 1929 marca nuevos derroteros en el estudio de la institución y provoca una atención especial por la doctrina mexicana.

Su doctrina relativa a la suspensión con efectos de *amparo provisional*, motivó que los juristas a lo largo del siglo XX estudiaran la vinculación de la suspensión con la sentencia definitiva. A partir de la propuesta sobre la reivindicación procesal del juicio de amparo realizada por FIX-ZAMUDIO en 1956, y de sus desarrollos posteriores que realiza en la década siguiente, se vincula plenamente la institución de la suspensión del acto reclamado con la teoría general de las medidas cautelares a la luz del procesalismo científico⁹⁷.

La práctica jurisdiccional de la institución de la suspensión del acto en el juicio de amparo, propició una rica jurisprudencia y abundantes estudios en la doctrina. Las ideas de COUTO sobre la necesidad de anticipar ciertos efectos de la sentencia en la suspensión, encauzadas por FIX-ZAMUDIO en la teoría cautelar del Derecho procesal, fueron aceptadas por un Tribunal Colegiado de Circuito en 1993 y en definitiva por la Suprema Corte en 1996.

Resulta evidente la influencia del amparo en la regulación de la suspensión del acto en el proceso de controversia constitucional a partir de la expedición de la LR105 en 1995. A pesar de los años transcurridos, el estudio de la suspensión en este diverso proceso constitucional requiere de una mayor atención por parte de la doctrina. Si bien la construcción de la suspensión vía amparo resulta de uti-

⁹⁵ J. R. Cossío DÍAZ, «Supuestos en los que puede originarse una violación a la suspensión en controversia constitucional y las obligaciones de la autoridad», *op. cit.*, *supra* nota 9, p. 14.

⁹⁶ *Cfr.* la tesis 29/2008 del Tribunal Pleno, cuyo rubro es «Queja relativa al incidente de suspensión en controversia constitucional. No queda sin materia si durante su tramitación el referido medio de control constitucional es resuelto» (S/JFG, t. XVII, marzo de 2008, p. 1471).

⁹⁷ *Vid.* las consideraciones finales del epígrafe VI, así como la nota 65.

lidad, se deben destacar las peculiaridades de este instituto en controversia constitucional, teniendo en consideración su naturaleza y caracteres propios, la ley reglamentaria y especialmente la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia.

El ministro instructor tiene amplias facultades que constituyen atribuciones de sus poderes como juez constitucional. Estas facultades no sólo se manifiestan en la sentencia definitiva, sino a lo largo de todo el procedimiento, como sucede con las medidas cautelares. El incidente de suspensión en controversia constitucional, que necesariamente debe abrirse (sea de oficio o a petición de parte), culmina con una *resolución en forma de auto*, donde se puede otorgar o negar la suspensión. Esta decisión no adquiere la calidad de cosa juzgada, por lo que puede ser objeto de revocación o modificación en caso de hechos supervenientes o nuevos. En todo caso, las decisiones del ministro instructor se encuentran acotadas, en la medida en que pueden ser impugnadas por medio del recurso de reclamación, cuya competencia corresponde al Pleno, o incluso a las Salas de la Suprema Corte cuando sea innecesaria la intervención del primero⁹⁸.

Los presupuestos materiales relativos a la *aparición del buen Derecho y el peligro en la demora* (y creemos también debiera adoptarse la *adecuación de la medida*), se han reconocido vía jurisprudencial en materia de controversias constitucionales a partir de 2004. Esto ha permitido que el ministro instructor pueda en algunos casos *excepcionales* adelantar provisionalmente el resultado del proceso principal. Sin embargo, no debe perderse de vista que en realidad en ningún caso puede considerarse como una «controversia constitucional provisional» (utilizando la terminología de COUTO para el amparo), ya que la finalidad de la institución difiere a la sentencia definitiva que dirime la cuestión de fondo; como hemos visto, con esta medida no se busca tutelar las pretensiones del proceso principal, sino asegurar su eficacia y evitar daños irreversibles a las partes o a la sociedad. Esta es su razón de ser, teniendo en cuenta sus características de *instrumentalidad, autonomía, provisionalidad y mutabilidad*, que son propias de la naturaleza de cualquier medida cautelar conforme se ha desarrollado durante el siglo xx por la dogmática procesal.

Y si precisamente al inicio de estas reflexiones hacíamos referencia al clásico estudio de CALAMANDREI donde deja ver la *instrumentalidad* de las medidas cautelares como su nota típica (una instrumentalidad, por cierto, reforzada, al constituir garantía de la garantía, de tal suerte que «más que hacer justicia, contribuye a garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia»)⁹⁹; ahora terminamos con ese mismo espíritu aludiendo a su maestro CHIOVENDA, padre del procesalismo científico italiano, que nos recuerda el principio esencial de toda medida cautelar, que también aplica a la suspensión en controversia constitucional: «La necesidad de servirse del proceso para conseguir la razón no debe convertirse en daño para quien tiene la razón»¹⁰⁰.

⁹⁸ Conforme el Acuerdo General 5/2001 del Pleno de la Suprema Corte, en relación con el Acuerdo 3/2008, que lo modifica. *Vid.* notas 88 y 89.

⁹⁹ P. CALAMANDREI, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, *op. cit.*, *supra* nota 1, p. 45.

¹⁰⁰ G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, p. 147; citado por CALAMANDREI, *op. cit.*, *supra* nota 1, p. 44. De la obra clásica de CHIOVENDA existe traducción al español por E. GÓMEZ ORBAÑEJA, *Instituciones de Derecho procesal civil*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1936-1940.

XIX. ACCESO A LA JUSTICIA Y CONSTITUCIONALISMO SOCIAL*

«El acceso efectivo a la justicia se puede considerar como el requisito más básico —el “derecho humano” más fundamental— en un sistema legal igualitario moderno, que pretenda garantizar y no solamente proclamar los derechos de todos».

M. CAPPELETTI

1. LA VISIÓN SOCIAL DEL ACCESO A LA JUSTICIA Y SUS PRINCIPALES BARRERAS

El acceso a la justicia ha experimentado un desarrollo significativo en el constitucionalismo contemporáneo, no sólo por su consagración como derecho fundamental sino, particularmente, por el enfoque multidisciplinario y eminentemente social con el cual viene consolidándose en las últimas décadas.

Desde una perspectiva estrictamente jurídica, el acceso a la justicia es considerado parte del *derecho a la tutela jurisdiccional* previsto de manera expresa o implícita en la mayoría de las constituciones democráticas del mundo¹, y también en las principales declaraciones y tratados internacionales sobre derechos humanos, como la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948 (art. 10); el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 (art. 6.1); el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966 (art. 14.1), y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (arts. 8.1 y 25.1).

* Publicado en H. FIX-ZAMUDIO y D. VALADÉS (coords.), *Instituciones sociales en el constitucionalismo contemporáneo*, 2.^a ed., México, UNAM-El Colegio Nacional, 2011, pp. 109-136.

¹ Por ejemplo, el artículo 17, segundo párrafo, de la vigente Constitución federal mexicana de 1917 (con reforma de 1987) señala: «Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales».

Este derecho fundamental consiste, en términos generales, no sólo en la concepción tradicional (*laissez-faire* del Estado liberal) de la posibilidad formal de acudir ante los órganos del Estado encargados de impartir justicia (derecho de acceso a la jurisdicción)², sino también implica que se respete el «debido proceso» en todas sus partes (derecho al «proceso justo» o «garantía de audiencia») y que lo decidido en la sentencia logre su plena realización (derecho a la «ejecución» de la sentencia). Estos tres derechos fundamentales específicos, si bien pueden ser analizados de manera independiente, en su conjunto conforman el derecho humano fundamental genérico de la tutela o protección jurisdiccional efectiva. En la actualidad es considerado como un «derecho de prestación», debido a que el Estado debe realizar las actuaciones necesarias para que el servicio público de la justicia se preste de manera adecuada y a través de los instrumentos jurídicos idóneos, lo que implica acciones positivas (*e. g.*, políticas públicas) para eliminar las barreras del acceso «efectivo» a la justicia.

Lo anterior constituye una concepción relativamente reciente. El derecho de acceso a la justicia fue entendido de manera muy distinta en el constitucionalismo tradicional. En varios textos supremos latinoamericanos, por ejemplo, no se establecía explícitamente como un «derecho» a favor de todo individuo, sino se resaltaba como una «obligación» de los tribunales de impartir justicia, tal como sucedió con la Constitución de Querétaro de 1917, pacto fundamental que, en contraste, fue el primero en establecer derechos sociales. Como es bien sabido, fue hasta la reforma de 1987 cuando el texto supremo mexicano le otorgó al acceso a la justicia una configuración clara como derecho fundamental, retomando la previsión de la primera Constitución federal mexicana de 1824³. Con este carácter, incluso, se reconoce por los propios órganos jurisdiccionales de la región, en la *Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano*, como un derecho fundamental de la población de tener acceso a una justicia independiente, imparcial, transparente, responsable, eficiente, eficaz y equitativa, en la que se considere la protección de los más débiles, como las víctimas del delito, niños y adolescentes, personas con capacidades diferentes, comunidades indígenas, entre otros⁴.

En términos más amplios, el acceso a la justicia trasciende la esfera de lo «jurisdiccional». En muchas ocasiones, la instancia de los jueces y los tribunales no es la más apropiada para la resolución de los conflictos, lo que ha dado lugar a la posibilidad de vías y mecanismos alternos más eficaces y con menor costo que los tradicionales procesos judiciales. Por otra parte, la realización plena de este derecho precisa del establecimiento de políticas públicas integrales en materia de justicia que, a su vez, requieren esfuerzos coordinados por parte de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, con una perspectiva más allá de la

² Utilizamos esta locución por ser más expresivo al «acceso a los tribunales», sin entrar a los debates sobre sus diferencias o no con el «derecho al proceso» y la polémica cuestión sobre la naturaleza (abstracta o concreta) del derecho de acción, debate secular que ha mantenido la atención del procesalismo científico de nuestros días.

³ En efecto, en 1987 se retoma la idea fuerza del «derecho» de toda persona a que se le administre justicia por tribunales (actual art. 17, párrafo 2.º), como se establecía en el artículo 18 del Acta Constitutiva de la Federación Mexicana de 1824.

⁴ Aprobada en Cancún, México (2002), en la VII Cumbre Iberoamericana de presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia.

normativa y de la técnica jurídica para dar respuesta a la problemática social de la desigualdad material del acceso a la justicia.

El punto de inflexión de esta tendencia fue la comprensión del binomio «justicia» y «sociedad». Desde hace más de medio siglo, el inmortal CALAMANDREI señaló en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México que «en el proceso puede existir entre las partes una igualdad teórica a la que no corresponde una paridad *de hecho*; las dos son “personas” en el mismo sentido, pero los medios de que disponen para hacer valer esta igualdad son desiguales. Y esta desigualdad de medios puede significar, dentro del proceso, una desigualdad de personalidades»⁵. ¿De qué sirve contar con el derecho de acceso a la justicia si no es efectivo? ¿Cómo se puede garantizar ese derecho en sociedades con altas cifras de pobreza, desigualdad y corrupción como la latinoamericana? La solución a esta problemática social trasciende lo estrictamente jurídico. De ahí que la perspectiva del acceso a la justicia hoy en día sea motivo de reflexiones desde los más diversos ángulos, como el de la sociología, la economía, la ciencia política, la psicología, la antropología, etc., cuestiones que no deben ser ajenas al análisis jurídico⁶.

Esta perspectiva social del acceso a la justicia, se convirtió en un auténtico movimiento cultural mundial para hacer «efectivos» los derechos desde la década de los setenta del siglo pasado, encabezado por M. CAPPELLETTI, en su ambicioso «Proyecto Florencia para el Acceso a la Justicia», a través de investigaciones colectivas e interdisciplinarias⁷. Su filosofía radica en otorgarle un nuevo enfoque a la cuestión, más cercano a la realidad que a la construcción dogmática de conceptos, cuyos propósitos básicos consisten en el *acceso igualitario* para todos los justiciables, debiendo dar resultados individual y socialmente justos. Así, una de las premisas esenciales es que la justicia social presupone que todos tengan un *acceso efectivo a la justicia*, lo que, a su vez, implica avanzar de la igualdad ante la ley a la igualdad ante la justicia⁸.

Lo anterior, por supuesto, tiene un sustento ideológico en el constitucionalismo social. A partir de la aparición de los derechos sociales se inició una etapa de «socialización del Derecho» y se fue construyendo un «Derecho social» que propició también la concepción de un «Derecho procesal social», no sólo como rama del procesalismo científico, sino también como un conjunto de normas procesales de protección a los más desprotegidos, especialmente en materia la-

⁵ P. CALAMANDREI, *Proceso y democracia*, trad. de H. FIX-ZAMUDIO, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960, p. 181.

⁶ Una panorámica del acceso a la justicia en México desde una perspectiva multidisciplinaria, puede verse en H. FIX-FIERRO y S. LÓPEZ AYLÓN, «El acceso a la justicia en México. Una reflexión multidisciplinaria», en D. VALADÉS y R. GUTIÉRREZ (coords.), *Justicia. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, t. I, México, UNAM, 2001, pp. 111-142.

⁷ La obra principal comprendió cuatro volúmenes en seis tomos. Una introducción general fue publicada en español por M. CAPPELLETTI y B. GARTH, bajo el título *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996 (traducción de la versión en inglés de 1978, que aparece como informe en el t. I, vol. 1, de la obra colectiva *Access to Justice: A World Survey*, Milano, Sijthoff and Noordhoff-Alphenaandenrijn/Dott. A. Giuffrè Editore).

⁸ Sobre este enfoque, *vid.* R. O. BERIZONCE, *Efectivo acceso a la justicia. Propuesta de un modelo para el Estado social de Derecho*, La Plata, Librería Editora Platense, 1987.

boral, agraria y de seguridad social⁹. Para lograrlo, fue necesario romper con los rigorismos del proceso jurisdiccional tradicional y, especialmente, con el del principio de igualdad formal de las partes para llegar a una composición equitativa del litigio. Esta «igualdad por compensación»¹⁰ o «nivelación social del proceso»¹¹, constituyó un avance muy importante en el constitucionalismo, ya que varios de estos principios e instituciones procesales fueron elevados a rango constitucional. Este nuevo enfoque, además de otorgarle a la parte débil mayores elementos para atemperar la desigualdad y procurar el equilibrio procesal, implicó también una participación más activa del juez, particularmente en materia probatoria y, en general, en la disposición, impulso y dirección del proceso. Se trata del nuevo enfoque del proceso con visión de «justicia social».

En este contexto de la corriente socializadora del proceso, CAPPELLETTI advertía la complejidad de las sociedades contemporáneas y de los cambios de concepción tradicional de los derechos humanos con las manifestaciones de los derechos sociales (trabajo, salud, educación, etc.) y de otros derechos de carácter colectivo (medio ambiente, consumidores, patrimonio artístico y cultural, etc.), siendo necesario nuevas soluciones ante el evidente «fenómeno social de masas». Y de ahí que considerara necesario cambiar el enfoque tradicional del estudio del acceso a la justicia con dimensiones de «justicia social» al entender las manifestaciones de la sociedad contemporánea. Bajo esta perspectiva de igualdad social, CAPPELLETTI identificó tres obstáculos principales para el efectivo acceso a la justicia: i) de índole «económico», motivado por la pobreza de los justiciables; ii) de tipo «organizativo», ante la falta de titularidad de los nuevos derechos colectivos derivados de las relaciones de masa de las sociedades modernas, y iii) de carácter propiamente procesal, ante la inexistencia de instrumentos jurídicos adecuados para lograr la solución de controversias.

Con un enfoque eminentemente práctico, el profesor de Florencia advertía que la solución a estos problemas se venía realizando a través de lo que identificó como las «tres olas» de reformas para un acceso efectivo a la justicia. La primera se dirige a combatir la «pobreza económica» de las partes, fundamentalmente a través del asesoramiento y ayuda legal; la segunda para luchar contra la «pobreza organizativa» de las mismas, otorgando representación a los intereses difusos y colectivos, lo que implica romper con los esquemas «individualistas» con los que se construyó el proceso jurisdiccional tradicional; y la última, busca soluciones alternativas al sistema tradicional de resolución contenciosa de las controversias a través de la llamada «justicia coexistencial», pues «su método no consiste en abandonar las técnicas de las primeras dos oleadas de reforma,

⁹ Sobre la distinción entre «socialización del Derecho» y «Derecho social», así como la creación del «Derecho procesal social», vid. H. FIX-ZAMUDIO, «Introducción al estudio del Derecho procesal social», en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, núm. 3, Madrid, 1965, pp. 389-418.

¹⁰ Cfr. E. J. COUTURE, *Fundamentos de Derecho procesal civil*, Buenos Aires, Depalma, 1993. Se refiere a la idea de dar un tratamiento preferente y equilibrado a aquellas partes económicamente en desventaja para materializar un verdadero equilibrio procesal (inversión de la carga de la prueba, suplencia de la deficiencia procesal, simplificación de las formalidades, etc.). Vid. también su ensayo «Las garantías constitucionales del proceso civil», en *Estudios de Derecho procesal en honor de Hugo Alsina*, Buenos Aires, Ediar, 1946, pp. 158-173.

¹¹ Cfr. P. CALAMANDREI, *Instituciones de Derecho procesal civil*, vol. I, Buenos Aires, Librería El Foro, 1996.

sino en tratar esas reformas sólo como varias entre las posibilidades de mejorar el acceso»¹².

Estos tres enfoques para enfrentar la problemática del acceso efectivo a la justicia motivaron en las últimas décadas importantes reformas judiciales de carácter legal y constitucional, que todavía no terminan y tienen nuevas dimensiones. A continuación nos referiremos a algunas de las instituciones derivadas del enfoque social del efectivo acceso a la justicia dentro del constitucionalismo contemporáneo, teniendo especial atención en los textos fundamentales iberoamericanos, con una perspectiva panorámica y sin ningún tipo de exhaustividad.

2. POBREZA Y DESIGUALDAD: ASESORÍA JURÍDICA, DEFENSORES Y COSTOS DEL PROCESO

En noviembre de 2010, la Secretaría Ejecutiva de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), organismo dependiente de la Organización de las Naciones Unidas responsable de promover el desarrollo económico y social de la región, presentó en Santiago de Chile su informe anual en el que se plantea que la pobreza y la indigencia de estos países disminuyó, respectivamente, 1,0 y 0,4 puntos porcentuales en relación con el año 2009. Bajo esta premisa, en 2010, el 32,1 por 100 de los habitantes de Latinoamérica (esto es, 180 millones de personas) permanecían en situación de pobreza y el 12,9 por 100 (72 millones) en la indigencia. En este informe, lamentablemente, México se encuentra entre los países donde la pobreza aumentó en los últimos años, concretamente, de 31,7 por 100 en 2006 a 34,8 por 100 en 2008¹³.

Si bien el panorama citado destaca que el balance neto de los últimos siete años es positivo en la mayoría de los países y de los gráficos incluidos en el mismo informe se advierte que en los últimos treinta años la pobreza en América Latina ha disminuido poco más de 8,4 puntos porcentuales, no deja de alarmar que, en este mismo periodo, el número de pobres ha crecido de 136 a 180 millones. De las múltiples consecuencias de tener un amplio sector de la población en una situación de marginación económica y social está el de la brecha cultural, pues el desconocimiento por parte de los justiciables de sus derechos individuales y colectivos (que ciertamente han tenido un desarrollo doctrinal y normativo en los últimos años) ha sido uno de los obstáculos principales para la consolidación y efectividad del derecho de acceso a la justicia. Así, en las zonas rurales de Latinoamérica sólo 31 por 100 de mujeres y el 26 por 100 de hombres han concluido la educación secundaria, y los jóvenes indígenas sólo alcanzan el 20 por 100 y el 22 por 100, respectivamente¹⁴.

Entre los mecanismos jurídicos que se han implementado para hacer frente a esta innegable desigualdad social, económica y cultural están la asesoría jurídica-procesal y la prohibición de las costas judiciales.

¹² M. CAPPELLETTI y B. GARTH, *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*, op. cit., supra nota 7, p. 46.

¹³ *Panorama social de América Latina*, Santiago, Naciones Unidas-Cepal, 2010, pp. 11 y ss.

¹⁴ *Id.*

A) Asesoría jurídica y procesal

Superadas ciertas instituciones del Estado pre-social, progresivamente se instrumentaron reformas que permitieron el acceso a la justicia de los más desfavorecidos a través de la asistencia técnica de abogados, como asesor (*legal advice*) o, bien, actuando como defensor técnico en el ámbito jurisdiccional (*legal aid*). En general, se fueron estableciendo dos modelos en el Estado social para la asesoría y defensa de los más débiles: el primero, consistía en compensar abogados privados de la parte no pudiente (*judicare*) y, el segundo, en el establecimiento de abogados del propio Estado especializados en este tipo de causas, es decir, defensores de oficio. Estos dos sistemas, que tuvieron aceptación en distintas partes del mundo, propiciaron una síntesis al aceptarse un modelo mixto, como sucedió posteriormente en Suecia, Canadá, Inglaterra y Estados Unidos. Incluso, en algunos casos, se ha instrumentado como institución de seguridad social¹⁵.

En el ámbito latinoamericano, la tendencia ha sido la creación de órganos especializados del Estado que permiten otorgar de manera gratuita este tipo de asistencia jurídica a través de defensores públicos o de oficio. Este servicio se presta a todos los que lo requieren con independencia de encontrarse en situación de pobreza (que antes se exigía comprobar en varios códigos procesales a partir de la figura de *beneficio de pobreza*). Si bien esta tendencia se refleja mayoritariamente en reformas legales, en los últimos años se aprecia la elevación a rango constitucional de defensorías públicas como órganos autónomos de la función judicial o del sistema de justicia para garantizar el acceso efectivo a la justicia, como sucede, por ejemplo, en las constituciones de Ecuador (art. 191)¹⁶, México (art. 17)¹⁷ y Paraguay (art. 171)¹⁸. En otros casos, el defensor del pueblo tiene facultades constitucionales de «organizar y dirigir la defensoría pública» (art. 182.4). Un caso peculiar es el de Hondu-

¹⁵ Cfr. H. FIX-ZAMUDIO, «Breves reflexiones sobre el asesoramiento jurídico y procesal como institución de seguridad social», en *Anuario Jurídico*, núm. 2, México, UNAM, 1975, pp. 63-101.

¹⁶ Dicho precepto señala: «La Defensoría Pública es un órgano autónomo de la función judicial cuyo fin es garantizar el pleno e igual acceso a la justicia de las personas que, por su estado de indefensión o condición económica, social o cultural, no puedan contratar los servicios de defensa legal para la protección de sus derechos. La Defensoría Pública prestará un servicio legal, técnico, oportuno, eficiente, eficaz y gratuito, en el patrocinio y asesoría jurídica de los derechos de las personas, en todas las materias e instancias. La Defensoría Pública es indivisible y funcionará de forma desconcentrada con autonomía administrativa, económica y financiera; estará representada por la Defensoría Pública o el Defensor Público General y contará con recursos humanos, materiales y condiciones laborales equivalentes a las de la Fiscalía General del Estado».

¹⁷ El párrafo 7.º de dicho precepto señala: «La Federación, los Estados y el Distrito Federal garantizarán la existencia de un servicio de defensoría pública de calidad para la población y asegurarán las condiciones para un servicio profesional de carrera para los defensores. Las percepciones de los defensores no podrán ser inferiores a las que correspondan a los agentes del Ministerio Público».

¹⁸ Dicho dispositivo señala: «El servicio de Defensa Pública es un órgano del sistema de justicia dotado de autonomía administrativa y funcional, que tiene por finalidad garantizar la tutela efectiva del derecho fundamental a la defensa en las distintas áreas de su competencia. El servicio de Defensa Pública se ofrecerá en todo el territorio nacional atendiendo a los criterios de gratuidad, fácil acceso, igualdad, eficiencia y calidad, para las personas imputadas que por cualquier causa no estén asistidas por abogado. La Ley de Defensa Pública regirá el funcionamiento de esta institución».

ras, en donde constitucionalmente se establece que «corresponde al Estado nombrar procuradores para la defensa de los pobres y para que velen por las personas e intereses de los menores e incapaces. Darán a ellos asistencia legal y los representarán judicialmente en la defensa de su libertad individual y demás derechos».

B) Justicia gratuita y costos del proceso

La Constitución federal mexicana de 1857 fue pionera en este aspecto al prohibir las costas judiciales, esto es, en la imposibilidad de cobrar por el servicio público de la función jurisdiccional, institución que fue recogida por el texto fundamental de 1917 y seguida progresivamente por un número importante de constituciones latinoamericanas. Si bien la abolición constitucional de las costas judiciales es esencial para el efectivo acceso a la justicia, lo cierto es que el proceso en sí mismo tiene costos y repercute considerablemente en la economía del justiciable, además de que la parte condenada debe afrontar el pago de los gastos procesales de su contraparte, lo que representa en sí mismo un obstáculo para el acceso a la justicia. Valdría la pena considerar la posibilidad de que el derecho de representación en juicio se complementara con el de exención o la asunción por el Estado de los gastos procesales de la contraparte en caso de que la parte condenada se encuentre en un estado de pobreza.

La importancia de establecer la prohibición de costas judiciales a nivel constitucional ha motivado interesantes desarrollos jurisprudenciales en los últimos años por los tribunales, cortes y salas constitucionales, así como cortes supremas de justicia. Incluso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en relación con el contenido efectivo de la justicia, ha desarrollado un interesante repertorio jurisprudencial en materia de la razonabilidad y proporcionalidad de los gastos procesales generados en juicio.

En 2007, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos publicó un estudio sobre los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos en materia de acceso a la justicia, mismo en el que se dedica un capítulo completo a la obligación del Estado de remover los obstáculos económicos para garantizar los derechos sociales¹⁹. Dada la expresión, no está de más advertir que la obligación del Estado «no es sólo negativa —de no impedir el acceso a esos recursos— sino fundamentalmente positiva, de organizar el aparato institucional de modo que todos los individuos puedan acceder a esos recursos». Así, la disponibilidad de la defensa pública gratuita es considerada un asunto «de inestimable valor instrumental para la exigibilidad» de dichos derechos pues la desigualdad de los litigantes refleja «una desigual posibilidad de defensa en juicio». De acuerdo con el estudio citado, los criterios para la determinación de la procedencia de la asistencia legal gratuita son: *a)* la disponibilidad de recursos por parte de la persona afectada; *b)* la complejidad de las cuestiones involucradas en el caso, y *c)* la importancia de los derechos afectados²⁰.

¹⁹ Cfr. *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Comisión Interamericana de Derechos Humanos/OEA, 2007.

²⁰ Cfr. *ibid.*, p. 2.

3. EL OBSTÁCULO ORGANIZATIVO: ACCIONES COLECTIVAS, POPULARES Y PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LITIGIOS DE INTERÉS PÚBLICO

A) Acciones colectivas

La protección de los derechos o intereses difusos y colectivos enfrentaron, hasta hace pocos años, la gran disyuntiva a partir de una perspectiva individualista, por lo que los individuos sufrían las consecuencias de no estar organizados para demandar de manera colectiva y la sentencia respectiva sólo tendría efectos para el demandante en particular y no para todos aquellos que se encontraran en la misma situación o afectación. Para afrontar este obstáculo, se inició una cruzada para el acceso efectivo de los llamados derechos humanos de tercera generación: derechos de los consumidores, usuarios financieros, al medio ambiente, patrimonio artístico y cultural, etc. Así, además de la creación paulatina de organismos de defensa administrativos del propio Estado para su protección²¹ (donde incluso se han reconocido recientemente «quejas o reclamaciones grupales» en sede administrativa)²², actualmente la tendencia se dirige a establecer acciones procesales y a otorgar legitimación a un número determinado de individuos, a los afectados, a asociaciones u organizaciones no gubernamentales o a entidades públicas para hacer efectivos dichos derechos a través de la vía jurisdiccional a nombre y representación de los afectados²³.

Este tipo de acciones tuvieron un importante desarrollo en Estados Unidos a partir de la configuración de las *class actions*, cuya formación se remonta a las cortes de equidad del Reino Unido, mismas que a partir de 1963, con las reformas a la Regla 23 de las Reglas Federales para el Proceso Civil, dieron origen a

²¹ En el ámbito latinoamericano se han creado numerosas dependencias oficiales para la protección de este tipo de derechos, algunas con posibilidad de representación del grupo o colectividad afectada para iniciar acciones jurisdiccionales para su protección. Así, por ejemplo, desde la década de los setenta del siglo pasado se creó un *ombusman* público de los consumidores en Noruega, Suecia y Finlandia; así como procuradurías o defensores del consumidor, medio ambiente, usuarios financieros, etc. Sin embargo, como lo puso en evidencia CAPPELLETTI, estas entidades no siempre son las instancias más adecuadas para la defensa de estos tipos de intereses colectivos, ya que aparte del costo de crear nuevas instancias gubernamentales, subsiste la circunstancia de que casi nunca cumplen adecuadamente con su labor, «al carecer del celo que es estimulado solamente por la presencia de un interés personal». Cfr. M. CAPPELLETTI, «La justicia social: acceso a la justicia y la responsabilidad del jurista de nuestra época», en la obra del mismo autor *La justicia constitucional y Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo*, México, Porrúa-Facultad de Derecho de la UNAM, 2007, p. 424.

²² La «queja colectiva» es una institución recientemente introducida en la Procuraduría Federal del Consumidor (PROFECO), debido a la reforma al artículo 99 de la Ley Federal de Protección al Consumidor, publicada el 28 de enero de 2011 en el *Diario Oficial de la Federación*.

²³ En términos generales, la defensa colectiva puede ser ejercida cuando se trata de: 1) *intereses o derechos difusos*, los cuales son de carácter supraindividual, de naturaleza indivisible y cuyos titulares son personas indeterminadas y ligadas por circunstancias de hecho; 2) *intereses o derechos colectivos*, esto es, aquellos derechos supraindividuales de naturaleza indivisible de los que sea titular un grupo, categoría o clase de personas ligadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base, y 3) *intereses o derechos individuales homogéneos*, que son aquellos derechos auténticamente individuales que derivan de un origen común y que por conveniencia se ejercen de manera colectiva.

la acción de clase moderna. En América Latina, el movimiento inició en Brasil con la Ley de Acción Popular de 1985, país donde se eleva a rango constitucional la protección de los intereses difusos en la Constitución de 1988. A partir de ese momento, inicia todo un movimiento de reformas para introducir las acciones colectivas en los ordenamientos latinoamericanos. En este rubro, los países más desarrollados son Argentina, Brasil y Colombia, que prevén bases constitucionales, desarrollos legislativos y jurisprudenciales de suma relevancia en la materia²⁴.

No debe dejar de mencionarse en el itinerario histórico de la formación y fortalecimiento de los procesos colectivos el *Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica* (1988)²⁵, y el *Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica* (2004)²⁶, aprobados en Río de Janeiro y Caracas, respectivamente, por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. La importancia de este último ha sido fundamental para que en el nuevo milenio se efectuaran reformas constitucionales para prever la institución de las acciones colectivas, como sucedió en 2010 en México²⁷ y en la nueva Constitución de República Dominicana²⁸. Algunos países iberoamericanos también prevén a nivel constitucional diversas instituciones para ejercer de manera colectiva otros derechos, como la «libertad de petición colectiva» en Costa Rica²⁹.

B) Acciones populares

Con antecedentes desde el Derecho romano (*popularis actio*), varios países prevén este tipo de acciones, siendo más amplio el acceso a la justicia al tener la legitimación cualquier individuo a título individual o colectivo y, en algunos casos, el Ministerio Público y el Defensor del Pueblo de manera obligatoria, como

²⁴ En otros países también existen, aunque con menos desarrollos. Por ejemplo, el artículo 38 de la Constitución de Paraguay se refiere al derecho a la defensa de los intereses difusos: «Toda persona tiene derecho, individual o colectivamente, a reclamar a las autoridades públicas medidas para la defensa del ambiente, de la integridad del hábitat, de la salubridad pública, del acervo cultural nacional, de los intereses del consumidor y de otros que, por su naturaleza jurídica, pertenezcan a la comunidad y hagan relación con la calidad de vida y con el patrimonio colectivo».

²⁵ Los artículos 53 y 194 hacen referencia expresa a la protección de intereses difusos y colectivos. Este código modelo sirvió para que muchos códigos procesales civiles se reformaran para la protección de estos intereses; por ejemplo, en México, algunos códigos de procedimientos civiles de los Estados de Morelos (1993), Coahuila (1999) y Puebla (2007).

²⁶ Sobre este código, *vid.* A. GIDI y E. FERRER MAC-GREGOR (coords.), *Código Modelo de Procesos Colectivos. Un diálogo iberoamericano. Comentarios artículo por artículo*, México, Porrúa-UNAM, 2008.

²⁷ El 29 de julio de 2010 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* la adición del tercer párrafo del artículo 17 constitucional, que establece: «El Congreso de la Unión expedirá las leyes que regulen las acciones colectivas. Tales leyes determinarán las materias de aplicación, los procedimientos judiciales y los mecanismos de reparación del daño. Los jueces federales conocerán de forma exclusiva sobre estos procedimientos y mecanismos».

²⁸ Artículo 66. Derechos colectivos y difusos. El Estado reconoce los derechos e intereses colectivos y difusos, los cuales se ejercen en las condiciones y limitaciones establecidas en la ley. En consecuencia protege: 1) la conservación del equilibrio ecológico, de la fauna y la flora; 2) la protección del medio ambiente, y 3) la preservación del patrimonio cultural, histórico, urbanístico, artístico, arquitectónico y arqueológico.

²⁹ Artículo 27. Se garantiza la libertad de petición, en forma individual o colectiva, ante cualquier funcionario público o entidad oficial, y el derecho a obtener pronta resolución.

sucede en la previsión de la nueva Constitución de Bolivia (arts. 135 y 136), para la protección del patrimonio, el espacio, la seguridad y salubridad pública, el medio ambiente y otros de similar naturaleza reconocidos por el propio texto fundamental y los tratados internacionales. En el caso de la nueva Constitución de Ecuador también se prevé la posibilidad del ejercicio colectivo de los derechos (art. 11.1), donde incluso se puede proteger a la «naturaleza o Pacha Mama», que tiene derecho a la restauración con independencia de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de indemnizar a los individuos y colectivos que dependan de los sistemas naturales afectados (arts. 71 y 72).

Colombia es el país donde más desarrollo han tenido las acciones populares, previéndose en el artículo 88 de la Constitución de 1991. Estas acciones protegen los derechos e intereses colectivos relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella.

C) Procesos constitucionales colectivos

Otra de las vertientes del ejercicio colectivo de los derechos se refiere a las acciones especiales para la protección de los derechos fundamentales. Así, se han establecido en los últimos años juicios o recursos de amparos, *habeas corpus* o *habeas data* colectivos. También se han creado acciones abstractas de inconstitucionalidad y acciones de cumplimiento colectivas, por ejemplo, en la Constitución de Bolivia (arts. 132 y 133). En México, recientemente se aprobó por el Congreso de la Unión una reforma constitucional integral en materia de juicio de amparo que propone ampliar la legitimación activa del promovente de amparo a través de la nueva figura del «interés legítimo» en sustitución del «interés jurídico», lo cual representa un mayor acceso a la justicia constitucional, especialmente para la protección de los derechos de incidencia colectiva. Las sentencias que se dictan en este tipo de procesos pueden tener efectos generales³⁰.

D) Participación ciudadana en litigios de interés público

También se advierte en los últimos años manifestaciones claras de vías legítimas de participación ciudadana en determinados asuntos judiciales cuyo interés trasciende la esfera individual de las partes. La figura del *amicus* o *amicus curia* (amigo o amigos de la Corte o Tribunal) tiene sus orígenes en el Derecho romano y ha tenido un desarrollo significativo en los países pertenecientes a la familia del *common law* o influenciados por dicho sistema, especialmente en Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Australia, Nueva Zelanda, La India, Sudáfrica, etc., que tienen bases reglamentarias y cuya práctica forense se ha venido arraigando, con especial trascendencia ante las Cortes Supremas, Tribunales Constitucionales y demás altas jurisdicciones.

³⁰ Esta es una propuesta que se ha venido madurando en la última década, prevista en el anteproyecto de nueva Ley de Amparo de 1999. Sobre el particular, *vid.* E. FERRER MAC-GREGOR, «El acceso a la justicia de los intereses de grupo (hacia un juicio de amparo colectivo)», en *Libro Homenaje a don Manuel Gutiérrez de Velasco*, México, UNAM, 2000, pp. 221-234.

Esta figura también ha tenido cierta recepción en países de nuestra región, por la influencia de los países anglosajones que la practican y particularmente por su aceptación en el ámbito de la jurisdicción internacional³¹. El nuevo Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, vigente a partir de 1 de enero de 2010, define al *amicus curiae* como «la persona o institución, ajena al litigio y al proceso que presenta a la Corte razonamientos en torno a los hechos contenidos en el sometimiento del caso o formula consideraciones jurídicas sobre la materia del proceso, a través de un documento o de un alegato en audiencia» (art. 2)³². La aceptación de la figura por ese tribunal internacional se ha venido reiterando y consolidando progresivamente desde el inicio de sus funciones, tanto en casos contenciosos como en las opiniones consultivas que ha emitido.

Algunos países latinoamericanos han aceptado la figura como sucedió en Argentina y sin que existiera reglamentación al respecto. En efecto, el debate inició en la Corte Suprema de Justicia de ese país en un asunto polémico relativo a la validez constitucional de las leyes de «Punto final» (1986) y de «Obediencia debida» (1987), hasta que dicha Corte emitió la regulación correspondiente a través de la Acordada 28/2004³³. Incluso, algunas asociaciones, como la Asociación Argentina de Derecho Constitucional en 2007, han emitido la reglamentación de actuación de *amicus curiae*. También ha tenido práctica la institución en Brasil³⁴, Colombia³⁵, Chile³⁶, Uruguay³⁷, Paraguay³⁸ y Perú³⁹, entre otros países, con diversas reglas de participación y sin vinculación para el tribunal.

En México, si bien no está prevista, en algún caso de eminente interés social la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha abierto la posibilidad de recibir opiniones en audiencia pública a instituciones, asociaciones y personas ajenas a la controversia para defender la constitucionalidad o inconstitucionalidad

³¹ Por ejemplo, ante el Tribunal Internacional de Justicia, la Corte Penal Internacional, el Tribunal Internacional Penal para la ex Yugoslavia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en los paneles y el Cuerpo de Apelación de la Organización Mundial de Comercio (OMS), etc. Cfr. V. BAZÁN, «El *amicus curiae* en clave de Derecho comparado y su reciente impulso en el Derecho argentino», en *Cuestiones constitucionales*, núm. 12, México, UNAM, enero-junio de 2005, pp. 29-71.

³² El artículo 44 del nuevo Reglamento prevé las reglas de su procedencia y tramitación.

³³ Cfr. V. BAZÁN, «La reglamentación de la figura del *amicus curiae* por la Corte Suprema de Justicia argentina», en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 3, México, Porrúa, enero-junio de 2005, pp. 3-24.

³⁴ Cfr. M. C. HENNING LEAL, «La noción de Constitución abierta de Peter Häberle como fundamento de una jurisdicción constitucional abierta y como presupuesto para la intervención del *amicus curiae* en el Derecho brasileño», en *Estudios Constitucionales*, año 8, núm. 1, Talca, Centro de Estudios Constitucionales, 2010, pp. 283-304.

³⁵ La Corte Constitucional de ese país ha favorecido la aceptación de dicha institución a través de su desarrollo jurisprudencial y declarado constitucional alguna normatividad que permite la intervención de terceros ajenos al litigio, como fue el Decreto 2067, de 4 de septiembre de 1991 (art. 13).

³⁶ Existe un desarrollo progresivo en su aceptación, especialmente desde el año 2001.

³⁷ Así, por ejemplo, un famoso *amicus curiae* fue redactado por E. R. ZAFFARONI sobre la inaplicabilidad de la Ley de Caducidad en el *Caso Juan Gelman*, relativa al secuestro y homicidio de la nuera del poeta argentino.

³⁸ Desde 1997 se aceptó por la Corte Suprema de Justicia.

³⁹ Ha sido aceptada por el Tribunal Constitucional mediante la resolución administrativa 95-2004, de 2 de octubre de 2004, así como también por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Cfr. *El amicus curiae: ¿qué es y para qué sirve? Jurisprudencia y labor de la Defensoría del Pueblo*, Lima, Defensoría del Pueblo, 2009.

de las normas impugnadas, como sucedió en la acción de inconstitucionalidad 146/2007 (y su acumulada 147/2007), relativa a las reformas sobre la despenalización del aborto en el Distrito Federal, lo que motivó que se regularan los «lineamientos para la celebración de audiencias relacionadas con asuntos cuyo tema se estime relevante, de interés jurídico o de importancia nacional»⁴⁰. Si bien esta participación ciudadana en asuntos jurisdiccionales está limitada a los casos que la propia Suprema Corte determine debido a la «gran entidad y trascendencia para la sociedad mexicana»⁴¹, estimamos que representa un primer paso para que en el futuro se reglamente la figura del *amicus curiae* en todo asunto que tenga trascendencia social, sea en acción abstracta de inconstitucionalidad, controversia constitucional o juicio de amparo, por supuesto, con las debidas reglas procedimentales y actuación de esta figura. Lo anterior podría lograrse con las reformas correspondientes a las leyes respectivas o a través de acuerdos generales que dicte la propia Suprema Corte. La aceptación, práctica y reglamentación plena del *amicus curiae* en México pudiera representar un instrumento fundamental para lograr la participación ciudadana en los procesos judiciales, a la vez de contribuir al mejoramiento argumentativo y reflexivo del juzgador, fortalecer el debate y transparencia judicial, lo cual contribuye, en definitiva, al desarrollo de nuestra democracia sustantiva.

Por último, también es importante destacar la tendencia en la creación de clínicas de litigio de interés público, especialmente en las universidades públicas y privadas o por organizaciones no gubernamentales. Este tipo de litigios estratégicos han tenido progresivamente aceptación en nuestra región, con mayor intensidad para la tutela de los derechos fundamentales, creándose, incluso, una Red Latinoamericana de Clínicas Jurídicas⁴². Si bien en México es reciente esta práctica, existen algunos casos exitosos, como en materia de salud a favor de la comunidad indígena mixteca *Mininuma*, radicada en el Estado de Guerrero, que podrían abrir nuevas perspectivas y enfoques para lograr la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en nuestro país⁴³; lo cual podría llevar al control de la racionalidad de las políticas públicas como ha sucedido en otras latitudes⁴⁴.

4. JUSTICIA «COEXISTENCIAL»: MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Históricamente las soluciones de los conflictos sociales en general y de los jurídicos en particular no siempre han emanado de la judicatura. Así, no es raro

⁴⁰ Vid. el Acuerdo General 2/2008, de 10 de marzo de 2008, emitido por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

⁴¹ Considerando 7.º, párrafo 2.º, del Acuerdo General 2/2008.

⁴² Vid. la dirección electrónica www.clinicasjuridicas.org.

⁴³ Sobre este importante caso, vid. R. GUTIÉRREZ y A. RIVERA MALDONADO, «El Caso *Mini Numa*: un litigio estratégico para la justiciabilidad de los derechos sociales y la no discriminación en México», en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 251, México, UNAM, enero-junio de 2009, pp. 89-122.

⁴⁴ Cfr. J. M. ACUÑA, «La exigibilidad jurisdiccional de los derechos sociales como vía del control de la racionalidad de las políticas públicas», en E. FERRER MAC-GREGOR y ZALDÍVAR LELO DE LARREA (coords.), *La protección constitucional de los derechos fundamentales. Memoria del II Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa-IMDPC, 2010, pp. 569-584.

que a menudo los sujetos que personifican un conflicto acudan a un tercero imparcial que no cumple sus funciones dentro de los parámetros tradicionales del Derecho procesal e, incluso, no es abogado. Este fenómeno hunde sus raíces en los cuestionamientos al sistema de justicia en general, como la lentitud de los procesos, el alto costo de los mismos, su rigidez, la escasa participación de las partes en el conflicto, así como las percepciones (fundadas o no) que demeritan gravemente la imagen del proceso judicial tradicional (percepción de ineficiencia, de corrupción, etc.). Frente a la problemática cualitativa y, sobre todo, cuantitativa de los problemas jurídicos actuales, no es extraño que los medios alternativos de solución de controversias (arbitraje, mediación, conciliación y negociación) tengan un nuevo auge en los ordenamientos occidentales.

Su importancia ya había sido anunciada y destacada por ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, después de la segunda guerra mundial, en su célebre *Proceso, autocomposición y autodefensa. Contribución al estudio de los fines del proceso*⁴⁵, advirtiendo las similitudes y diferencias de los instrumentos para resolver la conflictividad social, sea en sus formas más primitivas de *autodefensa* (como la legítima defensa penal y el estado de necesidad); en sus fórmulas *autocompositivas* (desistimiento, allanamiento, perdón del ofendido y transacción); o a través de sus significaciones más avanzadas de *heterocomposición* (mediación, conciliación, arbitraje, *ombudsman* y proceso), que a decir del insigne procesalista español se nos presentan «como las tres posibles desembocaduras del litigio».

CAPPELLETTI insistió en que la importancia de las reformas contra la «pobreza económica» de las partes, a través del asesoramiento y ayuda legal, y aquellas dirigidas a contrarrestar la «pobreza organizativa», otorgando representación a los intereses difusos y colectivos, no debe impedirnos ver sus limitaciones, ya que, insiste, lo importante es encontrar una representación jurídica eficiente para los intereses que aún no la encuentran. Por eso, la considerada «tercera oleada» de reformas va más allá de la defensa dentro o fuera de los tribunales; de tal suerte que el nuevo enfoque del acceso a la justicia debe comprender todas aquellas «instituciones y recursos, el personal y los procedimientos utilizados para procesar y aun para prevenir disputas en las sociedades modernas»⁴⁶. La representación jurídica, individual o colectiva no ha resultado suficiente para ofrecer a la sociedad beneficios tangibles al nivel práctico⁴⁷. En este sentido, «este modelo alienta la exploración de una amplia variedad de reformas, incluyendo cambios en la forma del procedimiento, en la estructura de los tribunales o la creación de nuevos tribunales, el uso de personas legas y paraprofesionales tanto en los tribunales como en las barras, modificaciones en la ley sustantiva destinada a evitar disputas o facilitar sus resoluciones, y el uso de mecanismos privados o informales para resolver disputas. En resumen, este modelo no teme a las innovaciones amplias y radicales que van mucho más allá de la esfera de la representación jurídica»⁴⁸.

⁴⁵ México, UNAM-III, 1947. Existe segunda edición (1970) y tercera (1991), en realidad reimpresión de la 2.^a ed. (con prólogo de H. FIX-ZAMUDIO), así como una reimpresión de esta última (2000), todas por la UNAM.

⁴⁶ M. CAPPELLETTI y B. GARTH, *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*, op. cit., supra nota 7, p. 46.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 47.

⁴⁸ *Id.*

En este contexto, en la actualidad existe una clara tendencia de difusión, desarrollo y operatividad de los medios alternativos de solución de controversias en Latinoamérica, al grado que al margen de las regulaciones legislativas (que progresivamente se han venido estableciendo), varios países han elevado a rango constitucional estas instituciones. Así, por ejemplo, en Colombia, «los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en Derecho o en equidad, en los términos que determine la ley» (art. 116, párrafo 4.^o); en el artículo 190 de la Constitución ecuatoriana «se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos»; el artículo 258 del pacto fundamental venezolano establece que «la ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos»; y la reforma de junio de 2008, a la Constitución federal mexicana, se prevé que «las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias» y particularmente en materia penal «regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos que se requerirá supervisión judicial» (art. 17, párrafo 4.^o). Incluso se regula «el arbitraje u otros medios pacíficos» para resolución de conflictos en materia internacional, como se prevé en la Constitución de la República de Uruguay (arts. 6 y 168.16).

En numerosos países latinoamericanos se prevén estos mecanismos en sede administrativa o judicial. En muchas ocasiones se establecen en los respectivos códigos de procedimientos o, incluso, se han expedido leyes específicas que regulan las figuras de la mediación, arbitraje, conciliación y negociación en materias civil, penal, laboral, familiar, mercantil, financiera, administrativa, internacional, etc., sea de manera voluntaria o como cuestión «prejudicial obligatoria».

En términos generales, la característica específica de la «mediación» es que su titular es un mero conductor y su objetivo es facilitar el entendimiento entre las partes para que, entre éstas, pueda elaborarse un acuerdo. Debe destacarse que en realidad «el mediador no tiene poder de decisión, no aconseja, no da opinión, sólo conduce el procedimiento y realiza una delicada tarea con la finalidad de que las partes restablezcan la comunicación y, a partir de ahí, estén en condiciones de negociar»⁴⁹. El «arbitraje», en cambio, es aplicable a los conflictos en el que las partes no fueron capaces de llegar a un acuerdo y delegan la solución del conflicto a un tercero imparcial denominado árbitro; la resolución del procedimiento, si bien es más flexible que la del proceso tradicional, es vinculante. A su vez, la «conciliación» se refiere «al deber o la facultad de convocar a las partes para intentar un avenimiento. Dentro del sistema judicial, en general los códigos de procedimientos establecen que es el juez quien preside la audiencia de conciliación; en el sistema administrativo, es la autoridad administrativa. El conciliador está facultado para proponer fórmulas que compongan la disputa y, en el caso de los jueces, especialmente se establece que ello no implicará prejuzgamiento»⁵⁰. La conciliación puede ser judicial o extraju-

⁴⁹ G. STELLA ÁLVAREZ y E. I. HIGHTON, *La mediación en el panorama latinoamericano*, Santiago de Chile, Centro de Justicia de las Américas, 2003.

⁵⁰ *Id.*

dicial, esta última ha tenido niveles de eficiencia superiores a la conciliación judicial⁵¹. Finalmente, la negociación «se refiere a un método de abordaje que las partes llevan a cabo sin intervención de terceros. Si bien existen diferentes escuelas de negociación, la que resulta sumamente útil a los fines de la resolución de los conflictos es la llamada negociación colaborativa que sistematizó la Escuela de Harvard»⁵².

En México, al igual que en la mayoría de los países de nuestra región, los medios alternativos de solución de controversias resultaban desconocidos hasta hace apenas una década. Es común que en una federación como la mexicana las reformas a la Constitución federal incidan o generen reformas en los ordenamientos locales. Pero en el caso del desarrollo de los medios alternativos de solución de conflictos fue distinto. Inicialmente, fueron los tribunales de los Estados los que empezaron a implementar estas instituciones y posteriormente se efectuó la reforma al artículo 17 de la Constitución federal en 2008⁵³. Concretamente, fue en Quintana Roo donde, el 14 de agosto de 1997, se expidió la primera ley de justicia alternativa en el país. A partir de ese año, los poderes judiciales de los Estados, con el apoyo de diversas instituciones de educación superior, empezaron a implementar «centros de justicia alternativa». No debe dejar de destacarse la periodicidad y la influencia que, desde 2001, ha tenido el Congreso Nacional de Mediación, cuya primera sede fue en la Universidad de Sonora. Este movimiento ha motivado que la mayoría de los tribunales superiores de justicia del país cuenten con centros de justicia alternativa en sede judicial. Asimismo, varios Estados han incluido en su Constitución, dentro del apartado del derecho de acceso a la justicia, los medios alternativos de solución de conflictos, como es el caso de Baja California (art. 7.º), Campeche (art. 77), Coahuila (art. 154), Colima (art. 1.º), Durango (art. 6.º), Guanajuato (art. 3.º), Hidalgo (art. 9.º), Nuevo León (art. 16), Oaxaca (art. 11), Quintana Roo (art. 7.º), Tamaulipas (art. 114), etcétera.

La exposición de motivos de la reforma constitucional de 18 de junio de 2008, en lo que respecta a los medios alternativos de solución de conflictos, hace énfasis en la necesidad de ofrecer vías que nos ayuden a superar la lentitud de los procesos tradicionales y el elevado costo del sistema de justicia. Asimismo, se planteó el inconveniente de seguir considerando que el aumento a las penas de prisión o la construcción de nuevas cárceles ayudarán a resolver la problemática social o a mejorar la administración de justicia pues existen muchos casos en el que la víctima lo único que desea es que, de forma rápida y eficiente, sea reparado el daño que sufrió, por lo que una mediación o una conciliación, bajo la supervisión judicial, representarán mejores soluciones a numerosos conflictos. En este contexto, las reformas al artículo 17 constitucional representan también un cambio de paradigma (el de la justicia restaurativa) en el cual se propicia una participación más activa de la sociedad en la resolución de sus conflictos, pues

⁵¹ Cfr. J. OVALLE FAVELA, *Teoría general del proceso*, 2.ª reimpresión de la 6.ª ed., Oxford, University Press, 2006, pp. 24-25.

⁵² G. ÁLVAREZ y E. I. HIGHTON, *La mediación en el panorama latinoamericano*, op. cit., supra nota 49.

⁵³ Un panorama de la trascendencia de esta reforma puede verse en la obra de G. URIBARRI CARPINTERO (coord.), *Acceso a la justicia alternativa. La reforma constitucional al artículo 17. Una visión de conjunto a los mecanismos alternativos de solución de controversias*, México, Porrúa, 2010.

las acciones del ofensor no sólo deben concebirse como un atentado a intereses del Estado sino también y, sobre todo, a los de las personas en concreto.

5. ACCESO A LA JUSTICIA DE GRUPOS VULNERABLES: NIÑOS Y ADOLESCENTES, MUJERES, PERSONAS CON CAPACIDADES DIVERSAS Y PUEBLOS INDÍGENAS

El acceso a la justicia de los grupos tradicionalmente excluidos, discriminados y, por ende, en una situación específica de vulnerabilidad (niños y adolescentes, mujeres, personas con discapacidad y pueblos indígenas, entre otros), exige un esfuerzo mayor por parte del Estado para garantizar sus derechos fundamentales. La protección de estos derechos y el intento de suprimir cualquier modalidad de discriminación tiene su razón en la dignidad humana, pues ésta no debe admitir más restricciones que el respeto a la dignidad de los otros miembros de la comunidad. Si los derechos humanos son «universales», esto es, no dependen del reconocimiento del Estado o de las condiciones específicas de los individuos, sería incoherente invocar diferencias de índole política, social, económica, cultural, física o psíquica como condición para respetarlos. El ejercicio a plenitud de los derechos fundamentales, en cambio, «implica limitaciones al poder público y, por ello, no puede invocarse ninguna actuación soberana para violarlos. Al tratarse de valores supremos están por encima de los mismos Estados y de su soberanía» y, por ende, el Estado «debe desempeñar la labor operativa de canalizar toda la estructura y organización del poder público en función del anhelado bien común»⁵⁴ de todo individuo con independencia de su condición o no de vulnerabilidad. La característica de la universalidad de los derechos fundamentales, señala CARBONELL siguiendo a FERRAJOLI, no sólo presupone extenderlos sin distinción a todos los seres humanos, pues son inalienables y no negociables, esto es, indisponibles en su dimensión activa y pasiva⁵⁵.

A) El acceso a la justicia de los niños y adolescentes

Hasta muy entrada la modernidad, la mención a los derechos específicos de los niños fue una gran ausente en las declaraciones sobre derechos humanos⁵⁶. Lo anterior fue particularmente perjudicial en regiones como la latinoamericana, donde los problemas socioeconómicos acentúan la vulnerabilidad infantil y, por ende, propician el tráfico de niñas y niños, la explotación laboral o sexual de los mismos, la violencia intrafamiliar, etc. No fue hasta mediados del siglo XX cuando empezó a reconocérseles como verdaderos sujetos de derechos que, en consecuencia, requerían de una protección especial para garantizar integralmente su entorno. La demorada preocupación por los derechos de los jóvenes e infantes no deja de ser una paradoja, pues el mando de las

⁵⁴ R. ROHRMOSER VALDEAVELLANO, *Módulo de autoformación en derechos humanos y acceso a la justicia*, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2007, p. 14.

⁵⁵ Cfr. M. CARBONELL, *Los derechos fundamentales en México*, México, UNAM-CNDH, 2004, p. 16.

⁵⁶ En general, una perspectiva actual de esta temática puede verse en M. GONZÁLEZ CONTRÓ, *Derechos humanos de los niños: una propuesta de fundamentación*, México, UNAM, 2008.

instituciones, tarde o temprano, estará en sus manos. Así, entre los pactos más relevantes especializados en la protección de los menores de edad destacan la *Declaración de los Derechos del Niño* (1959) y la *Convención sobre los Derechos del Niño* (1989).

También la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* hizo mención explícita, en su artículo 19, del derecho de todo niño «a las medidas de proyección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado». No obstante estas disposiciones, la Corte Interamericana «a la luz del artículo 19 de la Convención Americana [ha constatado] la especial gravedad que reviste el que pueda atribuirse a un Estado parte en dicha Convención el cargo de haber aplicado o tolerado en su territorio una práctica sistemática de violencia contra niños en situación de riesgo, como los “niños de la calle”, [a] los [que] hacen víctimas de una doble agresión. En primer lugar, los Estados no evitan que sean lanzados a la miseria, privándolos así de unas mínimas condiciones de vida digna e impidiéndoles el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, a pesar de que todo niño tiene derecho a alentar un proyecto de vida que debe ser cuidado y fomentado por los poderes públicos para que se desarrolle en su beneficio y en el de la sociedad a la que pertenece. En segundo lugar, atentan contra su integridad física, psíquica y moral, y hasta contra su propia vida»⁵⁷.

En este rubro, no debe dejar de mencionarse que en los últimos años se han modificado los sistemas de justicia penal que concierne a los adolescentes. Esta tendencia inició en 1899, con la creación del primer tribunal juvenil en Chicago, Illinois, pero su vigencia en los sistemas latinoamericanos se ha demorado hasta tiempos recientes⁵⁸. Desde hace décadas, la responsabilidad delictiva de los menores de edad se ha cuestionado bajo el argumento de que no tienen la capacidad de entender la antijuricidad de sus conductas y, por tanto, no se les puede imputar un delito. La historia del tratamiento legal de los menores responsables de una conducta ilícita ha transitado del sistema que no daba un tratamiento distinto a adultos y menores (en el que el juez acaso atenuaba la pena en razón de la edad del infractor) hasta los sistemas integrales que erigen órganos especializados en justicia para adolescentes. Así, en 2005, en México, se llevó a cabo una reforma constitucional que establece la obligación explícita de los poderes de la Federación y de los Estados de organizar un sistema integral de justicia para los jóvenes de entre doce y dieciocho años a los que se les atribuya la comisión de conductas tipificadas como delitos y, asimismo, instituyendo que los menores de doce años sólo serán sujetos de rehabilitación y asistencia social. La reforma establece que las sanciones que se aplicarán en el nuevo sistema serán para orientar, tratar y proteger al adolescente, y que la utilización del internamiento (privación de la libertad) será sólo como medida extrema y por el tiempo más breve necesario, la cual, desde luego, deberá ser congruente con la gravedad del hecho tipificado como delito.

⁵⁷ Caso de «Los niños de la calle» (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 19 de noviembre de 1999, párrafo 144.

⁵⁸ A. CALERO AGUILAR, «El nuevo sistema de justicia para adolescentes en México», en C. MAQUEDA ABREU y V. M. MARTÍNEZ BULLE GOYRI (coords.), *Derechos humanos: temas y problemas*, México, UNAM-CNDH, 2010, pp. 241-259.

B) El acceso a la justicia de las mujeres

A pesar de la importancia y las contribuciones de la mujer a la vida social, política, económica y cultural, así como su relevante papel en el núcleo familiar⁵⁹, fue hasta la segunda mitad del siglo XX cuando da inicio el reconocimiento jurídico de sus derechos, tal como sucedió con los de los niños y adolescentes. Así, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), se hicieron afirmaciones tajantes de la nueva situación de la mujer: «Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de... sexo». Tiempo después, la Organización de las Naciones Unidas, preocupada de que, «a pesar de los progresos realizados en materia de igualdad de derechos, continúa existiendo una considerable discriminación en contra de la mujer», proclamó la *Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer* (1967) pues «la discriminación contra la mujer, por cuanto niega o limita su igualdad de derechos con el hombre, es fundamentalmente injusta y constituye una ofensa a la dignidad humana».

Después, en la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* (1979) se fortalece explícitamente el derecho de acceso de la justicia de las mujeres en el artículo 3, que, textualmente, establece que «los Estados partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas... y, con tal objeto, se comprometen a: c) establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación». Asimismo, en el artículo 15 de dicha Convención, se establece que «los Estados partes reconocerán a la mujer, en materias civiles, una capacidad jurídica idéntica a la del hombre y las mismas oportunidades para el ejercicio de esa capacidad. En particular, le reconocerán a la mujer iguales derechos para firmar contratos y administrar bienes y le dispensarán *un trato igual en todas las etapas del procedimiento en las cortes de justicia y los tribunales*».

No obstante estos y otros instrumentos internacionales de protección de los derechos de la mujer, como el *Protocolo facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* (1999), la *Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer* (1994), la *Convención sobre los derechos políticos de la mujer* (1952), la *Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer* (1993), la *Declaración sobre la contribución de las mujeres a una cultura de paz* (1995), así como muchos otros esfuerzos para desarticular todas las formas de discriminación

⁵⁹ De acuerdo con los datos más recientes del Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática de nuestro país, de los 112.336.538 mexicanos, 57.481.307 son mujeres. Al menos en los últimos sesenta años, la edad mediana de la mujer ha aumentado: en 1950 era de diecinueve años; en 1960, de dieciocho; en 1970, de diecisiete; en 1990, de veinte; en 2000, de veintitrés; y, actualmente, de veintiséis años. Actualmente, el 8,1 por 100 de las mujeres no tiene escolaridad; el 12,7 por 100, primaria incompleta; el 16,7 por 100 concluyó la primaria; el 4,6 por 100, secundaria incompleta; el 21,9 por 100, secundaria completa; el 19,3 por 100, educación media superior; y el 15,9 por 100, educación superior. Hasta 2006, 6.927.327 mujeres reconocieron ser víctimas de violencia emocional; 4.955.279, de violencia económica; 2.213.941, de violencia física; y 1.292.127 de violencia sexual. *Cfr.* <http://www.inegi.org.mx/> (2011).

contra la mujer, el Comité de América Latina y el Caribe para Defensa de Derechos de la Mujer (CLADEM) afirmó en el *Diagnóstico de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Mujeres en la Región* (2005) que aún persisten problemas como la consideración de los Estados de que los derechos de las mujeres «son progresivos y subordinados a la existencia de recursos económicos y por tanto no gozarían del mismo grado de exigibilidad de estos derechos» y que, además, «se supeditan y condicionan frente a otros derechos como los civiles y políticos»⁶⁰. Con respecto al acceso a la justicia, en el citado diagnóstico se afirma que «todavía quedan muchos aspectos de los derechos humanos de las mujeres sin jurisprudencia para su real defensa» y, por otra parte, «existe una limitación adicional para la aplicación efectiva de las leyes a favor de las mujeres por parte de las instituciones que velan por ellas, ya sea por el desconocimiento de éstas y sus posibilidades, o porque no cuentan con recursos humanos y materiales suficientes»⁶¹.

C) El acceso a la justicia de las personas con habilidades diversas

Un grupo muy propenso a la vulnerabilidad de sus derechos es el de los individuos que viven con alguna discapacidad física o mental⁶². La comprensión de la situación tan particular de estas personas «ha pasado desde acepciones paternalistas e incluso peyorativas de “minusválidos”, “incapacitados” o “discapacitados” hasta las que hoy en día les identifican como personas con capacidades o habilidades diversas». El calificativo que se atribuya a este sector de individuos no es de poca monta, pues «voluntaria o involuntariamente, consciente o inconscientemente, reflejan la percepción que algunas personas tienen de ellos como inferiores. Denominarles “incapacitados” o “discapacitados”, es decir, que no son capaces de hacer algo por sí mismos... no es más que querer percibir el mundo desde la perspectiva de grupos mayoritarios»⁶³.

De acuerdo con la *Declaración de los Derechos de los Impedidos* (1975) de la Organización de las Naciones Unidas, un impedido es «toda persona incapacitada de subvenir por sí misma, en su totalidad o en parte, a las necesidades de una

⁶⁰ *Diagnóstico de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Mujeres en la Región*, Lima, Comité de América Latina y el Caribe para Defensa de Derechos de la Mujer, 2005, p. 13.

⁶¹ *Id.*

⁶² De acuerdo con el Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática, de 2000 a 2010, en México, el número de personas con discapacidad aumentó de 1.795.300 a 4.527.784. El número de mujeres y hombres con este obstáculo es similar: 2.269.833 y 2.257.951, respectivamente. El porcentaje de personas con discapacidad en nuestro país es de 4,0 (estadística de 2010); en Chile, 2,2 (1992); en Colombia, 1,8 (1993); en Perú, 1,3 (1993); y, en Uruguay, 16,0 (1993). En México, en los últimos diez años, las personas con discapacidad que cuentan con servicios de salud (esto es, que tienen la condición de derechohabiente en alguna institución del salud del país), aumentó de 44,9 por 100 a 67,5 por 100. Actualmente, del total de personas con discapacidad en nuestro país, el 28,5 por 100 no tiene instrucción; el 28,4 por 100 tiene la primaria incompleta; el 16,6 por 100, la primaria completa; el 3,6 por 100, la secundaria o equivalente incompleta; el 9,1 por 100 concluyó la secundaria; y el 11,9 por 100 realizó estudios posbásicos. Menos de la mitad de las personas con discapacidad (1.522.049) tiene una ocupación, de las cuales sólo el 1,9 por 100 son funcionarios, directores y jefes, mientras el 21,9 por 100 realizan actividades elementales y de apoyo. Cfr. <http://www.inegi.org.mx/org.mx/>.

⁶³ P. HURTADO, *Acceso a la justicia y derechos humanos de grupos vulnerables y excluidos en Guatemala*, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2009, pp. 63 y 64.

vida individual o social normal a consecuencia de una deficiencia, congénita o no, de sus facultades físicas o mentales». En esencia, esta declaración tiene la finalidad de que se respete la dignidad humana del impedido (art. 3) y a que se tengan en cuenta «sus necesidades particulares en todas las etapas de la planificación económica y social» (art. 8). Con respecto al acceso a la justicia, el artículo 11 de este instrumento internacional establece que «el impedido debe poder contar con el beneficio de una *asistencia letrada jurídica competente* cuando se compruebe que esa asistencia es indispensable para la protección de su persona y sus bienes. Si fuere objeto de una *acción judicial*, deberá ser sometido a un procedimiento justo que tenga plenamente en cuenta sus condiciones físicas y mentales».

Asimismo, en 1971, la Organización de las Naciones Unidas proclamó la *Declaración de los Derechos del Retrasado Mental* ante la necesidad de ayudar a este sector «a desarrollar sus aptitudes en las más diversas esferas de actividad, así como de fomentar en la medida de lo posible su incorporación a la vida social normal», pues el retrasado mental «debe gozar, hasta el máximo grado de viabilidad, de los mismos derechos que los demás seres humanos» (art. 1). Esta declaración establece también que el retrasado mental debe contar «con la atención de un tutor calificado cuando esto resulte indispensable para la protección de su persona y sus bienes» (art. 5) y que «en caso de que sea objeto de una acción judicial, deberá ser sometido a un proceso justo que tenga plenamente en cuenta su grado de responsabilidad, atendidas sus facultades mentales» (art. 6).

En íntima relación con la Declaración recién mencionada, están los *Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental* (1991), también adoptados por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, y particularmente interesante para el tema del acceso a la justicia es el principio 18 de este ordenamiento, el cual ofrece un espacio para las garantías procesales de los enfermos mentales. En este apartado se establece que el paciente «tendrá derecho a designar a un defensor para que lo represente» y, si no tiene medios suficientes para pagarlo, «se pondrá a [su] disposición un defensor sin cargo alguno». Asimismo, tendrá derecho «a solicitar y presentar en cualquier audiencia un dictamen independiente sobre su salud mental y cualesquiera otros informes y pruebas orales, escritas y de otra índole que sean pertinentes y admisibles». El paciente y su defensor también tienen derecho a tener «copias del expediente y de todo informe o documento que deba presentarse» y la resolución que sostenga «que la revelación de determinadas informaciones perjudicaría gravemente la salud del paciente» estará «sujeta a revisión judicial». Asimismo, tiene derecho «a asistir personalmente a la audiencia y a participar y ser oídos en ella». A su vez, el principio anterior, el 17, hace referencia a los órganos de revisión de las decisiones de la institución psiquiátrica que decida retener involuntariamente al paciente, y dichas disposiciones destacan que dicho órgano «será un órgano judicial u otro órgano independiente e imparcial establecido por la legislación nacional que actuará de conformidad con los procedimientos establecidos por la legislación nacional», que «el examen inicial por parte del órgano de revisión... de la decisión de admitir o retener como paciente involuntario se llevará a cabo lo antes posible después de adoptarse dicha decisión», que dicho órgano «examinará periódicamente los casos de pacientes involuntarios»; y que «el paciente o su representante perso-

nal o cualquier persona interesada tendrá el derecho a apelar ante un tribunal superior de la decisión de admitir al paciente o de retenerlo en una institución psiquiátrica».

D) El acceso a la justicia de los pueblos indígenas

Otro de los sectores sociales que ha enfrentado mayores obstáculos para hacer efectivos sus derechos fundamentales en general y el de acceso a la justicia en particular, es el de los pueblos indígenas, no obstante que el porcentaje de población de estos grupos en regiones como la latinoamericana es muy significativa⁶⁴. Además, las estadísticas demuestran que en las regiones donde se concentran estas comunidades suelen ser las más pobres y las que tienen los índices de desarrollo humano y social más bajos. Esto se debe, en general, a sus particularidades culturales y a su situación de especial vulnerabilidad. En particular, porque «en ciertos contextos históricos los derechos de la persona humana se garantizan y se pueden ejercer plenamente sólo si se reconocen los derechos de la colectividad y de la comunidad a la que pertenecen»⁶⁵. Y, más específicamente, por la incomprensión generalizada de la relación que los indígenas mantienen con la tierra, pues para estas comunidades «la relación con la tierra no es sólo una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual»⁶⁶, al grado de que eliminar la propiedad colectiva implicaría llevar a la eliminación no sólo cultural sino incluso física de estos pueblos⁶⁷.

En este contexto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha emprendido un esfuerzo importante a fin de fortalecer y garantizar el derecho de acceso a la justicia de los pueblos indígenas. Concretamente, el tribunal internacional ha hecho un énfasis especial en la defensa de los derechos al *recurso efectivo* y al de *plazo razonable* al momento de resolver los casos donde se han visto involucradas estas comunidades. El *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni*

⁶⁴ En 2003, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en México publicó que en nuestro país existen 62 pueblos y comunidades indígenas y su población asciende aproximadamente a 13 millones de personas, lo que representaba el 12 por 100 de la población nacional total. Cfr. *Diagnóstico sobre la situación de los derechos humanos en México*, México, 2003. A su vez, el Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática de nuestro país publicó recientemente datos actualizados sobre la situación de los pueblos indígenas en México, entre los que destacan que este sector, de 2000 a 2010, aumentó de 6.044.547 a 6.695.228. Actualmente, los Estados que albergan el mayor número de indígenas son Oaxaca (1.165.186), Chiapas (1.141.499), Veracruz (644.559), Puebla (601.680), Yucatán (537.516) y Guerrero (456.774). Las lenguas indígenas más habladas en nuestro son el náhuatl (1.586.884) y el maya (796.405). El alfabetismo de la población hablante de una lengua indígena aumentó, entre 2000 y 2010, de 66,3 por 100 a 92,4 por 100. El 23,8 por 100 de esta población no tiene instrucción; el 25,3 por 100 no concluyó la primaria; el 19,6 por 100% concluyó la primaria; el 4,4 por 100 no concluyó la secundaria; el 14,9 por 100 concluyó la secundaria; el 8,2 por 100 aprobó algún año de educación media superior; y el 3,5 por 100 aprobó algún año de educación superior. Cfr. <http://www.inegi.org.mx/sistemas/sissept/default.aspx?t=mle03&s=est&c=22284> (población indígena por entidad federativa); <http://www.inegi.org.mx/> (2011)

⁶⁵ *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni vs. Nicaragua*. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 31 de agosto de 2001, párrafo 83.

⁶⁶ L. BURGORGUE-LARSEN y A. ÚBEDA DE TORRES, *Las decisiones básicas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estudio y jurisprudencia*, Pamplona, Civitas, 2009, p. 329.

⁶⁷ S. GARCÍA RAMÍREZ, *Temas de la jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos. Votos particulares*, México, Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, 2005, p. 161.

vs. *Nicaragua* del año 2001, como bien advierte AGUILAR CAVALLO, fue el primero relativo a los derechos de los pueblos o comunidades indígenas, el primero en el que éstas actuaron como partes del proceso ante la Corte Interamericana y el primero en el que el órgano internacional se pronunció sobre el derecho de los indígenas a las tierras y recursos naturales⁶⁸. Desde entonces se ha venido desarrollando jurisprudencialmente esta temática, hasta la última sentencia sobre la materia dictada en agosto de 2010⁶⁹.

El derecho a un recurso efectivo «más que tratarse de un derecho, en realidad es una garantía de los demás derechos reconocidos»⁷⁰. Por tanto, podría decirse que el derecho al recurso efectivo es el elemento medular de aquél más genérico que es el de acceso a la justicia. La Corte ha señalado que «la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos en la Convención constituye una trasgresión de la misma... [pues] para que el recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley... sino que requiere que sea realmente idóneo»⁷¹. A su vez, la garantía de que la justicia se administre en un plazo razonable, es decir, sin dilaciones indebidas, vincula al sistema jurisdiccional de determinado país a organizarse y estructurarse de tal forma que se eviten retrasos «que puedan comprometer su eficacia y su credibilidad»⁷². El derecho al plazo razonable ha obtenido un matiz muy particular al conjugarlo con la consideración que los Estados miembros de la Convención Americana deben hacer a las condiciones económicas y sociales de los grupos indígenas, así como de sus usos, valores y costumbres y su situación especial de vulnerabilidad.

⁶⁸ G. AGUILAR CAVALLO, «Emergencia de un Derecho constitucional común en materia de pueblos indígenas», en A. VON BOGDANDY, E. FERRER MAC-GREGOR y M. MORALES ANTONIAZZI (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización: ¿Hacia un Ius constitutionale Commune en América Latina?*, t. II, México, UNAM-Max Planc Institut, 2010, pp. 3-84.

⁶⁹ *Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek. vs. Paraguay*. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 24 de agosto de 2010.

⁷⁰ E. CARMONA CUENCA, «El derecho a un recurso efectivo ante una instancia nacional. Problemas interpretativos (art. 13 CEDH)», *La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, p. 708.

⁷¹ *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, *supra* nota 65.

⁷² A. SALADO OSUNA, «El plazo razonable en la administración de justicia: una exigencia del Convenio Europeo de Derechos Humanos», *La Europa de los derechos, op. cit.*, *supra* nota 70, p. 301.

XX. LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE MÉXICO COMO LEGISLADOR POSITIVO*

1. INTRODUCCIÓN

Desde el punto de vista material, la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana (en adelante SC) ha evolucionado de un «tribunal de casación» hacia un «Tribunal Constitucional», especialmente desde la reforma constitucional de 31 de diciembre de 1994. A partir de esa fecha su composición se reduce de 26 a 11 ministros, y se le otorgan facultades para declarar la invalidez de las normas con efectos *erga omnes* hacia el futuro, a través de dos mecanismos: la «acción abstracta de inconstitucionalidad» y las «controversias constitucionales».

Estas atribuciones son exclusivas de la SC, por lo que se le ha considerado por la mejor doctrina como un verdadero Tribunal Constitucional, si bien todavía conserva cuestiones propias de una corte de legalidad, al encontrarse en la cúspide del poder judicial federal. Debido a esta dualidad de funciones (constitucionales y legales), se ha considerado que el sistema de control de la constitucionalidad en México resulta ser de naturaleza «mixta», en la medida en que posee rasgos del control europeo o concentrado y a la vez están presentes aspectos del sistema difuso o americano, debido a que también la SC conoce del «juicio de amparo» (en revisión) en el cual sólo puede desaplicar la norma inconstitucional al caso particular.

El cabal ejercicio de estas competencias constitucionales ha llevado a la SC a una evolución en el tipo de sentencias que dicta, de tal modo que ha dejado atrás la conceptualización del célebre jurista vienés, KELSEN, en tanto ya no es un simple «legislador negativo», para avanzar a lo que pudiera denominarse como

* Publicado en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XVII, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, 2011, pp. 59-78. El presente trabajo fue presentado originalmente en inglés como «relatoría nacional» en el *XVIII International Congress of Comparative Law* (Washington, 25 de julio-1 de agosto de 2010), con el título «The Mexican Supreme Court of Justice as a positive legislator». La ponencia general estuvo a cargo del destacado constitucionalista venezolano Dr. A. R. BREWER-CARIAS, «Constitutional Courts as Positive Legislators».

la actuación de un verdadero «legislador positivo» en consonancia de cierta tendencia evolutiva de los Tribunales Constitucionales¹.

Con la intención de justificar lo anterior, a continuación analizaremos brevemente a la SC como un «Tribunal Constitucional», así como los efectos de sus sentencias y muy especialmente los casos que permiten visualizar su función activa y creadora del Derecho.

2. LA SUPREMA CORTE COMO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

A) Breves antecedentes

Los antecedentes más lejanos de la SC se encuentran en la *Real Audiencia de México*, establecida el 29 de noviembre de 1527 como máxima instancia judicial en la época de la Nueva España (1521-1821).

Durante la etapa de la lucha de la independencia (1810-1821), funcionó el que se ha considerado el primer tribunal federal: el *Supremo Tribunal de Justicia de la América Mexicana*, con sede en Ario de Rosales, Michoacán (1815).

Sin embargo, la SC formalmente quedó regulada en la primera Constitución vigente del México independiente. La *Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos* promulgada el 4 de octubre de 1824, organizaba el poder judicial en su artículo 123, el cual depositaba dicho poder en una *Corte Suprema de Justicia*.

Posteriormente en los ordenamientos constitucionales centralistas (las *Siete Leyes de 1836* y en las *Bases Orgánicas de la República Mexicana de 1843*), también regularon a la SC.

A partir de la *Constitución Federal de 5 de febrero de 1857* la SC adquiere competencias de control constitucional definidas a través del juicio de amparo, instrumento que a lo largo del juicio XIX fue conformando su peculiar naturaleza que actualmente tiene y que se definió en la vigente *Constitución Federal de 1917*.

B) Evolución constitucional

Para los efectos que aquí nos interesan, las dos reformas constitucionales más importantes en materia judicial y especialmente de transformación de la SC en un Tribunal Constitucional, se efectuaron en los años de 1987 y particularmente en 1994.

a) La reforma constitucional del 29 de agosto de 1987 tuvo como propósito convertir a la Corte en un *tribunal especializado de naturaleza constitucional*, como expresamente señala la exposición de motivos de la reforma. De esta forma, el control de mera legalidad que antes conocía la SC, pasa a los Tribunales Colegiados de Circuito.

¹ Cfr. E. FERRER MAC-GREGOR (coord.), *Crónica de Tribunales Constitucionales en Iberoamérica*, Buenos Aires-Madrid, Marcial Pons, 2009.

b) Seis años después aparece la reforma constitucional en materia judicial más importante de los últimos años. La reforma del 31 de diciembre de 1994 comprendió un total de 27 artículos sustantivos y 12 transitorios. La importancia de la misma se desdobra en dos aspectos fundamentales: primero, en la composición orgánica de la SC (se reduce de 26 miembros a 11), y segundo, en la creación de todo un sistema de control constitucional, acercándonos considerablemente a los Tribunales Constitucionales europeos.

C) Competencias

a) *De control constitucional.* La SC conoce esencialmente de tres instrumentos de control constitucional: i) la acción abstracta de inconstitucionalidad; ii) la controversia constitucional (conflictos competenciales o de atribuciones entre órganos y poderes del Estado), y iii) el juicio de amparo.

i) *Control abstracto de inconstitucionalidad.* Esta facultad es exclusiva de la SC a través de la «acción de inconstitucionalidad», mecanismo regulado en el artículo 105, fracción II, de la Constitución federal.

Se encuentran legitimados para interponer la acción: i) 33 por 100 de los integrantes de los órganos legislativos (federal o locales); ii) el procurador general de la República; iii) los partidos políticos, y iv) las Comisiones de Derechos Humanos (*Ombudsman*), sea la Nacional o las de las Entidades Federativas.

Como veremos más adelante, se requiere de una votación calificada para declarar la invalidez con efectos generales, es decir, cuando se obtengan ocho (de 11) votos. En caso de existir mayoría simple, deberá declararse improcedente la acción y archivar el asunto. Esta exigencia de la mayoría calificada ha sido criticada por la doctrina y existen propuestas para suprimirla.

ii) *Control concreto.* Se efectúa a través de dos instrumentos: las controversias constitucionales y el juicio de amparo. A diferencia de la acción abstracta de inconstitucionalidad, estos instrumentos requieren de una afectación concreta (interés legítimo o jurídico) para que procedan.

Controversias Constitucionales (conflictos competenciales y de atribuciones). El artículo 105, fracción I, establece once incisos que pueden agruparse en tres categorías: 1) conflictos entre distintos órdenes jurídicos con motivo de la legalidad o constitucionalidad de una norma general o de un acto (por ejemplo, Federación y un Estado y el Distrito Federal, Federación y un Estado; 2) conflictos entre órganos de distintos órdenes jurídicos por la legalidad o constitucionalidad de normas generales o de actos (por ejemplo, Poder Ejecutivo y el Congreso de la Unión), y 3) conflictos entre órganos del mismo orden jurídico, por la constitucionalidad de normas generales o de actos (por ejemplo, entre dos poderes de un Estado, de un Estado y un municipio del mismo Estado)².

Este proceso constitucional es exclusivo de la SC. Las resoluciones pueden tener efectos generales hacia el futuro con la misma exigencia de la vota-

² Cfr. J. R. COSSÍO DÍAZ, «Artículo 105 constitucional», en E. FERRER MAC-GREGOR (coord.), 5.ª ed., México, Porrúa, 2006, t. II, pp. 957-999, en p. 982.

ción calificada de ocho ministros. Sin embargo, a diferencia de la acción de inconstitucionalidad, cuando exista mayoría relativa producirá efectos *inter partes*.

Juicio de Amparo. Regulado en los artículos 103 y 107 constitucionales, es el mecanismo de control constitucional más arraigado en México, no sólo por tener una tradición centenaria, sino porque representó el único mecanismo efectivo de protección constitucional hasta la multicitada reforma constitucional de 1994.

Una característica es que las sentencias en los juicios de amparo sólo protegen al caso particular; es decir, existe una desaplicación de la ley al caso concreto sin poder realizarse una declaración general. Desde el año de 2001 existe un proyecto de reforma constitucional para otorgar efectos generales a las resoluciones cuando se trate del llamado «amparo contra leyes» y exista jurisprudencia de la SC (tres ejecutorias en el mismo sentido), propuesta todavía pendiente de aprobación; cuestión que ha sido retomada en una nueva iniciativa de 2009, que ya ha sido aprobada por el Senado de la República (con variantes) y que está actualmente en discusión ante la Cámara de Diputados.

D) Otras competencias y atribuciones

Además de esas tres competencias constitucionales, la SC tiene otras «peculiares competencias constitucionales», así como múltiples competencias de diversa índole que se asemejan más a un tribunal o corte de casación, alejándose de su pretensión de Tribunal Constitucional. Entre las más importantes se encuentran el *procedimiento de Investigación de la SC*, respecto de la posible violación grave a garantías individuales, regulado en el artículo 97, párrafo 2.º, constitucional; la *facultad de atracción*, para conocer de aquellos amparos que originariamente corresponde a los Tribunales Colegiados de Circuito o bien a los Tribunales Unitarios de Circuito en los recursos de revisión en juicios ordinarios en que la Federación sea parte y cuando por su interés y trascendencia así lo amerite; la resolución en caso de *contradicción de criterios*; y de *conflictos competenciales entre Tribunales Colegiados de Circuito*; así también conoce de *recursos de ciertas quejas administrativas*, y decide sobre la *destitución de autoridades por violación de las sentencias de amparo*.

3. LA SUPREMA CORTE COMO LEGISLADOR POSITIVO

«La anulación de una ley se produce esencialmente en aplicación de las normas de la Constitución. La libre creación que caracteriza a la legislación prácticamente no se presenta en la anulación. En tanto que el legislador no está vinculado a la Constitución más que con relación al procedimiento y solamente de manera excepcional en cuanto al contenido de las leyes que debe dictar —y ello, únicamente, por principios o direcciones generales—, la actividad del legislador negativo, o sea, la actividad de la jurisdicción constitucional, por el contrario, está absolutamente determinada por la Constitución. Es precisamente por ello que su función se asemeja a la de cualquier otro tribunal en general, y constituye principalmente aplicación del Derecho y, sola-

mente en una débil medida, creación del Derecho; su función es, por tanto, verdaderamente jurisdiccional»³.

Tal era la concepción del célebre jurista H. KELSEN, quien al redactar el anteproyecto de la Constitución de Austria de 1920, creó por vez primera un órgano especializado para el control de la regularidad constitucional, denominado Tribunal Constitucional, el cual debía limitarse a realizar el análisis de constitucionalidad, y dado el caso proceder a declarar la invalidez de la norma impugnada.

Ahora bien, como ejemplificaremos más adelante, la labor de los Tribunales Constitucionales modernos ha dejado atrás la sola anulación de leyes; los retos de la justicia constitucional cada vez son más complejos y requieren de una intervención mucho más participativa por parte de los jueces constitucionales, de tal modo que han avanzado a terrenos que para KELSEN eran insospechados y probablemente no deseados. En este tenor los problemas de constitucionalidad provocan la labor creativa del juez constitucional, quien debe poner en juego todas las herramientas jurídicas a su alcance, conjuntadas con la sensibilidad, prudencia y autocontención que debe tener.

A continuación nos pronunciaremos sobre las sentencias que dicta la SC en su carácter de Tribunal Constitucional, y posteriormente haremos algunas reflexiones sobre casos complejos en los que la respuesta constitucional ha ido más allá de un simple «legislador negativo».

Para determinar los efectos y contenidos de las sentencias constitucionales que dicta la SC (y para comentar los casos excepcionales) es necesario distinguir entre los tres mecanismos de control constitucional, debido a que presentan características distintas cada uno de ellos.

A) Juicio de Amparo (efectos particulares)

Desde el Acta Constitutiva de 1847 los fallos de la SC en materia de amparo se han limitado a proteger al caso particular, conforme el tradicional principio de la relatividad de las sentencias. Estimamos que esta situación debe superarse para incorporar la declaración general de inconstitucionalidad, cuando menos en el sector que se suele denominar «amparo contra leyes».

Esto ha provocado que las sentencias constitucionales estimatorias en materia de amparo sean limitadas al sólo proteger al peticionario, si bien sus efectos, a diferencia de lo que sucede con los otros procesos constitucionales, se retrotraen al momento en que se cometió la violación (*ex tunc*), de conformidad con lo que establece el artículo 80 de la Ley de Amparo: «La sentencia que conceda el amparo tendrá por objeto restituir al agraviado en el pleno goce de la garantía individual violada, restableciendo las cosas al estado que guardaban antes de la violación, cuando el acto reclamado sea de carácter positivo; y cuando sea de carácter negativo, el efecto del amparo será obligar a la autoridad responsable a

³ H. KELSEN, «La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)», *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 10, México, julio-diciembre de 2008, pp. 3-46, p. 25.

que obre en el sentido de respetar la garantía de que se trata y a cumplir, por su parte, lo que la misma garantía exige».

En efecto, la Ley de Amparo dispone que los efectos de las sentencias en esta garantía constitucional serán retroactivos, sin embargo, la jurisprudencia de la SC ha evolucionado para otorgar a las sentencias estimatorias de amparo también efectos hacia el futuro o *ex nunc*, y no sólo efectos retroactivos o *ex tunc*. Este avance resulta significativo debido a que rompe con la práctica de la autoridad de volver a aplicar el mismo precepto que había sido objeto de protección evitando que el quejoso tenga la carga de presentar nuevos amparos contra actos posteriores de aplicación. Ahora, conforme al principio de autoridad de cosa juzgada los efectos temporales de la sentencia estimatoria no sólo consisten en restituir al quejoso al estado en que se encontraba antes de la vulneración de los derechos fundamentales, actuando *hacia el pasado* destruyendo el acto de aplicación que dio lugar a la promoción del juicio de amparo, así como los actos de aplicación que en su caso se hayan generado durante la tramitación del mismo, sino que también actúan *hacia el futuro*, lo que implica que el efecto del amparo sea impedir que en lo sucesivo se aplique al quejoso o agraviado la norma declarada inconstitucional⁴.

También se observa que jurisprudencialmente se han ido matizando los limitados efectos particulares de las sentencias de amparo, de tal suerte que en determinados supuestos se ha extendido la protección a sujetos distintos del peticionario de garantías. Esto sucede, por ejemplo, cuando se extienden los efectos a los codemandados del quejoso, que sin haber ejercitado la acción constitucional correspondiente, se encuentra acreditado en autos que entre dichos codemandados existe *litisconsorcio pasivo necesario* o que la situación de los litisconsortes sea idéntica, afín o común a la de quien sí promovió el juicio de garantías, pues los efectos del citado litisconsorcio pasivo sólo se producen dentro del proceso correspondiente, por lo que pueden trasladarse al proceso constitucional⁵.

Por lo que se refiere a la obligatoriedad de la jurisprudencia, debe destacarse que todavía las autoridades administrativas no están obligadas a aplicarla al fundar y motivar sus resoluciones (cuestión que debería cambiar en el futuro). Sin embargo, tratándose del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, en razón de que si bien constituye un órgano formalmente administrativo, materialmente ejerce funciones jurisdiccionales, sí está obligado a aplicar la jurisprudencia que declare la inconstitucionalidad de una ley, sin que ello implique la realización de un pronunciamiento de índole constitucional pues se limita a la aplicación de la jurisprudencia, es decir, sólo debe verificar la procedencia de su aplicación al caso, como se advierte de los criterios sustentados en las tesis jurisprudenciales 2.^ªJ. 38/2002 y P/J 38/2002⁶.

Como complemento a las anteriores jurisprudencias, debe señalarse que la Segunda Sala de la SC estableció criterio, también de carácter jurisprudencial, respecto a que si bien las autoridades administrativas no están obligadas a apli-

⁴ Cfr. las siguientes tesis jurisprudenciales: *GSJF*, octava época, Pleno, abril-junio de 1989; *SJFG*, Pleno, t. IV, noviembre de 1996, p. 135, y *SJFG*, Pleno, t. X, noviembre de 1999, p. 19.

⁵ Cfr. P/J 9/96, *SJFG*, Pleno, t. III, febrero de 1996, p. 78.

⁶ 2.^ªJ 38/2002, *SGFG*, novena época, t. XV, mayo de 2002, p. 175; y P/J 38/2002, *SJFG*, novena época, t. XVI, agosto de 2002, p. 5.

car la jurisprudencia que declara la inconstitucionalidad de una ley, sí deben cumplir con las sentencias del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa que declaren la nulidad de una resolución con base en tal tipo de jurisprudencia⁷.

La obligatoriedad de la jurisprudencia que declara la inconstitucionalidad de una ley obtiene alcances mayores si se atiende a la institución de la suplencia de la deficiencia de la queja contenida en el artículo 76 bis, fracción I, de la Ley de Amparo, pues tiene como finalidad el eficaz control de la constitucionalidad de las leyes para hacer prevalecer la Constitución como Ley Suprema, lo que no implica soslayar cuestiones de procedencia del juicio de amparo, como quedó plasmado en la tesis jurisprudencial del Tribunal Pleno núm. P/J 7/2006⁸; en tanto la suplencia opera respecto de cuestiones de fondo, una vez que ha sido procedente el juicio de amparo respecto de la norma o acto reclamado.

La suplencia de la queja en tales términos procede sin que obste que se reclame el primero o ulteriores actos de aplicación de las leyes declaradas inconstitucionales por jurisprudencia del más Alto Tribunal, según se advierte de la jurisprudencia P/J 8/2006⁹. Esto no significa que se invaliden las causas de improcedencia derivadas del consentimiento expreso o tácito de la ley a que se refieren las fracciones XI y XII del artículo 73 de la Ley de Amparo, pues en caso de que éstas se actualicen operarán por lo que se refiere a la ley, pero no procederá el sobreseimiento en el juicio respecto de los actos de aplicación en torno a los cuales procederá conceder el amparo si se fundan en ley declarada jurisprudencialmente inconstitucional, debiendo tomarse en cuenta que en términos del artículo 80 del ordenamiento citado los efectos del amparo son restitutorios y no retroactivos, por lo que no podrán abarcarse dentro de la concesión actos anteriores sino sólo presentes y futuros, como se precisa en la resolución dictada por el Tribunal Pleno al resolver la contradicción de tesis 54/2004-PL¹⁰. El beneficio de la suplencia de la queja deficiente resulta aplicable no sólo en el amparo directo sino también en el indirecto, en primera instancia o en revisión, tal como se determina en la jurisprudencia plenaria P/J 6/2006¹¹.

Ahora bien, la fuerza expansiva de la jurisprudencia se patentiza con la determinación plenaria de constituir jurisprudencia en materias genéricas o temáticas, lo que implica la obligatoriedad en el juicio de amparo de su aplicación por los jueces y tribunales del Poder Judicial de la Federación para todos los casos comprendidos en la misma o análogos aun cuando se trate de distintas normas jurídicas pero de igual o similar contenido. Lo anterior se señala así en la jurisprudencia plenaria P/J 104/2007¹².

Partiendo de la extensión de la fuerza de la jurisprudencia a través del establecimiento de la jurisprudencia genérica o temática adquiere especial relevancia la tesis establecida por el Pleno del más Alto Tribunal, respecto a que lo importante para integrar la jurisprudencia por reiteración es el criterio común

⁷ 2.º/J 89/2004, *SJFG*, novena época, t. XX, julio de 2004, p. 281.

⁸ T. XXIII, Pleno, *SGFJ*, febrero de 2006, p. 7.

⁹ T. XXIII, novena época, *SJFG*, febrero de 2006, p. 9.

¹⁰ Sentencia publicada en el *SJFG*, novena época, t. XXIII, febrero de 2006.

¹¹ T. XXIII, novena época, *SJFG*, febrero de 2006, p. 7.

¹² T. XXVI, novena época, *SJFG*, diciembre de 2007, p. 14.

aplicable en varios asuntos aun cuando varíen las circunstancias específicas de las normas analizadas (vigencia, autoridades emisoras, número de precepto, etc.). Así, la posibilidad de establecer jurisprudencias temáticas, facilita y agiliza la integración de criterios jurisprudenciales de aplicación obligatoria, pues con independencia de que se presenten o no casos iguales, podrá definirse el criterio que restablezca el orden constitucional a casos similares, incrementando así su eficacia¹³.

Finalmente también es importante resaltar, que algunas resoluciones concesorias de amparo, que tienen relación directa con el trato inequitativo proveniente de la norma, se ha determinado que su efecto es el de reconocer al quejoso el beneficio que le fue incorrectamente negado, lo que pone en evidencia una ampliación del manto protector¹⁴.

Con independencia de estos criterios jurisprudenciales que de alguna manera tratan de ampliar los efectos temporales y del ámbito personal de eficacia de las sentencias estimatorias de amparo, lo recomendable es que se aprueben las reformas constitucionales y legales que desde el año 2001 tiene el Congreso de la Unión, específicamente el Proyecto de reforma constitucional y de nueva Ley de Amparo, que entre sus aspectos relevantes se encuentra la superación de los efectos particulares de las sentencias a través de la declaración general de inconstitucionalidad en el amparo contra leyes; la sustitución del decimonónico interés jurídico que sigue aplicándose en esta materia por la legitimación más amplia a través del interés legítimo; la extensión del ámbito protector a los derechos humanos previstos en los tratados internacionales debidamente incorporados al sistema mexicano; la delimitación del llamado amparo para efectos para evitar reenvíos innecesarios por violaciones formales; y avanzar hacia nuevas concepciones de autoridad para la procedencia del amparo superando el criterio formalista, donde existe una clara tendencia en el Derecho comparado hacia la protección horizontal de los derechos fundamentales (*drittwirkung*).

B) Acción abstracta de inconstitucionalidad de normas generales (leyes y tratados internacionales) y controversias constitucionales (efectos *erga omnes*)

La temática de los efectos de las sentencias constitucionales cobra mayor dinamismo cuando se trata de las acciones abstractas de inconstitucionalidad y las controversias constitucionales a que se refieren las fracciones I y II del artículo 105 constitucional. Esto se debe a que las sentencias dictadas en estos procesos constitucionales pueden tener efectos generales o *erga omnes* en los supuestos establecidos en la propia Constitución y ley reglamentaria, lo que provoca que cuando se trata de *resoluciones estimatorias calificadas* (votación de cuando menos ocho votos de once ministros que integran el pleno de la SC), se requiere en algunos casos matizar los efectos de los fallos, teniendo el órgano de control constitucional atribuciones flexibles para determinar la fecha y las condiciones de la aplicación de estas sentencias de acogimiento, debido a que se tienen que

¹³ Tesis P. XVI/94, publicada en la *GSJF*, octava época, 77, mayo de 1994, p. 38.

¹⁴ Tesis P. 93/2009, CT 61/2009, *SJFG*, XXX, novena época, agosto de 2009, p. 175.

atenuar los posibles efectos negativos del vacío legislativo que se produce con la expulsión del ordenamiento jurídico del texto declarado inconstitucional. De esta manera, la SC posee amplias facultades para determinar los efectos y demás condiciones de eficacia de las sentencias estimatorias que dicte, ya que el artículo 41, fracción IV, de la Ley Reglamentaria se refiere a los contenidos que deben tener las sentencias, entre los que se encuentran: «Los alcances y efectos de la sentencia, fijando con precisión, en su caso, los órganos obligados a cumplirla, las normas generales o actos respecto de los cuales opere y todos aquellos elementos necesarios para su plena eficacia en el ámbito que corresponda»¹⁵.

Esta amplia facultad otorgada a la SC para determinar en cada caso los alcances y efectos de las sentencias estimatorias, especialmente cuando se logra la votación calificada para declarar la invalidez con efectos generales, ha *llegado a extender los efectos a otras normas* cuya validez dependa de la propia norma invalidada, sean de igual o menor jerarquía que la impugnada, debido a que el vínculo de dependencia que existe entre ellas determina, por el mismo vicio que la invalida, su contraposición con el orden constitucional que debe prevalecer¹⁶. Incluso se ha llegado recientemente y con base en estas amplísimas facultades, a declarar la invalidez no sólo de las porciones normativas directamente afectadas de inconstitucionalidad, sino a extender la declaratoria de invalidez a *todo el sistema normativo impugnado* al considerar que las disposiciones impugnadas conforman un sistema normativo integral en el que cada parte encuentra una unión lógica indisoluble con el conjunto, de tal suerte que al expulsarse una sola de las porciones relevantes del sistema termine por desconfigurarlo o rediseñarlo, lo que llevó a la necesidad de establecer *la reviviscencia de las normas vigentes con anterioridad* de las declaradas inválidas¹⁷.

Ejemplo de lo anterior se aprecia en la acción de inconstitucionalidad 47/2006 y sus acumuladas, en la que se determinó la declaración de invalidez de los artículos 3.º y 5.º transitorios del Decreto 419, que respectivamente prorrogaban el mandato de los Diputados integrantes de la 62.ª Legislatura del Congreso del Estado de Chiapas y de los miembros de los actuales Ayuntamientos. Dicha declaratoria de invalidez provocó el efecto de que los señalados legisladores e integrantes de los Ayuntamientos concluyeran el ejercicio de sus cargos tal y como estaba previsto con anterioridad a la emisión del Decreto 419 reclamado, y consecuentemente que la nueva elección de diputados y ayuntamientos constitucionales y municipales, se llevara a cabo conforme a la legislación vigente, antes de dicha reforma, es decir, se devolvió la vigencia de las normas que previamente habían estado vigentes¹⁸.

¹⁵ Interpretando este precepto y sus facultades constitucionales al emitir las sentencias estimatorias, la Suprema Corte ha establecido la tesis jurisprudencial P/J 84/2007, *SJFG*, t. XXVI, diciembre de 2007, p. 777.

¹⁶ *Cfr.* P/J 32/2006, *SJFG*, t. XXIII, febrero de 2006, p. 1169.

¹⁷ *Cfr.* P/J 85/2007 y 86/2007, *SJFG*, t. XXVI, diciembre de 2007, pp. 849 y 778, respectivamente.

¹⁸ Las razones que se adujeron para generar la reviviscencia de la norma anteriormente señalada son sustancialmente las siguientes: «La reviviscencia de la legislación electoral que aún no ha sido reformada, tiene por objeto proporcionar seguridad jurídica a los partidos políticos, a los electores y a los organismos participantes en la contienda, en atención al principio de certeza que rige esta materia y que impide que en la proximidad del proceso de renovación de los órganos de representación popular, se desconozcan cuáles serán las reglas trascendentales que regirán esta forma de acceso de los ciudadanos al poder público, como son, entre otras, los plazos relativos a la

En otro caso similar, la SC determinó la inconstitucionalidad de todas las disposiciones contenidas en los Decretos núms. 353, 354 y 355, publicados en el *Periódico Oficial* del Estado de Colima, el 31 de agosto de 2008, incluyendo la de los artículos transitorios que regulan la entrada en vigor de los decretos. El Alto Tribunal, tomando en cuenta que los señalados decretos reformaron el Código Electoral del Estado de Colima y la Ley Estatal del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, materia en la cual funge como principio rector el de certeza, determinó que el siguiente proceso electoral en el Estado de Colima, debería regirse por la leyes anteriores a los Decretos 353 y 354 declarados inválidos; sin embargo aclaró que dicha reviviscencia operaría solamente para el siguiente proceso electoral, toda vez que para los futuros sería necesaria la expedición de una nueva legislación, y aún más determinó que la legislación que recuperó su vigencia no podía ser reformada durante el proceso electoral, tal como lo dispone el artículo 105, fracción II, penúltimo párrafo de la Constitución Federal¹⁹.

Conviene recordar el pensamiento de Kelsen respecto del tema de la reviviscencia de normas:

«Se puede, al respecto, pensar en otro medio: facultar al Tribunal Constitucional a establecer —conjuntamente con la resolución que anula la norma general— que las normas generales que regían la materia con anterioridad a la ley anulada vuelvan a entrar en vigor. Sería entonces prudente dejar al propio Tribunal el cuidado de decidir en qué caso se puede hacer uso de este poder de restablecimiento de la anterior situación jurídica. Sería lamentable que la Constitución hiciera de la reaparición de este estado una regla general imperativa en el caso de la anulación de normas generales. [...] El poder así conferido al Tribunal Constitucional de poner positivamente en vigor las normas, acentuaría mucho el carácter legislativo de su función, además de que solo comprendería a las normas que hubieran sido puestas en vigor, anteriormente, por el legislador regular»²⁰.

Ahora bien, las amplias facultades antes señaladas de la SC, también guardan relación con el principio *iura novit curia* que rige en los dos procesos constitucionales de referencia, en la medida en que al dictar sus fallos la SC debe corregir los errores que advierta en la cita de los preceptos invocados y suplirá los conceptos de invalidez planteados en la demanda, pudiendo fundar su declaratoria de inconstitucionalidad en cualquier precepto constitucional sin haber necesariamente sido invocado, excepto en las acciones de inconstitucionalidad en materia electoral (art. 71 de la ley reglamentaria)²¹.

Otro aspecto de relevancia en estos dos procesos constitucionales consiste en la vinculación con carácter obligatorio de las *razones contenidas en los considerandos* que funden los resolutivos de las sentencias, cuando sean aprobados por cuando menos ocho magistrados de la SC. La *ratio decidendi* tendrá fuerza vinculante para todos los tribunales del país sean federales o locales, en términos del artículo 43 de la Ley Reglamentaria, y como este precepto no distingue

preparación de los comicios». Cfr. AI 47/2006 y sus acumuladas 49/2006, 50/2006 y 51/2006, de 7 de diciembre de 2006.

¹⁹ Cfr. AI 107/2008 y sus acumuladas 108/2008 y 109/2008, de 20 de noviembre de 2008.

²⁰ H. Kelsen, «La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)», *op. cit.*, p. 37.

²¹ Cfr. P/J 6/2003, *SJFG*, t. XX, septiembre de 2004, p. 437.

entre sentencias estimatorias o de acogimiento y desestimatorias o de rechazo, debe entenderse que opera para ambos tipos de resoluciones. Se refiere a las «razones» que contienen el *thema decidendum* y no a los *obiter dictum*, es decir, de un elemento aislado del discurso argumentativo, tan frecuentes en nuestro medio que llegan en ocasiones a quedar plasmadas en tesis jurisprudenciales, cuando en realidad no deberían vincular obligatoriamente debido a no ser parte de la argumentación principal²².

Es por ello que resulta importante, para determinar los efectos y eficacia de las sentencias constitucionales en estos procesos, distinguir entre las *sentencias de acogimiento o estimatorias no calificadas* de aquellas que tienen la caracterización de *sentencias estimatorias de acogimiento calificadas*. Las primeras son aquellas que aun teniendo mayoría de votos no reúnen el requisito constitucional y legal necesario para producir efectos plenos, incluso con distintas consecuencias tratándose de acciones de inconstitucionalidad y de controversias constitucionales. Esta exigencia de la votación calificada carece de sentido práctico, si se tiene en consideración que en ocasiones el pleno de nuestro más Alto Tribunal sesiona sin todos sus integrantes (el quórum necesario es de ocho), por lo que incluso en ocasiones se requerirá la unanimidad o bien bastará que uno o dos votos minoritarios sean determinantes sobre la mayoría, provocando que el fallo no produzca efectos generales. Sería deseable que en el futuro desaparezca este requisito, que no tiene razón de ser cuando se trata de cuestiones tan complejas y técnicas como lo son los planteamientos de inconstitucionalidad de disposiciones generales, que puede obstaculizar su eficacia real como se demuestra ha sucedido en otros Tribunales Constitucionales en el Derecho comparado²³.

Algún sector de la doctrina ha estimado que este condicionamiento de la regularidad constitucional a una minoría no es apropiada en órganos de naturaleza jurisdiccional, sin que pueda señalarse como elemento justificativo, como se suele expresar, la protección de la presunción de la constitucionalidad de las leyes, que tiene su razón de ser en otros ámbitos que no se aplican para el órgano al cual se ha confiado la interpretación definitiva de la Constitución, si existe una mayoría simple que estima la inconstitucionalidad de la norma impugnada (lo que implica en realidad que no hay interpretación conforme posible). Esta característica de la votación calificada para declarar la invalidez de las normas generales impugnadas, ha sido ampliamente criticada y señalada por algún autor como «la mayor de las deficiencias de la acción federal mexicana de inconstitucionalidad»²⁴.

²² Cfr. 1.º/J 2/2004, *SJFG*, t. XIX, marzo de 2004, p. 130.

²³ Pocos Tribunales Constitucionales establecen como requisito una votación calificada para lograr efectos generales de las sentencias constitucionales. Uno de los casos más representativo de la ineficacia de este requisito se encuentra en Perú, donde el Tribunal de Garantías Constitucionales (1979) y el Tribunal Constitucional (1993) tuvieron serios problemas de funcionamiento debido al alto porcentaje de votos requeridos. El nuevo Código Procesal Constitucional, con vigencia desde el 1 de diciembre de 2004, mantiene la votación calificada, si bien con menos exigencias. Sobre esta legislación, *vid.* S. B. ABAD YUPANQUI, J. DANOS ORDÓÑEZ, F. J. EGUIGUREN PRAELI, D. GARCÍA BELAUNDE, J. MONROY GÁLVEZ y A. ORE GUARDIA, *Código procesal constitucional. Estudio introductorio, exposición de motivos, dictámenes e índice analítico*, 2.ª ed., Lima, Palestra, 2005.

²⁴ J. BRAGE CAMAZANO, *La acción abstracta de inconstitucionalidad*, México, UNAM, 2005, p. 347, especialmente sobre el tema, *vid.* sus críticas sobre la presunción de constitucionalidad de la ley, pp. 347-352.

Las *sentencias estimatorias o de acogimiento no calificadas* cuando se trata de la acción abstracta de inconstitucionalidad de leyes, implica que a pesar de existir una mayoría simple (cinco, seis o siete votos)²⁵ que acoge la pretensión constitucional al estimar inconstitucional la norma impugnada, no produce la nulidad ni la expulsión del ordenamiento jurídico, por no reunirse el requisito de los ocho votos necesarios para lograr la declaración general de inconstitucionalidad. En este supuesto, el Tribunal Pleno, ante este obstáculo procesal insalvable, deberá *desestimar la acción y ordenará archivar el asunto*, como lo dispone el segundo párrafo del artículo 72 de la Ley Reglamentaria de la materia y debe realizarse tal declaratoria expresamente en un punto resolutivo del fallo. En la sentencia sólo se hará referencia a la falta de votación mayoritaria calificada y no formarán parte del fallo las consideraciones de la mayoría, pudiendo en su caso incorporarse a manera de *votos de mayoría no calificada*. La propia SC ha interpretado el fenómeno de la sentencia no calificada de la siguiente manera:

«Si existiendo mayoría, pero menos de ocho votos en el sentido de que la norma es inconstitucional, sólo se dará la declaración plenaria de la insubsistencia de la acción *sin ningún respaldo de tesis jurídica* ni en cuanto a la constitucionalidad a la que implícitamente se llega, al respetarse la validez de la norma impugnada por aplicación de una regla técnica que salvaguarda la presunción respectiva en cuanto a que el órgano legislativo se ajustó a la Constitución. El que a ello se haya llegado por falta de la votación calificada se refleja en la ausencia de argumentos jurídicos de la SC que respalden y fortalezcan lo establecido por la legislatura. De acuerdo con el sistema judicial, resulta también lógico que en el supuesto de declaración de desestimación de la acción de inconstitucionalidad, si bien *no existirá pronunciamiento sobre el tema relativo de la Suprema Corte*, sí podrán redactarse votos de los ministros de la mayoría no calificada y de los de minoría que den los argumentos que respaldaron su opinión»²⁶.

Esta resolución no implica una declaración sobre la constitucionalidad de la norma impugnada, ya que en realidad no se resuelve la litis constitucional debido a un impedimento procesal indispensable y necesario para lograr la nulidad de la disposición impugnada para lograr su expulsión del ordenamiento jurídico, por lo que el fallo en realidad produce efectos similares a un sobreseimiento en el juicio, dejando imprejuizado el mérito del asunto derivado de un obstáculo procesal insalvable conduciendo a la desestimación de la acción constitucional²⁷.

En cambio, cuando la *sentencia estimatoria no calificada* resulte de un proceso de controversia constitucional, no se desestimará la acción como en el caso anterior, sino producirá efectos únicamente entre las partes²⁸. En general, el alcance de los efectos en las controversias constitucionales queda supeditado a la relación de categorías que existen entre el actor y el demandado²⁹. Sólo podrá

²⁵ Si el quórum necesario para que funcione el pleno es de por lo menos ocho magistrados de la Suprema Corte, la mayoría no calificada sólo podría ser de cinco, seis o siete.

²⁶ Considerando 6.º, de la sentencia de la acción de inconstitucionalidad 10/2000, resuelta el 29 y 30 de enero de 2002.

²⁷ Cfr: P/J 15/2002, *SJFG*, t. XV, febrero de 2002, p. 419.

²⁸ Cfr: P. 14/3007, así como las tesis jurisprudenciales P/J 72/96 y P/J 108/2001, *SJFG*, t. XXV, mayo de 2007, p. 1533; *SJFG*, t. IV, noviembre de 1996, p. 249; y *SJFG*, t. XIV, septiembre de 2001, p. 1024.

²⁹ Cfr: P/J 9/1999, *SJFG*, t. IX, abril de 1999, p. 281.

tener efectos generales o *erga omnes* cuando se trate de impugnaciones de disposiciones generales (no de actos), siempre y cuando sea aprobada por una mayoría de por lo menos ocho votos y se trata de controversias de los Estados o de los municipios impugnadas por la Federación, de los municipios impugnadas por los Estados, o en los casos a que se refieren los incisos *c*), *h*) y *k*) de la fracción I del artículo 105 constitucional³⁰.

En cuanto a los *efectos temporales* de las sentencias, tanto en acciones abstractas de inconstitucionalidad como en las controversias constitucionales, se prevén dos reglas generales. La primera consiste en que se deja a discrecionalidad de la SC la fijación de la fecha a partir de la cual la sentencia producirá sus efectos³¹, que en muchas ocasiones se establece al día siguiente en que se publique la ejecutoria en el *Diario Oficial de la Federación*. Este diferimiento de la *eficacia en el tiempo* de los fallos permite a la SC la flexibilidad necesaria para tener en consideración las particularidades de cada caso con la finalidad de atemperar las posibles consecuencias del vacío legislativo producido por la expulsión de la disposición general declarada inconstitucional. No se contempla un plazo máximo para este diferimiento como sucede en Austria, que nunca podrá ser superior a dieciocho meses siguientes a la publicación de la sentencia constitucional.

Por otra parte, siguiendo el criterio que rige normalmente las impugnaciones de normas generales conforme al sistema europeo, los efectos serán hacia el futuro (*ex nunc*), pudiendo tener efectos retroactivos sólo en los casos en materia penal que beneficien al imputado (*ex tunc*)³². Sin embargo, la SC ha sostenido que sin importar la materia, puede indicar *en forma extraordinaria* que la declaración de invalidez sea efectiva *a partir de la fecha de la presentación de la demanda*, cuando por virtud de la suspensión de los actos reclamados se hayan mantenido las cosas en el estado en que se encontraban al momento de la promoción de la controversia, o bien desde el momento en que se hubiese otorgado esa medida cautelar, cuando su concesión ocurrió con posterioridad a la presentación de aquélla³³.

Si bien la retroactividad antes referida se decretó de manera excepcional, debe señalarse que en los ordenamientos y jurisprudencia latinoamericanos se acepta una *retroactividad atemperada*. La concepción original austriaca de los efectos hacia el futuro, en la actualidad sufre importantes excepciones, de tal suerte que es frecuente que los Tribunales Constitucionales europeos (por ejemplo, Austria, Alemania, Italia o España) admitan ciertos efectos retroactivos (*ex tunc*) en sus resoluciones de inconstitucionalidad. Esto ha provocado que las sentencias típicas de naturaleza constitutiva (que implican la invalidez de la norma) propia de las sentencias de inconstitucionalidad de disposiciones generales, sea sustituida en algunos supuestos por sentencias declarativas (nulidad),

³⁰ Estos incisos establecen: «*c*) El Poder Ejecutivo y el Congreso de la Unión; aquél y cualquiera de las Cámaras de éste o, en su caso, la Comisión Permanente, sean como órganos federales o del Distrito Federal; [...] *h*) Dos Poderes de un mismo Estado, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales; [...] *k*) dos órganos de Gobierno del Distrito Federal, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales».

³¹ Cfr. P/J 11/2001, *SJFG*, t. XIV, septiembre de 2001, p. 1098.

³² Cfr. P/J 74/1997, *SJFG*, t. VI, septiembre de 1997, p. 548.

³³ Cfr. P/J 71/2006, p. 1377, *SJFG*, t. XXIII, mayo de 2006, p. 1377.

lo que implica otorgar efectos hacia el pasado. Esto también sucede en el sistema americano, en donde los fallos excepcionalmente pueden tener efectos hacia el futuro, como sucede con las sentencias pronunciadas por la Corte Suprema de los Estados Unidos desde la segunda mitad del siglo pasado en determinados casos.

a) *Omisiones legislativas*

Otro tema sobre el que vale la pena hacer algunas consideraciones es el relacionado con las omisiones legislativas. A nivel federal no existe una acción específica para impugnar las omisiones del legislador, por lo que las impugnaciones se han canalizado a través de los tres mecanismos de control constitucional existentes. El criterio jurisprudencial vigente es que no resultan procedentes para impugnar este tipo de inconstitucionalidad las vías del juicio de amparo³⁴ y la acción abstracta de inconstitucionalidad³⁵. En cambio, a través de la controversia constitucional se ha aceptado jurisprudencialmente la impugnación de las omisiones legislativas³⁶. Partiendo de la premisa de que los órganos legislativos cuentan con facultades o competencias de ejercicio potestativo y de ejercicio obligatorio atendiendo al principio de división funcional de poderes³⁷, se han distinguido cuatro tipos distintos de omisiones legislativas: *a) absolutas en competencias de ejercicio obligatorio*, cuando el órgano legislativo tiene la obligación o mandato de expedir una determinada ley y no lo ha hecho; *b) relativas en competencias de ejercicio obligatorio*, cuando el órgano legislativo emite una ley teniendo una obligación o un mandato para hacerlo, pero lo realiza de manera incompleta o deficiente; *c) absolutas en competencias de ejercicio potestativo*, en las que el órgano legislativo decide no actuar debido a que no hay ningún mandato u obligación que así se lo imponga, y *d) relativas en competencias de legislar*, pero al emitir la ley lo hace de manera incompleta o deficiente³⁸.

Esta concepción descansa en la tendencia del Derecho comparado en aceptar las impugnaciones de inconstitucionalidad de las omisiones legislativas sean de carácter relativas o absolutas³⁹. Sin embargo, este criterio cambió a partir de las controversias constitucionales resueltas el 15 de octubre de 2007⁴⁰, relativas a la impugnación de *la omisión del legislador federal de emitir las normas que establezcan condiciones jurídicas para que los pueblos y las comunidades indígenas puedan adquirir, operar y administrar medios de comunicación*. Por mayoría de cinco votos contra cuatro se determinó la improcedencia de la controversia constitucional para impugnar las omisiones legislativas.

Sin perjuicio de lo anterior, recientemente el Pleno de la SC declaró fundada la controversia constitucional en contra de la omisión legislativa del Congreso

³⁴ Cfr. P. CLXVIII/1997, *SJFG*, t. VI, diciembre de 1997, p. 180.

³⁵ Cfr. P/J 16/2002 y P/J 23/2005, *SJFG*, t. XV, marzo de 2002, p. 995; y *SJFG*, t. XXI, mayo de 2005, p. 781.

³⁶ Cfr. P/J 82/1999, *SJFG*, t. X, agosto de 1999, p. 568.

³⁷ Cfr. P/J 10/2006, *SJFG*, t. XXIII, febrero de 2005, p. 1528.

³⁸ Cfr. P/J 11/2005, *SJFG*, t. XXIII, febrero de 2006, p. 1527.

³⁹ Cfr. P/J 12/2006, 13/2006 y 14/2006, *SJFG*, t. XXIII, febrero de 2006, pp. 1532, 1365 y 1250, respectivamente.

⁴⁰ Controversia Constitucional 59/2006 y otras 44 controversias con idéntica temática.

del Estado de Jalisco, consistente en la falta de regulación del retiro voluntario de los magistrados del Supremo Tribunal de Justicia del propio Estado, como consecuencia de lo anterior, se dispuso que el legislativo del Estado de Jalisco, deberá legislar en el siguiente periodo ordinario de sesiones para corregir la deficiencia advertida⁴¹; así también se pronunció en una diversa controversia sobre un tema estrechamente relacionado a éste, declarando su procedencia, como veremos a continuación.

Lo comentado anteriormente muestra que la SC ha tenido que conocer de diversos procesos en los que se impugnan omisiones legislativas, sin que haya seguido una línea jurisprudencial uniforme al respecto. Cabe señalar además que al analizar estos asuntos, algunos de sus integrantes han puesto en duda, precisamente si el Alto Tribunal tiene facultades suficientes para resolverlos, para exhortar al legislador a que actúe, e incluso para emitir lineamientos a los cuerpos legislativos; estas vacilaciones ponen de manifiesto que aún existen materias y áreas específicas en las que la SC no ha ejercido plenamente su rol de Tribunal Constitucional, y donde ha sido demasiado cautelosa, precisamente en no convertirse en un legislador positivo. Sin perjuicio de lo cual, existen voces al interno de la Corte, que opinan de forma distinta.

En efecto, el 22 de abril de 2010, la SC resolvió la controversia constitucional 25/2008, en la cual se hizo valer la falta de regulación del haber de retiro previsto en el artículo 61 de la Constitución Política de Jalisco a favor de los magistrados y jueces que se retiren forzosa o voluntariamente. Con una mayoría de seis votos se declaró fundada y se otorgó un plazo al congreso local para emitir las normas correspondientes; la minoría consideró que se debió de proteger los derechos de los jueces y magistrados que se retiraran durante el tiempo que persista la omisión legislativa, y para ello se fundamentaron precisamente en la posibilidad de que la SC actuando como Tribunal Constitucional, adoptara una solución más protectora, y para ello sostuvieron:

«Desde esta perspectiva, nos parece que dentro de los efectos que le es dable fijar en sus fallos a esta Suprema Corte de Justicia de la Nación cuando advierte que una omisión legislativa produce inconstitucionalidad, se encuentra la posibilidad de hacer aplicable, en el ámbito de una determinada entidad federativa, una legislación diversa —existente o derogada, federal o de algún otro estado—, de manera temporal, hasta en tanto la legislatura local subsane la omisión respectiva, cuando ello sea necesario para restablecer el orden constitucional transgredido y evitar que se consumen los efectos de la violación.

Todo Tribunal Constitucional tiene una función creadora del Derecho que actúa en el nivel constitucional, por encima de los órdenes federal y estatal, de modo que, desde el artículo 41 de la ley reglamentaria, le es dable a esta Suprema Corte reconstruir partes del orden jurídico a partir de decisiones judiciales.

Esto puede hacerse mediante el establecimiento de lineamientos que deberán observarse por los operadores jurídicos en ausencia de la legislación que subsane la omisión inconstitucional o, cuando ello resulte más conveniente, mediante la remisión a otros ordenamientos legales, inclusive derogados o pertenecientes a otros órdenes parciales, sin que ello implique sustituirse en la función legislativa, pues se trata de una medida transitoria que, con el fin de dar plena eficacia a una sentencia estimatoria, colma una laguna mediante la aplicación de una alternativa válida, suje-

⁴¹ *Cfr.* Sentencia de 10 de mayo de 2010, dictada en la Controversia Constitucional 49/2008.

ta a que el legislador actúe en pleno uso de su potestad, con el único límite del texto constitucional.

Lo anterior no supone una invasión a la esfera del legislador local porque el Tribunal Constitucional no opera en el orden federal sino en el orden constitucional, total o nacional, lo que lo faculta para actuar, en términos del propio artículo 41 de la ley reglamentaria, «en el ámbito que corresponda», para asegurar la eficacia plena de sus fallos»⁴².

Lo anterior pone de manifiesto que al menos cuatro ministros tienen la convicción de que la SC debe desempeñarse mucho más allá de un simple legislador negativo, adoptando medidas tales como las que se proponen. Pese a que aún es un pronunciamiento minoritario, si es indicativo del nivel de reflexión que se presenta en el más Alto Tribunal mexicano.

4. CONCLUSIONES

1. La SC, como órgano límite del Poder Judicial Federal, se sustenta en sólidos antecedentes históricos, pero comienza a tener competencias de control constitucional a partir del 5 de febrero de 1857, especialmente con el juicio de amparo, lo cual empieza a perfilar su nueva faceta.

2. La SC ha dejado de ser solamente un «tribunal de casación» para ser materialmente un «Tribunal Constitucional». Esta ha sido la tendencia que se aprecia a través de diversas reformas constitucionales, en las que expresamente se ha dejado ver dicha intención del constituyente, especialmente a partir de las trascendentales reformas constitucionales de 1994.

3. El carácter de «Tribunal Constitucional» de la SC se aprecia tanto en su estructura orgánica, como en el hecho de que tiene competencias sobre el juicio de amparo, y concentra dos garantías constitucionales como son la «acción abstracta de inconstitucionalidad» (de normas generales) y las «controversias constitucionales», en las cuales puede declarar la invalidez de las normas con efectos *erga omnes* hacia el futuro.

4. El correcto ejercicio de las citadas competencias ha posicionado a la SC como el órgano garante de la regularidad constitucional en nuestro país, el cual, dada la naturaleza cada vez más compleja y demandante de los conflictos que se someten a su jurisdicción, ha tenido que hacer uso de las técnicas y herramientas utilizadas en el Derecho comparado por otros Tribunales Constitucionales, tales como la «interpretación conforme», la «ponderación», las nuevas tendencias de «argumentación constitucional», y por supuesto las modalidades y efectos de sus resoluciones son cada vez más complejos.

5. La sentencia constitucional que se dicta en el juicio de amparo, tradicionalmente ha tenido efectos restrictivos al demandante. No obstante, la práctica jurisdiccional muestra una fuerza expansiva derivada de la jurisprudencia que declara la inconstitucionalidad de una ley. Lo anterior se ha efectuado, principalmente, por la sustentación de los siguientes criterios:

⁴² Voto concurrente que formulan los ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Olga María Sánchez Cordero de García Villegas, José Ramón Cossío Díaz y Guillermo I. Ortiz Mayagoitia en la sentencia dictada por el Tribunal Pleno en la Controversia Constitucional 25/2008, promovida por el Poder Judicial del Estado de Jalisco.

a) Obligación de su aplicación no sólo por todos los órganos jurisdiccionales pertenecientes al Poder Judicial de la Federación, sino también por el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, que si bien constituye un órgano formalmente administrativo, materialmente ejerce funciones jurisdiccionales.

b) Obligación de las autoridades administrativas de acatar las sentencias del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa que declaren la nulidad de la resolución o acto impugnado con base en la jurisprudencia que determine la inconstitucionalidad de la ley que los funde.

c) Suplencia de la deficiencia de la queja tratándose del segundo o ulteriores actos de aplicación de la ley declarada jurisprudencialmente inconstitucional, sin que ello implique soslayar cuestiones de improcedencia del juicio de amparo, sino tan sólo impedir que tecnicismos procesales obstaculicen el imperio del orden constitucional superior.

d) La elaboración de «jurisprudencias temáticas», que resultarán aplicables a casos análogos aun cuando varíen las circunstancias específicas de las normas o casos analizados, cuya obligatoriedad es exclusiva para los jueces y tribunales del Poder Judicial de la Federación, pero no para los tribunales ajenos a ese Poder; al no poder la jurisprudencia otorgarles atribuciones de control constitucional de las que carecen.

6. Contrario a lo que sucede en amparo, las sentencias dictadas en acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales pueden tener efectos generales o *erga omnes* en los supuestos establecidos en la propia Constitución y ley reglamentaria, siempre que se cuente con la mayoría calificada de ocho votos (de 11) que solicita la Constitución. Adicionalmente la SC posee amplias facultades para determinar los efectos y demás condiciones de eficacia de las sentencias estimatorias que dicte.

7. En uso de las facultades antes señaladas, la SC ha extendido los efectos de la declaración de invalidez a otras normas cuya validez dependa de la propia norma invalidada, debido a que el vínculo de dependencia que existe entre ellas; así también ha ampliado la declaratoria de invalidez a *todo el sistema normativo impugnado* por estimar que se conforma un sistema normativo integral e indisoluble; cuando esto ha sucedido, inclusive ha llegado a decretar la *reviviscencia de las normas vigentes con anterioridad* de las declaradas inválidas.

8. Otro efecto relevante de las sentencias dictadas en acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales, consiste en el carácter de jurisprudencia obligatoria que adquiere la *ratio decidendi*, es decir, las *razones contenidas en los considerandos* que funden los resolutivos de las sentencias, solamente en aquellos casos en que la resolución se dicte con la aprobación de al menos ocho votos de los 11 ministros de la SC. Esta obligatoriedad incluye las sentencias estimatorias y desestimatorias que cubran el requisito de mayoría calificada antes indicado.

9. Los ejemplos antes enunciados, confirman la creciente actividad de la SC como Tribunal Constitucional, consciente de su función creadora del Derecho.

10. Contrario a la tendencia observada en acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales, e incluso en el juicio de amparo, de ampliar

el espectro de aplicación, modalidades y efectos de sus resoluciones, en la temática sobre la «omisión legislativa» se ha conducido de forma dubitativa e inconstante. Aquí se han observado cambios de criterio y vacilaciones sobre el alcance de las facultades de la SC, sin perjuicio de lo cual, se han emitido muy importantes opiniones sobre el carácter progresivo y garantista que debe tener ese Alto Tribunal.

XXI. INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

Implicaciones contemporáneas a la luz del *Caso Marbury vs. Madison**

1. INTRODUCCIÓN

Analizar la sentencia más famosa de los Estados Unidos y sin lugar a dudas la de mayor influencia de las que su Corte Suprema de Justicia ha pronunciado en sus doscientos veinte años de funcionamiento (1790), constituiría un esfuerzo en vano debido a la prolija bibliografía existente. Nuestro objetivo es mucho más modesto y en la línea perseguida en la presente obra colectiva: a partir de la enseñanza del *Caso Marbury vs. Madison* (1803), advertir algunas concepciones contemporáneas de lo que hoy se conoce genéricamente como *inconstitucionalidad por omisión*.

Este tipo de irregularidad constitucional adquiere diversas formas y matices, atendiendo, entre otros aspectos, al órgano que provoca la omisión, al grado de la misma (relativa o absoluta), a su regulación (constitucional o legal) y a las soluciones brindadas por las jurisdicciones constitucionales ante la ausencia de regulación, con la finalidad de salvaguardar la «supremacía constitucional» y recientemente también la «supremacía convencional».

Desde los variados ángulos en que puede ser estudiada esta cuestión, estimamos de interés la confluencia de diversas omisiones, reflejadas en mayor o menor medida desde *Marbury vs. Madison*, que pueden ser jurídicamente calificadas a la luz de teorías de reciente creación: i) omisiones dentro del propio texto constitucional, es decir, lo que se denomina «imprevisión constitucional» o también «anomia constitucional»; ii) omisiones en las normas secundarias que violentan directamente la norma fundamental, conocidas como omisiones

* Publicado como capítulo del libro de P. L. MANILI (coord.), *Reflexiones sobre una sentencia bicentenaria*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, núm. 46, México, Porrúa, 2011, pp. 81-109.

inconstitucionales o mejor dicho, «inconstitucional por omisión»; iii) omisiones que se traducen en el incumplimiento de normas sub-constitucionales: las omisiones ilegales, conocidas como «ilegalidad por omisión», y, por último, iv) omisiones derivadas de la falta de cumplimiento a los compromisos internacionales, las que podríamos denominar «inconveniencia por omisión».

Cada una de estas hipótesis supone un desarrollo teórico diferenciado y una respuesta del Derecho procesal constitucional distinta, como pretendemos mostrar a continuación, no sin antes realizar una breve narración de los hechos del celeberrimo caso, en la medida en que resulte necesario para vincularlo con el tema que nos ocupa.

2. BREVE REFERENCIA AL CASO *MARBURY VS. MADISON*

En un contexto político complicado, con posturas e intereses sumamente encontrados, el partido federalista y el republicano luchaban a través de las vías institucionales por allegarse de adeptos y, consecuentemente, para concentrar el poder en los Estados Unidos de Norteamérica.

En este entorno, el saliente presidente John Adams, prestigiado federalista¹, intentó hasta el último minuto de su mandato, posicionar a elementos de su partido dentro del nuevo régimen que sería impuesto por el recién electo presidente Jefferson, eminente republicano; para tal efecto logró que el Congreso aprobara una ley que le permitió designar a 42 jueces de paz para el Distrito de Columbia.

Para llenar estos nuevos cargos, Adams procedió a nombrar a los que fueron coloquialmente llamados «jueces de media noche», en virtud de que en su mayoría los nombramientos fueron realizados durante la noche previa a la conclusión de su encargo presidencial; todo parece indicar que la falta de tiempo provocó que algunos de los nuevos jueces no recibieran su nombramiento por parte de la administración saliente.

John Marshall, quien fuera en ese momento secretario de Estado —además de haber sido nombrado presidente de la Corte Suprema—, formalizó los documentos, previamente firmados por el Ejecutivo Federal, que contenían el nombramiento respectivo, es decir, estampó en ellos el sello de los Estados Unidos y procedió a su registro; sin embargo, como hemos adelantado, algunos quedaron rezagados en el despacho ministerial y, por tanto, no fueron entregados a sus destinatarios, provocando que acudieran ante la Corte Suprema para obtenerlos, formándose el expediente más famoso en los Estados Unidos: *Marbury vs. Madison*; el demandado fue James Madison debido a que éste ocupó el puesto de secretario y, por tanto, correspondería a él la entrega de dichos documentos.

Lo anterior constituye la litis planteada ante la Corte Suprema. Esta breve narración nos permite visualizar una *primera omisión*, que más adelante analizaremos con detalle. Por lo pronto, centrémonos en que los agraviados por la falta de entrega de su nombramiento, ejercieron ante el máximo tribunal un *writ of mandamus*, recurso legal cuya finalidad es compeler a la autoridad omisa a la

¹ Abogado egresado de Harvard, nacido en Massachusetts en 1735. Su periodo presidencial corrió de 1797 a 1801.

realización de alguna conducta que constitucional o legalmente le corresponde. En cuanto al fondo del asunto, el *Chief Justice*, John Marshall, decide que el promovente tiene derecho al nombramiento que solicita: que el *mandamus* es el recurso adecuado para satisfacer la petición, aún en contra de un secretario de Estado, pero que la Corte Suprema no es el tribunal competente para su expedición; lo anterior a pesar del fundamento expreso previsto en la ley que organiza al Poder Judicial, ya que califica a esta norma de inconstitucional y consecuentemente inválida y carente de aplicación. Más adelante retomaremos el caso para referirnos a otros tipos de omisión.

3. LAS OMISIONES DE LA PROPIA CONSTITUCIÓN: IMPREVISIÓN CONSTITUCIONAL ²

Hasta hace poco tiempo no se había prestado mucha atención al fenómeno que se produce cuando algún asunto de relevancia considerable no ha sido contemplado por el texto constitucional. Lo anterior se comprende fácilmente gracias a la noción de que las constituciones están diseñadas para perdurar en el tiempo y que en cierto modo atadas a éste, hay cuestiones que escapan su contenido, e incluso sirve para justificar que estos vacíos permiten a la postre que el operador jurídico pueda adecuar la norma fundamental al contexto imperante en un momento distinto al de su creación.

Con total independencia de su posible clasificación en imprevisión «buena» o «mala», «voluntaria» o «involuntaria», esta última que puede ser causada por hechos nuevos, falta de consenso o impericia ³, queremos centrar nuestra atención en el remedio que ha de utilizarse para colmar los vacíos constitucionales. Evidentemente el propio constituyente será el indicado directamente para esta tarea; sin embargo, la práctica constitucional de algunos países no permite adoptar esta solución con extrema facilidad, lo cual conduce a que sea la jurisdicción constitucional la que deba afrontar la compleja situación.

Considerando que a la fecha no se han implementado procesos constitucionales específicos para la corrección o cobertura de estas omisiones, cuando algún problema derivado de la falta de previsión de la propia norma fundamental ha sido sometido a la justicia constitucional, será el juez constitucional el que deberá solucionar la cuestión; para ello puede dotar de contenido las cláusulas abiertas o indeterminadas ⁴; acudir al Derecho internacional, especialmente cuando se trata de derechos humanos ⁵; utilizar distintos tipos de interpretación,

² En esta denominación hemos seguido a N. P. SAGÜÉS; *vid.* su trabajo «Reflexiones sobre la imprevisión constitucional», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, año 1, núm. 1, Santiago de Chile, Universidad de Talca, 2003, pp. 487-499. Por su parte, J. J. FERNÁNDEZ la denomina «anomía constitucional»; *cfr.* su obra *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho comparado. El caso español*, Madrid, Civitas, 1998.

³ *Ibid.*

⁴ Sobre estas cláusulas abiertas y la polémica Kelsen-Schmitt, *vid.* las interesantes reflexiones de G. ZAGREBELSKY, «El juez constitucional en el siglo XXI», en E. FERRER MAC-GREGOR y C. de J. MOLINA SUÁREZ (coords.), *El juez constitucional en el siglo XXI*, México, UNAM-Suprema Corte de Justicia, t. I, 2009, pp. 3-26.

⁵ *Cfr.* A. VON BOGDANDY, E. FERRER MAC-GREGOR y M. MORALES ANTONIAZZI (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América*

según sea necesario, como la dinámica, evolutiva o mutativa⁶; o bien proceder directamente a la integración de la norma⁷.

Precisamente en el caso paradigmático que nos ocupa, nos encontramos con una imprevisión constitucional, al no contemplarse en la Constitución de los Estados Unidos un mecanismo de control constitucional de las leyes.

Como sabemos, en la Constitución de 1787 no se dispuso nada al respecto, aunque se dice que «el principio del control judicial estuvo en completa armonía con el propósito general de la Constitución federal»⁸. En el seno de los debates del constituyente de Filadelfia, se discutieron algunas proposiciones que llevaban inmerso el control de las leyes por parte del Poder Judicial. Así, en la propuesta del *Plan de Randolph* se sugiere la creación de un Consejo de Revisión, que estaría integrado por el Ejecutivo y algunos jueces, para examinar las leyes de la legislatura nacional antes de su aprobación, otorgándoles un derecho de veto; sin embargo, se vertieron diversos argumentos a favor y en contra, venciendo la opinión de que los jueces de por sí tienen la facultad de interpretar las normas, lo que podría incluir su inaplicación o anulación cuando fueran inconstitucionales, en razón de lo cual no se justificaba una intromisión del Poder Judicial en la elaboración de las leyes y mucho menos una alianza política con el Ejecutivo para su revisión.

No obstante, en los trabajos que conformaron *El Federalista*, HAMILTON rescata el tema del control judicial y específicamente abunda sobre el hecho de que tal facultad corresponde al Poder Judicial⁹, manifestaciones que sin duda alguna sirvieron de base a Marshall para la creación de su doctrina jurisprudencial en este sentido.

Así las cosas, la pericia de John Marshall, a través de una fuerte argumentación jurídica (no exenta de críticas)¹⁰, instituyó la *judicial review*; una de las

Latina?, México, UNAM-Max Planc Institut-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2 tomos, 2010.

⁶ Cfr. E. FERRER MAC-GREGOR (coord.), *Interpretación constitucional*, México, Porrúa-UNAM, 2 tomos, 2005.

⁷ Cfr. N. P. SAGÜÉS, «Reflexiones sobre la imprevisión constitucional», *op. cit.*

⁸ Cfr. Ch. A. BEARD, *The Supreme Court and The Constitution*, Prentice-Hall, Inc. Englewood Cliffs, N. J., 1962, cap. 4, p. 85; citado por L. CABRERA ACEVEDO, *El constituyente de Filadelfia de 1787 y la Judicial Review*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2005

⁹ «El Federalista, LXXVIII. De la edición de Mac-Lean, Nueva York, MDCCLXXXVIII, *El Federalista*, LXXVIII (Hamilton) [...] El derecho de los tribunales a declarar nulos los actos de la legislatura, con fundamento en que son contrarios a la Constitución, ha suscitado ciertas dudas como resultado de la idea errónea de que la doctrina que lo sostiene implicara la superioridad del poder judicial frente al legislativo. Se argumenta que la autoridad que puede declarar nulos los actos de la otra necesariamente será superior a aquella de quien procedan los actos nulificados. Como esta doctrina es de importancia en la totalidad de las constituciones americanas, no estará de más discutir brevemente las bases en que descansan. [...] Por tanto, si los tribunales de justicia han de ser considerados como baluartes de una Constitución limitada, en contra de las usurpaciones legislativas, esta consideración suministrará un argumento sólido en pro de la tenencia permanente de las funciones judiciales, ya que nada contribuirá tanto como esto a estimular en los jueces ese espíritu independiente que es esencial para el fiel cumplimiento de tan arduo deber», *El Federalista*, México, Fondo de Cultura Económica, 2004.

¹⁰ *Vid.*, por ejemplo, las agudas observaciones de C. NINO, «Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad», en *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

instituciones jurídicas más importantes y que ha trascendido a los distintos sistemas jurídicos¹¹. En efecto, a pesar de no encontrarse expresamente prevista en la norma fundamental, Marshall partió del propio contexto de la Constitución, de algunos preceptos específicos y especialmente del principio de «supremacía constitucional»¹², para arribar a la facultad de los jueces de proteger la norma fundamental; lo cual a su parecer incluye competencia para llevar a cabo el control de las leyes secundarias, y en su caso la desaplicación de aquellas que fueran inconstitucionales: «Una ley contraria a la Constitución es nula y que los tribunales, además de los demás poderes, están sometidos a la Constitución».

Esta doctrina se aplicó en ese paradigmático caso al declarar inconstitucional y, por tanto, inválida la Ley Judicial de 1789 (*Judiciary Act*), precedente, por cierto, que no volvió a utilizar Marshall durante sus más de treinta años como presidente de la Corte Suprema¹³; volviendo a aplicarse por la Corte en el tristemente *Caso Dred Scott vs. Sandford* en 1857, bajo la pluma del *Chief Justice* Roger B. Taney¹⁴.

4. LAS OMISIONES INCONSTITUCIONALES: INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

En este rubro nos referiremos a un tipo distinto de omisiones, que aun cuando han recibido más atención de la doctrina e incluso del Derecho positivo y de la jurisprudencia en diversos lugares, tampoco han logrado un tratamiento uniforme.

Como puede fácilmente desprenderse del *nomen iuris*, la inconstitucionalidad por omisión hace referencia a ciertas omisiones que transgreden la norma fundamental. Atendiendo al principio de división de poderes se pueden encontrar tres clases: omisiones administrativas o ejecutivas, omisiones legislativas y omisiones judiciales¹⁵; cada una de ellas podrá ser calificada de inconstitucional siempre que tengan un sustento directo en la norma fundamental y se cumplan algunos requisitos, como veremos más adelante.

¹¹ Cfr. la clásica obra de M. CAPPELLETTI, *Judicial Review in the contemporary world*, Indianapolis-Kansas City-New York, The Bobbs-Merrill Company, Inc., 1971.

¹² Contenido en el artículo 6.º de la Constitución: «2. Esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarlos, a pesar de cualquier cosa en contrario que se encuentre en la Constitución o las leyes de cualquier Estado».

¹³ Marshall fue *Chief Justice* desde el 4 de febrero de 1801 hasta el 6 de julio de 1835, fecha de su fallecimiento.

¹⁴ Sobre esta sentencia, vid. M. CARBONELL, «La peor sentencia: a 150 años de *Dred Scott versus Sandford*», en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 7, México, Porrúa, enero-junio de 2007, pp. 245-254.

¹⁵ Cabe señalar que algunos sectores de la doctrina iberoamericana han utilizado el término «inconstitucionalidad por omisión» para referirse expresa y exclusivamente a las omisiones inconstitucionales imputables a los cuerpos legislativos. Por ejemplo, vid. J. J. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ *La inconstitucionalidad por omisión*, op. cit.; V. BAZÁN (coord.), *Inconstitucionalidad por omisión*, Colombia, Temis, 1997; M.ª S. SAGÜÉS, «Garantías de control de la inconstitucionalidad por omisión», en E. FERRER MAC-GREGOR (coord.), *Derecho procesal constitucional*, México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2003 pp. 3087-3125, entre otros.

Teniendo como base que la Constitución en muchas ocasiones establece mandatos directos a distintos entes, por ejemplo, encontramos que el artículo 104 de la Constitución de Argentina dispone que una vez abiertas las sesiones del Congreso, los ministros del despacho deberán presentar una memoria del Estado de la Nación, en su área de competencia. Esta es una obligación que el constituyente impone a altos funcionarios de la rama administrativa, y que de no ser cumplida constituirá una inconstitucionalidad por omisión en este rubro específico. Así también podemos citar el artículo 88 de la Constitución mexicana: «El presidente de la República podrá ausentarse del territorio nacional hasta por siete días, informando previamente de los motivos de la ausencia a la Cámara de Senadores o a la Comisión Permanente en su caso, así como de los resultados de las gestiones realizadas. En ausencias mayores a siete días, se requerirá permiso de la Cámara de Senadores o de la Comisión Permanente». Este precepto claramente muestra una obligación constitucional impuesta al presidente de la República, consistente en que cuando deba ausentarse del país por un periodo mayor a siete días debe previamente solicitar la anuencia de los Senadores, de no hacerlo así violaría la ley suprema con esta omisión.

Por lo que hace al Poder Judicial, también encontraremos disposiciones en las que el constituyente le ha impuesto diversos mandatos, ya sean expresos o implícitos, respecto de determinadas conductas que deben llevarse a cabo: por ejemplo, el artículo 113 de la Constitución argentina dispone que la Corte Suprema dictará su reglamento interior, de modo que la omisión en la expedición de esta reglamentación podrá ser sujeto de control; así también el artículo 116 dispone, entre otras cuestiones, que *corresponde a dicha Corte y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución*. Este precepto, como sus homólogos en todas las constituciones, marca la obligación de los Poderes Judiciales de atender y resolver los procesos contenciosos que competencialmente se les asignen, de modo que no cumplir con esta función viola también directamente la Constitución.

Si bien es innegable que dichas omisiones atribuibles a órganos estatales específicos violentan la Constitución, por su propia naturaleza no han requerido de un tratamiento puntual del Derecho procesal constitucional, a través de alguna garantía constitucional específica para su corrección. En el caso del Ejecutivo, la mayoría de sus actos y omisiones son regularmente controlables en sede judicial, y al ser pocos los mandatos directamente constitucionales no ha habido más desarrollo al respecto; y por lo que hace al Poder Judicial, se complica aún más la posibilidad de su control en atención al propio órgano que lo ejercerá y regularmente también estas cuestiones son subsumidas por la justicia ordinaria a través de la casación. Cuestión distinta sucede con las *omisiones del legislador*, que en las últimas tres décadas ha sido motivo importante de regulaciones legislativas y soluciones jurisprudenciales distintas como veremos más adelante.

Comenzaremos por señalar que se trata de un fenómeno que ha ocupado la atención de la doctrina constitucional, con reciente interés, dada la reiterada evidencia de omisiones imputables a los cuerpos legislativos. Esto ha provocado previsiones normativas, a nivel constitucional y/o legal, o soluciones vía la jurisprudencia constitucional. Pese a esto, el control de omisiones legislativas no es

pacífico en la doctrina contemporánea; en un principio debido a que tradicionalmente los medios de control constitucional se concentraban en los actos positivos, de modo que la revisión de actos negativos había tenido problemas para su aceptación. Con el tiempo y particularmente con las experiencias diversas de los Tribunales Constitucionales, han motivado que esta institución tienda a generalizarse, sin perjuicio del debate todavía presente en la doctrina y jurisdicciones constitucionales sobre su (in)conveniencia.

La inconstitucionalidad por omisión legislativa se entiende como «la falta de desarrollo por parte del Poder Legislativo, durante un tiempo excesivamente largo, de aquellas normas constitucionales de obligatorio y concreto desarrollo, de forma tal que se impide su eficaz aplicación»¹⁶.

De lo anterior se aprecia que para que se configure una omisión legislativa inconstitucional es necesario que el cuerpo legislativo en cuestión haya fallado en la tarea de expedir leyes secundarias derivadas de normas constitucionales que necesariamente deben ser desarrolladas para ser eficaces, y que esta conducta contumaz se haya extendido en un periodo de tiempo más o menos largo.

Para la mejor comprensión de los elementos de esta definición, es necesario tener presente que no todas las normas constitucionales requieren de ulterior desarrollo legislativo para ser plenamente eficaces, ya que existen muchas de ellas que por sí mismas son claras y aptas para cumplirse directamente por los operadores jurídicos; de tal suerte que sólo podrá configurarse esta omisión, cuando la falta de expedición (de manera absoluta o parcial) de normas subconstitucionales provoca esta vulneración a la norma fundamental.

A manera de ejemplo, podemos citar los preceptos que establecen los requisitos o calidades que se requieren para aspirar a un cargo público; resulta claro que no se requiere de una norma específica para clarificar los citados presupuestos, sino que basta con el precepto constitucional para que un aspirante los conozca y en su caso determine la viabilidad de una posible candidatura; en cambio, los procesos constitucionales, como tales, requieren de la reglamentación procesal específica que determine plazos, condiciones, recursos, etc., para que en la práctica puedan implementarse¹⁷.

Cabe señalar también que estas normas que requieren desarrollo constitucional, implican un mandato al cuerpo legislativo para que expida la norma requerida; este encargo puede hacerse de forma expresa, o encontrarse inmerso en el sentido de la norma constitucional (de manera implícita).

Como se adelantó líneas arriba, a pesar de la inactividad legislativa, respecto de una norma de necesario desarrollo constitucional, no puede hablarse de la existencia de una inconstitucionalidad por omisión de forma inmediata, sino que

¹⁶ J. J. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «Aproximación al concepto de inconstitucionalidad por omisión», en M. CARBONELL (coord.), *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, op. cit.

¹⁷ Si bien la falta de reglamentación de una garantía constitucional no puede llevar a la negativa del acceso a la justicia constitucional, como se advierte de la primera sentencia de amparo que se tiene registro, dictada por el juez federal mexicano Pedro Zámano, que otorgó el amparo con base en el artículo 25 del Acta de Reformas de 1847 (sin existir ley reglamentaria), contra la orden de destierro del gobernador del Estado de San Luis Potosí. Sin embargo, es claro que la falta de reglamentación obstaculiza la eficacia de los derechos constitucionales.

debe haber transcurrido un periodo de tiempo lo suficientemente largo como para que se estime que la falta de norma provoca la ineficacia constitucional. No hay acuerdo en la doctrina sobre la forma de computar dicho plazo, ya que por lo regular las constituciones no establecen un tiempo determinado para la expedición de las normas secundarias; de modo que su individualización será una labor que deberá de realizar el juez constitucional, analizando las condiciones del texto constitucional, la omisión y el tiempo transcurrido; si estima que el mismo es considerablemente largo y si se cumplen con los demás requisitos antes señalados, procederá a declarar la inconstitucionalidad por omisión legislativa.

La omisión legislativa puede ser de dos tipos según su extensión. Será *absoluta* cuando exista una ausencia total de norma secundaria sobre un tema o precepto constitucional que debería ser desarrollado legislativamente; o bien *relativa*, cuando habiendo algún tipo de ejercicio legislativo, resulte incompleto o deficiente.

Ahora bien, el Derecho comparado muestra una gran variedad de opciones para el tratamiento y resolución de la inconstitucionalidad por omisión legislativa. La mayoría de los países no las han regulado constitucional o legalmente, de manera que la magistratura constitucional (sea un tribunal, corte o sala constitucional, o incluso una corte suprema), han tenido que afrontarlas, caso a caso, construyendo una doctrina judicial sobre la materia; digamos de forma genérica, que estas jurisdicciones constitucionales han acudido a una variedad de sentencias atípicas para ello, como por ejemplo, las aditivas, sustitutivas, exhortativas, interpretativas, entre otras, que permiten dar una solución a esta problemática, con distintos efectos, características y enfoques¹⁸. Sobra decir, que en estos casos, se requiere de un mayor esfuerzo y dinamismo en la actuación de los jueces constitucionales (activismo judicial), lo que ya ha sucedido en países como Alemania, España, Italia, y especialmente en el ámbito latinoamericano, la Corte Constitucional de Colombia.

Por otro lado, encontramos que diversos países han preferido incorporar en su norma fundamental una garantía constitucional específica para el control de las omisiones del legislador; como por ejemplo la ex República de Yugoslavia, Portugal, Venezuela y Ecuador, mientras que otros la incluyen en la acción abstracta de inconstitucionalidad, como Brasil, o bien a nivel secundario, como sucede en Costa Rica. Esta regulación tiene variantes importantes en cuanto a la extensión de su procedencia, sujetos legitimados, efectos, etc. Así, en algunos casos restringen la procedencia a las omisiones sólo del Poder Legislativo y otros la extienden a la proveniente de la facultad reglamentaria del Ejecutivo; en ciertos casos se otorga una legitimación extremadamente reducida al permitir que muy pocos entes denuncien la omisión legislativa, mientras que en otros casos, resulta amplísima, abriendo la legitimación a legisladores, Defensores de Derechos Humanos, Barras y Colegios de Abogados, e inclusive se contempla la opción de una acción popular.

Otro aspecto en el que existe una amplia gama de alternativas es en cuanto al proceder de la magistratura constitucional al constatar la inconstitucionalidad

¹⁸ Cfr. H. FIX-ZAMUDIO y E. FERRER MAC-GREGOR, *Las sentencias de los Tribunales Constitucionales*, México, Porrúa, 2009.

por omisión legislativa, que van desde su simple declaración; haciéndolo del conocimiento del órgano legislativo omiso; exhortarlo para que emita la norma; otorgarle plazo para ello; proponiendo incluso algunas directrices que deben seguirse; o hasta el extremo de expedir la norma omitida de forma provisional.

La Constitución de Portugal, por ejemplo, faculta al Tribunal Constitucional para analizar y verificar el incumplimiento de la Constitución por omisión de medidas legislativas necesarias para hacer efectivas las normas constitucionales; cuando esto suceda, lo hará del conocimiento del órgano legislativo competente. Se otorga legitimación al presidente de la República, el defensor del pueblo y a los presidentes de las asambleas legislativas regionales.

Por su parte, la norma fundamental de Venezuela otorga competencia a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, para declarar la inconstitucionalidad de las omisiones legislativas, que surgen cuando haya dejado de dictar, o haya dictado en forma incompleta las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de la Constitución. Cabe señalar una particularidad en el tratamiento de las omisiones, dado que procede en contra de las que sean imputables al poder legislativo nacional, pero se amplía a los ámbitos municipal y estadual, además Sala Constitucional puede establecer un plazo para su emisión, y si fuera necesario también podrá determinar los lineamientos de su corrección.

En cambio, la omisión legislativa en Brasil se contempla dentro de la acción abstracta de inconstitucionalidad, siendo competente para conocer de ella al Supremo Tribunal Federal; se legitima para su ejercicio al presidente de la República, la Mesa del Senado Federal, la Mesa de la Cámara de Diputados, la Mesa de la Asamblea Legislativa, gobernador estatal, el procurador general de la República, el Consejo Federal de la Orden de Abogados, los partidos políticos con representación nacional, las Confederaciones sindicales, y entidades de clase con alcance nacional. Se determina que una vez que se declare la inconstitucionalidad por omisión de una medida para hacer efectiva la Constitución, el Supremo Tribunal Federal lo hará del conocimiento del poder competente para que adopte las medidas requeridas, señalando que cuando se trate de un órgano administrativo, tendrá el plazo de treinta días para realizarlo.

En tanto que la nueva Constitución de Ecuador de 2008 establece una de las soluciones más dinámicas para los casos de inconstitucionalidad por omisión: cuando la Corte Constitucional declare su existencia, podrá establecer un plazo para que se cumpla con el mandato constitucional, y en caso de no hacerse, de forma provisional, podrá expedir la norma omitida.

También en el ámbito de lo que hemos denominado *Derecho Procesal Constitucional Local*, existen avances importantes en el control de las omisiones legislativas. En Brasil se prevé en las Provincias de Río Grande Do Sul, San Pablo, Río de Janeiro, y Santa Catarina; mientras que en Argentina se prevé en las provincias de Tucumán y Río Negro.

El estado del control de la omisión legislativa en México ha tenido un desarrollo significativo en las entidades federativas, como veremos adelante. A nivel federal, en cambio, no existe un proceso constitucional específico que sirva para esos efectos, de modo que este tipo de omisiones se han planteado a través de las garantías constitucionales principales (amparo, acción abstracta de inconstitu-

cionalidad y conflictos competenciales entre órganos del Estado), que de manera sucinta pasamos a su análisis.

A) En el juicio de amparo mexicano existe una regla constitucional específica sobre los efectos relativos de sus sentencias: cuando se otorga la protección constitucional, sus efectos solamente pueden recaer en la persona que ha acudido ante la justicia federal, sin que sea posible hacer ningún tipo de declaración general; en tal virtud, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado, vía jurisprudencia, que este proceso es improcedente para conocer de la omisión legislativa, debido a que se violentaría el principio de la relatividad de las sentencias de amparo¹⁹.

B) En la acción abstracta de inconstitucionalidad, después de un arduo camino con cambios de criterio, se puede, en términos generales, decir que se admite únicamente para el control de las omisiones legislativas parciales y no así de las absolutas. Se ha considerado que lo anterior se debe a que la acción abstracta tiene como finalidad cotejar una disposición secundaria con el texto constitucional, operación que no puede realizarse ante la falta absoluta de norma general.

C) Finalmente, las controversias constitucionales han tenido una apertura mayor para el control de la omisión legislativa; sin embargo, en distintos momentos los criterios de la Suprema Corte han variado.

En cambio, como advertimos, algunas entidades federativas han optado por admitir específicamente en sus constituciones algún proceso constitucional para la corrección de estas omisiones (Veracruz, Chiapas, Quintana Roo, Coahuila, Tlaxcala y Querétaro).

Es el Estado de Veracruz el primero en incluir una garantía constitucional específica para estos fines, de modo tal que incorpora en su Constitución una acción, que procede cuando se estime que el Congreso no ha aprobado alguna ley o decreto y que dicha omisión afecta el debido cumplimiento de la Constitución; se otorga competencia al pleno del Tribunal Superior de Justicia para su resolución, la que puede promover el ejecutivo local, y la tercera parte de los ayuntamientos. Constatada la omisión, el pleno establece un plazo de hasta dos periodos de sesiones ordinarias del Congreso del Estado, para que proceda a expedir la disposición omitida, y en caso de no hacerlo se podrán emitir «las bases a que deban sujetarse las autoridades, en tanto se expide dicha ley o decreto».

Por su parte, Chiapas también contempla la acción por omisión legislativa, que igualmente puede ejercerse cuando se considere que el Congreso no ha resuelto alguna ley o decreto y que dicha omisión afecte el debido cumplimiento de la Constitución; su resolución está a cargo del Tribunal Constitucional, y puede promoverla el Ejecutivo local, la tercera parte de los integrantes del Congreso, la misma cantidad de Ayuntamientos, y al menos el 5 por 100 de los ciudadanos inscritos en el padrón electoral. En este caso, también se otorga plazo al legisla-

¹⁹ Este efecto inter partes, también conocido como «fórmula Otero», ha prevalecido desde el siglo XIX en México. Desde hace tiempo un importante sector de la doctrina se inclina por la necesidad de incluir la declaratoria general de inconstitucionalidad en el sector del amparo contra leyes; precisamente el Senado de la República aprobó en diciembre de 2009 una reforma constitucional (pendiente de revisión en la Cámara de Diputados) que permite esa posibilidad, con la grave deficiencia de excluir los efectos *erga omnes* en materia fiscal.

dor omiso y si no cumpliere el Tribunal Constitucional puede hacerlo de forma provisional en tanto cumple con su obligación constitucional.

El Estado de Quintana Roo también admite esta acción. Su tramitación la realiza la Sala Constitucional y Administrativa, pero resuelve el pleno del Tribunal Superior de Justicia; su procedencia es en términos similares a los antes enunciados, y están legitimados para su interposición el gobernador del Estado y al menos la tercera parte de los ayuntamientos. Aquí la resolución respectiva también concederá un plazo de dos periodos de sesiones ordinarias del Congreso del Estado, para la expedición de las disposiciones omitidas, y de no hacerse así, el Tribunal Superior de Justicia «dictará las bases a que deban sujetarse las autoridades, en tanto se expide dicha ley o decreto».

Tlaxcala también modificó su Constitución para incluir esta acción, establece una legitimación amplísima, dado que puede interponerla cualquier autoridad y también cualquier residente del Estado (una especie de acción popular); por otra parte, amplía su procedencia, pues además de las omisiones en que incurra el cuerpo legislativo, también procede contra aquellas provenientes del gobernador, los Ayuntamientos o concejos municipales, cuando éstos no emitan disposiciones «a que estén obligados en términos de las Constituciones Políticas, de los Estados Unidos Mexicanos, del Estado y de las Leyes». En la determinación judicial respectiva, también se otorgará plazo, previéndose la responsabilidad para el caso de incumplimiento.

Por su parte, en el Estado de Coahuila, dentro del marco de la acción de inconstitucionalidad, permite el análisis de la «omisión normativa consistente en la falta de regulación legislativa o reglamentaria». Están legitimados para su ejercicio el gobernador, en ciertos casos el fiscal general del Estado, el 10 por 100 de los integrantes del Poder Legislativo, el 10 por 100 de los integrantes de los Ayuntamientos o Concejos Municipales, el organismo público autónomo, cualquier persona, a través del organismo protector de los derechos humanos, y los partidos políticos nacionales y estatales con registro

De manera reciente, Querétaro ha incorporado la facultad para el Pleno del Tribunal Superior de Justicia y de las Salas, de pronunciarse sobre la «omisión en la expedición de leyes, cuando la misma afecte el funcionamiento o aplicación de la Constitución». En esta entidad, cuando se exponga la existencia de la omisión legislativa también se señala un plazo para que se subsane la omisión, el cual puede ser extendido por una sola vez, y en caso de no actuarse de conformidad, el Pleno del Tribunal Superior de Justicia podrá dictar «la regulación a que deba sujetarse el ejercicio de la atribución o derecho reconocido en sentencia, la cual será aplicable hasta en tanto no se expida la ley local respectiva».

Finalmente, retornando al tema del *Caso Marbury vs. Madison*, advertimos una cuestión interesante. En la sentencia respectiva el juez Marshall consigna expresamente: «Es cierto que el *mandamus* que hoy se solicita no es para la ejecución de un acto expresamente mandado por una ley. Es para que se entregue un nombramiento escrito, materia sobre la cual las leyes del Congreso permanecen en silencio»²⁰. La anterior aseveración, por sí misma y salida de su contex-

²⁰ También la sentencia señala: «La entrega del nombramiento escrito es una práctica derivada de la conveniencia, mas no fundada en la ley. No puede, pues, ser parte esencial del nombramien-

to, podría llevar a pensar que hace alusión a una omisión como las que hemos estudiado líneas arriba; sin embargo, debemos precisar que la Constitución de los Estados Unidos no establece ningún mandato al legislativo ni de forma explícita o implícita para legislar sobre este punto en particular; es más, la única referencia que se hace sobre los nombramientos a los funcionarios del gobierno es una obligación impuesta al presidente, a quien corresponde la realización y expedición de los mismos²¹; en tal sentido, esta omisión legislativa a que nos hemos referido es precisamente de aquellas que no pueden ser calificadas de inconstitucionales por no violentar a la norma fundamental²².

5. LAS OMISIONES ILEGALES: ILEGALIDAD POR OMISIÓN

Arribamos a la tercera especie de omisión que previamente señalamos. Como su nombre lo indica, se refieren a aquellas imputables también a algún ente o funcionario del Estado, pero que implican el incumplimiento de algún dispositivo legal infra-constitucional; es decir, se trata de omisiones en la aplicación o ejecución de las leyes, de tal suerte que podrán incurrir en ellas los servidores públicos pertenecientes a la rama administrativa o judicial. Un ejemplo claro se presenta cuando ciertas leyes requieren necesaria e inevitablemente de un reglamento para su efectiva aplicación y éste no es dictado por el ejecutivo local o federal según sea el caso.

Consecuentemente, no será la justicia constitucional la que deba resolver estas cuestiones, sino que caen dentro del ámbito de la justicia ordinaria, dado que las conductas negativas sujetas a estudio serán confrontadas con las normas de carácter secundario. Es necesario, sin embargo, realizar algunas precisiones.

La amplia gama de opciones legislativas de los países ofrece diversos medios para atacar los actos u omisiones de las autoridades. Esto puede ocurrir en sede judicial. Por ejemplo, respecto de la rama administrativa, cuando en cualquier proceso judicial seguido contra el Estado o sus funcionarios se analiza su actuación a la luz de las normas legales que lo rigen, también a través de diversos mecanismos judiciales específicos, tales como los mandamientos de ejecución, en Estados Unidos o Argentina; el *mandado de injunção*, o la alegación de incumpli-

to, el cual tiene que ser su antecedente y es un acto exclusivo del presidente». G. ETO CRUZ, «John Marshall y la sentencia *Marbury vs. Madison*», en E. FERRER MAC-GREGOR (coord.), *Derecho procesal constitucional*, op. cit., pp. 73-74 y 65 respectivamente.

²¹ Según lo dispone el artículo 2.º, sección 3.ª, de la Constitución de los Estados Unidos: «Periódicamente deberá proporcionar al Congreso informes sobre el Estado de la Unión, recomendando a su consideración las medidas que estime necesarias y oportunas; en ocasiones de carácter extraordinario podrá convocar a ambas Cámaras o a cualquiera de ellas, y en el supuesto de que discrepen en cuanto a la fecha en que deban entrar en receso, podrá suspender sus sesiones, fijándoles para que las reanuden la fecha que considere conveniente; recibirá a los embajadores y otros ministros públicos; cuidará de que las leyes se ejecuten puntualmente y extenderá los despachos de todos los funcionarios de los Estados Unidos».

²² Sobre esta tipología de omisiones, y para un análisis más detallado en cuanto a la experiencia procesal constitucional mexicana, vid. L. RANGEL HERNÁNDEZ, *Inconstitucionalidad por omisión legislativa. Teoría general y su control jurisdiccional en México*, México, Porrúa-IMDPC, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, núm. 33, 2009. Asimismo, vid. C. BAEZ SILVA, *La inconstitucionalidad por omisión legislativa en México*, México, Porrúa-IMDPC, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, núm. 27, 2009.

miento de preceptos constitucionales, en Brasil²³; y para el caso de la confronta de la legalidad de los actos y omisiones de los juzgadores en sus resoluciones, puede ser a través de los recursos de casación o sus equivalentes.

Por otra parte, también pueden analizarse en sede administrativa; aquí podemos señalar, por ejemplo, la acción de cumplimiento en Colombia o en el Perú²⁴, y en el caso de México, los procedimientos contencioso-administrativos o bien los que se instauran por responsabilidad patrimonial del Estado, que se tramitan ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa; o también en otros países ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe señalar que en México, algunas garantías constitucionales pueden dar lugar al análisis de omisiones. Por ejemplo, el juicio de amparo procede contra leyes, actos u «omisiones» de las autoridades que violen los derechos fundamentales²⁵. Ninguna duda cabe de que el amparo es el proceso constitucional por excelencia, de manera que su finalidad primordial es la confronta de estos actos, omisiones o normas generales con la propia Constitución; sin embargo, la práctica mexicana lo ha llevado a una dimensión «omni-comprehensiva» de tutela, como vigilante del principio de legalidad, a través de la *violación indirecta* de la norma fundamental por transgresión a los artículos 14 y 16 (debido proceso legal y exacta aplicación de la ley al caso concreto)²⁶.

Situación similar ha sucedido en el caso de la controversia constitucional, que en principio también es un proceso constitucional encaminado a la resolución de conflictos de carácter constitucional, dentro de los cuales se incluyen las omisiones genéricamente hablando²⁷; y en las cuales recientemente se ha

²³ Una visión general y comparada de estos mecanismos se encuentra en CARPIO MARCOS y ETO CRUZ, *El control de las omisiones inconstitucionales e ilegales en el Derecho comparado (reflexiones a propósito del caso peruano)*, Querétaro, Fundap, 2004.

²⁴ Sobre la dudosa naturaleza legal o constitucional de la acción de cumplimiento en Perú y Colombia, *ibid.*

²⁵ El artículo 80 de la Ley de Amparo establece: «La sentencia que conceda el amparo tendrá por objeto restituir al agraviado en el pleno goce de la garantía individual violada, restableciendo las cosas al estado que guardaban antes de la violación, cuando el acto reclamado sea de carácter positivo; y cuando sea de carácter negativo, el efecto del amparo será obligar a la autoridad responsable a que obre en el sentido de respetar la garantía de que se trate y a cumplir, por su parte, lo que la misma garantía exija».

²⁶ Estos preceptos señalan, en la parte conducente: «Art. 14. A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna. Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho. En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata. En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del Derecho [...]».

Art. 16. Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento [...].».

²⁷ *Cfr.* los rubros de las siguientes tesis de la Suprema Corte: «Controversias constitucionales. Procede impugnar en esta vía las que se susciten entre las entidades, poderes u órganos a que se refiere la ley reglamentaria respectiva, sobre la constitucionalidad de sus actos positivos, negativos y omisiones» (*Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, X, agosto de 1999, tesis: P/J 82/99, p. 568); «Controversia constitucional. Cuando se reclaman omisiones, corresponde a la parte actora desvirtuar las pruebas con las que la demandada demostró su inexistencia» (*Semanario Judicial de*

permitido también su procedencia para los casos de violaciones indirectas a la Constitución²⁸. En este supuesto no estamos propiamente ante cuestiones constitucionales, sino del análisis de la debida aplicación normativa que de manera refleja se han estimado como violaciones constitucionales, situación que debería ser revisada por la jurisprudencia de la Suprema Corte.

Retornando al *Caso Marbury vs. Madison*, encontramos aquí una omisión ilegal. Si bien en el epígrafe anterior señalamos que no existe un mandamiento expreso en las leyes ordinarias sobre la entrega del documento que contiene el nombramiento para un cargo público, sí es posible concluir, como lo hizo John Marshall, que del contexto legal aplicable se deriva la obligación legal de su entrega al recién nombrado servidor público. Para llegar a la anterior conclusión, el juez constitucional analiza los hechos del caso, en concreto que el presidente Adams realizó voluntaria y discrecionalmente el nombramiento de William Marbury para el cargo de juez de Paz, en uso de la facultad que tiene constitucionalmente asignada, contando con el consentimiento del Congreso, requisito que fue cubierto en el caso que nos ocupa²⁹. También se consigna en la sentencia sujeta a estudio que el documento escrito en el que se hizo constar dicho nombramiento también fue realizado siguiendo las formalidades correspondientes, cumpliendo así con la obligación respectiva³⁰.

Debe señalarse que Marshall realiza un concienzudo análisis, respecto a las diversas etapas que configuran el acto del nombramiento de los funcionarios públicos, concluyendo que se trata de un acto complejo que se inicia con la *postulación*, que consiste en el acto voluntario del Ejecutivo en cuanto a la selección de la persona que estima conveniente para ocupar el cargo en cuestión; mismo que fue realizado a favor de William Marbury; posteriormente viene el paso del *nombramiento* propiamente dicho, el cual también implica un acto del Ejecutivo pero para perfeccionarse requiere del consentimiento del Congreso, requisito que también fue cumplido; y la última etapa se refiere al nombramiento escrito, que se traduce en la formalización de las etapas previas, de modo tal que se consigne en un documento escrito el cargo recientemente conferido en favor de cierta persona, y en el cual se sigan todas las solemnidades que marca la ley, como el sello y el registro, que también se llevaron a cabo.

la *Federación y su Gaceta*, X, agosto de 1999, Tesis: P/J 81/99, p. 567); «Controversia constitucional. Cuando se trate de omisiones, la oportunidad para su impugnación se actualiza día a día, mientras aquéllas subsistan» (*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XVIII, agosto de 2003, Tesis: P/J 43/2003, p. 1296).

²⁸ Cfr. la Tesis 98/99 del Pleno de la Suprema Corte, cuyo rubro es: «Controversia constitucional. El control de la regularidad constitucional a cargo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, autoriza el examen de todo tipo de violaciones a la Constitución federal» (*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, X, septiembre de 1999, p. 703).

²⁹ De conformidad con lo que dispone el artículo 2.º, sección 2.ª, numeral 2, de la Constitución de 1787: «Tendrá facultad, con el consejo y consentimiento del Senado, para celebrar tratados, con tal de que den su anuencia dos tercios de los senadores presentes, y propondrá y, con el consejo y consentimiento del Senado, nombrará a los embajadores, los demás ministros públicos y los cónsules, los magistrados del Tribunal Supremo y a todos los demás funcionarios de los Estados Unidos a cuya designación no provea este documento en otra forma y que hayan sido establecidos por ley. Pero el Congreso podrá atribuir el nombramiento de los funcionarios inferiores que considere convenientes, por medio de una ley, al presidente solo, a los tribunales judiciales o a los jefes de los departamentos».

³⁰ Como ya ha quedado transcrito.

De este modo se corrobora que en el caso concreto el nombramiento fue hecho en favor de *Marbury* a través del agotamiento de todas sus fases; es decir, se trató de un acto consumado que generó derechos para el nuevo funcionario y obligaciones a cargo del propio Estado como empleador. Cabe señalar que la entrega física del documento en el cual se consigna el nombramiento no está claramente asignada al propio presidente, ni al propio secretario, pero si se deduce que de cualquier manera corresponde a su personal verificar este hecho para completar así el trámite respectivo³¹. De hecho se dice textualmente «la ley del Congreso, a decir verdad, no ordena al secretario de Estado que envíe dicho nombramiento escrito a su titular legal, pero tal nombramiento se ha entregado en sus manos para la persona que tiene derecho a él y no puede ser retenido legalmente, ni por el secretario, ni por ninguna otra persona»³². En tal virtud se concluye que «el retener su nombramiento escrito, es pues, un acto que esta Corte estima que no está fundado en ley, sino que es violatorio de derechos legales adquiridos»³³.

Por tanto, la falta de entrega del nombramiento a que legalmente William Marbury tenía derecho constituye una omisión, en este caso imputable a la rama administrativa, en contravención de las disposiciones legales, es decir, *una ilegalidad por omisión*.

6. LAS OMISIONES INCONVENCIONALES: INCONVENCIONALIDAD POR OMISIÓN

Con la aparición del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la segunda mitad del siglo xx, las declaraciones y pactos internacionales cobran una importancia mayúscula en el ámbito interno. Se crea una doble fuente de derechos (interna e internacional), estableciéndose un sistema subsidiario y reforzado en la protección de los mismos. Como bien se sabe, existe en la actualidad una dinámica interrelación entre la normatividad internacional y las disposiciones domésticas o de Derecho interno.

Lo anterior ha propiciado que también se generen nuevas formas de omisión, debido a la obligación de los Estados de cumplir con las declaraciones, pactos, convenciones o tratados internacionales, incluso, recientemente, también con la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales que los interpretan. Así, cuando un Estado no cumple con un compromiso internacional por una inactividad de su parte, estamos en presencia de *omisiones inconventionales* (que pueden ser parciales o absolutas), generando una responsabilidad internacional para el Estado.

Resulta significativo que nuestra América generase a nivel mundial el primer documento hacia esta tendencia, con la expedición de la *Declaración Americana*.

³¹ Se consigna en la sentencia: «La entrega del nombramiento escrito es un acto de aquel empleado a quien dicha obligación ha sido asignada y puede ser acelerada o retardada por circunstancias que no pueden tener nada que ver con el nombramiento mismo», conforme la traducción de la sentencia que aparece en G. ETO CRUZ, «John Marshall y la sentencia *Marbury vs. Madison*», en E. FERRER MAC-GREGOR (coord.), *Derecho procesal constitucional*, op. cit., p. 65.

³² *Id.*, p. 74.

³³ *Id.*, p. 67.

na sobre los Derechos y Deberes del Hombre, adelantándose así seis meses a la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948; año en la que también se crea la Organización de los Estados Americanos (OEA), actualmente con 34 miembros (Honduras fue suspendido derivado del golpe de Estado en 1999). En este escenario surge la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, suscrito en 1969 y vigente desde 1979, estableciéndose las bases del sistema interamericano de protección de derechos humanos, siendo sus dos órganos competentes para conocer de los compromisos adquiridos por los Estados partes, la Comisión Interamericana (1959) con sede en Washington. E.U. y la Corte Interamericana, establecida en San José, Costa Rica (1979).

De los 34 países que integran la OEA (excluyendo Honduras), hasta la fecha son 25 los que han ratificado o se han adherido a la Convención Americana de Derechos Humanos (en realidad son actualmente 24 por la denuncia de Trinidad y Tobago en 1998) y 21 los que reconocen la competencia de la Corte Interamericana. Lo anterior resulta importante, debido a que si bien dicho órgano jurisdiccional es el intérprete final del Pacto de San José, lo es sólo en relación a dichos 21 Estados y no a la totalidad de los miembros de la OEA o de los que han aceptado la Convención.

Ahora bien, la propia Convención Americana establece que los Estados partes se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción; obligación que implica adoptar las «medidas legislativas» o de «otro carácter» que sean necesarias para hacer efectivos esos derechos y libertades (arts. 1 y 2 de la Convención); con independencia además de los dispuesto en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que expresamente señala que: «Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe».

De esta manera, los Estados pueden incurrir en violaciones a la Convención Americana y sus protocolos adicionales, sea por acción o por omisión, por parte del legislador (constituyente o secundario), la administración o los órganos jurisdiccionales (incluso tribunales, cortes o salas constitucionales).

En el primer supuesto, es el propio texto constitucional el que resulta inconveniente, como sucedió en el *Caso Olmedo Bustos y otros vs. Chile*, conocido como «La última tentación de Cristo» (2001), donde la Corte Interamericana declaró que la normatividad interna que permitía la censura previa de cintas cinematográficas, violaba la libertad de expresión contenido en el artículo 13 de la Convención; o en el *Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago* (2005), que estableció la propia Corte Interamericana que resultaba inconveniente la Constitución de dicho país al establecer una «cláusula de exclusión», que impedía impugnar la Ley de Delitos contra la Persona, que fue el fundamento de aplicación de la pena corporal con latigazos «gato de nueve colas»; por lo que se ordenó la enmienda de la Sección 6.^a de la Constitución de dicho Estado «en cuanto imposibilita a las personas el acceso a un recurso efectivo ante un tribunal competente» para lograr la adecuada protección de los derechos humanos.

Resulta también ejemplificativo el *Caso Barrios Altos* (2001), concerniente a las leyes de amnistía que el entonces presidente del Perú (Fujimori) había conseguido se dictaran por el Congreso, produciendo una impunidad de los respon-

sables; la Corte Interamericana estableció que no eran admisibles las amnistías, prescripciones o cualquier obstáculo de Derecho interno por el que se pretendiera impedir la investigación y sanción de los responsables de violaciones de derechos humanos al conducir a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad en violación a la Convención Americana; y específicamente declaró «que las leyes de amnistía núms. 26479 y 26492 son incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, en consecuencia, *carecen de efectos jurídicos*». Resulta importante que esta resolución fue declarada con *efectos generales* en sentencia interpretativa posterior, lo que propició que diversos países como Chile³⁴ y Argentina³⁵ declararan la nulidad de disposiciones que impliquen olvido y perdón de graves violaciones de derechos humanos; criterio que por cierto también ha retomado la Corte Penal Internacional para no admitir las amnistías en blanco, auto amnistías, leyes de punto final o cualquier otra modalidad similar que impida a las víctimas el ejercicio de un recurso judicial efectivo.

Un ejemplo de omisión inconventional de tipo legislativo sucedió con la falta de previsión del juicio o recurso de amparo en la República Dominicana. La Suprema Corte de Justicia de ese país en 1999, a través de la incorporación directa del artículo 25.1 de la Convención, que prevé la necesidad de un recurso sumario y efectivo que ampare contra actos que violen derechos fundamentales, incorporó ese instrumento utilizando los artículos 3.º y 10.º de la entonces vigente Constitución, que reconocían las fuentes internacionales, dictando incluso las bases del procedimiento (posteriormente se emitió la ley respectiva y en la nueva Constitución promulgada en enero de 2010 se prevén las acciones de *habeas data*, *habeas corpus* y amparo, en los arts. 70 a 72).

Las omisiones inconventionales pueden darse también en las leyes secundarias. Un ejemplo reciente se encuentra en el *Caso Rosendo Radilla Pacheco* (2009), donde se condena al Estado mexicano a adoptar en un plazo razonable, las «reformas legislativas pertinentes» para «compatibilizar» los artículos 57 del Código de Justicia Militar³⁶, y 215 A del Código Penal Federal³⁷, con los estándares internacionales en la materia, de la Convención Americana de Derechos Humanos y de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

³⁴ *Caso Almonacid Arellano vs. Chile* (2006), donde se declara la invalidez del decreto de amnistía (ley 2191/78), que se refería al perdón de los crímenes realizados en la época de Pinochet entre los años de 1973 y 1978.

³⁵ La Corte Suprema de Justicia argentina anuló en 2005 las llamadas leyes de punto final (23482/86) y de obediencia debida (23521/87).

³⁶ La Corte Interamericana consideró que el artículo 57, fracción II, inciso *a*), del Código de Justicia Militar (del año de 1933), vulnera el principio del juez natural, al extenderse la jurisdicción militar a todo militar por el simple hecho de serlo y estar en activo, incluso cuando se trate de la comisión de un delito ordinario en contra de un civil, siendo los estándares internacionales y los precedentes de la propia Corte Interamericana, que sólo opera el fuero castrense cuando se trate de delitos estrictamente de milicia.

³⁷ Este precepto tipifica de manera incompleta el delito de desaparición forzada de personas conforme los estándares internacionales, debido a que restringe la autoría del delito a «servidores públicos»; siendo que la Corte Interamericana ha establecido que el tipo penal debe asegurar la sanción de todos los autores, cómplices y encubridores de dicho delito, sean agentes del Estado o personas o grupos de personas privados que actúen con la autorización o el apoyo de aquéllos, cuestión que también se encuentra en la Declaración Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1944.

También pueden existir inconventionalidades por omisión de la actuación de los órganos de administración de justicia, como la reconocida por la propia Corte Interamericana en el famoso caso sobre los feminicidios de Ciudad Juárez, México (*Caso Campo Algodonero*) de 2009; donde se concluye, entre otras cuestiones, que «el Estado incumplió con su deber de investigar», destacándose la «falta de líneas de investigación que tengan en cuenta el contexto de violencia contra la mujer», así como la «inexistencia de investigaciones contra funcionarios públicos por su supuesta negligencia grave», por lo que se «vulneran el derecho de acceso a la justicia, a una protección judicial eficaz y el derecho de los familiares y de la sociedad a conocer la verdad de lo ocurrido». Dice la Corte Interamericana, ante la inacción del Estado, que «esta ineficacia judicial frente a casos individuales de violencia contra las mujeres propicia un ambiente de impunidad que facilita y promueve la repetición de los hechos de violencia en general y envía un mensaje según el cual la violencia contra las mujeres puede ser tolerada y aceptada como parte del diario vivir».

Otro tipo de inconventionalidad por omisión puede provenir de la propia actuación de los órganos jurisdiccionales, como ha sucedido en varias ocasiones. Un ejemplo lo constituye el *Caso Castañeda* (2008), donde el Estado mexicano viola el derecho a la protección judicial previsto en el artículo 25 de la Convención Americana, en relación de los artículos 1.1 y 2 de la misma, toda vez que la Suprema Corte de Justicia dejó sin resolver el planteamiento de inconstitucionalidad hecho valer; al no entrar al conocimiento de fondo del asunto (decretando la improcedencia del juicio), debido a que los individuos se encontraban imposibilitados para defender sus derechos fundamentales de participación democrática frente al legislador, conforme a la propia jurisprudencia firme de ese Suprema Corte³⁸. Otro ejemplo lo encontramos en el citado caso de «La última tentación de Cristo», donde la Corte Interamericana estableció que la censura previa a la película había sido decretada en definitiva por la Corte Suprema de ese país, por lo que declaró inconventional no sólo la normatividad interna (Constitución y leyes) como ya se indicó, sino también la propia sentencia de ese órgano jurisdiccional.

En definitiva, las variantes de las *omisiones inconventionales* obedecen en realidad a un tipo de «inconventionalidad» que desde hace más de treinta años la Corte Interamericana viene realizando a través del llamado «Control de Conventionalidad» como función propia de la Corte Interamericana, al confrontar las actuaciones de los Estados con la Convención Americana, a manera de *lex superior*.

Sin embargo, este control adquiere una nueva dimensión en el ámbito interno de los Estados, a partir del *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Gobierno de Chile*, resuelto el 26 de septiembre de 2006. En este fallo categóricamente se establece que el control de convencionalidad implica un «deber» de los jueces nacionales para velar por la aplicación de la Convención Americana y la propia «jurisprudencia» emanada de la Corte Interamericana; línea jurisprudencial que se ha venido consolidando en casos posteriores, abriéndose una ventana de

³⁸ Sobre este caso, *vid.* E. FERRER MAC-GREGOR y F. SILVA GARCÍA, *El Caso Castañeda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La primera sentencia condenatoria en contra del Estado mexicano*, México, Porrúa-UNAM, 2009.

amplios horizontes para una mayor eficacia y protección en sede interna de los derechos humanos de fuente internacional.

Este «control de convencionalidad» puede considerarse un desarrollo del «control judicial de constitucionalidad» que precisamente surgiera en el constitucionalismo contemporáneo a partir del emblemático *Caso Marbury vs. Madison*. Situación compleja que repercute en la tradicional concepción de la «supremacía constitucional» sea como cláusula o principio constitucional, que se de terreno por la nueva «supremacía convencional»; lo cual está produciendo interesantes debates cuyas respuestas todavía están por vislumbrarse en el segundo decenio del siglo XXI y seguramente continuará en los lustros siguientes.

En todo caso, la solución de la problemática tendrá que realizarse a través de un fecundo «diálogo jurisprudencial», como actualmente se está llevando a cabo (en mayor o menor medida) entre los tribunales, cortes y salas constitucionales, y la Corte Interamericana, órganos jurisdiccionales que tienen la interpretación final de las textos fundamentales y de la Convención Americana, para ir creando, en definitiva, un *ius constitutionale commune* en nuestra región³⁹.

7. BIBLIOGRAFÍA

- ASTUDILLO, C.: «La inconstitucionalidad por omisión legislativa en México», en M. CARBONELL (coord.), *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, 2.^a ed., México, UNAM, 2007, pp. 297-380.
- BAEZ SILVA, C.: *La inconstitucionalidad por omisión legislativa en México*, México, Porrúa-IMDPC, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, núm. 27, 2009.
- BAEZ SILVA, C., y CIENFUEGOS, D.: «La inconstitucionalidad por omisión legislativa en las decisiones de la Suprema Corte de México», en E. FERRER MAC-GREGOR y A. ZALDÍVAR LELO DE LARREA (coords.), *La ciencia del Derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho*, México, UNAM-Marcial Pons, 2008, t. VIII, pp. 605-623.
- BAZÁN, V. (coord.): *Inconstitucionalidad por omisión*, Bogotá, Temis, 1997.
- CABRERA ACEVEDO, L.: *El constituyente de Filadelfia de 1787 y la Judicial Review*, México, Suprema Corte de Justicia, 2005.
- CARBONELL, M. (coord.), *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, 2.^a ed., México, UNAM, 2007.
- «La peor sentencia: a 150 años de *Dred Scott versus Sandford*», en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa, núm. 7, enero-junio de 2007, pp. 245-254.
- CARPIO MARCOS, E., y ETO CRUZ, G.: *El control de las omisiones inconstitucionales e ilegales en el Derecho comparado (reflexiones a propósito del caso peruano)*, México, Fundap, 2004.
- CIENFUEGOS, D. (comp.): *Marbury contra Madison. Una decisión histórica para la justicia constitucional*, Saltillo, Editora Laguna, 2007.
- DIETZE, G.: *The Federalist: A classic of federalism and free government*, Baltimore, John Hopkins Press, 1960.

³⁹ A. VON BOGDANDY, E. FERRER MAC-GREGOR y M. MORALES ANTONIAZZI (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, México, UNAM-Max Planc Institut-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010.

- FAVOREU, L.: «El bloque de la constitucionalidad», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, núm. 5, enero-marzo de 1990, pp. 45-68.
- FERRER MAC-GREGOR, E., y MOLINA SUÁREZ, C. de J. (coords.): *El juez constitucional en el siglo XXI*, México, UNAM-Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2 tomos, 2009.
- FERRER MAC-GREGOR, E., y SILVA GARCÍA: *El Caso Castañeda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La primera sentencia condenatoria en contra del Estado mexicano*, México, Porrúa-UNAM, 2009.
- «El control de convencionalidad de la jurisprudencia constitucional», en *Memorias del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, t. II, Lima, IDEMSA, 2009, pp. 599-621.
- FIX-ZAMUDIO, H., y FERRER MAC-GREGOR, E.: *Las sentencias de los Tribunales Constitucionales*, núm. 30, México, Porrúa-IMDPC, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, 2009.
- (coords.): *El derecho de amparo en el mundo*, México, Porrúa-UNAM-Fundación Konrad Adenauer, 2006.
- FERNÁNDEZ SEGADO, F.: *La justicia constitucional: una visión de Derecho comparado*, Madrid, Dykinson, 3 tomos, 2009.
- «El control de las omisiones legislativas por el *Bundesverfassungsgericht*», en E. FERRER MAC-GREGOR y C. de J. MOLINA SUÁREZ (coords.), *El juez constitucional en el siglo XXI*, t. I, México, UNAM-Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2009, pp. 71-119.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. J.: *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho comparado. El caso español*, Madrid, Civitas, 1998.
- «La omisión legislativa en la Constitución del Estado de Veracruz-Llave en el marco de la teoría general de dicho instituto», en E. FERRER MAC-GREGOR (coord.), *Derecho procesal constitucional*, t. IV, 5.ª ed., México, Porrúa, 2006, pp. 3757-3773.
- FIGUEIREDO, Marcelo, «Las omisiones estatales y los remedios judiciales para suplirlas en el Derecho brasileño y latinoamericano», en A. VON BOGDANDY, E. FERRER MAC-GREGOR y M. MORALES ANTONIAZZI (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, México, UNAM-Max Planck Institut-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010.
- GARCÍA RAMÍREZ, S., y CASTAÑEDA HERNÁNDEZ, M. (coords.): *Recepción nacional del Derecho internacional de los derechos humanos y admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana*, México, UNAM-IIJ, 2009.
- GONZÁLEZ OROPEZA, M.: *Constitución y derechos humanos. Orígenes del control jurisdiccional*, 2.ª ed., México, Porrúa-CNDH, 2009.
- HAMILTON, A.; MADISON, J., y JAY, J.: *El federalista*, México, Fondo de Cultura Económica, 2004.
- MANILI, P. L.: «La recepción del Derecho internacional de los derechos humanos por el Derecho constitucional iberoamericano», en R. MÉNDEZ SILVA, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 2002, pp. 371-410.
- *El bloque de constitucionalidad. La recepción del Derecho internacional de los derechos humanos en el Derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, La Ley, 2003.
- NELSON, W. E.: *Marbury vs. Madison. The origins and legacy of judicial review*, Kansas, University Press of Kansas, 2000.
- RANGEL HERNÁNDEZ, L.: «El control de las omisiones legislativas en México. Una invitación a la reflexión», en E. FERRER MAC-GREGOR y A. ZALDÍVAR LELO DE LARREA (coords.), *La ciencia del Derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho*, t. VIII, México, UNAM-Marcial Pons, 2008, pp. 625-668.
- *Inconstitucionalidad por omisión legislativa. Teoría general y su control jurisdiccional en México*, núm. 33, México, Porrúa-IMDPC, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, 2009.

- REY CANTOR, E.: *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, México, Porrúa-IMDPC, núm. 26, 2008.
- SAGÜÉS, M.^a S.: «Garantías de control de la inconstitucionalidad por omisión», en E. FERRER MAC-GREGOR (coord.), *Derecho procesal constitucional*, t. IV, 5.^a ed., México, Porrúa, 2006, pp. 3087-3125.
- SAGÜÉS, N. P.: «Reflexiones sobre la imprevisión constitucional», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, año 1, núm. 1, Santiago de Chile, Universidad de Talca, 2003, pp. 487-499.
- «Instrumentos de la justicia constitucional frente la inconstitucionalidad por omisión», en E. FERRER MAC-GREGOR (coord.), *Derecho procesal constitucional*, t. IV, 5.^a ed., México, Porrúa, 2006, pp. 3127-3140.
- SAMANIEGO SANTAMARÍA, L. G.: «Análisis de la regulación de la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa en México», en E. FERRER MAC-GREGOR y A. ZALDÍVAR LELO DE LARREA (coords.), *La ciencia del Derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho*, t. VIII, México, UNAM-Marcial Pons, 2008, pp. 669-691.
- VILLAVERDE MENÉNDEZ, I.: *La inconstitucionalidad por omisión*, Madrid, McGraw Hill, 1997.
- VON BOGDANDY, A.; FERRER MAC-GREGOR, E., y MORALES ANTONIAZZI, M. (coords.): *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, México, UNAM-Max Planc Institut-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010.

XXII. EL CONTROL ABSTRACTO DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LEYES EN MÉXICO

Tipología de resoluciones*

En coautoría con Rubén SÁNCHEZ GIL**

A Diego Valadés, jurista ejemplar

1. LAS REFORMAS JUDICIALES MEXICANAS (1994, 1996 Y 2006)

La reforma constitucional de 31 de diciembre de 1994 constituye la reforma más importante para el poder judicial en los últimos años en México. Porque es consabido su contenido no nos detendremos en sus implicaciones jurídicas y políticas, sino sólo destacaremos algunas cuestiones indispensables para poner en contexto la operación del control abstracto de inconstitucionalidad de leyes, conocido en México como «acción de inconstitucionalidad».

De acuerdo con la iniciativa del presidente Ernesto Zedillo, la reforma constitucional de 1994 tuvo por finalidad general «incorporar a nuestro orden jurídico los valores y funciones característicos del Estado constitucional de nuestros días», en la inteligencia de que así «se nutrirá una auténtica cultura constitucional que permee la vida nacional»¹. Básicamente, este objetivo se pretendió lograr, y efectivamente se hizo en muy buena proporción, a través de dos reformas fundamentales:

* Publicado en P. HÄBERLE y D. GARCÍA BELAUNDE (coords.), *El control del poder. Homenaje a Diego Valadés*, t. II, México, UNAM-IIIJ, 2011, pp. 121-155.

** Doctor en Derecho por la UNAM. Miembro del Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional.

¹ Cámara de Diputados, *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones*, t. XIII, 5.ª ed., México, Miguel Ángel Porrúa, 2000, p. 158 (cursivas añadidas).

1. La ampliación de la procedencia de la controversia constitucional (art. 105, fracción I, constitucional), cuyo uso estaba limitado en México —desde 1917 hasta dicha reforma sólo se habían presentado poco más de cuarenta de ellas y sólo en un caso se dictó sentencia de fondo—². El número de controversias constitucionales desde la reforma aludida ha sido fluctuante: 1995 (19), 1996 (57), 1997 (36), 1998 (29), 1999 (37), 2000 (37), 2001 (370); 2002 (67), 2003 (112), 2004 (109), 2005 (83), 2006 (153) y 2007 (97); dando un total de 1.206 y un promedio de 92,7 controversias constitucionales al año³.

2. La creación en México de la acción de inconstitucionalidad (art. 105, fracción II). Como veremos con detalle en el siguiente epígrafe, este proceso constituye un control abstracto de la validez constitucional de leyes y tratados internacionales, es decir previo e independiente a la aplicación de sus disposiciones, y ha sido muy utilizado en México y de manera creciente desde su aparición: 1995 (1), 1996 (10), 1997 (10), 1998 (17), 1999 (41), 2000 (40), 2001 (35), 2002 (26), 2003 (26), 2004 (30), 2005 (39), 2006 (59) y 2007 (171)⁴; lo que da un total de 491 y un promedio de 37,7 acciones de inconstitucionalidad por año⁵.

Otra reforma judicial muy importante es la del 22 de agosto de 1996, enfocada en realidad a la materia electoral. Aparte de la expresión de principios relativos a este ámbito y la creación de todo un sistema de medios de impugnación en él —de ella surgió el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación—, modificó la procedencia de la acción de inconstitucionalidad para permitir que a su través se impugnen leyes electorales, lo que representó una gran novedad en el sistema jurídico mexicano, legitimando también a los partidos políticos para promoverla en esta materia. Con esta reforma, al no quedar ya acto de poder fuera del posible conocimiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sea en amparo, controversia constitucional, acción de inconstitucionalidad —por su conocimiento natural o ejerciendo su facultad de atracción—, y darse así a este órgano jurisdiccional las condiciones para que siempre pueda dar la *interpretación definitiva de las normas constitucionales*⁶; se erigió a la Corte como

² Cfr. *Cuadro estadístico de asuntos relativos a controversias constitucionales entre 1917-1994*, México, SCJN, 2000. Sólo en la controversia constitucional 2/1932, promovida por el procurador general de la República, en su carácter de representante de la Federación, contra la Ley de Dominio y Jurisdicción de Monumentos Arqueológicos de 31 de febrero de 1932, el Pleno de la Suprema Corte resolvió que la ley emitida por la Legislatura del Estado de Oaxaca invadía «la esfera de acción constitucional de las Autoridades Federales» (pp. 123-153). Las resoluciones de las controversias constitucionales iniciadas entre 1917 y 1994 están disponibles en la página de internet en la Suprema Corte de Justicia de la Nación: <http://www.scjn.gob.mx/PortalSCJN/ActividadJur/Controversias-Constitucionales/ControversiasConstitucionales1917-1994.htm>.

³ A principios de septiembre de 2008 se han presentado cerca de 130 controversias constitucionales.

⁴ Resulta relevante el incremento en el año 2007, representaron la mitad de la labor total del Pleno de la Suprema Corte, de acuerdo con el correspondiente *Informe 2007* del ministro presidente Ortiz Mayagoitia (pp. 9-10).

⁵ A principios de septiembre de 2008 se han presentado poco más de 100 acciones de inconstitucionalidad.

⁶ La notoria excepción serían —porque no puede afirmarse que así sea en todo caso ni que la discusión esté cerrada— las «cuestiones políticas» *stricto sensu*, que la Suprema Corte estima que son las constitucionalmente reconocidas como incluidas en «categorías decisionistas de índole subjetiva, basadas sustancialmente en razones de oportunidad», inimpugnables a través de la controversia constitucional y el juicio de amparo en ciertas condiciones. *Vid.* el art. 73, fracción VIII, de la Ley de Amparo: «Declaración de procedencia. Los actos emitidos por la Cámara de Diputados y

auténtico «Tribunal Constitucional», conforme el entendimiento actual de dicho término —mucho más extenso que el tradicional y primigenio, de carácter formal, que imperó por largo tiempo en Europa—⁷.

Aunque no tanto como las anteriores, la reforma constitucional publicada el 14 de septiembre de 2006 también es importante para la acción de inconstitucionalidad. Se legitimó a las Comisiones de Derechos Humanos —federales y locales— para promoverla contra leyes que «vulneren los derechos humanos establecidos en la Constitución»; y dio la posibilidad de que sean reclamadas muchas más leyes —en especial aquellas que los legisladores o los partidos no tienen interés práctico de reclamar o cuyos vicios no hubieran advertido—⁸.

2. NATURALEZA DE LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

El objeto de esta vía es controlar la regularidad constitucional de las normas generales limitativamente relacionadas en la fracción II del artículo 105 constitucional: tratados internacionales y leyes en sentido estricto⁹, que produzcan un conflicto normativo actual por haber sido ya publicadas y ser de inexorable vigencia¹⁰; constituye un medio de control abstracto de la constitucionalidad de tales actos, es decir que no se refiere a la incidencia de la norma a un caso concreto. Su alcance es materialmente universal, ya que en ella es impugnabile la violación de *cualquier norma constitucional*, sin importar si pertenece a la parte dogmática u orgánica de la ley fundamental o bien violaciones a normas ordinarias o locales pero siempre que estén «vinculadas de un modo fundamental» a la ley impugnada¹¹. Y este procedimiento puede ser instado sólo por determinados sujetos legitimados en la mencionada fracción constitucional: 1) el 33 por 100

la sección instructora durante el procedimiento relativo son inatacables, incluso a través del juicio de amparo», Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XX, octubre de 2004, Tesis P/J 100/2004, p. 6; y las tesis derivadas de la controversia constitucional 140/2006, publicadas en *id.*, novena época, t. XXVII, abril de 2008, pp. 1779-1780.

⁷ E. FERRER MAC-GREGOR, *Los Tribunales Constitucionales en Iberoamérica*, Querétaro, FUNDAP-Colegio de Secretarios de la SCJN, 2002, pp. 55-57.

⁸ Acerca de esta reforma y sus implicaciones, *vid.* R. SÁNCHEZ GIL, «El ombudsman en la acción de inconstitucionalidad», en C. ASTUDILLO y M. CARBONELL (coords.), *Las comisiones de derechos humanos y la acción de inconstitucionalidad*, México, UNAM-CNDH, 2007, pp. 145-158.

⁹ Es decir, no procede contra reglamentos u otros ordenamientos generales administrativos. *Vid.* «Acción de inconstitucionalidad. Sólo procede contra normas generales que tengan el carácter de leyes o de tratados internacionales», Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. I, Tesis 17, p. 18; y «Acción de inconstitucionalidad. Procede contra normas generales y no contra sus actos de aplicación emitidos por las autoridades electorales», Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación (Actualización 2001)*, t. I, Tesis 18, p. 20.

¹⁰ «Acción de inconstitucionalidad. No procede contra un decreto que abroga un proyecto de ley que, aunque fue aprobado por el Congreso local, no se publicó en el periódico oficial (legislación del Estado de Jalisco)», Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XXIV, agosto de 2006, Tesis P/J 103/2006, p. 1563.

¹¹ «Acción de inconstitucionalidad. Las partes legitimadas para promoverla pueden plantear la contradicción de las normas generales frente a la Constitución federal, ya sea en relación con su parte dogmática u orgánica», Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación (Actualización 2001)*, t. I, Tesis 13, p. 16; y «Acción de inconstitucionalidad. Es procedente el concepto de invalidez por violaciones indirectas a la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, siempre que estén vinculadas de modo fundamental con la ley reclamada», Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. I, Tesis 9, p. 11.

de los integrantes de la legislatura que emitió la norma impugnada; 2) el procurador general de la República; 3) los partidos políticos —únicamente tratándose de leyes electorales—, y 4) las Comisiones Nacional y locales de Derechos Humanos —sólo de aquellas que violen «los derechos humanos establecidos en la Constitución»—¹².

Su naturaleza procesal es doctrinalmente disputada. La idea establecida¹³ es que la acción de inconstitucionalidad no es un «proceso» sino un «procedimiento», porque en ella no se resuelve un conflicto relacionado con el interés personal directo o indirecto de las partes —ninguno de quienes la instan hace valer un supuesto derecho propio, como en el amparo o la controversia constitucional (y aun en ésta no es tan claro)—; a esta concepción se ha alineado la Corte mexicana para determinar la naturaleza de la acción de inconstitucionalidad¹⁴. En la actualidad esta posición no es tan firme, al admitirse ya la posibilidad de que existan «procesos de contenido objetivo» por no tener como objeto resolver sobre el *status* de las personas sino el de las normas —y tal sería el caso de el procedimiento que nos ocupa—, que rompen el tradicional esquema trilateral del proceso y elimina el carácter de «partes» en sentido estrictamente técnico (según el interés propio que tengan en el litigio); la acción de inconstitucionalidad ciertamente no es un proceso «subjetivo» en el que se dirima una contradicción de intereses propios de los contendientes y establezca la situación jurídica que éstos deban guardar, sino tiene por objeto decidir si una norma legal o internacional es acorde con la Constitución y por tanto formar parte del sistema jurídico que ésta funda; pero con todo existe una contienda¹⁵ sobre la validez de las normas impugnadas que no puede ser iniciada por cualquiera sino exclusivamente por sujetos particularmente legitimados por su especial situación jurídica, que se dirimiría por medio de este instrumento de control en defensa de la constitucionalidad y el interés general en que ésta subsista¹⁶.

¹² Vid. «Acción de inconstitucionalidad. Quiénes se encuentran legitimados para promoverla atendiendo al ámbito de la norma impugnada», Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XXV, mayo de 2007, Tesis P/J 7/2007, p. 1513.

¹³ Fijada por la doctrina y jurisprudencia alemanas: K. SCHLAICH, *Das Bundesverfassungsgerichts. Stellung, Verfahren, Entscheidungen*, 5.ª ed. continuada por Stefan Koriath, Múnich, C. H. Beck, 2001, p. 87; R. FLEURY, *Verfassungsprozessrecht*, 6.ª ed., Múnich/Unterschleißheim, Luchterhand, 2004, p. 25; y BVerfGE 1, 396 (407 y 414).

¹⁴ «Acción de inconstitucionalidad. Las partes legitimadas para promoverla sólo están facultadas para denunciar la posible contradicción entre una norma general y la propia Constitución», Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. I, Tesis 11, p. 13; «Controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad. Diferencias entre ambos medios de control constitucional», Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación (Actualización 2001)*, t. I, Tesis 75, p. 73, y «Acción de inconstitucionalidad. Los diputados que conformen el 33 por 100 de la integración de una legislatura estatal tienen legitimación para promoverla, aun cuando no hubieran votado en contra de la norma general impugnada», Pleno, *id.*, t. I, Tesis 14, p. 16.

¹⁵ Usando una concepción moderna y más amplia de «litigio», entendiéndolo como la «existencia de una pretensión y una resistencia [a ella]», que en la acción de inconstitucionalidad la primera sería la intención de sus promotores de que se invaliden las normas impugnadas. Cfr. J. MONTERO AROCA *et al.*, *Derecho jurisdiccional I. Parte general*, 14.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 116-117.

¹⁶ C. ASTUDILLO, «Las comisiones de derechos humanos y la acción de inconstitucionalidad: perfiles procesales», en ASTUDILLO y CARBONELL (coords.), *op. cit.*, nota 8, pp. 14-21.

3. LA SENTENCIA CONSTITUCIONAL

Antes de abordar propiamente los aspectos específicos de la sentencia dictada en los procesos de *acción de inconstitucionalidad* es necesario referirnos, aunque sea brevemente, a la naturaleza jurídica de las sentencias en general y de las constitucionales en particular¹⁷. Igualmente debe considerarse que lo dicho en adelante, aunque específicamente referido a este procedimiento, guardando las debidas distancias también podría ser aplicable a la *controversia constitucional* y el *juicio de amparo* en tanto versen sobre normas generales; pero nos enfocamos principalmente a la acción de inconstitucionalidad ya que, por su carácter abstracto, la problemática a que da lugar es más rica y por consiguiente paradigmática de las cuestiones que plantea la actividad que hogaño desempeñan los Tribunales Constitucionales¹⁸.

En lo que aquí interesa, es necesario destacar que la «sentencia» como categoría procesal se entiende referida dentro de la concepción genérica de las «actuaciones procesales», y de manera particular como una especie de «resolución judicial». Las actuaciones judiciales son todos los actos que lleva a cabo un órgano jurisdiccional, comprendiendo un amplio espectro: comunicaciones procesales, resoluciones, audiencias, ejecución de actos, etc.; las resoluciones judiciales, por lo tanto, constituyen un tipo de actuación judicial: aquel por el cual el tribunal decide cualquier cosa en el curso de un proceso¹⁹.

Dentro del género de «resoluciones judiciales» se encuentran las sentencias como una de sus especies. Si bien existe cierta confusión terminológica y conceptual entre los diversos códigos procesales, como en la que incurre el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal²⁰, la doctrina más segura dentro del procesalismo científico contemporáneo clasifica las resoluciones judiciales en tres tipos: 1) *decretos*, si se refieren a simples determinaciones de trámite; 2) *autos*, cuando decidan cualquier aspecto del negocio, salvo el fondo, y 3) *sentencias*, cuando decidan el fondo del negocio²¹. Esta clasificación es la más adecuada para el Derecho procesal constitucional mexicano, no sólo por ser ampliamente sostenida en la doctrina por su sencillez, sino también porque la sigue el artículo 220 del Código Federal de Procedimientos Civiles, supletorio de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 constitucional (LR105) en términos de su artículo 1.º *in fine*.

A su vez, pueden distinguirse diversos tipos de sentencia según diferentes criterios, como su naturaleza (como acto jurídico y como documento), finali-

¹⁷ En cuanto a este tipo de sentencias, *vid.* H. FIX-ZAMUDIO y E. FERRER MAC-GREGOR, «Las sentencias de los Tribunales Constitucionales en el ordenamiento mexicano», en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 12, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008 (en prensa).

¹⁸ *Cfr.* SCHLAICH, *op. cit.*, nota 13, p. 261.

¹⁹ *Vid.* C. GÓMEZ LARA, *Teoría general del proceso*, 5.ª reimpresión de la 10.ª ed., México, Oxford, 2007, pp. 325-326.

²⁰ El artículo 79 del referido Código distingue entre: 1) decretos; 2) autos provisionales; 3) autos definitivos; 4) autos preparatorios; 5) sentencias interlocutorias, y 6) sentencias definitivas. Esta clasificación ha sido criticada por la doctrina por su complejidad que confunde la naturaleza propia de las resoluciones.

²¹ Por lo que hace a nuestro país, *cfr.*, entre otros, GÓMEZ LARA, *loc. cit.*, nota 19; y J. OVALLE FAVELA, *Teoría general del proceso*, 6.ª ed., México, Oxford, 2006, pp. 295-296.

dad (declarativas, constitutivas, de condena o mixtas), resultado (estimatoria o desestimatoria), funciones (definitivas o firmes), estructura (preámbulo, resultando, considerandos y puntos resolutivos), requisitos materiales (congruencia, motivación y exhaustividad), eficacia (cosa juzgada) y efectos (*inter partes*, expansivos, generales, etc.), entre otros. Por este motivo, el término «sentencia» adquiere gran equivocidad y en determinados contextos su empleo sucesivo podría no referir el mismo objeto.

En principio, puede sostenerse que la naturaleza de la sentencia constitucional comparte las características propias de las «resoluciones judiciales», como se ha construido desde la teoría del Derecho procesal, y por consiguiente le son aplicables las categorías generales antes mencionadas. Sin embargo, y aunque lo anterior puede tomarse como punto de partida, debe atenderse que la complejidad de los procesos constitucionales en comparación con los «ordinarios» se refleja también en sus resoluciones finales; generalmente, en los últimos la litis se centra en uno o muy pocos puntos jurídicos que son decididos por los tribunales de una manera simple, y en cambio en materia constitucional —sobre todo cuando se trata de la impugnación de normas generales en abstracto, por su sola vigencia—, una «sentencia» entendida muy ampliamente como el documento que contiene *grosso modo* la resolución final del proceso, puede contener diversos tipos de decisiones: sentencias o autos; como explicaremos a continuación.

En el plano constitucional, en un sentido *estrictamente material*, es una sentencia la decisión por la cual el tribunal *resuelve de manera vinculante el litigio que se le plantea y acoge la pretensión de una de las partes* (la acción de inconstitucionalidad, como ya vimos, puede tenerse como una controversia de carácter «objetivo»), teniéndola como la correcta aplicación del Derecho relevante. En ocasiones, luego de transcurridas las etapas procesales correspondientes, los juzgadores constitucionales dictan una «sentencia» en sentido *formal* que sería un documento en el cual se contiene su decisión de dar fin al proceso y los motivos por los cuales llega a esa conclusión, pero la terminación del proceso no implica necesariamente una resolución sobre el fondo de la litis ni el acogimiento de la pretensión de una de las partes; un ejemplo habitual de lo anterior puede ser la «sentencia» del juicio de amparo en que, luego de la audiencia constitucional, se resuelve el sobreseimiento por improcedencia de este proceso constitucional.

En términos generales, la sentencia constitucional desde el punto de vista material es la decisión por la que un tribunal —entre nosotros: la Suprema Corte u otro órgano con jurisdicción constitucional— *resuelve* el problema de fondo, y así constituye un tipo de resolución que debe distinguirse de los decretos (meros acuerdos de trámite) y los autos (que deciden cuestiones trascendentes en el procedimiento, mas no definen el litigio), incluyéndose entre los últimos los autos de sobreseimiento, que de manera teóricamente inapropiada se suelen considerar como «sentencias» —tanto en juicio de amparo, e idealmente también en la controversia constitucional y la acción de inconstitucionalidad—. La confusión parece provenir de que la sentencia entendida formalmente como documento, puede incluir diversas decisiones que dirimen cada uno de los aspectos litigiosos planteados que en los procesos constitucionales pueden ser muy variados (sentencia *stricto sensu*), resuelven algún punto del negocio, sin tocar el fondo (auto), o incluyen aun determinaciones de trámite (decreto). Claro que pueden

haber «sentencias» documentalmente entendidas cuyo contenido pueda incluirse en ese concepto tanto formal como materialmente, pero la complejidad de la vida real lleva a que las resoluciones finales de un proceso en esta materia sean sumamente complejas, sobre todo en controversia constitucional y acción de inconstitucionalidad; de ahí que correctamente el artículo 37 de la LR105 se refiere a que el ministro instructor someterá a la consideración del Pleno de la Corte el «proyecto de resolución», ya que puede ser que la propuesta sea de sobreseimiento, lo que implica que no necesariamente el ministro someterá un «proyecto de sentencia» (como se establece en el art. 68 de la propia ley); o bien pudiera ocurrir que no obstante una propuesta sobre resolución de fondo, se llegara al sobreseimiento por así decidirlo la mayoría de los ministros.

La multiplicidad de los actos que simultáneamente pueden impugnarse en un proceso constitucional²², ocasiona que sus sentencias formales incluyan tantas resoluciones como puntos contenciosos a analizar existan en cada proceso, o bien que a pesar de darse luego de las etapas procesales correspondientes concluyan con una resolución que sería en realidad un «auto» como es el caso de las de acción de inconstitucionalidad —y también la controversia constitucional— que llamaremos «estimatorias no calificadas», equivalentes a un sobreseimiento; y aun éste, aparentemente simple porque impide un estudio del fondo del negocio, puede llegar a tener ciertos efectos jurídicos constitutivos más allá de dejar firme el acto impugnado. De lo anterior nos ocuparemos con más detalle al tratar los diferentes tipos de resolución con que puede culminar una acción de inconstitucionalidad.

Además de la anterior complejidad meramente técnica, la sentencia constitucional adquiere matices y particularidades que la diferencian de manera importante de otras sentencias, debido a su *trascendencia e impacto jurídico y político* (mucho mayor que cualquier otra sentencia, que también la tiene). Esto se debe a que la función del Tribunal Constitucional consiste en otorgar significado, contenido y alcance a las normas, valores y principios constitucionales, de tal suerte que repercute en todo el ordenamiento infraconstitucional; y además, la incidencia de sus resoluciones que invalidan una norma legal o de un tratado internacional sobre la conformación del orden jurídico y las relaciones de poder, exigen también atender a las consecuencias sociales y políticas de sus fallos.

Por otra parte, los jueces constitucionales en realidad llevan a cabo una doble interpretación: la de la Ley Fundamental y la correspondiente a las normas secundarias impugnadas, de tal manera que lo decidido y argumentado (*ratio decidendi*) repercute en la manera en que deben (in)aplicar e interpretar las leyes todos los operadores de un sistema jurídico determinado (jueces, autoridades y gobernados). Es precisamente la interpretación que realizan los jueces constitucionales el punto neurálgico de la legitimación de las sentencias constitucionales, en la medida en que posibilitan el desarrollo democrático, otorgan contenido específico a los derechos fundamentales y otros principios del orden

²² Aunque en menor grado, esto también es aplicable al juicio de amparo en el que pueden reclamarse diversos actos de autoridad (como leyes y actos en aplicación de las mismas), y hacerlo en diferentes aspectos que darían lugar a cualquier número de conceptos de violación; no es extraño encontrar sentencias de amparo que estimen la acción contra un acto determinado y sobresean respecto de otro.

constitucional, y en general dirimen controversias trascendentales para el adecuado funcionamiento institucional del Estado²³.

El propio creador del sistema concentrado de control de la constitucionalidad de leyes advertía las características especiales de este tipo de sentencias (particularmente en los procesos de control abstracto), al considerar ciertas especificidades del *resultado del control de la constitucionalidad*: a) que el acto sea directamente anulado en su sentencia en caso de que lo considere irregular; b) dejar a la libre apreciación del tribunal la facultad para anular un acto por vicio de forma o bien por defectos esenciales; c) por un principio de seguridad jurídica, modular su temporalidad dentro de un plazo fijado por la Constitución (por ejemplo, de tres a cinco años a partir del momento de la entrada en vigor de la norma irregular, especialmente de normas generales que llevan largos años sin haber sido impugnadas); d) no otorgar efectos retroactivos (como regla general) y por tanto dejar subsistentes todos los actos jurídicos anteriormente realizados con base en la norma en cuestión; e) otorgar (excepcionalmente) retroactividad limitada; f) dejar libertad al tribunal para que tenga la posibilidad de diferir los efectos de la anulación hasta la expiración de un cierto término contado a partir de su publicación; g) permitir en ciertos supuestos que las normas generales que regían la materia con anterioridad a la ley anulada vuelvan a entrar en vigor, esto es poder restablecer el Estado de Derecho anterior a la entrada en vigor de la ley anulada; h) la fórmula de la anulación de la norma general puede consistir en la anulación de la validez de la misma, cuando por ejemplo la norma impugnada ha sido abrogada, pero que tenga todavía consecuencias para hechos anteriores; i) la anulación de la ley puede ser en su totalidad o limitarse a algunas de sus disposiciones, y j) para la anulación de las normas que entran en vigor por su publicación, la sentencia del tribunal debería ser también publicada de la misma manera en que lo fue la norma anulada²⁴.

La jurisprudencia emanada de los Tribunales Constitucionales surgidos en Europa luego de la segunda guerra mundial, marcaron una nueva etapa en la caracterización de las sentencias, especialmente por lo que hace a su contenido y efectos. Si bien la caracterización teórica de las sentencias constitucionales —y en general de la jurisdicción constitucional— se inició bajo la óptica del procesalismo científico²⁵, y por ello acertadamente se ha considerado «el origen

²³ Vid. M. AHUMADA, «La expansión del control de constitucionalidad y el sistema de los Tribunales Constitucionales», en *Tribunales Constitucionales y consolidación de la democracia*, México, SCJN, 2007, pp. 135 y ss.

²⁴ H. KELSEN, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*, trad. de R. TAMAYO Y SALMORÁN, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, pp. 82-87 y 93-95.

²⁵ Especialmente en Italia, a partir de su Constitución democrática de 1947. En la línea del mejor procesalismo de la época, *vid.*, entre otros, P. CALAMANDREI, *L'illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, Padua, CEDAM, 1950; «Corte Costituzionale e Autorità giudiziaria», en *Rivista di diritto processuale*, vol. XI, parte I, 1956, pp. 7-55; V. ANDRIOLI, «Profili processuali del controllo giurisdizionale delle leggi», en *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Processuale Civile*, Padua, CEDAM, 1953, pp. 27 y ss.; M. CAPPELLETTI, «Pronunce di rigetto nel proceso costituzionale delle libertà e cosa giudicata» y «Sentenze condizionali della Corte Costituzionale (a proposito della interpretazione delle leggi nel processo costituzionale)» ambos en *Rivista di diritto processuale*, vol. XI, 1956, pp. 140 y ss., y 1957, pp. 88 y ss.; E. REDENTI, *Legittimità delle leggi e Corte costituzionale*, Milano, 1957; E. T. LIEBMAN, «Contenuto ed efficacia delle decisioni della Corte Costituzionale», en *Rivista di diritto processuale*, vol. XII, 1957, pp. 521 y ss.

procesal de la justicia constitucional»²⁶; su desarrollo posterior se debe esencialmente a la dogmática constitucional, como se aprecia de la rica doctrina constitucional alemana²⁷ e italiana²⁸, y también recientemente la española²⁹, que han estudiado con profundidad la especificidad de la sentencia constitucional a la luz de la jurisprudencia de estos órganos; esta coincidencia en la práctica judicial y la doctrina europeas, es una muestra más de la formación —por lo menos en ese continente— de «un creciente ensamble de principios constitucionales particulares, explícitos o implícitos, que son “comunes” a los distintos Estados constitucionales nacionales», sobre los cuales se basa como veremos la tipología resolutoria que actualmente maneja la jurisdicción constitucional³⁰.

Las modalidades y caracterizaciones tradicionales de la sentencia constitucional siguen teniendo vigencia, si bien han experimentado un notable desarrollo por la variada y dinámica actividad de los Tribunales Constitucionales, que respondiendo a las necesidades sociales han otorgado nuevos alcances a sus fallos. La concepción kelseniana pura de destrucción de la norma general a manera de un «legislador negativo», ha quedado ampliamente superada en la actualidad: los Tribunales Constitucionales no sólo pueden eliminar una norma del sistema jurídico, también pueden imponerla —o revivir las que sustituyó la impugnada— cuando así se desprenda de su interpretación de los parámetros constitucionales, y establecer los plazos en que surtirán efectos sus resoluciones.

Por lo anterior, en los procesos constitucionales y particularmente en nuestro país en la acción de inconstitucionalidad por la cual se puede impugnar ampliamente todo un cuerpo de normas ordinarias, las sentencias constitucionales pueden adquirir una inusitada complejidad y tener múltiples efectos y consecuencias, porque en ellas el pronunciamiento judicial no necesariamente se refiere a la tajante estimación o desestimación de la impugnación en términos integrales (es decir, se estime toda la demanda o nada de ella), y tampoco al de una tajante constitucionalidad-inconstitucionalidad de la(s) norma(s) impugnada(s). De ahí que se hable de resoluciones «híbridas» o «mixtas», que contengan diversas resoluciones con diferentes sentidos sobre tantos puntos en conflicto que tenga que resolver el tribunal.

²⁶ Cfr. M. d'AMICO, «Dalla giustizia costituzionale al diritto processuale costituzionale: spunti introduttivi», *Giurisprudenza italiana*, parte quarta, *Dottrina e varietà giuridiche*, 1990, pp. 480-504, especialmente pp. 480-483.

²⁷ Cfr. Ch. PESTALOZZA, *Verfassungsprozessrecht*, 3.ª ed., Múnich, C. H. Beck, 1991, § 20; E. BENDA y E. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht. Ein Lehr- und Handbuch*, 2.ª ed., Heidelberg, C. F. Müller, 2001, § 37; y SCHLAICH, *op. cit.*, nota 13, pp. 260 y ss.

²⁸ La bibliografía italiana sobre el tema es impresionante, por lo que nos limitamos a señalar la clásica obra de G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, 2.ª ed., Torino, Il Mulino, 1988; así como su influyente estudio: voz «Processo costituzionale», en *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXXVI, Milano, Giuffrè, 1987, pp. 522 y ss.

²⁹ La bibliografía española sobre la materia inició con posterioridad, especialmente a partir de la actual Constitución democrática de 1978 y de su Tribunal Constitucional. Entre muchos otros, *vid.* los estudios de R. BOCANEGRA SIERRA, *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*, Madrid, Instituto de Estudios de la Administración Local, 1982; F. J. DÍAZ REVORIO, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional. Significado, tipología, efectos y legitimidad. Análisis especial de las sentencias aditivas*, Valladolid, Lex Nova, 2001.

³⁰ Cfr. P. HÄBERLE, «Gemeineuropäisches Verfassungsrecht», *Europäische Rechtskultur*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1997, p. 37.

Si bien la naturaleza de las sentencias constitucionales corresponde a la de un tipo de «resolución judicial», como ha desarrollado la dogmática procesal en general, lo cierto es que adquieren una caracterización peculiar que las distingue de otras por sus implicaciones jurídicas y trascendencia política. Esto ha propiciado la creatividad de los propios Tribunales Constitucionales para trazar nuevas fórmulas y derroteros en sus decisiones a través de interpretaciones dinámicas, con la finalidad de otorgar mayor eficacia y coherencia al orden constitucional.

4. LAS SENTENCIAS DE ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

En una primera aproximación de las sentencias de acción de inconstitucionalidad, como en cualquier otra sentencia, pueden darse dos tipos de resoluciones atendiendo a su resultado: estimatorias y desestimatorias. Esta clasificación genérica constituye el punto de partida para cualquier análisis, si bien adquieren modalidades y perfiles propios dependiendo del tipo de proceso constitucional, regulación legal y práctica jurisprudencial.

Por lo que hace a la acción de inconstitucionalidad mexicana, el último párrafo de la fracción II del artículo 105 constitucional³¹, al que secunda el artículo 72 de la LR105³², establece que la Suprema Corte de Justicia de la Nación sólo podrá declarar la invalidez de las normas impugnadas en este proceso, con el voto de al menos ocho de sus integrantes³³. Aunque no lo menciona expresamente la LR105, dicha «invalidez» se refiere a la privación de validez con *efectos generales* a los actos impugnados; ello se desprende no sólo de los alcances semánticos de aquel término, sino también de la misma naturaleza de la acción de inconstitucionalidad en la cual los promoventes no defienden un interés particular y específico como en la controversia constitucional o el juicio de amparo, por lo que la sentencia que estima la acción declarando la inconstitucionalidad de las normas impugnadas, por «necesidad imperiosa y exigencia lógica» —de lo contrario su misma existencia sería ociosa— porque no daría beneficios a la esfera jurídica particular de sus promoventes, y en estas condiciones el único efecto (en principio) que podría tener es la «expulsión pura y simple del ordenamiento jurídico [de dichas normas]»³⁴. Esto se sigue en línea de principio, si bien en el Derecho comparado existen casos en que la inconstitucionalidad no necesariamente lleva a la nulidad o invalidez de la norma, como veremos en su oportunidad.

³¹ «Las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia sólo podrán declarar la invalidez de las normas impugnadas, siempre que fueren aprobadas por una mayoría de cuando menos ocho votos».

³² «Las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia sólo podrán declarar la invalidez de las normas impugnadas, si fueren aprobadas por cuando menos ocho votos. Si no se aprobaran por la mayoría indicada, el Tribunal Pleno desestimaré la acción ejercitada y ordenará el archivo del asunto».

³³ Esta es una diferencia fundamental con el juicio de amparo, en el que la sentencia sólo tiene efectos para «el caso especial sobre el que verse la queja, sin hacer una declaratoria general respecto de la ley o el acto que la motivare» (art. 107, párrafo 2.º, Constitución Federal y 76 de la Ley de Amparo).

³⁴ J. BRAGE CAMAZANO, *La acción abstracta de inconstitucionalidad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, p. 356. *Vid.* también «Controversias constitucionales y acciones...», *op. cit.*, nota 14.

Es preciso reparar en la diferencia entre los conceptos de «nulidad» e «invalidez». La primera se refiere a la «expulsión» con efecto retroactivo de la norma del sistema jurídico, es decir la sentencia del tribunal es declarativa y reconoce que dicha norma siempre ha sido ilegítima y por tanto inaplicable en lo pasado y futuro, con las consecuencias que de ello resulten, especialmente la anulación de los actos que se hayan realizado con fundamento en ella; la «invalidez», en cambio, es de carácter constitutivo y deja intacta la aplicación anterior de la norma y su «expulsión» (derogación) sólo tiene efectos hacia el futuro³⁵. La primera es característica del sistema difuso o americano, mientras que la segunda del sistema concentrado o europeo.

En general, en el proceso de control abstracto de constitucionalidad de leyes, tal y como lo concibió KELSEN, tiene por línea de principio dotar a la sentencia constitucional de efectos generales (*erga omnes*) y hacia el futuro (*ex nunc*). Éste es el principio seguido en la mayoría de los países latinoamericanos que han introducido este mecanismo (Brasil, Bolivia, Colombia, Guatemala, Ecuador, Perú y Venezuela). Sin embargo, la concepción original austriaca en la actualidad sufre importantes excepciones, de tal suerte que es frecuente que los Tribunales Constitucionales europeos (por ejemplo, Austria, Alemania, Italia y España), admitan ciertos efectos retroactivos (*ex tunc*) en sus resoluciones de inconstitucionalidad. Esto ha provocado, como pusimos en evidencia en la parte introductoria a este estudio, que las sentencias típicas de naturaleza constitutiva (que implican la invalidez de la norma) propias de este tipo de proceso abstracto de inconstitucionalidad de leyes, sea sustituido en algunos supuestos por sentencias declarativas (nulidad), lo que implica otorgar efectos hacia el pasado.

En México, por disposición expresa del penúltimo párrafo del artículo 105 constitucional³⁶, la regla es que las sentencias de acciones de inconstitucionalidad declaren la *invalidez* de la norma —por eso utilizaremos este término—³⁷, y la única excepción admitida es cuando ésta corresponda a la materia penal y a favor del reo, en cuyo caso será *anulada* con efectos retroactivos. Si bien el Pleno de la Corte excepcionalmente ha admitido otorgar cierto efecto retroactivo, pudiendo

«indicar en forma extraordinaria que la declaración de invalidez sea efectiva a partir de la fecha de la presentación de la demanda, cuando por virtud de la suspensión de los actos reclamados se hayan mantenido las cosas en el estado en que se encontraban al momento de la promoción de la controversia, o bien desde el momento en que se hubiese otorgado esa medida cautelar, cuando su concesión ocurrió con posterioridad a la presentación de aquélla»³⁸.

El requerimiento constitucional y legal de una *mayoría calificada de cuando menos ocho ministros de la Suprema Corte* para «estimar» la acción en este pro-

³⁵ Vid. F. BALAGUER CALLEJÓN *et al.*, *Derecho constitucional*, vol. I, Madrid, Tecnos, 1999, p. 247.

³⁶ Vid. también los artículos 45 y 75 de la LR105.

³⁷ La «invalidez» a que se refiere la Constitución y la ley, corresponde propiamente a una «derogación» de la disposición impugnada.

³⁸ «Controversia constitucional. La sentencia de invalidez excepcionalmente puede surtir efectos a partir de la fecha de presentación de la demanda», Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXIII, mayo de 2006, Tesis P/J 71/2006, p. 1377. A pesar de referirse a la controversia constitucional, pensamos que este criterio aplicaría a la acción de inconstitucionalidad en virtud de lo dispuesto por el artículo 59 de la LR105.

ceso, es decir, que se tenga por fundada y se invaliden los actos impugnados, pretende sustentarse en el principio constitucional democrático y la presunción de su constitucionalidad. Las leyes de las legislaturas federal y locales, así como los tratados internacionales aprobados por el Senado de la República, son producto de una decisión adoptada por representantes populares; su irregularidad constitucional con efectos generales, por la invalidación que conllevan, debe basarse en un *amplio consenso racionalizado* entre los ministros de la Corte que asegure la corrección de esta decisión jurisdiccional y deje un reducidísimo margen de duda sobre la cuestión, para revertir «la presunción respectiva en cuanto a que el órgano legislativo se ajustó a la Constitución»; porque supuestamente una votación cerrada no establece con buena medida de certeza la inconstitucionalidad de la norma general impugnada, el constituyente no juzgó conveniente permitir la anulación general de las leyes en esas condiciones, porque la insuficiencia de la votación reflejaría una «ausencia de argumentos jurídicos de la Suprema Corte» que superen las razones de la «mayoría simple [de] un órgano de carácter político, emanado de una elección popular»³⁹.

Esta votación calificada de ocho votos como requisito de procedibilidad para la declaración de invalidez, no parece adecuada en la actualidad y son muy pocos los países en el Derecho comparado que la adoptan (por ejemplo en Perú, que requiere una votación de 5 de los 7 juzgadores que integran su Tribunal Constitucional)⁴⁰; el condicionamiento de la regularidad constitucional a una minoría no es apropiada en órganos de naturaleza jurisdiccionales, sin que pueda justificarlo la presunción de la constitucionalidad de las leyes, que tiene su razón de ser en otros ámbitos que no aplican para el órgano al cual se ha confiado la interpretación definitiva de la Constitución, y cuya función en realidad debe tenerse limitada a mero punto de partida del debate procesal⁴¹. Esta característica de la votación calificada para declarar la invalidez de las normas generales impugnadas, ha sido ampliamente criticada y señalada como «la mayor de las deficiencias de la acción federal mexicana de inconstitucionalidad», por lo que el sistema actual ha nacido «herido de muerte y un replanteamiento serio de las funciones del órgano de la constitucionalidad habrá de conducir, antes o después, a comprender la necesidad inexorable de una reforma que viene exigida por el sentido común y la propia eficacia del órgano»⁴²; y su existencia ha provocado que la propia Corte en su Acuerdo General 7/2008⁴³ disponga el aplazamiento de la vista de controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad, cuando en la sesión esté ausente un ministro cuyo voto pueda

³⁹ Cfr. Pleno, acción de inconstitucionalidad 10/2000, 29 y 30 de enero de 2002, con. VI, pp. 117-120; Pleno, acción de inconstitucionalidad 12/2002, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XVII, enero de 2003, con. IX, pp. 1147 y ss.; y Pleno, acción de inconstitucionalidad 19/2004, *id.*, novena época, t. XXI, junio de 2005, con. VI, pp. 471 y ss.

⁴⁰ Cfr. S. ABAD YUPANQUI *et al.*, *Código Procesal Constitucional*, 2.^a ed., p. 92.

⁴¹ *Vid.* R. SÁNCHEZ GIL, «La presunción de constitucionalidad», en E. FERRER MAC-GREGOR y A. ZALDÍVAR LELO DE LARREA (coords.), *La ciencia del Derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho*, t. VIII, México, UNAM-IMDPC-Marcial Pons, 2008, pp. 371 y 377-380.

⁴² BRAGE CAMAZANO, *op. cit.*, nota 34, pp. 350 y 352. La sección de la que se desprenden estas citas es una amplia crítica, sobre la que vale la pena detenerse, respecto de la votación calificada para la estimación de la acción de inconstitucional en México.

⁴³ *Diario Oficial de la Federación*, 4 de junio de 2008, sección 1.^a, pp. 18-19.

determinar la formación de la mayoría calificada que invalidaría *erga omnes* una norma general.

De lo anterior y atendiendo a su resultado se sigue que existen tres tipos generales de resoluciones que ponen fin a la acción de inconstitucionalidad, que puede incluir su sentencia entendida en un sentido meramente formal:

1. Las decisiones *estimatorias calificadas*, son aquellas sentencias propiamente dichas que declaran procedente la acción y fundada la pretensión constitucional correspondiente, por lo que producen la invalidez de la norma general impugnada al votar en tal sentido ocho o más integrantes del Máximo Tribunal. Consecuentemente, al declararse su invalidez se expulsa del ordenamiento jurídico la norma impugnada (derogación), sea de manera parcial o total.

2. Las *estimatorias no calificadas*, aquellas que a pesar de que una mayoría de seis o siete ministros acuerda la invalidez de las normas impugnadas, por no contarse con el número de votos constitucional y legalmente requerido (ocho o más) no surten efecto jurídico y producen que en un acto sucesivo el Pleno desestime la acción por sobrevenir una causa de improcedencia. En este supuesto, la resolución no tiene el carácter de sentencia sino de un «auto desestimatorio de la acción» en cuanto al punto de contención de que se trate.

3. Las resoluciones *desestimatorias*, que pueden o no adoptarse con votación calificada, son aquellas que declaran improcedente la acción o infundada la pretensión constitucionales. En el primer supuesto la resolución constituye un «auto desestimatorio de la acción» (al igual que en el supuesto anterior de resoluciones estimatorias no calificadas), por existir un impedimento u obstáculo procesal insubsanable, que impide o imposibilita resolver la cuestión efectivamente planteada (improcedencia y consecuente sobreseimiento). En el segundo caso, la resolución declara infundada la pretensión constitucional hecha valer (no obstante, la amplia suplencia que puede darse a los conceptos de invalidez), ya que la Suprema Corte los consideró carentes de razón; en este supuesto, se declara constitucional la norma general impugnada, sea por una mayoría simple (seis o siete) o calificada (ocho o más) de ministros, y se confirma la validez de la misma.

Con independencia de estos tres tipos de resoluciones genéricas que ponen fin al proceso objetivo de control de constitucionalidad de normas (acción de inconstitucionalidad), debe advertirse que tanto las estimatorias como desestimatorias, poseen una pluralidad de contenidos y consecuencias. Esto se advierte en las denominadas «sentencias atípicas», también llamadas «sentencias intermedias» o si se prefiere «sentencias interpretativas» (en su amplia variedad de posibilidades); en este tipo de resoluciones se parte esencialmente de la distinción entre «disposición o texto» (el precepto legal como tal) y «norma» (el contenido o significación que se le asigna)⁴⁴, adquiriendo matices propios dependiendo de cada caso. Trataremos esta tipología más adelante; por ahora basta señalar que no necesariamente una resolución estimatoria calificada provocará la declaración de invalidez y que la resolución desestimatoria puede implicar a su vez una estimación interpretativa de la norma.

Ahora bien, por la habitual práctica del juicio de amparo estamos acostumbrados a que el litigio constitucional —como casi cualquier otro— verse exclu-

⁴⁴ Vid. *infra*: «V. Tipología específica de las resoluciones en acciones de inconstitucionalidad».

sivamente sobre un acto muy específico de autoridad (orden de aprehensión, sentencia judicial, aplicación de una concreta disposición secundaria, etc.), y la reclamación de diversos actos en una sola instancia por esa vía es realmente excepcional —aunque pueden darse algunos casos en materias fiscal y administrativa—. A diferencia del proceso de garantías, como casi siempre una acción de inconstitucionalidad deriva de la expedición de un amplio conjunto de disposiciones como una nueva ley o un «paquete» de reformas (así sucedió en la núm. 26/2006; el *Caso Ley de Medios*, paradigma de los problemas que tratamos); y puesto que sólo existe una sola oportunidad para instar la demanda correspondiente y se da una amplia legitimación⁴⁵, en este proceso los actores pueden hacer valer todos los vicios de inconstitucionalidad que quieran atribuir a esos actos legislativos, pudiendo impugnar *cada una de las relativas disposiciones específicas* y aun hacer valer contra cada una ellas múltiples argumentos (conceptos de invalidez) para demostrar que son irregulares⁴⁶. Por esta razón la «litis» en la acción de inconstitucionalidad en general puede ser muy amplia y compleja —normalmente lo es aunque en grado variable— e inclusive referirse material y no procedimentalmente a todas y cada una de las disposiciones de una ley; en este tipo de procesos pueden existir diversos puntos en conflicto y formarse «litigios atomizados», por llamarles de alguna manera, que ameritan sendos pronunciamientos del tribunal. En estas condiciones, *en una sola sentencia podrán haber tanto puntos resolutorios estimatorios o desestimatorios* y es poco frecuente que una sentencia en este tipo de proceso —entendida formalmente como documento— contenga sólo una «resolución» del tribunal.

Por eso, cuando en la doctrina y la jurisprudencia se habla de una «sentencia» de acción de inconstitucionalidad es posible que en realidad se denote a la *resolución específica* que el tribunal da a uno de esos puntos litigiosos concretos; y cada una de ellas podría tener diferentes efectos, según el tipo de «sentencia» o resolución de que se trate; sin perjuicio de que coloquialmente se entienda por «sentencia» el documento formal que contiene todos esos puntos resolutorios. En lo sucesivo, hecha esta aclaración y salvo indicación en contrario, al hablar de «sentencia» referiremos el documento unitario que contiene la total decisión del tribunal, y al decir «resoluciones» aludiremos a las decisiones judiciales específicas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y/o la motivación que las sustenta.

Enseguida abordaremos los diferentes efectos que las distintas resoluciones de la acción de inconstitucionalidad, no los propios del objeto general de este proceso que es invalidar *erga omnes* una norma jurídica secundaria, sino los que traen como consecuencia jurídica según su sentido y modalidad de votación: cosa juzgada y precedente constitucional.

⁴⁵ A diferencia del juicio de amparo en el que los actos de autoridad tienen que afectar su interés jurídico personal y directo, para que sean reclamables, o en la controversia constitucional en la que sucede lo mismo con el concepto más amplio pero no ilimitado de «interés legítimo»; el objeto de la acción de inconstitucionalidad es amplísimo porque quienes lo instan no tienen que demostrar una afectación particular.

⁴⁶ En realidad sucede lo mismo en el juicio de amparo: el agraviado reclama específicamente las disposiciones que afectan su interés jurídico —no pudiendo reclamar la ley «en términos generales»—; la diferencia es cuantitativa, por la estrecha legitimación que se tiene en este proceso, el quejoso reclama sólo unas (relativamente) pocas disposiciones, y en los demás procesos es factible impugnar muchas más por la amplia posibilidad para iniciarlos que tienen sus actores.

5. TIPOLOGÍA ESPECÍFICA DE RESOLUCIONES EN ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

A) Introducción y problemática

Aunada a la clasificación general expuesta relativas a las resoluciones estimatorias y desestimatorias, calificadas o no, la Suprema Corte tiene un «amplio margen de apreciación para equilibrar todos los principios, competencias e institutos que pudieran verse afectados positiva o negativamente por causa de la expulsión de la norma declarada inconstitucional»⁴⁷; incluyendo el momento en que sus sentencias comenzarán a surtir sus efectos⁴⁸ o mandar la inaplicabilidad temporal de las normas generales impugnadas⁴⁹.

En los tres primeros años de funcionamiento del nuevo sistema constitucional (1995-1997) se presentaron 21 acciones de inconstitucionalidad y en ninguna se declaró formalmente la invalidez de las normas impugnadas, si bien se realizaron interesantes interpretaciones conformes a la Constitución.

La primera vez que la Corte declaró la invalidez en este tipo de proceso fue en la acción de inconstitucionalidad 2/1998, dictada el 24 de febrero de ese año. Desde 1998 a 2007 se ha resuelto la invalidez en 257 asuntos, y en muchas de estas ocasiones no existe un solo pronunciamiento en la sentencia; es frecuente que las sentencias de acción de inconstitucionalidad tengan en realidad varias resoluciones (estimatorias y desestimatorias). Esto produce en realidad *efectos diversos o adicionales a categóricamente declarar la invalidez o confirmar la validez* de la norma general objeto de control. Por su sencillez, no aludiremos a resoluciones por las cuales se dan lisa y llanamente la invalidez o validez de la norma impugnada, es decir, en los que simplemente el Máximo Tribunal elimina con efectos hacia el futuro (*ex nunc*) o mantiene dichos actos dentro del sistema jurídico; sino a otras menos tradicionales para la práctica mexicana, pero que ya tienen un importante arraigo en ella derivado del dinamismo que han experimentado tanto las controversias constitucionales como las acciones de inconstitucionalidad⁵⁰.

Estas últimas «sentencias atípicas» poseen contenidos, modalidades y efectos distintos, atendiendo a diversos factores y a cada caso en particular.

⁴⁷ «Acción de inconstitucionalidad. La Suprema Corte de Justicia de la Nación cuenta con amplias facultades para determinar los efectos de las sentencias estimatorias», Pleno, *id.*, novena época, t. XXVI, diciembre de 2007, Tesis P/J 84/2007, p. 777.

⁴⁸ Pero siempre hacia delante, sin efectos retroactivos —salvo en materia penal y en beneficio del reo—, como hizo en el *Caso Horario de Verano* (controversia constitucional 5/2001, *Diario Oficial de la Federación*, 19 de septiembre de 2001, sección 2.ª, con. X, pp. 68-69).

⁴⁹ «Acción de inconstitucionalidad. Al estar facultada la Suprema Corte de Justicia de la Nación, conforme al artículo 41, fracción V, de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Federal, para declarar la validez o invalidez de las disposiciones o actos combatidos, también puede declarar su inaplicabilidad temporal», Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. I, Tesis 1, p. 5.

⁵⁰ La clasificación que presentaremos sigue básicamente a SCHLAICH, *loc. cit.*, nota 13; y T. GROPPI, «¿Hacia una justicia constitucional “dúctil”? Tendencias recientes de las relaciones entre corte constitucional y jueces comunes en la experiencia italiana», en E. FERRER MAC-GREGOR (coord.), *Derecho procesal constitucional*, t. I, 5.ª ed., México, Porrúa, 2006, pp. 352-359.

En el Derecho comparado se han tratado de sistematizar a través de distintos nombres, especialmente en Italia donde probablemente exista más confusión terminológica. Así se habla de sentencias condicionales (*condizionali*), interpretativas de desestimación, o de estimación (*interpretative di rigetto o di accoglimento*), correctoras (*correttive*), adecuadoras (*adeguatrice*), manipuladoras (*manipulative*), creativas (*creative*), interpretativas *tout court*, integrativas (*integrative*), sentencias-delegación (*sentenze-delega*), didascálicas (*didascaliche*), sustitutivas (*sustitutive*), aditivas (*additive*), sustractivas (*sottrative*), restablecedoras (*ripristinatorie*), sentencias «ley» (*sentenze «lege»*), sentencias *indirizzo* y sentencias normativas (*sentenze normative*)⁵¹. Esta confusión nominal se acentúa si contamos las clasificaciones que algunos autores realizan teniendo en cuenta elementos formales y materiales, de tal suerte que una «sentencia interpretativa de desestimación» (conforme al criterio formal), en realidad puede constituir una «sentencia manipulativa» (conforme al sentido material)⁵².

No debe perderse de vista el sentido general que puede tener cualquier sentencia constitucional: estimatoria y desestimatoria. En realidad estamos en presencia de sentencias que implican resoluciones múltiples, con modalidades y efectos distintos de estas dos variables generales. Es decir, la mayoría de estas sentencias pueden considerarse «mixtas» (salvo las «aditivas de principio»). Su naturaleza mixta proviene de que comparten caracteres de las resoluciones «estimatorias» y «desestimatorias», de tal suerte que implican una invalidación parcial de la norma; inclinándose según el caso a uno u otro lado.

A continuación nos referiremos a varias «resoluciones mixtas». Las dos primeras clases se inspiran en principios constitucionales y/o generales jurídicos: el democrático (al que puede referirse también el de división de poderes)⁵³ y la conservación de los actos jurídicos (que deriva del de seguridad jurídica y la estabilidad del sistema)⁵⁴, que en general operan como (de los pocos e indeterminados) límites a la autoridad de los Tribunales Constitucionales.

⁵¹ Esta referencia la realiza DÍAZ REVORIO, *op. cit.*, nota 29, pp. 59-60. *Vid.* los autores italianos que cita, quienes utilizan estas denominaciones tipológicas de las sentencias.

⁵² F. J. DÍAZ REVORIO atiende a estos dos tipos de criterios (formales y materiales) para clasificar las sentencias de fondo en los procesos de inconstitucionalidad. Desde el aspecto formal, las divide en: 1. *Sentencias desestimatorias*, que pueden ser: a) pura o simple; b) interpretativa de desestimación, y c) otras desestimatorias; y 2. *Sentencias estimatorias*, subdividiéndolas en: a) estimación total; b) estimación parcial (que a su vez pueden ser respecto al texto de la disposición o a la norma —en sentido estricto o que declaran la inconstitucionalidad de la norma o parte del contenido normativo derivado conjuntamente del texto impugnado, este último grupo a la vez pueden ser reductoras, aditivas o sustitutivas—), y c) otros tipos de sentencias estimatorias. Desde el criterio formal, en cambio, las clasifica como: 1. *Sentencias de desestimación pura*, y 2. *Sentencias materialmente de estimación parcial* (todas las demás), comprendiendo a su vez: a) que conllevan la inconstitucionalidad de parte del texto de la disposición; b) que no conlleva la inconstitucionalidad de parte del texto, pero sí de parte del contenido normativo (estas últimas a su vez en: interpretativas en sentido estricto y materialmente manipulativas —reductoras, aditivas y sustitutivas—). *Cfr. op. cit.*, nota 29, pp. 60-66.

⁵³ *Vid.* «Análisis constitucional. Su intensidad a la luz de los principios democrático y de división de poderes», Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XXIV, noviembre de 2006, Tesis 1.ª/J 84/2006, p. 29.

⁵⁴ *Vid.* J. Á. MARÍN, *Naturaleza jurídica del Tribunal Constitucional*, Barcelona, Ariel, 1998, pp. 84-85; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3.ª ed., Madrid, Civitas, 2001, p. 96, y BALAGUER CALLEJÓN *et al.*, *op. cit.*, nota 35, pp. 242 y 246.

B) Invalidación por reducción del texto

Este tipo de resoluciones constituye la *regla* en el control judicial de constitucionalidad de leyes⁵⁵. La invalidez puede recaer 1) *sobre todo el cuerpo del instrumento* legal o internacional —como en el caso de violaciones formales del proceso legislativo⁵⁶—; 2) *sobre una de sus específicas disposiciones* —que es la hipótesis común en nuestro medio, a través del juicio de amparo que «invalida» con efectos relativos sólo para el quejoso—, o 3) *sobre parte de una sola disposición* en cuyo caso el tribunal invalida únicamente una sección de su texto o alguna de sus partículas lingüísticas, sin los cuales la literalidad remanente se encontraría conforme a la Constitución. A través de la clase de resoluciones que ahora tratamos, el Tribunal Constitucional actúa como «legislador negativo» en el supuesto del último de los incisos anteriores, invalidando sólo las «porciones normativas» indispensables para que la disposición impugnada sea constitucionalmente regular, permitiendo la validez de las secciones cuya eliminación no es imprescindible, para respetar la competencia legislativa o con base en algún otro principio constitucional (seguridad jurídica, especialmente)⁵⁷.

C) Interpretativas propiamente dichas (interpretación conforme e invalidez sin reducción textual)

Para comprender esta clase de resoluciones, las más típicas de la naturaleza híbrida a que nos referimos, es indispensable distinguir entre los conceptos de «disposición» y «norma»⁵⁸. La interpretación jurídica, como se le entiende ahora, es el ejercicio de «traducir» un enunciado que expresa una prescripción general e indeterminada —en alguna medida— a otro formulado en términos adecuados para «guiar el actuar concreto» en ciertas circunstancias; lo anterior ha roto con el «mito» de la existencia de normas jurídicas inmanentes a los textos y preexistentes a la interpretación de éstos⁵⁹. Así, «disposición» es el texto abstracto sobre el cual recae la interpretación del operador jurídico, y «norma» el enunciado resultante de esta actividad que concreta la prescripción abstracta de aquella a términos específicos e inmediatamente aplicables al caso concreto. De esta manera la interpretación puede esquematizarse con el enunciado siguiente: «la disposición T(exto) significa N(orma)»⁶⁰; en otras palabras, el texto

⁵⁵ SCHLAICH, *op. cit.*, nota 13, pp. 263-264.

⁵⁶ *Vid.* «Acción de inconstitucionalidad en materia electoral. Las violaciones procesales deben examinarse previamente a las violaciones de fondo, porque pueden tener un efecto de invalidación total sobre la norma impugnada, que haga innecesario el estudio de éstas», Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XXVI, diciembre de 2007, Tesis P/J 32/2007, p. 776.

⁵⁷ «Acción de inconstitucionalidad. Supuesto en el que se justifica la declaratoria de invalidez y consecuente expulsión de todo el sistema normativo impugnado, y no sólo de las porciones normativas directamente afectadas de inconstitucionalidad», Pleno, *id.*, novena época, t. XXVI, diciembre de 2007, Tesis P/J 85/2007, p. 849.

⁵⁸ R. GUASTINI, «Disposizione vs. Norma», en *Giurisprudenza costituzionale*, II, 1989, pp. 3 y ss.; y *Le fonte del diritto e l'interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1993, p. 18.

⁵⁹ C. LUZZATI, *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 75.

⁶⁰ R. GUASTINI, «La interpretación: objetos, conceptos y teorías» (trad. de M. CARBONELL), *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 5.ª ed., México, Porrúa-UNAM, 2003, p. 11.

o enunciado es el conjunto de palabras que integran un determinado precepto legal (disposición), mientras el «contenido normativo» constituye la significación que se le asigna (norma).

Ahora bien, resulta que *el objeto del litigio constitucional son las normas y no las disposiciones legales*, o más claramente: las posibles interpretaciones de éstas⁶¹; en el proceso se controvierte la validez del texto, pero a través de la eficacia que adquiera por su interpretación, pues aquél no puede tener vida práctica si no es a través de ésta. Si una disposición admitiera una sola interpretación, la norma que de ella deriva sería invalidada y, por consiguiente, también la fórmula textual que lo constituye, cuya subsistencia en el ordenamiento sería imposible por no poder ser aplicada de manera constitucionalmente regular; si al contrario, la disposición admitiera dos (o más) interpretaciones: una conforme y otra(s) contraria(s) a la ley fundamental, el tribunal podría invalidar la(s) última(s) y mantener a la primera afirmándola como única posibilidad de aplicación del texto normativo. De esta manera: «el control de la [jurisdicción constitucional] cae sobre las normas, pero incide sobre las disposiciones»⁶².

La versión más utilizada de este tipo de resoluciones es la que habilita una «interpretación conforme a la Constitución» del texto legal sobre el que formalmente recae la impugnación⁶³. Como indicamos, esta modalidad hermenéutica consiste en que entre dos posibles interpretaciones de la disposición jurídica, una contraria y otra acorde a la Constitución, es obligado para el intérprete preferir la última⁶⁴. En realidad la interpretación conforme proviene de los primeros tiempos del constitucionalismo norteamericano, pero fue hasta últimamente que en nuestro país se emplea abiertamente y con tal denominación. La utilización de esta práctica interpretativa ha tenido un gran desarrollo en los Tribunales Constitucionales europeos (especialmente en Alemania, Austria, Italia y España)⁶⁵, y en años recientes se advierte con mayor intensidad en países latinoamericanos como México, donde la Suprema Corte de Justicia de la Nación

⁶¹ F. J. EZQUIAGA GANUZAS, *La argumentación en la justicia constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del Derecho*, México, TEPJF, 2006, pp. 100 y 486. «No una norma en sí, sino una de *determinado contenido* se declara válida; este contenido es obtenido por *interpretación*» (hablando de la interpretación conforme a la Constitución, que poco más adelante trataremos), PESTALOZZA, *op. cit.*, nota 27, p. 275 (cursivas añadidas).

⁶² A. CELOTTO, *La Corte Constitucional en Italia*, México, Porrúa-IMDPC, 2005, p. 63.

⁶³ Cfr. H. FIX-ZAMUDIO, «La declaración general de inconstitucionalidad, la interpretación conforme y el juicio de amparo mexicano», *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, núm. 8, México, 2001, pp. 89-155.

⁶⁴ Por todas, *vid.* «Principio de interpretación de la ley conforme a la Constitución», Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XXVI, julio de 2007, Tesis 2.^a XCII/2007, p. 381; e «Interpretación conforme en acciones de inconstitucionalidad, cuando una norma admita varias interpretaciones debe preferirse la compatible con la Constitución», Pleno, *id.*, novena época, t. XXVII, febrero de 2008, p. 1343. Aunque ambos criterios se publicaron como «tesis aisladas», es decir, no vinculantes, la jurisprudencia obligatoria de la Corte los avala, porque fueron invocados de manera respectiva implícita y explícitamente la sostuvo, en la controversia constitucional 22/2001, *Diario Oficial de la Federación*, 3 de junio de 2002, sección 2.^a, con. VIII, p. 71; y la acción de inconstitucionalidad 58/2008, *id.*, 21 de julio de 2008, sección 2.^a, con. XIII, pp. 86-87.

⁶⁵ La jurisprudencia alemana, que ejemplarmente ha desarrollado esta interpretación en los últimos cincuenta años, le señala como límites el texto literal de la disposición y los fines que ésta persiga, a los cuales la «interpretación conforme» no podrá contrariar [BVerfGE 8, 28 (34)]. Sin embargo, hasta donde sabemos, en México no ha habido ocasión de explorar estas profundidades, ya que esta figura apenas adquirió carta de naturaleza.

y otros tribunales lo han utilizado desde décadas atrás, si bien en ocasiones no de manera consciente. En la acción de inconstitucionalidad, la «interpretación conforme» daría lugar a una resolución desestimatoria, pero que en realidad invalida la norma o interpretación del texto que resulta contraria a la Constitución —en el amparo y la controversia constitucional, en términos prácticos de esta forma sería acogida la pretensión del actor—.

Otra modalidad es una resolución también interpretativa pero presentada en sentido contrario: afirma la validez de la disposición «en tanto» no se aplique en ciertas circunstancias o casos. En realidad, se trata de una diferente perspectiva de la «interpretación conforme a la Constitución»: valida la disposición legal en la medida en que su interpretación no dé lugar a que se aplique de modo contrario a la ley fundamental⁶⁶. Finalmente, debe decirse que la correlación entre ambas clases de resoluciones (conforme y de nulidad o invalidación parcial) sólo puede darse cuando la realiza un Tribunal Constitucional; a pesar de que los tribunales ordinarios también pueden habilitar una «interpretación conforme a la Constitución» en la realización de sus actividades, sus decisiones solamente tienen efectos en los casos que resuelven, y no constituyen interpretación definitiva de la ley fundamental⁶⁷.

En Italia a este tipo de resolución se le conoce como «sentencia interpretativa de rechazo» porque precisamente salva la constitucionalidad de la disposición al establecer que el texto impugnado «no es inconstitucional sólo en cuanto» y «en la medida en que» se atribuya a la disposición el significado indicado por el tribunal mismo en la motivación (mientras que en el resolutivo de la sentencia se reconduce a la misma sirviéndose de la expresión «en los sentidos y en los límites de la motivación»)⁶⁸.

D) Resoluciones «manipulativas» (restrictivas, aditivas y sustitutivas)⁶⁹

Además de las que resuelven la reducción textual de la disposición impugnada, que ya referimos, esta categoría comprende dos especies más: las decisiones aditivas y las sustitutivas. Su elaboración detallada corresponde prácticamente a la doctrina italiana⁷⁰.

a) Las *resoluciones aditivas*⁷¹ son las que consideran inválida una disposición «en tanto omite decir algo» que resultaba necesario, y por su virtud lo

⁶⁶ La doctrina alemana las llama «resoluciones de declaración de nulidad o invalidez parciales sin reducción del texto», y admite su práctica identidad con la «interpretación conforme». SCHLAICH, *op. cit.*, nota 13, pp. 264-267 y 297-298.

⁶⁷ Cfr. V. A. DA SILVA, «La interpretación conforme a la Constitución. Entre la trivialidad y la centralización judicial», *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 12, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, enero-junio de 2005, p. 20.

⁶⁸ Cfr. P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Derecho constitucional*, 3.ª ed., Madrid, Tecnos, 1987, p. 593.

⁶⁹ En realidad son una especie de «sentencia interpretativa». Consideramos incluirlas en una categoría aparte para una mayor claridad expositiva.

⁷⁰ Vid. R. ROMBOLI, «Italia», en E. AJA (ed.), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*, Barcelona, Ariel, 1998, pp. 133-115; y CELOTTO, *op. cit.*, nota 62, pp. 91-95.

⁷¹ También debe decirse que se trata de un género del cual se desprende, aparte de las aditivas *stricto sensu* o «de regla» que imponen una conducta muy específica, las llamadas «aditivas de prin-

omitido resultará obligatorio. En ellas el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad de la disposición impugnada «en la parte en que ésta no dice otra cosa» que debería decir para su constitucionalidad, de tal suerte que «adiciona», esto es, «agrega» un contenido normativo que no aparece en el texto —o bien lo hace notoriamente expreso—. El órgano constitucional introduce «lo que es omiso» en la disposición impugnada y que le es necesario para ser constitucional. Este tipo de resoluciones han sido criticadas porque se considera que el juez va más allá de lo dispuesto por el legislador, actuando como «legislador positivo» y no confinado a una labor meramente «negativa» e invalidante. En realidad no hay que perder de vista que no se trata de «fantasías» de los jueces constitucionales quienes sin más introducen lo que quieren en sus sentencias, sino que estas «adiciones» se realizan —mejor dicho: deben realizarse— mediante la aplicación de otras normas o principios contenidos en el sistema, dándose máxima eficacia a algún parámetro constitucional que fue inobservado⁷².

Este tipo de sentencias no son frecuentes en nuestro sistema aunque se advierte que en el futuro podrían utilizarse, especialmente para las llamadas «omisiones legislativas», temática recurrente en los tiempos actuales ante el Tribunal Constitucional mexicano. En realidad las resoluciones aditivas determinan una omisión indebida del legislador, de tal suerte que se «agrega» algo imprescindible a la disposición incompleta para que alcance su correcto grado de constitucionalidad; el legislador, en pocas palabras, se quedó corto en su regulación y el Tribunal Constitucional lo complementa. Por consiguiente, su efecto es ampliar el espectro normativo para lograr la constitucionalidad de la disposición impugnada a supuestos o consecuencias que en principio el legislador no previó.

Si bien existen en nuestro país acciones específicas a nivel local para impugnar la omisión del legislador (Campeche, Coahuila, Quintana Roo, Tlaxcala y Veracruz)⁷³, a nivel federal no se discute si a través de los mecanismos de control existentes pueden impugnarse, ante la ausencia de un mecanismo autónomo. El criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sido que no es procedente la vía del amparo⁷⁴ y tampoco la acción de inconstitucionalidad —éste fue uno de los temas debatidos en la núm. 26/2006⁷⁵—, y en cambio había aceptado la procedencia de la controversia constitucional en tales casos⁷⁶; pero

cipio» que añaden al ordenamiento legislativo una norma general indeterminada, pero que implica la salvaguarda de determinados valores, y así impone deberes mínimos.

⁷² Cfr. P. BISCARETTI DI RUFFIA, *op. cit.*, nota 68, p. 594.

⁷³ En general respecto de los mecanismos de control de constitucionalidad local, *vid.* M. GONZÁLEZ OROPEZA y E. FERRER MAC-GREGOR (coords.), *La justicia constitucional en las entidades federativas*, México, Porrúa, 2006.

⁷⁴ «Leyes, amparo contra. Es improcedente aquel en que se impugna la omisión del legislador ordinario de expedir una ley o de armonizar un ordenamiento legal a una reforma constitucional», Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. VI, diciembre de 1997, Tesis P. CLXVIII/97, p. 180.

⁷⁵ «Omisiones legislativas. Es improcedente la acción de inconstitucionalidad en su contra», Pleno, *id.*, novena época, t. VI, Tesis P. XXXI/2007, p. 1079.

⁷⁶ «Controversias constitucionales. Procede impugnar en esta vía las que se susciten entre las entidades, poderes u órganos a que se refiere la ley reglamentaria respectiva, sobre la constitucionalidad de sus actos positivos, negativos y omisiones», Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. I, Tesis 115, p. 95.

con posterioridad, en la controversia constitucional 59/2006 y otras 44 controversias⁷⁷ relacionadas con la acción de inconstitucionalidad 26/2006, relativas a la impugnación de varios municipios en contra de diversas disposiciones de la Ley Federal de Telecomunicaciones y de la Ley Federal de Radio y Televisión, nuevamente se trató el tema de la omisión legislativa. Entonces los municipios impugnaron, entre otras cuestiones, *la omisión del legislador federal de emitir las normas que establezcan condiciones jurídicas para que los pueblos y las comunidades indígenas puedan adquirir, operar y administrar medios de comunicación*. Por mayoría de cinco votos contra cuatro se determinó la improcedencia de la controversia constitucional para impugnar las omisiones legislativas. En la parte considerativa del fallo se estableció que

«la controversia constitucional no procede contra omisiones legislativas, pues tanto del texto de la fracción I del artículo 105 constitucional, como de la exposición de motivos respectiva, claramente se advierte que serán materia de la controversia todos los actos específicamente dichos como las disposiciones generales, encontrándose contenidos dentro de esta última expresión, tanto leyes ordinarias y reglamentos, ya sean federales o locales, e inclusive tratados internacionales, sin comprender la procedencia de esta vía constitucional a las omisiones legislativas, tan es así, que el artículo 21, fracciones I y II de la Ley Reglamentaria de la materia, prevé que el plazo para interponer la demanda será, tratándose de actos de treinta días contados a partir del siguiente: *a)* al en que conforme a la ley del propio acto surta efectos la notificación del acto que se reclame; *b)* al en que se haya tenido conocimiento de éste, o *c)* al en que el actor se ostente sabedor de él y, tratándose de normas, de treinta días contados a partir del día siguiente: *a)* a la fecha de su publicación, y *b)* al en que se produzca el primer acto de aplicación. Sin que se comprenda, se repite, otro supuesto, en ese ámbito de tutela constitucional, como lo serían las omisiones legislativas».

De esta manera la Corte ha cerrado el amparo, la controversia constitucional y la acción de inconstitucionalidad a la impugnación de omisiones del legislador. No obstante, en nuestro país se han presentado pronunciamientos por omisiones (totales y relativas) respecto a la garantía de audiencia⁷⁸, a la regulación insuficiente bajo reserva de ley⁷⁹, y a la seguridad jurídica (en la misma acción de inconstitucionalidad 26/2006) por «la ausencia de reglas específicas y criterios objetivos [que] propici[e] la arbitrariedad»⁸⁰ —aunque en todos estos casos hubo alguna actuación positiva del legislador que dio pie a los procesos respectivos y no una absoluta omisión de su parte—⁸¹. Como se ve, existe muy poca

⁷⁷ Resueltas el 15 de octubre de 2007.

⁷⁸ «Audiencia, alcance de la garantía de», Segunda Sala, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1995*, t. VI, Tesis 82, p. 54.

⁷⁹ «Legalidad tributaria. Alcance de dicho principio en relación con el grado de definición que deben tener los elementos constitutivos del impuesto», Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XXIV, octubre de 2006, Tesis P/J 106/2006, p. 5. *Vid.* M. CARBONELL, «Reserva de ley», *Elementos de Derecho constitucional*, México, Fontamara, 2004, pp. 127-128.

⁸⁰ «Permisos de radiodifusión. El artículo 20 de la ley federal de radio y televisión, en cuanto concede discrecionalidad en el ejercicio de las facultades conferidas a la Secretaría de Comunicaciones y Transportes para el otorgamiento de aquéllos, viola los principios de legalidad y seguridad jurídica», Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XXVI, diciembre de 2007, Tesis P/J 55/2007, p. 1083.

⁸¹ Según lo anterior el criterio determinante es al parecer si la omisión es absoluta o relativa, procediendo el control constitucional para la última. *Vid.* J. J. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *La inconstitucionalidad por omisión*, Madrid, Civitas, 1998, pp. 81 y 114-116.

claridad al respecto; pero no hay duda de que la omisión legislativa que dé lugar a una resolución «aditiva» deba ser consecuencia necesaria de una regulación concreta que el legislador tenga la ineludible obligación de establecer para satisfacer algún parámetro de regularidad establecido por la Constitución y obtenido por la interpretación jurisdiccional de ésta⁸².

b) Las resoluciones «sustitutivas», por su parte, son aquellas con las cuales el tribunal reemplaza porciones normativas de las disposiciones. En realidad, se trata de dos resoluciones efectuadas sucesivamente: una estimatoria invalidante de la sección que se elimina de la disposición y otra aditiva que agrega la regla o principio que determinó el Tribunal Constitucional con base en parámetros constitucionales (seguridad jurídica u otros). Y puede ser que no se trate de nuevas normas que el tribunal se saque de la manga, sino de las previamente existentes a la invalidada, como en las resoluciones por las cuales, dados diversos motivos, se «revive» la legislación anterior a la invalidada, que fue el caso de la acción de inconstitucionalidad 47/2006 y acumuladas que versó sobre materia electoral⁸³.

Por supuesto, las resoluciones anteriores son polémicas, pero en ambos supuestos no estamos —no debemos estar— ante una creación absolutamente libre de la jurisdicción constitucional, y tampoco a una actuación transgresora de sus límites funcionales. La sentencia aditiva —aislada o sustitutiva— se efectúa porque el tribunal «extrae una norma ya presente en el ordenamiento, por lo que su intervención [...] “obligada”»⁸⁴. La justificación de esta actividad «creadora» de la jurisdicción constitucional se halla en la misma Constitución: si la entendemos como un *sistema de valores* que debe salvaguardar todo operador jurídico —y principalmente el encargado de su defensa— en cualquier circunstancia, mediante acciones positivas tendientes a la promoción de los bienes jurídicos que tutela, de darse una posible afectación a éstos por la invalidez decretada por el tribunal contra una norma general, este órgano tendría el deber de tomar las medidas necesarias para que ella no se produzca —como la satisfacción de la seguridad jurídica en la reviviscencia—, como habilitar normas que *exigen* las prescripciones de la ley fundamental; el «*fiat iustitiam et pereat mundus*» siempre es rechazable pero más en el campo constitucional: no puede admitirse que al buscarse la protección del orden fundamental y la observancia del legislador a sus normas, se ocasionen a aquél adicionales o mayores problemas que resultarán, cuando menos, en obstáculos a la convivencia social porque no llevan a cabal cumplimiento los fines objetivos que para ella persigue la Constitución⁸⁵.

⁸² Vid. «Omisiones legislativas. Sus tipos», Pleno, *id.*, novena época, t. XXIII, febrero de 2006, Tesis P/J 11/2006, p. 1527; y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *op. cit.*, nota 81, pp. 86-89.

⁸³ «Acción de inconstitucionalidad. Las facultades de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para determinar los efectos de las sentencias estimatorias frente a un sistema normativo que ha reformado a otro, incluyen la posibilidad de establecer la reviviscencia de las normas vigentes con anterioridad a aquellas declaradas inválidas, especialmente en materia electoral», Pleno, *id.*, novena época, t. XXVI, diciembre de 2007, Tesis P/J 86/2007, p. 778. Vid. BALAGUER CALLEJÓN *et al.*, *op. cit.*, nota 35, p. 242.

⁸⁴ ROMBOLI, *op. cit.*, nota 70, p. 115.

⁸⁵ Cfr. D. VALADÉS, *El control del poder*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, p. 133.

E) Resoluciones exhortativas

Este tipo de sentencias se refieren a resoluciones estimatorias calificadas en que el Tribunal Constitucional declara la invalidez total o parcial de la norma impugnada, modulando temporalmente los efectos del fallo. En este supuesto, el órgano jurisdiccional estima que no debe inmediatamente expulsarse del ordenamiento jurídico la norma inconstitucional, por los efectos perniciosos a que daría lugar el vacío legal que ello ocasionaría, por lo que prefiere «exhortar» expresa o tácitamente al órgano legislativo para que sustituya la normatividad declarada inconstitucional, fijándole un plazo para ello.

Así, se concede una *vacatio sententiae*, esto es, el diferimiento de los efectos temporales de la sentencia, la suspensión provisional de la invalidez decretada. En ese lapso puede suceder que el órgano emita la norma que reforme la declarada inconstitucional, pero también existe el riesgo de que no se cumpla con la exhortación porque no se den los consensos políticos necesarios para la aprobación de la nueva norma, negligencia u otro motivo. En estos supuestos, llegado el término o agotado el plazo prudente para la emisión de la nueva normatividad y ante la omisión del legislador, la suspensión dejaría de tener efectos y entraría la vigencia de la declaratoria de invalidez de la norma.

También puede suceder que en el fallo respectivo se declare la invalidez de la norma y se exhorte al órgano legislativo correspondiente que emita una nueva conforme los principios y lineamientos establecidos en la propia sentencia, de tal suerte que el legislador cumpla cabalmente con la constitucionalidad de la norma. En este supuesto también se puede señalar un plazo determinado para que el legislador emita la nueva disposición.

Un ejemplo de lo anterior se encuentra en la primera acción de inconstitucionalidad en que la Suprema Corte declaró la invalidez de una norma general. Se trata de la acción de inconstitucionalidad 37/2001 y acumuladas, que dio origen al «recurso de queja» declarado «fundado» por defecto en el cumplimiento del fallo y que en su oportunidad analizamos; en este caso, según apuntamos, la ejecutoria de origen no se limitó a declarar la invalidez correspondiente, sino también a establecer lineamientos al órgano legislativo para que emitiera la norma correspondiente en un plazo de noventa días⁸⁶.

F) Otras resoluciones: apelativa y de aviso

En el Derecho comparado también pueden encontrarse las resoluciones que referimos en el presente epígrafe⁸⁷. El interés que representan no es por sus consecuencias prácticas —en realidad casi siempre se dan en resoluciones desestimatorias—, sino porque implican que el Tribunal Constitucional *trasciende los límites tradicionales de su actividad*, y no se limita a declarar la invalidez o

⁸⁶ Vid. «Acción de inconstitucionalidad. Procede el recurso de queja por exceso o defecto en la ejecución de la sentencia dictada en ese medio de control constitucional», Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XIX, marzo de 2004, Tesis P/J 15/2004, p. 956.

⁸⁷ Vid. SCHLAICH, *op. cit.*, nota 13, pp. 290-294; y A. WEBER, «Alemania», en AJA (ed.), *op. cit.*, nota 70, pp. 80-81.

confirmar la constitucionalidad de una legislación, sino a realizar otros pronunciamientos que no implican propiamente opinión jurisdiccional y que tienen que ver con la política legislativa. En realidad son «criterios constitucionales de orientación para el legislador», que no vinculan pero sirven de referencia (son una forma de «cooperación» dirían algunos autores) para la futura normatividad.

Las resoluciones apelativas son un «llamado» al legislador en una sentencia desestimatoria que confirma la validez actual de una norma, pero advierte de la invalidez que sobrevendrá con posterioridad, instando al legislador a tomar medidas apropiadas para evitarla (como por virtud de una reforma constitucional publicada pero todavía no vigente, por ejemplo). Esta «apelación» al legislador también puede darse cuando existe una desestimación de la acción por improcedente, de tal suerte que el órgano constitucional sin decidir materialmente, hace notar al legislador federal la notoria inconstitucionalidad de la norma sobre la cual no se puede pronunciar por un obstáculo procesal insubsanable.

Tal fue el caso de la reciente controversia constitucional 59/2006 y otras. Como ya se refirió, en este asunto la Corte declaró improcedente la impugnación de la omisión legislativa relativa a las condiciones jurídicas para que los pueblos y las comunidades indígenas puedan adquirir, operar y administrar medios de comunicación, debido a que el artículo 105 constitucional sólo permite la impugnación de normas y actos positivos, pero no la inexistencia absoluta de disposiciones. Sin embargo, por mayoría de siete votos contra uno, el Máximo Tribunal decidió que efectivamente existió una omisión del legislador federal, por lo que no obstante declarar la improcedencia respectiva, estimó oportuno «hacer notar» de manera expresa en la parte considerativa del fallo (no en la resolutive) las razones que motivan la inconstitucionalidad. Por su trascendencia, consideramos oportuno transcribir la parte relativa de esa sentencia:

«[...] A pesar de la determinación anterior, esto es, que la controversia constitucional no contempla la posibilidad de que se controvierta una omisión legislativa, ello no es obstáculo para que este Alto Tribunal haga notar que, en el caso, el legislador federal ha incurrido en una omisión legislativa.

En efecto, el artículo 2.º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se reformó mediante Decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, el 14 de agosto de 2001. De la lectura integral de la exposición de motivos, así como de los dictámenes que se dieron al seno del Congreso de la Unión, se advierte que el objeto de la reforma fue el reconocimiento y protección a nivel constitucional, de la cultura y derechos de los indígenas, sus pueblos y comunidades, dado el grave problema de discriminación, marginación y explotación del que han sido sujetos este grupo social; por tanto, el propósito de la reforma fue la de proteger la identidad de los indígenas y tomar las medidas necesarias para la mejora permanente de su situación y lograr su integración económica, social y política a la vida nacional.

De esta manera, en el apartado A) del referido artículo 2.º constitucional, se reconoció y garantizó los derechos de los pueblos y las comunidades indígenas; en tanto que, en el apartado B del propio precepto constitucional, se contienen los instrumentos para lograr la igualdad de oportunidades, eliminar toda causa de discriminación y obtener los niveles de bienestar de los citados pueblos y comunidades indígenas, entre ellos (en lo que a este asunto concierne) la posibilidad para que aquéllos puedan adquirir y operar medios de comunicación para lo cual, el legislador federal quedó constreñido a instituir, mediante la adecuación de las leyes de la materia correspon-

diente, las condiciones necesarias para hacer posible, real y efectivo ese mandato constitucional.

Sin embargo, hasta la resolución de este asunto, el órgano legislativo federal, no ha emitido disposición jurídica alguna, para dar cumplimiento al referido mandato constitucional, por lo que es innegable que ha incurrido en una omisión legislativa».

Por último existen las «resoluciones de aviso», por las cuales se indica un cambio jurisprudencial o una tendencia que seguirá el tribunal, pero sin tener la consecuencia de que se aplique al caso concreto, principalmente por razones de seguridad jurídica o falta de oportunidad. Además de los señalados por WEBER sobre la inaplicación de un cambio de criterio sobre la procedencia de la queja constitucional —situación que en México podría darse hablando de precedentes que integran lagunas legales y no «meramente interpretan» la ley—, y el anuncio «a grandes rasgos» de los casos de restricción de la actividad pública gubernamental que podría tener efectos en la contienda electoral⁸⁸; un claro ejemplo de estas insólitas resoluciones a nuestro parecer fue el *Caso Naftalin vs. King* resuelto por la Suprema Corte del Estado norteamericano de Minnesota⁸⁹.

En ese asunto se puso a consideración del tribunal si la emisión y venta de certificados cuyo monto total era superior al autorizado para la deuda pública por la Constitución local, constituían un pasivo para el Estado y por tanto debían ser ilícitos al igual que la ley que los promovió. La Corte resolvió con base en varios precedentes que previamente habían tenido por legítima dicha ley, pero que en este nuevo caso ella misma ya apreciaba como estaban basados en un «razonamiento falaz» y que resultaban «erróneos», de modo que la disposición legal en cuestión era materialmente inconstitucional; sin embargo, concluyó, «el *stare decisis* debe seguirse cuando resultará menos injusticia de la continuación [...] de una teoría errónea que de su corrección», por lo que persistió en la interpretación que dio en casos anteriores para evitar dilaciones, dificultades y confusión en la construcción y rehabilitación de diversos hospitales (pp. 500-502); y antes de finalizar expresó que «si se presentase a este Tribunal otra vez el tema, en relación con leyes futuras [...], éstas deberán ser declaradas violatorias de la Constitución» (p. 503). Contra esta resolución, el *justice* Knutson en su voto particular opinó que «la ley ahora bajo consideración tiene que ser declarada constitucional o inconstitucional de acuerdo al lenguaje de la Constitución. No puede ser una cosa hoy y otra mañana» (p. 511, cursivas suprimidas); lo cual muestra incipientemente la polémica que pueden desatar este tipo específico de resoluciones, que se incluirían en las prácticas contradictorias en que caen a veces los tribunales y «que aparentan no inquietarlos»⁹⁰, lo que fuerza a recomendar suma prudencia en su emisión.

⁸⁸ *Op. cit.*, nota 87, p. 81; y *BVerfGE* 22, 349 (358-359), y 44, 125 (148-156).

⁸⁹ 257 Minn. 498 (1960). *Vid.* los comentarios sobre este asunto de N. P. SAGÜÉS, *La interpretación judicial de la Constitución*, Buenos Aires, Depalma, 1998, pp. 116-122.

⁹⁰ *Cfr.* D. GARCÍA BELAUNDE, *Derecho procesal constitucional*, Bogotá, Temis, 2001, pp. 33-34.

XXIII. COSA JUZGADA Y PRECEDENTE EN LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD MEXICANA *

En coautoría con Rubén SÁNCHEZ GIL **

1. INTRODUCCIÓN

La «cosa juzgada» constituye un concepto frecuentemente usado sin medir sus alcances y el cual en Derecho público tiene particularidades que deben atenderse¹. En general es una categoría procesal consistente en «un vínculo de naturaleza jurídico-público que obliga a los jueces a *no fallar de nuevo lo ya decidido*»²; tiene eficacia *directa* cuando la nueva controversia es exactamente igual a la resuelta con anterioridad, y *refleja* cuando «las *partes* del segundo proceso hayan quedado vinculadas con la sentencia ejecutoriada del primero» y en éste «se haya hecho un pronunciamiento [...] necesario para sustentar jurídicamente la decisión de fondo del objeto del conflicto [ulterior]»³.

* Publicado en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2009*, año 15, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, 2009, pp. 239-260.

** Doctor en Derecho por la UNAM. Miembro del Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional.

¹ Vid. F. BALAGUER CALLEJÓN *et al.*, *Derecho constitucional*, vol. I, Madrid, Tecnos, 1999, p. 243.

² J. MONTERO AROCA *et al.*, *Derecho jurisdiccional I. Parte general*, 14.^a ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, p. 121.

³ «Cosa juzgada. Elementos para su eficacia refleja», Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, *Compilación Oficial de Jurisprudencia y Tesis Relevantes 1997-2002*, Tesis S3EL 039/2002, p. 361 (cursivas añadidas). Consideramos aplicable este criterio porque sintetiza las posiciones respecto de ambas cualidades de la cosa juzgada, y además se acuñó en un proceso de Derecho público y no privado como la mayoría de las tesis que se refieren a este concepto —y ocasionalmente, sin decirlo expresamente, la Corte se apoya en criterios de tribunales de menor rango aunque no esté vinculada a ellos—.

La cosa juzgada constitucional es el atributo, la calidad o la autoridad de definitividad o firmeza que adquieren las sentencias constitucionales⁴; no constituye propiamente un efecto de la sentencia constitucional, sino una cualidad que pueden adquirir esos efectos. Este atributo resulta distinto si se trata de una sentencia constitucional dictada en un sistema difuso o concentrado⁵.

Tradicionalmente se suele distinguir entre cosa juzgada *formal* y *material*. La autoridad de cosa juzgada se produce cuando una sentencia definitiva se convierte en firme, esto es, que no existen medios para poder impugnarla o bien transcurrió el plazo para instarlos. En realidad, dejando un margen de reserva para casos insólitos, la gran mayoría de las ocasiones las sentencias de los Tribunales Constitucionales adquieren calidad de *cosa juzgada formal* y *material*, en la medida en que resultan firmes por inimpugnables; sin embargo, no debe perderse de vista la posibilidad de que la decisión sea sujeta a revisión ante instancias supranacionales, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁶.

También se distingue entre la cosa juzgada constitucional *absoluta*, *relativa* o *aparente*. En el primer supuesto, el Tribunal Constitucional debe haber analizado desde todas las perspectivas posibles la constitucionalidad de la norma impugnada, de tal suerte que agotó el análisis de las eventuales razones que pudieran expresarse para afirmar la inconstitucionalidad de la norma. En cambio, la *cosa juzgada relativa* se produce cuando el órgano constitucional se limita al análisis preciso de ciertos planteamientos de inconstitucionalidad, sin hacer una valoración completa y exhaustiva de todas las razones y aspectos que eventualmente pudieran llevar a la inconstitucionalidad de la norma. La *cosa juzgada aparente*, como su nombre lo indica, sucede cuando en «apariencia» el tribunal decidió previamente sobre la constitucionalidad de la norma, sucediendo en realidad que no existen consideraciones en la sentencia; se trata en realidad de una incongruencia del fallo, debido a que en la parte resolutive existe un pronunciamiento sobre la constitucionalidad de la norma, siendo que no contiene motivación alguna sobre el particular, es decir, no se estudió el problema de su conformidad o no con la ley fundamental⁷.

En cambio, como veremos en el epígrafe correspondiente, el «precedente constitucional», y en general el «precedente», es una creación del sistema jurídico anglosajón (*common law*) que paulatinamente se ha incorporado en la práctica de los Tribunales Constitucionales —que en apabullante mayoría pertenecen a la tradición romanista—. Consiste en una decisión —y más bien los motivos que la apoyan— que se toma como modelo para resolver un caso ajeno al cual resolvió, por la semejanza que existe entre sus elementos esenciales; y aunque es muy similar a la figura de la «cosa juzgada», ambas se distinguen en que la última es «la resolución definitiva y permanente de los derechos y obligaciones

⁴ Seguimos la definición genérica de C. GÓMEZ LARA, *Derecho procesal civil*, 2.^a impresión de la 7.^a ed., México, Oxford, 2007, p. 156.

⁵ Cfr. O. A. GOZAINI, «Sobre sentencias constitucionales y la extensión *erga omnes*», en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa-IIDPC, núm. 8, julio-diciembre de 2007, pp. 189-217.

⁶ Cfr. H. NOGUEIRA ALCALÁ, «Consideraciones sobre las sentencias de los Tribunales Constitucionales y sus efectos en América del Sur», en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa, núm. 2, julio-diciembre de 2004, pp. 76-78.

⁷ *Ibid.*, pp. 73-76.

de las partes contendientes», y el precedente es solamente un criterio que sirve de principio para resolver un caso diferente, bajo la condición de que le resulte aplicable por su semejanza, conforme al principio de igualdad, que no implica prejuzgar el caso *sub judice*. En este sentido, resulta trascendente la adhesión de los jueces posteriores o de inferior jerarquía al anterior criterio que los vincula por la fuerza del principio *stare decisis*⁸.

2. EFECTOS DE COSA JUZGADA DE LAS RESOLUCIONES EN ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

A) Resoluciones estimatorias calificadas

Las sentencias estimatorias calificadas que establecen la invalidez de una norma, al momento de surtir sus efectos⁹, únicamente pueden ser *cosa juzgada de eficacia inmediata y directa*, sin que puedan tenerla refleja, ya que tienen consecuencias generales que no se limitan al órgano legislativo «demandado» ni a sus promoventes —cuya esfera jurídica propia ni siquiera está inmediatamente en juego—: la expulsión del ordenamiento de la norma jurídica de que se trate, que con irrestricta eficacia incide en este sistema y por tanto en la esfera de cualquier persona que le esté sujeta¹⁰; el carácter de cosa juzgada de estas resoluciones proviene de su irrevocabilidad: contra ellas no procede recurso alguno¹¹.

La eficacia de cosa juzgada de esta clase de resoluciones acota las facultades del órgano legislativo: éste tiene la *obligación de no expedir nuevamente el texto invalidado* para evitar que se burle la resolución dictada, se mine el Estado de Derecho y la autoridad del Máximo Tribunal:

«El Poder Legislativo al emitir una nueva norma, *no actúa con autonomía plena por cuanto atañe al aspecto juzgado y declarado inválido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación* con efectos generales. Está en libertad de crear nuevos supuestos jurídicos, pero los efectos generales de la sentencia *le impiden válidamente reiterar un texto con el contenido que fue declarado inconstitucional*, porque ello implicaría el

⁸ Cfr. Ó. RABASA, *El Derecho angloamericano*, México, Porrúa, 1982, pp. 546-548; K. LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho*, 2.ª ed., trad. de M. RODRÍGUEZ MOLINERO, Barcelona, Ariel, 2001, p. 429; K. PÉREZ PORTILLA, *Principio de igualdad: alcances y perspectivas*, México, UNAM-CONAPRED, 2005, p. 70; D. E. LÓPEZ MEDINA, *El Derecho de los jueces*, Bogotá, Legis-Uniandes, 2002, p. 118; y A. L. MAGALONI, *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*, Madrid, McGraw Hill, 2001, *passim*; e «Igualdad. Límites a este principio», Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XX, octubre de 2004, Tesis 1.ª/J 81/2004, p. 99.

⁹ Lo que acontecerá en el momento dispuesto por la Suprema Corte. *Vid.* los artículos 73 y 45 de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 Constitucional (LR105); y «Acción de inconstitucionalidad. La Suprema Corte de Justicia de la Nación cuenta con amplias facultades para determinar los efectos de las sentencias estimatorias», Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XXVI, diciembre de 2007, Tesis P/J 84/2007, p. 777.

¹⁰ Y todas aquellas cuya validez dependa de la norma que fue objeto de un pronunciamiento específico de la Corte, sin importar su jerarquía. *Vid.* «Acción de inconstitucionalidad. Extensión de los efectos de la declaración de invalidez de una norma general a otras que, aunque no hayan sido impugnadas, sean dependientes de aquella», Pleno, *id.*, novena época, t. XXIII, febrero de 2006, Tesis P/J 32/2006, p. 1169.

¹¹ *Vid.* «Reclamación. Es improcedente ese recurso contra las ejecutorias dictadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en controversia constitucional», Segunda Sala, *id.*, novena época, t. XII, agosto de 2000, Tesis 2.ª XCI/2000, p. 372.

desacato de la sentencia y un ataque frontal al Estado de Derecho y a la cultura de constitucionalidad»¹².

De esta manera, para el caso de la expedición reiterativa de la disposición invalidada, las partes de la acción de inconstitucionalidad, en principio y aparentemente, tendrían a su disposición el recurso de queja¹³ o la posibilidad de instar una nueva acción de inconstitucionalidad¹⁴. Pudiera pensarse que es optativa la viabilidad de ambas, puesto que al señalar el último criterio de que «puede» iniciarse una nueva acción de inconstitucionalidad contra la reiteración de una norma invalidada en acción de inconstitucionalidad, no impone que tal «deba» ser la única vía para impugnar la inobservancia de una resolución estimatoria calificada de la Suprema Corte.

Sin embargo, de un análisis cuidadoso de la sentencia dictada en la acción de inconstitucionalidad 5/2004 (y su acumulada 7/2004), que dio origen a la referida jurisprudencia 27/2004, se advierte que no versó acerca de si alternativamente procedía o no el recurso de queja por exceso o defecto en la ejecución de una sentencia de acción de inconstitucionalidad, a lo que se refiere la diversa tesis jurisprudencial 15/2004 que avala la procedencia de dicho recurso; por tanto, aquel criterio resulta inaplicable para el caso de incumplimiento de una ejecutoria de la Corte. En el primer asunto mencionado se desestimó una causal de improcedencia que hicieron valer las partes demandadas (órgano legislativo y ejecutivo locales) proponiendo el consentimiento de la norma y la consecuente extemporaneidad de la demanda, argumentando la falta de impugnación del texto anterior a la reforma, reiterado en ésta, siendo que el legislador repitió un texto legal anterior que no había sido objeto de una invalidación constitucional; el Máximo Tribunal estimó que se estaba en presencia de un acto legislativo distinto formal y materialmente a los anteriores, por lo que podía ser impugnado a través de la acción de inconstitucionalidad como si se tratara de una norma de reciente creación. Como puede apreciarse, en esta ejecutoria no se analizó la debida ejecución de una sentencia de acción de inconstitucionalidad, sino una causal de improcedencia relativa al consentimiento de la norma.

En estas condiciones, el criterio jurisprudencial actualmente establecido por la Corte respecto a cómo oponerse al desacato de una sentencia de acción de inconstitucionalidad, es que la vía procesal idónea es *el recurso de queja por exceso o defecto en el cumplimiento de esa resolución*, como se desprende de la referida tesis jurisprudencial 15/2004, derivada del recurso de queja 37/2001 y sus acumulados, resuelto por mayoría de ocho votos¹⁵.

¹² Pleno, acción de inconstitucionalidad 37/2001 y acums. (recurso de queja), *Diario Oficial de la Federación*, México, 5 de marzo de 2004, sección 2.ª, con. II, pp. 44-45 (cursivas añadidas al texto transcrito).

¹³ Derivada del asunto citado en la nota inmediata anterior: «Acción de inconstitucionalidad. Procede el recurso de queja por exceso o defecto en la ejecución de la sentencia dictada en ese medio de control constitucional», Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XIX, marzo de 2004, Tesis P/J 15/2004, p. 956.

¹⁴ «Acción de inconstitucionalidad. La reforma o adición a una norma general autoriza su impugnación a través de este medio de control constitucional, aun cuando se reproduzca íntegramente la disposición anterior, ya que se trata de un nuevo acto legislativo», Pleno, *id.*, novena época, t. XIX, mayo de 2004, Tesis P/J 27/2004, p. 1155.

¹⁵ En contra se pronunciaron los ministros Góngora Pimentel y Gudiño Pelayo. El último formuló un interesante voto particular en el cual sostiene esencialmente que resulta improcedente el

Parece evidente que las sentencias de acción de inconstitucionalidad tienen (o pueden) tener ejecución, como se desprende de la parte final del artículo 105 constitucional, que establece: «En caso de incumplimiento de las resoluciones a que se refieren las fracciones I y II de este artículo se aplicarán, en lo conducente, los primeros párrafos de la fracción XVI del artículo 107 de esta Constitución»¹⁶. Esto significa que el propio texto constitucional, al prever la posibilidad del incumplimiento de la sentencia que establece la invalidez de la norma, regula una garantía sancionatoria (separación de la autoridad y consignación penal). Diferente cuestión es el escepticismo que se tenga frente a tal regulación sobre el cumplimiento de ejecutorias, considerando la dificultad para llevarlo a cabo siendo en este procedimiento los responsables del mismo el Ejecutivo federal o local, o los integrantes de un órgano legislativo; pero aunque sea un caso extremo, lo prevé nuestro ordenamiento constitucional.

En este sentido, las sentencias dictadas en la acción de inconstitucionalidad pueden ser incumplidas o cumplidas incorrectamente (defecto o exceso), no sólo cuando se trate de ciertas sentencias atípicas que suponen un actuar del órgano legislativo para emitir una norma o hacerlo con determinados parámetros señalados en la sentencia, sino también en el caso típico de las tradicionales resoluciones de invalidez de la norma impugnada. Por ejemplo, cuando en el propio fallo se ordene la ejecución de acciones positivas que pueden ser omitidas al no publicarse la sentencia de la Corte en los correspondientes medios oficiales de difusión, o se haga de manera incompleta; y principalmente la repetición (idéntica o esencial) del texto de la norma que se invalidó.

Ahora bien, como señalamos, la resolución estimatoria calificada que decide sobre la invalidez de una norma, produce *autoridad de cosa juzgada*. Esto significa que adquiere la calidad de firme e irrevocable, al no existir medios de impugnación domésticos que puedan modificar el sentido del fallo —ya vimos que, prácticamente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos puede «revisar» estas sentencias, aunque sujeta a ciertos parámetros—. De esta suerte, ante el incumplimiento del fallo no queda abierta la posibilidad de una nueva acción de

recurso de queja en la acción de inconstitucionalidad, al considerar que la expulsión a que da lugar una sentencia estimatoria calificada es de carácter absoluto y de realización instantánea, que sus efectos operan por ministerio de la propia sentencia y que no admite graduaciones o términos medios; según este juzgador constitucional, la propia naturaleza de la acción de inconstitucionalidad explica por qué la ley reglamentaria no prevé el recurso de queja para este proceso, generalmente consagrado en los ordenamientos para combatir el defectuoso o excesivo cumplimiento de una resolución o cualquier otro recurso para los casos en mención: el legislador no lo consideró necesario, porque el carácter anulatorio de la sentencia estimatoria precisamente lo hace innecesario y hasta exorbitante; un supuesto diferente es el de las controversias constitucionales, pues dadas sus características de procedencia y la diversidad de las materias impugnables en ellas, una sentencia estimatoria de esta última clase puede tener alcances y efectos muy diversos, determinables sólo casuísticamente, y de ahí que para que el bien logrado cumplimiento de la ejecutoria resulte no sólo conveniente y legal precisar en qué consistirán dichos efectos, sino también que en esa medida se podrá determinar lo correcto o defectuoso de su cumplimiento.

¹⁶ Los dos primeros párrafos de la fracción XVI del artículo 107 constitucional que regula el juicio de amparo, se refieren a la ejecución forzosa de la sentencia de este proceso. Como es ampliamente sabido, las medidas para lo anterior pueden ir desde un simple apercibimiento de la Suprema Corte y el otorgamiento de un plazo perentorio para el cumplimiento de la sentencia, hasta la separación y consignación penal de la autoridad de que se trate, sin olvidar la posibilidad del «cumplimiento sustituto» de la ejecutoria a través de una indemnización.

inconstitucionalidad debido a que se desconocería lo decidido previamente con calidad de cosa juzgada, sino la vía ulterior pero interna a este procedimiento judicial del recurso de queja. No debe pasar inadvertido que los efectos en la acción de inconstitucionalidad son generales, lo que implica que obliga a todos lo resuelto y decidido en cosa juzgada, sobre todo al órgano legislativo demandado.

Estimamos, por consiguiente, acertada la decisión del Tribunal Constitucional mexicano de admitir la procedencia del recurso de queja debido a que este medio de impugnación (no del sentido del fallo sino de su ejecución), como señala la propia sentencia, constituye un *punto estructural para el cumplimiento efectivo de la sentencia invalidante con efectos generales, dictada en la acción de inconstitucionalidad, necesaria para conseguir el pleno respeto a la ley fundamental*. Para la importancia de la procedencia de este recurso, considérese que una resolución estimatoria calificada en acción de inconstitucionalidad puede no limitarse a invalidar una norma, sino también a proveer directrices de acción positiva al legislador que pueden satisfacerse en una medida desproporcionada, como precisamente sucedió con la ejecutoria de la referida acción de inconstitucionalidad 37/2001.

En este sentido, queda claro que este tipo de resolución vincula al propio órgano legislativo que expidió la norma invalidada, no sólo porque los efectos son generales y no relativos, sino incluso por haber tenido la calidad de «parte» en el procedimiento seguido ante la Suprema Corte, podido defender la validez de su acto y formular los alegatos correspondientes [arts. 64 y 67 de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del art. 105 constitucional (LR105)]. Los efectos vinculantes al órgano legislativo constituyen un criterio enfático de la resolución de la Corte, que en la parte medular señala:

«Cuando este Alto Tribunal dicta una sentencia invalidante en la acción de inconstitucionalidad, y declara la expulsión del sistema jurídico de un supuesto normativo, está dictando una sentencia definitiva que interpreta a la Constitución federal y que debe ser respetada por el Poder Legislativo»¹⁷.

Para el caso de que la reiteración de una disposición invalidada en acción de inconstitucionalidad afecte a un particular por su sola vigencia, dicho sujeto podría acudir inmediatamente al *juicio de amparo* dirigiendo su demanda contra un formalmente «nuevo» acto legislativo¹⁸. También es factible que una autoridad administrativa o judicial haga caso omiso —culposa o dolosamente— de la ejecutoria de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y aplique en perjuicio de un particular la norma invalidada por dicha resolución; en tal caso, en nuestra opinión, se daría una *violación directa a la Constitución* por la inobservancia de la ejecutoria del Máximo Tribunal que tiene fundamento constitucional, y no sólo una cuestión de mera legalidad —la simple aplicación de una norma «derogada» (lo que también podría ser directamente inconstitucional, pero el tema es discutible e irrelevante ahora)—¹⁹; la cual haría inmediatamente procedente

¹⁷ Acción de inconstitucionalidad 37/2001 y acums. (recurso de queja), *op. cit.*, nota 12, con. II, p. 44.

¹⁸ *Vid.* «Leyes, amparo contra. Cuando se reforma una ley declarada inconstitucional o se sustituye por una de contenido similar o igual, procede un nuevo juicio por tratarse de un acto legislativo distinto», Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. I, Tesis 313, p. 369.

¹⁹ *Supra*, nota 12.

el juicio de amparo y eliminaría la necesidad de agotar recursos ordinarios incluso tratándose de resoluciones jurisdiccionales, aunque en este supuesto el agraviado deberá actuar con *extrema precaución* debido a que los juzgadores de primera instancia de amparo suelen rechazar este tipo de demandas, conforme a la tradición de que «siempre» opera el principio de definitividad cuando se reclaman actos procesales²⁰.

B) Resoluciones estimatorias no calificadas

A pesar de que una mayoría de ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (seis o siete) establezca la inconstitucionalidad de la norma impugnada, por no contar con la votación que exige la Constitución (ocho o más), estas resoluciones²¹ estimatorias que carecen de tal votación calificada no la invalidarán, así que la acción respectiva deberá desestimarse y archiversse el asunto como señala el artículo 72 de la LR105²².

La «desestimación» que sigue a estas resoluciones no es propiamente tal, entendida como una declaración jurisdiccional de que los conceptos de invalidez son infundados y que confirme la validez de la norma; en realidad se trata de una «improcedencia» de la acción al existir un impedimento procesal insubsanable, en cuanto al específico acto legal de que se trate —o sea la disposición precisamente impugnada y los relacionados íntimamente con él, y no de otros que admitan un estudio independiente—, que da lugar al sobreseimiento de la acción procesal ejercida. Las figuras de la improcedencia y el sobreseimiento son muy conocidas en el juicio de amparo cuya elaboración doctrinal y jurisprudencial nos ayudará a explicar lo anterior, pues tanto él como la acción de inconstitucionalidad pertenecen a un mismo sistema de Derecho procesal (este ejercicio también es ocasionalmente realizado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al apoyarse en precedentes establecidos en amparo para resolver controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad, y viceversa inclusive)²³.

²⁰ Vid. «Recursos ordinarios. No es necesario agotarlos cuando únicamente se aducen violaciones directas a la Constitución», Segunda Sala, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. VI, Tesis 371, p. 317; «Definitividad. Las excepciones a este principio son de aplicación estricta», Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Sexto Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XXIII, marzo de 2006, Tesis VI.2.º C. J/260, p. 1816; y «Definitividad. Este principio del juicio de amparo debe cumplirse aun ante la reclamación de actos que revistan una ejecución irreparable», Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, *id.*, novena época, t. XXVI, agosto de 2007, Tesis I.3.º C. J/39, p. 1214.

²¹ Estas no constituyen propiamente una «resolución» porque la Suprema Corte como tal en realidad *nada decide*, y tampoco se trata de una «sentencia» en sentido material; pero démosles tal nombre a fin de no hacer más compleja la situación de las sentencias constitucionales.

²² Que a la letra dispone: «Las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia sólo podrán declarar la invalidez de las normas impugnadas, si fueren aprobadas por cuando menos ocho votos. Si no se aprobaran por la mayoría indicada, el Tribunal Pleno desestimaré la acción ejercitada y ordenará el archivo del asunto».

²³ Así como la teoría general del proceso halló rasgos y elementos comunes a las diversas jurisdicciones especializadas, el Derecho procesal constitucional trata de sistematizar categorías y elementos básicos a los diversos procesos que tienen por objeto reparar las violaciones a la ley fundamental, partiendo de la idea de que la constitucional es *una sola jurisdicción especializada* (por su común denominador en la Constitución), aunque sea ejercida por diversos órganos y vías procesales, y variadas modalidades. Como consecuencia, incluso en México algunos han visto la formación de un «sistema procesal constitucional mexicano» —al menos incipiente—, que se asienta sobre bases

La «improcedencia» de la acción procesal²⁴ consiste en la inviabilidad de que se ejerza el derecho de instar a los tribunales o siga tramitándose la instancia previamente realizada, debido a la *inexistencia de uno de sus elementos o la imposibilidad jurídica de que se realice el fin que está llamado a cumplir* —desde cobrar un pagaré hasta invalidar generalmente una ley—^{25, 26} y su actualización da lugar al sobreseimiento del proceso²⁷.

Como lo ha definido la jurisprudencia de amparo, el sobreseimiento a que da lugar una causal de improcedencia —entre otras hipótesis— tiene el efecto de que no se estudie el fondo del asunto (conceptos de invalidez o argumentos contra el acto impugnado), ni haya pronunciamiento jurisdiccional que decida si éste es conforme a la Constitución o no, manteniéndose las cosas como estaban antes de la presentación de la demanda²⁸. Por tanto, al no dar solución a la litis, la resolución (auto) de sobreseimiento generalmente no tiene carácter de cosa juzgada sobre la validez del acto, a menos que se hubiera establecido su «inatacabilidad» porque se atendieron «razones o circunstancias que ha[cen] inejercitable la acción [...] de modo absoluto, [...] pues estas situaciones no pueden ser desconocidas en un nuevo juicio [constitucional]»²⁹.

Con las resoluciones estimatorias no calificadas sucede que la regularidad de la disposición secundaria es puesta a juicio de la Suprema Corte, y encon-

comunes a los procesos que lo integran (principalmente: juicio de amparo, controversia constitucional y acción de inconstitucionalidad), siendo la primera de ellas que todos tienden a la reparación judicial de violaciones constitucionales. Cfr. H. FIX-ZAMUDIO, *Introducción al Derecho procesal constitucional*, Querétaro, FUNDAP-Colegio de Secretarios de la SCJN, 2002, pp. 45-47; D. GARCÍA BELAUNDE, *Derecho procesal constitucional*, Bogotá, Temis, 2001, pp. 15-16; J. V. CASTRO, «Las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad», en E. FERRER MAC-GREGOR (COORD.), *Derecho procesal constitucional*, 5.^a ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la SCJN, 2006, t. I, pp. 949 y ss.; C. ASTUDILLO, «El sistema mexicano de justicia constitucional. Notas para su definición, a diez años de la reforma constitucional de 1994», *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa-IIDPC, núm. 4, julio-diciembre de 2005, pp. 31-32; y R. SÁNCHEZ GIL, «La disyuntiva en la defensa constitucional de las entidades públicas: ¿controversia constitucional o juicio de amparo?», *Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM*, México, t. LVII, núm. 248, julio-diciembre de 2007, pp. 307-309.

²⁴ Esta figura no sólo puede realizarse en el Derecho público —en el que ciertamente es más frecuente, por la complejidad de sus procesos—, sino también en el privado. *Vid.* «Acción. Su improcedencia y la no justificación de sus elementos, son conceptos diversos», Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Sexto Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XX, octubre de 2004, Tesis VI.2.ºC. J/245, p. 1921.

²⁵ Cfr. R. LEÓN ORANTES, *El juicio de amparo (ensayo doctrinal)*, México, Superación, 1941, p. 70; e I. BURGOA, *El juicio de amparo*, 33.^a ed., México, Porrúa, 1997, pp. 445-447.

²⁶ Dichos elementos del derecho de acción son: sujetos, causa y objeto (fin); por ejemplo: si el actor no estuviera legitimado para iniciar el proceso, faltaría un elemento esencial de la acción respectiva (sujeto activo) y ésta sería improcedente, debiéndose en consecuencia sobreseer el proceso. Lo mismo acontecería si la finalidad de la acción ejercida no pudiera material o jurídicamente lograrse porque también la actividad procesal sería innecesaria, y asimismo improcedente y sobreseído el proceso. Cfr. BURGOA, *op. cit.*, nota 25, pp. 317-324, y J. CHIOVENDA, *Instituciones de Derecho procesal civil*, trad. de E. GÓMEZ ORBANEJA, México, Cárdenas, 1989, t. I, p. 36.

²⁷ Artículos 59 y 20, fracciones II y III, de la LR105.

²⁸ «Sobreseimiento», Segunda Sala, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1995*, t. VI, Tesis 502, p. 332; y «Sobreseimiento. No permite entrar al estudio de las cuestiones de fondo», Segunda Sala, *id.*, t. VI, Tesis 509, p. 335.

²⁹ «Sobreseimiento. No tiene el alcance de sentencia ejecutoria», Segunda Sala, *Informe de 1964*, p. 181; y «Cosa juzgada. Improcedencia de amparo (fracción IV del art. 73 de la ley de amparo) contra actos objeto de juicio sobreseído que no pueden reclamarse de nuevo», Segunda Sala, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. VI, Tesis 132, p. 108.

trándola la mayoría de integrantes violatoria de la ley fundamental; pero el número de ministros de esta opinión *no es el suficiente para que la acción de inconstitucionalidad cumpla su objeto*: invalidar con efectos generales la norma impugnada. Al ser jurídicamente imposible a ese proceso cumplir su fin, porque ninguna utilidad práctica tendría, no podría darse su tramitación ulterior, o sea la *expresión en la sentencia de la opinión de la mayoría no calificada* sobre la situación constitucional de la norma que se impugnó, y la *resolución jurisdiccional con efectos invalidantes*. Como se aprecia, la insuficiente votación de los ministros de la Corte que en estas condiciones lleva a la «desestimación» práctica de la acción de inconstitucionalidad, es *ipso facto* una *resolución de improcedencia*, equivalente a la que puede suscitarse en el juicio de amparo y a cuyo sobreseimiento da lugar, aunque sólo en lo que se refiera a la específica norma respecto de la cual no hubo mayoría calificada en la decisión sobre su inconstitucionalidad, y no respecto de toda la acción integralmente considerada; en otros términos: el concepto de invalidez deviene inoperante, figura afín a la improcedencia³⁰.

Esta «desestimación» o «declaración de improcedencia» tiene la consecuencia de que no exista un pronunciamiento de la Corte como tal sobre la inconstitucionalidad de la norma impugnada, o sea con efectos de «decir el Derecho constitucional» sobre el problema planteado, porque simplemente no está decidiendo la cuestión sometida a su análisis. Como todo órgano del Estado mexicano, la Suprema Corte de Justicia de la Nación sólo puede hacer lo que la ley (constitucional y ordinaria) le permite, y sus decisiones únicamente serán válidas con el quórum de votación indicado por las normas que le disciplinen sus

³⁰ En realidad el tema posee múltiples matices porque en la práctica, tanto en la acción de inconstitucionalidad como en la controversia constitucional —y a veces el juicio de amparo—, son impugnadas diversas (quizá muchas) disposiciones y contra cada una de ellas pueden dirigirse varios conceptos de invalidez. Cuando referimos la improcedencia de la acción en estos casos y el sobreseimiento consecuente con ella, nos situamos en la hipótesis teórica y meramente didáctica de que el único o todos los argumentos contra cada disposición impugnada han sido objeto de una «resolución» estimatoria no calificada, y la Corte no advirtió algún otro en suplencia de la demanda respectiva. Lo frecuente es que de los múltiples conceptos de invalidez expresados en la acción de inconstitucionalidad contra una misma o diferentes disposiciones impugnadas, algunos se estimen con votación calificada o se desestimen, y otros sean objeto de una resolución estimatoria no calificada; mientras en los primeros casos se cumpliría el objeto de la acción de inconstitucionalidad y se resolvería jurisdiccionalmente sobre la materia de los argumentos respectivos, en el último el concepto de invalidez sería «inoperante» —por ineficaz, inepto o intrascendente—, calidad similar a la improcedencia, por lo que en términos coloquiales equivaldría a la «improcedencia del argumento», y por economía en el proyecto o sentencia respetivos no cabría una resolución jurisdiccional sobre ellos y sólo se indicaría la obviedad de la votación estimatoria no calificada, o en su caso aparente y textualmente se analizaría sólo el argumento exitoso dirigido contra la norma impugnada y que bastaría para declarar su invalidez. Finalmente, corroborando en alguna medida lo anterior, procediendo a ello la Suprema Corte admitió que los conceptos de invalidez en controversia constitucional pueden ser declarados «inoperantes». *Vid.* «Acción de inconstitucionalidad. Estudio innecesario de conceptos de invalidez», Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, XIX, junio de 2004, Tesis P/J 37/2004, p. 863; «Conceptos de violación inoperantes. Lo son en amparo directo si plantean la inconstitucionalidad de una norma general respecto de la cual, si se tratara de juicio de amparo indirecto, se actualizaría alguna causal de improcedencia», Segunda Sala, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. I, Tesis 141, p. 177; A. SERRANO ROBLES, «El juicio de amparo en general y las particularidades del amparo administrativo», en Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Manual del juicio de amparo*, 2.^a ed., México, Themis, 1996, pp. 144-145; y Pleno, controversia constitucional 6/2007, *Diario Oficial de la Federación*, México, 1 de agosto de 2008, con. VI, p. 48.

facultades³¹; de no cumplir con él y por venerable que sea, la opinión de sus integrantes *no será una decisión jurídica de un órgano de poder estatal ni representará un acto de la voluntad de éste*; los ministros «personifican» a la Corte sólo cuando actúan dentro de las atribuciones que les otorga la ley³². Lo anterior explica por qué la motivación de las resoluciones estimatorias no calificadas en acción de inconstitucionalidad no se incluyan en el cuerpo de la sentencia respectiva, sino acaso en un excepcional y paradójico «voto particular de mayoría», ni de ella derive un precedente sistematizado³³; y este acotamiento de la Suprema Corte, guarda por lo menos similitud con la práctica de «evadir cuestiones constitucionales (*to avoid constitutional issues*)» que mantiene la jurisprudencia norteamericana como elemento esencial de su doctrina de «autorrestricción judicial (*judicial self-restraint*)»³⁴.

Aunque sin detenerse a considerar todo lo anterior, la propia Suprema Corte ha interpretado el fenómeno de la resolución estimatoria no calificada, de la siguiente manera:

«Si existiendo mayoría, pero menos de ocho votos en el sentido de que la norma es inconstitucional, sólo se dará la declaración plenaria de la insubsistencia de la acción *sin ningún respaldo de tesis jurídica* ni en cuanto a la constitucionalidad a la que implícitamente se llega, al respetarse la validez de la norma impugnada por aplicación de una regla técnica que salvaguarda la presunción respectiva en cuanto a que el órgano legislativo se ajustó a la Constitución. El que a ello se haya llegado por falta de la votación calificada se refleja en la ausencia de argumentos jurídicos de la Suprema Corte que respalden y fortalezcan lo establecido por la legislatura. De acuerdo con el sistema judicial, resulta también lógico que en el supuesto de declaración de desestimación de la acción de inconstitucionalidad, si bien *no existirá pronunciamiento sobre el tema relativo de la Suprema Corte*, sí podrán redactarse votos de los ministros de la mayoría no calificada y de los de minoría que den los argumentos que respaldaron su opinión»³⁵.

Sentado lo anterior, podemos concluir, en primer término, que una resolución estimatoria no calificada de ninguna manera implica una decisión jurisdiccional sobre la inconstitucionalidad de la norma a que se refiera: ésta sigue siendo tan válida como lo hubiera sido de no presentarse la demanda de acción

³¹ Artículos 7.º y 17 de la LOPJF.

³² Es factible aunque excepcional, como en la facultad de investigación prevista en el artículo 97 constitucional, que un solo ministro u otros servidores públicos actúen en nombre de la Suprema Corte, mas por supuesto sólo cuando la ley lo permita. *Vid. cfr. J. R. COSSÍO DÍAZ, Las atribuciones no jurisdiccionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, Porrúa-UNAM, 1992, pp. 20-24; y «Comisión investigadora designada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. El amparo promovido contra el acuerdo suscrito por uno de sus integrantes por el que requiere la presencia del quejoso para que declare en torno a la investigación encomendada, es manifiesta e indudablemente improcedente», Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XXVI, agosto de 2007, Tesis I.7.ºP.8 K, p. 1600.

³³ «Acción de inconstitucionalidad. En el caso de una resolución mayoritaria en el sentido de la inconstitucionalidad de la norma impugnada, que no sea aprobada por la mayoría calificada de cuando menos ocho votos exigida por el artículo 105, fracción II, último párrafo, de la Constitución Federal, la declaratoria de que se desestima la acción y se ordena el archivo del asunto debe hacerse en un punto resolutivo», Pleno, *id.*, novena época, t. XV, febrero de 2002, Tesis P/J 15/2002, p. 419.

³⁴ Sobre el tema, *vid. R. D. ROTUNDA y J. E. NOWAK, Treatise on constitutional law. Substance and procedure*, 3.ª ed., St. Paul, Minn., West, 1999, vol. 5, pp. 245-247.

³⁵ Pleno, acción de inconstitucionalidad 10/2000, 29 y 30 de enero de 2002, p. 119 (cursivas añadidas).

de inconstitucionalidad, porque nunca ha pasado el tamiz de una resolución judicial de fondo. Como en tales circunstancias no hubo un pronunciamiento del Máximo Tribunal que confirme su validez³⁶, *no existe una decisión jurisdiccional que afirme la legitimidad de su pertenencia al sistema jurídico*; caso distinto constituye la resolución desestimatoria en el que sí existe decisión jurisdiccional propiamente dicha en los términos ya precisados, en la que el órgano estatal competente para ello, actuando en las circunstancias jurídicas que le permiten ejercer plenamente sus atribuciones, sostiene su validez y determina mantenerla en el ordenamiento aunque con ciertas particularidades que trataremos adelante.

La siguiente cuestión es si esta resolución estimatoria no calificada tiene efectos de cosa juzgada. Como vimos, esta categoría implica que la Corte como tal no decidió si la norma impugnada es válida o no, sino al «desestimar» la acción por no contar la opinión de sus ministros con los votos necesarios para tener efectos de pronunciamiento jurisdiccional, determina —técnicamente— su improcedencia y sobreseimiento en sentido material aunque se les dé otra denominación³⁷. Esta «desestimación» o «sobreseimiento» no significa que sus efectos —mantener la vigencia de la disposición de que se trate— carezcan de fuerza de cosa juzgada; al igual que otro tipo de resoluciones en la acción de inconstitucionalidad, las que ahora nos ocupan son *irrevocables* y nunca podrá analizarse en acción de inconstitucionalidad la validez de ese mismo acto, en los términos ya señalados con anterioridad: las partes legitimadas activamente en ella —aparte de lo relativo a preclusión del plazo respectivo— no podrán iniciar este procedimiento contra la misma norma formalmente entendida³⁸. A la Suprema Corte de Justicia de la Nación ya se le sometió la cuestión por esta vía procesal y no pudo concluir sobre su inconstitucionalidad con el consenso requerido, y sería contrario a la seguridad jurídica —que impulsa la figura de la cosa juzgada— que pudiera una y otra vez someterse una misma cuestión.

En términos más sencillos: aunque no hubiera fenecido el plazo de treinta días hábiles contados desde la publicación de la norma de que se trate —algo ya muy improbable—, para promover una nueva acción de inconstitucionalidad contra una *misma norma formal y materialmente entendida* que fue objeto

³⁶ A nuestro parecer, cuando la Suprema Corte habla de una «constitucionalidad a la que implícitamente se llega», no indica haber resuelto de alguna manera que los conceptos de invalidez son infundados, sino más bien quiere decir que *en términos prácticos* se desestima la acción y se sostiene (mientras tanto) la regularidad de la norma impugnada; ello no sólo porque no reparó en los aspectos técnicos tan sutiles que hemos señalado, sino porque a ello apunta su indicada «ausencia de argumentos jurídicos [...] que respalden y fortalezcan lo establecido por la legislatura», que no tendría sentido en una consideración diferente a la que ofrecemos.

³⁷ Como ya indicamos, el supuesto habitual es que se desestime el concepto de invalidez relativo a una muy precisa disposición impugnada, de manera que una resolución estimatoria no calificada produce la «inoperancia» de ese argumento, y nunca en la práctica —aunque teóricamente sea posible— el sobreseimiento general del proceso. *Vid. supra*, nota 30.

³⁸ Puesto que si por alguna razón dicha regulación vuelve a expedirse en diferente contexto normativo, procedería la acción de inconstitucionalidad y, de acuerdo con las circunstancias que entonces priven (nueva composición de la Corte, cambios de criterios jurisprudenciales, etc.), es factible que se alcance la mayoría calificada necesaria para invalidarla. *Cfr. supra*, nota 14; y «Acción de inconstitucionalidad. El cambio de la identificación numérica de una norma general no constituye un nuevo acto legislativo para efectos de su impugnación a través de aquel medio de control constitucional», Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XXVI, diciembre de 2007, Tesis P/J 96/2007, p. 742.

de similar proceso que concluyó con una resolución estimatoria no calificada, de ninguna manera podría iniciarse una nueva acción de inconstitucionalidad contra ella, porque se daría una causal de improcedencia basada en la fuerza de cosa juzgada que adquirió la primera ejecutoria (arts. 19, fracción VI, 59 y 60 de la LR105). Aunque lo anterior no impediría la reclamación de la norma por otra vía procesal (controversia constitucional o juicio de amparo) que inicien partes ajenas a la acción de inconstitucionalidad resuelta, sobre todo cuando se funde en un primer acto de aplicación; dado que la ejecutoria dictada no tendría efecto de cosa juzgada para ellas.

C) Resoluciones desestimatorias (no) calificadas

Dado que son irrevocables y sí contienen un pronunciamiento judicial de fondo, las resoluciones desestimatorias (sean por mayoría simple o calificadas), asimismo producen normalmente *efectos de cosa juzgada*, conforme a los artículos 19, fracción IV, y 59 de la LR105 y los artículos 356 y 357 del Código Federal de Procedimientos Civiles—. Sin embargo, hay que tener en cuenta ciertos aspectos que matizan la aplicación de esta figura y la hacen muy diferente —de una calidad casi meramente conceptual, sin repercusión práctica— a las que tiene en otros procesos.

Sería jurídicamente imposible que se dé una nueva confrontación entre las mismas partes —no necesariamente los mismos legisladores, pero sí una minoría legislativa—³⁹, en que se haga valer la eficacia directa de esta cosa juzgada, no sólo por la causal de improcedencia relacionada con la figura de la cosa juzgada (art. 19, fracción IV, de la LR105), sino porque también cuando haya sentencia en el primer asunto ya habría transcurrido con notorio exceso el plazo para iniciar el segundo, y así no se podría tramitar la demanda respectiva ni habrá necesidad de hacer valer aquella improcedencia⁴⁰. La misma resolución desestimatoria tampoco podría desplegar eficacia «refleja», ya que aparte de la acción de inconstitucionalidad improcedente en estos casos, *no existe vía procesal en que las mismas partes pudieran enfrentarse nuevamente* en razón de las mismas normas (salvo muy excepcionalmente)⁴¹, a diferencia de lo que sucede

³⁹ J. BRAGE CAMAZANO (*La acción de inconstitucionalidad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, p. 232, n. 492) habla de que la «cosa juzgada» en acción de inconstitucionalidad se da cuando hay identidad de objeto y causa (la misma norma y los mismos conceptos de invalidez); pero alude a las resoluciones de la acción de inconstitucionalidad de manera general, sin reparar en sus particularidades; además, del contexto de su afirmación se desprende que más bien se refiere a las resoluciones estimatorias calificadas. Por lo anterior, seguimos la clásica formulación de los elementos de la cosa juzgada como identidad de partes, objeto y causa.

⁴⁰ Artículos 19, fracción VII, y 60 de la LR105. La extemporaneidad de la demanda es una causal de improcedencia de estudio preferente, no sólo por así indicarlo la práctica de la Suprema Corte sino también con base en el principio de *economía procesal* fundado sobre el artículo 17 constitucional, dado que su inmediata objetividad permite una más eficaz resolución sobre la procedencia de la acción —también así sucede en el juicio de garantías—; *vid.* R. COELLO CETINA, *El amparo contra leyes tributarias autoaplicativas*, México, Porrúa, 2003, p. 37.

⁴¹ Si acaso, piénsese en la remota y excepcional posibilidad de que el procurador general de la República (o el Ministerio Público Federal) o algún partido político sean partes de un juicio de amparo relativo a la aplicación de la norma previamente impugnada mediante la acción de inconstitucionalidad, en el que se impugnara la constitucionalidad de la misma; y en todo caso habría de establecer si no existen personas que no fueron partes en la acción de inconstitucionalidad.

por ejemplo en litigios mercantiles y civiles que originen diversos procesos interrelacionados de los que conozcan tantos jueces y tribunales, en los cuales sí es relevante esta eficacia refleja.

Sin embargo, ya que *no habría identidad de partes*, una resolución desestimatoria nunca podría valer como cosa juzgada para una controversia constitucional, juicio de amparo o proceso ordinario. En todas estas instancias generalmente postulan sujetos diferentes (un órgano de poder de otro ámbito material y constitucional, o un particular) a las partes de una acción de inconstitucionalidad, a quienes una sentencia que declare infundados los conceptos de invalidez analizados en este proceso, no deberá parar perjuicio en su esfera jurídica —sobre todo considerando la garantía de audiencia y debido proceso, previstas en el art. 14 constitucional—: la ley suprema sólo habla de efectos generales para la resolución estimatoria calificada⁴².

Pero cuando se basan en una interpretación conforme a la Constitución, estas resoluciones adquieren particularidades muy complejas, que intentaremos abordar en la última sección de este trabajo.

3. EFECTOS DE PRECEDENTE CONSTITUCIONAL

A) El precedente judicial en México

Como ya señalamos, el uso de precedentes busca primordialmente satisfacer el *principio de igualdad en la aplicación de la ley*: a casos iguales o análogos debe darse la misma solución jurídica, y con ello también se cumpliría el fin «burocrático» de mantener la estabilidad de la actividad de los juzgadores y la sistematización del orden jurídico; por tanto, la aplicación a un nuevo caso particular del principio abstracto de resolución que contenga una resolución judicial, está condicionado a que existan elementos similares que justifiquen seguirlo⁴³. En términos generales, el precedente judicial goza de una *presunción de corrección* como acto aplicativo del Derecho, y quien pretenda apartarse de su criterio tiene la carga argumentativa de aportar buenas razones para ello⁴⁴.

Existen reglas generales de prevalencia entre los precedentes (sobre todo el relativo a la jerarquía de los tribunales), que no trataremos por ser irrelevantes para nuestro actual estudio; pero sin perjuicio de ellas, téngase presente que en México distinguimos entre la «jurisprudencia» y la «tesis aislada», teniendo sólo la primera carácter vinculante y las últimas uno «meramente» persuasivo. Aun sin aplicar otro punto de vista que esta última clasificación, es preciso decir que

⁴² Incluso expresamente en disposiciones legales, esta situación se reconoce en España e Italia. Vid. BALAGUER CALLEJÓN *et al.*, *loc. cit.*, nota 1; y A. CELOTTO, *La Corte Constitucional en Italia*, México, Porrúa-IMDPC, 2005, p. 89.

⁴³ «Jurisprudencia. Su transcripción por los órganos jurisdiccionales en sus resoluciones, puede ser apta para fundarlas y motivarlas, a condición de que se demuestre su aplicación al caso», Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación (Actualización 2001)*, Tesis 44, p. 58; y «Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, aplicación de la», Tercera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, séptima época, vol. 16, cuarta parte, p. 19.

⁴⁴ Vid. R. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, 4.^a ed., Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 2001, pp. 337-338.

en México todos los precedentes son (en alguna medida) vinculatorios si resultan aplicables al caso particular. Por constituir el precedente una «respuesta jurídica presuntamente correcta», los tribunales deben seguir las «tesis aisladas» —si en el juego argumentativo no entran otros precedentes en contrario—, en tanto carezcan de razón suficiente para apartarse de ellos⁴⁵; la diferencia entre éstos y la «jurisprudencia» es que la última tiene que ser seguida por los órganos jurisdiccionales, por su carácter legalmente obligatorio, a pesar que tengan razones —incluso muy buenas— para apartarse de ellos⁴⁶.

Por otro lado, para que un precedente (jurisprudencial o aislado) sea aplicado no se requiere que esté formulado en una tesis sistematizada (rubro, texto, número, etc.) o publicado en el *Semanario Judicial de la Federación* (u otros órganos de difusión conexos): la ley no dice que serán jurisprudencia (o precedente aislado) las «tesis» sino las «resoluciones»; aunque desde luego es mucho más difícil hallar un criterio judicial que no tenga una configuración sistematizada⁴⁷. La incorrecta identificación plena entre «precedente judicial» y «tesis (jurisprudenciales o aisladas)» es lamentablemente tenida por práctica «ortodoxa» en nuestro medio, debido a que los operadores jurídicos (justiciables, abogados, jueces, autoridades) habitualmente aplican sólo las «tesis» y «jurisprudencias» sistematizadas que sólo plasman el criterio jurídico y no los hechos derivados del asunto, olvidando las ejecutorias que atendiendo a los casos particulares realmente crean los precedentes y determinan su debida y precisa aplicación.

B) Acción de inconstitucionalidad y vigor jurisprudencial

Recordando panorámicamente lo expuesto en secciones previas será más fácil tratar los efectos de los criterios sentados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en las diferentes resoluciones que emite en la acción de inconstitucionalidad: 1) las resoluciones estimatorias calificadas tienen efectos generales de cosa juzgada e implican un pronunciamiento jurisdiccional sobre la *inconstitucionalidad abstracta* de la norma impugnada, es decir no en un determinado contexto de aplicación, concreto y específico por definición; 2) las resoluciones estimatorias no calificadas —a las cuales sería más preciso llamar «opiniones», porque con ellas la Corte como tal nada resuelve— aunque son cosa juzgada porque hacen inatacable la cuestión por la misma vía procesal, no tienen consecuencias jurídicas y no implican pronunciamiento jurisdiccional sobre el De-

⁴⁵ Aunque la carga de argumentación que recae sobre quien pretende soslayarlos sea una débil garantía para la eficacia del precedente —y debilísima en la práctica—, que aquél deba «sólo expresar las razones por las que considera que no debe confirmarse tal criterio», al menos impone un obstáculo a la absoluta arbitrariedad judicial. *Vid.* «Jurisprudencia de Tribunales Colegiados de Circuito. Su inobservancia por las autoridades que tienen obligación de acatarla conforme al artículo 193 de la ley de amparo, no conduce necesariamente al otorgamiento de la protección constitucional solicitada», Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Cuarto Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XII, octubre de 2000, Tesis XIV.2.º38 K, p. 1305; y «Jurisprudencia de la corte», Pleno, *Semanario Judicial de la Federación*, quinta época, t. XXIII, p. 652.

⁴⁶ Artículos 94, párrafo 7.º, constitucional; 192 y 193 de la Ley de Amparo; y 177 de la LOPJF.

⁴⁷ *Vid.* «Jurisprudencia. Forma en que deben proceder los Tribunales Colegiados de Circuito para verificar la existencia de la sustentada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación ante la falta de tesis formalmente publicada», Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XVI, octubre de 2002, Tesis 2.º/J 107/2002, p. 292.

recho constitucional aplicable al caso, y 3) las desestimatorias, calificadas o no, también tienen efectos de cosa juzgada, mas únicamente para las partes que intervinieron en el proceso y no para otras cuya situación jurídica no afectará, e igualmente implican un pronunciamiento jurisdiccional que confirma la *validez abstracta* de la norma analizada. Establecido lo anterior, abordemos el caso de los precedentes establecidos en las acciones de inconstitucionalidad.

Es preciso, en primer lugar, tener en cuenta que los artículos 73 y 43 de la LR105 establecen que las «razones contenidas en los considerandos que funden los resolutivos de las sentencias» de estos procesos⁴⁸ serán obligatorias para todos los tribunales del país cuando hayan sido aprobadas por ocho o más de los integrantes de la Suprema Corte⁴⁹. Y lo anterior también tiene efecto incluso cuando no exista un criterio sistematizado, por todo lo dicho anteriormente y porque esos textos legales no hablan de «tesis» sino de las «razones» de los «considerandos» de las sentencias⁵⁰.

Aspecto sumamente importante de la eficacia del criterio sentado en este proceso por la Suprema Corte como precedente (vinculante o meramente persuasivo) es su aplicabilidad a casos futuros, según éstos compartan los *elementos esenciales* de aquel en que lo formuló ese tribunal. Como señalamos, la aplicabilidad de un precedente depende de que el nuevo caso sea *suficientemente análogo* al asunto del que derivó⁵¹. Como en la acción de inconstitucionalidad se estudia de manera *abstracta* la validez de una norma, su aplicación a situaciones *concretas* —como será en cualquier otro proceso (controversia constitucional, amparo y juicios ordinarios)— podría ser improcedente, si se distinguieran lo suficiente para escapar de la regla jurisprudencial. Sin embargo, hay que considerar que esta distinción tiene que ser general, y no provenir de la situación específica y contingente de las partes del litigio⁵²; lo anterior dificulta mucho alejarse del criterio establecido por la Corte en acción de inconstitucionalidad, aunque no consideramos de antemano que sea imposible.

De acuerdo con lo anterior, es fácil concluir que los criterios establecidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en *resoluciones estimatorias y desestimatorias calificadas* son «jurisprudencia vinculante» para los demás tribunales mexicanos, y éstos tienen el deber de aplicar el mismo principio de decisión

⁴⁸ El carácter jurisprudencial de los criterios que sienta el Pleno de la Suprema Corte en los recursos de reclamación y de queja en controversia constitucional y acción de inconstitucionalidad, los corroboró el mismo órgano en el Acuerdo 4/1996 (*id.*, novena época, t. IV, septiembre de 1996, p. 773).

⁴⁹ *Vid.* también el artículo 235 de la LOPJF.

⁵⁰ «Jurisprudencia. Tienen ese carácter las razones contenidas en los considerandos que funden los resolutivos de las sentencias en controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad, por lo que son obligatorias para los Tribunales Colegiados de Circuito en términos del acuerdo general 5/2001 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación», Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XIX, marzo de 2004, Tesis 1.ª/J 2/2004, p. 130; y «Acción de inconstitucionalidad. Si en ella se declara la invalidez de normas generales, los órganos jurisdiccionales deben aplicar ese criterio, aun cuando no se haya publicado tesis de jurisprudencia», Segunda Sala, *id.*, novena época, t. XXIV, septiembre de 2006, Tesis 2.ª/J 116/2006, p. 213.

⁵¹ *Supra*, nota 42.

⁵² «Leyes. Su inconstitucionalidad depende de circunstancias generales y no de la situación particular del sujeto al que se le aplican», Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XXVI, octubre de 2007, Tesis 2.ª/J 182/2007, p. 246.

cuando el caso que tengan bajo su decisión sea esencialmente similar al resuelto por aquélla, a pesar de que opinen contrariamente a él. En este orden, como también las resoluciones *desestimatorias no calificadas* son pronunciamientos jurisdiccionales de la Corte, también constituirán jurisprudencia, aunque no serán jurisprudencia obligatoria porque no cuentan con votación suficiente, mas cumplirán la función de precedente que en alguna (mínima) medida vincula a los demás tribunales, dado que en todo caso relativo a la interpretación de la ley fundamental —sobre la que siempre versa la acción de inconstitucionalidad⁵³—, a pesar de que no siente jurisprudencia, el criterio de la Suprema Corte es «la opinión jurídica más respetable»⁵⁴; algunas resoluciones desestimatorias no calificadas dan lugar a «tesis aisladas» que orientan la actividad de los tribunales mexicanos y, como señalamos, a nuestro entender vinculan con fuerza de precedente constitucional (si bien no de manera obligatoria), con la posibilidad de que tribunales diferentes a la Corte puedan apartarse de ellos esgrimiendo argumentos nuevos y de mayor alcance.

En situación muy diferente están las que llamamos resoluciones estimatorias no calificadas. Como señalamos, éstas en realidad *no son decisiones de la Suprema Corte* sino implican una declaración de improcedencia o inoperancia que impide un pronunciamiento jurisdiccional sobre el fondo de uno de los aspectos de la litis del proceso, por lo que la opinión mayoritaria sobre la inconstitucionalidad de la norma impugnada se realiza, si se formulara voto, a título particular de los ministros que la sostuvieran; y por tanto, dichas resoluciones carecen de la fuerza de precedente. Lo anterior se explica sencillamente por el principio *stare decisis* —que designa la fuerza jurídica de los precedentes judiciales—; dicho principio busca satisfacer la igualdad en la aplicación de la ley, y ésta en realidad nunca fue aplicada jurisdiccionalmente en este tipo de resoluciones, por lo que no hay razón jurídica que de algún modo (aun mínimamente) haga vinculante la opinión que sostenga la malograda conclusión sobre la invalidez de la norma impugnada. Si acaso, la opinión de la mayoría simple que se inclinó por ella, tendría la utilidad de ser un *mero referente* sobre algún tema particular, similar a una opinión doctrinal aunque con la agregada calidad oficial de sus autores; dado que el criterio mayoritario inhabilitado puede emitirse y objetivarse como «voto mayoritario» —junto con el minoritario—, aunque no tenga efectos vinculantes serviría de una opinión con cierta «autoridad moral» para el sucesivo estudio (procesal o académico) del tema sobre el que versó⁵⁵.

4. INTERPRETACIÓN CONFORME A LA CONSTITUCIÓN

Es ampliamente sabido que una de las prácticas más arraigadas en la jurisdicción constitucional actual es la de preferir, entre los significados posibles de una disposición, el que observe los mandatos constitucionales a uno que los contravenga, o bien optar por el que otorgue máxima eficacia a los valores y

⁵³ BRAGE CAMAZANO, *op. cit.*, nota 39, p. 171.

⁵⁴ «Sentencias de amparo, fuerza obligatoria de las, aunque no sienten jurisprudencia», Tercera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, quinta época, t. LXIX, p. 4087.

⁵⁵ Sobre los votos particulares, *vid.* G. D. GÓNGORA PIMENTEL, *El voto jurisdiccional y mi disenso en el Máximo Tribunal*, México, Porrúa, 2007.

principios de la ley fundamental. En México la jurisprudencia de la Suprema Corte impuso esta modalidad interpretativa, especial aunque no exclusivamente para la acción de inconstitucionalidad⁵⁶.

Pese a que la «interpretación conforme» se incluye formalmente en una motivación (considerando) que de manera expresa adopta una resolución *desestimatoria* validante de la disposición impugnada, hemos de considerar que esta operación jurídica en realidad entraña *dos resoluciones correlativas*: 1) la que ya referimos, y 2) otra tácita o al menos no puesta de relieve que elimina una alternativa de interpretación de ese precepto, por contravenir la ley fundamental. La anterior proposición se funda en dos tesis pilares de la aplicación constitucional de nuestro tiempo: la que distingue entre «disposición» y «norma», y la que hace consistir a la última en el objeto del control constitucional.

La interpretación jurídica, como ahora se le entiende, es el ejercicio de «traducir» un enunciado que expresa una prescripción general e indeterminada —en alguna medida— a otro formulado en términos precisamente adecuados para «guiar el actuar concreto» en ciertas circunstancias, lo cual desechó el «mito» de la existencia de normas jurídicas inmanentes a los textos y preexistentes a la interpretación de éstos⁵⁷; así, «disposición» es el texto indeterminado sobre el cual recae la interpretación del operador jurídico, y «norma» el enunciado resultante de esta actividad que concreta la prescripción abstracta de aquélla a términos específicos e inmediatamente aplicables al caso concreto; el texto o enunciado es el conjunto de palabras que integran un determinado precepto legal (disposición), y el «contenido normativo» la significación que se le asigna (norma)⁵⁸. *El objeto del litigio constitucional son las normas y no las disposiciones legales*, o más claramente: las posibles interpretaciones de éstas⁵⁹; en él se controvierte la validez del texto, pero a través de la eficacia que adquiera por su interpretación, supuestamente transgresora de las normas constitucionales —o sea del significado que se dé a ese parámetro de control—; lo que contraviene la Constitución es el significado que se otorgue a la disposición, no su fórmula textual, porque ésta no puede tener vida práctica si no es interpretada. Si una disposición admitiera

⁵⁶ Por todas, *vid.* «Principio de interpretación de la ley conforme a la Constitución», Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XXVI, julio de 2007, Tesis 2.^a XCII/2007, p. 381; e «Interpretación conforme en acciones de inconstitucionalidad, cuando una norma admita varias interpretaciones debe preferirse la compatible con la Constitución», Pleno, *id.*, novena época, t. XXVII, febrero de 2008, p. 1343. Aunque ambos criterios se publicaron como «tesis aisladas», la jurisprudencia de la Corte los avala porque con votación calificada ésta los invocó respectivamente de manera implícita y explícita en la controversia constitucional 22/2001, *Diario Oficial de la Federación*, 3 de junio de 2002, sección 2.^a, con. VIII, p. 71; y la acción de inconstitucionalidad 58/2008, *id.*, 21 de julio de 2008, sección 2.^a, con. XIII, pp. 86-87.

⁵⁷ C. LUZZATI, *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 75.

⁵⁸ *Vid.* R. GUASTINI, «La interpretación: objetos, conceptos y teorías» (trad. de M. CARBONELL), *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 5.^a ed., México, Porrúa-UNAM, 2003, p. 11; *id.*, R. GUASTINI, «Disposizione vs. Norma», en *Giurisprudenza costituzionale*, II, 1989, pp. 3 y ss.; e *id.*, *Le fonte del diritto e l'interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1993, p. 18.

⁵⁹ F. J. EZQUIAGA GANUZAS, *La argumentación en la justicia constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del Derecho*, México, TEPJF, 2006, pp. 100 y 486. «No una norma en sí, sino una de determinado contenido se declara válida [o inválida]; este contenido es obtenido por interpretación» (hablando de la realizada conforme a la ley fundamental), Ch. PESTALOZZA, *Verfassungspraxisrecht*, 3.^a ed., Múnich, C. H. Beck, 1991, p. 275 (cursivas añadidas).

una sola interpretación, la norma correspondiente a ésta sería invalidada y por consiguiente también aquélla, porque le sería imposible subsistir en el ordenamiento por ser apta para una aplicación constitucionalmente regular; por el contrario, si la disposición admitiera dos (o más) interpretaciones: una conforme y otra(s) contraria(s) a la ley fundamental, el tribunal invalidaría la(s) última(s) y mantendría la primera, afirmándola como única alternativa jurídicamente posible de aplicación de ese texto normativo; y así «el control de la Corte cae sobre las normas, pero incide sobre las disposiciones»⁶⁰.

Resulta muy claro que la interpretación conforme a la Constitución decidida en la acción de inconstitucionalidad mexicana —e igualmente en la controversia constitucional que se regula de la misma manera en este rubro—, es decir, las resoluciones estimatoria y desestimatoria que conlleva; si la avalara una mayoría calificada (ocho o más ministros), en todo aspecto tendría efectos de cosa juzgada que invalidaría con efectos generales la interpretación contraria a la Constitución expulsándola del ordenamiento, e integraría un precedente jurisprudencial que orillaría a los operadores jurídicos —sobre todo los jueces de distrito actuando en juicio de amparo— a seguirlo en casos análogos. En sentido contrario, una *situación peculiar y muy relevante* ocurre al desestimarse, sin votación calificada (seis o siete ministros), la impugnación de una disposición legal mediante una interpretación conforme a la Constitución, e intentar establecer los efectos que tendría una «interpretación conforme» adoptada por mayoría no calificada, tanto para establecer si el legislador se halla obligado por ese criterio a no reproducir textual o implícitamente la interpretación invalidada por su fuerza de cosa juzgada, como para determinar si otros operadores jurídicos deben seguir la lectura de la Corte porque constituye un precedente constitucional.

Evidentemente las opciones son las siguientes: o la «interpretación conforme» tiene algún efecto a pesar de no contar con votación calificada, o carece de él por la misma razón. A favor de lo último pesa el que toda «interpretación conforme» implica una resolución estimatoria que invalida una (posible) norma jurídica: la resultante de la interpretación rechazada por el tribunal; y de esta suerte se diría que por pretender invalidar una «norma» —término usado por el último párrafo del art. 105 constitucional—, debería requerirse dicha votación calificada para que la decisión en tal sentido tuviera algún efecto. La opción contraria estaría apoyada por el argumento de que la Constitución no exige votación calificada para la eliminación de una «norma»⁶¹, es decir, el rechazo de una interpretación posible de la ley, sino sólo para suprimir el texto de la disposición a que corresponde dadas las trascendentes consecuencias políticas que conlleva por actuar el tribunal como «legislador negativo» frente a una asamblea democrática, y jurídicas por el «vacío legal» que dejaría la invalidez textual; y dicha votación sería innecesaria en el caso de una sentencia meramente interpretativa, porque desde tiempos de HAMILTON y MARSHALL indicar cuál debe ser el significa-

⁶⁰ CELOTTO, *op. cit.*, nota 42, p. 63.

⁶¹ Superando una interpretación literal del referido último párrafo de la fracción II del artículo 105 de la ley fundamental, que no es idónea por sí sola para aplicar el Derecho y menos el constitucional. *Cfr.* «Facultades expresas de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal. No es requisito indispensable que se establezcan literalmente en la Constitución», Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. I, Tesis 216, p. 258.

do de las disposiciones legales es «ámbito y deber (*province and duty*)» del poder judicial⁶² y, como actuaría dentro de sus atribuciones naturales, la Suprema Corte debería operar sin restricciones adicionales y tomar determinaciones eficaces por mayoría simple como cualquier tribunal.

En este dilema de nada fácil solución, nos inclinamos a favor de la primera respuesta, y pensamos que la «interpretación conforme» en acción de inconstitucionalidad —y como ya se dijo también en controversia constitucional—, requiere una *votación calificada* para surtir efectos de cosa juzgada y precedente constitucionales (aunque para concluir esto último bastan los términos de la LR105), atendiendo los argumentos antes expresados a su favor y los siguientes. En la hipótesis a la que dicha opción se refiere, la acción de inconstitucionalidad no logró el objeto primordial y último para el que fue creada: depurar el ordenamiento suprimiendo el texto impugnado⁶³, ya que la «interpretación conforme» de la Corte estrictamente sería un *razonamiento*, y no una resolución para efectos de este proceso que sí la es *mantener dentro del ordenamiento el texto dispositivo impugnado*, preferida a su alternativa de expulsarlo del mismo que indudablemente necesita una mayoría calificada para tener lugar. Puesto que el artículo 43 de la LR105 dispone que sólo de adoptarse por al menos ocho ministros de la Corte, pueden los razonamientos interpretativos judiciales en los procesos referidos tener efectos de jurisprudencia vinculante —que en alguna forma son «generales»—; si hipotéticamente una «interpretación conforme» tuviera algún efecto general por erigirse en «cosa juzgada», produciendo sin tal votación calificada la invalidación de la norma impugnada *stricto sensu* análogamente a la que se pudo dictar respecto de su correspondiente disposición textual, dicho precepto legal carecería de sentido y plena eficacia⁶⁴ porque bastaría una mayoría simple de la Corte para que tal interpretación vinculara a cualquier operador jurídico (no sólo a órganos jurisdiccionales), quien siempre

⁶² *El Federalista*, trad. de G. R. VELASCO, México, FCE, 2000, núm. LXXVIII, p. 332; y *Marbury vs. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137, 177-178 (1803).

⁶³ Tal es el fin particular de la acción de inconstitucionalidad; suprimir o inaplicar una «norma» inconstitucional mediante una interpretación conforme a la ley fundamental, no sólo es facultad de la Suprema Corte, sino deber de todos los operadores jurídicos ordinarios (sobre todo jurisdiccionales y administrativos). Mantener abiertas las facultades de éstos, considerando también su ámbito de apreciación de las situaciones concretas que enfrenten —a diferencia de la abstracción de la acción de inconstitucionalidad—, se apoyaría en los principios constitucionales de división de poderes y federal que también jugarían en esta ponderación.

⁶⁴ A pesar de tener carácter ordinario y no constitucional, su peso es sumamente importante en virtud de que, al gozar de una presunción *iuris et de iure* de conformidad con la ley fundamental, formaría parte de un «bloque de constitucionalidad», es decir un conjunto de disposiciones que son consideradas parte material de la Constitución aunque no la integren formalmente. *Vid.* «Controversia constitucional. Es impropiciente la impugnación de inconstitucionalidad de los preceptos contenidos en la ley reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos», Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XVIII, septiembre de 2003, Tesis P/J 56/2003, p. 1058. Sobre el referido «bloque» *vid.* A. HOYOS, «El bloque de constitucionalidad», en E. FERRER MAC-GREGOR (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 5.ª ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la SCJN, 2006, t. III, pp. 2797-2818; así como los artículos de E. CORZO SOSA, C. HAKANSSON NIETO, H. NOGUEIRA ALCALÁ, H. SUÁREZ CAMACHO Y S. VALLS HERNÁNDEZ, que se contienen en el capítulo XI: «Bloque de constitucionalidad», en E. FERRER MAC-GREGOR Y A. ZALDÍVAR LELO DE LARREA (coords.), *La ciencia del Derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho*, México, UNAM-Marcial Pons-IMDPC, 2008, 12 tomos, en t. IV, pp. 749-891.

habría de seguirla obligatoriamente al aplicar la fórmula legal mantenida en el ordenamiento, *dándose de esta manera a un razonamiento adoptado sin mayoría calificada alcances mayores que los de cualquier jurisprudencia*, cuyo establecimiento sí requiere el importante y determinado consenso de los integrantes de la Corte que representa su mayoría calificada. En pocas palabras, lo anterior puede exponerse así: una mayoría simple que adopte una interpretación conforme, sin la votación legalmente exigida para crear jurisprudencia vinculante, instituiría un criterio de aplicación jurídica de mayor trascendencia que ésta.

En cuanto el valor de *precedente* de esta resolución y su motivación —o sea, la interpretación de la Suprema Corte—, como vimos, la votación no calificada que integra el problema planteado no basta para atribuir carácter jurisprudencial a esa decisión y la argumentación que la sostenga, y obligue a otros tribunales a seguirla; sólo sería una «tesis aislada», siguiendo los claros términos del artículo 43 de la LR105.

Resumiendo lo anterior: una resolución desestimatoria no calificada y adoptada por interpretación conforme a la Constitución, mantiene *intacto el texto normativo impugnado* y lo tiene por apegado a la ley fundamental, ya que admite la posibilidad de su aplicación constitucionalmente regular, *sin que produzca efectos de cosa juzgada* por no haber el proceso de acción de inconstitucionalidad (o controversia constitucional) alcanzado su fin último, expulsar dicho texto del ordenamiento jurídico y no serle jurídicamente posible tener efectos trascendentes a las partes; sin embargo el razonamiento jurisdiccional en que se basara dicha resolución tendría efectos de precedente persuasivo y constituiría una «tesis aislada» que eventualmente influiría la decisión de casos futuros.

XXIV. LA DEMOCRACIA Y EL JUEZ CONSTITUCIONAL *

Muy respetables senadoras y senadores de la República:

Faltan las palabras para expresar las emociones que me produce este momento. Tengo el alto honor de comparecer ante ustedes a fin de participar en uno de los sucesos más trascendentes de la vida republicana: la designación de un ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Lo anterior por sí solo constituye una distinción a mi persona y un pasaje inolvidable en mi vida, que hoy comparto con familiares y amigos. Además me honra haber sido incluido en esta terna al lado de dos juristas con quienes me une la amistad cordial y el compañerismo generoso.

La encomienda de ser ministro de la Suprema Corte de Justicia se encuentra entre las de mayor importancia y responsabilidad en la vida de la Nación. La función judicial en general ya es algo que inspira respeto. Calificar a nuestros semejantes es una tarea que requiere distintas virtudes y capacidades técnicas, para llevar con justicia la ley al caso particular. Si así resulta de manera general, la impartición de justicia constitucional viene acompañada de problemas adicionales que pueden resumirse en uno solo: *su relación con la democracia*.

Por esta razón, y con la finalidad de dar contenido material a la comparecencia a que se refiere el artículo 96 constitucional, centraré mi exposición en la manera en que entiendo debe un ministro de la Suprema Corte realizar sus funciones en una democracia constitucional y lo que implica su actuación en la justicia constitucional de nuestros días.

El juzgador constitucional lidia cotidianamente con los más significativos conflictos de la sociedad. Su tarea consiste en hacer valer los valores, princi-

* Publicado en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa, núm. 13, enero-junio de 2010, pp. 14-17. Corresponde al discurso pronunciado con motivo de la comparecencia ante el Senado de la República en el procedimiento de designación de *ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación* (1 de diciembre de 2009).

pios y normas de la Constitución, que rigen esencialmente la actuación de los órganos del Estado pero también los aspectos más fundamentales de la vida de los ciudadanos. En todo problema constitucional no se debate únicamente la situación jurídica de los interesados, sino también la configuración y contenido de los derechos y libertades fundamentales, así como el sano funcionamiento de los poderes públicos. Las sentencias constitucionales, más allá de resolver la cuestión efectivamente planteada, trascienden a la estabilidad social, económica y política del país. Por eso debe el juez constitucional tener una especial prudencia, teniendo como parámetro la mejor manera de realizar el proyecto de nuestra Ley Suprema.

La Constitución es expresión normativa del ideal de convivencia que desea el pueblo mexicano; es el «sistema de vida» que los ciudadanos de este país hemos plasmado en su texto alrededor de su ideal democrático, como indica su artículo 3.º, a cuya realización aspiramos sin distinción de género, posición o pensamiento. Con la Ley Fundamental, el pueblo de esta gran Nación ha comprometido su vida en alcanzar altos y grandes objetivos; por eso su salvaguardia judicial es una función republicana, correspondiente a la «cosa pública», a aquello en que todos estamos interesados.

Los ministros de la Suprema Corte sirven a estos altos y grandes objetivos que el pueblo se ha señalado en la Ley Fundamental. No es el único actor en su realización y tampoco el más importante: antes que a él, la Constitución ha encomendado esta tarea a servidores públicos más cercanos a los ciudadanos, como los integrantes de esta Cámara Parlamentaria. Sin embargo, el encargo de la justicia constitucional no es de poca monta: consiste en defender estos principios que dirigen y orientan nuestra vida pública y con ello la voluntad popular que los ha establecido.

Lo anterior justifica que esta función recaiga sobre un órgano que debe caracterizarse por su *independencia y objetividad*, porque el verdadero imperio de la Constitución implica que los conflictos sean resueltos con estricto apego a sus disposiciones, para hacer efectivos los ideales del pueblo mexicano.

Esta *objetividad* precisa del esfuerzo de los juzgadores de superar sus convicciones personales jurídicas e ideológicas. Creo posible —y aquí es donde juega un papel importante la *independencia judicial*—, que todo juez puede y debe llevar a cabo su labor ajeno a las presiones sociales y desprendiéndose de sus condicionamientos personales, para garantizar un grado de suficiente objetividad en la impartición de justicia; y este imperativo lo considero más intenso para uno que tiene a su cargo pronunciar el derecho que expresa el texto constitucional.

En los últimos tres lustros la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sido reforzada para servir a este propósito. Su actuación vela para que los derechos fundamentales de los ciudadanos no sean agraviados; es árbitro de las diferencias entre los diversos órdenes jurídicos de gobierno del Estado y se le ha concedido el poder de expulsar del sistema jurídico las leyes que contravengan la Constitución, incluso las concernientes a la difícil materia electoral; y además, tiene en su objetada pero existente facultad de investigar las violaciones graves a las garantías individuales, una atribución que la ubica en el centro de complejos problemas de nuestra vida pública.

Sin entrar en detalles, la Suprema Corte de Justicia de la Nación es tan poderosa como cualquier otro Tribunal Constitucional. Este poder, sin embargo, no es omnipotente. Su límite lo marca la propia Constitución; pese a su abstracción, los términos abiertos previstos por el Constituyente tienen significados limitados que demarcan las potestades del juzgador. «Democracia», por ejemplo, puede significar en situaciones muy específicas cosas distintas para cada uno de nosotros, pero siempre estaremos de acuerdo en que este principio impone el respeto a los derechos fundamentales y también un margen al legislador para que en representación de los ciudadanos expida las normas que regulen nuestra vida social.

Además, en alguna medida el juzgador constitucional siempre se encuentra vinculado a las resoluciones que preceden a la que hoy le ocupa; y en ello radica también la constancia de la Ley Fundamental como guía permanente de la vida pública. No obstante, debe indicarse que precisamente por lo mismo, para que la Constitución siga siendo el faro de la sociedad, el juzgador debe mantener una apertura de criterio, para estar en condiciones de percibir sus cambios y necesidades, o incluso reflexionar nuevamente sobre ideas ya establecidas; pero sólo de haber razones de gran peso y mostrando firmes y persuasivos argumentos, podría apartarse de las interpretaciones previas que le vinculan.

El sentido democrático sustantivo de la justicia constitucional puede verse en diversos aspectos: 1) en la vigencia de los derechos fundamentales; 2) en el respeto al legislador y a otros titulares del poder público; 3) en la defensa del diseño orgánico de la ley suprema, especialmente en cuanto a las relaciones entre sus órdenes de gobierno, y 4) aun en su misma interpretación constitucional. Me referiré a cada uno de ellos.

1. Los derechos fundamentales son la piedra angular del sistema constitucional; incluso la democracia misma carecería de todo sentido, si no apuntara en último término a lograr una vida de dignidad para las personas. Es inconcebible vivir dignamente en la inequidad y sin las libertades que efectivamente promete nuestra Constitución.

En el cada vez más pequeño mundo en que nos tocó vivir, la protección de la dignidad humana que impone la Constitución, también requiere atender los compromisos que nuestra Nación ha adquirido ante la comunidad internacional. Como ustedes saben muy bien, son muchos los convenios celebrados por México, en que hemos adquirido la obligación de respetar los derechos humanos.

Los problemas que esto crea son complejos al momento de aplicar estos derechos de fuente internacional. Su solución requiere un amplio conocimiento jurídico que trasciende el ámbito estrictamente constitucional. Son muchos los retos que tan sólo la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos trae para la justicia constitucional mexicana. Resolverlos adecuadamente y motivar el *diálogo jurisprudencial* será tarea de nuestro Máximo Tribunal en los próximos años y en ello nos jugamos nada menos que la plena protección de la dignidad de las personas y el prestigio de nuestra Nación ante el mundo.

2. El sistema democrático es además límite para los jueces constitucionales. Aunque la indeterminación de la Carta Magna otorga a su intérprete amplias posibilidades de actuación, no debe llegarse al extremo de desconocer las funciones

de los órganos directamente representativos del pueblo, que también constituye otro de los principios a salvaguardar por la justicia constitucional. El respeto a las atribuciones de otros órganos no es un mero principio ético que debe regir la justicia constitucional, sino un mandato jurídico del más alto rango.

3. Otra de las más importantes tareas de la justicia constitucional es salvaguardar el diseño orgánico de nuestra Constitución. También en él puede advertirse una inclinación democrática: el federalismo y el municipio libre permiten a los ciudadanos de distintas regiones y localidades, resolver lo más conveniente a sus propias necesidades según ellos mismos las viven. Quienes provenimos de los Estados de la República y hemos habitado esta capital, sabemos que aquí las cosas pueden verse muy diferentes a como son y que a pesar de compartir ideales comunes podemos tener diversidades importantes.

Un juzgador constitucional igualmente debe ser sensible a la composición pluricultural de nuestra Nación. Debe tener la visión y sutileza necesaria para percibir cuándo hay que respetar la autodeterminación regional y local, y cuándo es indispensable hacer valer nuestros principios comunes. La gran complejidad actual de nuestro ordenamiento incluye problemas ocasionados por las facultades concurrentes entre los distintos órdenes de gobierno y numerosos conflictos por la interpretación de las leyes que las distribuyen; varias controversias constitucionales han sido promovidas por esta causa y eso hace necesaria una visión amplia que pueda resolver estas dificultades con el mayor equilibrio para los integrantes del Estado mexicano.

4. La legitimidad de la interpretación judicial de la Constitución no solamente proviene de una férrea e implacable argumentación racional. El juzgador constitucional debe buscar que sus decisiones sean en realidad persuasivas para los ciudadanos y que éstos formen un consenso sobre el sentido que dan a la Ley Fundamental. Lo anterior tiene diversas vertientes: sin perder el rigor técnico, el juez debe acercar el Derecho constitucional a los justiciables y a los ciudadanos, siendo claro en sus resoluciones y llano en su lenguaje; atender y comprender las necesidades y tendencias sociales que resultan de la continua transformación de la vida; y considerar que en todo asunto bajo su decisión se haya la opinión de los mexicanos sobre lo que quiere decir su Ley Fundamental.

El juez constitucional debe percibir lo anterior y considerar que la interpretación de la Carta Magna ocurre dentro de un *espacio de discusión pública* mucho más amplio que el análisis de un expediente y sin perder de vista a la vez los derechos concretos de los justiciables en el caso particular. Este equilibrio debe hacerlo bajo la consigna de que antes servirá a los principios constitucionales que al deseo de ganar simpatía, pues aquéllos son el verdadero mandato popular a que está sometido.

Nuestro Derecho procesal constitucional ofrece vías formales y legítimas para que la Suprema Corte reciba este influjo de los más diversos actores sociales y lo considere al resolver. Un juez encargado de atribuir significado a la Ley Fundamental, no puede soslayar este aspecto político de su función, consistente en lograr el consenso social sobre lo que quiere decir la Carta Magna.

La Constitución es la ley que nos rige a todos y su contenido se ha establecido en beneficio de todos. El juez constitucional debe estar plenamente conscien-

te de que su actuación repercute en nuestra democracia sustantiva para bien de todos los mexicanos, especialmente en los difíciles momentos sociales y económicos que atraviesa nuestra Nación.

Este es mi pensamiento sobre la justicia constitucional y lo que creo debe ser la actuación de un ministro de la Suprema Corte en una democracia.

Confío plenamente en que esta Alta Cámara elegirá a la persona idónea entre quienes nos presentamos ante ella, para encomendarle esta trascendental labor.

Muchas gracias por su atención.

XXV. AMPARO LOCAL *

En coautoría con Héctor FIX-ZAMUDIO **

1. INTRODUCCIÓN

Una de las consecuencias del pluralismo que se inició con la reforma federal constitucional de 1997 y que se incrementó de manera paulatina con los cambios de 1995 y 1996, se tradujo también en la atenuación pausada del agobiante centralismo político y jurídico de nuestro régimen federal. Esta transformación, si bien no ha llegado a establecer un federalismo similar al modelo norteamericano, al menos se advierte una tendencia hacia la descentralización que se ha traducido en una creciente autonomía de las facultades de las autoridades locales frente a la Federación.

Lo anterior ha conducido a un aumento en el estudio de los regímenes constitucionales locales que había sido muy restringido con anterioridad, debido a la menor importancia de las Constituciones locales, que durante la mayor parte del siglo XX fueron un simple reflejo de Carta Magna federal. Incluso esto mismo sucedía en el Distrito Federal, que por mucho tiempo se regulaba como un simple departamento administrativo del Ejecutivo Federal y, por tanto, carecía de órganos propios de gobierno, hasta culminar con la reforma de agosto de 1996 al artículo 122 de la Constitución Federal, donde el Distrito Federal posee tres órganos autónomos constituidos por el jefe de Gobierno, la Asamblea Legislativa y los Tribunales locales.

Todo lo anterior propició que el constitucionalismo en las entidades federativas se desarrollara llevando a cabo reformas originales. Precisamente con las

* Publicado como capítulo XVIII de la obra de H. FIX-ZAMUDIO y E. FERRER MAC-GREGOR, *Derecho de amparo*, México, Porrúa-UNAM, 2011.

** Investigador Emérito del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y del Sistema Nacional de Investigadores. Miembro de El Colegio Nacional.

reformas integrales a la Constitución del Estado de Veracruz del año 2000 inicia una nueva etapa en la regulación sistemática de las garantías constitucionales y de las magistraturas para resolverlas, motivando que un número importante de entidades federativas reformaran también sus textos supremos para introducir o reactivar diversas garantías.

Así surgió un nuevo sector de estudio del Derecho procesal constitucional en su dimensión *local* como sucede en otros países federales o con fuerte descentralización, donde debemos ubicar la figura del *amparo local*.

2. DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL LOCAL

El Derecho procesal constitucional local consiste en el análisis sistemático de las garantías previstas en las Constituciones de las entidades federativas para lograr su protección, así como el análisis de las magistraturas que se han establecido para resolverlas.

Si bien algunas garantías nacieron en el siglo XIX, en realidad este sector cobra vitalidad recientemente con las reformas a las Constituciones de los Estados de Veracruz (2000), Tlaxcala (2001), Coahuila (2001), Guanajuato (2001), Chiapas (2002-2007), Quintana Roo (2003), Estado de México (2004), Nuevo León (2004) y Querétaro (2000-2008).

En todas las entidades federativas se regulan las garantías constitucionales del juicio político y del procedimiento no jurisdiccional para la protección de los derechos fundamentales. Sin embargo, son con las garantías jurisdiccionales las que han motivado el desarrollo reciente del Derecho procesal constitucional local.

A) Breves antecedentes

Varias de las garantías constitucionales a nivel federal surgieron o tuvieron un primer desarrollo en las entidades federativas. Así se advierte, por ejemplo, con el juicio de amparo y el juicio político.

Como ya hemos señalado, el juicio de amparo se estableció en la Constitución del Estado de Yucatán de 16 de mayo de 1841, con apoyo en el proyecto elaborado en diciembre del año anterior por una comisión encabezada por el ilustre jurista y político Manuel Crescencio Rejón, uno de los padres del juicio de amparo y quien se había refugiado en su Estado natal perseguido por los centralistas que dominaban la Capital de la República. Dicho documento que se considera el primero que consagra esta garantía, se inspira en el sistema constitucional norteamericano a través de la clásica obra del publicista francés A. DE TOCQUEVILLE, en su clásica obra *La democracia en América*, cuya primera edición en castellano aparece en 1837 (un año después de su publicación original en París), obra citada de manera expresa en la exposición de motivos del proyecto redactado por Rejón. Esta influyente obra fue reimpressa en 1855 año de la convocatoria del Congreso Constituyente en el cual se elaboró la Constitución Federal de 1857, que consolidó varias de las garantías constitucionales que han trascendido a la actualidad.

Además de lo anterior, y de acuerdo en forma más estricta con el modelo estadounidense, el artículo 75 de la Carta yucateca establecía el llamado «control

difuso» introducido por el artículo VI de la Constitución Federal norteamericana, en cuanto disponía: «En la administración de justicia arreglarán los jueces sus fallos a lo prevenido en esta Constitución, prescindiendo de lo dispuesto contra el texto literal de ella en las leyes o decretos del congreso del Estado».

Por otra parte, debe destacarse el sistema de responsabilidad que se calificó de *juicio político*, inspirado también en el *impeachment* angloamericano en cuanto el gobernador, consejeros, secretarios de despacho y ministros de la Corte Suprema de Justicia podían ser enjuiciados por las infracciones legales que cometieran en el ejercicio de sus respectivos cargos previa acusación ante la Cámara de Diputados para que decidiera si había lugar la formación de la causa, pasándose el expediente al Senado local para que resolviera en definitiva, el que podía imponer como única pena la privación de oficio o de empleo y la inhabilitación temporal o permanente para obtener otro, sin perjuicio de seguirse con posterioridad el proceso penal ordinario (art. 37), procedimiento muy similar al establecido por el texto original de la Constitución Federal vigente.

B) Garantías y magistraturas constitucionales

Las garantías constitucionales de índole jurisdiccional, se encomiendan a una Sala Constitucional (Veracruz, Quintana Roo, Estado de México y Querétaro), a un Tribunal Constitucional (Chiapas) o al Pleno de los Tribunales Superiores de Justicia (en la mayoría de los casos).

a) Veracruz

Como se ha señalado, la tendencia de lograr una sistematización de las garantías constitucionales, especialmente las de carácter jurisdiccional, inicia con la reforma sustancial a la Constitución del Estado de Veracruz de 2000 y que constituye un cambio muy profundo respecto del texto anterior, por lo que inclusive puede hablarse desde el punto material, de una nueva Constitución.

Las garantías constitucionales en la Constitución reformada del Estado de Veracruz son muy amplias, ya que comprende varios instrumentos procesales: *a)* el juicio de protección de los derechos fundamentales (derecho de amparo local); *b)* recurso de regularidad constitucionalidad de los actos del ministerio público; *c)* controversias constitucionales; *d)* acciones de inconstitucionalidad; *e)* acción por omisión legislativa, y *f)* cuestiones de constitucionalidad.

El órgano del control tiene una doble configuración. En primer lugar se creó una Sala Constitucional en el seno del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Veracruz con lo cual se tomó en cuenta los antecedentes de las salas constitucionales establecidas en varios ordenamientos latinoamericanos como Costa Rica, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Paraguay y Venezuela; en segundo lugar el Pleno del citado Tribunal Superior. La Sala se forma con tres magistrados y el Pleno, con el presidente del Tribunal que no integra ninguna de las salas (ocho) y los presidentes de dichas salas, que son siete, con exclusión de la electoral (es decir, ocho magistrados de los 25 que integran el Tribunal). La Sala constitucional está facultada para conocer y decidir sobre el juicio de protección de los derechos humanos; impugnaciones planteadas contra las resoluciones del

ministerio público (sobre la reserva de la averiguación previa, el no ejercicio de la acción penal y el sobreseimiento que dicten los juicios con motivo del desistimiento de la acción que dicten los jueces con motivo del desistimiento de la acción que formule el ministerio público); y la cuestión de inconstitucionalidad. Al Pleno le corresponde decidir sobre las controversias, acciones de inconstitucionalidad ya acciones por omisión legislativa, de acuerdo con los proyectos de resolución elaborados por la mencionada Sala constitucional.

b) Coahuila

La Constitución del Estado de Coahuila fue reformada en 2001, en la que se equipara el Tribunal Superior de Justicia como Tribunal Constitucional, teniendo competencia para conocer tres instrumentos de garantía constitucional: *a)* acción de abstracta de inconstitucionalidad; *b)* controversias constitucionales, y *c)* recurso de revisión constitucional en relación con las resoluciones de los jueces ordinarios que declaren de oficio la inaplicabilidad de las normas generales que consideren contrarias a la Constitución de dicha Entidad Federativa, con lo cual se establece *un sistema difuso* de control constitucional que no ha sido aceptado respecto de la Constitución Federal por la interpretación de la SCJN.

c) Guanajuato

La Constitución del Estado de Guanajuato también fue reformada en 2001. El Pleno del Supremo Tribunal de Justicia tiene competencia para la resolución de dos garantías constitucionales: *a)* las que impropriamente se denominan como *controversias legales*, entre dos o más municipios; uno o más municipios y el Poder Ejecutivo y Legislativo; así como entre el Poder Ejecutivo y el Legislativo, y *b)* las *acciones abstractas de inconstitucionalidad*, que se promueva al menos por una tercera parte de los integrantes del Congreso del Estado y que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y dicha Constitución local, dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de la publicación de dicha norma. Dichas disposiciones fundamentales fueron desarrollados por la denominada Ley Reglamentaria de la fracción XV del artículo 89 de la Constitución Política del Estado de Guanajuato, publicada el 3 de agosto del mismo año 2001, designación que nos parece inapropiada y hubiera sido preferible nombrarla Ley de Control Constitucional o de Justicia Constitucional como lo hicieron los Congresos de los Estados de Tlaxcala, Chiapas y Querétaro, como se señalará más adelante.

d) Tlaxcala

La Constitución del Estado de Tlaxcala fue igualmente modificada en 2001, para introducir garantías constitucionales en dicha Entidad Federativa, que fueron desarrollados por la Ley Orgánica del Poder Judicial de dicho Estado, publicada el 10 de enero de 2002 y de manera específica por la Ley de Control Constitucional, esta última publicada el 30 de noviembre de 2001. De acuerdo con estos ordenamientos, corresponde al Pleno del Tribunal Superior de Justicia de Tlaxcala, integrado por 14 magistrados propietarios y tres supernumerarios el conocimiento de los siguientes instrumentos de garantía de la constituciona-

alidad local: *a*) juicio de protección constitucional (derecho de amparo); *b*) juicio de competencia constitucional (equivalente a las controversias constitucionales, incluyendo las de atribución entre los órganos del poder del Estado); *c*) acción abstracta de inconstitucionalidad, y *d*) acción por omisión legislativa.

e) *Chiapas*

La Carta Fundamental del Estado de Chiapas fue reformada en 2002 para regular instrumentos de control constitucional. En esta reforma se introduce una Sala Superior compuesta por siete miembros, que le correspondía garantizar la supremacía y control de la Constitución local mediante su interpretación. Sin embargo, la Constitución sufre una nueva reforma en el año de 2007, creándose un Tribunal Constitucional compuesto por cinco magistrados que pertenece al Tribunal Superior de Justicia. Entre sus facultades se encuentra el conocimiento y resolución de las siguientes garantías constitucionales: *a*) controversias constitucionales; *b*) acciones de inconstitucionalidad; *c*) acción por omisión legislativa, y *d*) cuestión de inconstitucionalidad.

f) *Quintana Roo*

La Constitución del Estado de Quintana Roo fue modificada en 2003 para introducir una Sala Constitucional y Administrativa, que no obstante su denominación se integra por un solo magistrado numerario, adscrito al Tribunal Superior de Justicia de dicha Entidad Federativa. Esta Sala tiene la competencia restringida de formular los proyectos de resolución que debe decidir el Pleno de dicho Tribunal, este último integrado por ocho magistrados numerarios. Dichos preceptos constitucionales fueron desarrollados por la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de 2003. A la supuesta Sala, es decir al magistrado que la integra le corresponde formular los proyectos de que conocerá y decidirá el Pleno, de los siguientes instrumentos: *a*) controversias constitucionales; *b*) acciones de inconstitucionalidad, y *c*) acciones por omisión legislativa.

g) *Nuevo León*

La Constitución del Estado de Nuevo León se reformó en 2004, otorgando competencias al Pleno del Tribunal Superior de Justicia para conocer y resolver de: *a*) *controversia de inconstitucionalidad local*, que puede ser promovida por el Estado y los municipios, así como los poderes u órganos públicos estatales y municipales para impugnar actos de autoridad o normas generales que invada su competencia garantizada por dicha Constitución y que provengan de otro diverso poder u órgano estatal y municipal, pero el Poder Judicial del Estado no podrá ser parte actora ni demandada por medio de dicho instrumento; *b*) la *acción abstracta de inconstitucionalidad local* para impugnar normas generales expedidas por el Congreso o por cualquier ayuntamiento, que en abstracto violen los derechos fundamentales emanados de dicha Constitución o violen la distribución de competencias que en dicha Carta Fundamental se establecen para el Estado, los municipios o para cualquiera de los poderes u órganos públicos estatales o municipales. Dicha acción puede promoverse por los diputados tratándose de normas generales expedidas por el Congreso del Estado y por los

regidores, tratándose de normas generales expedidas por su respectivo ayuntamiento, así como por el Procurador de Justicia del Estado. Se hace referencia a una Ley Reglamentaria que todavía no se expide.

h) Querétaro

Primero fue reformada la Constitución del Estado de Querétaro en 2000 para atribuir al Pleno del Tribunal Superior de Justicia la facultad de dirimir los conflictos que no sean competencia de la SCJN entre: *a)* el Poder Ejecutivo y el Legislativo del Estado; *b)* el Poder Ejecutivo o Legislativo del Estado con algún organismo constitucionalmente autónomo; *c)* los Municipios del Estado con organismos constitucionalmente autónomos, el Poder Ejecutivo o Legislativo del Estado, y *d)* los Municipios del Estado.

Con la reforma constitucional de 2008 y la nueva Ley de Jurisdicción Constitucional de 2009, se fortalece el sistema con nuevas garantías y la creación de una Sala Constitucional. El Pleno del Tribunal conserva la resolución de las controversias constitucionales, realizando la instrucción un magistrado de la Sala Constitucional.

De las nuevas garantías constitucionales le corresponde conocer y resolver a la Sala Constitucional, las cuales son las siguientes: *a)* *acción abstracta de inconstitucionalidad*, que pueden promover el gobernador, la tercera parte de la legislatura, los ayuntamientos o concejos municipales, los organismos autónomos, los partidos políticos nacionales o estatales, y cualquier persona cuando se trate de la protección de los derechos fundamentales; *b)* *acción por omisión legislativa*, estando legitimados el gobernador, los ayuntamientos o concejos municipales, los organismos autónomos y los partidos políticos nacionales o estatales; *c)* *juicio de protección de derechos fundamentales* (amparo local), y *d)* *juicio de protección de derechos colectivos y difusos*, legitimando a los integrantes individuales o plurales de un grupo social que sean titulares o destinatarios de esos derechos, así como las personas jurídicas de derecho público o privado que tengan por objeto la salvaguarda de esos derechos.

3. AMPARO LOCAL

A) El antecedente de la queja en Chihuahua

Como antecedente mediato podemos mencionar la introducción de una especie de derecho de amparo local en la Constitución del Estado de Chihuahua de 1921. El artículo 10 de dicha Constitución regulaba el denominado «recurso de queja», que puede interponerse directamente ante el Tribunal Superior de dicha entidad federativa por la violación de los derechos fundamentales establecidos en dicha Carta Fundamental y que se conoce vulgarmente como «amparito» que no ha tenido aplicación práctica y que la doctrina considera como una ilusión o aspiración constitucional. A partir de la reforma del año 1994, esta garantía se traslada al artículo 200 de dicha Constitución, que a la letra dice:

«Cualquier persona, en cuyo perjuicio se viole alguno de los derechos expresados en los artículos 6, 7 y 8 de esta Constitución, podrá ocurrir en queja contra la auto-

ridad infractora ante el Supremo Tribunal de Justicia del Estado, el que hará cesar el agravio e impondrá a la autoridad responsable la pena correspondiente. La ley reglamentará el ejercicio de este derecho».

Esta garantía no se ha reglamentado y en realidad se ha mantenido en desuso, a pesar de su consagración desde el año de 1921.

B) Razones históricas de la falta de regulación del amparo local

Históricamente, como vimos en el capítulo quinto, el derecho de amparo se introdujo en el ordenamiento mexicano y con ese nombre en una Constitución local, la de la República de Yucatán de 1841, hasta su consagración definitiva en los artículos 101 y 102 de la Carta Federal de 1857, y en la actualidad en los artículos 103 y 107 de la Constitución vigente de 5 de febrero de 1917.

La evolución del juicio de amparo mexicano se desarrolló exclusivamente en el ámbito federal, ya que la jurisprudencia tradicional de la SCJN estableció que el conocimiento de esta institución tutelar corresponde de manera exclusiva a los tribunales de la Federación. Por otra parte, no se propició, sino por el contrario, se impidió la participación de los jueces y tribunales locales en la función que expresamente les había encomendado el artículo 126 de la Constitución de 1857, y que se conservó en el actual artículo 133 (ambos tomados casi literalmente del art. VI de la Constitución de los Estados Unidos), en el sentido de que los jueces de cada Estado deben preferir la Constitución Federal sobre las constituciones y leyes de las Entidades Federativas, ya que la propia jurisprudencia de nuestro más Alto Tribunal desde sus comienzos sostuvo el criterio persistente de que dichos jueces locales carecen de la facultad de desaplicar las disposiciones generales que consideren inconstitucionales, en los procesos concretos de que conocen, debido a que el artículo 103 de la Carta Federal han establecido el *monopolio del poder judicial federal para conocer de la inconstitucionalidad de dichas normas generales*, no obstante algunas voces disidentes.

Por todo lo anterior son muy explicables las dificultades que han debido enfrentar los ordenamientos locales, con exclusión del ejemplo del Estado de Chihuahua que hemos señalado, para establecer instrumentos de protección de los derechos fundamentales consagrados en las Cartas Estatales, no obstante el reciente surgimiento y desarrollo de los mecanismos de control constitucional iniciados a partir el año 2000, ya que únicamente tres Entidades Federativas han regulado un procedimiento similar al derecho de amparo federal, pero en el ámbito local: Veracruz (2000), Tlaxcala (2001) y Querétaro (2008).

C) El juicio de protección de derechos humanos de Veracruz

Ese derecho de amparo local fue introducido en primer término en el artículo 64, fracción I, de la Constitución del Estado de Veracruz, reformada en el año 2000, precepto que ha sido desarrollado por la Ley del Juicio de Protección de Derechos Humanos del Estado, publicada el 5 de julio del mismo año 2002. Este último ordenamiento aun cuando breve, establece los lineamientos básicos de este instrumento tutelar, el cual únicamente puede proteger los derechos reconocidos u otorgados por la Constitución del Estado (art. 1.º); puede ser pro-

movido por quienes reciban un agravio personal y directo consecuencia del acto de autoridad violatorio de los derechos humanos (art. 6.º), y procede de acuerdo con lo establecido el citado artículo 64, fracción I, de la Constitución local, contra cualquier acto o norma proveniente del Gobierno del Estado, los titulares de las dependencias o entidades de la administración pública municipal o de los organismos autónomos del Estado. No corresponde el conocimiento directo a la Sala Constitucional del Tribunal Superior, sino que debe promoverse primeramente ante los jueces de primera instancia del ramo civil o los de carácter mixto, a los que corresponde la tramitación (art. 22, fracciones I y II de la Ley): El procedimiento es sumario de una sola instancia, regido por los principios de legalidad y suplencia de la queja en favor de la parte agraviada (art. 4.º, de la Ley), cuya decisión final corresponde a dicha Sala Constitucional de acuerdo con la sustanciación realizada por los mencionados jueces de primera instancia del ramo civil o de carácter mixto.

Con el objeto de deslindar, lo que no resulta sencillo, el instrumento procesal local del juicio de amparo federal, la Ley Reglamentaria dispone que el juicio mencionado no procede contra actos violatorios de garantías individuales contenidas en la Constitución Federal (art. 30, fracción V). En cuanto a la sentencia pronunciada por la Sala Superior, la Ley Reglamentaria establece tres efectos: *a)* restituir a la persona agraviada en el ejercicio de sus derechos; *b)* reponer las cosas al estado en que se hallaban antes de cometida la violación si su naturaleza lo permite, y *c)* fijar el monto de la reparación del daño (art. 57, fracciones I a III). Esto último es lo que distingue la institución veracruzana del juicio de amparo federal. Finalmente, los fallos deben cumplirse en un plazo no mayor de 48 horas después de su notificación personal a las autoridades responsables.

Esta regulación del derecho de amparo veracruzano fue impugnada por algunos Ayuntamientos del propio Estado por conducto de varias controversias constitucionales que interpusieron ante la SCJN contra la reforma de 2000 a la Carta Fundamental del Estado de Veracruz por estimar que con la creación del juicio para la protección de los derechos humanos que debe ser resuelto por la Sala Constitucional del Tribunal Superior de la citada Entidad Federativa, se invade la esfera competencial de los tribunales de la federación, específicamente por lo que se refiere al juicio de amparo. El más alto tribunal del país por mayoría de votos estimó constitucional la reforma mencionada, ya que el citado juicio para la protección de los derechos humanos se circunscribe a la salvaguarda de los previstos en la Constitución de dicha Entidad Federativa, por lo que la Sala Constitucional del Tribunal Superior del Estado de Veracruz no cuenta con facultades para pronunciarse sobre violaciones a las garantías individuales que establece la Constitución Federal. Además, el instrumento jurídico local difiere del juicio de amparo federal en cuanto a su finalidad, ya que prevé que la violación de los derechos humanos implicará la sanción correspondiente y, en su caso, la reparación del daño, conforme lo dispone el artículo 4.º de la propia Constitución estatal, lo que no acontece en el indicado mecanismo federal.

D) El juicio de protección constitucional de Tlaxcala

La segunda Carta Fundamental local que establece un instrumento procesal para la tutela de los derechos fundamentales es la del Estado de Tlaxcala, cuyo

artículo 81, fracción I, no establece una denominación concreta para el mecanismo tutelar de los derechos humanos de carácter local, pero la Ley reglamentaria de dicho precepto fundamental, lo califica en su artículo 65 de *juicio de protección constitucional*.

Esta garantía tiene por objeto nulificar las normas y actos de las autoridades que violen las disposiciones contenidas en la Constitución local y en la demás legislación que de ella emane, en perjuicio de los particulares, aun cuando posee carácter optativo para el interesado.

El procedimiento sigue los lineamientos del juicio de amparo federal, en cuanto puede ser promovido por un menor de edad sin la intervención de su legítimo representante, y si el afectado se encuentra privado de su libertad, de manera similar al *habeas corpus* cualquier persona podrá presentar en su nombre la demanda respectiva, inclusive por comparecencia; en este último supuesto la demanda se admite provisionalmente, para su posterior ratificación por el quejoso. El procedimiento es breve, ya que plazo para contestar la demanda es de cinco días y de tres en materia penal, y en dicha contestación deben acompañarse las copias de las constancias que acrediten la constitucionalidad del acto impugnado y con ellas se correrá traslado a las demás partes. Se otorgan facultades de dirección al magistrado instructor, el cual podrá recabar oficiosamente las pruebas que habiendo sido rendidas ante la autoridad responsable, no obren en autos y estime necesarias para la resolución del asunto.

En relación con la sentencia que conceda la protección al particular, se reitera la disposición del artículo 80 de la LA federal, ya que el ordenamiento local dispone que el objeto de la protección será restituir al actor en el pleno goce del derecho infringido, al restablecer las cosas al estado que guardaban antes de la violación. Cuando el acto reclamado sea de carácter negativo o consiste en una omisión, el efecto será obligar a la autoridad responsable en el sentido a que obre en el sentido de respetar el derecho de que se trate.

E) El juicio de protección de derechos fundamentales de Querétaro

Si bien la reforma de 2008 a la Constitución del Estado de Querétaro establece en su artículo 29 de forma genérica la facultad del Pleno del Tribunal Superior de Justicia y de sus Salas de resolver sobre la constitucionalidad de las leyes y garantizar la supremacía y control de la Constitución local, la nueva Ley de Justicia Constitucional de marzo de 2009 regula detalladamente las diversas garantías.

El juicio de protección de derechos fundamentales se prevé en los artículos 100 a 114 de dicha ley secundaria, mientras que la dimensión *colectiva o difusa* de dicho juicio se prevé en los preceptos 115 a 119.

Este juicio tiene por objeto la tutela de los derechos fundamentales previstos en la propia Constitución local, así como de los previstos en los tratados internacionales que forman parte del derecho nacional, lo cual es un adelanto si se tienen en consideración que hasta la fecha la jurisprudencia de la SCJN no ha aceptado la jerarquía constitucional de los tratados internacionales en esta materia.

Tiene legitimación activa cualquier persona física o jurídica que estime afectados sus derechos fundamentales, pudiendo cualquier persona solicitar tal protección a nombre de otra, cuando se trate de violaciones a la vida o integridad personal. Otro adelanto es que se reconoce legitimación pasiva también a las personas privadas (físicas o jurídicas) y no sólo a las personas públicas como tradicionalmente se ha venido reconociendo en el ámbito del amparo federal.

Su tramitación es parecida al juicio de amparo federal con algunas variantes, ya que se puede presentar incluso por fax o correo electrónico debiéndose ratificar. La sentencia se dictará con posterioridad a la audiencia constitucional, en un plazo de hasta quince días después del vencimiento del plazo para alegar (que puede ser de manera oral) que es de dos días después de celebrada dicha audiencia.

La sentencia sólo tendrá efectos entre las partes sin realizar una declaración general de inconstitucionalidad. Pueden otorgar o negar la protección solicitada, o incluso se prevé la sentencia interpretativa, estableciendo la constitucionalidad del acto o ley impugnado, fijando el sentido de su interpretación y ejecución de forma que se respete el derecho fundamental del promovente.

Es de especial importancia que la ley de la materia establece reglas interpretativas para el juzgador: i) interpretación pro persona, debiendo realizar la interpretación más favorable al derecho fundamental involucrado; ii) aplicación directa de los tratados internacionales de los que nuestro país sea parte; iii) interpretación estricta cuando se trate de restricciones a derechos fundamentales; iv) evitar formalismos innecesarios que estorben a la defensa de los derechos fundamentales, y v) suplencia de las deficiencias de la demanda, argumentación e interpretación a favor del particular, debiendo apreciar los hechos y abstenciones de manera integral.

Se prevé un medio de impugnación denominado *recurso de reclamación* para impugnar la sentencia definitiva, pudiéndose impugnar también a través de este recurso el auto que niegue la suspensión del acto reclamado; todas las demás resoluciones deben impugnarse con la sentencia definitiva.

En cuanto al *juicio de protección para la tutela de derechos colectivos y difusos*, también tiene como finalidad la tutela de este tipo de derechos establecidos en la Constitución local o en los tratados internacionales que formen parte del derecho nacional, procediendo asimismo contra actos de particulares o de autoridades locales que los violen.

La legitimación en estos supuestos es amplísima. Tienen legitimación para la tutela de *derechos colectivos*, los integrantes individuales o plurales de un grupo social reconocidos como titulares o destinatarios de esos derechos, o bien las personas jurídicas públicas o privadas cuyo objeto social sea la defensa de esta clase de derechos. Para la protección de los *derechos difusos*, tendrán legitimación los individuos que acrediten un *interés simple*, por lo que se asemeja a una *acción popular*; y también las personas jurídicas públicas o privadas cuyo objeto sea la salvaguarda de esos derechos.

En la sentencia deberán seguirse las reglas de interpretación antes señaladas, además de observar el principio de consecución gradual de los derechos colectivos o difusos.

4. ARTICULACIÓN CON EL AMPARO FEDERAL

La problemática de la debida articulación de las garantías constitucionales en las entidades federativas con respecto a los mecanismos de control constitucional federales está latente y tendrá que irse resolviendo por la vía jurisprudencial.

¿Procede el juicio de amparo en contra de las sentencias definitivas que resuelvan un juicio de amparo local? Este planteamiento fue motivo recientemente de una contradicción de tesis entre diversos TCC del Séptimo Circuito, consistente en si es procedente el juicio de amparo directo en contra de las sentencias definitivas dictadas por la Sala Constitucional del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Veracruz, en materia del juicio de protección de derechos humanos (amparo local).

El tribunal en pleno de la SCJN resolvió la contradicción de la Tesis 350/2009 en mayo de 2010, estableciendo la jurisprudencia obligatoria relativa a que resulta procedente el juicio de amparo directo al tratarse de una sentencia definitiva y estar en los supuestos a que se refiere los artículos 107, fracciones III y V, de la Constitución y 158 de la LA. Se estimó que si bien el federalismo constitucional autoriza a que el nivel de protección de los derechos humanos garantizados localmente pueda diferenciarse e inclusive ampliarse, sin coincidir necesariamente y en idénticos términos con el previsto en la norma suprema, lo cierto es que las sentencias locales en materia de derechos humanos no podrían válidamente afectar el contenido esencial de las garantías individuales reconocidas en la norma suprema, si se toma en cuenta que el orden jurídico local está supeditado al orden jurídico constitucional.

Con este criterio jurisprudencial se deja abierta la posibilidad de impugnar las sentencias que se resuelvan en los juicios de amparo locales a través del amparo directo ante los TCC, por lo que en realidad se está creando una instancia más, que seguramente influirá para que los gobernados prefieran acudir directamente ante los tribunales federales.

5. CONSIDERACIONES FINALES

Una problemática latente que tal vez explique el por qué sólo cuatro entidades federativas han regulado el juicio de amparo local sea la relativa a que si bien las Constituciones locales tienen un catálogo de derechos tanto individuales como sociales e inclusive algunas de los llamados de la tercera generación, o de solidaridad, que es más amplio que el que establece la Constitución Federal, la diferencia no resulta ya tan sencilla. Lo anterior debido a que se han incorporado al derecho federal un conjunto muy amplio de derechos consagrados en los tratados internacionales de derechos humanos, pero que han sido incorporados al ordenamiento interno al ser ratificados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República en los términos del artículo 133 de la misma Carta Federal, por lo que tales derechos deben considerarse como *nacionales* pero de *fuerza internacional*.

Al respecto debemos destacar que las diversas Constituciones de los Estados, así como el artículo 122 de la Carta Federal y el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal, son muy diversas en cuanto a la consagración de derechos fundamentales. La mayoría de las Constituciones de las entidades federativas cuentan con una cláusula expresa de incorporación en su ámbito interno de los derechos humanos consagrados por la Constitución Federal, y algunas de ellas, hace referencia a los derechos establecidos en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados y aprobados por el Gobierno Federal, pero aún aquellas Constituciones locales que no contienen la cláusula de incorporación, ésta se entiende implícita en virtud de lo dispuesto por el artículo 1.º de la Constitución Federal.

Todas las Constituciones locales así como el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal, de manera amplia o limitada establecen un conjunto de derechos fundamentales de carácter local, algunos de ellos no consagrados por la Carta Federal, pero resulta difícil encontrar derechos que no estén comprendidos en los citados Tratados Internacionales en materia de derechos humanos y en las Declaraciones Americana y Universal, por lo que resulta muy reducida la posibilidad de originalidad en dichos derechos locales.

Además de lo anterior, también existe una fuerte centralización que implica que las decisiones de los tribunales locales para la tutela de los derechos fundamentales de carácter local, pueden ser impugnadas ante los tribunales federales. Con la contradicción de tesis resuelta en 2010, de manera expresa se permite que los TCC puedan revisar las sentencias definitivas de las jurisdicciones constitucionales locales, incluso las derivadas de los juicios de amparo locales, al encontrarse en los supuestos generales de procedencia del amparo directo. Este «amparo contra amparo» pareciera no ser la mejor manera para lograr la protección efectiva de los derechos fundamentales, que en muchas ocasiones resultan coincidentes estos derechos con la regulación prevista en las Constituciones locales con respecto a los establecidos en el Pacto Federal e incluso en los tratados internacionales en la materia.

La solución podría encontrarse en una reforma al artículo 116 constitucional, que estableciera algunas bases de desarrollo de las garantías y magistraturas locales, que permitiera una debida articulación con las garantías y tribunales federales.

XXVI. EL CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL *

«Como un elemento de la imagen del mundo del tipo del “Estado Constitucional”, nos atrevemos a afirmar que los diversos estados constitucionales no existen más “para sí”, sino que de entrada constituyen una comunidad universal abierta. La referencia al mundo y a sus semejantes en dicho mundo (la humanidad) es un pedazo de su noción de sí mismos...».

P. HÄBERLE **

1. EL PARADIGMA DE LA SUPREMACÍA JURÍDICA DE LA CONSTITUCIÓN Y DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DE LAS LEYES

En el presente 2010 no sólo conmemoramos el bicentenario de la Independencia y el centenario de la Revolución de nuestro país, sino también celebramos y recordamos un acontecimiento sin el cual no es posible en la actualidad entender el funcionamiento de los Estados constitucionales de Derecho¹: el emblemático caso del doctor Thomas Bonham, resuelto por el juez Edward Coke

* Publicado en H. FIX-ZAMUDIO y D. VALADÉS, *Formación y perspectiva del Estado mexicano*, México, El Colegio Nacional-UNAM, 2010, pp. 151-188.

** *El Estado constitucional*, estudio introductorio de D. VALADÉS, traducción e índices de H. FIX-FIERRO, 1.ª reimpresión de la 1.ª ed. de 2001, México, UNAM, 2003, p. 75.

¹ Cuando se habla de «Estados constitucionales» se alude a sistemas jurídico-políticos que reúnen tres características: i) la existencia de una Constitución rígida o formal, diferenciada de la forma legal ordinaria; ii) el concepto de Constitución responde a las pretensiones normativas del constitucionalismo político, relativas a la limitación del poder político y la garantía de los derechos, y iii) debe ser una Constitución formal practicada, es decir, haberse consolidado una práctica jurídica y política que permita afirmar que de hecho en torno a la Constitución se ha producido la estabilización de las conductas jurídicas y políticas de la comunidad de referencia, de forma que ella

hace 400 años; precedente que se ha considerado el origen de lo que posteriormente se convertiría en el principio de supremacía constitucional y del control judicial de la Constitución.

En este emblemático caso de 1610 se inaplicó, por el juez presidente de la *Court of Common Pleas* (Tribunal de Agravios Civiles o Comunes), una ley por contravenir los principios del *common law*, es decir, los principios superiores que se crean por la fuerza de los precedentes de los tribunales. COKE tiene en consideración varios precedentes judiciales para establecer la doctrina por la cual los principios del *common law* se encuentran por encima de los actos del parlamento, de donde deriva la posibilidad de los jueces de controlar las leyes cuando contrarias a tales principios y a la razón, pudiendo declararse inválidas en ciertas circunstancias².

Los hechos del caso consisten, de manera sucinta, en que el doctor Bonham fue multado y encarcelado por haber incumplido una decisión del Real Colegio de Médicos de Londres (*Royal College of Physicians*), que le había prohibido ejercer la profesión en dicha ciudad. Bonham presentó una acción por arresto falso o indebido (*false imprisonment*) ante el Tribunal de Agravios Civiles, alegando fundamentalmente que podía ejercer su profesión debido al título que tenía de la Universidad de Cambridge, que lo acreditaba en el conocimiento necesario para ejercer su profesión. La resolución que se aprobó por mayoría de votos, estimó que las facultades del Colegio para sancionar, se refieren a las faltas negligentes de los médicos y no al ejercicio sin licencia otorgada por dicho Colegio; de tal manera que se estimó, entre otras cuestiones, que la ley (carta emanada por Enrique VIII y convertida luego en ley por el parlamento) que permitía al *Royal College* para multar y ordenar arrestos, contravenía principios del *common law*, ya que las sanciones que aplicaba beneficiaban al propio peculio del Colegio (recibiendo los censores la mitad de la multa), por lo que nadie puede ser juez y parte de su propia causa³.

Si bien la limitación del poder en general se remonta a la Grecia antigua⁴, esta sentencia marca un nuevo derrotero, particularmente para limitar el poder del parlamento; se creó la doctrina que otorga poderes a los jueces para controlar leyes contrarias a los principios del *common law*, a manera de una *higher law*,

pueda ser considerada como norma fundamental. Cfr. J. AGUILÓ REGLA, «Sobre la constitución del Estado constitucional», en *Doxa*, núm. 24, 2001, pp. 429-457, en pp. 450-452.

² Dice el fallo en su parte medular: «...*And it appeareth in our Books, that in many Cases, the Common Law doth controll Acts of Parliament, and sometimes shall adjudge them to be void: for when an Act of Parliament is against Common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the Common Law will controll it, and adjudge such Act to be void; and, therefore, in 8 E. 3. 30 a, b. Thomas Tregor's Case upon the Statute of West 2. Cap 38. and Artic' Super Chartas, cap. 9. Herle saith, Some Statutes are made against Common Law and right, which those who made them, would not put them in execution...*». Cfr. E. COKE, *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, ed. S. SHEPPARD, Indianapolis, Liberty Fund, 2003, vol. 1, capítulo: Dr. Bonham's Case (consulta <http://oll.libertyfund.org/title/911/106343>, el 28 de mayo de 2010).

³ Un reciente análisis de este histórico fallo, que incluye su traducción al español, así como referencias a la personalidad de E. COKE y de sus circunstancias, puede verse en M. GONZÁLEZ OROPEZA, *Constitución y derechos humanos. Orígenes del control jurisdiccional*, México, Porrúa-CNDH, 2009, pp. 11-79.

⁴ Vid. el interesante capítulo sobre «El control como fenómeno» y especialmente el apartado «A. Una cuestión histórica», en la obra de D. VALADÉS, *El control del poder*, México, UNAM, 1998, pp. 137 y ss.

teniendo aceptación y popularidad durante la vida de COKE. Posteriormente a su fallecimiento (1634), sus documentos y escritos fueron confiscados por orden de Carlos I, cediendo terreno esta práctica en los años posteriores, hasta que se impusiera en definitiva la supremacía parlamentaria a partir de Revolución de 1688, quedando afianzada un siglo después en el Reino Unido por la influyente obra de DICEY, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (1885). Esta soberanía parlamentaria, sin embargo, adquiere ciertos matices, a partir del Decreto de Derechos Humanos de 1998 (*Human Rights Act*), que permite otorgar mayor efectividad a los derechos humanos establecidos en la Convención Europea de Derechos Humanos. La importancia de los *Casos Factortame* (especialmente las dos primeras resoluciones de 1991-1992) o *Jackson v. Attorney General* (2005) sobre la validez de la *Hunting Act* de 2004, podrían abrir «mayores adelantos constitucionales en el futuro»⁵.

La doctrina de COKE fue retomada por las colonias americanas, donde las *Charters* tenían prevalencia sobre las legislaturas de esas colonias, de tal manera que los jueces declaraban nulos los actos provenientes de éstas. Incluso, antes del *Caso Marbury vs. Madison* (1803)⁶, que constituye el paradigma de la doctrina de la *judicial review of legislation*, consolidada muchos años después, existieron más de veinte casos de inconstitucionalidad de leyes estatales entre los años 1787 a 1803, como lo advierte CAPPELLETTI⁷, citando a KELLY y HARBISON⁸.

A pesar de que para un sector de la doctrina las ideas de COKE no influyeron en realidad para el surgimiento de la *judicial review* en los Estados Unidos⁹, la doctrina dominante afirma que en aquella se encuentra el origen de lo que hoy conocemos como el control de constitucionalidad de las leyes. Como señala GRANT, este tipo de control por los jueces no se debe a Norteamérica, sino más bien constituye la aplicación, en las constituciones escritas, de los principios y

⁵ J. A. JOLOWICZ, «El control judicial de las leyes en el Reino Unido», en E. FERRER MAC-GREGOR y A. ZALDÍVAR LELO DE LARREA, *La ciencia del Derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho*, México, UNAM-Marcial Pons, t. I, pp. 785- 803, en p. 799.

⁶ En el *Caso Holmes vs. Walton* (1780), se resolvió sobre la inconstitucionalidad de un estatuto local, lo que provocó que la legislatura aceptara el criterio procediendo a su reforma. También en el *Caso Commonwealth vs. Caton*, de 1782, el juez Wythe, quien fuera maestro de Marshall y que integraba el tribunal de Apelación de Virginia, entendía ese poder de los jueces sobre la legislatura si traspasaba los límites que el pueblo le ha impuesto en la Constitución. *Cfr.* J. A. C. GRANT, «La Constitución de los Estados Unidos», en *El constitucionalismo a mediados del siglo XIX*, México, UNAM, 1957, pp. 703-704.

⁷ *Cfr.* M. CAPPELLETTI, *Judicial review in the contemporary world*, Indianapolis-Kansas City-New York, The Bobbs-Merrill Company, Inc., 1971, pp. 39, notas 51 y 52.

⁸ A. H. KELLY y W. A. HARBISON, *The American Constitution, Its origins and development*, 3.ª ed., New York, Norton, 1963, pp. 66-68. Sobre estos casos previos al emblemático fallo de 1803, *vid.* también, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 3.ª reimpresión a la 3.ª ed., 1994, p. 55.

⁹ *Vid.*, por ejemplo, el trabajo reciente de F. REY, «Una relectura del *Dr. Bonham's Case* y de la aportación del Sir Edward Coke a la creación de la *judicial review*», en *La ciencia del Derecho procesal constitucional, op. cit.*, *supra* nota 5, pp. 847- 866. Este autor, que contrapone las ideas de PLUNCKNETT (1926) y THORNE (1938), inclinándose por las de este último, se apoya en parte en el valioso trabajo de H. J. COOK, «Against Common Right and Reason: the College of Physicians v. Dr. Tomas Bonham», *Law, Liberty and Parliament: Selected Essays on the writings of Sir Edward Coke (edited by Allen D. Boyer)*, Indianápolis, 2004, pp. 127 y ss.

de las técnicas desarrolladas por el *common law* inglés para impedir que las corporaciones públicas y privadas traspasaran el campo de su autoridad¹⁰.

De ahí que CAPPELLETTI sostuviera que dicho control judicial es producto de una evolución histórica, que advierte como fenómeno universal, tanto en el *common law* como en el *civil law*, distinguiendo tres etapas o épocas a manera de dialéctica hegeliana. Primero, la etapa de la «justicia natural», donde los actos del monarca y del parlamento eran combatidos por principios superiores no escritos, a manera de una *higher law*; luego, con la Gloriosa Revolución inglesa y la Revolución francesa un siglo después, viniera la etapa de la «justicia legal», donde prevaleciera el «principio de legalidad»; para después conjugar ambas ideologías en el periodo de la «justicia constitucional», a través de los mecanismos para garantizar las constituciones¹¹.

Las ideas de LOCKE y de MONTESQUIEU sobre la división del poder sirven para el establecimiento de los derechos fundamentales y la limitación del poder en el constitucionalismo contemporáneo. Se consagra así el principio de supremacía constitucional en el artículo VI, sección 2.^a, de la Constitución de los Estados Unidos de 1787¹². Esa es la innovación y gran aportación americana, al incorporarse «en una Constitución escrita ese parámetro normativo superior que decide la validez de las leyes del parlamento»¹³.

Al comentar HAMILTON este principio en *El Federalista* (1780), sostenía que la Constitución es de hecho una *ley fundamental*, debiendo ser así considerada por los jueces, de tal manera que «debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios»¹⁴. Asimismo, HAMILTON reflexionaba sobre el derecho de los tribunales a declarar nulos los actos del poder legislativo con fundamento en que son contrarios a la Constitución, señalando que «si los tribunales de justicia han de ser considerados como baluartes de una Constitución limitada, en contra de las usurpaciones legislativas, esta consideración suministrará un argumento sólido en pro de la tenencia permanente de las funciones judiciales, ya que nada contribuirá tanto como esto a estimular en los jueces ese espíritu independiente que es esencial para el fiel cumplimiento de tan arduo deber»¹⁵. Se dejaba en claro la supremacía de la Constitución: «ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido»¹⁶.

Y también en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobadas por la Asamblea Constituyente francesa en 1789 (nueve años después de las reflexiones de Hamilton), se establecería una idea

¹⁰ *Op. cit.*, *supra* nota 7, pp. 691-730.

¹¹ *Cfr.* M. CAPPELLETTI, *Judicial review in the contemporary world*, *op. cit.*, *supra* nota 7, pp. 42-43.

¹² Article VI, clause 2: «*This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding.*».

¹³ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, *op. cit.*, *supra* nota 8, p. 53.

¹⁴ *El Federalista*, 7.^a reimpresión de la primera edición en español de 1943, México, Fondo de Cultura Económica, 2004, capítulo LXXVIII, p. 332.

¹⁵ *Id.*

¹⁶ *Id.*

toral del constitucionalismo: «Toda sociedad en la que la garantía de los derechos no esté asegurada, ni determinada la separación de poderes, no tiene Constitución». Ahí encontramos las dos columnas de hierro del constitucionalismo actual: la garantía de los derechos y la separación de poderes. En realidad, como sostiene Aragón, «ya no hay dos objetivos que la Constitución deba cumplir sino uno, puesto que sólo de una manera (mediante el Estado constitucional) puede el poder organizarse para preservar la libertad. El único fin de la Constitución es, pues, la libertad (la libertad de igualdad); la división de poderes es sólo una «forma» de asegurarla»¹⁷.

En este contexto histórico es que Marshall dicta su famoso fallo de 1803. El principio de supremacía constitucional es la fuente de su razonamiento, al otorgar la potestad a los jueces de realizar un control sobre las leyes inconstitucionales, de tal manera que «una ley contraria a la Constitución es nula y que los tribunales, además de los demás poderes, están sometidos a la Constitución»¹⁸.

En Europa, donde existía la desconfianza y el temor del gobierno de los jueces, el panorama cambió a partir de las constituciones rígidas de la segunda posguerra y con la consolidación de los Tribunales Constitucionales. Como lo significara FERRAJOLI, se viene a complementar el paradigma del Estado de Derecho sometiendo también al legislador a la Constitución y transformando así el viejo Estado de Derecho en «Estado constitucional de Derecho»¹⁹.

El principio de supremacía jurídica de la Constitución en esta nueva etapa evolutiva se ha convertido en uno de los signos distintivos de las constituciones escritas, donde el control de constitucionalidad de las leyes constituye una de sus manifestaciones más importante; a pesar de que ha revivido el viejo debate sobre su dificultad contra-mayoritaria que advertía hace décadas BICKEL²⁰, y cuyas tensiones entre el constitucionalismo (y especialmente el neoconstitucionalismo) y los principios democráticos parecieran ineludibles²¹.

Los textos supremos dejaron de ser meras hojas de papel subordinadas a la voluntad de los gobernantes en turno, como expresara LASALLE²². La fuerza normativa de la Constitución implica un paradigma sin el cual no podría hoy entenderse el constitucionalismo fuerte, donde los derechos fundamentales son garantizados y el control de la constitucionalidad de las leyes por los jueces

¹⁷ M. ARAGÓN, «La Constitución como paradigma», en M. CARBONELL (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta, 2007, pp. 29-40, en pp. 29-30.

¹⁸ En *Marbury vs. Madison*, Marshall estima inconstitucional y, por tanto, inválida la *Judiciary Act* de 1789, doctrina que no volvió a utilizar la Corte Suprema de los Estados Unidos en vida de Marshall, sino hasta más de medio siglo después, con el *Chief Justice* Roger B. Taney, en el malogrado *Caso Dred Scott vs. Sandford* de 1857.

¹⁹ Cfr. L. FERRAJOLI, en la obra conjunta con M. ATIENZA, *Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de Derecho*, México, UNAM, 2005, pp. 89-90.

²⁰ *The least dangerous branch: The Supreme Court at the bar of politics*, New Heaven, Yale University Press, 1962.

²¹ Como bien señala L. PRIETO SANCHÍS, en la cultura jurídica y política se refiere al «constitucionalismo democrático», como si se tratase de un binomio inescindible, cuando en realidad entre «Constitución» y «democracia» existe una tensión difícil de superar; cfr. su trabajo «Supremacía, rigidez y garantía de la Constitución», en *La ciencia del Derecho procesal constitucional*, op. cit., supra nota 5, t. I, pp. 805 y ss. Sobre estas tensiones y sobre su eventual convergencia, vid. el libro de P. SALAZAR, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, FCE, 2006.

²² Cfr. F. LASALLE, *¿Qué es una Constitución?*, Bogotá, Temis, 2005.

cobra vital importancia, sea por cualquier juez en los sistemas difusos para la desaplicación de la norma al caso particular; o bien por el juez constitucional en los modelos concentrados, para declarar la invalidez de las normas con efectos generales²³.

De esta forma, la supremacía jurídica de la Constitución es el rasgo más significativo del Estado constitucional de Derecho y el control de constitucionalidad de las leyes una de sus expresiones más destacadas²⁴. Sin embargo, con el advenimiento del Derecho internacional de los derechos humanos, a partir de la segunda posguerra, se advierten repercusiones trascendentales en los Estados nacionales, que implican nuevas y complejas relaciones en los años recientes, con motivo de la aparición en el ámbito interamericano de la doctrina del control de convencionalidad.

2. LA INTERNACIONALIZACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

Los decálogos de los derechos y sus garantías previstas en las Constituciones nacionales resultaron insuficientes. La necesidad de que los Estados nacionales se unieran para emitir documentos internacionales donde reconocieran derechos humanos a manera de un estándar internacional y se establecieran órganos de supervisión y control, se hizo patente después del sufrimiento de la humanidad al terminar la segunda guerra mundial²⁵.

Ante este estado de cosas, comienza un proceso de *internacionalización del Derecho constitucional (de los derechos humanos)*. El Derecho internacional, que se encontraba fundamentado en las relaciones de los estados y no en la protección de los individuos, inicia una transformación importante. Surge así el Derecho internacional de los derechos humanos, donde la interacción entre los Derechos internacional, constitucional y procesal resulta evidente, lo que también provoca nuevos entendimientos con el tradicional concepto de «soberanía» y de los Estados nacionales.

La existencia de una pluralidad de órdenes jurídicos en un sistema mundial de niveles múltiples, caracterizado por interrelaciones y jerarquías complejas,

²³ Como bien se sabe, en la actualidad no existen «modelos puros», combinándose las características de ambos sistemas clásicos, produciendo una amplia variedad de sistemas mixtos, duales o paralelos. Cfr. F. FERNÁNDEZ SEGADO, *La justicia constitucional ante el siglo XXI: La progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*, México, UNAM, 2004; D. GARCÍA BELAUNDE, *Derecho procesal constitucional*, Bogotá, Temis, 2001.

²⁴ La supremacía jurídica de la Constitución, dice M. GASCÓN ABELLÁN, «no es algo que deba presuponerse por su simple reconocimiento en el texto constitucional, sino que sólo existe en aquellos sistemas donde venga efectivamente realizada, lo que suele suceder cuando se reconoce la *rigidez* de la Constitución, es decir, cuando se establece un sistema de revisión constitucional especialmente reforzado o en todo caso más complejo que la tramitación legislativa ordinaria, y (sobre todo) cuando se establece un sistema de *control de constitucionalidad de la ley y otros actos del poder*»; vid. su trabajo «Justicia constitucional: la invasión de lo político», en *La ciencia del Derecho procesal constitucional*, op. cit., supra nota 5, t. I, pp. 687-710, en p. 688.

²⁵ En general, sobre el desarrollo progresivo del Derecho internacional a partir de 1945, vid. C. SEPÚLVEDA, *El derecho de gentes y la organización internacional en los umbrales del siglo XXI*, México, FCE-UNAM, 1995.

ha dado lugar al *transconstitucionalismo* (en sus distintas formas)²⁶. En este proceso y para los efectos que nos interesan, nos centraremos en tres dimensiones, que reflejan la tendencia de este constitucionalismo universal²⁷.

A) Sistema Universal

La Carta de Naciones Unidas (1945), firmada por 51 países (actualmente son 192 los Estados miembros), representa el inicio de este movimiento, después de la fallida Sociedad de Naciones²⁸. En su «preámbulo» se refiere a la necesidad de «reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de naciones grandes y pequeñas». Los derechos y libertades deben además tener «efectividad» como lo expresa el artículo 56, inciso c) de dicho instrumento fundacional.

La Comisión de Derechos Humanos (creada en 1946 y convertida en Consejo en 2006) se encargó de la redacción de lo que se convertiría en la Declaración Universal de Derechos Humanos aprobada en París por la Asamblea General Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. Esta declaración compuesta de tan sólo 30 artículos, constituye el primer paso de la internacionalización del Derecho constitucional en cuanto establece un catálogo de derechos humanos para la humanidad. Si bien la declaración, en principio, carece de fuerza jurídica, debido a su aceptación generalizada como instrumento de humanización, progresivamente se le ha otorgado carácter vinculante, sea por los tribunales internacionales o regionales, incluso por los propios ordenamientos y tribunales internos. De esta manera, la Declaración Universal se convirtió en el eje o piedra angular del Derecho internacional de los derechos humanos.

A partir de entonces se han venido aprobando numerosos e importantes documentos y tratados internacionales en esa materia, algunos de ellos, por su importancia y a manera de textos básicos, se le han denominado en su conjunto como la Carta Internacional de los Derechos Humanos²⁹. Debe también destacarse que al lado de esta regulación convencional de derechos, se han creado Comités para supervisar el cumplimiento de las obligaciones de los Estados signatarios³⁰, así como el establecimiento de órganos jurisdiccionales³¹.

²⁶ Vid. el interesante libro de M. NEVES, *Transconstitucionalismo*, São Paulo, WFM Martins Fontes, 2009.

²⁷ Cfr. C. M. DE DIENHEIM BARRIGUETE, *Constitucionalismo universal: la internacionalización y estandarización de los derechos humanos*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2009.

²⁸ El antecedente de la ONU es la fallida Sociedad de Naciones, que naciera por el Tratado de Versalles en 1919 después de la Primera Guerra Mundial y formalmente desaparece en 1946.

²⁹ Así se le conoce al conjunto de instrumentos internacionales básicos para la protección de los derechos humanos, que se compone por la propia *Declaración Universal* (1948), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ambos aprobados en 1966 y entrando en vigor una década después). Asimismo, también se contemplan en estos instrumentos básicos el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), donde se establece la posibilidad de comunicaciones individuales ante el Comité de Derechos Humanos, y el Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a abolir la pena de muerte (1989).

³⁰ Comités de Derechos Humanos; de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; para la eliminación de la discriminación racial; de los derechos del Niño; contra la Tortura; para la eliminación de la discriminación contra la mujer, y de los Derechos de los Trabajadores Migratorios.

³¹ La Corte Internacional de Justicia es el órgano judicial principal de Naciones Unidas, previsto desde el texto original de la Carta constitutiva de 1945. Posteriormente se han creado otros

B) Sistemas regionales de protección de derechos humanos

Paralelamente al sistema universal, se han creado hasta el momento tres sistemas regionales en la protección de derechos humanos: el europeo, el interamericano y el africano³².

1. *Sistema Europeo*. Es el más antiguo de los tres sistemas. Surge con la aprobación por el Consejo de Europa³³, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950 y vigente en 1953)³⁴. Hasta la entrada en vigor del Protocolo núm. 11 (1998) de dicho Convenio, existían tres órganos de control: La Comisión, el Tribunal y el Comité de ministros (representantes permanentes de los Estados), con sedes en Estrasburgo, Francia. A partir de esa fecha existe acceso directo al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al desaparecer la Comisión³⁵, lo que propició un aumento impresionante en el número de asuntos. Sólo en el 2009 dicho Tribunal recibió 57.100 casos, lo que representa una cifra mayor a todos los asuntos que resolvió en sus primeros cuarenta años de funcionamiento, que fue de 45.000 asuntos (1959-2008). Así, el rezago ascendió a 119.300 casos pendientes al 1 de enero de 2010, de los cuales más del 50 por 100 se refieren a demandas contra cuatro Estados: Rusia, Turquía, Ucrania y Rumania³⁶.

El Tribunal de Estrasburgo se integra por 47 jueces (uno por cada Estado integrante del Consejo de Europa), nombrados por un único periodo de nueve años (a partir del Protocolo 14). En general tiene competencias *consultivas*, para la interpretación y aplicación de la Convención; y *contenciosas*, para conocer de: a) *demandas interestatales* (a diferencia del sistema interamericano se han presentado casos) entre Estados miembros por incumplimiento del Convenio, o b) *demandas individuales*, donde cualquier persona o grupo puede plantear la

tribunales especializados como el Tribunal del Mar (1982). En materia penal destacan los tribunales *ad hoc*: Nüremberg, Tokio, Ruanda, Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, entre otros. Además, se ha creado la Corte Penal Internacional, cuyo estatuto se firmó en 1998 y entró en vigor en 2002, lo que ha significado un significado avance al constituir un sistema permanente penal internacional.

³² Aunque se ve distante, sería deseable que en el futuro se incrementen los sistemas regionales, que pudieran impulsar las organizaciones de Estados, como la Liga de Estados Árabes o la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático.

³³ El Estatuto del Consejo de Europa o Tratado de Londres (1949) fue firmado por 10 Estados (actualmente son 47 Estados europeos y cinco observadores: Estados Unidos, Canadá, Japón y México, además de la Santa Sede).

³⁴ También se aprobó en 1961 la Carta Social Europea, si bien no son objeto de control jurisdiccional y sólo cuentan con el control de los informes que deben rendir los Estados, sujetas a revisión por el Comité de ministros del Consejo de Europa que puede emitir recomendaciones; lo que ha propiciado un desequilibrio en la protección de estos derechos económicos y sociales, con respecto a los civiles y políticos previsto en la Convención de Roma, que tienen la vía abierta ante el Tribunal de Estrasburgo. Sobre este instrumento internacional, *vid.* L. J. QUESADA, «La Carta Social Europea y la Unión Europea», en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 13, primer semestre de 2009, pp. 389-407.

³⁵ En realidad la Comisión continuó sus funciones un año después, hasta el 31 de octubre de 1999, para desahogar los casos que había declarado admisibles con anterioridad a la entrada en vigor de dicho Protocolo.

³⁶ Más del 90 por 100 de las demandas no son admitidas, por lo que en realidad se han dictado cerca de 12.000 sentencias durante más de medio siglo de historia. *Cfr.* *50 years of activity: European Court of Human Rights. Some facts and Figures*, Estrasburgo, Consejo de Europa, 2010.

demanda. En la actualidad son 800 millones de personas pertenecientes a los 47 Estados miembros los que pueden tener acceso a esta jurisdicción internacional³⁷.

El 1 de junio de 2010 entró en vigor el Protocolo núm. 14 del Convenio, debido a la ratificación de Rusia, que era el único de los 47 Estados que faltaba por ratificarlo y que durante varios años se rehusó. Este ansiado instrumento supone reformas sustanciales en la tramitación y efectividad del Tribunal³⁸, así como una importante vinculación con la Unión Europea debido al Tratado de Lisboa que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009³⁹. Las reformas propuestas, sin embargo, parecen insuficientes. Representantes de los 47 Estados integrantes del Consejo de Europa se reunieron el 18 y 19 de febrero de 2010 en Suiza, para reflexionar sobre el futuro del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, lo que dio lugar a la «Declaración de Interlaken», estableciendo un plan de acción a mediano y largo plazo, que será evaluado en 2011, 2012, 2015 y 2019⁴⁰.

2. *Sistema Interamericano*. En 1948 se aprueba la Carta de la Organización de los Estados Americanos por 21 países (actualmente son 35 miembros)⁴¹, en el seno de la IX Conferencia Interamericana celebrada en Bogotá. En esa misma reunión se aprobó la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, primer documento internacional con una proclamación general de derechos, ya que se anticipó varios meses a la Declaración Universal.

La Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH) fue suscrita en San José, Costa Rica, en 1969, entrando en vigor en 1978; instrumento

³⁷ En general, sobre el funcionamiento y futuro de la Corte Europea, *vid.* las interesantes reflexiones de H. FIX-ZAMUDIO, «La Corte Europea de Derechos Humanos y el derecho de amparo internacional», en la obra colectiva, *El derecho de amparo en el mundo*, México, Porrúa-Fundación Konrad Adenauer, 2006, pp. 1105-1155.

³⁸ Las reformas más significativas del Protocolo 14 son: *a*) nombramiento de los jueces por un único periodo de nueve años (en lugar de seis años con posibilidad de reelección); *b*) competencia de jueces individuales o únicos para poder desechar demandas (antes un comité de tres jueces o una Sala de siete jueces lo hacía), sin que exista recurso alguno; en caso de duda, este juez remitirá el asunto a un comité de jueces o a la Sala; y no podrá el juez individual conocer de un asunto en contra del Estado que lo propuso; *c*) criterios de admisibilidad más rigurosos, que implican la gravedad de la violación novedad y no asuntos reiterativos; *d*) competencia de los Comités de tres jueces para resolver determinados asuntos (antes era competencia de las Salas); *e*) las decisiones de admisibilidad y de fondo respecto de demandas individuales se harán de manera conjunta, como de hecho se venía realizando, pudiendo en determinados casos separarlas; *f*) la creación de un recurso por incumplimiento de las sentencia, cuya competencia es del Comité de ministros (conformado por representantes permanentes de los Estados), y *g*) la posibilidad de que la Unión Europea sea parte del Convenio, de conformidad con el Tratado de Lisboa. Un análisis crítico a este Protocolo, puede verse en J. A. PASTOR RIDRUEGO, «El Protocolo núm. 14 a la Convención Europea de Derechos Humanos: ¿Estamos ante la reforma que necesita el Tribunal?», en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 56, núm. 1, 2004, pp. 141-150.

³⁹ Sobre los contenidos y repercusiones del Tratado de Lisboa, *vid.* N. GONZÁLEZ MARTÍN, «La Unión Europea como una fotografía en continuo movimiento. El Tratado de Lisboa», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM, núm. 124, enero-abril de 2009, pp. 343-354.

⁴⁰ *Vid.* esta Declaración: *High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights. Interlaken Declaration* (19 de febrero de 2010).

⁴¹ Cuba se reincorpora a la OEA en 2009, al dejarse sin efectos una resolución de 1963 en la que se excluyó al gobierno de dicho país en el sistema interamericano. Asimismo, debe considerarse que Honduras fue suspendida del derecho de participación en 2009, derivado del golpe de Estado, si bien actualmente se encuentra en proceso de reincorporación (2010).

que debe complementarse con sus protocolos adicionales⁴². El sistema se integra por la Comisión Interamericana, cuya sede se encuentra en Washington, D. C., si bien la Comisión se estableció en 1959, inició funciones al año siguiente; y la Corte Interamericana, radicada en San José, Costa Rica, comenzando sus actividades en 1979. Hasta la fecha, de los 35 países que integran la OEA, 24 han ratificado la CADH (con la denuncia de Trinidad y Tobago, una infructuosa separación del Perú, y una recomendación de denuncia por la Sala Constitucional de Venezuela)⁴³ y 21 han aceptado la competencia contenciosa de la Corte Interamericana.

Ambos órganos se integran por siete miembros, con duración de cuatro años para los comisionados y seis para los jueces, con posibilidad de reelección por una ocasión. A partir de la opinión consultiva 20/09 solicitada por la República Argentina, resuelta en septiembre de 2009, la Corte interpretó los artículos 44 y 45 del Pacto de San José, limitando la figura de juez *ad hoc* para que integre la Corte cuando en la misma no hubiere un juez de su nacionalidad, sólo en los casos contenciosos originados en comunicaciones interestatales (hasta la fecha no se han presentado), excluyendo esa posibilidad en casos originados en peticiones individuales, como se venía realizando; señalando además que el juez nacional del Estado demandado no podrá participar en los casos contenciosos originados en peticiones individuales; lo anterior se ha incorporado en las reformas al Reglamento de la Corte Interamericana, en vigor desde el 1 de enero de 2010⁴⁴. Estas reformas resultan trascendentales, en la medida en que se otorgan más facultades a las presuntas víctimas y sus representantes, como la posibilidad de presentar directamente la demanda, que antes realizaba la Comisión⁴⁵,

⁴² Protocolo Adicional en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador, 1998), y Protocolo Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte (Asunción, Paraguay, 1990). Asimismo, deben tenerse presentes otros instrumentos internacionales, entre los más importantes destacan: Convención Americana para Prevenir y Sancionar la Tortura (Cartagena de Indias, Colombia, 1985); Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (Belém do Pará, Brasil, 1994); Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Belém do Pará, Brasil, 1994); Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (Guatemala, 1999); Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión (Comisión Interamericana, 2000); Carta Democrática Interamericana (Asamblea General de la OEA, 2001); Convención Interamericana sobre la Corrupción (Caracas, Venezuela, 1996), entre otros.

⁴³ Sólo Trinidad y Tobago se ha separado por la denuncia a la Convención en 1998, que entró en vigor en 1999. El Perú, en la época de Fujimori, pretendió infructuosamente separarse del sistema; y Venezuela recientemente, en la sentencia núm. 1.939 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, declaró «inejecutable» la sentencia de la Corte Interamericana en el *Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela*, que versaba sobre la destitución arbitraria de tres jueces de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, por lo que solicitó al presidente de la República que denunciara la Convención Americana, lo cual no ha sucedido. Sobre esta delicada sentencia, *vid.* el libro de C. AYALA CORAO, *La «inejecución» de las sentencias internacionales en la jurisprudencia constitucional de Venezuela (1999-2009)*, Caracas, Fundación Manuel García-Pelayo, 2009; en general, sobre la actuación de la Sala Constitucional de ese país, *vid.* A. R. BREWER CARÍAS, *Crónica sobre la «in» justicia constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2007.

⁴⁴ El primer Reglamento data de 1980; el segundo de 1991; el tercero de 1996; el cuarto de 2000, con reformas en 2003 y 2009 (vigente a partir del 1 de enero de 2010). En realidad, esta última reforma constituye un nuevo Reglamento, por la cantidad y trascendencia de sus reformas.

⁴⁵ Con la reforma, el procedimiento ante la Corte se inicia con la presentación del informe al que se refiere el artículo 50 de la Convención (informe de fondo) y no con la presentación de la demanda por la Comisión, dejando a las víctimas o a sus representantes dentro de los dos meses siguientes la posibilidad de presentar dicha demanda de manera autónoma ante la Corte (escrito de solicitudes,

lo que pudiera representar el camino para que en el futuro se aceptara el acceso directo del individuo como sucedió en Europa⁴⁶.

La Corte tiene básicamente dos atribuciones: la *consultiva*, con 20 solicitudes atendidas hasta la fecha; y la *contenciosa*, con 120 casos resueltos (hasta diciembre de 2009) originados de peticiones individuales (80 fueron resueltos entre 2004 a 2009). Asimismo, su labor se complementa con resoluciones que dicta tratándose de *medidas provisionales* (81 resoluciones, hasta 2009) y de *supervisión de cumplimiento de sentencias* (hasta 2009, 104 casos se encuentran en este estado)⁴⁷.

3. *Sistema Africano*. Es el más reciente de los sistemas regionales y todavía está en fase de formación. La Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, también conocida como Carta de Banjul (1981 y vigente en 1986), fue aprobada en Nairobi, Kenya, en la XVIII Conferencia de Jefes de Estado y de Gobierno de la Organización para la Unidad Africana, denominada desde 2002 como Unión Africana. Una de las principales características de esta Carta es que se regulan los derechos económicos, sociales y culturales, de manera conjunta con los derechos civiles y políticos, lo que no sucede en los otros sistemas regionales, además destacan los derechos colectivos y del desarrollo de los pueblos.

La Carta prevé una Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, que se integra por once personalidades africanas de prestigio. Fue constituida en 1987, teniendo su sede en Banjul, Gambia. Asimismo, existe una Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, creada a través de un protocolo posterior a la Carta en Uagadugú, Burkina Faso, en 1998 (entrando en vigor en 2004), si bien la propuesta de su existencia fue realizada en 1961, en una reunión de juristas africanos en Lagos, Nigeria.

La Corte se integra por 11 juristas. En 2006 fueron electos los primeros jueces, con renovación y nuevos integrantes en 2008. Inició sus funciones de manera provisional en Addis Abeba, Etiopía, en noviembre de 2006; y luego en Arusha, Tanzania, a partir de agosto de 2007. Hasta la fecha sólo 25 países han aceptado su jurisdicción⁴⁸, de los 53 que integran la Unión Africana y que también ratificaron la Carta de Banjul. Tiene competencias *consultivas* y *contenciosas*, y el primer fallo de la Corte fue emitido el 15 de diciembre de 2009, en el *Caso Michelot Yogogombaye vs. República de Senegal*⁴⁹.

argumentos y pruebas). La Comisión no puede ahora ofrecer testigos y declaraciones de las víctimas y sólo en algunos casos podrá ofrecer peritos; se crea la figura del Defensor Interamericano en aquellos casos en que las víctimas no cuenten con representación legal (antes lo representaba la Comisión); se incorpora lo resuelto en la opinión consultiva 20/09, relativa a que los jueces no pueden participar de las demandas individuales cuando el Estado demandado sea el de su nacionalidad y la figura del juez *ad hoc* se restringe exclusivamente para comunicaciones interestatales; se autoriza el uso de nuevas tecnologías, por ejemplo, notificaciones por medios electrónicos, declaraciones vía audiovisual, etc.; rectificación de las sentencias, de oficio o a petición de parte, por errores notorios, entre otros aspectos relevantes que fueron motivo de esta reforma al Reglamento.

⁴⁶ Sobre esta eventual reforma, *vid.* la obra de A. A. CANÇADO TRINDADE y M. E. VENTURA ROBLES, *El futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2.^a ed., San José, CIDH-UNHCR, 2004.

⁴⁷ *Cfr.* Informe Anual 2009, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

⁴⁸ Algeria, Burkina Faso, Burundi, Côte d'Ivoire, Comoros, Gabon, Gambia, Ghana, Kenya, Libya, Lesotho, Mali, Malawi, Mozambique, Mauritania, Mauritius, Nigeria, Niger, Rwanda, Sudáfrica, Senegal, Tanzania, Togo, Tunisia y Uganda.

⁴⁹ *Cfr.* las páginas <http://www.african-court-coalition.org>, <http://www.achpr.org> y www.african-court.org; así como los trabajos de J. C. ODIMBA, «Protección de los derechos fundamentales en África»

C) Derecho Comunitario

Además de los tres sistemas regionales brevemente señalados, debe advertirse que también en ciertos sistemas de integración comunitaria se advierte la internacionalización de instituciones de Derecho constitucional. Si bien estas integraciones nacen con fines esencialmente económicos, progresivamente se ha extendido a otras áreas, incluso a derechos humanos.

Lo anterior se aprecia claramente con el largo y sorprendente proceso evolutivo de la hoy Unión Europea (1993)⁵⁰, que iniciara en 1951 con la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, con seis miembros (actualmente con 27); hasta llegar al trascendental Tratado de Lisboa⁵¹, que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009, a manera de un paso más en la integración comunitaria.

En realidad este tratado retoma parte del fallido Tratado constitucional de 2004 (Constitución Europea). Entre sus múltiples aspectos relevantes, cabe destacar que de conformidad con el artículo 6.2 la Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, lo que implicará la vinculación jurídica de dicho tratado. Esta dimensión traerá una nueva relación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Luxemburgo, que en principio obedecían a dos órdenes jurídicos distintos y ahora en materia de derechos humanos aplicarán el mismo instrumento, produciendo un orden jurídico constitucional complejo⁵².

3. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL

La progresiva aplicabilidad del Derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito interno de los Estados, se ha venido realizando a través de diversas fórmulas o cláusulas constitucionales o bien a través del dinamismo de la jurisprudencia constitucional⁵³.

ca», en *El derecho de amparo en el mundo, op. cit., supra* nota 37, pp. 945-984; Y. SAAVEDRA ÁLVAREZ, «El sistema africano de los derechos humanos y de los pueblos. Prolegómenos», *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, UNAM, núm. 8, 2008, pp. 671-712; J. HARRINGTON, «The African Court on Humans and Peoples' Rights» en M. EVANS y R. MURRAY (comps.), *The African Charter on Humans and Peoples's Rights: The system in practice 1986-2000*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, pp. 305-334; A. SACCUCCI, «Il Protocollo istitutivo della Corte africana dei diritti dell'uomo e dei popoli: un primo confronto con le altre Corti regionali», *Rivista di Diritto Internazionale*, núm. 4, 2004, pp. 1036-1065.

⁵⁰ *Vid.* el Tratado de la Unión Europea, que entró en vigor el 1 de noviembre de 1993. Sus instituciones son: el Consejo Europeo, el Parlamento y el Consejo, la Comisión (Colegio de Comisarios), el Banco Central, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal de Cuentas.

⁵¹ Denominado en realidad «Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea», suscrito el 13 de diciembre de 2007 y vigente a partir del 1 de diciembre de 2009.

⁵² Sobre estas complejas relaciones, *vid.* J. GARCÍA ROCA, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Madrid, Civitas, 2010; y M. APARICIO WILHELMI, *La construcción de un orden público constitucional complejo. Derechos y Constitución en el Estado español como Estado autonómico e integrado en la Unión Europea*, México, UNAM, 2009.

⁵³ Una situación actual de esta dimensión, puede verse en los diversos trabajos contenidos en la obra colectiva de S. GARCÍA RAMÍREZ y M. CASTAÑEDA HERNÁNDEZ (coords.), *Recepción nacional*

Una de las manifestaciones más claras sobre esta constitucionalización del Derecho internacional lo constituye otorgar jerarquía constitucional a los tratados internacionales en materia de derechos humanos. Cada vez son más los Estados latinoamericanos que lo han aceptado, superando la clásica concepción de su equiparación legal. Esto ha sucedido, por ejemplo, en Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica, Perú, Paraguay y muy recientemente en República Dominicana, en su nueva Constitución proclamada el 26 de enero de 2010.

Esta última refleja la tendencia evolutiva de apertura que están adoptando los textos constitucionales de nuestra región en materia de derechos humanos, al establecer que: «Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por el Estado dominicano, tienen jerarquía constitucional y son de aplicación directa e inmediata por los tribunales y demás órganos del Estado» (art. 74.3). Incluso, determinados ordenamientos constitucionales otorgan jerarquía supraconstitucional a los instrumentos internacionales en derechos humanos, en la medida en que sean más favorables en la protección de los derechos, como se establece en las nuevas Constituciones de Bolivia (art. 256.1), Ecuador (art. 424), Venezuela (art. 23) o a través del dinamismo jurisprudencial en Costa Rica⁵⁴.

La incorporación de los derechos humanos de fuente internacional al catálogo de los derechos fundamentales en las constituciones nacionales, implica un «bloque de constitucionalidad»⁵⁵, sirviendo como parámetro de control de la constitucionalidad de las leyes y demás actos que violen dichos derechos. Este «bloque» también es motivo de aceptación por parte de los máximos órganos jurisdiccionales a través de un sano activismo judicial, como recientemente lo ha estimado la Suprema Corte de Justicia de Uruguay en 2009⁵⁶.

El bloque de constitucionalidad se ha venido ampliando. Además de los derechos previstos en los tratados internacionales, también lo conforma la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como se ha

del Derecho internacional de los derechos humanos y admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana, México, UNAM, 2009; especialmente sobre el caso mexicano, *vid.* el ensayo de J. CARMONA TINOCO, «La recepción de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el ámbito interno. El caso de México», pp. 245-290. Asimismo, *vid.* la obra colectiva de M. BECERRA, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento*, México, UNAM, 2007.

⁵⁴ La Sala Constitucional estableció que los derechos previstos en los tratados internacionales «priman sobre la Constitución» en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías. *Vid.* la muy conocida sentencia 3.435, de 11 de noviembre de 1992, relativa al beneficio concedido exclusivamente a la mujer extranjera casada con costarricense, lo que implica una desigualdad por razones de género, aplicándose diversos tratados internacionales.

⁵⁵ Como es bien conocido, la expresión se utiliza por vez primera por L. FAVOREU al comentar un fallo del Consejo Constitucional de Francia en la década de los sesenta del siglo pasado, donde, en principio, incluía a la propia Constitución de 1958, el preámbulo constitucional y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789; bloque que se ha venido ampliando en Francia y en los países donde se ha aceptado tiene contenidos distintos, como sucede en España y en varios países de Latinoamérica. En general sobre la temática, *vid.* L. FAVOREU, F. RUBIO LLORENTE y J. PÉREZ ROYO, *El bloque de la constitucionalidad*, Madrid, Civitas, 1991.

⁵⁶ Tradicionalmente los tratados internacionales tenían rango de ley. Sin embargo, un nuevo criterio pareciera abrir la ventana hacia esta dimensión, en la sentencia 365, del 19 de octubre de 2009. Sobre esta sentencia, *vid.* M. RISSO FERRAND, «El Derecho internacional de los derechos humanos en la jurisprudencia reciente de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay», en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 14, julio-diciembre de 2010 (en prensa).

reconocido por la Corte Constitucional de Colombia⁵⁷, la Sala Constitucional de Costa Rica⁵⁸, el Tribunal Constitucional del Perú⁵⁹ la Corte Suprema de Argentina⁶⁰, o la Corte Suprema de República Dominicana⁶¹. Lo anterior es un paso significativo hacia un «bloque de convencionalidad» como veremos más adelante.

Por otra parte, también se advierte esta constitucionalización del Derecho internacional de los derechos humanos a través de principios o criterios hermenéuticos. Así se han constitucionalizado los principios *pro homine* y *pro libertatis* reconocidos en el artículo 29 del Pacto de San José; o bien se han utilizado por las jurisdicciones nacionales⁶². También se advierte la tendencia de incorporar «cláusulas abiertas» de recepción de la normatividad convencional o cláusulas constitucionales para interpretar los derechos y libertades «de conformidad» con los instrumentos internacionales en la materia⁶³.

4. EL CONTROL CONCENTRADO DE CONVENCIONALIDAD POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

El control de convencionalidad tiene dos manifestaciones: una de carácter «concentrada» por parte de la Corte Interamericana, en sede internacional; y otra de carácter «difusa» por los jueces nacionales, en sede interna.

La primera obedece a las facultades inherentes de la Corte Interamericana al resolver los casos contenciosos sometidos a su consideración, en cuanto guardián e intérprete final de la Convención Americana. Es en realidad un control «concentrado» de convencionalidad, al encomendarse a dicho órgano jurisdiccional la facultad exclusiva de «garantizar al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados» y «reparar las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada»; todo lo cual, cuando «decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos por esta Convención» (art. 63 CADH), teniendo dicho fallo carácter «definitivo e inapelable» (art. 67 CADH); por lo que

⁵⁷ A partir de la sentencia 225/95, de 18 de mayo de 1995, relativa a la naturaleza imperativa de las normas humanitarias y su incorporación al bloque de constitucionalidad. *Vid.* también las sentencias C-578/95 y C-258/97, entre otras.

⁵⁸ A partir de la sentencia 3550-92, antes referida. Sobre esta sentencia y en general su rol en el sistema de Costa Rica, *vid.* R. HERNÁNDEZ VALLE, *Derecho procesal constitucional*, 3.ª ed., San José, Juricentro, 2009.

⁵⁹ *Vid.* la sentencia 7/2007, de 19 de junio de 2007.

⁶⁰ Sobre las diversas sentencias de la Corte Suprema argentina y su tendencial aceptación sobre el particular, *vid.* J. C. HITTERS, «¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)», en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa, núm. 10, julio-diciembre de 2008, pp. 131-156.

⁶¹ *Vid.* la sentencia 1990-2003, de 13 de noviembre de 2003; *cfr.* «El bloque de constitucionalidad en la determinación de los principios fundamentales del debido proceso», en *Diálogo Jurisprudencial*, núm. 3, julio-diciembre 2007, México, UNAM, pp. 27-50.

⁶² A nivel constitucional se regula en Bolivia, Colombia, Perú y República Dominicana, por ejemplo. Además, un buen número de jurisdicciones constitucionales han utilizado el principio *pro homine*, *pro persona* o *in bonum* en sus fallos.

⁶³ Sobre la temática, *vid.* el documentado libro de J. L. CABALLERO, *La incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en México y España*, México, Porrúa, 2009.

los Estados «se comprometen a cumplir con la decisión de la Corte en todo caso de que sean partes» (art. 68.1 CADH)⁶⁴.

El control de convencionalidad constituye la razón de ser de la Corte Interamericana: realizar un control de compatibilidad entre el acto de violación (en sentido lato) y el Pacto de San José (y sus protocolos adicionales). En caso de violación (sea por acción u omisión), la responsabilidad internacional recae sobre el Estado y no sobre alguno de sus órganos o poderes. De esta manera, como lo ha sostenido GARCÍA RAMÍREZ en un importante voto concurrente⁶⁵:

«Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio —sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto— y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional».

Esta caracterización de control de convencionalidad es la natural que realiza la Corte Interamericana en sede internacional desde sus primeras sentencias; si bien es en ese voto concurrente (2003) cuando por primera vez se utiliza la expresión. La tarea de la Corte, continúa reflexionando GARCÍA RAMÍREZ, en otro voto concurrente⁶⁶:

«...se asemeja a la que realizan los Tribunales Constitucionales. Estos examinan los actos impugnados —disposiciones de alcance general— a la luz de las normas, los principios y los valores de las leyes fundamentales. La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los Tribunales Constitucionales controlan la “constitucionalidad”, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la “convencionalidad” de esos actos. A través del control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público —y, eventualmente, de otros agentes sociales— al orden que entraña el Estado de Derecho en una sociedad democrática. El tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados partes en ejercicio de su soberanía».

Años después, vuelve GARCÍA RAMÍREZ a utilizar la expresión «control de convencionalidad» en el mismo sentido, «fundado en la confrontación entre el hecho realizado y las normas de la Convención Americana»⁶⁷, en el voto razonado emi-

⁶⁴ Si bien la Comisión Interamericana tiene competencia para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados parte, en estricto rigor no realiza un «control de convencionalidad» por no tener propiamente funciones jurisdiccionales. Las principales funciones de la Comisión se encuentran previstas en el artículo 41 de la CADH.

⁶⁵ *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, resuelto el 25 de noviembre de 2003, párrafo 27.

⁶⁶ Voto concurrente razonado de S. GARCÍA RAMÍREZ en el *Caso Tibi vs. Ecuador*, resuelto el 7 de septiembre de 2004, párrafo 3.

⁶⁷ De tal suerte, dice GARCÍA RAMÍREZ, que derivado a ese «control de convencionalidad», «no puede, ni pretende —jamás lo ha hecho—, convertirse en una nueva y última instancia para conocer la controversia suscitada en el orden interno». Párrafo 6 del referido voto razonado.

tido en el *Caso Vargas Areco vs. Paraguay*, de 26 de septiembre de 2006; mismo día en que se decidió el *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*, donde el pleno de la Corte Interamericana utiliza por vez primera la expresión «control de convencionalidad», si bien otorgándole una dimensión distinta: con carácter «difuso», a manera de una fuerza expansiva de su jurisprudencia hacia todos los jueces de los Estados que han reconocido su jurisdicción, como a continuación pasamos a analizar.

5. EL CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD POR EL JUEZ NACIONAL: ¿UN NUEVO PARADIGMA PARA EL ESTADO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO?

Además del control concentrado de convencionalidad que realiza la Corte Interamericana como una técnica connatural a su competencia, existe otro tipo de control de carácter «difuso», que debe realizarse por los jueces nacionales o domésticos de los Estados que han aceptado la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁶⁸.

Este control es una nueva manifestación de la constitucionalización del Derecho internacional. El «control difuso de convencionalidad» consiste en el deber de los jueces nacionales en realizar un examen de compatibilidad entre las disposiciones y actos internos que tiene que aplicar a un caso concreto, con los tratados internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Lo anterior implica reconocer la fuerza normativa de tipo convencional, que se extiende a los criterios jurisprudenciales emitidos por el órgano internacional que los interpreta. Este nuevo tipo de control no tiene sustento en la CADH. Deriva de la evolución jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

A) Nacimiento de la doctrina

Fue establecida por primera vez en el *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Gobierno de Chile*, resuelto el 26 de septiembre de 2006. Esta sentencia se inscribe en la línea de varios fallos de la Corte Interamericana en casos de leyes de autoamnistía. Se resolvió la invalidez del decreto ley que perdonaba los crímenes de lesa humanidad, en el periodo 1973 a 1979 de la dictadura militar de Augusto Pinochet, debido a que dicho decreto resultaba incompatible con la CADH careciendo de «efectos jurídicos» a la luz de dicho tratado.

Sin embargo, en el fallo también se «avanza» hacia un nuevo tipo de control, teniendo en cuenta la responsabilidad internacional del Estado. Se establece

⁶⁸ Sobre la temática, *vid.* N. SAGÜÉS, «El «control de convencionalidad», como instrumento para la elaboración de un *ius commune* interamericano», en A. VON BOGDANDY, E. FERRER MAC-GREGOR y M. MORALES ANTONIAZZI, *La justicia constitucional y su internacionalización: ¿Hacia un Ius constitucionale Commune en América Latina?*, México, UNAM-Max Planc Institut, 2010, t. II (en prensa); J. C. HITTERS, «Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación. Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en *Estudios Constitucionales*, vol. 7, núm. 2, 2009, pp. 109-128; E. REY CANTOR, *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, México, Porrúa-IMDPC, núm. 26, 2008; y S. ALBANESE, *El control de convencionalidad* (coord.), Buenos Aires, Ediar, 2008.

que la obligación legislativa en sede interna, relativa a adoptar disposiciones de conformidad con la CADH alcanza una obligación hacia el Poder Judicial: «De tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular. Sin embargo, cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella»⁶⁹.

Lo anterior significa que los jueces no son simples aplicadores de la ley nacional, sino que tienen además, una obligación de realizar una «interpretación convencional», verificando si dichas leyes que aplicarán a un caso particular, resultan «compatibles» con la CADH; de lo contrario su proceder sería contrario al artículo 1.1 de dicho tratado, produciendo una violación internacional, ya que la aplicación de una ley inconveniente produce por sí misma una responsabilidad internacional del Estado⁷⁰.

Los jueces nacionales se convierten en «guardianes» de la convencionalidad. La esencia de la doctrina del «control difuso de convencionalidad», se encuentra en el párrafo 124 de dicho fallo:

«La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana».

Si observamos con atención los alcances del «control difuso de convencionalidad», podemos advertir que en realidad no es algo nuevo. Se trata de una especie de «bloque de constitucionalidad» derivado de una constitucionalización del Derecho internacional, sea por las reformas que las propias Constituciones nacionales han venido realizando o a través de los avances de la jurisprudencia constitucional que la han aceptado. La novedad es que la obligación de aplicar la CADH y la jurisprudencia convencional proviene directamente de la jurisprudencia de la Corte Interamericana como un «deber» de todos los jueces nacionales; de tal manera que ese imperativo representa un «bloque

⁶⁹ Párrafo 123 de la sentencia.

⁷⁰ Esto se aplica en general para cualquier órgano del Estado que aplique una ley inconveniente. La parte relativa del párrafo 123 de dicha sentencia señala: «El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana».

de convencionalidad» para establecer «estándares» en el continente o, cuando menos, en los países que han aceptado la jurisdicción de dicho tribunal internacional.

B) Desarrollo de la doctrina

Casi dos meses más tarde, en el *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, resuelto el 24 de noviembre de 2006, la Corte Interamericana, invocando el precedente del *Caso Almonacid Arellano*, reitera su doctrina del «control difuso de convencionalidad» y la «precisa» en dos aspectos: i) procede «de oficio» sin necesidad de que las partes lo soliciten, y ii) debe ejercerse dentro del marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, considerando otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia⁷¹.

GARCÍA RAMÍREZ y CANÇADO TRINDADE formulan importantes votos razonados en ese asunto. El jurista mexicano aclara que el «parámetro» de control de convencionalidad debería no limitarse a la CADH, sino a todo el *corpus iuris* convencional de los derechos humanos; y también precisa que este control adquiere «carácter difuso» al quedar en manos de todos los tribunales, lo que permite un sistema de control extenso (vertical y general). Por su parte, el jurista brasileño, hoy integrante de la Corte Internacional de Justicia, agrega que los jueces nacionales deben aplicar no sólo el Derecho constitucional sino también el Derecho internacional de los derechos humanos, ejerciendo *ex officio* el control tanto de constitucionalidad como de convencionalidad, tomados en conjunto, por cuanto los ordenamientos jurídicos internacional y nacional se encuentran en constante interacción para la protección de la persona humana⁷².

La doctrina sobre el «control difuso de convencionalidad» siguió consolidándose por parte de la Corte Interamericana. Se reitera, de manera firme, en los siguientes casos:

1. *La Cantuta vs. Perú*, de 29 de noviembre de 2006. La Corte Interamericana analiza, entre otras cuestiones, si en el Perú se continuaba aplicando las leyes de amnistía, a pesar de la decisión previa de la Corte Interamericana en el diverso *Caso Barrios Altos vs. Perú*, de 22 de septiembre de 2005. En ese fallo se declaró que las leyes de autoamnistía resultaban *ab initio* incompatibles con la Convención. Por tanto, su aplicación por parte de un órgano estatal en un caso concreto, mediante actos normativos posteriores o su aplicación por funcionarios estatales, constituye una violación a la CADH.

⁷¹ El párrafo 128 de dicho fallo señala: «Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones».

⁷² *Cf.*: los votos razonados de ambos juristas, que aparecen al final de dicha sentencia.

La Corte reitera la doctrina del «control difuso de convencionalidad» en el párrafo 173 de su sentencia, reproduciendo íntegramente lo señalado en primer precedente establecido en el *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*, en cuanto a los alcances de la responsabilidad internacional del Estado.

2. *Boyce y otros vs. Barbados*, de 20 de noviembre de 2007. En idénticos términos se reitera la doctrina en el párrafo 78, haciendo referencia a los precedentes de los *Casos Almonacid Arellano y La Cantuta*. Así, se estimó que la «cláusula de exclusión» prevista en el artículo 26 de la Constitución de Barbados que impide la impugnación de leyes vigentes, previas a la Constitución, con el propósito de revisar su constitucionalidad, resulta contraria al artículo 2 de la CADH, en relación con los preceptos 1.1, 4.1, 4.2 y 25.1 del mismo tratado internacional; de tal manera que por dicha «cláusula de exclusión» se impedía realizar un examen de constitucionalidad del artículo 2 de la Ley de Delitos contra la Persona, que establecía una pena obligatoria de muerte para las personas condenadas por el delito de homicidio. La Corte Interamericana, por consiguiente, estimó que los tribunales de Barbados que conocieron del caso (incluida su máxima instancia judicial), debieron haber realizado no sólo un análisis y control de «constitucionalidad» de dicha ley, sino también de «convencionalidad».

3. *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, de 12 de agosto de 2008. En el presente asunto se condena al Estado a que adecue en un plazo razonable su Derecho interno, para tipificar los delitos de desaparición forzada de personas y de tortura, conforme los estándares convencionales, específicamente en la Convención sobre Desaparición Forzada y la Convención contra la Tortura. Así, en el párrafo 180 de la sentencia, se reitera la doctrina del «control de convencionalidad», según la cual, «cada juzgador debe velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, de manera que no quede mermado o anulado por la aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos», citando los precedentes de los *Casos Almonacid Arellano* y de *Boyce*.

4. En la resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia del 9 de mayo de 2008, en los *Casos Fermín Ramírez y Raxcacó Reyes*, ambos *vs. Guatemala*, así como de la solicitud de ampliación de medidas provisionales del último de los casos. La Corte Interamericana recordó que es obligación del Estado brindar un procedimiento que garantice que toda persona condenada a muerte tenga el derecho a solicitar y, en su caso, obtener indulto; de tal suerte que los recursos que debe ofrecer, no deben ser simples formalidades condenadas de antemano a ser infructuosas. Destacó que en el supuesto no deseado de que el Congreso de la República de Guatemala rechace el decreto donde se estableciera el indulto, el Estado no habrá cumplido con sus obligaciones internacionales y, como consecuencia lógica, no podrá ejecutar a ningún condenado a muerte, hasta tanto no se adecue la legislación a la CADH.

Es importante destacar que en apoyo a lo anterior, la Corte Interamericana invoca su doctrina del «control de convencionalidad», recordando que cuando el legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la CADH, el Poder Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella. Al invocar la doctrina, si bien no señala

los precedentes, es claro que lo toma del *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, ya que se refiere a que este control debe realizarse *ex officio*, aclarando que es «evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y las regulaciones procesales correspondientes». Es decir, se retoman las «precisiones» del *Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*, doctrina que a su vez había surgido en *Almonacid Arellano* y reiterada conforme hemos analizado con anterioridad.

5. *Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, de 23 de noviembre de 2009. En este caso se condena al Estado mexicano, entre otras cuestiones, a realizar en un plazo razonable las adecuaciones legislativas conforme los estándares convencionales, en un doble aspecto: 1) por lo que respecta al tipo penal de desaparición forzada de personas establecido en el artículo 215-A del Código Penal Federal (que restringe la autoría del delito a «servidores públicos»), y 2) respecto al artículo 57, fracción II, inciso a), del Código de Justicia Militar, que extiende la jurisdicción militar a aquellos delitos que no tienen estricta conexión con la disciplina militar o con bienes jurídicos propios del ámbito castrense; en este último supuesto, aclara que la inconventionalidad no deriva del artículo 13 de la Constitución federal, sino del citado precepto del Código de Justicia Militar, que ha servido de interpretación de los jueces locales y federales para extender la jurisdicción militar a supuestos no autorizados. La Corte Interamericana, recuerda que en múltiples ocasiones ha indicado que «[c]uando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, *a fortiori*, el debido proceso, el cual, a su vez, se encuentra íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia».

Se reitera la doctrina del control de convencionalidad utilizando las matizaciones relativas a que opera «de oficio» y «en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes»; señalando la necesidad de que las interpretaciones constitucionales y legislativas referidas a los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar, se realicen conforme a los principios establecidos en la constante jurisprudencia de la Corte Interamericana en esa materia.

Deriva de esto último, con independencia de la necesaria reforma legislativa al Código de Justicia Militar (que debe realizarse para cumplir cabalmente con la sentencia), los jueces locales y federales (incluido el máximo tribunal del país), deben dejar de aplicar dicho precepto realizando un «control de convencionalidad» a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

C) Aplicación de la doctrina en México

La aplicación del control de convencionalidad recién se utiliza a partir del año 2009 a través del juicio de amparo por los jueces federales. El primer caso lo constituye el amparo directo 1060/2008, resuelto el 2 de julio de 2009 por el Primer Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Administrativa y de Trabajo, del Décimo Primer Circuito (con residencia en Morelia, Michoacán)⁷³, resuelto

⁷³ Un extracto de este fallo fue publicado con el título «Control de convencionalidad de normas jurídicas internas», en *Diálogo jurisprudencial. Derecho internacional de los derechos humanos*, México, UNAM, núm. 6, enero-junio de 2009, pp. 11-36.

meses antes del *Caso Rosendo Radilla* que condena al Estado mexicano y donde ratifica la doctrina del control de convencionalidad.

En este asunto se invoca el *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*. Se estimó procedente el amparo, utilizando la normatividad y jurisprudencia convencional. El tribunal consideró que está legalmente vinculado a observar el «control de convencionalidad» en sede interna, entendiendo como obligación aplicar en su ámbito competencial, además de las legislativas, medidas de cualquier otro orden para asegurar el respeto de los derechos y garantías, no sólo de la Constitución y de sus normas internas sino también de las convenciones internacionales de las que México sea parte y de las interpretaciones que de sus cláusulas llevan a cabo los organismos internacionales. Debe destacarse que este precedente se debe al abogado del caso que invocó la CADH y el control de convencionalidad⁷⁴.

El segundo precedente que tenemos conocimiento fue resuelto el 21 de enero de 2010, por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, donde se invoca la doctrina del control de convencionalidad derivada de la condena en contra del Estado mexicano en el *Caso Rosendo Radilla Pacheco*; de donde derivó la tesis aislada, cuyo rubro es: «Control de convencionalidad. Debe ser ejercido por los jueces del Estado mexicano en los asuntos sometidos a su consideración, a fin de verificar que la legislación interna no contravenga el objeto y finalidad de la convención americana sobre derechos humanos»⁷⁵.

De los anteriores precedentes que han ido delineando la jurisprudencia convencional sobre el control de convencionalidad entre los años 2006 y 2010 y de lo sostenido a lo largo del presente estudio, se pueden desprender las siguientes consideraciones:

1. *Principio de legalidad.* Los jueces y tribunales nacionales están sujetos al imperio de la ley, que les obliga a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Sin embargo, este principio ha sufrido un cambio fundamental en el Estado constitucional de Derecho, donde las leyes deben también estar sometidas a la Constitución. De ahí que la supremacía de la Constitución y el control de constitucionalidad de las leyes sean un paradigma para el constitucionalismo de nuestros días.

2. *Principio de convencionalidad.* El principio de legalidad coexiste con el de convencionalidad, desde que los Estados se han comprometido a respetar los derechos humanos previstos en los instrumentos internacionales que voluntariamente se han sometido. Por una parte, los Estados se comprometen a respetar los derechos y libertades que establece la CADH, y a garantizar su libre y pleno ejercicio sin ningún tipo de discriminación (art. 1); además de adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer valer esos derechos y libertades; por otra, reconocen la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo que implica aceptar que los tribunales nacionales han dejado de tener la última palabra en determinados supuestos, teniendo las decisiones de ese Tribunal Internacional el carácter de «definitivo».

⁷⁴ Los planteamientos fueron realizados por el doctor Gumersindo García Morelos, destacado abogado y académico mexicano, que reside en la ciudad de Morelia.

⁷⁵ Tesis aislada I.4.ºA.91 K, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXXI, marzo de 2010, p. 2927.

vas e inapelables» y los Estados parte se comprometen «a cumplir la decisión» (arts. 67 y 68.1 de la CADH).

3. *Supremacía Convencional.* La «supremacía constitucional» se está redimensionando, a partir del surgimiento del Derecho internacional de los derechos humanos en la segunda mitad del siglo pasado. Los Estados se comprometen a respetar los derechos humanos previstos en los instrumentos internacionales, creándose asimismo órganos de promoción, supervisión y control, donde los tribunales regionales en la protección de estos derechos tienen una especial incidencia en los órdenes jurídicos nacionales. Lo anterior se advierte en nuestra región, en la que la CADH adquiere una prevalencia superior respecto de cualquier norma interna (incluidas las constituciones), como se ha puesto en evidencia con la evolutiva jurisprudencia convencional, que hace suponer una «supremacía convencional».

4. *Fundamento: Buena fe y principio del efecto útil.* En la Opinión Consultiva 14/94, de 9 de diciembre de 1994, sobre la responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención, la Corte Interamericana interpretó los artículos 1 y 2 de la CADH, criterio que ha seguido en los años siguientes. Sostiene que la obligación de dictar las medidas que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos en la CADH comprende la de no dictarlas cuando ellas conduzcan a violarlos, fundamentando que descansa en un principio general del Derecho internacional, relativo a que las obligaciones deben ser cumplidas de «buena fe» y no puede invocarse para su incumplimiento el Derecho interno; lo cual ha sido recogido por tribunales internacionales, como la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia, y también ha sido codificado en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

Precisamente la Corte fundamenta el control de convencionalidad en la buena fe, por lo que establece que los jueces deben velar por el *effet utile* de los instrumentos internacionales para que no sea mermado o anulado por aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento convencional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos.

5. *Control de Convencionalidad.* Derivado de lo anterior, los jueces nacionales no sólo están obligados a realizar un control de constitucionalidad dentro de sus respectivas competencias y atribuciones, sino también un control de convencionalidad, en la medida en que de no hacerlo, se podría producir una responsabilidad internacional del Estado. Este control tiene las siguientes características básicas:

i) *El juez nacional como juez interamericano.* Los jueces de los Estados parte se convierten en «guardianes» de la convencionalidad de las leyes y demás actos nacionales, al permitirles realizar un ejercicio o test de compatibilidad entre éstos y la CADH.

ii) *Carácter difuso.* Se encomienda dicho control a *todos* los jueces nacionales, sin importar la materia, jerarquía o si son jueces ordinarios o constitucionales, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.

iii) *Ex officio*. Este control lo deben realizar los jueces nacionales con independencia de petición o solicitud de parte, en el caso que estén conociendo.

iv) *Bloque de convencionalidad*. Si bien la doctrina de la Corte Interamericana limita el ámbito de control a la CADH, lo cierto es que atendiendo al *corpus iuris* interamericano, debe extenderse a sus protocolos adicionales (y en ciertos casos a otros instrumentos internacionales), de conformidad al reconocimiento de cada Estado y de la propia jurisprudencia de la Corte Interamericana; asimismo, debe también extenderse a la jurisprudencia de dicho tribunal regional (que en estricto rigor no sólo se configura con los casos contenciosos, sino también con las opiniones consultivas y con criterios derivados de las medidas provisionales y de supervisión de cumplimiento de las sentencias, donde se interprete la normatividad convencional). De ahí que estemos ante un auténtico «bloque de convencionalidad», como parámetro de control ejercido por los jueces nacionales.

v) *Efectos*. Las normas y actos inconventionales carecen de efectos jurídicos desde un inicio, lo cual repercute evidentemente en los actos derivados de aquellos. Esta es una problemática difícil que tendrá que considerarse por los operadores jurídicos nacionales.

La doctrina del «control difuso de constitucionalidad» seguramente tendrá desarrollos y matizaciones importantes en los próximos años, donde los jueces nacionales tendrán un papel fundamental en su consolidación. Sólo a través de una interacción entre la jurisprudencia convencional y la de los tribunales internos, se seguirá avanzando en la creación de estándares en materia de derechos humanos. ¿Opera este tipo de control en cualquier sistema? ¿Qué sucede en los sistemas donde no existe control difuso? ¿En qué medida aplica para los tribunales, cortes y salas constitucionales? ¿Es obligatoria la jurisprudencia convencional en aquellos asuntos donde no interviene un Estado parte? ¿Se trata de una «supremacía» o de una «primacía convencional»?

Estas interrogantes están latentes. El «control difuso de convencionalidad» implica no sólo la aplicabilidad directa de la normativa convencional, sino también otorgar «efectos expansivos» a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, a manera de un Tribunal Constitucional Latinoamericano, lo cual no será fácil de aceptar por las jurisdicciones constitucionales⁷⁶. Esta nueva doctrina, cuyo éxito dependerá de su reconocimiento y eficaz práctica de los jueces nacionales, representa un nuevo paradigma para el Estado constitucional de Derecho en nuestra región, a manera de una evolución de aquél emblemático caso resuelto hace cuatrocientos años por el legendario E. COKE.

En todo caso, el *diálogo jurisprudencial* (regional y nacional) contribuirá a la permanente interacción para construir un Derecho público interamericano, recordando que los instrumentos, órganos y tribunales nacionales e internacionales en esta materia, tienen la misma y última finalidad: la protección efectiva del ser humano.

⁷⁶ Algunas jurisdicciones constitucionales han aceptado la jurisprudencia de la Corte Interamericana como parte del «bloque de constitucionalidad», como Argentina, Costa Rica, Colombia, Perú y República Dominicana, lo que abona hacia la aceptación del «bloque de convencionalidad».

XXVII. INTERPRETACIÓN CONFORME Y CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD

El nuevo paradigma para el juez mexicano*

*A la memoria del ministro José de Jesús Gudiño Pelayo,
en su primer aniversario luctuoso.*

1. EXORDIO

El «control difuso de convencionalidad» constituye un nuevo paradigma que deben de ejercer todos los jueces mexicanos. Consiste en el examen de compatibilidad que siempre debe realizarse entre los actos y normas nacionales, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), sus Protocolos adicionales, y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), único órgano jurisdicción del Sistema Interamericano de Protec-

* Publicado en M. CARBONELL y P. SALAZAR (coords.), *La reforma constitucional en materia de derechos humanos: ...un nuevo paradigma*, México, UNAM-IIIJ, 2011, pp. 339-429.

El presente texto parte del «voto razonado» que emití en calidad de juez *ad hoc* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010, Serie C, núm. 220. Ahora lo complemento con algunas reflexiones adicionales derivadas de las trascendentales implicaciones de la reforma constitucional en materia de derechos humanos publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011, así como de lo decidido por la Suprema Corte de Justicia en el expediente Varios 912/2010, sobre el cumplimiento de la sentencia de la Corte Interamericana en el *Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de noviembre de 2009, Serie C, núm. 209, cuya discusión pública tuvo lugar los días 4, 5, 7, 11, 12 y 14 de julio de 2011 (pendiente de engrose al momento de redactar el presente ensayo).

Agradezco a los doctores M. CARBONELL y P. SALAZAR la invitación para participar en esta importante obra colectiva; así como al doctor J. CARPIZO por la sugerencia de ampliar y convertir mi voto razonado en un artículo académico a la luz de la reforma constitucional aludida, lo cual ahora realizo a manera de una primera aproximación.

ción de los Derechos Humanos, que interpreta de manera «última» y «definitiva» el Pacto de San José.

Se trata de un estándar «mínimo» creado por dicho Tribunal internacional para que en todo caso sea aplicado el *corpus iuris* interamericano y su jurisprudencia en los Estados nacionales que han suscrito o se han adherido a la CADH y con mayor intensidad a los que han reconocido la competencia contenciosa de la Corte IDH; estándar que, como veremos más adelante, las propias constituciones o la jurisprudencia nacional pueden válidamente ampliar, para que también forme parte del «bloque de constitucionalidad/convencionalidad» otros tratados, declaraciones e instrumentos internacionales, así como informes, recomendaciones, observaciones generales y demás resoluciones de los organismos y tribunales internacionales.

En otras palabras, el «parámetro» del «control difuso de convencionalidad» (que como mínimo comprende la CADH, sus protocolos adicionales y la jurisprudencia de la Corte IDH), puede ser válidamente ampliado en sede nacional cuando se otorgue mayor efectividad al derecho humano en cuestión. Lo anterior, incluso, lo permite el artículo 29.b) de la CADH al establecer que ninguna disposición del Pacto de San José puede ser interpretado en el sentido de que «límite el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad *que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención* en que sea parte uno de dichos Estados»; la propia jurisprudencia de la Corte IDH así lo ha reconocido en la Opinión Consultiva 5/85 (relativa a la colegiación obligatoria de periodistas), precisamente al interpretar dicho dispositivo convencional: «Si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable» (párr. 52). En este sentido, la circunstancia de no aplicar el «estándar mínimo» creado por la Corte IDH por considerar aplicable otra disposición o criterio más favorable (sea de fuente nacional o internacional), implica, en el fondo, aplicar el estándar interamericano.

La «obligatoriedad» en nuestro país de este nuevo «control difuso de convencionalidad» se debe: i) a las cuatro sentencias condenatorias al Estado mexicano (2009-2010) donde expresamente refieren a este «deber» por parte de los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, en todos los niveles, para ejercerlo¹; ii) a lo dispuesto en los artículos 1.º (obligación de respetar los derechos), 2.º (deber de adoptar disposiciones de Derecho interno) y 29 (normas de interpretación más favorables) de la CADH, vigente en nuestro país desde el 24 de marzo de 1981²; iii) a lo dispuesto en los artículos 26 (*Pacta sunt servanda*)

¹ *Caso Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de noviembre de 2009, Serie C, núm. 209, párrafo 339; *Caso Fernández Ortega y Otros vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de agosto de 2010, Serie C, núm. 215, párrafo 234; *Caso Rosendo Cantú y Otra vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2010, Serie C, núm. 216, párrafo 219; y *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010, párrafo 225. En este último asunto se precisa que dicha obligación recae no sólo en los «jueces», sino en general en todos los «órganos vinculados a la administración de justicia» de «todos los niveles» (sean locales o federales).

² *Vid. infra*, apartado «VI.4: Fundamento jurídico del “control difuso de convencionalidad”: el Pacto de San José y la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados».

y 27 (no invocación del Derecho interno como incumplimiento del tratado) del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), vigente en nuestro país desde el 27 de enero de 1980; iv) a la reforma constitucional en materia de derechos humanos, vigente desde el 11 de junio de 2011, particularmente a los nuevos contenidos normativos previsto en el artículo 1.º constitucional³, y v) a la aceptación «expresa» de este tipo de «control» por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como parte importante del cumplimiento de la sentencia de la Corte IDH en el *Caso Radilla Pacheco*, al conocer del expediente Varios 912/2010, resuelto el 14 de julio de 2011; lo cual implicó, entre otras cuestiones, aceptar también el «control difuso de constitucionalidad», al realizar una nueva interpretación del artículo 133 constitucional a la luz del vigente artículo 1.º del mismo texto fundamental⁴.

La Suprema Corte de Justicia utiliza como uno de sus argumentos torales el contenido normativo del reformado artículo 1.º constitucional, cuestión que estimamos fue determinante si consideramos la primera ocasión en la que discutieron los ministros dicho asunto en septiembre de 2010⁵ y la manera en que resolvieron el amparo en revisión 989/2009 (fuero militar)⁶, en agosto de 2009

³ Para los efectos que aquí interesan, resultan especialmente relevantes los tres primeros párrafos:

«Artículo 1. 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 los casos y bajos las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a 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» (cursiva añadida).

⁴ *Vid. infra* «VIII. La recepción del “control difuso de convencionalidad” en México», especialmente el apartado «2. El cumplimiento (parcial) de la sentencia del *Caso Radilla* y su discusión en la Suprema Corte».

⁵ *Cfr.* la consulta a trámite presentada por el entonces ministro presidente, Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, en el expediente Varios 489/2010. El interesante proyecto fue elaborado por el ministro José Ramón Cossío y fue «rechazado» por «exceder» los términos de la consulta planteada (lo que originó el expediente Varios 912/2010). El debate se realizó los días 31 de agosto, 2, 6 y 7 de septiembre de 2010. Un análisis de este debate y de lo resuelto ante la Corte IDH, así como del impacto en el orden jurídico mexicano de dicha sentencia, pueden verse en E. FERRER MAC-GREGOR y F. SILVA GARCÍA, *Jurisdicción militar y derechos humanos. El Caso Radilla ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, prólogo de D. GARCÍA SAYÁN, México, Porrúa-UNAM, 2011.

⁶ Promovido por Reynalda Morales Rodríguez, en el cual se impugnaba la inconstitucionalidad del artículo 57, fracción II, inciso a) del Código de Justicia Militar, por extender la jurisdicción militar a delitos que no tienen estricta conexión con la disciplina militar o con bienes jurídicos propios del ámbito castrense. Este caso fue resuelto, por mayoría de seis votos contra cinco, en el sentido de que la víctima del proceso penal carece de «interés jurídico» para promover juicio de amparo de conformidad con la Ley de Amparo. Así, la Suprema Corte de Justicia dejó pasar una oportunidad para pronunciarse sobre el fuero militar, previo a la condena del *Caso Radilla Pacheco*, y resulta lamentable que sea la Corte IDH la que tuviera que establecer la inconvencionalidad de dicho precepto, cuando pudo haberlo realizado la Suprema Corte a la luz del artículo 13 constitucional y de los estándares internacionales en la materia. Sobre la evolución jurisprudencial de la Corte IDH en la temática de jurisdicción militar, *vid.* el «prólogo» de D. GARCÍA SAYÁN, actual presidente de dicho Tribunal internacional, a nuestro libro *Jurisdicción militar y derechos humanos*, *ibid.*, pp. XIX-XXXIV.

(además de haber influido, seguramente, los otros tres casos posteriores de condena al Estado mexicano por parte de la Corte IDH sobre el mismo tópico)⁷.

De ahí la importancia de realizar una primera aproximación a este nuevo «control» que deben emprender todos los jueces y órganos de administración de justicia mexicanos, a la luz de la reciente reforma constitucional.

El objetivo que pretendemos en este modesto trabajo es doble. Por una parte, establecer los vínculos estrechos entre la técnica de la «interpretación conforme» y el «control difuso de convencionalidad», en términos generales y sin referencia a un país determinado, toda vez que la Corte IDH no lo ha realizado de manera expresa; de ahí que pensemos, como lo sostuvimos en su momento en nuestro «voto razonado» en el *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, de 26 de noviembre de 2010, que existen diversos grados de «intensidad» y «realización» del «control difuso de convencionalidad», según las competencias de cada juez y del particular sistema de control constitucionalidad previsto en cada Estado. Sobre esto último, conviene precisar, desde ahora, que el «control difuso de convencionalidad» que adopta la Corte IDH en su jurisprudencia a partir del año 2006 (con precisiones y desarrollos posteriores), no implica, necesariamente, que los países que han aceptado su jurisdicción deban «adaptar» sus sistemas de control constitucional a uno de tipo «difuso», sino que apliquen ese tipo de control de convencionalidad a cualquiera de los sistemas existentes (concentrado, difuso o mixto).

En realidad, lo que implica dicho «control» es la obligación de todos los jueces nacionales (como parte del Estado) de ejercerlo, de oficio, dentro del ámbito de sus respectivas competencias y regulaciones procesales. La Corte IDH no puede (ni lo ha pretendido), convertirse en un órgano que «defina» o «imponga» los sistemas de control constitucional que cada país adopta, como resultado de su propia cultura, realidad y contexto histórico.

Lo que pretendemos en este trabajo, en consecuencia, es tratar de aproximarnos hacia una «teoría general» sobre la aplicabilidad por parte de los jueces nacionales del «control difuso de convencionalidad» (que preferimos denominarlo así para diferenciarlo del «control de convencionalidad» que realiza la Corte IDH en sede internacional).

Este análisis es válido si comprendemos que dicho «control» es aplicable a cualquier tipo de sistema de control constitucional existente en América Latina, sin que se dirija exclusivamente a los «jueces constitucionales». Lo anterior debido, como lo trataremos de evidenciar, a que el «control difuso de constitucionalidad» no consiste simplemente en dejar de aplicar la norma nacional por ser contraria al «parámetro» de convencionalidad, sino que implica, en primer término, tratar de «armonizar» la norma nacional con la convencional; lo cual significa realizar una «interpretación conforme» de la norma nacional con la CADH, sus protocolos y la jurisprudencial convencional (como estándar míni-

⁷ Es decir, los *Casos Fernández Ortega y Otros vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de agosto de 2010, Serie C, núm. 215; *Rosendo Cantú y Otra vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2010, Serie C, núm. 216; y *Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010.

mo), para desechar aquellas «interpretaciones» contrarias o incompatibles al parámetro convencional; por lo que, en realidad, se realiza un «control» de la interpretación que no cubra dicho parámetro. Y este ejercicio de compatibilidad lo puede realizar cualquier juez dentro de sus respectivas competencias, quedando reservada la «inaplicación» o «declaración de invalidez» de la norma inconventional, exclusivamente a los jueces que dentro del sistema nacional tengan competencia para ello.

En el caso mexicano, la intensidad del «control difuso de convencionalidad» aumentó, al haber aceptado recientemente la Suprema Corte de Justicia de la Nación el «control difuso de constitucionalidad» (por la «nueva» interpretación que se hace del art. 133, en relación con el vigente art. 1.º constitucional); apartándose de su tradicional jurisprudencia que venía reiterando desde la década de los años cuarenta del siglo pasado⁸; es decir, ahora tienen los jueces locales dentro de su competencia la posibilidad de «inaplicar» la norma inconstitucional/inconventional al caso particular; lo que les permite ejercer, de oficio, el «control difuso de convencionalidad» con una intensidad fuerte.

Lo anterior requerirá de reformas legislativas que permitan realizar con «efectividad» este control, a la luz de lo resuelto por la Suprema Corte y de los nuevos paradigmas del artículo 1.º constitucional, en relación, fundamentalmente, con los artículos 99, 103, 105, 107 y 133 constitucionales (sin que sea obstáculo la falta de reglamentación para que desde ahora puedan válidamente realizar dicho control); teniendo también presente la «articulación» que necesariamente debe existir con el «Derecho procesal constitucional local», es decir, con los subsistemas previstos en las entidades federativas que prevén garantías y jurisdicciones para la protección de los derechos humanos⁹. Esto implicará, también, una intensa capacitación y actualización de los jueces sobre los contenidos del Derecho internacional de los derechos humanos y, particularmente, de la jurisprudencia de la Corte IDH, así como del funcionamiento de la nueva técnica interpretativa de las normas relativas a los derechos humanos prevista en la cláusula de interpretación conforme (constitucional y convencional); criterio hermenéutico, por cierto, «no disponible» por el intérprete; es decir, no es «optativo» para el juez, sino que constituye un mandato constitucional obligatorio cuando se trate de interpretar normas de derechos humanos.

En segundo lugar, nuestro análisis pretende dejar abierto un camino por recorrer en los próximos años por nuestros jueces al interpretar los derechos humanos. Pretendemos visualizar cómo el nuevo canon interpretativo para las normas de derechos humanos previsto en el párrafo 2.º del artículo 1.º constitucional, se convertirá en la principal herramienta para lograr la apertura del Derecho nacional al Derecho internacional de los derechos humanos; en una «llave de acceso» a un territorio novedoso y de amplio espectro (más allá de lo regional), incluso al Derecho internacional en general, toda vez que el párrafo 1.º de ese mismo precepto otorga rango constitucional a los derechos huma-

⁸ Cfr. *las discusiones* del Tribunal Pleno al pronunciarse en el expediente Varios 912/2010 (pendiente de engrose), especialmente los días 11 y 12 de julio de 2011.

⁹ Cfr. M. GONZÁLEZ OROPEZA y E. FERRER MAC-GREGOR (coords.), *La justicia constitucional en las entidades federativas*, México, Porrúa, 2006.

nos previstos en cualquier tratado internacional, sea cual sea su denominación y especificidad (bloque constitucional).

Esta apertura, evidentemente, amplía el parámetro para ejercer el «control difuso de convencionalidad»; es decir, se extiende más allá del *corpus iuris* interamericano y de su jurisprudencia, para comprender ahora a todos los derechos humanos previstos en los tratados internacionales (en general) y los criterios interpretativos que emitan los órganos que conforme al mismo tratado se encuentren legitimados para interpretarlos, especialmente los tribunales internacionales (como pueden ser los emitidos por el Tribunal Internacional de Justicia, la Corte Penal Internacional o el Tribunal Internacional del Mar), dado que, eventualmente, pueden producir criterios en materia de derechos humanos¹⁰. Así, mientras el primer párrafo establece un «bloque constitucional» (normas que integran el texto constitucional), el segundo párrafo refiere a una «pauta» o «criterio hermenéutico» de las normas de derechos humanos (con independencia de su rango o jerarquía), que será el instrumento fundamental que utilicen los jueces en esa materia.

Ante esta dimensión que afrontarán los jueces y el peligro de la «fragmentación» que pudiera existir del Derecho internacional, los principios de «armonización» y «pro persona» (contenidos en la cláusula de interpretación conforme del segundo párrafo del art. 1.º constitucional), se convierten, además de una guía o pauta interpretativa, en la «clave» para lograr la máxima efectividad de los derechos humanos.

2. LA INTERNACIONALIZACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

Los decálogos de los derechos y sus garantías previstas en las Constituciones nacionales resultaron insuficientes. La necesidad de que los Estados nacionales se unieran para emitir documentos internacionales donde reconocieran derechos humanos a manera de un estándar internacional y se establecieran órganos de supervisión y control, se hizo patente después del sufrimiento de la humanidad al terminar la segunda guerra mundial¹¹.

Ante este estado de cosas, comienza un proceso de *internacionalización del Derecho constitucional (de los derechos humanos)*. El Derecho internacional, que

¹⁰ Como sucedió con el famoso *Caso Avena y Otros* ante la Corte Internacional de Justicia. Sobre este emblemático caso, *vid.* R. MÉNDEZ-SILVA, «El *Caso Avena y Otros*. El derecho a la información consular de los detenidos en el extranjero, con particular referencia a los sentenciados a muerte. La controversia México-Estados Unidos en la Corte Internacional de Justicia», en E. FERRER MAC-GREGOR y A. ZALDÍVAR LELO DE LARREA (coords.), *La ciencia del Derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho*, México, UNAM-Marcial Pons-IMDPC, 2008, t. I: «Derechos humanos y tribunales internacionales», pp. 969-1013.

¹¹ En general, sobre el desarrollo progresivo del Derecho internacional a partir de 1945 y especialmente del Derecho internacional de los derechos humanos, *vid.* C. SEPÚLVEDA, *El derecho de gentes y la organización internacional en los umbrales del siglo XXI*, México, FCE-UNAM, 1995; C. AYALA CORAO, «La mundialización de los derechos humanos», en P. HÄBERLE y D. GARCÍA BELAUNDE (coords.), *El control del poder. Homenaje a Diego Valadés*, México, UNAM, 2011, t. I, pp. 59-85; C. FERNÁNDEZ DE CASAVEANTE ROMANI (coord.), *Derecho internacional de los derechos humanos*, 3.ª ed., Madrid, Dillex, 2007; V. BOU FRANCH y M. CASTILLO DAUDÍ, *Curso de Derecho internacional de los derechos humanos*, 2.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

se encontraba fundamentado en las relaciones de los estados y no en la protección de los individuos, inicia una transformación importante. Surge así el Derecho internacional de los derechos humanos, donde la interacción entre los Derechos internacional, constitucional y procesal resulta evidente, lo que también provoca nuevos entendimientos con el tradicional concepto de «soberanía» y de los Estados nacionales.

La existencia de una pluralidad de órdenes jurídicos en un sistema mundial de niveles múltiples, caracterizado por interrelaciones y jerarquías complejas, ha dado lugar al *transconstitucionalismo* (en sus distintas formas)¹², que implica en realidad un *pluralismo constitucional*¹³, generando lo que algún autor ha denominado como *Constitución red*¹⁴. En este proceso de integración y para los efectos que nos interesan, nos centraremos en tres dimensiones, que reflejan la tendencia de este constitucionalismo universal¹⁵.

A) Sistema Universal

La Carta de Naciones Unidas (1945), firmada por 51 países (actualmente son 192 los Estados miembros), representa el inicio de este movimiento, después de la fallida Sociedad de Naciones¹⁶. En su «preámbulo» se refiere a la necesidad de «reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de naciones grandes y pequeñas». Los derechos y libertades deben además tener «efectividad» como lo expresa el artículo 56, inciso c) de dicho instrumento fundacional.

La Comisión de Derechos Humanos (creada en 1946 y convertida en Consejo en 2006) se encargó de la redacción de lo que se convertiría en la Declaración Universal de Derechos Humanos aprobada en París por la Asamblea General Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. Esta declaración compuesta de tan sólo 30 artículos, constituye el primer paso de la internacionalización del Derecho constitucional, en cuanto establece un catálogo de derechos humanos para la humanidad. Si bien la declaración, en principio, carece de fuerza jurídica, debido a su aceptación generalizada como instrumento de humanización, progresivamente se le ha otorgado carácter vinculante, sea por los tribunales internacionales o regionales, incluso por los propios ordenamientos y tribunales internos. De esta manera, la Declaración Universal se convirtió en el eje o piedra angular del Derecho internacional de los derechos humanos.

A partir de entonces se han venido aprobando numerosos e importantes documentos y tratados internacionales en esa materia, algunos de ellos, por su

¹² Vid. el interesante libro de M. NEVES, *Transconstitucionalismo*, São Paulo, WFM Martins Fontes, 2009.

¹³ Cfr. R. BUSTOS GISBERT, *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial*, México, Porrúa-IMDPC, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, núm. 52, 2011 (en prensa).

¹⁴ Cfr. R. BUSTOS GISBERT, *La Constitución red: un estudio sobre supraestatalidad y Constitución*, Oñate, OVAP, 2005; de este mismo autor,

¹⁵ Cfr. C. M. DE DIENHEIM BARRIGUETE, *Constitucionalismo universal: la internacionalización y estandarización de los derechos humanos*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2009.

¹⁶ El antecedente de la ONU es la fallida Sociedad de Naciones, que naciera por el Tratado de Versalles en 1919 después de la primera guerra mundial y formalmente desaparece en 1946.

importancia y a manera de textos básicos, se le han denominado en su conjunto como la Carta Internacional de los Derechos Humanos¹⁷. Debe también destacarse que al lado de esta regulación convencional de Derechos, se han creado Comités para supervisar el cumplimiento de las obligaciones de los Estados signatarios¹⁸, así como el establecimiento de órganos jurisdiccionales¹⁹.

B) Sistemas regionales de protección de derechos humanos

Paralelamente al sistema universal, se han creado hasta el momento tres sistemas regionales en la protección de derechos humanos: el europeo, el interamericano y el africano²⁰.

a) *Sistema Europeo*. Es el más antiguo de los tres sistemas. Surge con la aprobación por el Consejo de Europa²¹, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950 y vigente en 1953)²². Hasta la entrada en vigor del Protocolo núm. 11 (1998) de dicho Convenio, existían tres órganos de control: la Comisión, el Tribunal y el Comité de ministros (representantes permanentes de los Estados), con sedes en Estrasburgo, Francia. A partir de esa fecha existe acceso directo al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al desaparecer la Comisión²³, lo que propició un

¹⁷ Así se le conoce al conjunto de instrumentos internacionales básicos para la protección de los derechos humanos, que se compone por la propia Declaración Universal (1948), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ambos aprobados en 1966 y entrando en vigor una década después). Asimismo, también se contemplan, en estos instrumentos básicos, el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), donde se establece la posibilidad de comunicaciones individuales ante el Comité de Derechos Humanos, y el Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a abolir la pena de muerte (1989).

¹⁸ Comités de Derechos Humanos; de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; para la eliminación de la discriminación racial; de los derechos del Niño; contra la Tortura; para la eliminación de la discriminación contra la mujer; y de los Derechos de los Trabajadores Migratorios.

¹⁹ La Corte Internacional de Justicia es el órgano judicial principal de Naciones Unidas, previsto desde el texto original de la Carta constitutiva de 1945. Posteriormente se han creado otros tribunales especializados como el Tribunal del Mar (1982). En materia penal destacan los tribunales *ad hoc*: Nüremberg, Tokio, Ruanda, Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, entre otros. Además, se ha creado la Corte Penal Internacional, cuyo estatuto se firmó en 1998 y entró en vigor en 2002, lo que ha significado un significado avance al constituir un sistema permanente penal internacional.

²⁰ Aunque se ve distante, sería deseable que en el futuro se incrementen los sistemas regionales, que pudieran impulsar las organizaciones de Estados, como la Liga de Estados Árabes o la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático.

²¹ El Estatuto del Consejo de Europa o Tratado de Londres (1949) fue firmado por 10 Estados (actualmente son 47 Estados europeos y cinco observadores: Estados Unidos, Canadá, Japón y México, además de la Santa Sede).

²² También se aprobó en 1961 la Carta Social Europea, si bien no son objeto de control jurisdiccional y sólo cuentan con el control de los informes que deben rendir los Estados, sujetas a revisión por el Comité de ministros del Consejo de Europa que puede emitir recomendaciones; lo que ha propiciado un desequilibrio en la protección de estos derechos económicos y sociales, con respecto a los civiles y políticos previsto en la Convención de Roma, que tienen la vía abierta ante el Tribunal de Estrasburgo. Sobre este instrumento internacional, *vid.* L. J. QUESADA, «La Carta Social Europea y la Unión Europea», en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 13, primer semestre de 2009, pp. 389-407.

²³ En realidad la Comisión continuó sus funciones un año después, hasta el 31 de octubre de 1999, para desahogar los casos que había declarado admisibles con anterioridad a la entrada en vigor de dicho Protocolo.

aumento impresionante en el número de asuntos. Sólo en el 2009 dicho Tribunal recibió 57.100 casos, lo que representa una cifra mayor a todos los asuntos que resolvió en sus primeros cuarenta años de funcionamiento, que fue de 45.000 asuntos (1959-2008). Así, el rezago ascendió a 119.300 casos pendientes al 1 de enero de 2010, de los cuales más del 50 por 100 se refieren a demandas contra cuatro Estados: Rusia, Turquía, Ucrania y Rumania²⁴.

En 2010 se recibieron 61.300 asuntos, lo que representó un aumento del 7 por 100 con respecto al año 2009²⁵. De esta forma, el número total de asuntos pendientes de resolver se elevó en 2010 en un 17 por 100, esto es, de 119.300 del año 2009, a 139.650 para el año 2010²⁶. Las cifras continúan en aumento en el presente 2011 en un 21 por 100 con respecto al año anterior²⁷.

El Tribunal de Estrasburgo se integra por 47 jueces (uno por cada Estado integrante del Consejo de Europa), nombrados por un único periodo de nueve años (a partir del Protocolo 14). En general tiene competencias *consultivas*, para la interpretación y aplicación de la Convención; y *contenciosas*, para conocer de *a) demandas interestatales* (a diferencia del sistema interamericano se han presentado casos) entre Estados miembros por incumplimiento del Convenio, o *b) demandas individuales*, donde cualquier persona o grupo puede plantear la demanda. En la actualidad son 800 millones de personas pertenecientes a los 47 Estados miembros los que pueden tener acceso a esta jurisdicción internacional²⁸.

El 1 de junio de 2010 entró en vigor el Protocolo núm. 14 del Convenio, debido a la ratificación de Rusia, que era el único de los 47 Estados que faltaba por ratificarlo y que durante varios años se rehusó. Este ansiado instrumento supone reformas sustanciales en la tramitación y efectividad del Tribunal²⁹, así como una importante vinculación con la Unión Europea debido al Tratado de

²⁴ Más del 90 por 100 de las demandas no son admitidas, por lo que en realidad se han dictado cerca de 12.000 sentencias durante más de medio siglo de historia. *Cfr. 50 years of activity: European Court of Human Rights. Some facts and Figures*, Estrasburgo, Consejo de Europa, 2010.

²⁵ Informe anual de la Corte Europea de Derechos Humanos, correspondiente al año 2010.

²⁶ *Id.*

²⁷ *Vid.* el informe estadístico en la página de la Corte Europea de Derechos Humanos, correspondiente a julio de 2011 (<http://www.echr.coe.int>).

²⁸ En general, sobre el funcionamiento y futuro de la Corte Europea, *vid.* las interesantes reflexiones de H. FIX-ZAMUDIO, «La Corte Europea de Derechos Humanos y el derecho de amparo internacional», en la obra colectiva, *El derecho de amparo en el mundo*, México, Porrúa-Fundación Konrad Adenauer, 2006, pp. 1105-1155.

²⁹ Las reformas más significativas del Protocolo 14 son: *a)* nombramiento de los jueces por un único periodo de nueve años (en lugar de seis años con posibilidad de reelección); *b)* competencia de jueces individuales o únicos para poder desechar demandas (antes un comité de tres jueces o una Sala de siete jueces lo hacía), sin que exista recurso alguno; en caso de duda, este juez remitirá el asunto a un comité de jueces o a la Sala; y no podrá el juez individual conocer de un asunto en contra del Estado que lo propuso; *c)* criterios de admisibilidad más rigurosos, que implican la gravedad de la violación novedad y no asuntos reiterativos; *d)* competencia de los Comités de tres jueces para resolver determinados asuntos (antes era competencia de las Salas); *e)* las decisiones de admisibilidad y de fondo respecto de demandas individuales se harán de manera conjunta, como de hecho se venía realizando, pudiendo en determinados casos separarlas; *f)* la creación de un recurso por incumplimiento de las sentencias, cuya competencia es del Comité de ministros (conformado por representantes permanentes de los Estados), y *g)* la posibilidad de que la Unión Europea sea parte del Convenio, de conformidad con el Tratado de Lisboa. Un análisis crítico a este Protocolo puede verse en J. A. PASTOR RIDRUEGO, «El Protocolo núm. 14 a la Convención Europea de Derechos Humanos:

Lisboa que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009³⁰. Las reformas propuestas, sin embargo, parecen insuficientes. Representantes de los 47 Estados integrantes del Consejo de Europa se reunieron el 18 y 19 de febrero de 2010 en Suiza, para reflexionar sobre el futuro del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, lo que dio lugar a la «Declaración de Interlaken», estableciendo un plan de acción a medio y largo plazo, que será evaluado en 2011, 2012, 2015 y 2019³¹.

b) *Sistema Interamericano*. En 1948 se aprueba la Carta de la Organización de los Estados Americanos por 21 países (actualmente son 35 miembros)³², en el seno de la IX Conferencia Interamericana celebrada en Bogotá. En esa misma reunión se aprobó la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, primer documento internacional con una proclamación general de derechos, ya que se anticipó varios meses a la Declaración Universal.

La Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH) fue suscrita en San José, Costa Rica, en 1969, entrando en vigor en 1978; instrumento que debe complementarse con sus protocolos adicionales³³. El sistema se integra por la Comisión Interamericana, cuya sede se encuentra en Washington, D. C., si bien la Comisión se estableció en 1959, inició funciones al año siguiente; y la Corte Interamericana, radicada en San José, Costa Rica, comenzando sus actividades en 1979. Hasta la fecha, de los 35 países que integran la OEA, 24 han ratificado la CADH (con la denuncia de Trinidad y Tobago, una infructuosa separación del Perú, y una recomendación de denuncia por la Sala Constitucional de Venezuela)³⁴; mientras 21 países han aceptado la competencia contenciosa de

¿Estamos ante la reforma que necesita el Tribunal?», en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 56, núm. 1, 2004, pp. 141-150.

³⁰ Sobre los contenidos y repercusiones del Tratado de Lisboa, *vid.* N. GONZÁLEZ MARTÍN, «La Unión Europea como una fotografía en continuo movimiento. El Tratado de Lisboa», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM, núm. 124, enero-abril de 2009, pp. 343-354.

³¹ *Vid.* la Declaración: *High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights. Interlaken Declaration* (19 de febrero de 2010).

³² Cuba se reincorpora a la OEA en 2009, al dejarse sin efectos una resolución de 1963 en la que se excluyó al gobierno de dicho país en el sistema interamericano. Asimismo, debe considerarse que Honduras fue suspendido del derecho de participación en 2009, derivado del golpe de Estado, si bien se ha reincorporado en junio de 2011.

³³ Protocolo Adicional en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador, 1998), y Protocolo Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte (Asunción, Paraguay, 1990). Asimismo, deben tenerse presente otros instrumentos internacionales, entre los más importantes destacan: Convención Americana para Prevenir y Sancionar la Tortura (Cartagena de Indias, Colombia, 1985); Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (Belém do Pará, Brasil, 1994); Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Belém do Pará, Brasil, 1994); Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (Guatemala, 1999); Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión (Comisión Interamericana, 2000); Carta Democrática Interamericana (Asamblea General de la OEA, 2001); Convención Interamericana sobre la Corrupción (Caracas, Venezuela, 1996), entre otros.

³⁴ Sólo Trinidad y Tobago se ha separado por la denuncia a la Convención en 1998, que entró en vigor en 1999. El Perú, en la época de Fujimori, pretendió infructuosamente separarse del sistema; y Venezuela recientemente, en la sentencia núm. 1939 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela declaró «inejecutable» la sentencia de la Corte Interamericana en el *Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela*, que versaba sobre la destitución arbitraria de tres jueces de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, por lo que solicitó al presidente de la República que denunciara la Convención Americana, lo cual no ha sucedido. Sobre esta delicada sentencia, *vid.* el libro de C. AYALA CORAO, *La «inejecución» de las sentencias internacionales en la jurisprudencia cons-*

la Corte Interamericana, lo que representa que más de 500 millones de personas están bajo su jurisdicción. Esta dimensión supranacional configura una especie de «amparo internacional»³⁵.

Ambos órganos se integran por siete miembros, con duración de cuatro años para los comisionados y seis para los jueces, con posibilidad de reelección por una ocasión. A partir de la opinión consultiva 20/09 solicitada por la República Argentina, resuelta en septiembre de 2009, la Corte interpretó los artículos 44 y 45 del Pacto de San José, limitando la figura de juez *ad hoc* para que integre la Corte cuando en la misma no hubiere un juez de su nacionalidad, sólo en los casos contenciosos originados en comunicaciones interestatales (hasta la fecha no se han presentado), excluyendo esa posibilidad en casos originados en peticiones individuales, como se venía realizando; señalando además que el juez nacional del Estado demandado no podrá participar en los casos contenciosos originados en peticiones individuales; lo anterior se ha incorporado en las reformas al Reglamento de la Corte Interamericana, en vigor desde el 1 de enero de 2010³⁶.

Estas reformas resultan trascendentales, en la medida en que se otorgan más facultades a las presuntas víctimas y sus representantes, como la posibilidad de presentar directamente la demanda, que antes realizaba la Comisión³⁷, lo que pudiera representar el camino para que en el futuro se aceptara el acceso directo del individuo como sucedió en Europa³⁸, lo cual ha significado para el sistema europeo un rezago considerable como lo demuestran las estadísticas que hemos señalado.

Debe destacarse que el 1 de junio de 2010 entró en vigor el Reglamento de la Corte IDH sobre el Funcionamiento del Fondo sobre Asistencia Legal de Víctimas, que tiene como objetivo el apoyo a las personas que carecen de recursos económicos; así como el Acuerdo de Entendimiento con la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas, que brinda asistencia legal gratuita a las presun-

titudinal de Venezuela (1999-2009), Caracas, Fundación Manuel García-Pelayo, 2009; en general, sobre la actuación de la Sala Constitucional de ese país, *vid.* A. R. BREWER CARÍAS, *Crónica sobre la «in» justicia constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2007.

³⁵ *Cfr.* H. FIX-ZAMUDIO y E. FERRER MAC-GREGOR, *Derecho de amparo*, México, Porrúa-UNAM, 2011, particularmente, el capítulo XIX: «Amparo Internacional», pp. 267-286.

³⁶ El primer Reglamento data de 1980; el segundo de 1991; el tercero de 1996; el cuarto de 2000, con reformas en 2003 y 2009 (vigente a partir del 1 de enero de 2010). En realidad, esta última reforma constituye un nuevo Reglamento, por la cantidad y trascendencia de sus reformas.

³⁷ Con la reforma, el procedimiento ante la Corte se inicia con la presentación del informe al que se refiere el artículo 50 de la Convención (informe de fondo) y no con la presentación de la demanda por la Comisión, dejando a las víctimas o a sus representantes dentro de los dos meses siguientes la posibilidad de presentar dicha demanda de manera autónoma ante la Corte (escrito de solicitudes, argumentos y pruebas). La Comisión no puede ahora ofrecer testigos y declaraciones de las víctimas y sólo en algunos casos podrá ofrecer peritos; se crea la figura del Defensor Interamericano en aquellos casos en que las víctimas no cuenten con representación legal (antes lo representaba la Comisión); se incorpora lo resuelto en la opinión consultiva 20/09, relativa a que los jueces no pueden participar de las demandas individuales cuando el Estado demandado sea el de su nacionalidad y la figura del juez *ad hoc* se restringe exclusivamente para comunicaciones interestatales; se autoriza el uso de nuevas tecnologías, por ejemplo, notificaciones por medios electrónicos, declaraciones vía audiovisual, etc.; rectificación de las sentencias, de oficio o a petición de parte, por errores notorios, entre otros aspectos relevantes que fueron motivo de esta reforma al Reglamento.

³⁸ Sobre esta eventual reforma, *vid.* la obra de A. A. CAÑADO TRINDADE y M. E. VENTURA ROBLES, *El futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2.ª ed., San José, CIDH-UNHCR, 2004.

tas víctimas que carecen de recursos económicos o de representación legal ante dicho Tribunal internacional.

La Corte tiene básicamente dos atribuciones: la *consultiva*, con 20 solicitudes atendidas hasta la fecha; y la *contenciosa*, con 151 demandas recibidas hasta diciembre de 2010, originados de peticiones individuales (cerca de 100 fueron resueltos entre 2003 a 2010). Asimismo, su labor se complementa con resoluciones que dicta tratándose de *medidas provisionales* (88 resoluciones, hasta finales de 2010) y de *supervisión de cumplimiento de sentencias* (hasta diciembre de 2010, 111 casos se encuentran en este estado)³⁹.

De acuerdo con el último informe del presidente de la Corte IDH correspondiente al año 2010, el promedio de duración del procedimiento de un caso contencioso es de 17,4 meses (considerando los años 2006 a 2010); promedio que se considera desde la fecha del sometimiento del caso ante la Corte IDH, hasta el dictado de la sentencia de reparaciones. Por último, debe destacarse que el número de asuntos ha aumentado en un 500 por 100 en la última década⁴⁰.

c) *Sistema Africano*. Es el más reciente de los sistemas regionales y todavía está en fase de formación. La Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, también conocida como Carta de Banjul (1981 y vigente en 1986), fue aprobada en Nairobi, Kenya, en la XVIII Conferencia de Jefes de Estado y de Gobierno de la Organización para la Unidad Africana, denominada desde 2002 como Unión Africana. Una de las principales características de esta Carta es que se regulan los derechos económicos, sociales y culturales, de manera conjunta con los derechos civiles y políticos, lo que no sucede en los otros sistemas regionales, además destacan los derechos colectivos y del desarrollo de los pueblos.

La Carta prevé una Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, que se integra por once personalidades africanas de prestigio. Fue constituida en 1987, teniendo su sede en Banjul, Gambia. Asimismo, existe una Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, creada a través de un protocolo posterior a la Carta en Uagadugú, Burkina Faso, en 1998 (entrando en vigor en 2004), si bien la propuesta de su existencia fue realizada en 1961, en una reunión de juristas africanos en Lagos, Nigeria.

La Corte se integra por once juristas. En 2006 fueron electos los primeros jueces, con renovación y nuevos integrantes en 2008. Inició sus funciones de manera provisional en Addis Abeba, Etiopía, en noviembre de 2006; y luego en Arusha, Tanzania, a partir de agosto de 2007. Hasta la fecha sólo 25 países han aceptado su jurisdicción⁴¹, de los 53 que integran la Unión Africana y que también ratificaron la Carta de Banjul. Tiene competencias *consultivas* y *contenciosas*, y el primer fallo de la Corte fue emitido el 15 de diciembre de 2009, en el *Caso Michelot Yogogombaye vs. República de Senegal*⁴². En junio del pre-

³⁹ Cfr. Informe Anual 2010, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

⁴⁰ Cfr. discurso pronunciado por el presidente de la Corte IDH, Dr. Diego García Sayán, ante la XLI Asamblea General de la OEA (San Salvador, El Salvador, 7 de junio de 2011).

⁴¹ Algeria, Burkina Faso, Burundi, Côte d'Ivoire, Comoros, Gabon, Gambia, Ghana, Kenya, Libya, Lesotho, Mali, Malawi, Mozambique, Mauritania, Mauritius, Nigeria, Niger, Rwanda, Sudáfrica, Senegal, Tanzania, Togo, Tunisia y Uganda.

⁴² Cfr. las páginas <http://www.africancourtcoalition.org>, <http://www.achpr.org> y www.african-court.org; así como los trabajos de J. C. ODIMBA, «Protección de los derechos fundamentales en África».

sente año de 2011 se resolvieron otros dos casos, *Daniel Amare and Mulugeta Amare v. República de Mozambique & Mozambique Airlines*, y *Soufiane Ababou vs. República de Argelia*; y el 25 de marzo de 2011 se dictó una medida provisional contra Libia.

C) Derecho comunitario

Además de los tres sistemas regionales brevemente señalados, debe advertirse que también en ciertos sistemas de integración comunitaria se advierte la internacionalización de instituciones de Derecho constitucional. Si bien estas integraciones nacen con fines esencialmente económicos, progresivamente se ha extendido a otras áreas, incluso a los derechos humanos.

Este «Derecho internacional de la integración»⁴³, se aprecia claramente con el largo y sorprendente proceso evolutivo de la hoy Unión Europea (1993)⁴⁴, que iniciara en 1951 con la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, con seis miembros (actualmente con 27); hasta llegar al trascendental Tratado de Lisboa⁴⁵, que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009, a manera de un paso más en la integración comunitaria.

En realidad este tratado retoma parte del fallido Tratado constitucional de 2004 (Constitución Europea). Entre sus múltiples aspectos relevantes, cabe destacar que de conformidad con el artículo 6.2 la Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, lo que implicará la vinculación jurídica de dicho tratado. Esta dimensión traerá una nueva relación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Luxemburgo, que en principio obedecían a dos órdenes jurídicos distintos y ahora en materia de derechos humanos aplicarán el mismo instrumento, produciendo un orden jurídico constitucional complejo⁴⁶.

ca», en *El derecho de amparo en el mundo*, op. cit., supra nota 28, pp. 945-984; Y. SAAVEDRA ÁLVAREZ, «El sistema africano de los derechos humanos y de los pueblos. Prolegómenos», *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, UNAM, núm. 8, 2008, pp. 671-712; J. HARRINGTON, «The African Court on Humans and Peoples' Rights», en M. EVANS y R. MURRAY (comps.), *The African Charter on Humans and Peoples's Rights: The system in practice 1986-2000*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, pp. 305-334; A. SACCUCCI, «Il Protocollo istitutivo della Corte africana dei diritti dell'uomo e dei popoli: un primo confronto con le altre Corti regionali», *Rivista di Diritto Internazionale*, núm. 4, 2004, pp. 1036-1065.

⁴³ Cfr. C. AYALA CORAO, «La mundialización de los derechos humanos», op. cit., supra nota 11, pp. 68-69.

⁴⁴ Vid. el Tratado de la Unión Europea, que entró en vigor el 1 de noviembre de 1993. Sus instituciones son: el Consejo Europeo, el Parlamento y el Consejo, la Comisión (Colegio de Comisarios), el Banco Central, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal de Cuentas.

⁴⁵ Denominado en realidad «Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea», suscrito el 13 de diciembre de 2007 y vigente a partir del 1 de diciembre de 2009.

⁴⁶ Sobre estas complejas relaciones, vid. J. GARCÍA ROCA, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Madrid, Civitas, 2010; y M. APARICIO WILHELMI, *La construcción de un orden público constitucional complejo. Derechos y Constitución en el Estado español como Estado autonómico e integrado en la Unión Europea*, México, UNAM, 2009.

3. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL

La progresiva aplicabilidad del Derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito interno de los Estados, se ha venido realizando a través de diversas fórmulas o cláusulas constitucionales o bien a través del dinamismo de la jurisprudencia constitucional⁴⁷.

Una de las manifestaciones más claras sobre esta constitucionalización del Derecho internacional lo constituye otorgar jerarquía constitucional a los tratados internacionales en materia de derechos humanos. Cada vez son más los Estados latinoamericanos que lo han aceptado, superando la clásica concepción de su equiparación legal. Esto ha sucedido, por ejemplo, en Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica, Perú, Paraguay y muy recientemente en República Dominicana, en su nueva Constitución proclamada el 26 de enero de 2010. Esta última refleja la tendencia evolutiva de apertura que están adoptando los textos constitucionales de nuestra región en materia de derechos humanos, al establecer que: «Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por el Estado dominicano, tienen jerarquía constitucional y son de aplicación directa e inmediata por los tribunales y demás órganos del Estado» (art. 74.3). También debe destacarse el caso de México, que a partir de junio de 2011, adquieren rango constitucional los derechos humanos previstos en tratados internacionales (art. 1.º).

Incluso, determinados ordenamientos constitucionales otorgan jerarquía supraconstitucional a los instrumentos internacionales en derechos humanos, en la medida en que sean más favorables en la protección de los derechos, como se establece en las nuevas Constituciones de Bolivia (art. 256.1), Ecuador (art. 424), Venezuela (art. 23) o a través del dinamismo jurisprudencial en Costa Rica⁴⁸.

La incorporación de los derechos humanos de fuente internacional al catálogo de los derechos fundamentales en las constituciones nacionales, puede constituir parte de un «bloque de constitucionalidad»⁴⁹, sirviendo como pará-

⁴⁷ Una situación actual de esta dimensión puede verse en los diversos trabajos contenidos en la obra colectiva de S. GARCÍA RAMÍREZ y M. CASTAÑEDA HERNÁNDEZ (coords.), *Recepción nacional del Derecho internacional de los derechos humanos y admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana*, México, UNAM, 2009; especialmente sobre el caso mexicano, *vid.* el ensayo de J. CARMONA TINOCO, «La recepción de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el ámbito interno. El caso de México», pp. 245-290. Asimismo, *vid.* la obra colectiva de M. BECERRA, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento*, México, UNAM, 2007.

⁴⁸ La Sala Constitucional estableció que los derechos previstos en los tratados internacionales «priman sobre la Constitución» en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías. *Vid.* la muy conocida sentencia 3435, de 11 de noviembre de 1992, relativa al beneficio concedido exclusivamente a la mujer extranjera casada con costarricense, lo que implica una desigualdad por razones de género, aplicándose diversos tratados internacionales.

⁴⁹ Como es bien conocido, la expresión se utiliza por vez primera por L. FAVOREU al comentar un fallo del Consejo Constitucional de Francia en la década de los sesenta del siglo pasado, donde, en principio, incluía a la propia Constitución de 1958, el preámbulo constitucional y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789; bloque que se ha venido ampliando en Francia y en los países donde se ha aceptado tiene contenidos distintos, como sucede en España y en varios

metro de control de la constitucionalidad de las leyes y demás actos que violen dichos derechos. Este «bloque» también es motivo de aceptación por parte de los máximos órganos jurisdiccionales a través de un sano activismo judicial, como recientemente pareciera reconocer la Suprema Corte de Justicia de Uruguay en 2009⁵⁰.

El bloque de constitucionalidad se ha venido ampliando. Además de los derechos previstos en los tratados internacionales, también lo conforma la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como se ha reconocido por la Corte Constitucional de Colombia⁵¹, la Sala Constitucional de Costa Rica⁵², el Tribunal Constitucional del Perú⁵³ la Corte Suprema de Argentina⁵⁴, o la Corte Suprema de República Dominicana⁵⁵. Lo anterior es un paso significativo hacia un «bloque de convencionalidad» o, si se prefiere, de un «bloque de constitucionalidad» al estar aquel incorporado en el parámetro de constitucionalidad, como veremos más adelante.

Por otra parte, también se advierte esta constitucionalización del Derecho internacional de los derechos humanos a través de principios o criterios hermenéuticos. Así se han constitucionalizado los principios *pro homine* y *pro libertatis* reconocidos en el artículo 29 del Pacto de San José; o bien se ha venido empleando por las jurisdicciones nacionales⁵⁶. También se advierte la tendencia de incorporar «cláusulas abiertas» de recepción de la normatividad convencional o cláusulas constitucionales para interpretar los derechos y libertades «de conformidad» con los instrumentos internacionales en la materia⁵⁷, como recientemente sucedió en México al preverse en el párrafo 2.º del reformado artículo 1.º constitucional.

países de Latinoamérica. En general sobre la temática, *vid.* L. FAVOREU, F. RUBIO LLORENTE y J. PÉREZ ROYO, *El bloque de la constitucionalidad*, Madrid, Civitas, 1991.

⁵⁰ Tradicionalmente los tratados internacionales tenían rango de ley. Sin embargo, un nuevo criterio pareciera abrir la ventana hacia esta dimensión, en la sentencia 365, de 19 de octubre de 2009. Sobre esta sentencia, *vid.* M. RISSO FERRAND, «El Derecho internacional de los derechos humanos en la jurisprudencia reciente de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay», en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 14, julio-diciembre de 2010.

⁵¹ A partir de la sentencia 225/95, de 18 de mayo de 1995, relativa a la naturaleza imperativa de las normas humanitarias y su incorporación al bloque de constitucionalidad. También *vid.* las sentencias C-578/95 y C-258/97, entre otras.

⁵² A partir de la sentencia 3550-92, antes referida. Sobre esta sentencia y en general su rol en el sistema de Costa Rica, *vid.* R. HERNÁNDEZ VALLE, *Derecho procesal constitucional*, 3.ª ed., San José, Juricentro, 2009.

⁵³ *Vid.* la sentencia 7/2007, de 19 de junio de 2007.

⁵⁴ Sobre las diversas sentencias de la Corte Suprema argentina y su tendencial aceptación sobre el particular, *vid.* J. C. HITTERS, «¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)», en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa, núm. 10, julio-diciembre de 2008, pp. 131-156.

⁵⁵ *Vid.* la sentencia 1990-2003, de 13 de noviembre de 2003; *cf.* «El bloque de constitucionalidad en la determinación de los principios fundamentales del debido proceso», en *Dialogo jurisprudencial*, núm. 3, julio-diciembre 2007, México, UNAM, pp. 27-50.

⁵⁶ A nivel constitucional se regula en Bolivia, Colombia, Perú, República Dominicana y recientemente en México, por ejemplo. Además, un buen número de jurisdicciones constitucionales han utilizado el principio *pro homine*, *pro persona* o *in bonum* en sus fallos.

⁵⁷ Sobre la temática, *vid.* el documentado libro de J. L. CABALLERO, *La incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en México y España*, México, Porrúa, 2009.

4. LA CLÁUSULA DE INTERPRETACIÓN CONFORME EN EL DERECHO COMPARADO

Una de las fórmulas constitucionales más efectivas para lograr la armonización entre el Derecho nacional y el Derecho internacional, es a través de la llamada cláusula de interpretación conforme. En términos generales, podríamos sintetizarla como la técnica hermenéutica por medio de la cual los derechos y libertades constitucionales son armonizados con los valores, principios y normas contenidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos signados por los estados, así como por la jurisprudencia de los tribunales internacionales (y en ocasiones otras resoluciones y fuentes internacionales), para lograr su mayor eficacia y protección.

Entre los países de nuestra región que expresamente adoptan este canon interpretativo explícito en norma constitucional se encuentran Bolivia⁵⁸, Colombia⁵⁹, Perú⁶⁰, y, recientemente, México⁶¹, con independencia de que varios tribunales y cortes latinoamericanas lo aplican en su jurisprudencia.

Estos países han seguido claramente el influjo de la *cláusula de interpretación conforme*, contenida en el artículo 10.2 de la Constitución democrática española de 1978, que a la letra dispone: «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España». Precepto que fue recogido por la Constitución de Portugal (1976) en su artículo 16.2: «Los preceptos constitucionales y legales relativos a los derechos fundamentales deben ser interpretados e integrados en armonía a la Declaración Universal de Derechos Humanos».

No se trata simplemente de una imposición de la norma internacional sobre la nacional, sino de un proceso interpretativo de armonización, que implica, incluso, en algunas ocasiones, dejar de aplicar la primera, al resultar de mayor alcance protector la norma nacional, conforme al principio pro persona y también derivado de la obligación general de respetar los derechos y

⁵⁸ La nueva Constitución de 1988, en su artículo 13.IV, establece: «Los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se *interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales de derechos humanos* ratificados por Bolivia» (cursiva añadida).

⁵⁹ El artículo 93 de la actual Constitución de 1991: «Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia».

⁶⁰ La «cuarta» disposición final y transitoria de la Constitución de 1993 señala: «Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú».

⁶¹ Artículo 1.º, párrafo 2.º: «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».

libertades previstos en los tratados internacionales. En palabras de QUERALT JIMÉNEZ⁶²:

«En este proceso de armonización es un elemento esencial el uso que las jurisdicciones internas hacen del canon europeo y muy especialmente de las sentencias del Tribunal Europeo como herramientas hermenéuticas. La utilización de la jurisprudencia del TEDH como instrumento interpretativo de sus propios catálogos internos de derechos y libertades se debe, en unos casos, a la existencia de una norma interna que prevea la necesidad de interpretación conforme con el estándar europeo. Este sería el caso de España donde el artículo 10.2 de la Constitución Española claramente establece la obligación de interpretación conforme y que supone el ejemplo paradigmático de este tipo de apertura al Derecho internacional. En otros casos, en cambio, se deberá al cumplimiento de la obligación general derivada del artículo 1 CEDH de compatibilidad con el estándar europeo compuesto tanto por el CEDH como por la jurisprudencia del TEDH».

En este sentido, el canon hermenéutico no resulta *neutro*, pues como lo explica Caballero Ochoa al estudiar el caso español, en «este tipo de interacción entre catálogos mínimos de derechos cobran relevancia las construcciones argumentativas que apuestan por un despliegue proporcional de los ordenamientos y que se sustentan plausiblemente en una disposición como la del artículo 10.2 CE [...] al tratarse de ordenamientos mínimos, se aplica el TEDH cuando la protección es mayor y el ámbito constitucional cuando éste deviniese en más protector, incluso por reenvío del derecho fundamental por medio del artículo 10.2 CE al artículo 53 CEDH que impide la interpretación del Convenio más restrictiva, siempre que esa protección no implique una lesión del contenido esencial del derecho menos protegido en caso de colisión normativa, lo que se resuelve mediante la aplicación del principio de proporcionalidad»⁶³.

En realidad la interpretación del Derecho interno conforme a la normativa internacional, implica la interpretación del mismo Derecho interno, en la medida en que los tratados internacionales son Derecho nacional (de fuente internacional) una vez que son debidamente incorporados, como lo ha enseñando FIX-ZAMUDIO desde hace décadas⁶⁴. Esto implica, como ha sucedido en España, construir el contenido esencial de los derechos fundamentales a través de catálogos mínimos que deben armonizar sus propias previsiones, y que va conformando implícitamente un «bloque de constitucionalidad» (no de manera expresa, al no seguirse en España un criterio de jerarquía normativa, sino de distribución de competencias); de tal manera que a través de la interpretación constitucional se ha venido ampliando y reforzando el contenido y alcance de los derechos y libertades fundamentales por la vía de la interpretación conforme. En definitiva

⁶² A. QUERALT JIMÉNEZ, «Los usos del canon europeo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: una muestra del proceso de armonización europea en materia de derechos fundamentales», en *Teoría y realidad constitucional*, Madrid, UNED, núm. 20, 2007, pp. 435-470, en p. 439. Sobre la temática, *vid.* también su libro *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Madrid, CEPC, 2008.

⁶³ J. L. CABALLERO OCHOA, *La incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en México y España*, México, Porrúa, 2009, p. 340.

⁶⁴ *Cfr.* H. FIX-ZAMUDIO, 2.^a ed., *La protección jurídica de los derechos humanos. Estudios comparativos*, México, CNDH, 1999; así como *Los derechos humanos y su protección jurisdiccional*, Lima, Grijley-UNAM-IMDPC, 2009.

«el parámetro de mínimos fijado desde Estrasburgo podrá ser siempre superado pero nunca rebajado por los Estados»⁶⁵.

La doctrina española es coincidente en afirmar que dicha cláusula fue una «disposición acertada» del constituyente de 1978⁶⁶ y que ha sido fundamental para la lograr la «apertura» al Derecho internacional. El Tribunal Constitucional español ha extendido el canon hermenéutico más allá de lo previsto expresamente en la norma constitucional, al ampliarlo a los pronunciamientos del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas; a los convenios de la OIT; a los informes del Comité de Libertad Sindical; a las recomendaciones de la Comisión Europea de Derechos Humanos (que desapareció a partir de la entrada en vigor del Protocolo núm. 11)⁶⁷; o incluso a textos carentes de efectividad formal como la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Niza, 2000)⁶⁸.

Sin embargo, en diversos análisis empíricos de las sentencias del Tribunal Constitucional, se advierte que resulta desigual en intensidad y cantidad las referencias internacionales. En la etapa de 1981 y 1997, sólo en un 10 por 100 del total de sentencias citaban de manera expresa fuentes internacionales (13 por 100 en recursos de amparo), incluido el Derecho comunitario y las resoluciones del Tribunal de Luxemburgo; situación que aumentó casi al doble (19 por 100) en la etapa de 1999 a 2004 (21 por 100 en recursos de amparo)⁶⁹. En este último periodo, se ha propuesto una categorización de los usos interpretativos del canon europeo empleado por el Tribunal Constitucional, teniendo en consideración la gradación en su intensidad: i) como argumento de autoridad *ad abundantiam*; ii) como argumento de autoridad complementario; iii) como incorporación de pautas interpretativas y de incorporación de contenidos, y iv) como desarrollo de un incipiente *ius commune* europeo en materia de derechos y libertades⁷⁰.

Lo anterior significa que no es suficiente, por sí misma, que se tenga a nivel constitucional una cláusula de interpretación conforme a los tratados internacionales para que los intérpretes la apliquen de manera sistemática y adecuada; se requiere, sobretodo, que los jueces nacionales la conviertan en una práctica cotidiana de la hermenéutica en materia de derechos humanos. Esto debe servir como una «alerta» para los jueces e intérpretes mexicanos, para que «siempre»

⁶⁵ A. QUERALT JIMÉNEZ, «Los usos del canon europeo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: una muestra del proceso de armonización europea en materia de derechos fundamentales», *op. cit.*, *supra* nota 62, p. 438.

⁶⁶ C. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ y F. JIMÉNEZ GARCÍA, *El Derecho internacional de los derechos humanos en la Constitución española: veinticinco años de jurisprudencia constitucional*, Madrid, Thomson-Civitas, 2006, pp. 34 a 37.

⁶⁷ *Vid. supra* II.2.A: «Sistema Europeo».

⁶⁸ A. SAIZ ARNAIZ, *La apertura constitucional al Derecho internacional de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*, Madrid, CGPJ, 1999; así como, recientemente, «La interpretación de los derechos fundamentales y los tratados internacionales sobre derechos humanos», en M.^a E. CASAS BAAMONDE y M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER (dirs.), *Comentarios a la Constitución española de 1978. XXX Aniversario*, Madrid, Fundación Wolters Kluwer, 2008, pp. 193-209.

⁶⁹ *Cfr.*: A. SAIZ ARNAIZ, *La apertura constitucional al Derecho internacional de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*, *ibid.*, pp. 206-207; y A. QUERALT JIMÉNEZ, «Los usos del canon europeo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: una muestra del proceso de armonización europea en materia de derechos fundamentales», *op. cit.*, *supra* nota 62, pp. 441-443.

⁷⁰ *Cfr.*: A. QUERALT JIMÉNEZ, *ibid.*, pp. 448-462.

acudan a la interpretación conforme debido al nuevo mandato constitucional del artículo 1.º que se dirige a todos los intérpretes de normas en materia de derechos humanos, como a continuación pasamos a analizar.

5. LA NUEVA CLÁUSULA DE INTERPRETACIÓN CONFORME (CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL) EN MÉXICO

El segundo párrafo del artículo 1.º constitucional prevé un mandato interpretativo en materia de derechos humanos⁷¹. Se trata de la constitucionalización de un criterio o principio hermenéutico específico de los derechos fundamentales, que de manera poco clara y aislada venía realizando la Suprema Corte en los últimos años⁷². Pauta interpretativa que se suma a la prevista por el propio texto fundamental en el párrafo 4.º del artículo 14 constitucional para los «juicios del orden civil»⁷³, así como a los criterios de interpretación aceptados por nuestro más alto tribunal vía jurisprudencial.

Debe reconocerse, como ha sucedido en otras materias, que las entidades federativas han establecido principios interpretativos de avanzada en materia de protección de derechos humanos, como sucedió en 2008 con la reforma a la Constitución del Estado de Sinaloa⁷⁴, que han seguido otras entidades federati-

⁷¹ *Vid.* su texto *supra*, nota 3.

⁷² En muy pocos casos se puede advertir una clara interpretación conforme a los tratados internacionales como argumentación principal. Si bien es cierto que en los últimos años se aprecia un mayor número de sentencias donde se invocan estos instrumentos y la jurisprudencia de la Corte IDH o incluso de otros tribunales internacionales, así como otro tipo de fuentes internacionales, la mayoría de las veces no se aprecia con claridad el objeto de su invocación, al no ser un argumento sustancial para la decisión y la cita es más bien como un criterio «a mayor abundamiento». De utilidad resulta la reciente recopilación sistematizada de los principales criterios de la Suprema Corte de Justicia donde se invocan referencias internacionales, que realizó la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos: *Los derechos humanos en la actividad jurisdiccional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, SCJN-Alto Comisionado de Naciones Unidas, 2 tomos, 2010.

⁷³ Este párrafo expresa: «En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra de la ley o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del Derecho».

⁷⁴ Artículo 4 bis-C.: Los derechos humanos a los que hace alusión esta Constitución se interpretarán de acuerdo con los siguientes principios: I. Los derechos humanos deben interpretarse evitando la contradicción con el texto constitucional y propiciando el sentido que le sea más favorable. II. Su sentido se determinará de conformidad con los instrumentos internacionales incorporados al orden jurídico mexicano aplicables y atendiendo los criterios de los organismos internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos por el Estado mexicano, especialmente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. III. Cuando resulten aplicables o en conflicto dos o más derechos humanos, se hará una ponderación entre ellos a fin de lograr su interpretación armónica, logrando que su ejercicio no signifique menoscabo a los derechos de los demás y prevaleciendo la seguridad de todos y las justas exigencias del bien común y la equidad. IV. Las únicas limitaciones admisibles son las previstas en el texto constitucional, mismas que deberán ser interpretadas restrictivamente. V. Se deberá optar por el sentido más favorable a la persona y atendiendo a su progresividad. VI. El interés superior del niño deberá tener consideración primordial por parte de los tribunales, autoridades administrativas u órganos legislativos, así como en todas las medidas que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social. Dicho deber implica que el desarrollo del niño y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño. VII. Ninguna interpretación podrá excluir otros derechos inherentes al ser humano que no estén previstos en la presente Constitución.

vas, como el Estado de Tlaxcala⁷⁵. Incluso, cabe destacar también algunas leyes específicas, como la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, que también prevén el criterio hermenéutico en materia de derechos fundamentales de la interpretación conforme a tratados internacionales y el principio pro persona⁷⁶.

Sin ningún tipo de exhaustividad y como primera aproximación, a continuación señalaremos algunas características y consecuencias que se desprenden del criterio hermenéutico contenido en el párrafo 2.º del artículo 1.º constitucional:

1. *Los destinatarios* de esta cláusula constitucional son todos los intérpretes de las normas en materia de derechos humanos, sean autoridades o particulares. Todas las autoridades del Estado mexicano, dentro de sus competencias, tienen que seguir este criterio interpretativo. Esto implica que los *jueces* deben acudir a esta técnica de interpretación en todo caso relacionada con normas de derechos humanos en los asuntos de su competencia; los *legisladores* tendrán que adecuar la normativa existente utilizando este criterio y aplicarlo como parte de la técnica legislativa al emitir la norma; y todos los órganos de la *administración pública* deberán ajustar su actuación conforme a la nueva pauta interpretativa de derechos humanos, especialmente cuando se trate de restricción de los mismos.

2. *Resulta obligatoria* en todo caso que involucre normas de derechos humanos, lo que implica que es un mandato constitucional «no disponible» por el intérprete. Lo anterior resulta relevante para crear una práctica sistemática y constante de dicha pauta interpretativa en todos los niveles, evitando su utilización «esporádica», en detrimento de la efectividad y cultura de los derechos humanos. Constituye un «deber» y no puede nunca ser «optativo» o «facultativo» para el intérprete de la norma en materia de derechos humanos.

3. El *objeto* materia de la interpretación conforme no se restringe:

A) Exclusivamente a los derechos humanos de rango constitucional (sea de fuente constitucional o internacional), sino también comprende a los derechos infra constitucionales, toda vez que este criterio interpretativo se aplica con independencia del rango o jerarquía que tenga la norma en cuestión; de tal manera que las normas que los contengan, deberán interpretarse de conformidad con los derechos humanos previstos en la Constitución y en los tratados internacionales; se trata, en este sentido, de una interpretación «desde» el texto fundamental hacia abajo.

B) A los previstos en el capítulo I del título I de la Constitución federal, sino a todos los derechos humanos sea cual sea su ubicación en el texto fundamental (como sucede con los derechos humanos de tipo laboral previstos en el art. 123, por ejemplo);

⁷⁵ El artículo 16.B, de manera similar al anterior precepto de Sinaloa.

⁷⁶ Los artículos 6 y 7, respectivamente, establecen:

«Artículo 6. La interpretación del contenido de esta Ley, así como la actuación de las autoridades federales, será congruente con los instrumentos internacionales aplicables en materia de discriminación de los que México sea parte, así como con las recomendaciones y resoluciones adoptadas por los organismos multilaterales y regionales y demás legislación aplicable.

Artículo 7. Para los efectos del artículo anterior, cuando se presenten diferentes interpretaciones, se deberá preferir aquella que proteja con mayor eficacia a las personas o a los grupos que sean afectados por conductas discriminatorias».

C) A los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales específicos en dicha materia, sino también a aquellos derechos humanos previstos en «cualquier» tratado internacional, sea cual sea su denominación o la materia que regule; por ejemplo, los derechos humanos contenidos en los tratados en materia de Derecho internacional humanitario o de Derecho internacional en general; y

D) A normas de tipo «sustantivas», sino también a las de carácter «adjetivas» relativas a derechos humanos. Así, la norma para interpretar derechos humanos puede ser objeto, a su vez, de interpretación conforme.

4. La expresión *tratados internacionales* contenida en dicha cláusula comprende la connotación «amplia» del término que le otorga el artículo 2.1.a) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), vigente en México a partir del 27 de enero de 1980⁷⁷.

5. La expresión *tratados internacionales* debe comprender también la interpretación que establezcan los órganos que el propio tratado autoriza para su interpretación (órganos de supervisión, cumplimiento e interpretación, como comités, comisiones, tribunales, etc.); con mayor intensidad si existen órganos jurisdiccionales cuya misión es la aplicación e interpretación del tratado; como por ejemplo, la Corte IDH, que «tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones» del Pacto de San José⁷⁸.

De ahí que la norma interpretada por dicho Tribunal adquiere el mismo grado de eficacia que el texto convencional, como veremos más adelante al analizar las características del «control difuso de convencionalidad», especialmente por tratarse del único órgano jurisdiccional previsto en el Sistema Interamericano, con competencia última y definitiva en la interpretación de la CADH (y sus protocolos adicionales), de donde deriva la obligatoriedad de sus interpretaciones. Este criterio constituye un estándar mínimo establecido jurisprudencialmente por la propia Corte IDH al definir el parámetro del «control difuso de convencionalidad», sin que ello sea obstáculo para que el intérprete pueda ampliar dicho estándar y así considerar, por ejemplo, informes, declaraciones, observaciones generales y demás fuentes internacionales, siempre y cuando pudieran favorecer la «protección más amplia» en términos de la última parte del párrafo 2.º del artículo 1.º constitucional que analizamos. De esta forma, esta cláusula permitirá ir ampliando el «bloque de convencionalidad» creado como estándar mínimo por la propia Corte IDH.

6. La cláusula contiene un «principio de armonización» entre la Constitución y el tratado internacional. Lo anterior significa que el intérprete debe procurar una interpretación que permita «armonizar» la «norma nacional y la internacional». No se trata de dos interpretaciones sucesivas (primero la interpretación conforme a la Constitución y luego la interpretación conforme al tratado internacional), sino de una interpretación conforme que armonice am-

⁷⁷ Dicho precepto señala: «Artículo 2. Términos empleados. 1. Para los efectos de la presente Convención: a) se entiende por “tratado” un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular» (cursiva añadida).

⁷⁸ Artículo 62.3 de la CADH.

bas. Cuando la fórmula constitucional se refiere a que las normas de derechos humanos se interpretarán «de conformidad con» «esta Constitución y con los tratados internacionales...», la conjunción «y» gramaticalmente constituye una «conjunción copulativa» que sirve para reunir en una sola unidad funcional dos o más elementos homogéneos al indicar su adición. De ahí que esta cláusula cumple con una «función hermenéutica» de armonización. Y entre las posibles interpretaciones conformes de armonización, el intérprete deberá optar por la protección más amplia. En todo caso, ante una eventual antinomia debe aplicarse la norma que favorezca «a las personas la protección más amplia» como solución interpretativa que la parte final de la cláusula establece; de ahí que podría prevalecer la norma nacional en términos del artículo 29.b) de la CADH.

Constituye, en palabras de BIDART CAMPOS, una «interpretación conciliadora» en una doble vía, en la medida de que efectúa interpretación «de» la Constitución (derechos humanos de fuente constitucional e internacional) y «desde» la Constitución hacia abajo (con la norma subconstitucional cuya interpretación debe ser conforme a la Constitución y a los tratados internacionales)⁷⁹.

El «principio de armonización» en materia internacional, ha sido establecido por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas al estudiar la problemática de la «fragmentación» del Derecho internacional, consiste en que al existir varias normas que tratan de la misma cuestión, dichas normas deben interpretarse, en la medida de lo posible, de modo que den lugar a una sola serie de obligaciones compatibles⁸⁰.

7. El criterio hermenéutico incorpora el principio «pro persona». Esto implica favorecer «en todo tiempo a las personas la protección más amplia»; lo que significa interpretación más estricta cuando se trate de restricción o limitaciones a derechos y libertades. En realidad, este principio goza de rango constitucional por lo dispuesto en el primer párrafo del mismo artículo 1.º constitucional, toda vez que se encuentra previsto en el artículo 29 del Pacto de San José. De ahí que los parámetros interpretativos de dicho precepto deben considerarse en la cláusula de interpretación conforme regulado en el segundo párrafo aludido.

Así, lo previsto en el numeral 29 de la CADH relativo a que ninguna disposición de ese tratado puede interpretarse para «excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que deriven de la forma democrática representativa de gobierno» o «excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza» o «limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad», deben considerarse en la «interpretación conforme» que se realice en términos del artículo 1.º constitucional.

8. Esta pauta interpretativa debe complementarse, necesariamente, con lo previsto en el párrafo 3.º del propio artículo 1.º constitucional, de tal manera que la interpretación que se realice debe ser «de conformidad con los principios de

⁷⁹ Cfr. G. BIDART CAMPOS, *El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, México, Ediar-UNAM, 2003, p. 388.

⁸⁰ Informe de la Comisión de Derecho internacional, correspondiente a la 58.ª sesión, 1 de mayo-9 de junio y 3 de julio-11 de agosto de 2006; Asamblea General de Naciones Unidas. Documentos oficiales, 61.ª sesión, Suplemento núm. 10 (A/61/10), p. 424.

universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad». Cada uno de estos principios debe ser considerado en la interpretación conforme que se efectúe para favorecer «en todo tiempo a las personas la protección más amplia», que establece la última parte de la cláusula constitucional que analizamos.

No debe pasar inadvertido, que el referido tercer párrafo del artículo 1 constitucional, parte de la premisa de la «obligación» de «todas las autoridades» para «promover, respetar, proteger y garantizar» los derechos humanos (de fuente nacional e internacional), por lo que la «interpretación conforme» que se realice debe, asimismo, considerar esta previsión para «optimizar» en todo momento «la protección más amplia».

9. Este canon interpretativo tiene una estrecha relación con los diversos párrafos del propio artículo 1.º constitucional, que en su conjunto guardan relación con otros preceptos constitucionales; por ejemplo, la interpretación sistemática de los artículos 1.º, 99, 103, 105, 107 y 133 constitucionales, llevan a la configuración del «bloque de constitucionalidad/convencionalidad», es decir, el parámetro para ejercer el control «difuso», «concentrado» o «semi concentrado» de constitucionalidad/convencionalidad, según las competencias de cada órgano jurisdiccional y el tipo de proceso de que se trate, lo cual no hay que confundir con el «bloque constitucional/convencional» (normas de rango constitucional)⁸¹.

10. La cláusula de interpretación conforme (constitucional y convencional) que prevé el artículo 1.º constitucional, guarda una estrecha relación con el «control difuso de convencionalidad» que recientemente ha sido aceptado por la Suprema Corte de Justicia al cumplimentar (parcialmente) la sentencia del *Caso Radilla*, como veremos más adelante. Esto es así, ya que para ejercer ese tipo de control por cualquier juez mexicano, debe, previamente, realizarse una interpretación conforme en términos del mandato constitucional, para realizar «control» sobre aquella interpretación incompatible con los parámetros constitucionales/convencionales; y sólo en caso de incompatibilidad absoluta donde no pueda realizarse ningún tipo de interpretación conforme posible, el «control» consistirá en dejar de aplicar la norma o declarar la invalidez de la misma, según la competencia de cada juez y el tipo de proceso de que se trate.

6. EL «CONTROL CONCENTRADO DE CONVENCIONALIDAD» POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

El control de convencionalidad tiene dos manifestaciones: una de carácter «concentrada» por parte de la Corte Interamericana, en sede internacional; y otra de carácter «difusa» por los jueces nacionales, en sede interna.

⁸¹ La distinción entre «bloque constitucional» y «bloque de convencionalidad» puede llevarnos a una funcionalidad interpretativa de los artículos 1.º y 133 constitucionales, especialmente para entender el significado y alcances de la «Ley Suprema de la Unión» que tantos problemas ha ocasionado a nuestros jueces constitucionales. Sobre estos conceptos, *vid.* E. CARPIO MARCOS, «Bloque de constitucionalidad y proceso de inconstitucionalidad de leyes», en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa-Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, núm. 4, julio-diciembre de 2005, pp. 79-114, en pp. 97-103; este autor sigue el trabajo de P. REQUEJO RODRÍGUEZ, «Bloque constitucional y comunidad autónoma», ahí citado; de especial utilidad, resulta el libro de esta autora, precisamente con el título *Bloque constitucional y bloque de constitucionalidad*, Oviedo, Ediuono, 1997.

La primera obedece a las facultades inherentes de la Corte Interamericana al resolver los casos contenciosos sometidos a su consideración, en cuanto guardián e intérprete final de la Convención Americana. Es en realidad un control «concentrado» de convencionalidad, al encomendarse a dicho órgano jurisdiccional la facultad exclusiva de «garantizar al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados» y «reparar las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada»; todo lo cual, cuando «decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos por esta Convención» (art. 63 CADH), teniendo dicho fallo carácter «definitivo e inapelable» (art. 67 CADH); por lo que los Estados «se comprometen a cumplir con la decisión de la Corte en todo caso de que sean partes» (art. 68.1 CADH)⁸².

El control de convencionalidad constituye la razón de ser de la Corte Interamericana: realizar un control de compatibilidad entre el acto de violación (en sentido lato) y el Pacto de San José (y sus protocolos adiciones). En caso de violación (sea por acción u omisión), la responsabilidad internacional recae sobre el Estado y no sobre alguno de sus órganos o poderes. De esta manera, como lo ha sostenido GARCÍA RAMÍREZ en un importante voto concurrente⁸³:

«Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio —sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto— y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional».

Esta caracterización de control de convencionalidad es la natural competencia que realiza la Corte Interamericana en sede internacional desde sus primeras sentencias; si bien es en ese voto concurrente (2003) cuando por primera vez se utiliza la expresión. La tarea de la Corte, continúa reflexionando GARCÍA RAMÍREZ, en otro voto concurrente⁸⁴:

«...se asemeja a la que realizan los Tribunales Constitucionales. Estos examinan los actos impugnados —disposiciones de alcance general— a la luz de las normas, los principios y los valores de las leyes fundamentales. La Corte Interamericana, por su

⁸² Si bien la Comisión Interamericana tiene competencia para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados parte, en estricto rigor no realiza un «control de convencionalidad» por no tener propiamente funciones jurisdiccionales. Las principales funciones de la Comisión se encuentran previstas en el artículo 41 de la CADH. Lo anterior no significa que sus «recomendaciones» carezcan de eficacia jurídica en el ámbito interno y, además, los criterios interpretativos que emita de la CADH puede válidamente convertirse en «parámetro» para ejercer el «control difuso de convencionalidad» por los jueces nacionales, como veremos más adelante. En general, *vid.*, J. C. HITTERS, «¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)», *op. cit.*, *supra* nota 54.

⁸³ *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, resuelto el 25 de noviembre de 2003, párrafo 27.

⁸⁴ Voto concurrente razonado de S. GARCÍA RAMÍREZ en el *Caso Tibi vs. Ecuador*, resuelto el 7 de septiembre de 2004, párrafo 3.º

parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los Tribunales Constitucionales controlan la “constitucionalidad”, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la “convencionalidad” de esos actos. A través del control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público —y, eventualmente, de otros agentes sociales— al orden que entraña el Estado de Derecho en una sociedad democrática. El tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados partes en ejercicio de su soberanía».

Años después, vuelve GARCÍA RAMÍREZ a utilizar la expresión «control de convencionalidad» en el mismo sentido, «fundado en la confrontación entre el hecho realizado y las normas de la Convención Americana»⁸⁵, en el voto razonado emitido en el *Caso Vargas Areco vs. Paraguay*, de 26 de septiembre de 2006; mismo día en que se decidió el *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*, donde el pleno de la Corte Interamericana utiliza por vez primera la expresión «control de convencionalidad», si bien otorgándole una dimensión distinta: con carácter «difuso», a manera de una fuerza expansiva de su jurisprudencia y dirigido hacia todos los jueces de los Estados que han reconocido su jurisdicción, como a continuación pasamos a analizar.

7. EL «CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD» POR EL JUEZ NACIONAL EN AMÉRICA LATINA. HACIA UNA TEORÍA GENERAL

Además del control «concentrado» de convencionalidad que realiza la CIDH como parte de su competencia⁸⁶, existe otro tipo de control de carácter «difuso», que debe realizarse por los jueces y órganos de administración de justicia nacionales o domésticos de los Estados que han suscrito o se han adherido a la CADH y con mayor intensidad a los que han aceptado la jurisdicción de la Corte IDH⁸⁷.

⁸⁵ De tal suerte, dice GARCÍA RAMÍREZ, que derivado a ese «control de convencionalidad», «no puede, ni pretende —jamás lo ha hecho—, convertirse en una nueva y última instancia para conocer la controversia suscitada en el orden interno», párrafo 6.º del referido voto razonado.

⁸⁶ *Vid.* los artículos 62.3 y 63.1 de la CHDH; 31, 32, 42, 65 y 67 del vigente Reglamento de la Corte IDH, así como 1.º y 2.º del Estatuto de la Corte IDH.

⁸⁷ Sobre la temática, *vid.* N. SAGÜÉS, «El “control de convencionalidad”, como instrumento para la elaboración de un *ius commune* interamericano», en A. VON BOGDANDY, E. FERRER MAC-GREGOR y M. MORALES ANTONIAZZI (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización: ¿Hacia un ius constitucional Commune en América Latina?*, México, UNAM-Max Planc Institut, 2010, t. II, pp. 449-468; H. SALGADO PESANTES, «Justicia constitucional transnacional: el modelo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Control de constitucionalidad vs. Control de convencionalidad», en *op. últ. cit.*, pp. 469-495; J. C. HITTERS, «Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación. Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en *Estudios Constitucionales*, Santiago de Chile, Universidad de Talca, vol. 7, núm. 2, 2009, pp. 109-128; E. REY CANTOR, *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, México, Porrúa-IMDPC, núm. 26, 2008; S. ALBANESE (coord.), *El control de convencionalidad*, Buenos Aires, Ediar, 2008; K. CASTILLA, «El control de convencionalidad. Un nuevo debate en México a partir del *Caso Radilla Pacheco*», en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XI, 2011, pp. 593-624; G. GARCÍA MORELOS, *El control judicial difuso de convencionalidad de los derechos humanos por los tribunales ordinarios*, México, UbiJus, 2010; y E. FERRER MAC-GREGOR, «El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional», en H. FIX-ZAMUDIO y D. VALADÉS (coords.), *Formación y perspectivas del Estado en México*, México, UNAM-El Colegio Nacional, 2010, pp. 155-188.

Este control es una nueva manifestación de la «constitucionalización» o «nacionalización» del Derecho internacional. El «control difuso de convencionalidad» consiste en el deber de los jueces nacionales en realizar un examen de compatibilidad entre los actos y normas nacionales, y la CADH, sus protocolos adicionales, y la jurisprudencia de la Corte IDH que interpreta ese *corpus iuris* interamericano. Lo anterior implica reconocer la fuerza normativa de tipo convencional, que se extiende a los criterios jurisprudenciales emitidos por el órgano internacional que los interpreta. Este nuevo tipo de control tiene sustento, como veremos más adelante, en la propia CADH, en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y ha sido expresamente desarrollado por la jurisprudencia de la Corte IDH dentro de su competencia, como único órgano jurisdiccional del Sistema Interamericano e intérprete «último» y «definitivo» del Pacto de San José.

A) Nacimiento de la nueva doctrina jurisprudencial

Fue establecida por primera vez en el *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Gobierno de Chile*, resuelto el 26 de septiembre de 2006⁸⁸. Esta sentencia se inscribe en la línea de varios fallos de la Corte IDH en casos de leyes de autoamnistía. Se resolvió la invalidez del decreto ley que perdonaba los crímenes de lesa humanidad, en el periodo 1973 a 1979 de la dictadura militar de Augusto Pinochet, debido a que dicho decreto resultaba incompatible con la CADH careciendo de «efectos jurídicos» a la luz de dicho tratado.

Sin embargo, en el fallo también se «avanza» hacia un nuevo tipo de control, teniendo en cuenta la responsabilidad internacional del Estado. Se establece que la obligación legislativa en sede interna, relativa a adoptar disposiciones de conformidad con la CADH alcanza una obligación hacia el Poder Judicial: «de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular. Sin embargo, cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella»⁸⁹.

Lo anterior significa que los jueces no son simples aplicadores de la ley nacional, sino que tienen además, una obligación de realizar una «interpretación convencional», verificando si dichas leyes que aplicarán a un caso particular, resultan «compatibles» con la CADH; de lo contrario su proceder sería contrario al artículo 1.1 de dicho tratado, produciendo una violación internacional, ya que la aplicación de una ley inconventional produce por sí misma una responsabilidad internacional del Estado⁹⁰.

⁸⁸ *Caso Almonacid Arellano vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C, núm. 154, párrafos 123 a 125.

⁸⁹ Párrafo 123 de la sentencia.

⁹⁰ Esto se aplica en general para cualquier órgano del Estado que aplique una ley inconventional. La parte relativa del párrafo 123 de dicha sentencia señala: «El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del Derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho internacional de los derechos humanos, en el sentido de que todo

Así, los jueces nacionales se convierten en «guardianes» de la convencionalidad. La doctrina del «control difuso de convencionalidad»⁹¹ queda reflejada en los párrafos 123 a 125 de dicha sentencia, en los siguientes términos:

«123. La descrita obligación legislativa del artículo 2 de la Convención tiene también la finalidad de facilitar la función del Poder Judicial de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular. Sin embargo, cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella. El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho internacional de los derechos humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana»⁹².

124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. *En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana* (cursiva añadida).

125. En esta misma línea de ideas, esta Corte ha establecido que “[s]egún el Derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el Derecho interno”⁹³. Esta regla ha sido codificada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969».

Si observamos con atención los alcances del «control difuso de convencionalidad», podemos advertir que en realidad no es algo nuevo. Se trata de una especie de «bloque de constitucionalidad» derivado de una constitucionalización del Derecho internacional de los derechos humanos, sea por las reformas que

Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana».

⁹¹ Con anterioridad, tal y como lo expusimos, existen referencias al «control de convencionalidad» en algunos votos concurrentes del juez S. GARCÍA RAMÍREZ. Cfr. sus votos en los *Casos Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, resuelto el 25 de noviembre de 2003, párrafo 27; *Caso Tibi vs. Ecuador*, de 7 de septiembre de 2004, párrafo 3.º; *Caso Vargas Areco vs. Paraguay. Reparaciones y Costas*, de 26 de septiembre de 2006, Serie C, núm. 155, párrafos 6.º y 12.

⁹² Cfr. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 4 de julio de 2006, Serie C, núm. 149, párrafo 172; y *Caso Baldeón García vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de abril de 2006, Serie C, núm. 147, párrafo 140.

⁹³ Cfr. *Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención* (arts. 1 y 2 Convención Americana Sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-14/94, de 9 de diciembre de 1994, Serie A, núm. 14, párrafo 35.

las propias constituciones nacionales han venido realizando o a través de los avances de la jurisprudencia constitucional que la han aceptado. Es una práctica que ya venían realizando algunos tribunales, cortes y salas constitucionales en América Latina, incluso con anterioridad al *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*, como se advierte de los ejemplos de algunas sentencias dictadas por esas altas jurisdicciones y que se reproducen en los párrafos 226 a 232 de la sentencia del *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*⁹⁴. La novedad es que la obligación de aplicar la CADH y la jurisprudencia convencional proviene directamente de la jurisprudencia de la Corte IDH como un «deber» hacia todos los jueces nacionales; de tal manera que ese imperativo representa, en realidad, una especie de «bloqueo de convencionalidad» mínimo para considerar la aplicabilidad del *corpus iuris* interamericano y con ello establecer un «estándar» en el continente o, cuando menos, en los países que han aceptado la competencia contenciosa de dicho Tribunal internacional.

B) Evolución y reiteración

El precedente anterior fue reiterado con ciertos matices, dos meses después, en el *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*⁹⁵. En efecto, en este fallo se invoca el criterio del *Caso Almonacid Arellano* sobre el «control de convencionalidad» y lo «precisa» en tres aspectos: i) elimina la expresión «como una especie» de control de convencionalidad; ii) procede «de oficio» sin necesidad de que las partes lo soliciten, y iii) debe ejercerse dentro del marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, considerando otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia.

Desde entonces se ha venido consolidando la esencia de esta doctrina, al aplicarse en los casos contenciosos siguientes: *La Cantuta vs. Perú* (2006)⁹⁶; *Boyce y otros vs. Barbados* (2007)⁹⁷; *Heliodoro Portugal vs. Panamá* (2008)⁹⁸; *Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos* (2009)⁹⁹; *Manuel Cepeda Vargas vs.*

⁹⁴ *Vid. infra*, epígrafe VI.3.A: Carácter «difuso»: todos los jueces nacionales «deben» ejercerlo.

⁹⁵ *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2006, Serie C, núm. 158, párrafo 128: «Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones» (cursiva añadida).

⁹⁶ *Caso La Cantuta vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de noviembre de 2006, Serie C, núm. 162, párrafo 173.

⁹⁷ *Caso Boyce y otros vs. Barbados. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 de noviembre de 2007, Serie C, núm. 169, párrafo 79.

⁹⁸ *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 12 de agosto de 2008, Serie C, núm. 186, párrafo 180.

⁹⁹ *Caso Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de noviembre de 2009, Serie C, núm. 209, párrafo 339.

Colombia (2010)¹⁰⁰; *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay* (2010)¹⁰¹; *Fernández Ortega y Otros vs. México* (2010)¹⁰²; *Rosendo Cantú y Otra vs. México* (2010)¹⁰³; *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia* (2010)¹⁰⁴; *Vélez Loor vs. Panamá* (2010)¹⁰⁵; *Gomes Lund y Otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil* (2010)¹⁰⁶; *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* (2010)¹⁰⁷; y *Gelman vs. Uruguay*¹⁰⁸.

Además, la doctrina jurisprudencial también se aplicó en la resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia, en los *Casos Fermín Ramírez, y Raxcacó Reyes*, así como en la solicitud de «ampliación de medidas provisionales» de *Raxcacó Reyes y Otros*, todos *vs. Guatemala*¹⁰⁹. Y también ha sido motivo de profundas reflexiones por parte de algunos de los jueces de la Corte IDH al emitir sus votos razonados, como los ex presidentes García Ramírez¹¹⁰, y Cañado Trindade¹¹¹, así como de los jueces *ad hoc* Roberto de Figueiredo Caldas¹¹², y el que escribe¹¹³, votos a los que nos referiremos más adelante.

Debe destacarse que la Corte IDH realiza una precisión de relevancia en el *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. En dicha sentencia se reitera la esencia de la doctrina del «control de convencionalidad» en los siguientes términos:

¹⁰⁰ *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 26 de mayo de 2010, Serie C, núm. 213, párrafo 208, nota 307.

¹⁰¹ *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C, núm. 214, párrafo 311.

¹⁰² *Caso Fernández Ortega y Otros vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de agosto de 2010, Serie C, núm. 215, párrafo 234.

¹⁰³ *Caso Rosendo Cantú y Otra vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2010, Serie C, núm. 216, párrafo 219.

¹⁰⁴ *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de septiembre de 2010, Serie C, núm. 217, párrafo 202.

¹⁰⁵ *Caso Vélez Loor vs. Panamá. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia de 23 de noviembre de 2010, Serie C, núm. 218, párrafo 287.

¹⁰⁶ *Caso Gomes Lund y Otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2010, Serie C, núm. 219, párrafo 106.

¹⁰⁷ *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010, Serie C, núm. 220, párrafo 225.

¹⁰⁸ *Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C, núm. 221, párrafo 193.

¹⁰⁹ Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 9 de mayo de 2008, párrafo 63.

¹¹⁰ Además de los votos razonados referidos *supra* nota 91, *vid.* sus votos posteriores al *leading case Almonacid Arellano*, que emitió reflexionando sobre el «control de convencionalidad»: *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2006, Serie C, núm. 158, párrafos 1.º a 13 del voto razonado, y *Caso Valle Jaramillo y Otros vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de noviembre de 2008, Serie C, núm. 192, párrafo 3.º, del voto razonado.

¹¹¹ *Cfr.* sus votos razonados en los *Casos Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, ibid.*, especialmente los párrafos 2.º y 3.º de su voto; así como en la solicitud de interpretación de sentencia derivada de dicho caso, de 30 de noviembre de 2007, especialmente los párrafos 5.º a 12, 45 y 49, de su voto disidente.

¹¹² *Cfr.* su voto razonado y concurrente en el *Caso Gomes Lund y Otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2010, Serie C, núm. 219, párrafos 4.º y 5.º.

¹¹³ *Cfr.* nuestro voto razonado en el *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010, Serie C, núm. 220.

«225. Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, *todos sus órganos, incluidos sus jueces*, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. *Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles* están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, *los jueces y órganos judiciales vinculados a la administración de justicia* deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana» (cursiva añadida).

Como puede apreciarse, la Corte IDH aclara su doctrina sobre el «control de convencionalidad», al sustituir las expresiones relativas al «Poder Judicial» que aparecían desde el *leading case Almonacid Arellano vs. Chile* (2006), para ahora hacer referencia a que «todos sus órganos» de los Estados que han ratificado la Convención Americana, «incluidos sus jueces», deben velar por el efecto útil del Pacto, y que «los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles» están obligados a ejercer, de oficio, el «control de convencionalidad»; criterio que luego reiteró en el *Caso Gelman vs. Uruguay*, del presente año.

La intencionalidad de la Corte IDH es clara: definir que la doctrina del «control de convencionalidad» se debe ejercer por «todos los jueces», independientemente de su formal pertenencia o no al Poder Judicial y sin importar su jerarquía, grado, cuantía o materia de especialización.

Así, no existe duda de que el «control de convencionalidad» debe realizarse *por cualquier juez o tribunal que materialmente realice funciones jurisdiccionales*, incluyendo, por supuesto, a las Cortes, Salas o Tribunales Constitucionales, así como a las Cortes Supremas de Justicia y demás altas jurisdicciones de los veinticuatro países que han suscrito y ratificado o se han adherido a la CADH¹¹⁴, o por lo menos de los veintiún Estados que han reconocido la competencia contenciosa de la Corte IDH¹¹⁵, de un total de treinta y cinco países que conforman la OEA.

C) Principales características a la luz de su desarrollo jurisprudencial

a) *Carácter «difuso»: todos los jueces nacionales «deben» ejercerlo*

Se trata, en realidad, de un «control difuso de convencionalidad», debido a que *debe ejercerse por todos los jueces nacionales*. Existe, por consiguiente, una asimilación de conceptos del Derecho constitucional, lo cual está presente desde

¹¹⁴ Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominicana, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname, Uruguay y Venezuela. Trinidad y Tobago denunció la CADH.

¹¹⁵ Los Estados citados en la nota anterior, con excepción de Dominicana y Jamaica (que hasta la fecha no han aceptado dicha jurisdicción) y Trinidad y Tobago (por denuncia en 1999).

el origen y desarrollo del Derecho internacional de los derechos humanos, especialmente al crearse las «garantías» y «órganos» internacionales de protección de los derechos humanos. Se advierte claramente una «internacionalización del Derecho constitucional», particularmente al trasladar las «garantías constitucionales» como instrumentos procesales para la tutela de los derechos fundamentales y salvaguarda de la «supremacía constitucional», a las «garantías convencionales» como mecanismos jurisdiccionales y cuasi jurisdiccionales para la tutela de los derechos humanos previstos en los pactos internacionales cuando aquéllos no han sido suficientes, por lo que de alguna manera se configura también una «supremacía convencional».

Una de las manifestaciones de este proceso de «internacionalización» de categorías constitucionales es, precisamente, la concepción difusa de convencionalidad que estamos analizando, ya que parte de la arraigada connotación del «control difuso de constitucionalidad» en contraposición con el «control concentrado» que se realiza en los Estados constitucionales por las altas «jurisdicciones constitucionales», teniendo la última interpretación constitucional los Tribunales, Cortes o Salas Constitucionales o en algunos casos, las Cortes Supremas y otras altas jurisdicciones. En este sentido, el «control concentrado de convencionalidad» lo venía realizando la Corte IDH desde sus primeras sentencias, sometiendo a un examen de convencionalidad los actos y normas de los Estados en un caso particular. Este «control concentrado» lo realizaba, en esencia, la Corte IDH. Ahora se ha extendido dicho «control» a todos los jueces nacionales como un deber de actuación en el ámbito interno (de ahí su carácter «difuso»), si bien conserva la Corte IDH su calidad de «intérprete última de la Convención Americana» cuando no se logre la eficaz tutela de los derechos humanos en el ámbito interno¹¹⁶.

Se trata de un «sistema de control extenso (vertical y general)» como acertadamente lo ha puesto de relieve el ex juez interamericano S. GARCÍA RAMÍREZ. Al respecto, resultan ilustrativas sus reflexiones vertidas en el voto razonado que formuló con motivo de la sentencia emitida en el *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*¹¹⁷:

«4. En otras ocasiones *he cotejado la función de los tribunales internacionales de derechos humanos con la misión de las cortes constitucionales internas*. Estas tienen a su cargo velar por el Estado de Derecho a través del juzgamiento sobre la subordinación de actos de autoridades a la ley suprema de la nación. En el desarrollo de la justicia constitucional ha aparecido una jurisprudencia de principios y valores —principios y valores del sistema democrático— que ilustra el rumbo del Estado, brinda seguridad a los particulares y establece el derrotero y las fronteras en el quehacer de los órganos del Estado. Desde otro ángulo, *el control de constitucionalidad*, como valoración y decisión sobre el acto de autoridad sometido a juicio, se encomienda a un órgano de elevada jerarquía dentro de la estructura jurisdiccional del Estado (*control concentrado*) o se asigna a los diversos órganos jurisdiccionales en lo que respecta a

¹¹⁶ Cfr. E. FERRER MAC-GREGOR, «El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional», en H. FIX-ZAMUDIO y D. VALADÉS (coords.), *Formación y perspectiva del Estado mexicano*, México, El Colegio Nacional-UNAM, 2010, pp. 151-188.

¹¹⁷ *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2006, Serie C, núm. 158, párrafos 4.º, 12 y 13 del voto razonado.

los asuntos de los que toman conocimiento conforme a sus respectivas competencias (*control difuso*).

[...]

12. Este “control de convencionalidad”, de cuyos buenos resultados depende la mayor difusión del régimen de garantías, *puede tener —como ha sucedido en algunos países— carácter difuso*, es decir, quedar en manos de *todos los tribunales* cuando éstos deban resolver asuntos en los que resulten aplicables las estipulaciones de los tratados internacionales de derechos humanos.

13. Esto permitiría trazar un *sistema de control extenso —vertical y general—* en materia de juridicidad de los actos de autoridades —por lo que toca a la conformidad de éstos con las normas internacionales sobre derechos humanos—, sin perjuicio de que la fuente de interpretación de las disposiciones internacionales de esta materia se halle donde los Estados la han depositado al instituir el régimen de protección que consta en la CADH y en otros instrumentos del *corpus iuris* regional. *Me parece que ese control extenso —al que corresponde el “control de convencionalidad”— se halla entre las más relevantes tareas para el futuro inmediato del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos»* (cursiva añadida).

El «control difuso de convencionalidad» convierte al juez nacional en juez interamericano: en un primer y auténtico guardián de la CHDH, de sus Protocolos adicionales (eventualmente de otros instrumentos internacionales) y de la jurisprudencia de la Corte IDH que interpreta dicha normatividad. Tienen los jueces y órganos de impartición de justicia nacionales la importante misión de salvaguardar no sólo los derechos fundamentales previstos en el ámbito interno, sino también el conjunto de valores, principios y derechos humanos que el Estado ha reconocido en los instrumentos internacionales y cuyo compromiso internacional asumió. Los jueces nacionales se convierten en los primeros intérpretes de la normatividad internacional, si se considera el carácter subsidiario, complementario y coadyuvante de los órganos interamericanos con respecto a los previstos en el ámbito interno de los Estados americanos y la «misión» que ahora tienen para salvaguardar el *corpus iuris* interamericano a través de este nuevo «control».

Este proceso evolutivo de recepción nacional del Derecho internacional de los derechos humanos se manifiesta claramente en reformas legislativas trascendentales en los Estados nacionales, al incorporar diversas cláusulas constitucionales para recibir el influjo del Derecho internacional. Así sucede con el reconocimiento de la jerarquía constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos¹¹⁸, o incluso aceptando su carácter de supraconstitucionalidad cuando resulten más favorables¹¹⁹; el reconocimiento de su especificidad en esta materia¹²⁰; la aceptación de los principios *pro homine* o *favor libertatis*

¹¹⁸ De manera explícita, por ejemplo, en Argentina (art. 73) y República Dominicana (art. 74.3, de la nueva Constitución proclamada en enero de 2010). El rango constitucional de los derechos humanos previstos en tratados internacionales se desprende en México, debido a la reciente reforma constitucional al artículo 1.º, que ha llevado a la Suprema Corte a una nueva interpretación del artículo 133 constitucional.

¹¹⁹ Bolivia (art. 256), Ecuador (art. 424) y Venezuela (art. 23).

¹²⁰ Con independencia de la jerarquía normativa que le otorguen, un número importante de textos constitucionales reconocen algún tipo de especificidad de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, por ejemplo en Argentina, Bolivia, Chile, Ecuador, Guatemala, Colombia, Paraguay, Perú, República Dominicana y Venezuela. Además, en las Entidades Federativas mexicanas de Sinaloa y Tlaxcala.

como criterios hermenéuticos nacionales¹²¹; en la incorporación de «cláusulas abiertas» de recepción de otros derechos conforme a la normatividad convencional¹²²; o en cláusulas constitucionales para interpretar los derechos y libertades «conforme» a los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos¹²³, entre otros supuestos¹²⁴. De esta forma las normas convencionales adquieren carácter constitucional.

El desarrollo descrito de incorporación del Derecho internacional de los derechos humanos en sede nacional, también se debe a las propias jurisdicciones domésticas, especialmente a las altas jurisdicciones constitucionales, que progresivamente han privilegiado interpretaciones dinámicas que favorecen y posibilitan la recepción de los derechos humanos previstos en los tratados internacionales¹²⁵. Se forma un auténtico «bloque de constitucionalidad», que si bien varía de país a país, la tendencia es considerar dentro del mismo no sólo a los derechos humanos previstos en los pactos internacionales, sino también a la propia jurisprudencia de la Corte IDH. Así, en algunas ocasiones el «bloque de convencionalidad» queda subsumido en el «bloque de constitucionalidad», por lo que al realizar el «control de constitucionalidad» también se efectúa «control de convencionalidad».

Precisamente la Corte IDH en los párrafos 226 a 232 de la sentencia del *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, ha querido ejemplificar la manera en que tribunales de la «más alta jerarquía» han aplicado y aceptado el «control de convencionalidad» considerando la jurisprudencia interamericana. Representa una manifestación clara de este interesante proceso de «recepción nacional del Derecho internacional de los derechos humanos» y sin lugar a dudas «constituye uno de los rasgos positivos sobresalientes en la hora actual, que conviene reconocer, sostener y acrecentar»¹²⁶.

En dicha sentencia se transcriben pasajes de diversos fallos de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica; del Tribunal Constitucional de

¹²¹ Por ejemplo, en el Perú (art. transitorio 4.º); Ecuador (art. 417); en la nueva Constitución de la República Dominicana, de enero de 2010 (art. 74.4); y recientemente en México (art. 1.º, párr. 2.º).

¹²² Por ejemplo, Brasil (art. 5.LXXVII.2), Bolivia (art. 13.II), Colombia (art. 94), Ecuador (art. 417), Panamá (art. 17), Perú (art. 3.º), República Dominicana (art. 74.1) y Uruguay (art. 72).

¹²³ Por ejemplo, Bolivia (art. 13.IV), Colombia (art. 93), Haití (art. 19); y en México, a nivel federal (art. 1.º, párr. 2.º) y en las Entidades Federativas mexicanas de Sinaloa (art. 4.º bis C) y Tlaxcala (art. 16 B).

¹²⁴ Sobre la «interpretación conforme» con los pactos internacionales, *vid.* J. L. CABALLERO, *La incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en México y España*, México, Porrúa, 2009.

¹²⁵ Dos de las jurisdicciones constitucionales más representativas que desde principios de la década de los noventa han adoptado interpretaciones sobresalientes para favorecer la aplicabilidad de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, son la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica y la Corte Constitucional de Colombia. La primera otorgó carácter supra constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos en la medida en que éstos sean más favorables a los previstos a nivel constitucional. La segunda, al reconocer dentro del «bloque de constitucionalidad» a dichos tratados. Ambas jurisdicciones han tenido importantes desarrollos posteriores en esta materia.

¹²⁶ Párrafo 9.º del voto razonado emitido por el juez S. GARCÍA RAMÍREZ, con motivo de la sentencia referida al *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2006, Serie C, núm. 158.

Bolivia; de la Corte Suprema de Justicia de República Dominicana; del Tribunal Constitucional del Perú; de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina; y de la Corte Constitucional de Colombia. Son algunos ejemplos que permiten comprender esta dinámica de recepción jurisdiccional del Derecho internacional de los derechos humanos y de la jurisprudencia convencional. A continuación se reproducen, por la importancia que tiene para evidenciar la aceptación y práctica del «control difuso de convencionalidad» en América Latina:

«226. Así, por ejemplo, tribunales de la más alta jerarquía en la región se han referido y han aplicado el control de convencionalidad teniendo en cuenta interpretaciones efectuadas por la Corte Interamericana. La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica ha señalado que:

Debe advertirse que si la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano natural para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos [...], la fuerza de su decisión al interpretar la convención y enjuiciar leyes nacionales a la luz de esta normativa, ya sea en caso contencioso o en una mera consulta, tendrá —de principio— el mismo valor de la norma interpretada.

[Sentencia de 9 de mayo de 1995 emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Acción Inconstitucional. Voto 2313-95 (Expediente núm. 0421-S-90), considerando VII.]

227. Por su parte, el Tribunal Constitucional de Bolivia ha señalado que:

En efecto, el Pacto de San José de Costa Rica, como norma componente del bloque de constitucionalidad, est[á] constituido por tres partes esenciales, estrictamente vinculadas entre sí: la primera, conformada por el preámbulo, la segunda denominada dogmática y la tercera referente a la parte orgánica. Precisamente, el capítulo VIII de este instrumento regula a la C[orte] Interamericana de Derechos Humanos, en consecuencia, siguiendo un criterio de interpretación constitucional “sistémico”, debe establecerse que este órgano y por ende las decisiones que de él emanan, forman parte también de este bloque de constitucionalidad.

Esto es así por dos razones jurídicas concretas a saber: 1) El objeto de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y 2) La aplicación de la doctrina del efecto útil de las sentencias que versan sobre Derechos Humanos.

[Sentencia emitida el 10 de mayo de 2010 por el Tribunal Constitucional de Bolivia (Expediente núm. 2006-13381-27-RAC), apartado III.3 sobre «El Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Fundamentos y efectos de las Sentencias emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos».]

228. Asimismo, la Suprema Corte de Justicia de República Dominicana ha establecido que:

En consecuencia, es de carácter vinculante para el Estado dominicano, y, por ende, para el Poder Judicial, no sólo la normativa de la Convención Americana sobre Derechos Humanos sino sus interpretaciones dadas por los órganos jurisdiccionales, creados como medios de protección, conforme el artículo 33 de ésta, que le atribuye competencia para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes.

(Resolución núm. 1920-2003 emitida el 13 de noviembre de 2003 por la Suprema Corte de Justicia de República Dominicana.)

229. De otro lado, el Tribunal Constitucional del Perú ha afirmado que:

La vinculatoriedad de las sentencias de la C[orte Interamericana] no se agota en su parte resolutoria (la cual, ciertamente, alcanza sólo al Estado que es parte en el pro-

ceso), sino que se extiende a su fundamentación o *ratio decidendi*, con el agregado de que, por imperio de la [Cuarta Disposición Final y Transitoria (CDFT)] de la Constitución y el artículo V del Título Preliminar del [Código Procesal Constitucional], en dicho ámbito la sentencia resulta vinculante para todo poder público nacional, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso. En efecto, la capacidad interpretativa y aplicativa de la Convención que tiene la [Corte Interamericana], reconocida en el artículo 62.3 de dicho tratado, aunada al mandato de la CDFT de la Constitución, hace que la interpretación de las disposiciones de la Convención que se realiza en todo proceso, sea vinculante para todos los poderes públicos internos, incluyendo, desde luego, a este Tribunal.

[Sentencia emitida el 21 de julio de 2006 por el Tribunal Constitucional del Perú (Expediente núm. 2730-2006-PA/TC), fundamento 12.]

230. Dicho Tribunal también ha establecido que:

Se desprende la vinculación directa entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y este Tribunal Constitucional; vinculación que tiene una doble vertiente: por un lado, *reparadora*, pues interpretado el derecho fundamental vulnerado a la luz de las decisiones de la Corte, queda optimizada la posibilidad de dispensársele una adecuada y eficaz protección; y, por otro, *preventiva*, pues mediante su observancia se evitan las nefastas consecuencias institucionales que acarrearán las sentencias condenatorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para la seguridad jurídica del Estado peruano.

[Sentencia 00007-2007-PI/TC emitida el 19 de junio de 2007 por el Pleno del Tribunal Constitucional del Perú (Colegio de Abogados del Callao c. Congreso de la República), fundamento 26].

231. La Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina ha referido que las decisiones de la Corte Interamericana “resulta[n] de cumplimiento obligatorio para el Estado Argentino (art. 68.1 CADH)”, por lo cual dicha Corte ha establecido que “en principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho tribunal internacional”.

[Sentencia emitida el 23 de diciembre de 2004 por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, República Argentina (Expediente 224. XXXIX), “Espósito, Miguel Ángel s/incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa”, considerando 6.]

Igualmente, dicha Corte Suprema estableció “que la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” ya que se “trata de una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”.

(Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, Mazzeo, Julio Lilo y otros, recurso de casación e inconstitucionalidad. M. 2333. XLII, y otros de 13 de julio de 2007, párr. 20.)

232. Además, la Corte Constitucional de Colombia ha señalado que en virtud de que la Constitución colombiana señala que los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse “de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”, se deriva “que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituye un criterio her-

menéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales”.

(Sentencia C-010/00 emitida el 19 de enero de 2000 por la Corte Constitucional de Colombia, párr. 6.)».

Si observamos con detenimiento los fallos referidos, puede apreciarse que algunos de los criterios fueron adoptados con anterioridad a la creación pretoriana del «control de convencionalidad» en el *Caso Almonacid Arellano vs. Chile* de 2006, como sucedió con los precedentes de Argentina (2004) Costa Rica (1995), Colombia (2000), República Dominicana (2003) o Perú (2006). Resulta evidente que la Corte IDH crea la doctrina del «control difuso de convencionalidad» advirtiendo la tendencia de la «constitucionalización» o, si se prefiere, «nacionalización»¹²⁷ del «Derecho internacional de los derechos humanos» y particularmente la aceptación de su jurisprudencia convencional como elemento «hermenéutico» y de «control» de la normatividad interna por parte de los propios tribunales internos; es decir, la Corte IDH recibió el influjo de la práctica jurisprudencial de los jueces nacionales para crear la nueva doctrina sobre el «control difuso de convencionalidad».

A su vez, se advierte que varias altas jurisdicciones nacionales incorporaron los parámetros del «control difuso de convencionalidad» debido al reconocimiento de la jurisprudencia de la Corte IDH a partir de la creación de dicha doctrina en el año 2006. Especial mención es el trascendental precedente de la Corte Suprema de Justicia de Argentina del año 2007 (*Caso Mazzeo*)¹²⁸, donde expresa el deber del Poder Judicial local de ejercer el «control de convencionalidad», reproduciendo prácticamente lo expresado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*. En efecto, en el párrafo 21 del referido fallo de la Corte Suprema de Argentina se dice textualmente:

«21. Que, por su parte, la Corte Interamericana ha señalado que “es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un

¹²⁷ Cfr. D. GARCÍA-SAYÁN, «Una viva interacción: Corte Interamericana y Tribunales Internos», en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un Cuarto de Siglo: 1979-2004*, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005, pp. 323-384.

¹²⁸ *Caso Mazzeo, Lulio Lilo y otros s/Recurso de Casación e Inconstitucionalidad*, de 13 de julio de 2007. Sobre este importante fallo y en general sobre el carácter evolutivo de recepción del Derecho internacional por parte de la Corte Suprema de Justicia de Argentina, vid. V. BAZÁN, «El Derecho internacional en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, con particular énfasis en materia de derechos humanos», en *La Ley, Suplemento Extraordinario (75.º Aniversario)*, Buenos Aires, agosto de 2010, pp. 1-17, especialmente sobre el *Caso Mazzeo*, vid. pp. 10, 11 y 16; asimismo, J. C. HITTERS, «Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)», en *Estudios Constitucionales*, Santiago, Centro de Estudios Constitucionales de Chile/Universidad de Talca, año 7, núm. 2, 2009, pp. 109-128; y A. LOIANO, «El marco conceptual del control de convencionalidad en algunos fallos de la Corte Suprema Argentina: *Arancibia Clavel, Simón, Mazzeo*», en S. ALBANESE (coord.), *El control de convencionalidad*, Buenos Aires, Ediar, 2008.

inicio carecen de efectos jurídicos”. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana —CIDH Serie C, núm. 154, *Caso Almonacid*, del 26 de septiembre de 2006, parágrafo 124—».

Recientemente la Suprema Corte de Justicia mexicana, al conocer de las implicaciones para el Poder Judicial de la Federación relativas al cumplimiento de la sentencia del *Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, aceptó el «control difuso de convencionalidad» y lo llevó, incluso, a nuevas interpretaciones constitucionales para aceptar también el «control difuso de constitucionalidad», como veremos más adelante ¹²⁹.

Se produce un interesante influjo entre la Corte IDH y las jurisdicciones nacionales que propicia el «diálogo jurisprudencial» ¹³⁰. Diálogo que incide en la debida articulación y creación de estándares en materia de protección de los derechos humanos en el continente americano o, por lo pronto, en Latinoamérica. El Derecho internacional de los derechos humanos se conjuga con el Derecho constitucional o, si se prefiere, se enlazan el Derecho constitucional internacional y el Derecho internacional de los derechos humanos; lo anterior implica, necesariamente, una capacitación y actualización permanente de los jueces nacionales sobre la dinámica de la jurisprudencia convencional.

En este sentido, cobra relevancia las consideraciones del ex presidente de la Corte IDH, Antônio Augusto Cançado Trindade (actualmente juez de la Corte Internacional de Justicia), al reflexionar sobre el «control de convencionalidad» en su voto razonado con motivo del *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú* ¹³¹:

«3. O sea, los órganos del Poder Judicial de cada Estado Parte en la Convención Americana *deben conocer a fondo y aplicar debidamente no sólo el Derecho Constitucional sino también el Derecho internacional de los derechos humanos; deben ejercer ex officio el control tanto de constitucionalidad como de convencionalidad*, tomados en conjunto, *por cuanto los ordenamientos jurídicos internacional y nacional se encuentran en constante interacción* en el presente dominio de protección de la persona humana» (cursiva añadida).

La doctrina del «control difuso de convencionalidad» establecida por la Corte IDH tiene como destinatarios *a todos los jueces nacionales*, que deben ejercer dicho «control» con independencia de su jerarquía, grado, cuantía o materia de competencia que la normatividad interna les otorgue.

¹²⁹ Expediente Varios 912/2010, resuelto el 14 de julio de 2011. Pendiente de «engrose», es decir, de la redacción final de la resolución. *Vid. infra* «VIII. La recepción del “control difuso de convencionalidad” en México», especialmente el apartado «2. El cumplimiento (parcial) de la sentencia del *Caso Radilla* y su discusión en la Suprema Corte».

¹³⁰ Precisamente *Diálogo Jurisprudencial* es el nombre de la revista semestral que edita conjuntamente el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Fundación Konrad Adenauer Stiftung, desde el segundo semestre de 2006. El objetivo es dar a conocer los fallos de los tribunales nacionales que aplican la jurisprudencia de la Corte IDH y el Derecho internacional de los derechos humanos, y el influjo que a su vez recibe ese Tribunal interamericano por parte de la jurisprudencia nacional.

¹³¹ Párrafo 3.º del voto razonado del juez Antônio Augusto Cançado Trindade.

b) *Intensidad del «control difuso de convencionalidad»: de mayor grado cuando se tiene competencia para inaplicar o declarar la invalidez de una norma general*

Todos los jueces y órganos que realicen funciones jurisdiccionales desde una perspectiva material «deben» ejercer el «control de convencionalidad». Es el mensaje claro que la Corte IDH envía en la sentencia relativa al *Caso Cabrera García y Montiel Flores*. Lo anterior no excluye a los jueces que no pueden realizar «control de constitucionalidad».

En efecto, la precisión de la doctrina relativa a que los jueces deben realizar «de oficio» el control de convencionalidad «evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes»¹³², no puede interpretarse como limitante para ejercer el «control difuso de convencionalidad», sino como una manera de «graduar» la intensidad del mismo. Esto es así, debido a que este tipo de control no implica necesariamente optar por aplicar la normativa o jurisprudencia convencional y dejar de aplicar la nacional, sino implica además y en primer lugar, tratar de armonizar la normativa interna con la convencional, a través de una «interpretación convencional» de la norma nacional.

Así, en los llamados sistemas «difusos» de control de constitucionalidad donde todos los jueces tienen competencia para dejar de aplicar una ley al caso concreto por contravenir la Constitución nacional, el grado de «control de convencionalidad» resulta de mayor alcance, al tener todos los jueces nacionales la atribución de inaplicar la norma inconventional (como recientemente se ha aceptado en México). Este supuesto es un grado intermedio de «control», que operará sólo si no existe una posible «interpretación conforme» de la normatividad nacional con el Pacto de San José (de sus protocolos adicionales o de algunos otros tratados internacionales como veremos más adelante) y de la jurisprudencia convencional. A través de esta «interpretación conforme» se salva la «convencionalidad» de la norma interna. El grado de intensidad máximo del «control de convencionalidad» se puede realizar por las altas jurisdicciones constitucionales (normalmente los últimos intérpretes constitucionales en un determinado sistema jurídico) que generalmente tienen además la facultad de declarar la invalidez de la norma inconstitucional con efectos *erga omnes*. Se trata de una declaración general de invalidez por la inconventionalidad de la norma nacional.

En cambio, el grado de intensidad del «control difuso de convencionalidad» disminuirá en aquellos sistemas donde no se permite el «control difuso de constitucionalidad» y, por consiguiente, no todos los jueces tienen la facultad de dejar de aplicar una ley al caso concreto (como sucedía con anterioridad en México debido a una inadecuada interpretación al art. 133 constitucional). En estos casos es evidente que los jueces que carecen de tal competencia, ejercerán el «control difuso de convencionalidad» con menor intensidad, *sin que ello sig-*

¹³² Precisión que fue realizada a partir del *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2006, Serie C, núm. 158, párrafo 128.

nifique que no puedan realizarlo «en el marco de sus respectivas competencias». Lo anterior implica que no podrán dejar de aplicar la norma (al no tener esa potestad), debiendo, en todo caso, realizar una «interpretación convencional» de la misma, es decir, efectuar una «interpretación conforme», no sólo de la Constitución nacional, sino también de la CADH y de la jurisprudencia convencional. Esta interpretación requiere una actividad creativa para lograr la compatibilidad de la norma nacional conforme al parámetro convencional y así lograr la efectividad del derecho o libertad de que se trate, con los mayores alcances posibles en términos del principio *pro homine*.

En efecto, al realizarse el «examen de compatibilidad convencional», el juez nacional debe siempre aplicar el *principio pro homine* (previsto en el art. 29 del Pacto de San José), que implica, *inter alia*, efectuar la interpretación más favorable para el efectivo goce y ejercicio de los derechos y libertades fundamentales¹³³; pudiendo incluso optar por la interpretación más favorable *en caso de aplicabilidad de la Convención Americana y otros tratados internacionales sobre derechos humanos*. Así lo ha interpretado la propia Corte IDH, al señalar que¹³⁴:

«51. A propósito de la comparación entre la Convención Americana y los otros tratados mencionados, la Corte no puede eludir un comentario acerca de un criterio de interpretación sugerido por Costa Rica en la audiencia del 8 de noviembre de 1985. Según ese planteamiento en la hipótesis de que un derecho recogido en la Convención Americana fuera regulado de modo más restrictivo en otro instrumento internacional referente a los derechos humanos, la interpretación de la Convención Americana debería hacerse tomando en cuenta esas mayores limitaciones porque:

De lo contrario tendríamos que aceptar que lo que es lícito y permisible en el ámbito universal, constituiría una violación en el continente americano, lo que parece evidentemente una afirmación errónea. *Más bien pensamos que en cuanto a interpretación de tratados, puede sentarse el criterio de que las reglas de un tratado o convención deben interpretarse en relación con las disposiciones que aparezcan en otros tratados que versen sobre la misma materia. También puede definirse el criterio de que las normas de un tratado regional, deben interpretarse a la luz de la doctrina y disposiciones de los instrumentos de carácter universal* (cursiva añadida).

En verdad, frecuentemente es útil, como acaba de hacerlo la Corte, comparar la Convención Americana con lo dispuesto en otros instrumentos internacionales como medio para poner de relieve aspectos particulares de la regulación de un determinado derecho, pero tal método no podría emplearse nunca para incorporar a la Convención criterios restrictivos que no se desprendan directamente de su texto, por más que estén presentes en cualquier otro tratado internacional.

¹³³ Este precepto señala: «Artículo 29. Normas de Interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza».

¹³⁴ *Opinión Consultiva OC-5/85*. 13 de noviembre de 1985, Serie A, núm. 5, relativa a *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (arts. 13 y 29 *Convención Americana sobre Derechos Humanos*), párrafos 51 y 52.

52. La anterior conclusión se deduce claramente del artículo 29 de la Convención, que contiene las normas de interpretación, cuyo literal *b)* indica que ninguna disposición de la Convención, puede ser interpretada en el sentido de:

Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados.

En consecuencia, si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana. Si la propia Convención establece que sus regulaciones no tienen efecto restrictivo sobre otros instrumentos internacionales, menos aún podrán traerse restricciones presentes en esos otros instrumentos, pero no en la Convención, para limitar el ejercicio de los derechos y libertades que ésta reconoce».

En caso de incompatibilidad absoluta, donde no exista «interpretación convencional» posible, si el juez carece de facultades para desaplicar la norma, podrá plantear (si tiene esa competencia) «la duda de inconventionalidad» ante otros órganos jurisdiccionales competentes dentro del mismo sistema jurídico nacional que puedan ejercer el «control de convencionalidad» con mayor intensidad, y si no tuviera esa competencia, estimamos que cuando menos debería «señalar» en su argumentación la inconventionalidad de la norma que aplica. Así, los órganos jurisdiccionales revisores tendrán que ejercer dicho «control» y desaplicar la norma o bien declarar la invalidez de la misma por resultar inconventional, según la competencia de cada juez o tribunal.

Lo que no parece razonable y estaría fuera de los parámetros interpretativos de la Corte IDH, es que ningún órgano nacional tenga competencia para ejercer el «control difuso de convencionalidad» con intensidad fuerte, es decir, dejar de aplicar la norma al caso particular o con efectos generales como resultado de la inconventionalidad de la misma, ya que de lo contrario se produciría una responsabilidad internacional del Estado. No debe perderse de vista lo estipulado en los artículos 1 y 2 de la CADH, relativos a la obligación de respetar los derechos humanos y el deber de adoptar disposiciones de Derecho interno. Como lo ha señalado la propia Corte IDH, este último dispositivo tiene también «la finalidad de facilitar la función del Poder Judicial de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular»¹³⁵ en situaciones que involucren derechos fundamentales. De tal manera que la Corte IDH, precisamente en el *Caso Almonacid Arellano* que da origen a la doctrina del «control difuso de convencionalidad», es enfática al establecer en su párrafo 123 que:

«Cuando el legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, *el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella*. El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención *produce responsabilidad internacional del Estado*, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho internacional de los derechos humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos

¹³⁵ *Caso Almonacid Arellano vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C, núm. 154, párrafo 123.

internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana¹³⁶» (cursiva añadida).

Así, el «control difuso de convencionalidad» si bien se ejerce por todos los jueces nacionales, tiene diferentes grados de intensidad y realización, de conformidad con «el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes». En principio, corresponde a todos los jueces y órganos jurisdiccionales realizar una «interpretación» de la norma nacional a la luz de la CADH, de sus Protocolos adicionales (y eventualmente de otros tratados), así como de la jurisprudencia de la Corte IDH y siempre con la regla interpretativa del principio *pro homine* a que refiere el artículo 29 del Pacto de San José; en ese primer grado de intensidad se escogerá la interpretación conforme con los parámetros convencionales y, por consiguiente, se desecharán (controlarán) aquellas interpretaciones inconvencionales o que sean de menor efectividad en el goce y protección del derecho o libertad respectivo; existe, en este sentido, un parangón con la «interpretación conforme» con la Constitución que realizan los jueces nacionales, especialmente los jueces constitucionales. En segundo término, y sólo si no puede salvarse la convencionalidad de la norma interna, el «control difuso de convencionalidad» debe realizarse con mayor intensidad, sea inaplicando la norma al caso particular, o bien declarando su invalidez con efectos generales, como resultado de su inconvencionalidad, de acuerdo con las respectivas competencias de cada juez nacional.

c) *Debe ejercerse «de oficio»: sea invocado o no por las partes*

Esta característica del «control difuso de convencionalidad» constituye una precisión de la doctrina original. Se estableció en el *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y Otros) vs. Perú*¹³⁷, dos meses después del *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*, y a partir de entonces se ha mantenido firme en la jurisprudencia de la Corte IDH. Consiste en la posibilidad de ejercer dicho control por los jueces nacionales, *con independencia de que las partes lo invoquen*. En realidad constituye un complemento del carácter «difuso» de dicho control. Si en la anterior característica del «control difuso de convencionalidad» se establecía la intencionalidad de la Corte IDH de que se «debe» ejercer por cualquier juez, con independencia de su jerarquía, grado, cuantía o materia de especialización (de donde deriva que sea un «control difuso»), ahora se acentúa dicho carácter al especificar que además se ejerce «de oficio», lo que implica que en cualquier circunstancia los jueces deben realizar dicho control, ya que «esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de pudorantes en cada caso concreto»¹³⁸.

Pudiera suceder, incluso, que en el ámbito interno procedan recursos o medios de defensa adecuados y eficaces para combatir la falta o inadecuado ejerci-

¹³⁶ Cfr. *Caso Ximenes Lopes, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 4 de julio de 2006, Serie C, núm. 149, párrafo 172; y *Caso Baldeón García vs. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de abril de 2006, Serie C, núm. 147, párrafo 140.

¹³⁷ *Id.*

¹³⁸ Párrafo 128, *in fine*, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2006, Serie C, núm. 158, nota 15.

cio del «control difuso de convencionalidad» por algún juez (por ejemplo, a través de una apelación, recurso de casación o proceso de amparo), al no haberse realizado *ex officio* dicho control. Se trata de una nueva vertiente del principio *iura novit curia* (*el juez conoce el Derecho y la jurisprudencia convencional*).

**d) Parámetro del «control difuso de convencionalidad»:
el «Bloque de Convencionalidad»**

a) *Contenido del «bloque de convencionalidad»*. En principio, el parámetro del «control difuso de convencionalidad» por parte de los jueces nacionales (con independencia de si ejercen o no control de constitucionalidad), es el Pacto de San José y la jurisprudencia de la Corte IDH que la interpreta. La última parte de la doctrina jurisprudencial respectiva así lo prevé:

«En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia *deben tener en cuenta no solamente el tratado [Pacto de San José], sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana*»¹³⁹ (cursiva añadida).

No obstante, la propia «jurisprudencia» de la Corte IDH ha ido ampliando el *corpus iuris* interamericano en materia de derechos humanos para fundamentar sus fallos. No debe pasar inadvertido que es el propio Pacto de San José el que permite incluir «en el régimen de protección de esta Convención otros derechos y libertades que sean reconocidos de acuerdo con los artículos 76 y 77», lo que ha permitido que se aprueben diversos Protocolos «adicionales» (a la Convención Americana) y sean interpretados por este Tribunal interamericano. Asimismo, el propio Pacto establece como norma interpretativa que no se puede excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y «otros actos internacionales de la misma naturaleza»¹⁴⁰.

Sobre el particular, resultan ilustrativas las reflexiones del juez GARCÍA RAMÍREZ, en su voto razonado emitido con motivo del *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, precisamente al analizar el parámetro del «control de convencionalidad»¹⁴¹:

«En la especie, al referirse a un “control de convencionalidad” la Corte Interamericana ha tenido a la vista la aplicabilidad y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José. Sin embargo, *la misma función se despliega, por idénticas razones, en lo que toca a otros instrumentos de igual naturaleza, integrantes del corpus iuris convencional de los derechos humanos de los que es parte el Estado: Protocolo de San Salvador, Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, Convención de Belém do Pará para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer, Convención sobre Desaparición Forzada, etc.* De lo que se trata es de que haya conformidad entre los actos internos y los compromisos internacionales contraídos por el Estado» (cursiva añadida).

¹³⁹ *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010, Serie C, núm. 220, párrafo 227.

¹⁴⁰ Artículo 29, inciso d). *Vid. supra* nota 133.

¹⁴¹ Párrafo 3.º del voto razonado del juez S. GARCÍA RAMÍREZ, respecto de la sentencia del caso citado, de 24 de noviembre de 2006.

Lo anterior refleja que, en realidad, el parámetro del «control difuso de convencionalidad» no sólo comprende la CADH, sino también los «Protocolos» adicionales a la misma, así como otros instrumentos internacionales que han sido motivo de integración al *corpus iuris* interamericano por parte de la jurisprudencia de la Corte IDH. El objeto de su mandato —dice el propio Tribunal interamericano en un fallo reciente— «es la aplicación de la Convención Americana y de otros tratados que le otorguen competencia»¹⁴² y, por consiguiente, la interpretación de dichos tratados.

b) *La jurisprudencia convencional.* Para efectos del parámetro del «control difuso de convencionalidad», por «jurisprudencia» debe comprenderse toda interpretación que la Corte IDH realice a la Convención Americana, a sus Protocolos adicionales, y a otros instrumentos internacionales de la misma naturaleza que sean integrados a dicho *corpus iuris* interamericano, materia de competencia del Tribunal interamericano. Se trata, por supuesto, de una interpretación constante sobre la interpretación del *corpus iuris* interamericano.

No debe perderse de vista que «los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales»¹⁴³. Precisamente en la Opinión Consultiva OC-16/99, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, sobre «el derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal», la Corte IDH estableció que¹⁴⁴:

«El *corpus iuris* del Derecho internacional de los derechos humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones. Por tanto, esta Corte debe adoptar un criterio adecuado para considerar la cuestión sujeta a examen en el marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el Derecho internacional contemporáneo» (cursiva añadida).

Las «interpretaciones» a esta normatividad convencional no sólo comprenden las realizadas en las sentencias pronunciadas en los «casos contenciosos», sino también las interpretaciones efectuadas en las demás resoluciones que emita¹⁴⁵. Así, quedan comprendidas las interpretaciones realizadas al resolver sobre «medidas provisionales»; sobre «supervisión de cumplimiento de sentencias» o, incluso, sobre la instancia de solicitud de «interpretación de la sentencia» en términos del artículo 67 del Pacto de San José. Asimismo, debe comprender las

¹⁴² Cfr. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de septiembre de 2010, Serie C, núm. 217, párrafo 199.

¹⁴³ OC-16/99, de 1 de octubre de 1999, párrafo 114.

¹⁴⁴ *Ibid.*, párrafo 115.

¹⁴⁵ En términos del artículo 29 del Reglamento de la Corte Interamericana, vigente a partir del 1 de enero de 2010, que establece: «Artículo 31. Resoluciones. 1. Las sentencias y las resoluciones que pongan término al proceso son de la competencia exclusiva de la Corte. 2. Las demás resoluciones serán dictadas por la Corte, si estuviere reunida; si no lo estuviere, por la Presidencia, salvo disposición en contrario. Toda decisión de la Presidencia, que no sea de mero trámite, es recurrible ante la Corte. 3. Contra las sentencias y resoluciones de la Corte no procede ningún medio de impugnación».

interpretaciones derivadas de las «opiniones consultivas» a que se refiere el artículo 64 del citado Pacto, debido, precisamente, a que tiene como finalidad «la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos»¹⁴⁶.

Se forma de esta manera un auténtico «bloque de convencionalidad» como parámetro para ejercer el «control difuso de convencionalidad». Los jueces nacionales deben atender a este «bloque» como un estándar mínimo, lo que implica, por parte de ellos, una permanente actualización de la jurisprudencia de la Corte IDH y propicia una «viva interacción» entre las jurisdicciones nacionales y la interamericana, con la finalidad última establecer estándares en nuestra región a manera a manera de un *ius commune* para la protección efectiva de los derechos humanos.

El juez nacional, por consiguiente, debe aplicar la jurisprudencia convencional incluso la que se crea en aquellos asuntos donde no sea parte el Estado nacional al que pertenece, ya que lo que define la integración de la jurisprudencia de la Corte IDH es la interpretación que ese Tribunal interamericano realiza del *corpus iuris interamericano* con la finalidad de crear un estándar en la región sobre su aplicabilidad y efectividad¹⁴⁷. Lo anterior lo consideramos de la mayor importancia para el sano entendimiento del «control difuso de convencionalidad», pues pretender reducir la obligatoriedad de la jurisprudencia convencional sólo a los casos donde el Estado ha sido «parte material» (como lo ha establecido por mayoría de votos la Suprema Corte de Justicia mexicana al analizar el cumplimiento del *Caso Radilla*), equivaldría a nulificar la esencia misma de la propia CADH, cuyos compromisos asumieron los Estados nacionales al haberla suscrito y ratificado o adherido a la misma, y cuyo incumplimiento produce responsabilidad internacional.

En efecto, la «fuerza normativa» de la CADH alcanza a la interpretación que de la misma realice la Corte IDH, como único órgano jurisdiccional del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos e intérprete «último» y «definitivo» de dicho Pacto. La interpretación emprendida por el Tribunal interamericano a las disposiciones convencionales *adquiere la misma eficacia que poseen éstas*, ya que en realidad las «normas convencionales» constituyen el resultado de la «interpretación convencional» que emprende la Corte IDH como órgano «judicial autónomo cuyo objetivo es la aplicación e *interpretación*»¹⁴⁸ del *corpus iuris* interamericano. Dicho en otras palabras, el resultado de la interpretación de la Convención Americana conforma la jurisprudencia de la misma; es

¹⁴⁶ Cfr. *Opinión Consultiva OC-1/82*. 24 de septiembre de 1982, Serie A, núm. 1, relativa a «Otros Tratados» objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), presentada por el gobierno del Perú.

¹⁴⁷ De esta manera, por ejemplo, pueden formar parte de su jurisprudencia los estándares establecidos por la Corte Europea de Derechos Humanos, tratados internacionales del sistema universal, las resoluciones de los Comités de Naciones Unidas, las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos o incluso los informes de los relatores especiales de la OEA o de Naciones Unidas, entre otros, siempre y cuando la Corte IDH los utilice y los haga suyos para formar su interpretación del *corpus iuris interamericano* y crear la norma convencional interpretada como estándar interamericano.

¹⁴⁸ Artículo 1.º del Estatuto de la Corte IDH, aprobado por resolución núm. 448 de la Asamblea General de la OEA, en la Paz, Bolivia (octubre de 1979).

decir, «constituyen normas que derivan de la CADH, de lo cual se obtiene que gocen de la misma eficacia (directa) que tiene dicho tratado internacional»¹⁴⁹.

e) Efectos del «control difuso de convencionalidad»: retroactivos cuando sea necesario para lograr la plena efectividad del derecho o libertad

Como hemos sostenido al analizar los grados de intensidad del «control difuso de convencionalidad», el resultado del examen de compatibilidad entre la norma nacional y el «bloque de convencionalidad», consiste en dejar «sin efectos jurídicos» aquellas interpretaciones inconventionales o las que sean menos favorables; o bien, cuando no pueda lograrse interpretación convencional alguna, la consecuencia consiste en «dejar sin efectos jurídicos» la norma nacional, ya sea en el caso particular o con efectos generales realizando la declaración de invalidez de conformidad con las atribuciones del juez que realice dicho control.

Lo anterior tiene un mayor grado de complejidad cuando la normatividad nacional sólo permite la declaración general de la norma para el futuro (efectos *ex nunc*) y no hacia el pasado (*ex tunc*), ya que pareciera que la intencionalidad de la Corte IDH en el momento en que se crea la doctrina del «control difuso de convencionalidad» es que la norma inconventional carezca de efectos jurídicos «desde un inicio»¹⁵⁰; precedente que siguió reiterando en casos posteriores, especialmente en asuntos relacionados con leyes de autoamnistía¹⁵¹ o en otros supuestos¹⁵². Sin embargo, este criterio no ha sido constante por la Corte IDH y depende del caso concreto¹⁵³.

¹⁴⁹ E. FERRER MAC-GREGOR y F. SILVA GARCÍA, «Homicidios de mujeres por razón de género. El Caso Campo Algodonero», en A. VON BOGDANDY, E. FERRER MAC-GREGOR y M. MORALES ANTONIAZZI (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización: ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune in América Latina?*, México, UNAM-Max Planck Institut, 2010, t. II, pp. 259-333, en pp. 296-297.

¹⁵⁰ Cfr. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C, núm. 154, párrafo 124.

¹⁵¹ Por ejemplo, en el *Caso La Cantuita vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de noviembre de 2006, Serie C, núm. 162, párrafo 174: «En ese marco de interpretación, la controversia subsistente debe ser ubicada en aquella primera vertiente de medidas que deben ser adoptadas para adecuar la normativa interna a la Convención. Para efectos de la discusión planteada, es necesario precisar que la Corte consideró que en Perú dichas leyes de autoamnistía son *ab initio* incompatibles con la Convención; es decir, su promulgación misma «constituye *per se* una violación de la Convención» por ser «una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado parte» en dicho tratado. Ese es el *rationale* de la declaratoria con efectos generales realizado por la Corte en el caso *Barrios Altos*. De ahí que su aplicación por parte de un órgano estatal en un caso concreto, mediante actos normativos posteriores o su aplicación por funcionarios estatales, constituya una violación de la Convención». Asimismo, en el *Caso Gomes Lund y Otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2010, Serie C, núm. 219, párrafo 106.

¹⁵² Por ejemplo, en el *Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de noviembre de 2009, Serie C, núm. 209, párrafo 339; así como en el reciente *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de septiembre de 2010, Serie C, núm. 217, párrafo 202.

¹⁵³ Cfr., por ejemplo, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2006, Serie C, núm. 158, párrafo 128; *Caso Comunidad Indígena Xármok Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C, núm. 214, párrafo 311; *Caso Fernández Ortega y otros. vs. México. Excepción Preliminar, Fondo,*

Estimamos que la Corte IDH tendrá, en el futuro, que definir con mayor precisión este delicado aspecto sobre la temporalidad de los efectos de la norma nacional inconvencional debido a que su jurisprudencia no lo aclara. No debe soslayarse que, por principio, toda violación a los derechos humanos debe tener un efecto reparador en su integridad y, por consecuencia, tener efectos hacia el pasado cuando así se requiera para lograr dicho objetivo.

Lo anterior se fundamenta en el artículo 63.1 de la Convención Americana, al establecer que:

«Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá *que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados*. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, *que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos* y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada» (cursiva añadida).

Si bien el citado precepto se refiere a las atribuciones de la Corte IDH, *mutatis mutandi*, debe aplicarse por los jueces nacionales debido a que también son jueces interamericanos cuando realizan el «control difuso de convencionalidad» (norma convencional que ahora en el sistema mexicano goza de rango constitucional conforme el primer párrafo del art. 1.º del texto fundamental). Y ello implica garantizar, en la medida de lo posible, el efectivo goce del derecho o libertad violado. Lo anterior conduce a afirmar que, en determinados supuestos, deben repararse *las consecuencias* de la norma inconvencional, lo cual sólo se puede lograr teniendo «sin efectos» dicha norma nacional desde su vigencia y no a partir de la inaplicación o declaración inconvencional de la misma.

En otras palabras, dicha retroactividad resulta indispensable en algunos casos para lograr un adecuado goce y disfrute del correspondiente derecho o libertad. Esta afirmación, además, es acorde con la propia jurisprudencia de la Corte IDH al interpretar el citado artículo 63.1 del Pacto de San José, toda vez que ha considerado que cualquier violación de una obligación internacional que haya producido daño comparte el deber de repararlo «adecuadamente»¹⁵⁴; lo cual constituye «uno de los principios fundamentales del Derecho internacional contemporáneo sobre responsabilidad de un Estado»¹⁵⁵.

Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010, Serie C, núm. 215, párrafo 234; *Rosendo Cantú y Otra vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2010, Serie C, núm. 216, párrafo 234; y *Caso Vélez Loor vs. Panamá. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia de 23 de noviembre de 2010, Serie C, núm. 218, párrafo 287.

¹⁵⁴ Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo*. Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C, núm. 4, párrafo 25; *Caso Chitay Nech y Otros vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de mayo de 2010, Serie C, núm. 212, párrafo 227; y *Caso Manuel Cepeda Vargas. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 26 de mayo de 2010, Serie C, núm. 213, párrafo 211.

¹⁵⁵ Cfr. *Caso Castillo Páez vs. Perú. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de noviembre de 1998, Serie C, núm. 43, párrafo 43; *Caso Chitay Nech y Otros vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de mayo de 2010, Serie C, núm. 212, párrafo 227, y *Caso Manuel Cepeda Vargas. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 26 de mayo de 2010, Serie C, núm. 213, párrafo 211.

D) Fundamento jurídico del «control difuso de convencionalidad»: el Pacto de San José y la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados

Desde el comienzo de la doctrina jurisprudencial de este tipo de control, en el *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*¹⁵⁶, se estableció:

«124. [...] Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar *porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin* [...]».

125. En esta misma línea de ideas, esta Corte ha establecido que “[s]egún el Derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de *buen fe* y no puede invocarse para su incumplimiento el Derecho interno”. Esta regla ha sido codificada en *el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969*» (cursiva añadida).

Los principios de Derecho internacional relativos a la Buena Fe y al *Effet Utile*, que involucra a su vez al principio *Pacta Sunt Servanda*, constituyen fundamentos internacionales para que los tratados internacionales sean cumplidos por parte de los Estados nacionales, y han sido constantemente reiterados por la jurisprudencia de la Corte IDH en los casos sometidos bajo su competencia, sea en la instancia consultiva, como en casos contentiosos. Este Tribunal interamericano ha establecido, en la Opinión Consultiva 14/94, de 9 de diciembre de 1994, sobre la responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias del Pacto de San José¹⁵⁷, los alcances interpretativos de los artículos 1¹⁵⁸ y 2¹⁵⁹ de la CADH. Se consideró que la obligación de dictar las medidas que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos en dicho Pacto comprende la de no dictarlas cuando ellas conduzcan a violarlos, y también a adecuar la normatividad inconvencional existente, fundamentando que descansa en un principio general del Derecho internacional, relativo a que las obligaciones deben ser cumplidas de «buena fe» y no puede invocarse para su incumplimiento el Derecho interno; lo cual ha sido recogido por tribunales internacionales, como la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia, y también ha sido codificado en los artículos 26¹⁶⁰ y

¹⁵⁶ Párrafo 125, *Almonacid*.

¹⁵⁷ *Cfr. Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana Sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-14/94, de 9 de diciembre de 1994, Serie A, núm. 14.

¹⁵⁸ «Artículo 1. *Obligación de Respetar los Derechos*. 1. Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social».

¹⁵⁹ «Artículo 2. *Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno*. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere 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 fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades».

¹⁶⁰ «Artículo 26. *Pacta sunt servanda*. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe».

27¹⁶¹ de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), vigente en nuestro país desde enero de 1980.

La obligación del cumplimiento del Derecho convencional obliga a todas las autoridades y órganos nacionales, con independencia de su pertenencia a los poderes legislativo, ejecutivo o judicial, toda vez que el Estado responde en su conjunto y adquiere responsabilidad internacional ante el incumplimiento de los instrumentos internacionales que ha asumido. Como lo ha expresado GARCÍA RAMÍREZ:

«27. Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, *el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno.* No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio —sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto— y *sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del «control de convencionalidad»* que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional»¹⁶² (cursiva añadida).

De esta manera, los jueces de los Estados parte de la CADH también se encuentran obligados al cumplimiento de la normatividad convencional y la doctrina del «control difuso de convencionalidad» les facilita esta labor, para realizar interpretaciones de las disposiciones nacionales (incluidas las del texto constitucional) que sean conforme al *corpus iuris* interamericano a través de una interpretación conforme armónica; incluso a no aplicar aquéllas que contravengan de manera absoluta el referido «bloqueo de convencionalidad», para evitar de esa forma que el Estado al que pertenecen sea responsable internacionalmente por violar compromisos internacionales adquiridos en materia de derechos humanos.

El «control difuso de convencionalidad», además, tiene fundamento en el artículo 29 del Pacto de San José, en la medida en que todos los poderes u órganos de los Estados signatarios de dicho instrumento internacional, incluidos los jueces y órganos de administración de justicia, se encuentran obligados, a través de sus interpretaciones, a permitir de la manera más amplia posible el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en dicho Pacto y de sus protocolos adicionales (y de otros instrumentos internacionales en los términos antes analizados)¹⁶³, lo cual implica, a su vez, interpretaciones restrictivas cuando se trate de limitaciones a los mismos, y siempre a la luz de la jurisprudencia de la Corte IDH.

No pasa inadvertido que el artículo 68.1 establece que los Estados parte del Pacto de San José «*se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso*

¹⁶¹ «Artículo 27. *El Derecho interno y la observancia de los tratados.* Una parte no podrá invocar las disposiciones de su Derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46».

¹⁶² Cfr. párrafo 27 de su voto razonado con motivo del *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, vid. *supra* nota 83.

¹⁶³ Vid. *supra* VII.3.D: «Parámetro del “control difuso de convencionalidad”: El “Bloqueo de Convencionalidad”».

en que sean partes» (cursiva añadida). Lo anterior no puede ser limitante para que la jurisprudencia de la Corte IDH adquiera «eficacia directa» en todos los Estados nacionales que han reconocido expresamente su jurisdicción, con independencia de que derive de un asunto donde no han participado formalmente como «parte material», ya que al ser la Corte IDH el único órgano jurisdiccional internacional del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, cuya función esencial es la aplicación e interpretación de la Convención Americana, *sus interpretaciones adquieren el mismo grado de eficacia del texto convencional*. En otras palabras, la norma convencional que deben aplicar los Estados es el resultado de la interpretación de las disposiciones del Pacto de San José (y sus protocolos adicionales, así como de otros instrumentos internacionales derivada de su propia competencia).

Las interpretaciones que realiza la Corte IDH se proyectan hacia dos dimensiones: i) en lograr su eficacia en el caso particular *con efectos subjetivos*, y ii) en establecer la eficacia general *con efectos de norma interpretada*. De ahí la lógica y necesidad de que el fallo, además de notificarse al Estado parte en la controversia particular, deba también ser «transmitido a los Estados parte de la Convención»¹⁶⁴, para que tengan pleno conocimiento del contenido normativo convencional derivado de la interpretación de la Corte IDH, en su calidad de «intérprete última» y «definitiva» del *corpus iuris* interamericano.

8. LA RECEPCIÓN DEL «CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD» EN MÉXICO

1. *Aplicabilidad de la doctrina general*. Las anteriores características de la doctrina jurisprudencial del «control difuso de convencionalidad» aplican para el sistema jurisdiccional mexicano. Hasta la fecha se ha reiterado en cuatro casos relativos a demandas contra el Estado mexicano: *Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos* (2009)¹⁶⁵; *Fernández Ortega y Otros vs. México* (2010)¹⁶⁶; *Rosendo Cantú y Otra vs. México* (2010)¹⁶⁷, y *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* (2010)¹⁶⁸.

Al haber ratificado nuestro país la CADH (1981)¹⁶⁹ y al haber aceptado la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH (1998)¹⁷⁰, estas sentencias interna-

¹⁶⁴ Artículo 69 de la CADH.

¹⁶⁵ Párrafos 338 a 342.

¹⁶⁶ Párrafos 233 a 238.

¹⁶⁷ Párrafos 218 a 223.

¹⁶⁸ Párrafos 225 a 235.

¹⁶⁹ La CADH fue suscrita en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos; entrando en vigor el 18 de julio de 1978, conforme el artículo 74.2 de la propia Convención. La vinculación de México es a partir del 24 de marzo de 1981. Publicación en el *Diario Oficial de la Federación* de 7 de mayo de ese mismo año.

¹⁷⁰ El instrumento de aceptación expresa de la competencia contenciosa de la Corte IDH por parte del Estado mexicano, fue depositado ante el secretario general de la OEA el 16 de diciembre de 1998 (de conformidad con el art. 61.2 de la CADH). El decreto promulgatorio apareció en el *Diario Oficial de la Federación* de 24 de febrero de 1999 (con fe de erratas al día siguiente). La Cámara de Senadores del Congreso de la Unión aprobó la declaración de la competencia contenciosa de dicho Tribunal interamericano el 1 de diciembre de 1998, de conformidad con el decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 8 de diciembre de ese mismo año.

cionales deben ser cumplidas ¹⁷¹, y las mismas adquieren carácter «definitivo e inapelable» ¹⁷²; sin que pueda invocarse ninguna disposición de Derecho interno o criterio jurisprudencial como justificación para su incumplimiento, toda vez que los pactos internacionales obligan a los Estados partes y sus normas deben ser cumplidas, en términos de los artículos 26 y 27 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados ¹⁷³, suscrito también por el Estado mexicano y vigente desde enero de 1980.

De esta manera, el «control difuso de convencionalidad» implica que todos los jueces y órganos mexicanos vinculados a la administración de justicia *en todos los niveles*, pertenecientes o no al Poder Judicial, con independencia de su jerarquía, grado, cuantía o materia de especialización, están obligados, de oficio, a realizar un ejercicio de compatibilidad entre los actos y normas nacionales, con la CADH, sus Protocolos adicionales (y algunos otros instrumentos internacionales), así como con la jurisprudencia de la Corte IDH, formándose un «bloque de convencionalidad» en los términos analizados con antelación ¹⁷⁴. Lo anterior debido a que ¹⁷⁵:

«[...] no sólo la supresión o expedición de las normas en el Derecho interno garantizan los derechos contenidos en la Convención Americana, de conformidad a la obligación comprendida en el artículo 2 de dicho instrumento. También se requiere el desarrollo de prácticas estatales conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma. *En consecuencia, la existencia de una norma no garantiza por sí misma que su aplicación sea adecuada. Es necesario que la aplicación de las normas o su interpretación, en tanto prácticas jurisdiccionales y manifestación del orden público estatal, se encuentren ajustadas al mismo fin que persigue el artículo 2 de la Convención* ¹⁷⁶. En términos prácticos, *la interpretación del artículo 13 de la Constitución Política mexicana debe ser coherente con los principios convencionales y constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia*, contenidos en el artículo 8.1 de la Convención Americana y las normas pertinentes de la Constitución mexicana» (cursiva añadida).

En este sentido, los jueces o tribunales que materialmente realicen actividades jurisdiccionales, sean de la competencia local o federal, necesariamente

¹⁷¹ Artículo 68.1 de la CADH: «Los Estados partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la corte en todo caso en que sean partes».

¹⁷² Artículo 67 de la CADH: «El fallo de la Corte será definitivo e inapelable [...]». Dentro de los noventa días siguientes a partir de la fecha de la notificación de la resolución, pueden las partes solicitar a la Corte IDH la interpretación del mismo, sin que ello implique modificar el sentido del fallo, de conformidad con la segunda parte del referido precepto del Pacto de San José.

¹⁷³ *Vid.* estos preceptos *supra* notas 160 y 161.

¹⁷⁴ *Vid. supra* VII.3.D: «Parámetro del «control difuso de convencionalidad»: El «Bloque de Convencionalidad».

¹⁷⁵ *Caso Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 23 de noviembre de 2009, Serie C, núm. 209, nota 19, párrafo 338; *Caso Fernández Ortega y Otros vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 30 de agosto de 2010, Serie C, núm. 215, párrafo 233; y *Caso Rosendo Cantú y Otra vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 31 de agosto de 2010, Serie C, núm. 216, párrafo 218.

¹⁷⁶ *Cfr. Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 27 de noviembre de 1998, Serie C, núm. 43, párrafo 207; *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 4 de julio de 2006, Serie C, núm. 149, párrafo 83, y *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C, núm. 154, párrafo 118.

deben ejercer el «control difuso de convencionalidad» para lograr interpretaciones conformes con el *corpus iuris* interamericano. En caso de incompatibilidad absoluta de la norma nacional con el parámetro convencional, *debe inaplicarse* para que prevalezcan aquéllas y lograr de esta manera la efectividad del derecho o libertad de que se trate. Lo anterior aplica también para los jueces locales, de conformidad con la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 133 vigente, que a la letra dispone¹⁷⁷:

«Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y *todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma*, celebrados y que se celebren por el presidente de la República, con aprobación del Senado, serán *la Ley Suprema de toda la Unión*. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados» (cursiva añadida).

Como puede advertirse de la última parte de esta norma constitucional, los jueces locales aplicarán «la Ley Suprema de toda la Unión» (donde se encuentran los tratados internacionales) cuando exista incompatibilidad con alguna otra norma que no integre dicha «Ley Suprema»; lo que implica que los jueces del fuero local deben, incluso, desaplicar la norma incompatible con ese «bloqueo de constitucionalidad». En otras palabras, es el propio texto constitucional el que otorga facultades a los jueces del fuero común para ejercer el «control difuso de constitucionalidad» y, por tanto, la CADH válidamente puede convertirse en un parámetro de control y no sólo la Constitución. De esta forma, como lo ha sostenido la propia Corte IDH, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia «en todos los niveles» están en la obligación de ejercer *ex officio* un «control de convencionalidad» entre las normas internas y la CADH, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes¹⁷⁸.

La última parte de esta previsión es de especial significación para el grado de intensidad del «control difuso de convencionalidad», toda vez que los jueces deben ejercerlo «en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes». Como lo hemos analizado con antelación, todos los jueces deben realizar dicho «control» y el grado de intensidad lo determinará las competencias y regulaciones procesales correspondientes.

En principio, todos los jueces mexicanos deben partir del principio de constitucionalidad y de convencionalidad de la norma nacional y, por consiguiente, en un primer momento deben siempre realizar la «interpretación» de la norma nacional conforme a la Constitución y a los parámetros convencionales, lo que implica optar por la interpretación armónica más favorable y de mayor efectividad en la tutela de los derechos y libertades en aplicación del principio *pro homine o favor libertatis* previsto en el artículo 29 del Pacto de San José y ahora

¹⁷⁷ Este artículo sólo ha sufrido una reforma desde el texto original de 1917, en el año 1934, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 18 de enero de ese año. El precepto ha sido interpretado de diferentes maneras por parte de los tribunales y la doctrina mexicana a lo largo de su vigencia, incluso en las Constituciones anteriores a la actual de 1917. Sobre las diferentes posturas interpretativas, *vid.* J. CARPIZO, «La interpretación del artículo 133 constitucional», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, IJ-UNAM, núm. 4, 1969, pp. 3-32.

¹⁷⁸ *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010, párrafo 225.

también en el segundo párrafo del artículo 1.º constitucional, desechando aquellas interpretaciones incompatibles o de menor alcance protector; de tal manera que, *contrario sensu*, cuando se trate de restricción o limitaciones a derechos y libertades, debe realizarse la interpretación más estricta para dicha limitante. Y sólo cuando no pueda lograrse interpretación constitucional y convencional posible, los jueces deberán *desaplicar* la norma nacional o *declarar su invalidez*, según la competencia que la Constitución y las leyes nacionales otorguen a cada juzgador, lo que provocará un grado de intensidad mayor del «control difuso de convencionalidad».

2. *El cumplimiento (parcial) de la sentencia del Caso Radilla y su discusión en la Suprema Corte.* La Suprema Corte de Justicia al decidir sobre el cumplimiento del *Caso Radilla Pacheco* el 14 de julio de 2011¹⁷⁹ y que el propio presidente de dicho Tribunal calificó como un asunto «histórico»¹⁸⁰, realizó interpretaciones constitucionales de gran calado para el sistema jurídico mexicano, apoyándose en gran medida en los nuevos contenidos normativos del vigente artículo 1.º constitucional¹⁸¹. Los criterios principales que derivan de dicho asunto son los siguientes:

A) Obligatoriedad de las sentencias condenatorias de la Corte IDH en los asuntos donde el Estado mexicano es parte; por lo que no pueden ser objeto de revisión por la Suprema Corte, ni siquiera cuando se trata de reservas o declaraciones interpretativas formuladas en su momento por el Estado mexicano.

B) Obligaciones específicas a los jueces mexicanos (como parte del Estado mexicano) derivadas del cumplimiento de dichas sentencias; por lo que existen, en la sentencia del *Caso Radilla*, obligaciones para el Poder Judicial de la Federación y los jueces mexicanos, particularmente para la Suprema Corte, con independencia de las obligaciones a otros poderes y órganos del Estado mexicano.

C) El deber de todos los jueces del Estado mexicano de ejercer un control difuso de convencionalidad, *ex officio*, entre las normas internas y la CADH, dentro de sus respectivas competencias y regulaciones procesales correspondientes.

Sobre el particular, llama la atención que en los debates no se mencionaran los criterios emitidos por algunos jueces federales en los años previos (2009-2010), que incluso quedaron plasmados en forma de «tesis» en el *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*; criterios que precisamente se refieren al deber de los jueces de realizar el «control de convencionalidad» en sede interna¹⁸².

Ante la multiplicidad de intérpretes de los derechos humanos (de fuente nacional e internacional) que existen a partir de la reciente reforma constitu-

¹⁷⁹ Expediente Varios 912/10, derivado de la consulta a trámite presentada por el entonces ministro presidente, Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, en el expediente Varios 489/2010, cuyo proyecto redactado por el ministro José Ramón Cossío fue «rechazado» por exceder la consulta formulada. *Vid. supra*, nota 5.

¹⁸⁰ Así lo expresó el ministro presidente Juan N. Silva Meza, al clausurar el primer periodo de sesiones del pleno de la SCJN el 14 de julio de 2011, día en que se decidió sobre el cumplimiento de la sentencia del *Caso Radilla*.

¹⁸¹ *Vid. supra*, nota 3.

¹⁸² *Vid. infra*, apartado VIII.4: «Aplicabilidad de los criterios interpretativos de la Corte IDH por tribunales federales y locales».

cional y la aceptación de los controles difuso de «constitucionalidad» y «convencionalidad», creemos que la Suprema Corte debería «abrirse» al «diálogo jurisprudencial» con los demás órganos de impartición de justicia mexicanos; sin que ello signifique, lógicamente, que deje de tener la última palabra en el sistema nacional y ser el intérprete último del texto fundamental, de la misma manera en que ahora la Suprema Corte lo tendrá que realizar también con la Corte IDH.

Es decir, derivado de los nuevos contenidos normativos del artículo 1.º constitucional y de la aceptación del control difuso de «constitucionalidad/convencionalidad», debería la Suprema Corte asumir un nuevo rol de diálogo (vertical y horizontal) con la Corte IDH y con todos los jueces nacionales, especialmente los que establecen jurisprudencia obligatoria. Lo anterior ayudaría a legitimar sus propias sentencias.

D) A la luz de una nueva interpretación del artículo 133 constitucional (que se realizó de manera armónica con los contenidos normativos del reformado art. 1.º constitucional), posibilita a los jueces locales realizar un «control difuso de constitucionalidad»; lo que les permite desaplicar al caso concreto la norma inconstitucional, sin realizar una declaración de invalidez, la cual está reservada a los tribunales federales. Esto implica que coexista el control «difuso» y el control «concentrado» de constitucionalidad, dependiendo del órgano de control y el tipo de proceso de que trate y en términos de las competencias conferidas a cada uno de los jueces y órganos jurisdiccionales¹⁸³.

E) Establecer que los criterios interpretativos contenidos en la jurisprudencia de la Corte IDH resultan «orientadores» y no «obligatorios» en los asuntos donde el Estado mexicano no sea parte.

Sobre el particular consideramos, como lo expresamos con anterioridad¹⁸⁴, que la jurisprudencia de la Corte IDH resulta «obligatoria», entendida dicha obligatoriedad como un «estándar mínimo» que los jueces nacionales deben seguir a manera de «regla general»; y que eventualmente pueden apartarse cuando sea aplicado otro parámetro de mayor protección al creado como mínimo por la Corte IDH.

En otras palabras, el estándar de la Corte IDH para ejercer el «control difuso de convencionalidad» (*corpus iuris* interamericano y su jurisprudencia que la interpreta), puede ser ampliado, si consideramos los alcances del nuevo artículo 1.º constitucional y especialmente el párrafo 2.º que incorpora el principio *pro persona*, que también se desprende vía párrafo 1.º, al contenerse en el artículo 29 del Pacto de San José¹⁸⁵. De esta forma, la obligatoriedad de los criterios interpretativos de la Corte IDH en los asuntos donde no sea parte el Estado

¹⁸³ Se aprobó un sistema de control de constitucionalidad y de convencionalidad, atendiendo a tres diversos niveles, según la propuesta del ministro José Ramón Cossío y las precisiones sobre el particular del ministro Arturo Zaldívar; *cf.* la sesión pública del 11 de julio de 2011.

¹⁸⁴ *Vid. supra*, epígrafe «IV. El control difuso de convencionalidad por el juez nacional en América Latina». Y en específico, la última parte del apartado «4. Fundamento jurídico del “control difuso de convencionalidad”: el Pacto de San José y la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados».

¹⁸⁵ *Vid. supra*, epígrafe «V. La nueva cláusula de interpretación conforme (constitucional y convencional) en México», especialmente el apartado 5.

mexicano, se entienden como un «mínimo» de obligatoriedad que deben seguir los jueces mexicanos; y eventualmente pueden dejarse de aplicar, por existir una disposición (nacional o internacional) de mayores alcances para la protección del derecho humano. Lo cual es congruente con el segundo párrafo del artículo 1.º constitucional, que establece la cláusula de interpretación conforme, cuya parte final establece: «favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia», así como por lo dispuesto en el referido artículo 29 de la CADH que adquiere la calidad de norma constitucional en términos del primer párrafo del artículo 1.º constitucional.

En efecto, no debe pasar desapercibido que la propia CADH establece que ninguna de sus disposiciones puede ser interpretado en el sentido de que limite el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad *que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados* [art. 29.b)]; precepto que la propia jurisprudencia de la Corte IDH ha interpretado que si a una misma situación son aplicables la CADH y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana; de ahí que si el propio Pacto de San José prevé que sus regulaciones no tienen efecto restrictivo sobre otros instrumentos internacionales (o normas nacionales sobre derechos y libertades), menos aún podrán traerse restricciones presentes en esos otros instrumentos (o normas nacionales), pero no en la CADH, «para limitar el ejercicio de los derechos y libertades que ésta reconoce»¹⁸⁶.

En este sentido, es válido que un juez nacional decida apartarse del criterio interpretativo de la Corte IDH, siempre y cuando «expresé las razones» por las cuales considera que el estándar interpretativo creado en la jurisprudencia convencional es menor al que aplicará en el caso particular. Lo anterior no puede entenderse como argumento para no considerar la obligatoriedad del estándar mínimo, toda vez que ese parámetro sirve, en sí mismo, para lograr la efectividad de los derechos fundamentales de forma «sistemática» y como parámetro mínimo para ejercer el «control difuso de convencionalidad». En todo caso, no deber perderse de vista que, agotadas las instancias nacionales, eventualmente el no seguimiento por el juez nacional del parámetro establecido en la jurisprudencia convencional, podría ser analizado en última instancia por la Corte IDH y producir una responsabilidad internacional del Estado mexicano si el estándar previsto por dicho Tribunal internacional no fuera respetado y el aplicado a nivel nacional sea de menor alcance que aquél.

De ahí que no compartimos el criterio adoptado por la Suprema Corte de considerar a la jurisprudencia de la Corte IDH como «orientadora», al llevar implícita la idea de ser «facultativa» para el juez; cuestión que estimamos debería meditar en el futuro por el propio pleno de nuestro máximo tribunal. Este criterio fue establecido por una mayoría de seis votos contra cinco, por lo que puede sufrir mutaciones a corto plazo, especialmente cuando afronten el cumplimiento de las otras tres sentencias condenatorias al Estado mexicano que involucra también obligaciones a los jueces mexicanos, es decir, los *Casos Fer-*

¹⁸⁶ Cfr. Opinión Consultiva OC-5/85, sobre la colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 CADH), de 13 de noviembre de 1985, Serie A, núm. 5, especialmente párrafos 51 y 52.

nández Ortega y Otros vs. México (2010); *Rosendo Cantú y Otra vs. México* (2010), y *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* (2010)¹⁸⁷.

Por otra parte, pareciera que existe una incongruencia interna en lo resuelto por la Suprema Corte. Por una parte, estableció que las resoluciones de la Corte IDH no pueden ser sujetas a revisión y, por otra, aceptó el «control difuso de convencionalidad» como un deber de todos los jueces mexicanos; de ahí que no resulta lógico que ante los pronunciamientos anteriores, limite el estándar «mínimo» creado por la jurisprudencia de la Corte IDH para el «control difuso de convencionalidad», siendo que precisamente el fallo del *Caso Radilla Pacheco* (cuyo cumplimiento considera obligatorio por ser una condena específica al Estado mexicano y, por ende, no sujeta a revisión) prevé el parámetro creado, que comprende el deber de aplicar la CADH y la interpretación que de la misma realiza la Corte IDH, como intérprete final del Pacto de San José; por lo que, en realidad, la Suprema Corte mexicana al «modificar» lo establecido por el Tribunal internacional, está realizando una «revisión» dicho fallo, cuando había establecido que no podía hacerlo. Cabe destacar que las obligaciones derivadas del *Caso Radilla* hacia los jueces mexicanos son reiteradas en los tres casos posteriores referidos de condena al propio Estado mexicano, cuyas consecuencias analizaremos más adelante.

F) Los jueces del Estado mexicano deberán «replicar» en casos futuros el criterio de restricción del fuero militar, en cumplimiento de la sentencia del *Caso Radilla* y en aplicación del nuevo artículo 1.º constitucional.

G) La Suprema Corte de Justicia, para la efectividad del cumplimiento de dicha sentencia y en aplicación del artículo 1.º constitucional, reasume su competencia originaria respecto de los conflictos competenciales entre la jurisdicción civil y la militar.

Sobre los dos últimos aspectos, consideramos que la manera más adecuada para compatibilizar la jurisprudencia constitucional con la jurisprudencia convencional, es el mecanismo de la «solicitud de modificación de jurisprudencia» establecida en el último párrafo del artículo 197 de la Ley de Amparo vigente¹⁸⁸, como lo propusimos en otro lugar¹⁸⁹. Asimismo, si bien es plausible la sensibilidad de la Suprema Corte para reasumir competencia originaria, creemos que podría producir un mensaje equivocado (por lo menos mientras resuelve dichos

¹⁸⁷ Sobre los dos primeros casos, existen sendas resoluciones de «supervisión de cumplimiento de sentencia» dictadas por la Corte IDH.

¹⁸⁸ «Artículo 197. [...] Las Salas de la Suprema Corte de Justicia y los ministros que las integren y los Tribunales Colegiados de Circuito y los magistrados que los integren, con motivo de un caso concreto podrán pedir al Pleno de la Suprema Corte o a la sala correspondiente que modifique la jurisprudencia que tuviesen establecida, expresando las razones que justifiquen la modificación; el procurador general de la República, por sí o por conducto del agente que al efecto designe, podrá, si lo estima pertinente, exponer su parecer dentro del plazo de treinta días. El Pleno o la Sala correspondiente resolverán si modifican la jurisprudencia, sin que su resolución afecte las situaciones jurídicas concretas derivadas de los juicios en las cuales se hubiesen dictado las sentencias que integraron la tesis jurisprudencial modificada. Esta resolución deberá ordenar su publicación y remisión en los términos previstos por el artículo 195».

¹⁸⁹ Cfr. E. FERRER MAC-GREGOR y F. SILVA GARCÍA, *El Caso Castañeda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La primera sentencia condenatoria al Estado mexicano*, prólogo de C. AYALA CORAO, México, Porrúa-UNAM, 2009. Especialmente *vid.* el capítulo III, epígrafe «2. La solicitud de modificación de jurisprudencia constitucional: ¿en cumplimiento de una sentencia internacional?».

casos), en la medida en que los fallos de la Corte IDH son de cumplimiento «directo» por todas las autoridades en el ámbito de su propia competencia. De ahí que en el *Caso Cabrera García y Montiel Flores* (párr. 223) se establece que «corresponde a las autoridades judiciales, con base en el *control de convencionalidad*, disponer *inmediatamente y de oficio* el conocimiento de los hechos por el juez natural, es decir el fuero penal ordinario» (cursiva añadida). De ahí que los jueces mexicanos (locales o federales) pueden válidamente, dentro de sus competencias, seguir el criterio de la Corte IDH, como algunos tribunales federales y locales, en efecto, así lo han entendido, como veremos más adelante.

H) Implementación de cursos y programas permanentes relativos al análisis de la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, para todos los jueces y magistrados y para todos aquellos funcionarios públicos que realicen labores jurisdiccionales y jurídicas del Poder Judicial de la Federación; respecto de los contenidos de la jurisprudencia interamericana sobre los límites de la jurisdicción militar, garantías judiciales y protección judicial, y estándares internacionales aplicables a la administración de justicia; así como en la formación de los temas del delito de desaparición forzada para el adecuado juzgamiento de hechos constitutivos de ese ilícito, con especial énfasis en los elementos legales, técnicos y científicos necesarios para evaluar integralmente el fenómeno de la desaparición forzada; así como en la utilización de la prueba circunstancial, los indicios y las presunciones, teniendo en consideración que el objetivo es conseguir una correcta valoración judicial de este tipo de casos de acuerdo con la especial naturaleza de la desaparición forzada.

Lo anterior, teniendo en consideración los párrafos 345 a 348 de la sentencia condenatoria. Cuestión que resulta de vitar importancia si se considera, además, los nuevos contenidos normativos del artículo 1.º constitucional; por lo que ahora debe preverse una «disposición presupuestaria» específica para dichos cursos y programas.

A reserva de analizar el «engrose» de resolución respectivo, la Suprema Corte de Justicia «abrió» sus criterios al Derecho internacional de los derechos humanos y contrasta notablemente de la manera tradicionalmente que venía afrontando la relación del Derecho nacional y el Derecho internacional; por ejemplo, cuando efectuó la discusión sobre el mismo asunto del cumplimiento de la sentencia del *Caso Radilla Pacheco*, en el expediente Varios 489/2010, que fue «rechazado» por exceder la consulta formulada en septiembre de 2010¹⁹⁰; así como al discutir y resolver el amparo en revisión 989/2009 (*Caso Reynalda Morales*) precisamente sobre el planteamiento de la inconstitucionalidad del artículo 57, fracción II, inciso a), del Código de Justicia Militar (resuelto en agosto de 2009, meses antes de la sentencia del *Caso Radilla*, de noviembre de ese mismo año); donde sin entrar al fondo se negó la legitimación de la promovente al interpretar de manera restrictiva el artículo 10 de la Ley de Amparo, criterio que hoy, con las reformas constitucionales en materia de derechos humanos y las relativas al amparo, resultan insostenibles.

Por último, la intervención de la Suprema Corte de Justicia para el cumplimiento del *Caso Radilla*, nos lleva a la reflexión que habíamos advertido en otro

¹⁹⁰ Cfr. E. FERRER MAC-GREGOR y F. SILVA GARCÍA, *Jurisdicción militar y derechos humanos. El Caso Radilla ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, op. cit., supra nota 5.

lugar¹⁹¹, sobre la posibilidad de que el juicio de amparo pueda convertirse en un mecanismo efectivo para hacer frente a las omisiones de los poderes públicos de acatar las sentencias de la Corte IDH. A este recurso se le conoce como el «procedimiento en vía de regreso» y está «latente» si se considera que no tenemos una legislación específica sobre tal situación y sólo existen cumplimientos parciales a las seis sentencias que se han dictado en contra del Estado mexicano hasta la fecha. Lo anterior pone en evidencia la necesidad de una *ley de cumplimiento de resoluciones internacionales*¹⁹²; toda vez que sólo contamos con una disposición aislada e insuficiente, prevista en el artículo 2 de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, vigente desde el 1 de enero de 2005, al establecer que las disposiciones sobre las indemnizaciones serán aplicables en lo conducente para cumplir con los fallos de la Corte IDH, así como las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, cuando estas últimas sean aceptadas por el Estado mexicano.

3. *Sobre los otros tres casos de condena al Estado mexicano sobre fuero militar.* No debe soslayarse que existen otros tres fallos de condena al Estado mexicano sobre la misma materia, donde se especifica que las normas nacionales requieren ser «interpretadas» teniendo en cuenta la finalidad perseguida por el artículo 2 de la CADH, es decir, para «hacer efectivos» los derechos y libertades de dicho Pacto. En dicho dispositivo convencional se establece que «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 fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades». De ahí que la expresión «o de otro carácter» comprendan también «interpretaciones constitucionales» que permitan la aplicabilidad de los derechos con el mayor grado de efectividad y alcance, en términos del principio *pro homine* reconocido en el artículo 29 del propio Pacto de San José, principio convencional contenido en el primer párrafo del artículo 1.º constitucional y reforzado en la cláusula de interpretación conforme del segundo párrafo del mismo precepto.

El principio *pro homine* ha sido considerado por algún tribunal federal mexicano (antes de la reforma constitucional de junio pasado) de «aplicación obligatoria», debido a que se prevé en tratados internacionales que forman parte de la «Ley Suprema de la Unión» en términos del artículo 133 de la Constitución federal. Así se estableció por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, al resolver el amparo directo 202/2004, el 20 de octubre de 2004, formándose la Tesis I.4.ºA.464 A, cuyo rubro y texto son¹⁹³:

«PRINCIPIO PRO HOMINE. SU APLICACIÓN ES OBLIGATORIA.

El principio *pro homine* que implica que la interpretación jurídica siempre debe buscar el mayor beneficio para el hombre, es decir, que debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trata de derechos protegidos y,

¹⁹¹ Cfr. E. FERRER MAC-GREGOR y F. SILVA GARCÍA, *Los feminicidios de Ciudad Juárez ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Caso Campo Algodonero. La segunda sentencia condenatoria en contra del Estado mexicano, prólogo de C. MEDINA QUIROGA, estudio preliminar de R. M.ª ÁLVAREZ GONZÁLEZ, México, Porrúa-UNAM, 2011, pp. 67-71.

¹⁹² *Ibid.*, pp. 79-81.

¹⁹³ Publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, TCC, t. XXI, febrero de 2005, p. 1744.

por el contrario, a la norma o a la interpretación más restringida, cuando se trata de establecer límites a su ejercicio, se contempla en los artículos 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, publicados en el *Diario Oficial de la Federación* el 7 y el 20 de mayo de 1981, respectivamente. Ahora bien, como dichos tratados forman parte de la Ley Suprema de la Unión, conforme al artículo 133 constitucional, es claro que el citado principio debe aplicarse en forma obligatoria (cursiva añadida).

Las interpretaciones «constitucionales» y «legales» que realicen los jueces y órganos de impartición de justicia mexicanos *en todos los niveles*, deben realizarse a la luz no sólo de los instrumentos internacionales cuyo compromiso adquirió el Estado mexicano, sino también de la jurisprudencia de la Corte IDH. Lo último debido a que constituye el único órgano jurisdiccional del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, cuya competencia es la aplicación e interpretación de la CADH; este órgano, en realidad, determina el contenido mismo del texto convencional, de tal manera que la norma interpretada adquiere eficacia directa en México, al haber sido suscrito dicho Pacto por el Estado mexicano y haberse reconocido además la competencia contenciosa de la Corte IDH. Como se estableció en la sentencia del *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México* (que aplica a los otros tres casos de condena referidos sobre el mismo tópico):

«De tal manera, como se indicó en los *Casos Radilla Pacheco, Fernández Ortega y Rosendo Cantú*, es necesario que *las interpretaciones constitucionales y legislativas referidas a los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar en México, se adecuen a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal que han sido reiterados en el presente caso*¹⁹⁴ *y que aplican para toda violación de derechos humanos que se alegue hayan cometido miembros de las fuerzas armadas. Ello implica que, independientemente de las reformas legales que el Estado deba adoptar, en el presente caso corresponde a las autoridades judiciales, con base en el control de convencionalidad, disponer inmediatamente y de oficio el conocimiento de los hechos por el juez natural, es decir el fuero penal ordinario*¹⁹⁵ (cursiva añadida).

La intencionalidad de la Corte IDH al referirse a las expresiones «inmediatamente»¹⁹⁶ y «de oficio»¹⁹⁷, denotan una actuación «directa» de todos los jueces mexicanos para ejercer el «control difuso de convencionalidad» sin necesidad de pronunciamiento previo por parte de algún órgano del Estado mexicano y con

¹⁹⁴ Cfr. *Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de noviembre de 2009, Serie C, núm. 209, párrafo 340; *Caso Fernández Ortega y otros vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de agosto de 2010, Serie C, núm. 215, párrafo 237, y *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2010, Serie C, núm. 216, párrafo 220.

¹⁹⁵ Cfr. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de agosto de 2010, Serie C, núm. 215, párrafo 237, y *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2010, Serie C, núm. 216, párrafo 220.

¹⁹⁶ «Sin interposición de otra cosa» y «Ahora, al punto, al instante» (*Real Academia de la Lengua Española*, 22.^a ed.).

¹⁹⁷ «Por imposición a la iniciativa privada, dicese de la acción o injerencia espontánea que cumple el juez en el proceso, sin necesidad de requerimiento o petición de parte, o iniciativa del magistrado, sin instancia de parte». Cfr. E. J. COUTURE, *Vocabulario jurídico. Español y latín, con traducción de vocablos al francés, italiano, portugués, inglés y alemán*, 4.^a ed., corregida, actualizada y ampliada por Á. LANDONI SOSA, Montevideo, Julio César Faira-Editor, 2010, p. 534.

independencia de que lo invoquen las partes. Aquí cobra importancia el criterio del juez *ad hoc* Roberto de Figueiredo Caldas¹⁹⁸:

«5. *Para todos os Estados do continente americano que livremente a adotaram, a Convenção equivale a uma Constituição supranacional atinente a Direitos Humanos. Todos os poderes públicos e esferas nacionais, bem como as respectivas legislações federais, estaduais e municipais de todos os Estados aderentes estão obrigados a respeitá-la e a ela se adequar*» (redonda añadida).

Los jueces mexicanos deben, por una parte, realizar interpretaciones constitucionales/convencionales y legales que permitan a «las víctimas de violaciones a derechos humanos y sus familiares [tener] derecho a que tales violaciones sean conocidas y resueltas por un tribunal competente, de conformidad con el debido proceso y el acceso a la justicia. *La importancia del sujeto pasivo trasciende la esfera del ámbito militar, ya que se encuentran involucrados bienes jurídicos propios del régimen ordinario*»¹⁹⁹; por lo que «esta conclusión aplica no solo para casos de tortura, desaparición forzada y violación sexual, sino a todas las violaciones de derechos humanos»²⁰⁰ (cursiva añadida).

De tal manera que esa obligación hacia los jueces mexicanos resulta «inmediata» y con «independencia de las reformas legales que el Estado debe adoptar» (reforma al art. 57 del Código de Justicia Militar). Lo anterior cobra mayor importancia si se atiende al texto del artículo 13 de la Constitución federal mexicana²⁰¹, precepto que estimó implícitamente convencional la Corte IDH y, por ello, las interpretaciones a las normas legales secundarias deben ser conformes con el texto constitucional, con la normatividad interamericana y la propia jurisprudencia de la Corte IDH²⁰²:

«En términos prácticos, como ya lo ha establecido este Tribunal, la interpretación del artículo 13 de la Constitución política mexicana debe ser coherente con los principios convencionales y constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia, contenidos en el artículo 8.1 de la Convención Americana y las normas pertinentes de la Constitución mexicana».

Por otra parte, también implica una obligación de los jueces mexicanos de realizar siempre el «control difuso de convencionalidad» y no sólo por lo que

¹⁹⁸ Párrafo 4.º del voto razonado y concurrente que formuló con motivo de la sentencia relativa al *Caso Gomes Lund y Otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2010, Serie C, núm. 219.

¹⁹⁹ *Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de noviembre de 2009, Serie C, núm. 209, párrafo 275.

²⁰⁰ Párrafo 198 de la sentencia del *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010, Serie C, núm. 220.

²⁰¹ En la parte respectiva, este precepto señala: «Artículo 13. [...] Subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar; pero los tribunales militares en ningún caso y por ningún motivo, podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al Ejército. Cuando en un delito o falta del orden militar estuviere complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda».

²⁰² *Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de noviembre de 2009, Serie C, núm. 209, párrafo 338; *Caso Fernández Ortega y Otros vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de agosto de 2010, Serie C, núm. 215, párrafo 235; *Caso Rosendo Cantú y Otra vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2010, Serie C, núm. 216, párrafo 218; y *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010, Serie C, núm. 220, párrafo 77.

hace a la determinación en los casos concretos sobre los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar referidos en las sentencias pronunciadas por la Corte IDH, sino en general en todos los asuntos de su competencia donde el Tribunal interamericano realice interpretaciones al *corpus iuris* interamericano, al ser ese órgano jurisdiccional el último y definitivo intérprete del Pacto de San José (dimensión objetiva de norma interpretada).

En efecto, como lo señalamos en su momento, la jurisprudencia de la Corte IDH adquiere «eficacia directa» en todos los Estados nacionales que han reconocido expresamente su jurisdicción, con independencia de que derive de un asunto donde no han participado formalmente como «parte material». Lo anterior, debido a los efectos de la *norma convencional interpretada*, que produce «efectos expansivos» de la jurisprudencia convencional y no sólo eficacia subjetiva para la tutela del derecho y libertad en un caso particular sometido a su competencia. En este sentido, la jurisprudencia convencional no es simplemente orientadora²⁰³, sino resulta obligatoria para los jueces mexicanos (en su dimensión subjetiva y objetiva); y su eficacia comienza desde que las sentencias internacionales son notificadas o transmitidas al Estado mexicano, en términos del artículo 69 de la CADH y con independencia del procedimiento interno que realicen los órganos y autoridades mexicanas para coordinar su implementación y cumplimiento, así como los demás actos que se realicen para dar a conocer y adoptar la sentencia y la jurisprudencia internacional.

4. *Aplicabilidad de los criterios de la Corte IDH por tribunales federales y locales.* Con anterioridad a la resolución emitida por la Suprema Corte de Justicia en acatamiento al *Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, en julio de 2011, el «control difuso de convencionalidad» había iniciado su aplicación (o al menos su reconocimiento) por algunos tribunales mexicanos a la luz de la jurisprudencia convencional. En efecto, el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito, con residencia en Morelia, Michoacán, al resolver el amparo directo 1060/2008, el 2 de julio de 2009 (meses antes de la sentencia del *Caso Radilla Pacheco*), haciendo alusión al *Caso Almonacid Arellano vs. Chile* (2006), consideró lo siguiente:

«En ese orden, ha de establecerse que *los tribunales locales del Estado Mexicano no deben limitarse a aplicar sólo las leyes locales sino que quedan también obligados a aplicar la Constitución, los tratados o convenciones internacionales y la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre otros organismos, lo cual los obliga a ejercer un control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas y las supranacionales*, como lo consideró la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el amparo directo en revisión 908/2006, promovido por Nahum Ramos Yescas, en sesión celebrada el 18 de abril de 2007, cuando determinó:

²⁰³ Vid. la Tesis I.7.°C.51 K, del Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, cuyo rubro y texto son: «*Jurisprudencia internacional. su utilidad orientadora en materia de derechos humanos.*»

Una vez incorporados a la Ley Suprema de toda la Unión los tratados internacionales suscritos por México, en materia de derechos humanos, y dado el reconocimiento de la competencia contenciosa de la *Corte Interamericana de Derechos Humanos*, es posible invocar la *jurisprudencia de dicho tribunal internacional como criterio orientador cuando se trate de la interpretación y cumplimiento de las disposiciones protectoras de los derechos humanos*» (cursiva añadida). Publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, TCC, t. XXVIII, diciembre de 2008, p. 1052.

“El concepto de interés superior del niño, ha sido interpretado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (cuya competencia aceptó el Estado Mexicano el 24 de marzo de 1981 al ratificar la Convención Interamericana de Derechos Humanos y cuyos criterios, por tanto, son obligatorios”.

[...]

Luego, al haber considerado la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que dado que México aceptó la Convención Americana de Derechos Humanos, también reconoció la interpretación que de dicha convención realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos; lo cual conduce a este tribunal colegiado a considerar que *todos los tribunales del Estado están obligados a ejercer el control de convencionalidad al resolver cualquier asunto sometido a su jurisdicción, como lo estableció la citada Corte Interamericana al decidir el Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, en la sentencia emitida el 26 de septiembre de 2006.*

De ahí que los órganos de justicia nacional quedan obligados a ejercer “el control de convencionalidad”, respecto a actos de autoridad —entre ellos, normas de alcance general— conforme a las atribuciones que les confieren los ordenamientos a los que se hallan sujetos y las disposiciones del Derecho internacional de los derechos humanos, a las que se encuentran vinculados por la concertación, ratificación o adhesión de los tratados o convenciones del presidente de la República; que tiene como propósito que haya conformidad entre los actos internos y los compromisos internacionales contraídos por el Estado, que generan para éste determinados deberes y reconocen a los individuos ciertos derechos; *control que queda depositado tanto en tribunales internacionales —o supranacionales— como en los nacionales, a quienes mediante el mismo se les encomiendan la nueva justicia regional de los derechos humanos* y adquieren, además, la obligación de adoptar en su aparato jurídico tanto las normas como la interpretación de éstas, a través de políticas y leyes, que garanticen el respeto a los derechos humanos y sus garantías, explícitas en sus constituciones nacionales y, desde luego, en sus compromisos convencionales internacionales.

Como consecuencia de lo cual, *se impone establecer que las autoridades del estado mexicano tienen la ineludible obligación de observar y aplicar en su ámbito competencial interno —además de las legislativas— medidas de cualquier otro orden para asegurar el respeto de los derechos y garantías, no sólo de la Constitución y de sus normas internas sino también de las Convenciones Internacionales de las que México es parte y de las interpretaciones que de sus cláusulas llevaron a cabo los organismos internacionales; lo que conlleva a sustentar que todos los tribunales deben realizar un control difuso de convencionalidad, al resolver los asuntos sometidos a su competencia.*

[...]

Eso significa que si bien los jueces y tribunales mexicanos —en principio— quedan sujetos a la observancia y aplicación del imperio de las disposiciones nacionales; cuando el Estado mexicano ratificó un tratado internacional —como la Convención Americana— como parte del aparato del Estado que son, también quedan sometidos a ésta; por tanto, están obligados a velar porque los efectos de las disposiciones que la integran no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin; *mediante el ejercicio del control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas y la Convención Americana sobre Derechos Humanos; más aún la interpretación que de esa convención hubiese realizado la Corte Interamericana, como su último intérprete»* (cursiva añadida).

El anterior criterio quedó reflejado en la Tesis XI.1.ºA.T.47 K, cuyo rubro y texto son²⁰⁴:

²⁰⁴ Publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, TCC, t. XXXI, mayo de 2010, p. 1932.

«*CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN SEDE INTERNA. LOS TRIBUNALES MEXICANOS ESTÁN OBLIGADOS A EJERCERLO.*

Tratándose de los derechos humanos, los tribunales del Estado mexicano como no deben limitarse a aplicar sólo las leyes locales, sino también la Constitución, los tratados o convenciones internacionales *conforme a la jurisprudencia emitida por cualesquiera de los tribunales internacionales que realicen la interpretación de los tratados, pactos, convenciones o acuerdos celebrados por México; lo cual obliga a ejercer el control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas y las supranacionales*, porque éste implica acatar y aplicar en su ámbito competencial, incluyendo las legislativas, medidas de cualquier orden para asegurar el respeto de los derechos y garantías, a través de políticas y leyes que los garanticen» (cursiva añadida).

Asimismo, el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, con residencia en el Distrito Federal, al resolver el amparo directo 505/2009, el 21 de enero de 2010, ha sostenido la Tesis I.4.ºA.91 K, cuyo rubro y texto son²⁰⁵:

«*CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. DEBE SER EJERCIDO POR LOS JUECES DEL ESTADO MEXICANO EN LOS ASUNTOS SOMETIDOS A SU CONSIDERACIÓN, A FIN DE VERIFICAR QUE LA LEGISLACIÓN INTERNA NO CONTRAVENGA EL OBJETO Y FINALIDAD DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS.*

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha emitido criterios en el sentido de que, cuando un Estado, como en este caso México, ha ratificado un tratado internacional, como lo es la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sus jueces, como parte del aparato estatal, deben velar porque las disposiciones ahí contenidas no se vean mermadas o limitadas por disposiciones internas que contraríen su objeto y fin, por lo que se debe ejercer un «control de convencionalidad» entre las normas de Derecho interno y la propia convención, tomando en cuenta para ello no sólo el tratado, sino también la interpretación que de él se ha realizado. Lo anterior adquiere relevancia para aquellos órganos que tienen a su cargo funciones jurisdiccionales, pues deben tratar de suprimir, en todo momento, prácticas que tiendan a denegar o delimitar el derecho de acceso a la justicia» (cursiva añadida).

A nivel federal, además de las sentencias de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación donde expresamente se otorga la posibilidad de realizar control difuso de constitucionalidad a partir de la reforma al artículo 99 constitucional de 2007²⁰⁶ (incluso antes de dicha reforma

²⁰⁵ Publicadas en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, TCC, t. XXXI, marzo de 2010, p. 2927.

²⁰⁶ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 13 de noviembre de 2007. El párrafo relativo señala: «Sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 105 de esta Constitución, las salas del Tribunal Electoral podrán resolver la no aplicación de leyes sobre la materia electoral contrarias a la presente Constitución. Las resoluciones que se dicten en el ejercicio de esta facultad se limitarán al caso concreto sobre el que verse el juicio. En tales casos la Sala Superior informará a la Suprema Corte de Justicia de la Nación». Esta facultad la venía realizando la Sala Superior del Tribunal Electoral, hasta que se resolvieron las contradicciones de Tesis 2/2002 y 4/2002 por la Suprema Corte, que negó tal posibilidad a través de una interpretación reduccionista del artículo 105 constitucional, que establece que «la única vía para plantear la no conformidad de las leyes electorales a la Constitución es la prevista en este artículo»; siendo que esa «vía» se refiere al control abstracto, competencia exclusiva de la Suprema Corte y no de aquellos casos de aplicación de la norma, cuya competencia es, precisamente, del Tribunal Electoral, (a partir de la reforma constitucional

al aplicar de manera directa tratados internacionales)²⁰⁷, destaca la reciente sentencia de la Sala Regional Toluca de dicho Tribunal, correspondiente a la V circunscripción plurinominal, al resolver el juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, expediente ST-JDC-33/2011, de 24 de marzo de 2011, bajo la ponencia del magistrado Santiago Nieto.

En esta sentencia se hace referencia expresa al deber de todos los jueces de realizar control de convencionalidad y considerar que «en términos del artículo 62.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los Estados Unidos Mexicanos han reconocido la competencia jurisdiccional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a partir de 1988, por lo que la jurisprudencia que emita respecto a la interpretación de dicha convención es de *observancia obligatoria*». En esta resolución se citan los diversos casos de la Corte IDH donde han establecido la doctrina del «control difuso de convencionalidad» y especialmente se sigue el *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, para establecer que dicho control debe ejercerse por «todos los jueces», independientemente de su formal pertenencia o no al poder judicial y sin importar su jerarquía, grado, cuantía o materia de especialización, lo cual implica, entre otros aspectos, «la obligación de los jueces de aplicar de forma directa los tratados internacionales».

Unos meses después, a cinco días de haber entrado en vigor la reforma constitucional en materia de derechos humanos, la misma Sala Regional Toluca, en el expediente ST-JDC-53/2011, de 16 de junio de 2011, retoma el precedente anterior, vinculándolo con el artículo 1.º constitucional. En la parte relativa de esta sentencia se dice:

«En este tenor, la reforma constitucional al artículo 1, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de derechos humanos, establece la obligación de tutelar los derechos de las personas a la luz de dicha Constitución y los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte.

Lo expuesto, es acorde con los criterios adoptados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ejemplo, al resolver los *Casos Rosendo Radilla Pacheco vs Estados Unidos Mexicanos* y *Cabrera García y Montiel Flores*, en cuanto a la obligación de todos los jueces del Estado Mexicano de realizar un control de convencionalidad de los actos o resoluciones de las autoridades contrastándolas no solamente con la ley, sino también con base en los tratados internacionales de los que México es parte».

También debe señalarse que algunos tribunales locales han aceptado la doctrina del «control difuso de convencionalidad» y expresamente reconocen la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte IDH, como se aprecia en la resolución dictada por la Sala Penal Colegiada «C», en calidad de Tribunal de Casación, del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Durango, de 26 de

de agosto de 1996). Desde la reforma de 2007, la Sala Superior ha inaplicado múltiples normas por estimarlas inconstitucionales.

²⁰⁷ Uno de los asuntos más emblemáticos es el *Caso Jorge Hank Rhon*, resuelto por la Sala Superior del Tribunal Electoral el 6 de julio de 2007, expediente SUP-JDC-695/2007, donde se aplicaron diversos preceptos de la CADH y el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, potencializando su derecho a ser votado, en contravención de la limitante establecida en el artículo 42, párrafo 3.º, de la Constitución del Estado de Baja California, que no permitía a los presidentes municipales en funciones ser candidatos para el cargo de gobernador:

abril de 2011, al resolver el toca número 01PC/2011. En la parte relativa de este fallo se sostiene ²⁰⁸:

«En tal virtud, este Tribunal de Casación considera que es obligación de los tribunales de juicio oral observar los parámetros o estándares que están consagrados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en la Constitución Política del Estado de Durango (en nuestro caso), las leyes que de ellas emanan, *pero también los instrumentos internacionales y en la jurisprudencia que han generado los tribunales cuya jurisdicción ha sido reconocida por nuestro país, verbigracia: la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha fijado jurisprudencia en el sentido de que todos los jueces de nuestro país, de todos los niveles, con independencia de su jerarquía, grado, cuantía o materia de especialización estamos obligados a verificar la compatibilidad entre los actos y normas nacionales con la Convención, sus Protocolos adicionales y la jurisprudencia de la propia Corte (control de convencionalidad)*» (cursiva añadida) ²⁰⁹.

Lo anterior pone en evidencia el inicio de la práctica del «control difuso de convencionalidad» en el sistema jurisdiccional mexicano, en sintonía con la jurisprudencia convencional interamericana y con los ejemplos de altas jurisdicciones de países latinoamericanos, a que se refieren los párrafos 226 a 232 de la sentencia relativa al *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*.

Asimismo, debe destacarse que también ha iniciado la práctica del «control difuso de constitucionalidad», a menos de un mes de que la Suprema Corte realizara una nueva interpretación del artículo 133 constitucional, al pronunciarse sobre el cumplimiento de la sentencia del Caso Radilla Pacheco (y estando todavía pendiente el engrose respectivo). En efecto, en la resolución del magistrado Carlos Emilio Arena Bátiz, integrante de la Cuarta Sala Unitaria Penal del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Nuevo León, al conocer del recurso de apelación en contra de un auto de formal prisión (toca penal art. 43/11), el 8 de agosto de 2011, ejerció «control difuso de constitucionalidad», al desaplicar al caso concreto el artículo 224, fracción V, del Código de Penal del Estado de Nuevo León. Como fundamento para realizar esta «nueva» competencia, dicho magistrado estimó ²¹⁰:

«Las facultades de esta Sala Penal para desaplicar una norma legal al caso concreto, ya sea por inconstitucionalidad (contraria a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos) o por inconventionalidad (contraria a la Convención Americana sobre Derechos Humanos), derivan:

A) De la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reformada por decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el pasado 10 de junio de este año, la cual ahora establece en su artículo 1.º, párrafo 3.º, lo siguiente (se reproduce).

B) Y de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el *Caso 12.511, Rosendo Radilla Pacheco vs. los Estados Unidos Mexicanos*, la

²⁰⁸ Agradezco al ex presidente del Tribunal del Tribunal Superior de Justicia de Durango, Dr. Miguel Ángel Rodríguez Vázquez, la remisión de esta resolución.

²⁰⁹ En la nota al pie de página de este párrafo de la sentencia que se reproduce, aparece lo siguiente: «5. Lo anterior lo ha manifestado en diversas resoluciones: *Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, Fernández Ortega y Otros vs. México, Rosendo Cantú y Otra vs. México, y Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Vid. en este último caso el voto razonado del juez *ad hoc* E. FERRER MAC-GREGOR POISOT, para conocer su opinión respecto a las implicaciones para el sistema jurídico mexicano».

²¹⁰ Pp. 20 a 22, de dicha resolución.

cual en su párrafo 339 establece la obligación a cargo de todos los jueces mexicanos de aplicar incluso de oficio, el “control de convencionalidad”.

Lo anterior, en virtud de así haberlo resuelto la Suprema Corte de Justicia, el día 12-doce de julio del año en curso...

Habiendo expuesto el fundamento con base al cual esta Sala puede desaplicar al caso concreto, una norma legal inconstitucional, procede ahora exponer las razones por las cuales el suscrito magistrado considera inconstitucional el antes referido artículo 224, fracción V, del Código Penal local, en el cual se tipifica uno de los DELITOS COMETIDOS EN LA ADMINISTRACIÓN y PROCURACIÓN DE JUSTICIA»²¹¹.

Por último, la tendencia anterior de aplicabilidad de los tratados internacionales y de los criterios de la Corte IDH, se advierte en recientes reformas legislativas, como sucede en la Constitución del Estado de Sinaloa (2008). En este ordenamiento supremo local, se establecen criterios de interpretación a los derechos fundamentales y «su sentido se determinará *de conformidad con los instrumentos internacionales* incorporados al orden jurídico mexicano aplicables y atendiendo los criterios de los organismos internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos por el Estado mexicano, *especialmente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*»²¹² (cursiva añadida); previsión que de manera similar se contiene en el artículo 16.b) de la Constitución del Estado de Tlaxcala.

9. EL CONTROL CONVENCIONAL DEL «CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD»

En el *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México* (2010), el Estado demandado hizo valer como excepción preliminar la incompetencia de la Corte IDH debido a que estimó que lo pretendido ante esa instancia internacional consistía en revisar el proceso penal que fue seguido por todas las instancias jurisdiccionales competentes en sede nacional, donde incluso se interpusieron recursos (apelaciones) y se presentaron juicios de amparo; además, se afirmó por el Estado que fue ejercido el «control de convencionalidad» *ex officio*, lo que a su entender hace incompetente al Tribunal interamericano al no poder «revisar» lo juzgado y decidido previamente por los jueces domésticos que aplicaron parámetros convencionales.

Este alegato sobre el ejercicio previo del «control de convencionalidad» en sede nacional, como excepción preliminar, resultó novedoso y lo decidido por la Corte IDH crea un precedente valioso sobre su competencia y la llamada excepción preliminar por motivos de «cuarta instancia».

En principio, es necesario recordar que la Corte IDH ha considerado que «si el Estado ha violado o no sus obligaciones internacionales en virtud de las actuaciones de sus órganos judiciales, puede conducir a que este Tribunal [Inte-

²¹¹ Cabe destacar que también, *obiter dictum*, se estimó la inconstitucionalidad del artículo 180 bis del Código Penal del Estado de Nuevo León, por violar el principio de reserva legal en material penal; *cf.* p. 24 de dicha resolución.

²¹² Artículo 4 bis C-II. La reforma fue publicada en el *Periódico Oficial* de dicha entidad federativa el 26 de mayo de 2008. *Vid. supra* nota 74.

americano] deba ocuparse de examinar los respectivos procesos internos para establecer su compatibilidad con la CADH²¹³, lo cual incluye, eventualmente, las decisiones de tribunales superiores»²¹⁴.

En tal sentido, si bien existe jurisprudencia constante relativa a desestimar los planteamientos de excepciones preliminares por motivos de «cuarta instancia», es la primera vez que se alega que los tribunales nacionales efectivamente ejercieron el «control de convencionalidad» en un proceso ordinario que fue seguido en todas sus instancias, incluyendo los recursos ordinarios y extraordinarios respectivos, por lo que no puede nuevamente analizarse por los jueces interamericanos al implicar una revisión de lo decidido por los tribunales nacionales que aplicaron normatividad interamericana.

Al respecto, la Corte IDH reitera en el *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, que si bien la protección internacional resulta «de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el Derecho interno de los Estados americanos», como se expresa en el «Preámbulo» de la CADH (principio de subsidiariedad que también ha sido reconocido desde el inicio de su propia jurisprudencia)²¹⁵, lo cierto es que para poder realizar un análisis valorativo del cumplimiento de determinadas obligaciones internacionales «existe una intrínseca interrelación entre el análisis del Derecho internacional y de Derecho interno»²¹⁶.

Esta «interacción» se convierte, en realidad, en una «viva interacción»²¹⁷ con intensos vasos comunicantes que propician el «diálogo jurisprudencial», en la medida en que ambas jurisdicciones (la doméstica y la internacional) necesariamente deben atender a la normatividad «nacional» y a la «convencional» en determinados supuestos. Así sucede, en vía de ejemplo, con la valoración sobre la legalidad de una detención. La actuación de los órganos nacionales (incluidos los jueces), además de aplicar la normatividad que los rige en sede doméstica, tienen la obligación de seguir los lineamientos y pautas de aquellos pactos internacionales que el Estado, en uso de su soberanía, reconoció expresamente y cuyo compromiso internacional asumió.

A su vez, la jurisdicción internacional debe valorar la legalidad de la detención a la luz de la normatividad interna, debido a que la propia CADH remite a la

²¹³ Cfr. *Caso de los «Niños de la Calle» (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999, Serie C, núm. 63, párrafo 222; Caso Escher y otros vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de julio de 2009, Serie C, núm. 200, párrafo 44, y Caso Da Costa Cadogan vs. Barbados. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de septiembre de 2009, Serie C, núm. 204, párrafo 12.*

²¹⁴ Cfr. *Caso Gomes Lund y Otros («Guerrilha do Araguaia») vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010, párrafo 49.*

²¹⁵ *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C, núm. 4, párrafo 61: «La regla del previo agotamiento de los recursos internos permite al Estado resolver el problema según su Derecho interno antes de verse enfrentado a un proceso internacional, lo cual es especialmente válido en la jurisdicción internacional de los derechos humanos, por ser ésta "coadyuvante o complementaria" de la interna (Convención Americana, Preámbulo)».*

²¹⁶ Párrafo 16 de la sentencia del *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010, Serie C, núm. 220.*

²¹⁷ Expresión del actual presidente de la Corte IDH, D. GARCÍA-SAYÁN; cfr. su trabajo, «Una viva interacción: Corte Interamericana y Tribunales Internos», en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un cuarto de siglo: 1979-2004, op. cit., supra nota 127.*

legislación nacional para poder examinar la convencionalidad de los actos de las autoridades nacionales; ya que el artículo 7.2 del Pacto de San José remite a las «Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas» para poder resolver sobre la legalidad de la detención como parámetro de convencionalidad. Los jueces nacionales, por otra parte, deben cumplir con los demás supuestos previstos en el propio artículo 7 para no violentar el derecho convencional a la libertad personal, debiendo atender de igual forma a la interpretación que la Corte IDH ha realizado de los supuestos previstos en dicho numeral.

De tal manera que para poder determinar si las actuaciones de los jueces nacionales resultan compatibles con el Pacto de San José, en determinados casos se tendrá que analizar su actuación a la luz de la propia normatividad interna y siempre atendiendo a la CADH, especialmente para valorar lo que podríamos denominar el «debido proceso convencional» (en sentido amplio)²¹⁸. Dicho análisis, por consiguiente, no puede constituir una «cuestión preliminar», sino fundamentalmente representa una «decisión de fondo», donde precisamente se analizaría, *inter alia*, si un determinado ejercicio del «control de convencionalidad» por parte de los tribunales nacionales resultó compatible con las obligaciones contraídas por el Estado demandado y a la luz de la propia jurisprudencia interamericana.

Las anteriores consideraciones, por supuesto, no otorgan competencia absoluta a la Corte IDH para revisar en cualquier caso y condición la actuación de los jueces nacionales a la luz de la propia legislación interna, toda vez que ello implicaría examinar nuevamente los hechos, valorar las pruebas y emitir una sentencia que eventualmente pudiera tener por efecto confirmar, modificar o revocar el veredicto nacional; cuestión que claramente excedería la competencia propia de esa jurisdicción internacional al sustituirse a la jurisdicción interna y violentar el carácter subsidiario y complementario esencial de aquélla. En efecto, las garantías convencionales descansan en el «principio de subsidiariedad» antes referido, reconocido expresamente en el artículo 46.1.a) de la propia CADH, previendo de manera clara como requisito de actuación de los órganos interamericanos «que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme los principios del Derecho internacional generalmente reconocidos»; regla que a su vez complementa el dispositivo 61.2 del mismo

²¹⁸ Si bien no existe de manera expresa referencia al «debido proceso» en la CADH; el conjunto de derechos del propio Pacto y el desarrollo jurisprudencial de la Corte IDH, ha creado, en su conjunto lo que podría denominarse el «debido proceso convencional», integrado por diversos derechos. En un interesante voto concurrente, S. GARCÍA RAMÍREZ advierte que: «[...] Entre los temas examinados con mayor frecuencia por la Corte Interamericana se halla el llamado debido proceso legal, concepto desenvuelto por la regulación y la jurisprudencia angloamericana. El Pacto de San José no invoca, literalmente, el “debido proceso”. Con otras palabras, sin embargo, organiza el sistema de audiencia, defensa y decisión entrañado en aquel concepto. Cumple esta misión —esencial para la tutela de los derechos humanos— con diversas expresiones y en distintos preceptos, entre ellos el artículo 8.º, que figura bajo el rubro de “Garantías judiciales”. Lo que se pretende con ello es asegurar al individuo que los órganos del Estado llamados a determinar sus derechos y deberes —en múltiples vertientes— lo harán a través de un procedimiento que provea a la persona con los medios necesarios para defender sus intereses legítimos y obtener pronunciamientos debidamente motivados y fundados, de manera que se halle bajo el amparo de la ley y al abrigo del arbitrio» (párr. 3.º del voto razonado que formuló, en relación con la Sentencia del *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 19 de septiembre de 2006, Serie C, núm. 151).

Pacto, al prever de manera explícita como condición de actuación de la Corte IDH el «que sean agotados los procedimientos previstos en los artículos 48 a 50» (referido al procedimiento ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos).

La Corte IDH no tiene competencia para convertirse en una «nueva y última instancia» para resolver los planteamientos originales de las partes en un proceso nacional. Esto lo tiene claro el Tribunal interamericano como no puede ser de otra manera. Cobran relevancia las lúcidas reflexiones de un destacado juez interamericano al referirse precisamente sobre esta cuestión²¹⁹:

«La Corte Interamericana, que tiene a su cargo el “control de convencionalidad” fundado en la confrontación entre el hecho realizado y las normas de la Convención Americana, no puede, ni pretende —jamás lo ha hecho—, convertirse en una nueva y última instancia para conocer la controversia suscitada en el orden interno. La expresión de que el Tribunal interamericano constituye una tercera o cuarta instancia, y en todo caso una última instancia, obedece a una percepción popular, cuyos motivos son comprensibles, pero no corresponde a la competencia del Tribunal, a la relación jurídica controvertida en éste, a los sujetos del proceso respectivo y a las características del juicio internacional sobre derechos humanos» (cursiva añadida).

De lo expuesto se concluye que la jurisdicción interamericana será competente, en determinados casos, para revisar las actuaciones de los jueces nacionales, incluido el correcto ejercicio del «control de convencionalidad», siempre y cuando el análisis se derive del examen que realice de la compatibilidad de la actuación nacional a la luz de la CADH, de sus Protocolos adicionales y de su propia jurisprudencia convencional; sin que ello implique convertir al Tribunal interamericano en un «tribunal de alzada» o de «cuarta instancia», ya que su actuación se limitará al análisis de determinadas violaciones de los compromisos internacionales asumidos por el Estado demandado en el caso particular, y no de todas y cada una de las actuaciones de los órganos jurisdiccionales domésticos; lo que evidentemente en este último supuesto equivaldría a sustituir a la jurisdicción interna, quebrantando la esencia misma de la naturaleza coadyuvante o complementaria de los tribunales internacionales.

Por el contrario, la Corte IDH es competente para conocer «de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes»²²⁰; siendo precisamente el objetivo principal del Tribunal interamericano «la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos»²²¹, de donde deriva su competencia también para analizar el debido ejercicio del «control de convencionalidad» por el juez nacional cuando existan violaciones al Pacto de San José, análisis que el juez convencional realizará, necesariamente, al resolver el «fondo» del asunto y no como «excepción preliminar», al ser en aquel momento donde se efectúa el «examen de convencionalidad» de la actuación interna a la luz de la CADH y de la interpretación que se realice a la misma por la Corte IDH.

²¹⁹ Párrafo 3.º del voto razonado formulado por el juez S. GARCÍA RAMÍREZ, a propósito de la sentencia emitida en el *Caso Vargas Areco vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*, de 26 de septiembre de 2006, Serie C, núm. 155.

²²⁰ Artículo 33 de la CADH.

²²¹ Artículo 1.º del Estatuto de la Corte IDH.

10. EL «DIÁLOGO JURISPRUDENCIAL»: HACIA UN *IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE* EN AMÉRICA LATINA

La interacción entre el Derecho internacional y el Derecho constitucional resulta ineludible y sus vasos comunicantes se estrechan. Por una parte, la «internacionalización» de diversas categorías existentes en el ámbito nacional de los Estados constitucionales se evidencia, especialmente con los pactos internacionales en materia de derechos humanos y con la creación de los sistemas universal y regionales de protección de los mismos, con la finalidad de que dichos instrumentos internacionales se apliquen y sean realmente efectivos por los Estados. Se transita de las tradicionales «garantías constitucionales» a las «garantías convencionales», teniendo su máximo grado de desarrollo con las sentencias que dictan los tribunales internacionales.

La doctrina del «control difuso de convencionalidad» pareciera que fue adoptada por la Corte IDH en un proceso evolutivo de la referida «internacionalización», al haber influido las prácticas de las altas jurisdicciones nacionales en su jurisprudencia²²². La propia Corte IDH reconoce la utilidad y beneficio de la jurisprudencia nacional producida en los Estados que forman parte de la CADH. Así, el «diálogo jurisprudencial» se convierte en una herramienta de «doble vía» de interacción, como recientemente lo ha reconocido dicho Tribunal interamericano²²³:

«4. Durante 2010 el “diálogo jurisprudencial” entre la Corte Interamericana, órganos judiciales superiores a nivel interno. Este diálogo ha tenido *dos efectos concretos y palpables* en los últimos años. Por un lado, *a nivel interno se puede verificar un creciente número de países que incorporan los estándares interamericanos de derechos humanos fijados por la Corte*. Por el otro, *la Corte se ve enormemente beneficiada de la jurisprudencia producida a nivel local, lo que ayuda además al desarrollo de su propia jurisprudencia*. Esto genera una dinámica que enriquece *la jurisprudencia del Tribunal y fortalece la vigencia de los derechos humanos en todos los Estados del hemisferio*, ya que la protección internacional de los derechos humanos encuentra *aplicación directa* en el ámbito interno por parte de los tribunales locales o de cualquier órgano estatal encargado de impartir justicia».

Por otra parte, el influjo que a partir de 2006 imprime el Tribunal interamericano para «irradiar» su jurisprudencia y, por tanto, lograr la recepción nacional de los estándares internacionales en los Estados parte de la CADH, produce una intensidad y profundidad de la «nacionalización» o «constitucionalización» del Derecho internacional de los derechos humanos, como lo demuestra la recepción de dicha doctrina por las altas jurisdicciones nacionales a que se refiere expresamente el *Caso Cabrera García y Montiel Flores* (párrs. 226 a 232 de la sentencia)²²⁴; y a este catálogo jurisprudencial de altas jurisdicciones nacionales

²²² Vid. *supra* «VI. El “control difuso de convencionalidad” por el juez nacional en América Latina: Hacia una teoría general», especialmente el epígrafe «3.A: Carácter difuso: todos los jueces nacionales “deben” ejercerlo».

²²³ Síntesis del Informe Anual de la Corte IDH de 2010, que se presenta a la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos de la OEA (Washington, D. C., 18 de marzo de 2011).

²²⁴ Vid. los párrafos 226 a 232 de la sentencia del *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, donde se reproducen pasajes de sentencias de Argentina, Bolivia, Costa Rica, Colombia, Perú y República Dominicana.

debe ahora sumarse la producida por la Suprema Corte de Justicia mexicana, que precisamente aceptó el «control difuso de convencionalidad» como parte del cumplimiento de una sentencia de la Corte IDH, en el *Caso Radilla Pacheco* en julio de 2011²²⁵.

En el año 2010 dicha doctrina jurisprudencial se reiteró por la Corte IDH en ocho casos contenciosos y lo que va del presente 2011 en un caso más, lo que denota su consolidación. Sus elementos y rasgos seguramente seguirán siendo cuidadosamente analizados por los jueces interamericanos y nacionales. No pretende establecer qué órgano tiene la última palabra (aunque de facto la tenga la Corte IDH), sino fomentar el «diálogo jurisprudencial» creativo, responsable y comprometido con la efectividad de los derechos humanos. La Corte IDH es consciente de esta interacción y del «diálogo jurisprudencial» que se ha generado, como se aprecia en su informe anual de labores de 2010²²⁶:

«En el presente apartado se presentan los principales avances jurisprudenciales desarrollados por la Corte durante el 2010 y algunos de los criterios que reafirman la jurisprudencia ya establecida por el Tribunal. Al respecto, cabe destacar que estos avances jurisprudenciales *establecen estándares interamericanos que son obligatorios no sólo para las partes en cada caso, sino para todos los Estados Parte de la Convención Americana*. En efecto, *la Corte Interamericana, al interpretar el texto de la Convención, lo hace en su carácter de “intérprete final”*.

Esta jurisprudencia de la Corte en diferentes casos, *ha venido siendo aplicada efectivamente por tribunales nacionales de otros Estados, lo cual ha generado la existencia de un “diálogo jurisprudencial”* en el cual los órganos del Sistema Interamericano interactúan con organizaciones de la sociedad civil de los países de la región, con órganos estatales de todos los niveles, con organismos internacionales y, fundamentalmente, *con otros tribunales que a nivel nacional incorporan los estándares interamericanos al Derecho interno de sus respectivos países*.

En efecto, *los más altos tribunales de países como Argentina, El Salvador, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Perú y República Dominicana, entre otros, han señalado expresamente la obligatoriedad de la Convención Americana y de la interpretación que de la misma lleva a cabo la Corte*.

Esto genera *una dinámica que enriquece la jurisprudencia del Tribunal y fortalece la vigencia de los derechos humanos garantizados por la Convención Americana en todos los Estados del hemisferio*, ya que la protección internacional de los derechos humanos encuentra *aplicación directa en el ámbito interno por parte de los tribunales locales o de cualquier órgano estatal encargado de impartir justicia*. Cabe destacar que este diálogo jurisprudencial se relaciona, además, con *la obligación que pesa sobre los jueces internos de verificar la compatibilidad de las normas y actos que deben analizar con respecto a la Convención Americana y con la interpretación que de ésta hace la Corte Interamericana*. Esta obligación denominada “control de convencionalidad” ha sido señalada por la Corte en numerosas oportunidades» (cursiva añadida).

Los jueces nacionales ahora se convierten en los primeros jueces interamericanos. Son ellos los que tienen la mayor responsabilidad para armonizar la legislación nacional con los parámetros interamericanos. La Corte IDH debe velar por ello y tener plena consciencia de los estándares que irá construyendo

²²⁵ Vid. *supra* «VIII. La recepción del “control difuso de convencionalidad” en México», especialmente el apartado «2. El cumplimiento (parcial) de la sentencia del *Caso Radilla* y su discusión en la Suprema Corte».

²²⁶ *Informe Anual de Labores*, 2010, pp. 55-56.

en su jurisprudencia, teniendo en consideración, además, el «margen de apreciación nacional» que deben contar los Estados nacionales para interpretar el *corpus iuris* interamericano²²⁷. De los jueces interamericanos se espera mucho y «en la medida en que más se autoexija, podrá a su vez exigir más a las cortes nacionales»²²⁸.

El «control difuso de convencionalidad» adquiere una creciente importancia para la efectividad de los derechos humanos en sede nacional. En el caso mexicano, este «control» se relaciona con la nueva cláusula de interpretación conforme contenida en el segundo párrafo del artículo 1.º constitucional, toda vez que el intérprete nacional deberá, en primer término, realizar una interpretación armónica entre la norma nacional y el tratado internacional, optando en todo momento por aquella interpretación que favorezca con mayor intensidad a las personas; y sólo en caso de incompatibilidad absoluta se dejará de aplicar la norma o se declarará su invalidez, de acuerdo a las competencias de cada juez y el tipo de proceso de que se trate. De esta forma, la nueva cláusula de interpretación conforme permitirá «armonizar» el Derecho nacional y el internacional, lo que propiciará seguramente un intenso diálogo jurisprudencial de manera «horizontal/vertical» entre los propios tribunales internos y éstos a su vez con la Corte IDH.

La Suprema Corte de Justicia deja de tener el monopolio en la interpretación de los derechos humanos, al existir una pluralidad de intérpretes del texto constitucional (donde se incluyen los derechos humanos de fuente internacional). El «diálogo jurisprudencial» se traslada al ámbito nacional, entre la Suprema Corte, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, los Tribunales Superiores de Justicia en las entidades federativas y, en general, entre todos los jueces (federales y locales). De igual forma, la Corte IDH deja de erigirse como el único órgano jurisdiccional que interpreta la CADH y que puede realizar el «control de convencionalidad» para extenderse ahora hacia todos los jueces mexicanos que «deben» realizar interpretaciones al *corpus iuris* interamericano y ejercer dicho control dentro de sus competencias. Así, el diálogo «vertical» entre todos los jueces mexicanos con el Tribunal interamericano, se producirá con particular intensidad con la Suprema Corte de Justicia mexicana, por ser el último intérprete del sistema nacional, sin perder de vista que la Corte IDH, a su vez, constituye el «último» y «definitivo» intérprete de la CADH a nivel interamericano.

Ante la multiplicidad de intérpretes en materia de derechos humanos en México, se iniciará un interesante diálogo jurisprudencial de tipo «vertical» y

²²⁷ Sobre esta doctrina, *cfr.* J. GARCÍA ROCA, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, *op. cit.*, *supra*, nota 46. Si bien este «margen de apreciación nacional», frecuentemente utilizada por el Tribunal de Estrasburgo, tiene más posibilidades en Europa, debido a las profundas diversidades culturales entre los países de esa región. En América Latina, en cambio, partimos de raíces comunes, incluso un desarrollo temporal semejante de doscientos años de constitucionalismo, lo que hace pensar que, en teoría, tendríamos más posibilidades y elementos para lograr un *ius commune* en materia de derechos humanos, siendo el «control difuso de convencionalidad» una herramienta que seguramente desencadenará el «diálogo jurisprudencial» para permitir ese ideal y considerando que sólo los países latinoamericanos han aceptado la jurisdicción de la Corte IDH.

²²⁸ N. P. SAGUÉS, «El “control de convencionalidad”, como instrumento para la elaboración de un *ius commune* interamericano», en *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, *op. cit.*, nota 87, t. II, pp. 449-468, en p. 467.

«horizontal»; pero también «paralelo»²²⁹, si consideramos el influjo que produce el intercambio jurisprudencial que en la actualidad mantienen las altas jurisdicciones nacionales, especialmente los tribunales, cortes y salas constitucionales, que propicia la circulación de criterios en el marco de lo que ZAGREBELSKY llama la «justicia constitucional cosmopolita», que descansa en un patrimonio común de principios constitucionales materiales, los cuales se producen en las distintas sedes donde se elabora Derecho constitucional²³⁰; por otra parte, este diálogo jurisprudencial «paralelo» seguramente se producirá en México, debido a que el parámetro de «control difuso de convencionalidad» se «amplía» por el nuevo contenido normativo del artículo 1.º constitucional que va más allá del *corpus iuris* interamericano y de la jurisprudencia de la Corte IDH; diálogo «paralelo», por cierto, que este Tribunal interamericano mantiene con otros tribunales internacionales, especialmente con su homólogo europeo.

En definitiva, la trascendencia de la nueva doctrina sobre el «control difuso de convencionalidad» es de tal magnitud, que probablemente en ella descansen el futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y, a su vez, contribuirá al desarrollo constitucional y democrático de los Estados nacionales de la región. La construcción de un auténtico «diálogo jurisprudencial» —entre los jueces nacionales y los interamericanos—, seguramente se convertirá en el nuevo referente jurisdiccional para la efectividad de los derechos humanos en el siglo XXI. Ahí descansa el porvenir: en un punto de convergencia en materia de derechos humanos para establecer un auténtico *ius constitutionale commune* en las Américas.

²²⁹ Sobre los tipos de diálogos entre tribunales y el recurso a la comparación, *vid.* la obra de G. DE VERGOTTINI, *Más allá del diálogo entre tribunales. Comparación y relación entre jurisdicciones*, con muy interesante prólogo de J. GARCÍA ROCA, Madrid, Civitas/Thomson Reuters, 2010.

²³⁰ *Cfr.* G. ZAGREBELSKY, «El juez constitucional en el siglo XXI», en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa-Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, núm. 10, julio-diciembre de 2008, pp. 249-267.

XXVIII. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD POR EL JUEZ NACIONAL *

1. INTRODUCCIÓN

Hace poco más de ciento sesenta años se dictó la primera sentencia de amparo de la que se tiene registro. El 13 de agosto de 1849, en San Luis Potosí, un juez de Distrito suplente llamado Pedro Sámano, otorgó el amparo en contra de una orden de destierro del gobernador de esa entidad; y lo hizo aplicando de manera directa la Constitución: el artículo 25 del Acta de Reformas de 1847 que estaba entonces vigente y sin que existiera ley reglamentaria. Juez valiente que adelantándose a su época entendió la importancia de concebir al texto supremo como una norma y no como una mera declaración programática. Se adelantó a lo que en la segunda mitad del siglo xx y especialmente con las nuevas tendencias de los Tribunales Constitucionales se conoce como *fuerza normativa de la Constitución*.

Como bien se sabe, el juicio de amparo se establece por primera vez en Yucatán en 1841 como una garantía constitucional (terminología que no hay que confundir con los derechos fundamentales); pasa al ámbito federal en 1847 y después la Constitución de 1857 establece sus cimientos. Posteriormente, en el siglo xix se dio un trascendente debate respecto a los alcances del juicio de amparo, en el sentido de si debe también proceder en contra de las resoluciones de los jueces. En 1869, la Suprema Corte ordenó al juez de Distrito en Culiacán que admitiera una demanda de amparo con base en el artículo 8.º de la Ley de Amparo de 1869, el cual prohibía el amparo contra «negocios judiciales», por lo que de manera implícita nuestro más Alto Tribunal declaró la inconstitucionalidad de dicho precepto. El *Caso Miguel Vega* fue resuelto por mayoría de votos en el Pleno de la Suprema Corte. Esta resolución provocó que el juicio de amparo se convirtiera, a lo largo de los años, en lo que hoy conocemos como

* Publicado en *XX Memorias del Ciclo de Conferencias de Actualización Judicial 2010. 25 años, 25 conferencias*, México, Tribunal Superior de Justicia del D. F., 2010, pp. 29-43. Corresponde a la conferencia impartida el 23 de marzo de 2010 (Auditorio «María Lavalle Urbina» del Tribunal Superior de Justicia).

«amparo directo» o «amparo judicial», abriendo la posibilidad de impugnar las resoluciones definitivas de los Tribunales Superiores de Justicia de las entidades federativas.

En esa época estaba vigente el recurso de casación, institución que cayó en desuso porque el amparo abrió la posibilidad de impugnar las sentencias de los jueces, lo cual duplicaba las instancias. El juicio de amparo se fue incorporando paulatinamente al ámbito constitucional en diversas latitudes; primero fue en países de Centroamérica, después en Sudamérica y hoy lo tenemos en 22 países iberoamericanos, en algunos africanos y también en ciertos países de Asia. En Europa también se le conoce con el nombre de «recurso de amparo» o «queja constitucional, por lo que hoy constituye una de las principales garantías para la protección constitucional de los derechos fundamentales a nivel mundial.

2. LA EXPANSIÓN INTERNACIONAL DEL AMPARO

La expansión del juicio de amparo alcanza el ámbito internacional a partir de la segunda guerra mundial; después de ésta, se empiezan a firmar pactos internacionales en materia de derechos humanos y se establecen organismos para protegerlos, lo que dio lugar al sistema universal, donde se han establecido diversos tribunales internacionales, como la Corte Internacional de Justicia, la Corte Internacional del Mar o la Corte Penal Internacional, entre otros.

Además del sistema universal, en la actualidad se han configurado tres sistemas regionales de protección de derechos humanos: el *europeo*, donde existe acceso directo al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuya sede se encuentra en Estrasburgo, Francia; el *interamericano*, conformado por dos órganos: la Comisión Interamericana, situada en Washington, y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ubicada en San José de Costa Rica; y el *africano*, de reciente creación, que también tiene una Comisión y una Corte Africana (en Arusha, Tanzania), la cual dictó su primera sentencia a finales de 2009 en un caso contra Senegal.

En la actualidad existen propuestas para ir ampliando los sistemas regionales en otras latitudes. Lo novedoso es que el individuo tiene acceso a estos tribunales supranacionales. Se permite al individuo presentar demandas contra los Estados nacionales, lo cual rompe con la concepción tradicional del Derecho internacional, en el que la visión y los conflictos se originaban exclusivamente entre Estados. Se establece una especie de «amparo internacional» y concretamente en nuestra región un «amparo interamericano».

3. SISTEMA INTERAMERICANO

La Organización de Estados Americanos (OEA) se creó en 1948 con 21 países (actualmente son 35). El Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha tenido una progresiva configuración. Primero se constituyó la Comisión Interamericana en 1959 y veinte años después la Corte Interamericana, en 1979, como órgano jurisdiccional cúspide e intérprete final de la Convención Americana de Derechos Humanos; este instrumento internacional, conocido como Pacto de

San José, fue suscrito en esa ciudad en 1969 y entró en vigor en 1978. La vinculación y entrada en vigor para México es a partir del 24 de marzo de 1981.

Ahora bien, sólo 21 Estados miembros de la OEA reconocen la competencia contenciosa de la Corte Interamericana. México lo hizo el 16 de diciembre de 1998 al mismo tiempo que Brasil. Existen dos facultades de la Corte Interamericana.

a) Una *consultiva*, no jurisdiccional, donde se le puede preguntar en abstracto acerca de cuestiones de interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos y de cualquier otro instrumento internacional en materia de derechos humanos que se aplique en el continente americano. México ha solicitado la opinión consultiva en dos ocasiones; la primera, relativa al derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal (OC-16/99 de 1 de octubre de 1999); y la segunda, sobre la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados (OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003).

b) Otra competencia de naturaleza *contenciosa*, o sea, de índole jurisdiccional, en la cual se dictan auténticas sentencias vinculantes para los Estados parte. Hasta la fecha ha habido cuatro casos contenciosos en los que México ha sido demandado formalmente. Tradicionalmente la Comisión Interamericana en Washington elevaba el caso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos y una vez que el caso se encuentra en esa instancia, existe legitimación del individuo para seguir actuando ante dicha Corte; no hay acceso directo de la víctima y sus representantes hasta que la Comisión Interamericana somete la demanda a la Corte. El procedimiento ha cambiado a partir del nuevo reglamento (vigente desde el 1 de enero de 2010), que implica una mayor participación de las víctimas y de sus representantes desde la propia demanda y menos protagonismo de la Comisión Interamericana durante el procedimiento ante la Corte.

A continuación nos referiremos brevemente a cada caso, analizando con mayor detalle el *Caso Radilla* por representar la primera condena que implica reformar diversos ordenamientos y ejercer un «control de convencionalidad» por los jueces mexicanos.

1. *Caso Martín del Campo*. El primer caso en el que el Estado mexicano fue demandado fue el de Alfonso Martín del Campo Dodd. En septiembre de 2004 se declaró procedente una excepción preliminar propuesta por el Estado mexicano, en la cual se aduce que los hechos ocurrieron con anterioridad al reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, de diciembre de 1998. Se trata de un caso en el que se siguieron todas las instancias jurisdiccionales nacionales, incluso el amparo. Llegó el asunto hasta la Corte Interamericana, y resolvió declarando procedente la excepción preliminar por falta de competencia por razón del tiempo (*ratione temporis*), debido a que la competencia contenciosa la había aceptado el Estado mexicano después de los hechos. Por tanto, en este primer caso en realidad no se entró al fondo del asunto y no hubo por consiguiente una sentencia propiamente dicha ni una condena.

2. *Caso Castañeda*. En 2008 se resolvió el llamado *Caso Castañeda* por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La sentencia se dicta el 6 de agosto y es, en estricto rigor, la primera sentencia de condena internacional en contra

del Estado mexicano por violar preceptos del Pacto de San José, o sea, de la Convención Americana de Derechos Humanos. Se trata de una sentencia parcialmente condenatoria. Los hechos son los siguientes: Jorge Castañeda trató de registrarse en el Instituto Federal Electoral (IFE) como candidato a la presidencia de la República. El IFE contesta, primero, que el registro relativo no se solicita dentro del plazo previsto en la ley electoral; y, segundo, que solamente lo pueden hacer los partidos políticos, no los ciudadanos, toda vez que conforme a dicha legislación electoral no existe la posibilidad de candidaturas independientes.

Castañeda contrata abogados y recurre la resolución del IFE a través del juicio de amparo, a pesar de que el mecanismo idóneo era el juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, cuya competencia es del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. La Suprema Corte de Justicia de la Nación había establecido, en una contradicción de tesis, que el Tribunal Electoral no podía dejar de aplicar una ley a un caso concreto, como lo venía haciendo desde 1996; es decir, prohibió el llamado control difuso, por lo que si el Tribunal Electoral consideraba que una ley electoral era contraria a la Constitución la dejaba de aplicar. En este caso, Castañeda impugnaba la inconstitucionalidad del Código Electoral porque la Constitución no establecía que las candidaturas tengan que realizarse por medio de los partidos políticos. Lo que reclamaba era la inconstitucionalidad del COFIPE (Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales) y recurre al juicio de amparo (no utiliza el juicio para la protección de los derechos político-electorales porque la jurisprudencia de la Corte que le prohibía al Tribunal Electoral realizar el control difuso). Sin embargo, tampoco el amparo constituía un instrumento posible porque el artículo 73 de su ley reglamentaria señala como una de las causales de improcedencia precisamente la impugnación de actos o resoluciones de órganos electorales. El juez de Distrito aplica esa fracción del artículo 73 de la Ley de Amparo y llega el caso en grado de revisión a la Suprema Corte de Justicia por su importancia y trascendencia. Con una votación dividida nuestro más Alto Tribunal determinó la improcedente del juicio de amparo porque no era la vía idónea, por lo que confirma la sentencia del juez federal.

Como puede advertirse, el planteamiento de Jorge Castañeda quedó sin resolverse en territorio nacional, ya que no hubo órgano jurisdiccional en México que estudiara la inconstitucionalidad planteada, por lo que recurre a la Comisión Interamericana, que a su vez eleva el caso a la Corte Interamericana. La Corte Interamericana resuelve condenar al Estado mexicano por violar el artículo 25 de la Convención Americana referido a la protección judicial y, por otra parte, estima que no existe violación en cuanto al planteamiento de las candidaturas independientes, al considerar que es de configuración constitucional de cada país establecer o no dichas candidaturas independientes. En cambio, estimó que hubo violación al derecho de protección judicial establecido en el Pacto de San José, porque no hubo un mecanismo ni órgano jurisdiccional en México que conociera y resolviera el fondo de la inconstitucionalidad planteada por el señor Castañeda. Ésa es la primera condena. Hace poco, la Corte Interamericana revisó el cumplimiento de dicha sentencia y consideró que está parcialmente cumplida, al haber pagado el Estado mexicano la cantidad de 7.000 dólares al señor Castañeda por concepto de costas, pero no así en cuanto a la condena de modificar la legislación secundaria.

Cabe precisar que el 13 de noviembre de 2007 hubo una reforma constitucional para permitir al Tribunal Electoral realizar el control difuso; así se deja sin vigencia la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia que lo había prohibido al resolver dos famosas contradicciones de tesis entre la Sala Superior del Tribunal Electoral y la clásica jurisprudencia sobre la materia de la Corte. En el *Caso Castañeda*, la Corte Interamericana realizó, sin decirlo, una especie de «control de convencionalidad» de la «jurisprudencia constitucional» de nuestro más Alto Tribunal, al desautorizar la jurisprudencia que en aquél momento existía donde no permitía al Tribunal Electoral realizar el control difuso respecto de las leyes electorales.

3. *Caso Campo Algodonero*. Los dos casos siguientes de condena al Estado mexicano tuvieron lugar en noviembre de 2009. El primero es la sentencia en el *Caso Campo Algodonero* dictada el 16 de ese mes, referido a los llamados «feminicidios» de Ciudad Juárez. Hubo una condena enérgica al Estado mexicano por una serie de omisiones en las investigaciones de las autoridades y denegación de justicia. En este caso las víctimas fueron tres mujeres, en realidad adolescentes de quince, diecisiete y veinte años, encontradas en un campo algodonoero de Ciudad Juárez, durante el mes de septiembre de 2001, con sus cuerpos desgarrados y con signos de violencia sexual. La Corte Interamericana estimó infringidos varios derechos previstos en la Convención Americana, como el derecho a la vida (art. 4.º), a la integridad y libertad personales (arts. 5.º y 7.º), a la protección judicial (art. 25.1), a las garantías judiciales (art. 8.1), y también al artículo 7.º de la Convención de Belém do Pará, relativo al deber de prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer.

Muy significativo resulta que la Corte Interamericana estimara que: «Las irregularidades en el manejo de evidencias, la alegada fabricación de culpables, el retraso en las investigaciones, la falta de líneas de investigación que tengan en cuenta el contexto de violencia contra la mujer en el que se desarrollaron las ejecuciones de las tres víctimas y la inexistencia de investigaciones contra funcionarios públicos por su supuesta negligencia grave, vulneran el derecho de acceso a la justicia, a una protección judicial eficaz y el derecho de los familiares y de la sociedad a conocer la verdad de lo ocurrido. Además, denota un incumplimiento estatal de garantizar, a través de una investigación seria y adecuada, los derechos a la vida, integridad personal y libertad personal de las tres víctimas... Esta ineficacia judicial frente a casos individuales de violencia contra las mujeres propicia un ambiente de impunidad que facilita y promueve la repetición de los hechos de violencia en general y envía un mensaje según el cual la violencia contra las mujeres puede ser tolerada y aceptada como parte del diario vivir...» (párr. 388 de la Sentencia).

4. *Caso Radilla*. La tercera sentencia condenatoria en contra del Estado mexicano se produce unos días después, el 23 de noviembre de 2009, en el llamado *Caso Radilla*. Nos detendremos con mayor detalle en este asunto por las implicaciones relevantes que tiene en el orden jurídico mexicano. Esta sentencia cobra una importancia superlativa para la dinámica de la interpretación de todos los jueces mexicanos, por lo que estimamos será el comienzo de una nueva etapa en los planteamientos de los abogados litigantes y, por supuesto, en la argumentación y fundamentación de los jueces en sus sentencias. La sentencia condenatoria implica, entre otras cuestiones, la necesidad de reformar el Código

Penal Federal y el Código de Justicia Militar, para adecuarlos a los estándares internacionales en la materia, así como a la necesidad de que los jueces mexicanos interpreten la normatividad nacional (incluida la Constitución federal) a la luz de los pactos internacionales y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

a) *Hechos*. El caso se refiere a una desaparición forzada de persona. Rosendo Radilla Pacheco fue un señor de sesenta años, padre de 12 hijos, que componía corridos; esta actividad fue la justificación de la detención, según se relata en los hechos, porque los corridos se relacionaban con actividades sociales y luchas campesinas. La desaparición forzada ocurrió el 24 de agosto de 1974, hace treinta y seis años; Rosendo Radilla se trasladaba en un autobús de la ciudad donde vivía a Chilpancingo, acompañado por su hijo; en un retén militar lo bajaron y ya no se supo más de él; en 1992, después de dieciocho años, una de sus hijas, Andrea Radilla Martínez, presenta denuncia penal ante el Ministerio Público Federal por la desaparición forzada de su padre y en contra de quien resulte responsable; como no hubo consecuencia alguna de esta denuncia, en 1999 realiza otra ahora ante el Ministerio Público local en el Estado de Guerrero, y así empezaron a tramitarse en el ámbito federal y en el local sin éxito.

En 2000-2001 se denunciaron los hechos ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; la Comisión Nacional de los Derechos Humanos conoce del asunto y emite una importante recomendación. Por medio de un acuerdo presidencial de noviembre de 2001 se atiende dicha recomendación para crear una Fiscalía Especial para la desaparición forzada de personas durante la década de los años setenta y principios de los ochenta del siglo pasado. Esta fiscalía se creó en 2002 y examinó más de 500 expedientes de desaparición de personas durante esa época.

La Fiscalía Especial presentó en 2006 el denominado «Informe histórico a la sociedad mexicana relativa a un patrón de detenciones, tortura y desapariciones forzadas de personas por militares» —en la época que se conoce como guerra sucia—. En 2005 se logró la consignación ante un juez de distrito de un presunto responsable, un militar (teniente coronel de infantería, en retiro desde el año 2000), por el delito de privación de libertad en su modalidad de plagio y secuestro, pero no por desaparición forzada de personas. Al año siguiente, esta Fiscalía Especial desaparece y se integra a la Coordinación General de Investigaciones de la Procuraduría General de la República, donde el caso se acumula a 122 indagatorias más. El juez de distrito declina su competencia «por razón del fuero» en favor de un juzgado militar; esa declinación de competencia fue impugnada ante un Tribunal Colegiado de Circuito, que ratificó la competencia de la jurisdicción del juez militar. En 2006 fallece el militar (presuntamente responsable de los hechos), y se sobresee el juicio por muerte del inculpado. Éstos son los hechos por los que la Corte Interamericana de Derechos Humanos emite una condena en contra del Estado mexicano.

b) *La sentencia*. Es un fallo complejo, que sintetizo en cuatro aspectos fundamentales para efectos de la presente conferencia. En primer lugar, el Gobierno mexicano hizo valer diversas excepciones preliminares, entre otras la incompetencia *ratione temporis*, ya que los hechos ocurrieron en 1974 y la adición de México a la Convención Americana fue en 1981 y la ratificación de la competen-

cia contenciosa de la Corte Interamericana se realizó hasta diciembre de 1998. La Corte Interamericana estimó que el delito de desaparición forzada de personas es un delito continuado y permanente; por tanto, al momento de la ratificación de la Convención y del reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte, la desaparición forzada continuaba. Este criterio de la Corte Interamericana, que seguramente será motivo de profundas reflexiones, podría abrir la competencia en el futuro para los llamados «casos del pasado», anteriores al reconocimiento del Pacto de San José y de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana por el Estado mexicano.

El segundo aspecto (y aquí entramos al tema del «control de convencionalidad»), constituye la declaración de inconvencionalidad que hace la Corte Interamericana respecto al Código de Justicia Militar mexicano, en concreto del artículo 52, fracción II, inciso *a*), que extiende la jurisdicción militar a partir de un «criterio personal» y no «material»; o sea, de conformidad con dicho precepto, lo que interesa es si intervino o no un militar, sin importar el tipo de delito. Se entiende que siempre que actúe un militar con independencia del delito de que se trata es de jurisdicción militar; y esa previsión es lo la Corte Interamericana declaró «inconvencional» porque hay tratados internacionales firmados por el Estado mexicano que establecen que lo anterior debe de ser la excepción, no la regla. Lo que hace la Corte Interamericana es, primero, analizar la convencionalidad del artículo 13 de la Constitución federal mexicana, el cual habla del fuero militar, para ver si es convencional y de ahí concluye que el problema no es de la Constitución sino del Código de Justicia Militar; lo curioso es que los tribunales federales en el país, a partir de la vigencia de este Código de Justicia Militar (que data de 1933), han interpretado el artículo 13 de la Constitución a la luz de dicho Código y no al revés, sometiendo el mismo al prisma y control de nuestra Constitución federal. La Corte Interamericana estima que dicho precepto del Código de Justicia Militar debe reformarse y la interpretación que desde ahora realicen los jueces mexicanos debe ser a la luz de la interpretación que está realizando dicho tribunal internacional. Así, la Corte Interamericana estima que en realidad «no es necesario ordenar la modificación del contenido normativo que regula el artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos», sino el artículo 57 del Código de Justicia Militar que resulta «incompatible» con la Convención Americana por violarse el principio al juez natural.

El tercer aspecto relevante se refiere a que el delito de desaparición forzada de personas previsto en el Código Penal Federal resulta también «inconvencional», ya que no se ajusta a los parámetros internacionales. En efecto, en 2005 se incorpora en México el delito de desaparición forzada de personas. Se tipifica en el artículo 215 A, del Código Penal Federal, que a la letra establece: «Comete el delito de desaparición forzada de personas el servidor público, que independientemente haya participado en la detención ilegal de una o varias personas, propicie o mantenga dolosamente su ocultamiento bajo cualquier forma de detención». La Corte Interamericana consideró que esa previsión es incompatible con la Convención Interamericana de Desaparición Forzada de Personas, ya que este instrumento internacional no limita el sujeto activo del ilícito a «servidores públicos» sino que considera a «cualquier persona» que actué con autorización, el apoyo o la afluencia del Estado; por tanto, condenan al Estado mexicano a que modifique dentro de un plazo razonable, el artículo 215 A del Código Penal

Federal, para que la tipificación de dicho delito sea conforme con los pactos internacionales.

El cuarto aspecto relevante para efectos de esta conferencia, está relacionado con el control de convencionalidad en sede interna, que nosotros preferimos denominar «control difuso de convencionalidad», ya que impone el «deber» de todos los jueces nacionales de ejercer un «control de convencionalidad». Esta sentencia condenatoria al Estado mexicano expresa, en sus párrafos 339 y 340, lo siguiente:

«339. En relación con las prácticas judiciales, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un “control de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

340. De tal manera, es necesario que las interpretaciones constitucionales y legislativas referidas a los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar en México, se adecuen a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal, los cuales han sido reiterados en el presente caso (*supra* párrs. 272 a 277)».

Se trata de una reiteración a la doctrina del «control difuso de convencionalidad», que la Corte Interamericana viene aplicando de manera firme desde el *Caso Almonacid Arellano vs. Chile* de 2006. Esta nueva dimensión seguramente tendrá resistencias en el continente al implicar atribuciones novedosas para todos los jueces nacionales (sea cual sea su materia y grado). Se abre así una novedosa vertiente al tradicional control de constitucionalidad, que implica ahora realizar el «control» a la luz de la Convención Americana y de sus protocolos adicionales; lo cual también abre la posibilidad de que no sean sólo los jueces constitucionales (en nuestro país los jueces y magistrados federales y ministros de la Suprema Corte), sino también los jueces locales. Se trata de un control difuso (de convencionalidad) que implicará seguramente nuevas interpretaciones por parte de la judicatura mexicana.

Esta sentencia será un referente para el futuro. Lo es por muchas razones. Entre otras, porque puede dinamizar la utilización del Pacto de San José y la jurisprudencia de la Corte Interamericana por parte de todos los jueces, incluidos los locales. Provocará tomarnos en serio los derechos humanos previstos en los tratados internacionales (que una vez ratificados son Derecho interno), y podría llevar a una nueva dinámica en el entendimiento tradicional entre el Derecho nacional y el Derecho internacional de los derechos humanos.

Lo anterior podría llevar también a nuevos criterios interpretativos del artículo 133 constitucional. Creemos que la Suprema Corte mexicana debería de-

finir con mayor claridad la ubicación de los tratados internacionales en materia de derechos humanos en nuestro orden jurídico, que hasta la fecha no lo ha realizado, ni siquiera en el *Caso McCain* de 2007, resuelto por mayoría de seis votos (con cinco votos particulares); en este asunto, si bien se establece que los tratados internacionales son parte integrante de la «Ley Suprema de la Unión» (interpretando el art. 133 constitucional), se ubican jerárquicamente por debajo de la Constitución y arriba de las leyes «generales», «federales» y «locales». Este criterio debe, a nuestro entender, ser matizado y avanzar hacia el pleno reconocimiento constitucional de los derechos humanos de fuente internacional, a manera de un «bloque de constitucionalidad» como constituye la tendencia contemporánea en los países de nuestra región, distinguiendo entre los tratados de derechos humanos y los demás pactos internacionales.

Ahora bien, si los tratados internacionales en materia de derechos humanos reconocidos por México tienen eficacia directa en territorio nacional y tienen que aplicarse por las autoridades y jueces mexicanos, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que interpreta aquellos debe también tener la misma eficacia, especialmente cuando interpreta preceptos del Pacto de San José, al ser este tribunal internacional el último y definitivo intérprete de dicho pacto. Lo anterior no significa que los jueces nacionales no puedan interpretar la Convención Americana (y sus protocolos adicionales), sino únicamente que aquél órgano jurisdiccional realizará la interpretación final. De ahí que la jurisprudencia convencional se convierte en un referente para el juez nacional, especialmente con la nueva doctrina del «control difuso de convencionalidad» como veremos más adelante. Se abre así una nueva vertiente hacia un «bloque de convencionalidad» como en los años recientes lo han venido reconociendo diversos Tribunales Constitucionales o cortes supremas en Argentina, Colombia, Costa Rica y Perú y República Dominicana, entre otros. Incluso algunos textos constitucionales así lo prevé, como en la nueva Constitución de República Dominicana de enero de 2010.

c) La condena. La sentencia fue pronunciada por unanimidad de los jueces de la Corte Interamericana, señalando la responsabilidad del Estado mexicano por la violación de diversos derechos previstos en la Convención Americana. La condena es amplia. En concreto, deberá el Estado mexicano:

1. Realizar una investigación eficaz dentro de un plazo razonable y, en su caso, llevar a cabo los procesos penales correspondientes por la detención y desaparición forzada del señor Rosendo Radilla Pacheco, para determinar las correspondientes responsabilidades penales y aplicar efectivamente las sanciones y consecuencias que la ley prevea.

2. Continuar con la búsqueda efectiva y la localización inmediata de la víctima o, en su caso, de sus restos mortales.

3. Realizar, en un plazo razonable, las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar el artículo 57 del Código de Justicia Militar y el artículo 215 A del Código Penal Federal, con los estándares internacionales en la materia y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

4. Implementar, en un plazo razonable y con la respectiva disposición presupuestaria, programas o cursos permanentes relativos al análisis de la jurisprudencia.

dencia del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en relación con los límites de la jurisdicción penal militar; así como un programa de formación sobre la debida investigación y juzgamiento de hechos constitutivos de desaparición forzada de personas.

5. Publicar en el *Diario Oficial de la Federación* y en otro diario de amplia circulación nacional, por una sola vez, determinados párrafos de la sentencia, así como publicar íntegramente la misma en el sitio web oficial de la Procuraduría General de la República.

6. Realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad del Estado mexicano en relación con los hechos.

7. Realizar una semblanza de la vida del señor Rosendo Radilla Pacheco.

8. Brindar atención psicológica y/o psiquiátrica gratuita y de forma inmediata, adecuada y efectiva, a través de sus instituciones públicas de salud especializadas, a las víctimas declaradas en la sentencia (familiares de Rosendo Radilla).

9. Pagar las cantidades fijadas por concepto de indemnización por daño material e inmaterial.

10. Pagar el reintegro de costas y gastos del juicio.

Como puede advertirse, el cumplimiento de la sentencia constituye un reto para el Estado mexicano. Hasta donde tenemos conocimiento, sólo se ha cumplido con la publicación en el *Diario Oficial de la Federación* de párrafos de la sentencia, lo cual se realizó el 9 de febrero pasado y también apareció en la página web de la Procuraduría General de la República; el cumplimiento de muchos de los aspectos señalados implican una coordinación eficaz entre diversas autoridades locales y federales. Sería conveniente incluso avanzar hacia una ley de cumplimiento de los fallos internacionales que facilite el pleno cumplimiento de los mismos, si bien no debe ser pretexto su ausencia para lograr el cabal cumplimiento de las sentencias, ya que como bien lo establece el artículo 68.1 de la Convención Americana, los Estados parte se «comprometen» a «cumplir la decisión de la Corte Interamericana».

4. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD: UN NUEVO DESAFÍO PARA LOS JUECES NACIONALES

Una de las cuestiones más relevantes para el tema que nos ocupa, es el relativo a que los jueces constitucionales deben, como señala el párrafo 340 del fallo del *Caso Radilla*, realizar «interpretaciones constitucionales» que sean compatibles con los estándares internacionales respecto de la jurisdicción militar en México, es decir, considerando el criterio material (el tipo de delito) y no el personal (el sujeto activo) para determinar la jurisdicción «civil» o «militar». De esta manera, de conformidad con el criterio de la Corte Interamericana, la simple participación de un militar en un delito no implica necesariamente la jurisdicción castrense, sino exclusivamente cuando se trata de delitos militares; de lo contrario se estaría violando el principio del juez natural, como lo ha reiterado dicho tribunal internacional en varias sentencias anteriores. Lo anterior es además acorde con lo que establece el artículo 13 de la Constitución federal mexicana, que en la parte correspondiente señala que: «...Subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar; pero los tribunales

militares en ningún caso y por ningún motivo, podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al ejército. Cuando en un delito o falta del orden militar estuviese complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda».

La Corte Interamericana supervisará el cumplimiento íntegro de su fallo en el plazo de un año a partir de la notificación del mismo, es decir, en diciembre de este año de 2010, debiendo el Estado rendir un informe sobre las medidas adoptadas para lograr el eficaz cumplimiento de esta trascendental sentencia.

¿En qué repercute este fallo para los jueces nacionales? La sentencia, como se ha puesto de manifestó, establece un «deber» para que todos los jueces (locales y federales) ejerzan un «control de convencionalidad»; este nuevo «control», según la Corte Interamericana, implica aplicar el Pacto de San José (y nosotros agregamos también sus protocolos adicionales y otros instrumentos internacionales de derechos humanos), así como la interpretación que de ellos ha realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Así, la Corte Interamericana se erige como guardián e intérprete final de la «convencionalidad», por lo que de alguna manera se está avanzando hacia una fuerza expansiva de su jurisprudencia convencional, a manera de un Tribunal Constitucional Interamericano. Este control de convencionalidad debe ejercerse *ex officio* por todos los jueces en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, lo que implica que pudiera abrirse, en principio, también para los jueces locales o del fuero común.

Este control de convencionalidad no es algo nuevo. Constituye en realidad una línea jurisprudencial que se está consolidando por parte de la Corte Interamericana. La primera vez que surgió este término fue en un voto concurrente de S. GARCÍA RAMÍREZ, uno de los jueces más destacados que ha tenido dicho tribunal internacional, quien acaba de terminar su segundo periodo como juez titular (1998-2009). En efecto, GARCÍA RAMÍREZ se refirió al «control de convencionalidad» al emitir su voto en el *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala* (2003) y por primera vez el pleno de la Corte Interamericana lo establece en el *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile* en 2006. Posteriormente esta doctrina se reitera con ciertos matices en los siguientes casos: *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú* (2006); *La Cantuta vs. Perú* (2006); *Boyce y otros vs. Barbados* (2007); *Heliodoro Portugal vs. Panamá* (2008); *Fernín Ramírez y Raxcacó Reyes, ambos vs. Guatemala*, en la resolución de supervisión de cumplimiento (2008); y, por supuesto, en el *Caso Radilla* brevemente analizado. Así se advierte que hay una reiteración en la línea jurisprudencial de la Corte Interamericana para ir construyendo la doctrina del control difuso de convencionalidad, que como veremos a continuación, en México inicia su aplicación.

Precisamente en el fallo del *Caso Radilla*, en una nota a pie de página se menciona un amparo resuelto por el Primer Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Administrativa y de Trabajo, del Décimo Primer Circuito (con residencia en Morelia, Michoacán), en el amparo 1060/2008 (julio de 2009) —o sea, antes de la condena internacional—. Se aplicó un control de convencionalidad y la propia sentencia explica los alcances de dicho control. Esto quiere decir que antes de la condena internacional, un Tribunal Colegiado de Circuito había considerado que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Hu-

manos lo obligaba y por ello aplicó de manera directa la jurisprudencia de ese tribunal internacional.

Posteriormente, la doctrina del control difuso de convencionalidad ha encontrado eco por otros tribunales. En efecto, en enero de 2010, el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito (D. F.), aplicó el control de convencionalidad citando de manera expresa el *Caso Radilla*. Están por publicarse en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* algunas tesis derivadas de dicho asunto; una de ellas referida a que este control de convencionalidad «debe» ser ejercido por los jueces del Estado mexicano en los asuntos sometidos a su consideración y ahí explica las razones de ello.

Hace unas semanas el pleno de la Suprema Corte de Justicia discutió el tema del «control de convencionalidad» en la acción de inconstitucionalidad 22/2009 (en la sesión pública del 4 de marzo de 2010), donde resolvió, por mayoría de votos, que las Comisiones de Derechos Humanos sólo pueden invocar derechos previstos en la Constitución y no en los tratados internacionales. Este criterio reduccionista lo estimamos contrario a la tendencia iberoamericana; en esa ocasión analizaron si debía realizarse, y en qué medida, el control de convencionalidad. La discusión no ha terminado. De hecho, creemos que recién inicia y seguramente será motivo de intensos debates en el seno de nuestro más Alto Tribunal y de otros tribunales nacionales en los próximos años. Hay otra acción de inconstitucionalidad cuyo ponente es el ministro Gudiño Pelayo, donde se tiene previsto analizar el grado de eficacia (y obligatoriedad) en nuestro sistema jurídico de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

5. CONCLUSIÓN

Además de los cuatro casos antes analizados, existen tres asuntos más en contra del Estado mexicano que se resolverán en la Corte Interamericana de Derechos Humanos probablemente en este mismo año de 2010: *Caso Inés Fernández Ortega y otros*, *Caso Teodoro Cabrera García y Rodolfo Montiel Flores* (conocido también como el caso de los Campesinos Ecologistas); y *Caso Valentina Rosendo Cantú y otra*. En estos asuntos también se encuentra involucrada la temática de la jurisdicción militar. Seguramente estas futuras sentencias constituirán, al igual que los anteriores casos brevemente analizados, nuevos retos para el Estado mexicano.

Concluyo como inicié, recordando que un valiente juez federal suplente dictó la primera sentencia de amparo aplicando de manera directa un precepto constitucional. Hoy, a más de siglo y medio de distancia, se requiere que nuestros jueces (federales y locales) apliquen valerosamente los derechos previstos también en los tratados internacionales en materia de derechos humanos y la propia jurisprudencia convencional, a pesar de no haber todavía un criterio al respecto de la Suprema Corte mexicana y tampoco una ley que reglamente el cumplimiento de las sentencias internacionales. De esta forma, nos encontramos en un proceso de constitucionalización del Derecho internacional de los derechos humanos y una manera probablemente eficaz para lograrlo sea la nueva doctrina del «control difuso de convencionalidad», para lograr ahora la *fuerza normativa del texto convencional* donde se hace necesario que nuestros jueces interpreten la

Constitución y legislación secundaria conforme los tratados internacionales y la jurisprudencia convencional. Estamos, en definitiva, transitando de un «control de constitucional» a un «control de convencionalidad», sin olvidar que ambos buscan lograr la eficaz tutela de los derechos humanos, sean de fuente nacional o internacional.

Este es, sin lugar a dudas, uno de los principales retos y desafíos que en los próximos años enfrentarán los jueces mexicanos, incluidos los jueces y magistrados del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. Muchas gracias por su atención.

23 de marzo de 2010
Auditorio «María Lavalle Urbina»
Tribunal Superior de Justicia del D. F.

XXIX. LA PRIMERA SENTENCIA INTERNACIONAL CONDENATORIA EN CONTRA DEL ESTADO MEXICANO

El Caso *Castañeda* y el control de convencionalidad de la jurisprudencia constitucional*

En coautoría con Fernando SILVA GARCÍA **

1. INTRODUCCIÓN

Nos resulta muy grato poder participar en esta obra homenaje al doctor Emilio Óscar Rabasa Mishkin, que fuera destacado investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y profesor de Derecho comparado en el posgrado de la Facultad de Derecho de la misma Universidad. Además de su importante obra escrita en temas constitucionales, destacan sus publicaciones sobre Derecho internacional, como no podía ser de otra manera debido a su trayectoria en el ámbito de las relaciones exteriores y seguramente por la influencia de su padre, eximio constitucionalista y consultor jurídico en esas materias.

Probablemente sea esa faceta la que más lo caracterizó como servidor público ejemplar, destacando su labor como embajador extraordinario y plenipotenciario ante los Estados Unidos de Norteamérica y como canciller de México, así como sus múltiples responsabilidades en comisiones y grupos de trabajo ante la ONU, la OEA y en el Tribunal de Arbitraje en la Corte Internacional de La Haya.

* Publicado en J. CARPIZO y Carol B. ARRIAGA (coords.), *Estudios en homenaje a Óscar O. Rabasa*, México, UNAM-IIIJ, 2010, pp. 109-156.

** Juez de distrito y profesor de la Facultad de Derecho de la UNAM.

Es por ello que decidimos unirnos a este merecido homenaje, abordando un tema de la mayor importancia y actualidad para el Derecho constitucional mexicano y el Derecho internacional, como lo es la primera resolución jurisdiccional de carácter internacional de condena al Estado mexicano. Se trata de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte Interamericana), en el *Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, de 6 de agosto de 2008.

A través de esta sentencia internacional se ha resuelto que el sistema jurídico mexicano es contrario *al derecho a la protección judicial* reconocido en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante Convención Americana), debido a que los individuos se encontraban imposibilitados para defender sus derechos fundamentales de participación democrática frente al legislador; es decir, existía en el ordenamiento jurídico mexicano una «zona de inmunidad» para el control de la constitucionalidad de las normas electorales por los particulares. En realidad se trata de una sentencia de condena parcial, ya que también se desestimaron las pretensiones de la parte denunciante, al no contravenirse los *derechos a ser elegido* (sistema exclusivo de partidos políticos sin candidaturas independientes) y *de igualdad ante la ley* (sólo permitirse dichas candidaturas en algunas entidades federativas y no a nivel federal), previstos, respectivamente, en los artículos 23.1 y 24 de la propia Convención.

El objetivo del presente estudio consiste en exponer brevemente los antecedentes y hechos relevantes, las razones jurídicas y el impacto normativo en el orden jurídico nacional de dicha sentencia internacional. Pondremos especial atención en el hecho consistente en que el Estado nacional («soberano») está vinculado al Derecho internacional de los derechos humanos, de tal manera que las sentencias regionales, en aplicación de tratados internacionales, pueden desautorizar, a través de un *control de convencionalidad*, el sentido de la *jurisprudencia constitucional* de los Tribunales Constitucionales.

Esto precisamente sucedió en el caso en análisis, donde se desautorizó la jurisprudencia obligatoria de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante Suprema Corte) y, en último término, el contenido de la Constitución mexicana («ley suprema»). Lo anterior refuerza la posición de la Corte Interamericana como intérprete final de los derechos humanos contenidos en el Pacto de San José y sus protocolos adicionales, lo que también consolida su concepción como Tribunal Constitucional internacional¹.

Asimismo, pondremos de relieve el hecho consistente en que, a partir de esta sentencia internacional, ha emergido, de manera vanguardista, *el derecho fundamental al control judicial de las leyes* en el sistema interamericano, lo que no ha sido nada sencillo de aceptar en otras latitudes².

¹ Cfr. P. HÄBERLE, «La jurisdicción constitucional en la fase actual de desarrollo del Estado constitucional», trad. de J. BRAGE CAMAZANO, *Teoría y realidad constitucional*, Madrid, UNED, núm. 14, 2.º semestre de 2004, pp. 153-176; A. SAIZ ARNAIZ, «El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas como Tribunal Constitucional», en E. FERRER MAC-GREGOR (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 5.ª ed., México, Porrúa, 2006, t. II, pp. 1879-1915; E. FERRER MAC-GREGOR, «La Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete constitucional (dimensión transnacional del Derecho procesal constitucional)», en D. VALADÉS y R. GUTIÉRREZ RIVAS (coords), *Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, t. III, México, IJ-UNAM, 2001, pp. 209-224.

² Hasta el momento, para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la falta de mecanismos para impugnar las leyes nacionales contrarias a los derechos convencionalmente protegidos no re-

2. ANTECEDENTES Y HECHOS DEL CASO CASTAÑEDA

1. El 5 de marzo de 2004, el señor Jorge Castañeda Gutman presentó al Consejo General del Instituto Federal Electoral (en adelante IFE) una solicitud de registro como candidato independiente al cargo de presidente de los Estados Unidos Mexicanos para las elecciones del 2 de julio de 2006, en ejercicio del derecho fundamental a ser votado reconocido en el artículo 35, fracción II de la Constitución mexicana.

Su solicitud fue atendida a través del escrito de 11 de marzo de 2004, notificado al día siguiente, por la Dirección Ejecutiva de Prerrogativas y Partidos Políticos, Dirección de Partidos Políticos y Financiamiento del IFE, informando al solicitante que no era posible atender su petición, porque de conformidad con el entonces vigente artículo 175 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales (en adelante COFIPE), corresponde únicamente a los partidos políticos nacionales el derecho a solicitar el registro de candidatos a cargos de elección popular. Además, se le externó que el plazo señalado por la propia legislación electoral para realizar ese registro de candidatos, correspondía del 1 al 15 de enero del mismo año de la elección (2006).

2. Inconforme con la resolución del IFE, el afectado presentó el 29 de marzo de 2004 una demanda de amparo en la que cuestionó la constitucionalidad de la omisión del Poder Legislativo para regular en forma efectiva el derecho fundamental a ser votado para cargos de elección popular, con el propósito de que se abriera la posibilidad de candidaturas independientes al cargo de presidente de la República sin necesidad de pertenecer a partido político alguno; asimismo, cuestionó la constitucionalidad de los artículos 175, 176, 177, párrafo I, inciso E y 178 del COFIPE; así como el oficio emitido por el Director Ejecutivo de Prerrogativas y Partidos Políticos del IFE por medio del cual se le informó que el derecho a ser votado sólo puede ejercerse a través de alguno de los partidos políticos nacionales.

Concretamente, la parte quejosa alegó que los actos reclamados resultaban violatorios de los derechos fundamentales previstos en los artículos 1.º, 3.º, 5.º, 9.º, 13 y 35 de la Constitución Federal, así como en los artículos 25 del Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles, y 23 de la Convención Americana, específicamente, los siguientes: 1) Libertad para dedicarse a la actividad político-electoral; 2) Libertad para asociarse o no, obligándolo a incorporarse forzosamente a un partido político; 3) Derecho de acceso a la vida democrática, y 4) Derecho a la igualdad de trato para los ciudadanos que no pertenecen a partido político alguno frente a los registrados por las instituciones políticas.

El 16 de julio de 2004, el juez séptimo de distrito en Materia Administrativa del Distrito Federal resolvió declarar improcedente el juicio de amparo (374/2005), con base en la noción jurisprudencial de que la única vía para plantear la no conformidad de las leyes electorales a la Constitución es la acción de inconstitucionalidad, en armonía con la improcedencia legal del juicio de

sulta violatoria del artículo 13 del Convenio de Roma (derecho a un recurso efectivo). *Vid.*, entre otras, la sentencia de ese Tribunal en el *Caso Goodwin vs. Reino Unido*, 11 de julio de 2002.

amparo tratándose de asuntos político-electorales, contenida en el artículo 73, fracción VII, de la Ley de Amparo.

3. Inconforme con el sobreseimiento en el juicio decretado por el juez de distrito (órgano de primera instancia en materia de amparo), el señor Castañeda Gutman interpuso recurso de revisión, cuya competencia originaria corresponde a un Tribunal Colegiado de Circuito (como órgano de segunda instancia en amparo). El Décimo Cuarto Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Administrativa del Primer Circuito conoció del recurso (RA 391/2004), así como de la revisión adhesiva interpuesta por el IFE, resolviendo el 11 de noviembre de 2004 diversos planteamientos de legalidad y solicitó a la Suprema Corte que ejerciera su facultad de atracción debido a la importancia para el orden constitucional del país.

La Suprema Corte resolvió el 7 de abril de 2005, por mayoría de nueve votos, atraer el caso (facultad de atracción 51/2004-PL), al considerar en esencia que el asunto tiene relación con la interpretación del artículo 35, fracción II, constitucional, así como de aquellos que pudieran relacionarse con el sistema de control constitucional consagrado en sus artículos 103, 105 y 107 al reclamarse «el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, *para esclarecer si es o no procedente el juicio de amparo en su contra y de su acto de aplicación*, así como la vulneración a diversos *Tratados Internacionales*, por lo que sí reviste particular interés y trascendencia, dado que toca una cuestión medular para el orden constitucional del país, de evidentes repercusiones; lo cual exige la intervención de este Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como el máxime intérprete de la Constitución» (foja 103).

4. El recurso de revisión (AR 743/2005) fue resuelto los días 8 y 16 de agosto de 2005, en el sentido de confirmar la sentencia recurrida y declarar improcedente el juicio de amparo, sin entrar a analizar el fondo de la cuestión. Por mayoría de seis (planteamiento de inconstitucionalidad) y siete votos (acto de aplicación), se resolvió confirmar el sobreseimiento en el juicio decretado por el juez federal, en esencia, con base en los siguientes argumentos: *a)* que el juicio de amparo es improcedente cuando se impugna la omisión del legislador de expedir una ley, toda vez que, de conformidad con el artículo 107, fracción II, de la Constitución Federal, las sentencias que se dicten en dicho proceso no deben tener efectos generales; *b)* por lo que hace a los preceptos legales reclamados, el juicio de amparo es improcedente, porque la única vía para impugnar leyes electorales es la prevista en el artículo 105, fracción II, de la Constitución Federal, y *c)* en lo que atañe a la resolución reclamada, es improcedente el juicio de amparo, porque los actos que se vinculen con derechos políticos o en materia electoral, no son impugnables a través de dicho proceso, de conformidad con la fracción VII, del artículo 73, de la Ley de Amparo.

A propósito de la resolución de dicho asunto, y otros similares, el Pleno de la Suprema Corte, en relación con el tema de mérito, emitió una serie de criterios que reafirman que la actuación del legislador electoral no es impugnabile por los particulares en defensa de sus derechos fundamentales de participación democrática³.

³ Cfr. la Tesis P. XVI/2008, cuyo rubro es: «Leyes electorales. No son impugnables en el juicio de amparo» (SJFG, t. XXVII, febrero de 2008, p. 17).

5. Frente a la decisión de la mayoría, una posición minoritaria de cinco votos propuso la procedencia del juicio de amparo, en esencia, con base en los siguientes razonamientos: *a)* Impedir al quejoso cuestionar la constitucionalidad de una ley que, a su juicio, trastoca el derecho a ser votado, lesiona el derecho de acceso a la justicia (art. 17 constitucional), ya que el juicio de amparo es la única vía con que cuentan los particulares para combatir las normas secundarias, teniendo en cuenta que la acción abstracta de inconstitucionalidad sólo legitima a los partidos políticos y a ciertas fracciones parlamentarias a esos efectos, y *b)* El juicio de amparo promovido contra la resolución reclamada es procedente, si se toma en consideración que, junto al planteamiento relacionado con el derecho a ser votado, el promovente alegó violación a diversos derechos fundamentales (asociación, igualdad, libertad, entre otros) que sí son materia del juicio de amparo, al relacionarse los derechos políticos con diversos derechos fundamentales.

6. El 6 de octubre de 2005 se inició formalmente el proceso electoral en México y del 1 al 15 de enero de 2006 el IFE recibió las candidaturas para el cargo de presidente de los Estados Unidos Mexicanos, de conformidad con el COFIPE. Jorge Castañeda no presentó una solicitud de registro de su candidatura durante dicho plazo y previamente presentó queja ante la Comisión Interamericana, iniciando la etapa internacional del caso.

7. El 12 de octubre de 2005 se presentó la denuncia correspondiente ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Comisión Interamericana), por diversas violaciones a la Convención Americana y se solicitaron medidas cautelares, las cuales fueron otorgadas el 17 de octubre siguiente (240/05). La Comisión Interamericana solicitó al Estado que adoptase medidas cautelares con el fin de que se permitiera registrar la candidatura del señor Jorge Castañeda Gutman para el cargo de presidente de la República mexicana, mientras dicho órgano decidía acerca de la admisibilidad y el fondo del asunto.

8. Ante la falta de cumplimiento por el Estado mexicano, el 15 de noviembre siguiente, la Comisión solicitó a la Corte Interamericana *medidas provisionales*, de conformidad con los artículos 63.2 de la Convención Americana, con la finalidad de que los Estados Unidos Mexicanos adopte «las acciones necesarias para la inscripción de la candidatura del señor Jorge Castañeda Gutman a la Presidencia de la República mientras la [Comisión Interamericana] decide acerca de la admisibilidad y el fondo de la petición presentada por éste sobre la [presunta] violación de varios derechos protegidos en la Convención Americana, incluidos los derechos políticos y el derecho a la igualdad ante la ley».

La Corte Interamericana desestimó, por improcedentes, las medidas provisionales en resolución de 25 de noviembre del mismo año, por mayoría de votos, al estimar esencialmente que en el presente caso no resulta posible apreciar la apariencia de buen derecho que manifiesta tener el señor Castañeda Gutman, sin emitir un pronunciamiento sobre el fondo del asunto planteado. Se estimó que tal planteamiento conduciría a resolver el fondo de la cuestión, por lo que las pretensiones del peticionario quedarían consumadas con la orden de adopción de medidas provisionales.

9. El 26 de octubre de 2006 la Comisión aprobó el Informe de admisibilidad y fondo núm. 113/06 (art. 50 de la Convención), en el que solicitó al Estado mexicano a que adecue su ordenamiento interno de conformidad con el

artículo 25 de la Convención Americana (derecho a la protección judicial), especialmente la normatividad de la Ley de Amparo y el COFIPE, para efectos de «brindar un recurso sencillo y efectivo para el reclamo de la constitucionalidad de los derechos políticos». Cabe destacar que el informe no estimó probadas las violaciones a los artículos 8.º, 13, 16, 23 y 24 de la Convención Americana. El 21 de marzo de 2007, la Comisión Interamericana decidió someter el caso 12.535 a la Corte Interamericana, al evaluar la falta de avances del cumplimiento de las recomendaciones formuladas al Estado mexicano.

10. En la demanda la Comisión solicitó a la Corte que declarara que México es responsable por la violación del derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 de la Convención Americana, en relación con las obligaciones generales de respetar y garantizar los derechos humanos y de adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos protegidos, de conformidad con los artículos 1.1 y 2 de la propia Convención. La Comisión solicitó a la Corte que ordenara al Estado que adopte determinadas medidas de reparación y que reintegre las costas y gastos.

Resulta oportuno destacar, desde ahora, que la Corte Interamericana ampliaría la materia de la litis, a petición de la presunta víctima, para realizar también un pronunciamiento sobre los derechos fundamentales de participación democrática a que se refiere el artículo 23 de la Convención, así como el derecho de igualdad ante la ley previsto en el artículo 24, del propio Pacto de San José.

El 8 de febrero de 2008 tuvo lugar la audiencia pública y el 6 de agosto del mismo año se dictó sentencia definitiva, haciéndose pública el 2 de septiembre siguiente, que a continuación pasamos a su análisis⁴.

3. LA SENTENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA

Es importante recordar que los tribunales regionales sobre derechos humanos (Europeo, Interamericano y Africano) operan en dos planos distintos de manera simultánea: por un lado, resuelven controversias concretas sobre derechos y libertades, principalmente entre individuos y Estados miembros; por otro lado, establecen *criterios generales de validez* que deben respetar dichos sujetos, en la definición de los niveles y del contenido concreto de los derechos humanos consagrados en los instrumentos internacionales respectivos.

El análisis que nos ocupa será realizado desde esas dos perspectivas. Es decir, en primer término, examinaremos qué resolvió la Corte Interamericana con respecto a las pretensiones del señor Castañeda en relación con la actuación del Estado mexicano (*fallo parcialmente condenatorio, efectos de cosa juzgada*); en segundo término, desprenderemos qué criterios generales estableció el tribunal interamericano a propósito de la interpretación de los derechos humanos que estaban en conflicto en dicho asunto (*efectos jurisprudenciales, de cosa interpretada*).

⁴ En general, sobre el *Caso Castañeda*, vid. los trabajos de J. CARMONA TINOCO, «El *Caso Jorge Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos* ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos», y C. M.³ PELAYO MÖLLER y S. J. VÁZQUEZ CAMACHO, «El *Caso Castañeda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*», ambos publicados en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, UNAM, vol. IX, 2009, pp. 775-790 y 791-812.

A) El fallo parcialmente condenatorio: efectos de cosa juzgada**a) Desestimación del planteamiento de violación a los derechos fundamentales de participación democrática**

La Corte Interamericana destacó que en el Derecho electoral comparado la regulación del derecho a ser votado respecto de la inscripción de las candidaturas puede implementarse de dos maneras: mediante el sistema de registro de candidatos de forma exclusiva por parte de los partidos políticos; o bien, a través del sistema de registro de candidaturas por parte de los partidos políticos junto con la posibilidad de inscribir candidaturas independientes; y que en la región puede observarse que existe cierto equilibrio entre los Estados en relación con ambos sistemas (fundamento 198).

A ese respecto, el tribunal regional consideró que ambos sistemas, uno construido sobre la base exclusivamente de partidos políticos y otro que admite también candidaturas independientes, pueden ser compatibles con la Convención y, por tanto, *la decisión de qué sistema escoger está en las manos de la definición política que haga el Estado, de acuerdo con sus normas constitucionales* (fundamento 204).

Precisado lo anterior, la Corte Interamericana partió de la premisa consistente en que *la Convención se limita a establecer determinados estándares dentro de los cuales los Estados legítimamente pueden y deben regular los derechos políticos, siempre y cuando dicha reglamentación cumpla con los requisitos de legalidad, esté dirigida a cumplir con una finalidad legítima, sea necesaria y proporcional; esto es, sea razonable de acuerdo a los principios de la democracia representativa*⁵ (fundamento 149).

Para la Corte Interamericana, el requisito por el cual corresponde a los partidos políticos solicitar el registro de los candidatos a cargos electivos a nivel federal se encuentra previsto en el artículo 175 del COFIPE (antes de la reforma de 2007), una *ley en sentido formal y material*, que tiene por *finalidad legítima* organizar el proceso electoral y el acceso de los ciudadanos al ejercicio del poder público en condiciones de igualdad y de manera eficaz, misma que resulta esencial para el ejercicio de los derechos de votar y a ser votado en elecciones periódicas auténticas, por sufragio universal e igual, y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, de acuerdo con el artículo 23 de la Convención Americana.

Asimismo, la Corte Interamericana determinó que el Estado ha fundamentado que el registro de candidatos exclusivamente a través de partidos políticos responde a la necesidad de crear y fortalecer el sistema de partidos como respuesta a una realidad histórica y política; la necesidad de organizar de manera eficaz el proceso electoral en una sociedad de 75 millones de electores, en la que todos tendrían el mismo derecho a ser elegidos; la necesidad de un sistema de financiamiento predominantemente público, para asegurar el desarrollo de elec-

⁵ Cfr. *Caso Yatama vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de junio de 2005, Serie C, núm. 127, párrafo 207.

ciones auténticas y libres, en igualdad de condiciones; y la necesidad de fiscalizar eficientemente los fondos utilizados en las elecciones, todo lo cual responde a un interés público imperativo (fundamento 193).

En cuanto a si la medida se ajustaba o no al logro del *objetivo legítimo* perseguido, la Corte Interamericana estimó que la exclusividad de nominación por partidos políticos a cargos electivos de nivel federal es una *medida idónea* para producir el resultado legítimo perseguido de organizar de manera eficaz los procesos electorales con el fin de realizar elecciones periódicas, auténticas, por sufragio universal e igual, y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores de acuerdo a lo establecido por la Convención Americana (fundamento 203).

Finalmente, es preciso subrayar que la Corte Interamericana tomó en consideración que la presunta víctima no argumentó ni demostró elemento alguno que permitiera concluir que el requisito de ser nominado por un partido político le impuso obstáculos concretos y específicos que significaran una restricción desproporcionada, gravosa o arbitraria a su derecho a ser votado (fundamento 202).

b) *Desestimación del planteamiento de violación al derecho a la igualdad ante la ley*

La parte afectada alegó que la exclusividad de registro de candidaturas por parte de partidos políticos, además de violar el derecho a ser elegido previsto en el artículo 23 de la Convención Americana, transgrede el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 24 de dicho tratado. A ese respecto, la Corte Interamericana consideró que no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana, máxime que la jurisprudencia interamericana ha distinguido entre *distinciones* y *discriminaciones*, de forma que las primeras constituyen diferencias compatibles con la Convención Americana por ser *razonables, proporcionales y objetivas*, mientras que las segundas constituyen diferencias arbitrarias que redundan en detrimento de los derechos humanos.

A partir de esa premisa, la Corte Interamericana determinó que las elecciones locales (las que permiten las candidaturas independientes, por ejemplo en los Estados de Sonora y Yucatán) y las federales (que no prevén dicha modalidad) no son comparables, de modo que, a su juicio, no es posible concluir que las diferencias de organización entre unas y otras, sean discriminatorias y violen el derecho a la igualdad ante la ley establecido en el artículo 24 de la Convención Americana⁶.

⁶ Cabe señalar que días previos a la presentación de la queja ante la Comisión Interamericana por parte de Jorge Castañeda, la Suprema Corte de Justicia resolvió el 5 de octubre de 2006, la acción de inconstitucionalidad 28/2006 y sus acumuladas 29/2006 y 30/2006, por mayoría de seis votos contra cinco, donde estableció la posibilidad del legislador secundario de establecer candidaturas independientes. La Tesis aislada V/2008, lleva por rubro: «Candidatos para cargos de elección popular en el Estado de Yucatán. Su postulación no es exclusiva de los partidos políticos» (*SJFG*, t. XXVII, marzo de 2008, p. 133).

c) *Violación al derecho de protección judicial*

En cambio, la Corte Interamericana declaró que el Estado mexicano violó *el derecho de protección judicial*, en relación con las obligaciones generales de respetar y garantizar los derechos humanos y de adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos protegidos (arts. 25, 1.1 y 2 de la Convención Americana), al apreciar que *dentro del Estado mexicano existía la imposibilidad —para los particulares— de hacer valer los derechos fundamentales de participación democrática frente al legislador*. En ese sentido, la Corte Interamericana concluyó lo siguiente:

«131. Dado que el recurso de amparo no resulta procedente en materia electoral, la naturaleza extraordinaria de la acción de inconstitucionalidad y la inaccesibilidad e inefectividad del juicio de protección para impugnar la falta de conformidad de una ley con la Constitución, en la época de los hechos del presente caso no había en México recurso efectivo alguno que posibilitara a las personas cuestionar la regulación legal del derecho político a ser elegido previsto en la Constitución Política y en la Convención Americana. En razón de ello, la Corte concluye que el Estado no ofreció a la presunta víctima un recurso idóneo para reclamar la alegada violación de su derecho político a ser elegido, y por tanto violó el artículo 25 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio del señor Castañeda Gutman.

[...]

133. En el presente caso la inexistencia de un recurso efectivo constituyó una violación de la Convención por el Estado parte, y un incumplimiento de su deber de adoptar disposiciones de Derecho interno para hacer efectivos los derechos establecidos en la Convención, en los términos del artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en relación con los artículos 1.1 y 2 de dicho tratado

[...]

X. Puntos Resolutivos

251. Por tanto, LA CORTE DECIDE, por unanimidad:

[...]

2. El Estado violó, en perjuicio del señor Jorge Castañeda Gutman, el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma, en los términos de los párrafos 77 a 133 de la presente Sentencia».

En relación con el cumplimiento del fallo, la Corte Interamericana recordó que es un principio de Derecho internacional que toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el *deber de repararlo adecuadamente*. A ese respecto, la Corte Interamericana consideró que la sentencia constituye *per se* una forma de reparación; que, además, el Estado debe, en un plazo razonable, *completar la adecuación de su Derecho interno a la Convención*, de manera que se garantice a los ciudadanos de forma efectiva el cuestionamiento de la constitucionalidad de la regulación legal del derecho a ser elegido; que, asimismo, el Estado debe publicar en el *Diario Oficial* y en otro diario de amplia circulación nacional, las partes relevantes de la sentencia; que, también, el Estado debe pagar al señor Jorge Castañeda Gutman el monto fijado por reintegro de costas y gastos; y, finalmente, que el Estado deberá, dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de la sentencia, rendir a la Corte un informe sobre las medidas adoptadas para cumplir con la misma; todo ello dentro del plazo de seis meses contado a partir de la notificación de la sentencia.

B) La jurisprudencia: efectos de cosa interpretada

La sentencia dictada por la Corte Interamericana no sólo implica un pronunciamiento jurisdiccional que estima parcialmente las pretensiones del afectado y que se limita a establecer reparaciones para ese caso concreto, sino que sus consideraciones constituyen *criterios generales de validez* aplicables para todos los Estados parte, por implicar la interpretación autorizada del contenido concreto, convencionalmente protegido, de los derechos humanos garantizados en el Pacto de San José. La sentencia *Castañeda* contiene criterios jurisprudenciales de gran calado en lo que atañe a los derechos de participación democrática y al de protección judicial.

a) Los derechos de participación democrática

En la sentencia se ha dejado claro que los derechos políticos son *derechos humanos* de los ciudadanos, que se relacionan estrechamente con otros derechos consagrados en la Convención Americana como la libertad de expresión, la libertad de reunión y la libertad de asociación y que, en conjunto, hacen posible el juego democrático.

A partir de dicha base, la Corte Interamericana ha entendido que de los derechos de participación democrática resultan *obligaciones positivas* para el Estado tendentes a que toda persona que formalmente sea titular de derechos políticos tenga la oportunidad real para ejercerlos respetando el principio de igualdad y no discriminación, máxime que se encuentra prohibida su suspensión y la de las garantías judiciales indispensables para la protección de éstos (fundamentos 140 y 145). Las referidas obligaciones positivas consisten en que los Estados deben organizar los sistemas electorales y establecer un complejo número de condiciones y formalidades para que sea posible el ejercicio del derecho a votar y ser votado (fundamentos 157, 158 y 159).

En ese orden de ideas, la Corte Interamericana parece haber establecido que los derechos de participación democrática *son derechos de configuración legal*, pues para su ejercicio la ley necesariamente tiene que establecer regulaciones legales (fundamentos 157, 158 y 159). A ese respecto, subrayó que los derechos políticos y también otros previstos en la Convención como el derecho a la protección judicial, son derechos que no pueden tener eficacia simplemente en virtud de las normas que los consagran, porque son por su misma naturaleza *inooperantes sin toda una detallada regulación normativa* e, incluso, sin un complejo aparato institucional, económico y humano que les dé la eficacia que reclaman, como derechos de la propia Convención, si no hay códigos o leyes electorales, registros de electores, partidos políticos, medios de propaganda y movilización, centros de votación, juntas electorales, fechas y plazos para el ejercicio del sufragio, éste sencillamente no se puede ejercer, por su misma naturaleza; de igual manera que no puede ejercerse el derecho a la protección judicial sin que existan los tribunales que la otorguen y las normas procesales que la disciplinen y hagan posible (fundamento 159).

Para la Corte Interamericana, *el Derecho internacional no impone un sistema electoral determinado ni una modalidad determinada de ejercer los derechos a votar*

y a ser elegido (fundamento 162). En todo caso, la Convención Americana establece lineamientos generales que determinan un *contenido mínimo* de los derechos políticos y permite a los Estados que dentro de los parámetros convencionales regulen esos derechos de acuerdo a sus necesidades históricas, políticas, sociales y culturales, las que pueden variar de una sociedad a otra, e incluso en una misma sociedad, en distintos momentos históricos (fundamento 166). Simplemente, el sistema electoral que los Estados establezcan de acuerdo a la Convención Americana debe hacer posible la celebración de elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual (no discriminatorio) y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores (fundamento 158).

Asimismo señaló que más allá de dichas exigencias, *la Convención Americana no establece una modalidad específica o un sistema electoral particular* mediante el cual los derechos a votar y ser elegido deben ser ejercido; más bien, *la Convención se limita a establecer determinados estándares* dentro de los cuales los Estados legítimamente pueden y deben regular los derechos políticos, *siempre y cuando dicha reglamentación cumpla con los requisitos de legalidad, esté dirigida a cumplir con una finalidad legítima, sea necesaria y proporcional; esto es, sea razonable* de acuerdo a los principios de la democracia representativa (fundamento 149). Por ende, a pesar de que existe un *margen de apreciación* a cargo de los Estados en el ámbito que nos ocupa, *la Corte Interamericana ha dejado en claro que las medidas que los Estados adoptan con el fin de garantizar el ejercicio de los derechos convencionales no están excluidas de la competencia de la Corte Interamericana* cuando se alega una violación de los derechos humanos previstos en la Convención (fundamento 161).

En otro orden de ideas, para la Corte Interamericana, salvo algunos derechos que no pueden ser restringidos bajo ninguna circunstancia, como el derecho a no ser objeto de tortura o de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, *los derechos humanos no son absolutos*. En tal sentido, destacó que la previsión y aplicación de requisitos para ejercitar los derechos políticos no constituyen, *per se*, una restricción indebida a los derechos políticos. Sin embargo, se ha subrayado que *la facultad de los Estados de regular o restringir los derechos no es discrecional, sino que está limitada por el Derecho internacional que exige el cumplimiento de determinadas exigencias que de no ser respetadas transforma la restricción en ilegítima y contraria a la Convención Americana* (fundamento 174). Particularmente, la Corte Interamericana ha afirmado que la disposición que señala las causales por las cuales se puede restringir el uso de los derechos de participación democrática (edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal) tiene como propósito único —a la luz de la Convención en su conjunto y de sus principios esenciales— evitar la posibilidad de discriminación contra individuos en el ejercicio de sus derechos políticos, siempre y cuando no sean desproporcionados o irrazonables, se trata de límites que legítimamente los Estados pueden establecer para regular el ejercicio y goce de los derechos políticos y que se refieren a ciertos requisitos que las personas titulares de los derechos políticos deben cumplir para poder ejercerlos (fundamento 155).

Para la Corte Interamericana, ninguno de los dos sistemas, el de nominación exclusiva por parte de partidos políticos y el que permite candidaturas

independientes, resulta en sí mismo más o menos restrictivo que el otro en términos de regular el derecho a ser elegido consagrado en su artículo 23 de la Convención. Por tanto, la decisión de qué sistema escoger está en las manos de la definición política que haga el Estado, de acuerdo con sus normas constitucionales. La Corte, finalmente, destacó la existencia de una profunda crisis en relación con los partidos políticos y subrayó que las candidaturas independientes pueden ser uno de los mecanismos para fortalecer la democracia (fundamento 204).

b) *El derecho a la protección judicial*

La sentencia contiene la definición de diversos *criterios generales de validez* desprendibles del derecho a la protección judicial, que trascienden al fallo condenatorio, por estar destinados para regular la actuación de todos los Estados miembros en futuros asuntos, dentro de los cuales destacan los siguientes:

Para la Corte Interamericana, *la protección judicial otorgada por el artículo 25 de la Convención es la posibilidad real de acceder a un recurso judicial para que la autoridad competente y capaz de emitir una decisión vinculante determine si ha habido o no una violación a algún derecho que la persona que reclama estima tener y que, en caso de ser encontrada una violación, el recurso sea útil para restituir al interesado en el goce de su derecho y repararlo* (fundamento 100).

A partir de dicha definición general, ha entendido que el examen de la existencia de una violación al derecho a la protección judicial implica el análisis de: 1) *La accesibilidad del recurso*: si la presunta víctima tiene o no acceso a un recurso, y 2) *La efectividad del recurso*: si el tribunal competente tiene o no las facultades necesarias para restituir a la presunta víctima en el goce de sus derechos, si se considerara que éstos habrían sido violados (fundamento 103).

Para la Corte Interamericana, el derecho a la protección judicial implica *obligaciones positivas* a cargo de los Estados en el sentido de que regulen los recursos judiciales de forma tal que las personas tengan *certeza y seguridad jurídica de sus condiciones de acceso*, y de que los individuos directamente tengan facultades para interponerlos sin intermediarios (por ejemplo a través de partidos políticos); así también, se desprende que aquél puede ser violado independientemente de que exista o no una contravención al derecho principalmente reclamado (fundamentos 101, 110 y 114).

A nuestro modo de ver, el criterio más vanguardista de la sentencia comentada consiste en que, para la Corte Interamericana, existe un *derecho a la protección judicial efectiva de los particulares frente al legislador democrático*; es decir, un *derecho fundamental al control judicial de las leyes*, lo que implicaría la posibilidad de que los individuos cuenten con *mecanismos de tutela efectiva de sus derechos fundamentales de participación democrática frente al legislador* (fundamento 131). Más adelante expondremos las ventajas que ello implica, especialmente, para el sistema jurídico mexicano en el ámbito electoral.

4. LA EFICACIA DIRECTA DE LA CONVENCIÓN AMERICANA Y DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA EN EL ORDEN JURÍDICO NACIONAL

La incorporación de los tratados internacionales en el ámbito interno de los Estados, puede realizarse a través de varias fórmulas. En principio, debe distinguirse entre aquellos países cuya recepción resulta *automática*, requiriendo en algunos casos el requisito formal de la publicación oficial; de aquellos otros, en los que se requiere una recepción *especial*, a través de un acto normativo interno (ley o decreto).

En México, al igual que la mayoría de los países latinoamericanos, se sigue el sistema de recepción automática, si bien se requiere de una aprobación legislativa, esto es, la ratificación del Senado de la República. Esta primera distinción resulta fundamental, debido a la aplicación directa de las normas y obligaciones internacionales en el ámbito interno. Como bien lo ha apuntado desde hace tiempo FIX-ZAMUDIO, al advertir que los tratados internacionales, una vez cumplidos sus requisitos materiales y formales de incorporación, constituyen *normas internas de fuente internacional*, lo que implica su obligatoriedad y aplicabilidad en el ámbito doméstico⁷.

Esto implica que los tratados internacionales sobre derechos humanos tienen *eficacia directa* en los territorios de los Estados miembros que los hayan adoptado. En este sentido, la Convención Americana constituye *Derecho interno* para los Estados parte. Otra cuestión distinta, como bien lo señala el ex presidente de la Corte Internacional de Justicia, Jiménez de Aréchaga, será determinar que jerarquía o prevalencia se le otorga en el ámbito doméstico⁸.

Las sentencias emitidas por la Corte Interamericana constituyen normas (individuales y generales) que derivan de la Convención Americana, de donde se desprende que gozan de la misma eficacia directa que se le atribuye a aquella. Desde esa óptica, aun cuando es recomendable una ley nacional que regule lo relativo a las formas de incorporar e implementar las sentencias regionales sobre derechos humanos, la noción e idea de que dicha legislación es *indispensable* para que tales decisiones produzcan efectos en territorio nacionales parece contraria al principio que sostiene que los Estados no pueden invocar el Derecho nacional para dejar de cumplir con el Derecho internacional.

Dicho principio reconocido en la Convención de Viena, desde cierta perspectiva, no significa otra cosa más que los tratados internacionales adoptados válidamente por el Estado tienen eficacia directa en el territorio nacional, puesto que, en la mayoría de los casos, la *exigencia* de leyes (diversas) de desarrollo para su aplicabilidad vendría a constituir un obstáculo creado para su debida obser-

⁷ Cfr. H. FIX-ZAMUDIO, «Protección jurídico constitucional de los derechos humanos de fuente internacional en los ordenamientos de Latinoamérica», en J. PÉREZ ROYO, J. P. URÍAS MARTÍNEZ y M. CARRASCO DURÁN (COORDS.), *Derecho constitucional para el siglo XXI. Actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Pamplona, Thomson Aranzadi, 2006, t. I, pp. 1727-1746.

⁸ Cfr. E. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, «La Convención Americana de Derechos Humanos como Derecho interno», en *Boletín de Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Brasilia, 1987-1989, núms. 69-71, pp. 35-55.

vancia. De allí que, desde cierta óptica, la eficacia de las sentencias regionales sobre derechos humanos sea una de las manifestaciones de la fuerza normativa de los tratados internacionales sobre derechos fundamentales.

En relación con la eficacia de las sentencias de los tribunales regionales sobre derechos humanos se ha dicho que la integración nacional de los sistemas regionales sobre derechos humanos es el germen de una obligada reordenación del sistema jurídico en los Estados miembros, tanto en los niveles de tutela de los derechos y libertades, como en los mecanismos procesales nacionales dirigidos a garantizarlos. Se ha subrayado, que la emisión de una norma individual vinculante para el Estado (sentencia regional estimatoria) tiende a producir un impacto normativo interno, especialmente en el sector jurisdiccional nacional, por dotar de un nuevo contenido a diversas figuras procesales y a derechos fundamentales; por sentar las bases de nuevos derechos y obligaciones para los poderes públicos y por crear una necesidad irremediable de reinterpretar el ordenamiento jurídico a partir de su presencia.

Se ha apuntado que uno de los motores centrales que puede ser capaz de generar la vitalidad de los sistemas regionales a nivel nacional lo constituye la interacción entre los derechos convencionales y los derechos constitucionales, por el juego que brinda el Derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, que podría dar cobertura y procurar eficacia a la jurisdicción regional en el ámbito del discurso argumentativo judicial, a propósito de la justificación de las sentencias nacionales. Al final, la penetración y la paulatina difusión de la jurisprudencia regional tiende a producir que la rama jurisdiccional de los Estados miembros, principalmente, vaya estimando que el respeto a su contenido constituye una exigencia derivable del ordenamiento jurídico respectivo. La conciencia del nuevo estado jurídico de las cosas (sujeción del Estado al Derecho internacional) en los Estados miembros, probablemente siente las bases de la articulación normativa necesaria, en el ámbito jurisdiccional, para la eficacia de las sentencias regionales sobre derechos humanos. Así, un sector de la doctrina ha estimado que el condicionamiento jurídico del Estado y la creación de tribunales internacionales con la tarea de garantizar los derechos humanos internacionalmente reconocidos ha comenzado a gestar, en lo particular, un distinto entendimiento procesal del control de la actuación pública y, en lo general, un nuevo entendimiento del Derecho⁹.

Lo anterior que ha tenido desde hace tiempo repercusiones en el sistema europeo¹⁰, ha cobrado una importancia también en el sistema interamericano. Por una parte, debe mencionarse que las recomendaciones de la Comisión Interamericana pueden llegar a tener carácter obligatorio cuando son aceptadas expresamente por los Estados¹¹, mientras que las sentencias y la jurisprudencia de la Corte Interamericana resultan obligatorias por lo que respecta a la violación de los derechos humanos previstos en la Convención Americana y sus protocolos adicionales para los Estados que han reconocido expresamente la competencia contenciosa de la Corte. Así se establece en el artículo 68.1 de la Convención

⁹ Vid. F. SILVA GARCÍA, *Derechos humanos. Efectos de las sentencias internacionales*, México, Porrúa, 2007, *passim*.

¹⁰ Cfr. C. RUIZ MIGUEL, *La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Tecnos, 1997.

¹¹ Cfr. *Caso Loayza Tamayo*, resuelto el 17 de septiembre de 1997, párrafo 80.

Americana: «Los Estados partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes». Esto no significa que las sentencias interamericanas tengan carácter ejecutivo *per se*¹², ya que depende de cada ordenamiento interno regular su cumplimiento, si bien tienen un efecto expansivo en los Estados hacia todos los poderes públicos¹³.

Como veremos en el siguiente epígrafe, esa visión, que propugna por la *eficacia directa* de las sentencias regionales sobre derechos humanos ha encontrado apoyo jurídico en el sistema jurídico mexicano. Conviene reiterar que, finalmente, la eficacia de las sentencias regionales sobre derechos humanos es una de las manifestaciones de la fuerza normativa de los derechos fundamentales de fuente internacional¹⁴. En otras palabras, al hablar de la efectividad de las decisiones supranacionales nos encontramos en el terreno más amplio relativo a la capacidad vinculante de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos¹⁵.

El *Caso Castañeda* pone de manifiesto ese estado de cosas. Frente a la sentencia nacional y a los criterios de la Suprema Corte, que negaron la posibilidad de que los derechos de participación democrática fueran defendibles frente al legislador, otra corriente de pensamiento en sede académica y judicial —tomando como base la fuerza normativa de los derechos fundamentales de fuente internacional— continúa con la deliberación jurídica y la crítica constructiva sobre dicho tema.

A pesar de que las puertas estaban cerradas para *el control judicial de las leyes electorales a nivel nacional*, una serie de actores jurídicos continuaron insistiendo y tomaron algunas medidas tendentes a dotar de eficacia directa tanto a la Convención Americana como a la jurisprudencia sentada en el *Caso Castañeda*. Como ejemplo de dichas medidas pueden citarse las siguientes.

A) La solicitud de modificación de jurisprudencia constitucional: ¿En cumplimiento de una sentencia internacional?

En el amparo *Castañeda* el Pleno de la Suprema Corte, por mayoría de votos, resolvió declarar improcedente el juicio de amparo presentado por el señor

¹² Cfr. H. FIX-ZAMUDIO y E. FERRER MAC-GREGOR, *Las sentencias de los Tribunales Constitucionales*, México, Porrúa-UNAM, 2009, especialmente el capítulo VIII, relativo a «La jurisprudencia internacional y su trascendencia en el ámbito interno», pp. 79-83.

¹³ Por ejemplo, en los *Casos Barrios Altos*, *El Tribunal Constitucional de Perú y La Cantuta*. Sobre este efecto expansivo y en general sobre la obligatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana, vid. J. C. HITTERS, «¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)», *Revista Iberoamericana de Derechos Procesal Constitucional*, México, Porrúa, núm. 10, julio-diciembre de 2008, pp. 131-155.

¹⁴ Vid. la interesante propuesta de reforma constitucional integral en materia de derechos humanos elaborada recientemente por el Alto Comisionado de Naciones Unidas: *Propuesta de reforma constitucional en materia de derechos humanos, elaborada por las organizaciones de la Sociedad Civil y por académicas y académicos especialistas en derechos humanos*, México, Alto Comisionado de Naciones Unidas, 2008, p. 21.

¹⁵ En general sobre la incorporación y aplicación de tratados internacionales en nuestro ordenamiento, vid., entre otros, J. L. CABALLERO, *La incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en México y España*, México, Porrúa-UIA, 2009; S. CORCUERA CABEZUT, «La incorporación y aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el sistema jurídico mexicano», en C. MARTÍN, D. RODRÍGUEZ-PINZÓN y J. A. GUEVARA (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos*, México, Fontamara-UIA, 2004, pp. 153-170.

Castañeda, sin entrar a analizar el fondo de la cuestión. La ministra Luna Ramos opinó, sin embargo, que la decisión de sobreseer en el juicio fue la determinación correcta y acorde a la Constitución; no obstante, estimó que parecía oportuno reconsiderar el criterio jurisprudencial sentado en la famosa contradicción de tesis a que nos hemos referido, de tal manera que faculte de nueva cuenta al Tribunal Electoral para analizar la constitucionalidad de leyes electorales, con efectos exclusivos a la declaración de invalidez del acto de aplicación que se apoye en una ley que sea contraria a la norma suprema. Una vez levantado ese obstáculo y devuelta a dicho tribunal esa atribución en materia de control concreto de constitucionalidad, la ministra propuso que la demanda del señor Jorge Castañeda debiera remitirse al Tribunal Electoral para su conocimiento, a fin de evitar dejarlo en estado de indefensión.

A pesar de que dicha alternativa no fue acogida por la mayoría, en la misma sesión pública, la ministra Luna Ramos anunciaría una *solicitud de modificación de jurisprudencia* (art. 197 de la Ley de Amparo) de los criterios que habían excluido al Tribunal Electoral del control de constitucionalidad de las leyes¹⁶. La solicitud de modificación de la jurisprudencia se presentó con anterioridad a la sentencia dictada por la Corte Interamericana; sin embargo, a la fecha, no ha sido resuelta.

Cabe destacar que la sentencia de la Corte Interamericana señala, de manera equivocada, siguiendo los alegatos de la presunta víctima, que la Suprema Corte en el mes de septiembre de 2007, decidió que no era procedente su modificación por no haber ningún cambio de circunstancias que dieran lugar a las tesis jurisprudenciales en materia electoral. Si bien es cierto que se discutió la solicitud de modificación de la jurisprudencia, la misma todavía no queda resuelta por el Pleno. Ese estado de cosas nos ha llevado a pensar que ese mecanismo de Derecho interno (solicitud de modificación de jurisprudencia) podría resultar de utilidad para uniformar la jurisprudencia constitucional a la luz de la jurisprudencia interamericana, es decir, se puede convertir en un instrumento importante para futuros casos.

A ese respecto, es interesante apuntar que, en el *Caso Castañeda*, la Corte Interamericana instó al Estado mexicano a *complementar* las medidas tomadas a efecto de que los particulares tengan la posibilidad de cuestionar las leyes que pudieran violar derechos humanos (fundamentos 230 y 231).

Creemos que una forma de *complementar* la reforma constitucional de 13 de noviembre de 2007, que permite conocer al Tribunal Electoral de las cuestiones de constitucionalidad de leyes (cuyas facultades expresas ya las tiene por mandato constitucional), sea modificar los criterios jurisprudenciales que contravienen (actualmente) tanto la Constitución, como la Convención Americana, a la luz de la sentencia dictada en el *Caso Castañeda*. Vendría a constituir en realidad una solicitud de modificación de la jurisprudencia en cumplimiento a una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Es cierto que debido a esa reforma constitucional se desautorizó la jurisprudencia de la Suprema Corte. Sin embargo, creemos que a través de la vía de la

¹⁶ La solicitud fue presentada el 19 de septiembre de 2007 (solicitud de modificación de jurisprudencia 2/2006-PL).

solicitud de la modificación de la jurisprudencia, todavía pendiente de resolución, podría constituir un reconocimiento explícito de la Suprema Corte para cumplimentar la sentencia interamericana y de esa forma crear un precedente importante para que este mecanismo sirva de armonización entre la jurisprudencia constitucional y la jurisprudencia interamericana. En definitiva, se trata de la recepción de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos por la jurisprudencia constitucional¹⁷.

B) La interpretación *minimalista* de la jurisprudencia de la Suprema Corte por parte del Tribunal Electoral: *el control de las leyes electorales con base en tratados internacionales sobre derechos humanos*

Otra de las medidas tomadas para acrecentar la fuerza normativa y la justiciabilidad de los derechos fundamentales de participación democrática, a pesar de la posición de la Suprema Corte, consistió en la *interpretación minimalista de la jurisprudencia constitucional* que excluía al Tribunal Electoral del control de regularidad constitucional de las leyes electorales llevada a cabo por esa instancia jurisdiccional en materia electoral.

En efecto, el Tribunal Electoral tuvo la perspicacia de dictar sentencias que, de hecho, implicaron la inaplicación de leyes contrarias a derechos fundamentales, sin quebrantar frontalmente la jurisprudencia de la Suprema Corte.

En el llamado *Caso Hank*, la Sala Superior del Tribunal Electoral, mediante una serie de interesantes justificaciones jurídicas, terminó por examinar la compatibilidad de la prohibición prevista en la Constitución del Estado de Baja California, consistente en que el presidente Municipal de un Ayuntamiento no puede ser electo Gobernador del Estado durante el periodo para el cual fue electo, con el contenido del derecho fundamental a ser votado reconocido internacionalmente¹⁸.

El Tribunal Electoral consideró lo siguiente: i) la Sala Superior no está facultada para abordar la cuestión desde el punto de vista del control constitucional, según la tesis de jurisprudencia P/J 23/2002, sostenida por la Suprema Corte, obligatoria para el Tribunal Electoral; ii) sin embargo, la resolución impugnada está indebidamente fundada y motivada; iii) la prohibición prevista en el artículo 42, párrafo 3.º, de la Constitución Local, consistente en que el presidente Municipal de un Ayuntamiento no puede ser electo Gobernador del Estado, durante el periodo para el cual fue electo, aun cuando se separe de su cargo, *contraviene tratados internacionales* y, en especial, a los artículos 1.º, 2.º, 29 y 30, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; iv) es fundado lo argumentado en

¹⁷ Sobre el tema, *vid.* C. AYALA CORAO, «Recepción de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos por la jurisprudencia constitucional», en E. FERRER MAC-GREGOR (coord.), *Derecho procesal constitucional, op. cit., supra* nota 1, t. II, pp. 1471-1531; y L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, «La recepción por el Tribunal Constitucional de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Administración Pública*, núm. 137, Madrid, CEPC, mayo-agosto de 1995, pp. 7-30.

¹⁸ En general sobre este trascendental fallo, *vid.* J. L. CABALLERO, *Los derechos políticos a medio camino. La integración constitucional del derecho al sufragio pasivo y los tratados internacionales sobre derechos humanos*, Comentarios a la Sentencia SUP —JDC— 695/2007, núm. 3, México, TEPJF, 2008.

el sentido de que el artículo 42, párrafo 3.º, de la Constitución de Baja California, en lo que aquí interesa, debe interpretarse en el sentido de que los presidentes Municipales tienen permitido registrarse y ser electos como gobernador de esa entidad, aun cuando no hubiera concluido el periodo para el cual fueron electos, en armonía con lo dispuesto por los tratados internacionales; v) la Sala Superior tiene competencia para interpretar el artículo 42, párrafo 3.º de la Constitución de Baja California, en relación con los tratados internacionales adoptados por el Estado mexicano, pues se trata de control de legalidad y no de constitucionalidad de la norma, si se tiene en cuenta que no se hace una comparación entre lo establecido por la carta magna y la legislación local¹⁹.

C) La reforma constitucional

Otro de los actores políticos que tomaría medidas con respecto a la indefensión de los particulares frente a las leyes que transgredieran los derechos fundamentales de participación democrática, sería el Poder de Reforma del Estado mexicano. Luego de la emisión de la sentencia dictada por la Suprema Corte, también de manera posterior a los debates públicos generados en torno a su sentido, el 13 de noviembre de 2007 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* la reforma al artículo 99 constitucional (entre otros preceptos), la cual vino a adicionar, en la parte que interesa, lo siguiente:

«Artículo 99 [...]

Sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 105 de esta Constitución, las salas del Tribunal Electoral podrán resolver la no aplicación de leyes sobre la materia electoral contrarias a la presente Constitución. Las resoluciones que se dicten en el ejercicio de esta facultad se limitarán al caso concreto sobre el que verse el juicio. En tales casos la Sala Superior informará a la Suprema Corte de Justicia de la Nación [...]»²⁰.

Dicha reforma constitucional, de manera clara, vendría a revertir la jurisprudencia constante de la mayoría del Pleno de la Suprema Corte, que había excluido al Tribunal Electoral del control de regularidad constitucional de las leyes electorales.

D) Reordenación del sistema jurídico nacional: la incorporación directa de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Se ha establecido que la emisión de una norma individual vinculante para el Estado nacional (sentencia regional estimatoria) tiende a producir un impac-

¹⁹ Este asunto dio lugar a la tesis aislada de la Sala Superior del Tribunal Electoral, que lleva por rubro: «Derecho a ser votado. No debe vulnerarse por ocupar un cargo de elección popular (legislación de Baja California)».

²⁰ A ese respecto, en la exposición de motivos de la referida reforma constitucional, se estableció: «[...] Un segundo objetivo es el fortalecimiento de las atribuciones y facultades de las autoridades electorales federales a fin de superar las limitaciones que han enfrentado en su actuación. De esta manera, el Instituto Federal Electoral vería fortalecida su capacidad para desempeñar su papel de árbitro en la contienda, mientras que al Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación la Iniciativa propone perfeccionar su facultad para decidir la no aplicación de leyes electorales contrarias a la Constitución Federal, en armonía con la calidad de Tribunal Constitucional que la propia Constitución reserva para la Suprema Corte de Justicia de la Nación [...]».

to normativo interno, especialmente en el sector jurisdiccional nacional, por dotar de un nuevo contenido a diversas figuras procesales; por sentar las bases de nuevos derechos y obligaciones para los poderes públicos y por crear una necesidad irremediable de reinterpretar el ordenamiento jurídico a partir de su presencia²¹.

En esa línea de pensamiento, ya se han dictado algunos pronunciamientos judiciales muy concretos, que han estado dirigidos a dotar de *eficacia directa* a la jurisprudencia interamericana emanada del *Caso Castañeda*.

El propio presidente de la Suprema Corte, ministro Guillermo I. Ortiz Maya-goitia, al discutir varios juicios de amparos en que se cuestionaba la procedencia o no de dicho proceso para impugnar la constitucionalidad de una serie de reformas a la norma suprema, especialmente en el Amparo en Revisión 186/2008, invocó la jurisprudencia sentada en el *Caso Castañeda* para sustentar su voto en el sentido de que sí debe otorgarse a los particulares un recurso efectivo para combatir los vicios formales de las reformas constitucionales.

Sucedió algo similar en el asunto de Contradicción de Tesis 17/2008 resuelto por el Pleno de la Suprema Corte en sesión pública de 27 de octubre de 2008, en que se trataba de determinar si era o no posible cuestionar la constitucionalidad de una norma legal que ha sido aplicada, por primera vez, dentro de un proceso de control de regularidad constitucional (juicio de amparo). El Pleno de la Suprema Corte resolvió dicho asunto en el sentido de que no es posible plantear la inconstitucionalidad de una norma legal aplicada dentro del proceso de amparo. En contra de dicho fallo, la ministra Margarita Luna Ramos invocó la jurisprudencia sentada en el *Caso Castañeda*.

Esos ejemplos ponen de manifiesto que, como se ha dicho, la penetración y la paulatina difusión de la jurisprudencia regional tiende a producir que la rama jurisdiccional de los Estados miembros, principalmente, vaya estimando que el respeto a su contenido constituye una *exigencia directa* derivable del ordenamiento jurídico respectivo. La conciencia del nuevo estado jurídico de las cosas (interacción del Estado constitucional al Derecho internacional) en los Estados miembros, probablemente siente las bases de la articulación normativa necesaria, en el ámbito jurisdiccional, para la eficacia de las sentencias regionales sobre derechos humanos.

5. LAS RELACIONES ENTRE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL (JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL) Y LA CONVENCION AMERICANA (JURISPRUDENCIA REGIONAL)

En relación con el sistema de fuentes, la posición jurisprudencial histórica de la Suprema Corte ha sido en el sentido de que los tratados internacionales se encuentran jerárquicamente por debajo de la Constitución. Así, los tratados internacionales están sujetos al *control de regularidad constitucional* encomendado al Poder Judicial de la Federación, de conformidad con el texto constitucional.

²¹ Cfr. F. SILVA GARCÍA, *Derechos humanos. Efectos de las sentencias internacionales*, op. cit., supra nota 11.

Sin embargo, paradójicamente, frente a dicha sólida posición, nos encontramos con que, desde cierta óptica, el *Caso Castañeda* ha puesto de manifiesto que el sistema jurídico mexicano, en su conjunto, incluida la Constitución nacional (jurisprudencia constitucional), puede ser objeto del *control de regularidad convencional* que realiza la Corte Interamericana, tomando como parámetro el Pacto de San José.

El *Caso Castañeda* ha puesto de manifiesto que la Corte Interamericana, al examinar la validez de la actuación del Estado mexicano, termina por evaluar el apego de la jurisprudencia constitucional de la Suprema Corte al catálogo de derechos y libertades reconocidos en la Convención Americana. Ello implica, finalmente, la posibilidad de que las sentencias constitucionales firmes y la jurisprudencia de la Suprema Corte puedan *desautorizarse jurídicamente a través del control de regularidad convencional* por la Corte Interamericana.

Siguiendo con esa lógica, es posible afirmar que el *Caso Castañeda* ha puesto de relieve que los tribunales regionales cuentan con una autoridad interpretativa frente a los Tribunales Constitucionales nacionales, derivada de la propia lógica del control jurisdiccional externo del Estado en ese ámbito²². Desde esa perspectiva, existe una superioridad lógica de la Corte Interamericana sobre la Suprema Corte²³.

Debemos recordar que eso sucede en América y en Europa. Tanto la Corte Interamericana como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han tenido la ocasión de examinar la compatibilidad de disposiciones constitucionales con los derechos y libertades convencionalmente reconocidos²⁴. Desde esa óptica, actualmente, los Tribunales Constitucionales nacionales se han visto condicionados jurídicamente por las directrices interpretativas que van estableciendo los tribunales internacionales.

El condicionamiento jurídico del Estado y la creación de tribunales internacionales con las atribuciones de garantizar los derechos humanos internacionalmente reconocidos ha comenzado a gestar, en lo particular, un distinto entendimiento procesal del control de la actuación pública y, en lo general, un nuevo entendimiento del Derecho²⁵.

²² La adopción de los tratados regionales por el Estado implica un sometimiento jurídico del Estado y por ende, de todos sus agentes a los contenidos concretos que, sobre las normas indeterminadas de tales instrumentos, va definiendo caso tras caso el tribunal regional respectivo. El fin último del establecimiento de dichos sistemas fue terminar con la idea de que los Estados son autónomos en el tratamiento de las personas que están bajo su jurisdicción. Cfr. N. JAYAWICKRAMA, *The judicial application of Human Rights Law. National, Regional and International Jurisprudence*, UK, Cambridge University Press, 2000, p. 24.

²³ En relación con el sistema europeo de derechos humanos se ha dicho: «[...] la propia lógica del sistema lleva a que la actuación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos tenga cierta supremacía sustancial respecto de la de los Tribunales Constitucionales [...]». P. PÉREZ TREMPES, *Justicia Constitucional y defensa de derechos fundamentales en Europa*. Cfr. L. LÓPEZ GUERRA (coord.), *La justicia constitucional en la actualidad*, Fortalecimiento de la Justicia Constitucional en el Ecuador, Serie 1, Quito, Corporación Editora Nacional, 2002, p. 310.

²⁴ STEDH, *Rekvényi vs. Hungría*, 20 de mayo de 1999. STEDH, *López Ostra vs. España*, 9 de diciembre de 1994. STEDH, *Ruiz Mateos vs. España*, 23 de junio de 1993. SCIDH *Olmedo Bustos y otros vs. Chile*, 5 de febrero de 2001. SCIDH, *Yean y Bosico vs. República Dominicana*, 8 de septiembre de 2005.

²⁵ Vid. F. SILVA GARCÍA, *Derechos humanos. Efectos de las sentencias internacionales*, op. cit., supra nota 11.

Sin embargo, también es verdad que los Tribunales Constitucionales nacionales tienen una cierta preeminencia fáctica sobre las sentencias regionales de derechos humanos. Finalmente, los tribunales nacionales son quienes, en último término, deciden qué efectos concretos tienen dentro del sistema jurídico nacional los tratados internacionales, y con ello, qué eficacia concreta tiene la jurisprudencia regional sobre derechos humanos²⁶.

Sin embargo, no debe perderse de vista que la propia jurisprudencia de la Corte Interamericana ha reconocido que el *control de convencionalidad* implica una doble dimensión. La internacional que realiza la propia Corte Interamericana. Y la nacional, que realizan los operadores jurídicos y especialmente los jueces en sede doméstica para interpretar la normativa nacional conforme a los parámetros de la Convención y siempre atendiendo al principio pro persona.

Este «Control de Convencionalidad»²⁷, recientemente aceptado por la Corte Interamericana (si bien de manera implícita lo venía reconociendo desde hace algunos años), implica lo siguiente:

«124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete último de la Convención Americana»²⁸.

De esta manera, expresamente se ha reconocido por la Corte Interamericana la existencia de un «Control de Convencionalidad» en sede nacional, de tal suerte que los propios jueces que tienen la obligación de aplicar la normatividad interna conforme la Convención Americana y la interpretación que de la misma ha realizado el tribunal regional, lo que permite una armonización entre el Derecho nacional y el Derecho internacional. Ahora bien, podría llegarse al extremo, aplicando el principio pro persona, que una disposición interna sea de mayor eficacia que la propia Convención Americana, lo que implicaría en este supuesto una prevalencia de la norma nacional frente a la convencional.

²⁶ Por ejemplo, el Tribunal Supremo de Justicia venezolano dictó un Acuerdo con fecha 25 de julio de 2001 en Sala Plena (lo cual incluye a la Sala Constitucional), en cuyos considerandos estableció que: «[...] las decisiones de este Tribunal Supremo de Justicia en sus diferentes Salas, no están sometidas a ninguna revisión por parte de instancias internacionales, porque ellas constituyen ejercicio pleno de nuestra soberanía y se dictan conforme a nuestro ordenamiento jurídico, en nombre del pueblo venezolano y como expresión de una patria libre [...]». Vid. una crítica en C. M. AYALA CORAO, *La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias*, México, Fundap, 2003, pp. 78-80.

²⁷ Sobre este control de convencionalidad, vid. E. REY CANTOR, *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, México, Porrúa-IMDPC, núm. 26, 2008, *passim*.

²⁸ Cfr. *Caso Almonacid Arellano vs. Chile* (2006), párrafo 124.

A) ¿Hacia un diálogo entre la Suprema Corte y la Corte Interamericana?

Como se ha expuesto, al tiempo que la validez de los tratados internacionales está condicionada a que su contenido respete el texto constitucional, paradójicamente, el ordenamiento jurídico también hace posible examinar la validez de la Constitución mexicana a la luz de los tratados internacionales sobre derechos humanos, lo que supone el reto de desbloquear las tensiones generadas por ese estado de cosas.

Existe un punto de equilibrio entre una preeminencia absoluta de cualquiera de los órganos jurisdiccionales encomendados a garantizar los derechos fundamentales, que apunta a la necesidad de un *diálogo jurisdiccional* entre Tribunales Constitucionales nacionales y tribunales regionales sobre derechos humanos (Suprema Corte y Corte Interamericana). En realidad no debe perderse de vista que se trata de un mismo sistema de protección de los derechos humanos²⁹.

¿Cómo podría lograrse ese punto de equilibrio? La Corte Interamericana, por regla general, debe respetar ciertos márgenes decisorios de los Estados miembros, definidos en última instancia por los Tribunales Constitucionales nacionales (*margen de prudencia*). Al mismo tiempo, los Tribunales Constitucionales, como garantes y, por tanto, fieles cumplidores del ordenamiento jurídico, deben acoger la jurisprudencia que va emitiendo la Corte Interamericana, en el ejercicio de sus funciones, en atención al deber que tienen de dar cuenta y justificar a la sociedad el sentido de sus sentencias, de conformidad con las garantías de motivación, fundamentación y exacta aplicación de la ley.

a) *Doctrina del margen de prudencia*. ¿Puede la Corte Interamericana sustituir al Estado nacional y reemplazar las elecciones de carácter político, social, económico, cultural o moral que corresponden a la sociedad de los países miembros?

Parte de la doctrina jurisprudencial y de la académica europea han subrayado que la protección internacional sobre derechos humanos convive con el énfasis en las diversidades y, en general, en el pluralismo cultural³⁰. Con alguna claridad, desde la sentencia de 7 de diciembre de 1976, en el *Caso Handyside vs. Reino Unido*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos determinó que éste debe respetar, en cierto grado, las decisiones de política educativa de los Estados miembros, en el ejercicio de sus funciones de control jurisdiccional, lo que dio lugar a la *doctrina del margen de apreciación*.

Tanto el sistema europeo, como el sistema interamericano de derechos humanos, se adoptaron para reforzar la garantía de los derechos fundamentales de la persona, no para reemplazar las vías nacionales de tutela respectivas. Se crea un sistema subsidiario y reforzado en la protección de los derechos humanos.

Su efecto es crear una garantía internacional subsidiaria, que se añade a aquéllas que los ordenamientos internos de los Estados miembros proporcionan

²⁹ Cfr. G. BIDART CAMPOS, *La interpretación del sistema de derechos humanos*, Buenos Aires, Ediar, 1994, *passim*.

³⁰ R. TONIATTI, «Los derechos del pluralismo cultural en la nueva Europa», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 58 (II), 2000, p. 25.

a los individuos y grupos sujetos a su jurisdicción. Mediante tales sistemas, se garantiza que los Estados miembros respeten cierto alcance mínimo de los derechos y libertades reconocidos convencionalmente. Por ello, tanto en el sistema europeo, como en el interamericano, se condiciona la admisión de la demanda al agotamiento de las vías de Derecho nacional susceptibles jurídica y verdaderamente de reparar la violación alegada³¹.

Esa concepción, denominada *principio de subsidiariedad*, supone que los Estados miembros, a través de los jueces nacionales y, en último término, del Tribunal Constitucional nacional, deban ser quienes establezcan, en primer lugar, la jerarquización y el balance de los derechos fundamentales. Sólo si esa definición del contenido de los derechos fundamentales previstos constitucionalmente llegase a afectar el contenido de alguno de los derechos fundamentales de fuente internacional, el tribunal regional debe intervenir a efecto de que se repare la violación respectiva.

Es un lugar común que los tratados regionales sobre derechos humanos reconozcan la diversidad y la pluralidad cultural de los Estados miembros, en varios sentidos. Por un lado, en virtud de que su propia creación plurinacional ha generado que las normas, principios y criterios que contiene sean fruto o resultado de la suma de tradiciones culturales y constitucionales de sus miembros. Por otro lado, porque el funcionamiento del sistema encuentra lugar en una zona territorial heterogénea, compuesta por esa diversidad jurídica y cultural, que continúa nutriendo y condicionando, en cierta medida, la actividad jurisdiccional regional en esa materia.

Las propias disposiciones de la Convención Americana permiten cierta interacción entre ciertos intereses nacionales y el contenido de los derechos convencionalmente garantizados. Por ejemplo, el artículo 32 de la Convención Americana establece que los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática. De ese modo, parece conveniente que la Corte Interamericana reconozca a los Estados *un margen de apreciación y de valoración* en esos casos, por ser quienes se encuentran legitimados para tomar ese tipo de elecciones en el plano nacional³².

El *Caso Castañeda* muestra ese diálogo. La Corte Interamericana ha desestimado el planteamiento de violación a los derechos de participación democrática, al dar a entender que las candidaturas independientes todavía no constituyen un derecho fundamental dimanante de aquéllos, de manera que los Estados miembros cuentan con un margen de apreciación para establecerlas o no dentro del sistema jurídico nacional. Así, por ejemplo, en los fundamentos 162 y 204, la Corte Interamericana consideró lo siguiente:

³¹ Vid. la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *De Wilde, Ooms y Versyp («Vagrancy») vs. Bélgica* (art. 50), 10 de marzo de 1972. Asimismo, la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana 11/90, 10 de agosto de 1990 y la Sentencia en el *Caso Viviana Gallardo y otros vs. Costa Rica*, 13 de noviembre de 1981.

³² Por ejemplo, en el *Caso Ivcher Bronstein*, la CIDH subrayó que la regulación relacionada con el derecho a la nacionalidad es competencia de cada Estado, aunque dejando claro que el Derecho internacional impone un mínimo de amparo jurídico en esa materia. SCIDH, *Ivcher Bronstein vs. Perú*, 6 de febrero de 2001.

«162. Previo a ello, la Corte considera necesario señalar que, en términos generales, el Derecho internacional no impone un sistema electoral determinado ni una modalidad determinada de ejercer los derechos a votar y a ser elegido. Ello se desprende de las normas que regulan los derechos políticos tanto en el ámbito universal como en el regional, y de las interpretaciones autorizadas realizadas por sus órganos de aplicación.

[...]

204. Finalmente, la Corte considera que ambos sistemas, uno construido sobre la base exclusivamente de partidos políticos, y otro que admite también candidaturas independientes, pueden ser compatibles con la Convención y, por tanto, la decisión de cuál sistema escoger está en las manos de la definición política que haga el Estado, de acuerdo con sus normas constitucionales [...].»

No obstante, debemos enfatizar que la Corte Interamericana será la última sede de protección de los derechos humanos de fuente internacional. Esto es, aunque el *principio de subsidiariedad* supone que los Estados miembros, a través de los jueces nacionales y, en último término, del Tribunal Constitucional nacional, deban ser quienes establezcan, en primer lugar, la jerarquización y el balance de los derechos fundamentales, si esa definición nacional llegase a afectar el contenido del derecho fundamental de fuente internacional, la Corte Interamericana tendría que intervenir a efecto de ordenar al Estado la reparación de la violación respectiva. Así, en el *Caso Castañeda*, la Corte Interamericana ha dejado claro que es competente para examinar si los sistemas político-electorales de los Estados miembros son o no compatibles con los derechos humanos reconocidos convencionalmente (fundamentos 161 y 174).

B) Apertura judicial al Derecho internacional de los derechos humanos

Desde el punto de vista nacional, han sido pocos los actores judiciales que han desarrollado medidas tendentes a abrir el sistema jurídico constitucional, para incorporar el Derecho internacional de los derechos humanos, como una especie de extensión y reforzamiento del garantismo reconocido desde la Constitución de 1917. En particular, la Suprema Corte ha dejado pasar varios casos trascendentales donde pudo haber incursionado en la vinculación del Derecho nacional con el Derecho internacional³³.

Sin embargo, con una filosofía interpretativa digna de mencionar, existen unos cuantos pronunciamientos judiciales aislados, pero muy valiosos, de la Suprema Corte, de algunos jueces y tribunales federales, que han llegado a privilegiar la eficacia de las normas sobre derechos humanos de producción externa, reconociendo, además, una especie de retroalimentación normativa con los derechos fundamentales de fuente nacional. Una *ordenación ideal* de los criterios de esa índole podría dar lugar a las siguientes posiciones:

a) Los tratados internacionales que amplían la esfera de libertades de los gobernados o comprometen al Estado a realizar determinadas acciones en beneficio de grupos humanos tradicionalmente débiles, deben considerarse como

³³ Sobre estos casos, *vid.* el interesante análisis de M. BECERRA RAMÍREZ, «Las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y el Derecho internacional», en R. MÉNDEZ SILVA (coord.), *Derecho internacional de los derechos humanos*, t. I, México, UNAM, 2008, pp. 399-432.

constitucionales y, por tanto, deben aplicarse sobre las leyes federales que sean contrarios a aquéllos.

Al respecto, aunque de manera aislada, la propia Suprema Corte ha emitido, principalmente, dos consideraciones muy interesantes que reflejarían esa posición. En el Amparo en Revisión 1475/98 (Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo), resuelto el 11 de mayo de 1999, por unanimidad de votos, se consideró que:

«La recepción del Derecho internacional contenido en los tratados en nuestro país, depende también del requisito de fondo de que “estén de acuerdo con la misma...”, la expresión por sí misma resulta poco afortunada, sin embargo la teleología de la norma como se desprende de los antecedentes descritos de la reforma de mil novecientos treinta y cuatro parten de la reafirmación del principio de supremacía constitucional, esto es que el tratado no transgreda disposiciones constitucionales. Sin embargo, la interpretación gramatical puede llevarse al extremo de considerar que sólo lo que se encuentre dentro de los límites expresos de la Constitución podrán ser aceptadas como normas del Derecho internacional vigentes en México. Puede darse el caso de convenios internacionales que amplíen las garantías individuales o sociales y que por no estar dentro de las normas constitucionales no podrían ser aplicadas a nuestro derecho. En este caso, conviene analizar las características de la norma internacional que se pretende aplicar y en función de ella atender a la finalidad de las disposiciones constitucionales de que se trata. En el ejemplo, es evidente que si el tratado obliga a ampliar la esfera de libertades de los gobernados o compromete al Estado a realizar determinadas acciones en beneficio de grupos humanos tradicionalmente débiles, deben considerarse como constitucionales. Situación diversa de la que, por lo contrario merme la esfera de protección que la Constitución da per se a los gobernados».

Asimismo, en el Amparo en Revisión 120/2002, resuelto el 13 de febrero de 2007, el Pleno estimó, por mayoría de votos, que:

«En las condiciones relatadas, es posible concluir que, en términos del artículo 133 constitucional, los tratados internacionales, al ser parte de la Ley Suprema de toda la Unión, se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y, por otra parte, atendiendo a las consideraciones de Derecho internacional que serán desarrolladas a continuación, también por encima de las leyes generales; en el entendido de que esta Suprema Corte no se ha pronunciado respecto a la jerarquía de aquellos tratados internacionales cuyo contenido esté referido a derechos humanos, caso en el cual, pudiera aceptarse que la jerarquía de éstos corresponda a la de la Constitución Federal misma, al concebirse dichos instrumentos internacionales como una extensión de lo previsto por ésta»³⁴.

b) La inobservancia de un tratado internacional aplicable para regular un determinado caso pone en tela de juicio, simultáneamente, las garantías constitucionales de legalidad y exacta aplicación de la ley³⁵.

c) Los tratados internacionales sobre derechos humanos deben interpretar e integrar la norma suprema, conformando una especie de orden jurídico supe-

³⁴ Vid. también la Tesis I.4.ªA.440 A, del Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, cuyo rubro es: «Tratados internacionales. Su aplicación cuando amplían y reglamentan derechos fundamentales» (SJFG, t. XX, septiembre de 2004, p. 1896).

³⁵ Cfr. la tesis aislada de la Segunda Sala, cuyo rubro es: «Tratados internacionales, amparo contra la aplicación de los» (SJFG, t. XXXXX, p. 61).

rior, capaz de condicionar, de manera conjunta, la validez de las leyes secundarias³⁶.

d) Las decisiones y/o recomendaciones de los órganos internacionales de protección de derechos humanos, que se encuentren en armonía con la protección de los derechos fundamentales reconocidos en la norma suprema, tienen eficacia en territorio nacional, al grado de hacer procedente el juicio de amparo para su salvaguarda³⁷.

e) La existencia de una ley nacional contraria a un tratado sobre derechos humanos y a la jurisprudencia internacional que lo complementa, debe llevar al juez a declarar inconvencional la norma secundaria respectiva y a inaplicarla en el caso concreto, con independencia de que exista jurisprudencia constitucional que haya previamente convalidado su sentido³⁸.

La lectura integrativa de los puntos y criterios anteriormente referidos podría ir sentando las bases para una reorientación de la postura histórica de la Suprema Corte, que podría consistir en estimar que la relación de los tratados internacionales sobre derechos humanos con la Constitución nacional es de complementariedad³⁹, más que de jerarquía⁴⁰, de lo que deriva que tales instrumentos de producción externa tengan a su favor una presunción muy fuerte en el sentido de que sus contenidos suplementan, y no contravienen, la norma suprema, por conformar una amplificación y reforzamiento de las garantías cons-

³⁶ La presencia de dicha posición puede encontrarse, por ejemplo, en los siguientes criterios, cuyos rubros son: «Derecho a la vida del producto de la concepción. Su protección deriva de la constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, de los tratados internacionales y de las leyes federales y locales» (*SJFG*, t. XV, febrero de 2002, Tesis: P/J 14/2002, p. 588); «Libertades de expresión e imprenta y prohibición de la censura previa» (*SJFG*, t. XXV, febrero de 2007, Tesis: 1.ª LVIII/2007, p. 655); «Interés superior del niño. su concepto» (*SJFG*, t. XXVI, julio de 2007, Tesis: 1.ª CXLI/2007, p. 265); «Derechos humanos, los tratados internacionales suscritos por México sobre ellos. Es posible invocarlos en el juicio de amparo al analizar las violaciones a las garantías individuales que impliquen la de aquéllos» (*SJFG*, t. XXVIII, agosto de 2008, Tesis: I.7.º C.46 K, p. 1083.).

³⁷ *Vid.* lo argumentado por el ministro presidente Guillermo O. Mayagoitia en el Amparo en Revisión 186/2008: «[...] al declararse en sentencia ejecutoriada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (*Caso Castañeda*), que ha habido esa violación, y al imponerle categóricamente a México como condena la obligación de crear este recurso, mientras no haya una creación especial del mismo, debemos tomar las medidas convenientes para que cualquiera de los medios de defensa que proceden contra leyes, tengan cabida, entre tanto se da la nueva normatividad; consecuentemente, he reconsiderado mi posición en estos términos y votaré en favor del proyecto [...]. Asimismo, *vid.* la tesis, cuyo rubro es: «Derechos fundamentales reconocidos en la Constitución federal y aludidos en la recomendación de alguna comisión de derechos humanos, amparo procedente en el caso de» (*SJFG*, t. XVIII, julio de 2003, p. 1093, Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito).

³⁸ *Cfr.* la Tesis II.1.º P. 137 del Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito, cuyo rubro es: «Tratados internacionales. La norma programática prevista en la fracción III, inciso b) del artículo 128 del Código federal de procedimientos penales, es contraria al artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos» (*SJFG*, t. XXI, mayo de 2005, p. 1586).

³⁹ Tanto los derechos humanos previstos en los tratados internacionales, como los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Federal, constituyen normas que tienen como finalidad operar, en principio, como límites al poder público y privado; de allí que, en principio, sus contenidos tiendan a complementarse, y no a contradecirse. Constituyen un sistema de derechos humanos.

⁴⁰ Desde cierta óptica, la relación de jerarquía interna entre ambos ordenamientos pasa a segundo término, porque la Constitución Federal y los tratados sobre derechos humanos provienen de órdenes jurídicos distintos.

titucionales tendentes a proteger a los sujetos vulnerables frente a los abusos del poder público y privado⁴¹.

De allí que, si bien desde una *perspectiva formal* e interna, todos los tratados internacionales incorporados a nuestro sistema jurídico se ubican jerárquicamente por debajo de la Constitución Federal; sin embargo, desde una *perspectiva material*, debe también reconocerse que ambos pueden concebirse como ordenamientos jurídicos complementarios, dado que tienen como finalidad el control del poder.

Una consecuencia que podría derivarse si adoptáramos una fórmula interpretativa o cláusula constitucional de interpretación del Derecho nacional conforme a los pactos internacionales, podría ser la redimensión de la problemática misma de la «jerarquía normativa», en la que tradicionalmente se ha envuelto el problema.

Como bien se sabe, durante muchos años la jurisprudencia de la Suprema Corte otorgó la misma jerarquía normativa a los tratados y a las leyes federales, resolviendo los problemas interpretativos aplicando el principio *lex posteriori derogat priori*, con toda la problemática que ello representa y que en el fondo no resuelve el problema debido a la imposibilidad de derogar los tratados internacionales por la responsabilidad internacional que ello implica. Este criterio fue abandonado a partir del año de 1999 (al resolver el amparo en revisión 1475/98 promovido por el Sindicato Nacional de Controladores del Tránsito Aéreo). Se consideró que los tratados internacionales se ubican jerárquicamente por debajo de la Constitución y en un plano superior de las leyes federales en el orden de las fuentes del derecho. Si bien el sentido constituye un grado de avance con respecto al criterio tradicional que había mantenido la Corte, la construcción argumentativa careció de consistencia como pronto lo destacó un importante sector de la doctrina⁴².

Una nueva interpretación del Pleno de la Suprema Corte al artículo 133 de la Carta Magna, se llevó a cabo el 13 de febrero de 2007, al resolver el Amparo en Revisión 120/2002, promovido por McCain México, S. A. de C. V. Se estimó que por la expresión «Ley Suprema de la Unión» a que se refiere dicho precepto, se conforma un orden jurídico superior, de carácter nacional, compuesto por la «Constitución Federal», los «Tratados Internacionales» y las «Leyes Generales»

⁴¹ Los artículos 14 y 16 son normas que proscriben la arbitrariedad de los poderes públicos, por lo que podrían operar como normas constitucionales de apertura y recepción de todas aquellas normas sobre derechos humanos (municipales, locales, federales o internacionales) que tiendan a concretar y a hacer determinable esa prohibición de arbitrariedad.

⁴² En general sobre este criterio de la Suprema Corte y su superación, *vid.*, entre otros, J. R. COSSÍO DÍAZ, «La nueva jerarquía de los tratados internacionales», *Este País*, México, núm. 107, febrero de 2000, pp. 34-48; J. L. SIQUEIROS, «Tratados internacionales. Se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y en un segundo plano respecto de la Constitución federal», *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, México, núm. 8, abril de 2000, pp. 11-115; así como los interesantes y distintos comentarios de M. BECERRA RAMÍREZ, J. CARPIZO, E. CORZO y S. LÓPEZ-AYLLÓN, que comentaron el referido criterio de la Corte, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 3, julio-diciembre de 2000, pp. 169-208; I. B. FLORES, «Sobre la jerarquía normativa de leyes y tratados. A propósito de la (eventual) revisión de una tesis», *Cuestiones Constitucionales*, núm. 13, julio-diciembre de 2005, pp. 235-249. Asimismo, L. ORTIZ AHLF, «Jerarquía entre leyes federales y tratados», *Propuestas de reformas constitucionales*, t. II, México, Temis-Barra Mexicana Colegio de Abogados, 2000, pp. 1039-1052.

que estén de acuerdo con aquella. Por «Leyes Generales» debe entenderse el conjunto de leyes que pueden incidir válidamente en todos los órdenes jurídicos parciales que integran el Estado mexicano, cuya emisión deriva de cláusulas constitucionales que constriñen al legislador para dictarlas y, por tanto, deben ser aplicadas por las autoridades federales, locales, del Distrito Federal y municipales; es decir, que las leyes del Congreso de la Unión a las que se refiere el artículo 133 constitucional son las «Leyes Generales» y no las «Leyes Federales» que sólo regulan atribuciones conferidas a determinados órganos con el objeto de trascender únicamente el ámbito federal. Una vez establecida esta premisa, la Suprema Corte estimó que los tratados internacionales son parte integrante de la «Ley Suprema de la Unión» ubicándose por debajo de la Constitución y por encima de las leyes generales, federales y locales. Debe aclararse que el asunto en cuestión se refiere a comercio exterior y no a un tratado internacional de derechos humanos, por lo que el propio fallo deja abierta la puerta para un tratamiento distinto.

Este criterio fue aprobado por mayoría de seis votos, lo que implica que no es un precedente obligatorio para los tribunales del país. Cabe destacar que los cinco ministros que votaron en contra emitieron sendos votos particulares, algunos de los cuales se decantan por seguir un criterio de distribución competencial más que de jerarquía normativa para resolver la problemática. Debe también mencionarse que el anterior criterio no se refiere a los tratados internacionales sobre derechos humanos, como el propio criterio mayoritario y los votos particulares lo dejan ver.

Estamos convencidos que no estamos lejos de que la Suprema Corte llegue a una nueva interpretación del artículo 133 constitucional conforme a la dinámica del Derecho internacional de los derechos humanos.

6. EL (RE) NACIMIENTO DEL CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL DE LAS LEYES POR EL TRIBUNAL ELECTORAL

La facultad para controlar la constitucionalidad de las leyes a cargo del Tribunal Electoral ha renacido. Por un lado, a partir de la reforma constitucional de 13 de noviembre de 2007 al artículo 99 de la norma suprema; por otra parte, a partir de la sentencia *Castañeda* dictada por la Corte Interamericana. En las siguientes líneas expondremos las razones por la que, desde cierta perspectiva, *el control judicial de las leyes electorales* ha venido a reforzar el principio democrático en el Estado constitucional mexicano, siempre que su ejercicio se realice de manera prudente, respetando una serie de límites *también constitucionales* que son propios de la materia electoral.

En primer término, creemos que la posibilidad del Tribunal Electoral para aplicar la Constitución, en lugar de las leyes que la contradicen, fortalece la objetividad, transparencia y certeza en materia electoral, ya que el control judicial de las leyes constituye una garantía jurisdiccional dirigida a evitar que el legislador reemplace las reglas y principios constitucionales en materia electoral a través del proceso legislativo ordinario. De manera que el argumento de certeza jurídica en los procesos electorales sirve, más que para excluir al Tribunal Electoral del control judicial de la ley, para fundar la necesidad de que dicho

Tribunal pueda hacer efectivos los postulados constitucionales frente a las leyes ordinarias contrarios a aquéllos, en los asuntos de su conocimiento. En efecto, es cierto que existe una importante necesidad de que las partes y la sociedad conozcan las reglas legales secundarias que van a regir los comicios, pero no menos cierto es que también debe existir certeza de que las reglas y los principios constitucionales electorales serán respetados y tendrán eficacia en los procesos de esa especie.

La requerida certeza de la aplicación de la Constitución por encima (inclusi-ve) que las leyes ordinarias cobra mayor sustento si se toma en cuenta que nuestra norma suprema contiene reglas concretas en materia electoral. Por ejemplo, el artículo 53 constitucional, prevé que: «[...] La distribución de los distritos electorales uninominales entre las entidades federativas se hará teniendo en cuenta el último censo general de población, sin que en ningún caso la representación de un Estado pueda ser menor de dos diputados de mayoría [...]». Si una ley federal secundaria estableciera que la representación de un Estado puede ser menor de dos diputados de mayoría, ello podría corregirse mediante el actual control judicial de las leyes a cargo del Tribunal Electoral, lo que antes no ocurría.

Podría pensarse que dichos argumentos se desvanecen si se toma en cuenta que los partidos políticos ya podrían cuestionar la constitucionalidad de las leyes electorales a través de la acción de inconstitucionalidad prevista en la fracción II del artículo 105 de la norma suprema. Sin embargo, en primer lugar, la acción de inconstitucionalidad es una vía de control abstracto de la constitucionalidad de una ley, por lo que su capacidad para depurar las normas secundarias contrarias a la norma suprema sólo es efectiva si se ve complementada por otras vías de control constitucional, tomando en cuenta que las leyes secundarias sólo adquieren virtualidad y contenido específico cuando son aplicadas e interpretadas por las autoridades competentes para ello, ya que sólo a partir de su individualización (y consiguiente interpretación) en un caso concreto puede descubrirse su verdadero y total sentido de afectación. Esto es, cuando una ley electoral se emite, los legitimados para impugnarla a través de la acción de inconstitucionalidad se encuentran en una posición que no les permite vislumbrar plenamente de qué forma puede afectar sus intereses una vez que llegan las fases del proceso electoral. Por un lado, por las diferentes posibilidades de interpretar todas y cada una de las normas contenidas en el ordenamiento legal respectivo; por otra parte, porque su situación o posición electoral puede variar durante el proceso (según una serie de factores y opciones políticas que el sistema ofrece).

Por ejemplo, un partido político, al momento en que se emite una ley electoral y que comienza el cómputo del plazo para promover la acción de inconstitucionalidad respectiva no puede prever que durante el transcurso de las fases electorales, debido a los resultados de las encuestas, tendrá que conformar coaliciones o frentes con determinados partidos, lo que podría ubicarlo en distintos supuestos normativos que, sólo llegado el momento, comenzarán a afectar a su esfera jurídica. En ese caso, quizás, el plazo para impugnar la ley mediante la acción de inconstitucionalidad habría transcurrido irremediamente.

Por otro lado, la acción de inconstitucionalidad no es útil para impugnar el contenido de las normas electorales preexistentes a las reformas constitucionales y legales que han creado dicho proceso. En ese orden de ideas, también debe

destacarse que los particulares no están legitimados para promover acciones de inconstitucionalidad, siendo que la Suprema Corte ya resolvió también que el juicio de amparo no es procedente para atacar las leyes ordinarias que atenten contra derechos fundamentales político electorales asociados a garantías individuales. Luego, la acción de inconstitucionalidad es una vía adecuada para evitar que las normas secundarias contradigan, en abstracto, el contenido de la Constitución, pero necesariamente debe verse complementada en un importante grado a través de la posibilidad consistente en que el Tribunal Electoral otorgue preferencia aplicativa a las normas constitucionales frente a las leyes (posteriores y anteriores a las reformas de 1994) que la contradicen, en los casos de su conocimiento, en orden a que exista plena certeza de la aplicación efectiva de las reglas y principios constitucionales en los procesos electorales.

En segundo lugar, debe subrayarse que el control judicial de las leyes electorales tiende a proteger el principio democrático representativo. A partir de 1976 la sociedad civil y los distintos actores políticos en el país impulsaron una reforma electoral dirigida a abrir espacios de participación a los distintos partidos y fuerzas políticas existentes. De ese modo, durante los sexenios de 1976 a la fecha, se ha ido paulatinamente democratizando y perfeccionando todo el sistema electoral en el Estado mexicano. Esa democratización del sistema electoral se ha ido consagrando en la propia Constitución Federal, por el Poder Revisor, a través del procedimiento previsto en el artículo 135 de la norma suprema. Es decir, el Poder Revisor ha establecido, en la propia Constitución, reglas claras, concretas y principios, que deben regular los procesos electorales, lo que ha sido producto de un consenso importante entre las principales fuerzas y grupos ideológicos representativos de la población.

De esta forma, es claro que cuando una ley inconstitucional no puede ser impugnada por los particulares afectados, esa situación trae por efecto que un proceso de menor consenso de las ramas representativas (ley ordinaria) acabe por reemplazar y tener más eficacia que el proceso de mayor intensidad democrática (Constitución-Poder de Reforma), lo que conduce a justificar que el Tribunal Electoral evite esas consecuencias a través de la posibilidad de aplicar preferentemente la Constitución sobre las normas secundarias que la contradicen.

En tercer lugar, el control judicial de las leyes electorales lógicamente tiende a proteger el principio de supremacía constitucional, porque en los procesos electorales la norma suprema tendría, de hecho, mayor eficacia que las leyes secundarias. El legislador, las autoridades administrativas y los jueces no pueden, mediante su actuación, derogar o dejar sin efectos la autoridad del Constituyente o del Poder de Reforma. En los casos en que se ha emitido un acto o resolución en materia electoral que viola directamente la Constitución, y que es el reflejo e individualización de una ley ordinaria, el Tribunal Electoral se presenta ante la siguiente (conocida) disyuntiva: *O deja subsistente el acto electoral, con cobertura legal, o aplica la Constitución directamente para que ésta proyecte toda su fuerza normativa y prevalezca en el caso concreto.* Y ¿qué reproche jurídico se le puede atribuir a un juez que otorga preferencia aplicativa a una norma jurídica de mayor jerarquía, con el fin de evitar convalidar un acto que atenta directamente contra la Constitución? En suma, gracias a que actualmente el Tribunal Electoral está en posibilidad de otorgar preferencia aplicativa a las normas constitu-

cionales frente a las leyes que la contradicen, en los casos de su conocimiento, es posible garantizar la prevalencia de la Constitución sobre las leyes ordinarias.

En cuarto lugar, el control judicial de las leyes electorales por parte del Tribunal Electoral tiende a respetar la posición de la Suprema Corte como último intérprete de la norma suprema. Es cierto que la exclusión del Tribunal Electoral del control judicial de las leyes ha fortalecido la posición de la Suprema Corte como último intérprete de la Constitución Federal, porque ha quedado claro que la jurisprudencia de ese Alto Tribunal vincula al Tribunal Electoral.

Pero, ¿qué ocurriría si se siguiera impidiendo que el Tribunal Electoral aplicara la Constitución, en lugar de las leyes ordinarias que la contradicen? Lo que ocurriría es que la interpretación de la Constitución por parte de Poderes distintos al Judicial, locales y federales, terminaría por sobreponerse a la interpretación de la Constitución realizada por la Suprema Corte. Por ejemplo, la Constitución Federal no da respuesta sobre los alcances del principio de representación proporcional en nuestro sistema jurídico. Fue necesario que, a través de la labor interpretativa de la Suprema Corte, dicho concepto fuera aclarado⁴³.

En su momento, los criterios que excluían al Tribunal Electoral del control judicial de las leyes propiciaron que una ley federal o local bien pudieran desplazar, reemplazar o modificar completamente dichas bases generales del principio de representación proporcional por otras más convenientes a los intereses de las legislaturas. Esto es así, porque el Tribunal Electoral, al controlar la constitucionalidad del acto de aplicación de una ley local que violara alguna de las bases generales del citado principio de representación proporcional, no podía dejar de lado la norma secundaria emitida en ese sentido. Ello llegó a generar la posibilidad consistente en que una legislatura local o federal bien pudiera desatender la interpretación del texto básico definida por la Suprema Corte, lo que generó que aquéllas se ubicaran por encima del máximo intérprete del país en materia electoral.

En quinto término, es posible afirmar que el control judicial de las leyes electorales favorece el principio de tutela judicial efectiva (arts. 14, 16 y 17 constitucionales), fundamentalmente en relación con los ciudadanos. La sentencia *Castañeda* dictada por la Corte Interamericana ha puesto de relieve que impedir que el Tribunal Electoral aplique la Constitución, en lugar de las leyes ordinarias que la contradicen, trastoca, en amplio grado, las disposiciones de carácter internacional y constitucional que exigen garantías de defensa efectivas de los derechos políticos fundamentales. La Constitución Federal, en la fracción IV, de su artículo 41, prevé que el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación: «[...] garantizará la protección de los derechos políticos de los ciudadanos de votar, ser votado y de asociación [...]». Sería imposible que el Tribunal cumpliera con el deber de garantizar los derechos constitucionales de votar, ser votado, de asociación, y demás garantías individuales asociadas a ellos (no discriminación, equidad, libertad de expresión), si careciera de facultades para inaplicar las leyes contrarias a aquéllos. En otras palabras, si los ciudadanos no tuvieran acceso a garantías jurisdiccionales aptas para controlar la actuación de los poderes públicos en el ámbito electoral, sus derechos político electorales, y las garantías

⁴³ *Vid.* la Tesis P/J 69/98, cuyo rubro es: «Materia electoral. Bases generales del principio de representación proporcional» (*SJFG*, t. VIII, noviembre de 1998, p. 189).

asociadas a ellos, serían meramente ilusorios y potencialmente violables, puesto que una ley ordinaria podría dejarlos sin efectos, pese a su consagración y reconocimiento en la Constitución Federal y en diversos tratados internacionales.

En sexto lugar, la interpretación que había venido sustentando la inmunidad parcial de las leyes electorales puso en riesgo el principio constitucional de igualdad (art. 1.º, 13, en relación con el 35, fracciones II y III, constitucionales), ya que los particulares, a diferencia de los partidos políticos y de ciertas fracciones parlamentarias, no estaban en las mismas condiciones de acceso a los órganos de justicia para defender, frente al legislador, las exigencias y derechos fundamentales relacionados con la materia electoral, porque la acción de inconstitucionalidad, como única vía a esos efectos, sólo legitima a los partidos políticos y a ciertas fracciones parlamentarias a esos efectos.

En suma, la interpretación jurídica de la Suprema Corte en el sentido de que no existía a favor de los particulares vía judicial alguna para la defensa de sus derechos fundamentales de participación democrática frente al legislador, constituyó un entendimiento que implicaba la supresión, anulación y desconstitucionalización de tales derechos humanos. La inexistencia de garantías de defensa de los derechos generó que estuviera abierta la posibilidad de que el Poder Legislativo (como poder constituido) violentara su contenido en perjuicio de los particulares, reduciendo la fuerza normativa de la Constitución a una mera declaración de intenciones.

Esa interpretación constitucional produjo que los derechos constitucionales en el ámbito político electoral, y los derechos fundamentales asociados a ellos, no se encontraran anclados a ningún mecanismo constitucional de defensa efectiva frente al legislador, lo que terminaba por desconstitucionalizar el contenido de esos derechos, pues a través de una ley ordinaria era posible suprimirlos y anularlos sin consecuencia jurídica alguna.

De ahí que uno de los aspectos más destacables de la sentencia *Castañeda* radique en que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido *el derecho fundamental al control judicial de las leyes en el ámbito interamericano*, lo que viene a significar un posicionamiento bastante contundente del tribunal regional con respecto al conocido debate académico en torno a la *relación entre derechos y garantías*. Como se sabe, el desarrollo de la teoría de los derechos fundamentales ha hecho indispensable retomar el análisis de la posición académica que ha afirmado que no hay Derecho subjetivo sin el correspondiente deber jurídico. En tal sentido, se ha opinado que una norma jurídica que establece un derecho, pero que no se pueda conectar lógicamente con la imputación de un castigo (una sanción), en realidad no tiene significado como norma jurídica.

Sin embargo, frente a dicho entendimiento se ha apuntado que *la falta de garantía de un derecho, no implica su inexistencia, sino su violación*⁴⁴. En ese último sentido, parte importante de la doctrina académica ha entendido que

⁴⁴ «[...] qué significa que existe una antinomia o una laguna sino afirmar que existe la obligación de eliminarla anulando, en el primer caso, las normas antinómicas e introduciendo, en el segundo, las normas que faltan [...]». L. FERRAJOLI, *Los derechos fundamentales en la teoría del Derecho. Los fundamentos de los derechos fundamentales*. L. FERRAJOLI et al., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001 (prólogo de A. DE CABO y G. PISARELLO), pp. 188-191.

los derechos humanos deben quedar garantizados jurisdiccionalmente, y que *la ausencia de garantías adecuadas contra su violación puede ser interpretada a su vez como una indebida laguna que debe ser colmada*.

Es esta noción la que lleva a la práctica la Corte Interamericana mediante la sentencia dictada en el *Caso Castañeda*. A final de cuentas, los derechos fundamentales son contra-poderes, fragmentos de la soberanía popular en manos de toda la sociedad, de manera que la ausencia de garantías efectivas para su tutela implica la violación de tales derechos⁴⁵.

Ahora bien, la posición interpretativa que aboga por entender que el Tribunal Electoral está facultado para controlar la constitucionalidad de las leyes no puede llevarse al extremo de que esté en manos de una autoridad jurisdiccional la plena, dispersa absoluta e incontrolada disposición de las normas legales que se encuentran previstas para regular los procesos electorales. No debe olvidarse que el juez constitucional está vinculado por la Constitución, pero también por la ley⁴⁶; que pesa sobre el control de las leyes una objeción contramayoritaria⁴⁷; y que la aplicación de las leyes electorales tiende a generar un ambiente de certidumbre jurídica en un ámbito de la mayor importancia, que tiene que ver con el ejercicio del derecho a elegir democráticamente a nuestros representantes. Así como los derechos fundamentales de participación democrática deben *tomarse en serio*⁴⁸, de la misma forma debe ejercerse, prudentemente, la facultad ahora otorgada de manera expresa al Tribunal Electoral de control constitucional concreto de las leyes electorales.

En algunos casos límite, el juzgador puede llegar a resultar obligado a atemperar el control judicial que ejerce y/o aminorar los efectos de las sentencias que emite, por razones *objetivas* de interés público, especialmente cuando las consecuencias de su decisión causarán más perjuicio y deterioro social que el que causaría una decisión desfavorable al promovente. Ese tipo de situaciones sucede en distintas latitudes y en diferentes materias y clases de procesos. En el caso que nos ocupa, la propia Constitución en la fracción IV de su artículo 99, establece lo siguiente:

«Art. 99. [...] IV. Las impugnaciones de actos o resoluciones definitivos y firmes de las autoridades competentes de las entidades federativas para organizar y calificar los comicios o resolver las controversias que surjan durante los mismos, que puedan resultar determinantes para el desarrollo del proceso respectivo o el resultado final de las elecciones. Esta vía procederá solamente cuando la reparación solicitada sea material y jurídicamente posible dentro de los plazos electorales y sea factible antes de la fecha constitucional o legalmente fijada para la instalación de los órganos o la toma de posesión de los funcionarios elegidos; [...]».

La Constitución prevé, por ende, que tratándose de las impugnaciones de actos o resoluciones definitivas y firmes de las autoridades competentes de las

⁴⁵ Vid. L. FERRAJOLI, *Garantismo. Una discusión sobre Derecho y democracia*, Madrid, Trotta, 2006, p. 100.

⁴⁶ M. ARAGÓN REYES, «El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad», *Estudios de Derecho Constitucional*, Madrid, CEPC, 1998, p. 175.

⁴⁷ V. FERRERES, *El control judicial de la constitucionalidad de la ley*, México, Fontamara, 2008.

⁴⁸ La referencia, desde luego es tomada de R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Massachusetts, Harvard University Press, 1977.

entidades federativas para organizar y calificar los comicios o resolver las controversias que surjan durante los mismos, que puedan resultar determinantes para el desarrollo del proceso respectivo o el resultado final de las elecciones, dicho control podrá ser ejercido únicamente cuando la reparación solicitada sea material y jurídicamente posible dentro de los plazos electorales y sea factible antes de la fecha fijada para la instalación de los órganos o la toma de posesión de los funcionarios elegidos. Esto quiere decir que la Constitución racionaliza las facultades de control de la regularidad constitucional a cargo del Tribunal Electoral, especialmente en casos límite.

De manera que las particularidades de la materia electoral, que incluyen la manifestación del voto ciudadano en un momento histórico determinado, la previsión de plazos fatales, y la definitividad en las etapas del proceso electoral, como expresión de los principios democrático, de transparencia, objetividad, imparcialidad y seguridad jurídica, justifican que el control de la constitucionalidad de los actos y resoluciones en materia electoral, deba traducirse en un control constitucional atemperado, con el fin de que la participación de los tribunales en ese ámbito se encuentre cabalmente racionalizada y pueda ajustarse a tales exigencias.

7. A MANERA DE CONCLUSIÓN

El *Caso Castañeda* resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos constituye el camino hacia un nuevo entendimiento de las relaciones entre el Derecho nacional y el Derecho internacional (de los derechos humanos) en nuestro país. No solo por constituir *la primera sentencia internacional condenatoria para el Estado mexicano*, sino por las implicaciones interpretativas realizadas por la propia Corte Interamericana.

De las variadas perspectivas que puede ser analizado el *Caso Castañeda*, queremos resaltar a manera de conclusión cuatro aspectos trascendentales que se han venido destacando a lo largo del trabajo. Primero, en la etapa nacional, el Pleno de la Suprema Corte dio un paso de la mayor importancia al sostener que los derechos de participación democrática son *derechos fundamentales* (que, como sabemos, por su naturaleza, son oponibles inclusive frente al legislador), abandonando de esta forma un criterio jurisprudencial decimonónico que venía aplicando más por razones históricas que por un entendimiento actual de los derechos fundamentales. Sin embargo, la Suprema Corte también interpretó, por mayoría de votos, que es válida la inexistencia de un *recurso efectivo* para la defensa de los derechos fundamentales de participación democrática *frente al legislador*. Dicha inconsistencia jurídica ha sido resuelta tanto por la reforma constitucional de 13 de noviembre de 2007, como por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso analizado.

En segundo término y más allá de lo resuelto en el *Caso Castañeda*, se han establecido *criterios generales de validez* al ser la Corte Interamericana el intérprete final de la Convención Americana y de sus protocolos adicionales, lo que significa que los Estados parte, deben respetar los criterios jurisprudenciales que aquella emita. Bajo esta perspectiva de validez general, la Corte Interamericana estableció que el registro de candidatos a cargos de elección puede realizarse a través

del sistema de partidos políticos y también de candidaturas independientes. De tal manera que queda a libre definición política de los Estados, de acuerdo con sus normas constitucionales, establecer un sistema exclusivo de partidos o un sistema donde se permitan dichas candidaturas, sin que se vulnere en ninguno de los casos el derecho a ser elegido democráticamente que establece el artículo 23.1 de la Convención Americana.

En tercer lugar, de la sentencia de la Corte Interamericana se desprende un *control de convencionalidad* ya no de las leyes nacionales como lo venía realizando este tribunal regional en los últimos años, sino ahora también de la *jurisprudencia constitucional*. La Corte Interamericana ha (desautorizado) declarado inconveniente el referido criterio del Tribunal Constitucional mexicano que, en su momento, impidió que los particulares tuvieran mecanismos de defensa frente al legislador para la defensa de sus derechos fundamentales de participación democrática.

En cuarto término, ha surgido *el derecho fundamental al control judicial de las leyes en el ámbito interamericano*, lo que significa una nueva dimensión al derecho a la protección judicial reconocido en el artículo 25 de la Convención Americana. Esto significa un posicionamiento de la mayor importancia en el ámbito interamericano relativo a la clásica relación *entre derechos y garantías*. De este criterio de validez general se desprende que los derechos humanos contenidos en la Convención Americana y de sus protocolos adicionales constituyen contrapoderes, fragmentos de la soberanía popular en manos de toda la sociedad, de manera que la ausencia de garantías efectivas para su tutela implica la violación de tales derechos. Esto implica reconocer que en el ámbito interno de los Estados no pueden establecerse «zonas de inmunidad» para el control de constitucionalidad de las leyes que impliquen violación a los derechos humanos.

De todo lo anterior, es posible afirmar que el *Caso Castañeda* ha puesto de relieve que el entendimiento tradicional del Derecho nacional, que parte de la premisa de la concepción del Estado como «soberano», coexiste con una realidad jurídica distinta: *la interacción del Estado constitucional con el Derecho internacional de los derechos humanos*.

XXX. EL CASO RADILLA Y SU IMPACTO EN EL ORDEN JURÍDICO NACIONAL *

En coautoría con Fernando SILVA GARCÍA **

1. EXORDIO

Una de las características de los países alejados de la democracia, es la concepción teórica y práctica de la jurisdicción militar como una institución pública a prueba de cualquier tipo de control jurídico, que escape de su propia autoridad, lo que ha llegado a implicar, en algunos momentos de la historia, la existencia fáctica de una institución —dentro de la Constitución— exenta de la rendición de cuentas, libre del sistema de división de poderes y ausente de garantías efectivas para la tutela integral de los derechos humanos. En tal escenario la corporación militar termina por ser una institución desconstitucionalizada.

Existe una inercia a pensar que esa concepción extrema de la jurisdicción militar ha sido superada en los Estados contemporáneos; sin embargo, parece que en algunas disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias vigentes, así como también en importantes criterios jurisprudenciales de nuestros días, podemos encontrar resabios de ese entendimiento de la esfera castrense, que ha permanecido latente en la genética y en la cultura de los operadores jurídicos en todos los niveles de gobierno; lo que tiende a manifestarse, desde luego, en

* El presente texto parte de la conferencia pronunciada por E. FERRER MAC-GREGOR bajo el título «Jurisdicción militar y desaparición forzada de personas (La inconventionalidad del Código de Justicia Militar y del Código Penal Federal)», en el Congreso Internacional *El Constitucionalismo a dos siglos de su nacimiento en América Latina*, organizado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional y la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla (Teatro del Complejo Cultural Universitario, 2 de febrero de 2010). Posteriormente se preparó como artículo con F. SILVA GARCÍA para las memorias de dicho Congreso en noviembre de 2010.

** Juez de distrito y profesor de la Facultad de Derecho de la UNAM.

claves más sofisticadas, mediante conceptos tales como «singularidad del fuero militar»¹; «deferencia en función de la eficacia de las fuerzas armadas»²; «inaplicabilidad de algunos derechos fundamentales para los militares»³, «seguridad nacional como límite de las libertades del hombre»⁴; «irretroactividad de normas sobre prohibición de violaciones de lesa humanidad»⁵, e incluso «leyes de amnistía de crímenes internacionales»⁶, entre muchos otros conceptos.

Así, el argumento de seguridad nacional ha servido de justificación para intervenciones excesivas de las autoridades militares y policíacas en las libertades de los individuos. Por ejemplo, EUA, el Estado que se ha considerado modelo para la democracia, ha tenido a más de 800 personas encarceladas en el centro de detención estadounidense en la base de Guantánamo (Cuba) desde su apertura en enero de 2002; hasta hace muy poco, habían permanecido privados de libertad cerca de 250 prisioneros sobre los que no pesa acusación ni se encuentran pendientes de juicio. Asimismo, *Reprieve*, la ONG que investiga los vuelos ilegales de la CIA, ha presentado nuevas pruebas sobre 17 buques de la armada estadounidense utilizados para interrogar a presuntos terroristas islamistas, lejos de testigos incómodos. En febrero de este año, más de 1.000 agentes de la policía francesa «tomaron» la pequeña localidad de Villiers-le-Bel, 20 kilómetros al norte de París, para detener a docenas de «simples sospechosos» de mantener tiroteos con otros policías en noviembre de 2007⁷. En México, hasta 2010 se reportan cerca de 30.000 asesinatos ocasionados por la «guerra contra el narco»: estadística que incluye —además de las bajas de los cuerpos armados federales y de las bandas de narcotraficantes— a civiles sin nexos con el narcotráfico, jóvenes, niños y periodistas.

Con un poco de optimismo, podríamos pensar que el blindaje de la jurisdicción militar ya no encuentra sustento lógico dentro del Estado constitucional de Derecho. La jurisdicción militar está dentro de los parámetros constitucionales, y no la Constitución dentro de la disponibilidad del ámbito castrense. Actualmente, desde la perspectiva del *deber ser* del constitucionalismo, podemos hablar de la sujeción de la jurisdicción militar al respeto de los derechos humanos;

¹ Vid. L. COTINO HUESO, *La singularidad militar y el principio de igualdad: las posibilidades de este binomio ante las Fuerzas Armadas del siglo XXI*, Madrid, CEPC, 2000.

² Vid. F. SILVA GARCÍA, «VIH y Militares (Criterios Jurisprudenciales de la SCJN)», *Cuestiones Constitucionales*, núm. 18, México, IJ-UNAM, enero-junio de 2008, pp. 309-325.

³ Cfr. la tesis jurisprudencial cuyo rubro es: «Arrestos por faltas contra la disciplina militar. No es aplicable el límite temporal de treinta y seis horas que para los arrestos por infracciones a los reglamentos gubernativos y de policía prevé el artículo 21 de la Constitución federal» [núm. registro: 180.400. Jurisprudencia. Materia(s): Constitucional, Administrativa. Novena Época. Instancia: Segunda Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. XX, octubre de 2004. Tesis: 2.º/J. 153/2004, p. 373]. Una crítica en J. N. SILVA MEZA y F. SILVA GARCÍA, *Derechos fundamentales. Bases para la reconstrucción de la jurisprudencia constitucional*, México, Porrúa, 2009.

⁴ Vid. J. C. BARTOLOMÉ CENZANO, *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*, Madrid, CEPC, 2002.

⁵ Vid. F. SILVA GARCÍA, «El Caso Echeverría: ¿prohibición de genocidio versus irretroactividad de la ley?», *Cuestiones Constitucionales*, núm. 14, México, IJ-UNAM, enero-junio de 2006, pp. 239-251.

⁶ Vid. las sentencias de la Corte IDH en el *Caso Almonacid Arellano y Otros vs. Chile*, y en el *Caso La Cantuta vs. Perú*. Las leyes que amnistían crímenes internacionales violan el deber de garantía de los derechos convencionales previsto en el artículo 2.º de la CADH.

⁷ Q. PETIT, «Un mundo injusto. Sesenta años de la Declaración Universal de Derechos Humanos», *El País Semanal*, 7 de diciembre de 2008, pp. 51-52.

sin embargo, lo cierto es que ha sido muy complicado ajustar la realidad a esos parámetros normativos.

Precisamente, esas tensiones político constitucionales pueden apreciarse con claridad en el *Caso Radilla Pacheco vs. México (Caso Radilla)*⁸, resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) el 23 de noviembre de 2009. Los hechos del asunto se refieren a la presunta desaparición forzada del señor Rosendo Radilla Pacheco, que habría tenido lugar desde el 25 de agosto de 1974, a manos de efectivos del Ejército, en el Estado de Guerrero, México. Transcurrieron varios sexenios para que la hija y los familiares de la víctima desaparecida tuvieran acceso efectivo a las instancias de justicia para denunciar la violación de derechos humanos, luego de que el régimen autoritario dejara plenamente de tener influencia sobre las instituciones ministeriales⁹. Podríamos pensar que fue la insistencia de centenares de familiares que sufrieron pérdidas similares lo que produjo que más de veinte años después de la desaparición del señor Radilla y como respuesta a una recomendación de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), se creara una Fiscalía Especial para Movimientos Sociales y Políticos del Pasado (FEMOSPP), que terminó por analizar más de 500 expedientes y diversas denuncias relacionadas de lo que se conoce en México como «guerra sucia» (década de los sesenta y principios de los ochenta del siglo pasado); que se cristalizaría hasta el año 2006 mediante un «Informe Histórico a la Sociedad Mexicana» presentado por la Fiscalía Especial, en el que se hizo referencia a la existencia, en la época en que fue detenido Rosendo Radilla Pacheco, de un patrón de detenciones, tortura y desapariciones forzadas de campesinos afiliados a organizaciones de izquierda, indicándose que:

«El Informe de la Fiscalía Especial documentó acciones militares desplegadas en el Estado de Guerrero que revelan lo que pudieron ser los antecedentes de la detención del señor Radilla Pacheco [...] Al respecto, destacó que luego del secuestro del entonces gobernador electo del Estado de Guerrero, Rubén Figueroa, por parte de la Brigada Campesina, ocurrido el 6 de junio de 1974, semanas antes de la detención del señor Rosendo Radilla Pacheco, “[l]a respuesta del Ejército fue brutal en contra de las comunidades campesinas, a las que consideró como bases del movimiento guerrillero”. Según el informe, el Ejército buscó “[l]a aniquilación de todo resabio de la guerrilla, arrasando a sangre y fuego, a todo partidario o sospechoso de simpatizar con la guerrilla, con el Partido de los Pobres, o con la izquierda [...] El objetivo explícito de la tortura a los detenidos era conseguir información. Los métodos no importaban. Debido a que el preso no era nunca puesto a disposición de la autoridad competente, se le podría aplicar todo tipo de tortura, incluyendo, desfiguraciones en el rostro, quemaduras de tercer grado, darles de tomar gasolina, romperles los huesos del cuerpo, cortarles o rebanarles la planta de los pies, darles toques eléctricos en diferentes partes del cuerpo, amarrarlos por los testículos y colgarlos, introducir botellas de vidrio en la vagina de las mujeres y someterlas a vejación, introducir mangueras por el ano para llenarlos de agua y luego golpearlos”¹⁰.

⁸ Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 23 de noviembre de 2009, Serie C, núm. 209.

⁹ Lógicamente, la figura de prescripción de los delitos debe resultar inaplicable a los crímenes de lesa humanidad. Al respecto, *vid.* M. MINOW, *Between Vengeance and Forgiveness: Facing History After Genocide*, EUA, Beacon Press, 1999.

¹⁰ *Cfr.* «Informe Histórico a la Sociedad Mexicana», presentado por la Fiscalía Especial para Movimientos Sociales y Políticos del Pasado.

Luego de una larga secuela procedimental en las instancias ministeriales y judiciales del Estado mexicano, que durara cerca de quince años, la hija y familiares del señor Rosendo Radilla acudieron al sistema interamericano, lo que generó, finalmente, que el 23 de noviembre de 2009 la Corte IDH dictara sentencia en la que determinó condenar al Estado mexicano por violación a diversos derechos humanos (vida, integridad, libertad personal, protección judicial, entre otros) consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH).

En el presente estudio trataremos de sistematizar las aportaciones al Derecho internacional de los derechos humanos que contiene la sentencia *Radilla*, entre las cuales destaca:

i) Que es inconventional —por violación al principio del juez natural— que los jueces militares tengan competencia para juzgar violaciones a derechos humanos, pues de tales actos debe conocer la jurisdicción ordinaria, máxime que los jueces castrenses sólo son competentes para juzgar a militares activos por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar.

ii) Que las víctimas (familiares) de actos contrarios a derechos humanos cometidos por militares, tienen el derecho fundamental a una vía impugnativa efectiva para impedir que tales actos sean juzgados por la jurisdicción militar, máxime que su participación en procesos penales no debe entenderse limitada a la mera reparación del daño, sino a hacer efectivos sus derechos a conocer la verdad y a la justicia ante tribunales competentes.

iii) Que los jueces de los Estados miembros deben ejercer un control judicial de las leyes nacionales tomando como parámetro los derechos humanos reconocidos en la CADH a la luz de la jurisprudencia interamericana.

iv) Que los jueces nacionales deben interpretar la Constitución a la luz de la CADH (y sus protocolos adicionales).

v) Que las sentencias de la Corte IDH pueden establecer obligaciones y reparaciones concretas que debe cumplir directamente el Poder Judicial del Estado.

Precisamente, como será expuesto en la última parte de nuestro comentario, este último tema suscitó dudas al seno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), en donde algunos ministros cuestionaron la obligatoriedad de la jurisprudencia y de las sentencias de la Corte IDH, lo que dio lugar a uno de los primeros debates más claros dentro del Estado mexicano sobre las relaciones entre ambos Tribunales Constitucionales¹¹. Como expondremos, resulta irónico que haya sido tema de debate y discusión si la SCJN debe o no cumplir con los derechos humanos de fuente internacional, cuando precisamente una de sus tareas centrales es garantizar a los individuos los espacios de libertad frente a los poderes públicos. En suma, el presente breve estudio pretende explicar los alcances de una sentencia esencial para el mejor entendimiento de las relaciones entre jurisdicción militar, derechos humanos y constitucionalismo actual; así

¹¹ Vid. E. FERRER MAC-GREGOR, «La Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete constitucional (dimensión transnacional del Derecho procesal constitucional)», en D. VALADÉS y R. GUTIÉRREZ RIVAS (coords.), *Derechos humanos. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, t. III, México, IJ- UNAM, 2001, pp. 209-224.

como de las relaciones que se derivan de la coexistencia de dos intérpretes autorizados en materia de derechos fundamentales¹², lo que es común en muchos Estados constitucionales en el mundo¹³.

2. HECHOS RELEVANTES

1. Rosendo Radilla Pacheco era un hombre involucrado en la vida política y en obras sociales en Atoyac de Álvarez, Guerrero, en particular, dentro de la organización de caficultores y campesinos de la zona. El 25 de agosto de 1974, el señor Radilla Pacheco, de sesenta años de edad, y su hijo Rosendo Radilla Martínez, de once años, viajaban en un autobús desde Atoyac de Álvarez a Chilpancingo, Guerrero. El autobús fue detenido en dos ocasiones por retenes. En el segundo retén, agentes militares retuvieron al señor Radilla con el argumento de que «componía corridos»¹⁴, y dejaron libre únicamente al menor. Posterior a su detención, el señor Radilla Pacheco fue visto por última vez en el Cuartel Militar de Atoyac de Álvarez con signos de maltrato físico.

2. Los familiares del señor Rosendo Radilla Pacheco, se inhibieron de presentar denuncias formales sobre los hechos. Su hija, la señora Tita Radilla, al formular denuncia el 14 de mayo de 1999, indicó que en esa época: «la persona que se presentaba a reclamar la aparición de algún pariente en ese momento era detenida, teníamos que desaparecer de la región para no ser detenidos».

3. El 27 de marzo de 1992, el 14 de mayo de 1999 y el 20 de octubre de 2000, las hijas del señor Radilla Pacheco presentaron diversas denuncias penales por la desaparición forzada de su padre y en contra de quien resultase responsable, que quedaron rezagadas por razones procesales.

4. Posteriormente, en atención a la Recomendación 026/2001, emitida por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, mediante el Acuerdo Presidencial de 27 de noviembre de 2001, se creó la Fiscalía Especial para Movimientos Sociales y Políticos del Pasado. En esta Fiscalía se inició la Averiguación Previa PGR/FEMOSPP/001/2002 relativa, entre otros, a las denuncias presentadas ante la Comisión Nacional de los Derechos Humanos por desapariciones forzadas ocurridas durante la década de los setenta y principios de los años ochenta en México.

5. El 30 de noviembre de 2006, mediante el Acuerdo del procurador general de la República A/317/06, se abrogó el Acuerdo A/01/02, mediante el cual se designó al Fiscal Especial. A través de dicho acuerdo también se ordenó que

¹² Vid. A. SAIZ ARNAIZ, «El Tribunal de Justicia. Los Tribunales Constitucionales y la tutela de los derechos fundamentales en la Unión Europea: Entre el (potencial) conflicto y la (deseable) armonización. De los principios no escritos al catálogo constitucional, de la autoridad judicial a la normativa» (material facilitado por el autor en febrero de 2005). A. SAIZ ARNAIZ, «La apertura constitucional al Derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española», Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999; A. SAIZ ARNAIZ, «Presentación: Los derechos fundamentales en la nueva Europa, entre la autoridad normativa y la judicial», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 58 (II), 2000.

¹³ Vid. L. LÓPEZ GUERRA, «Hacia un concepto europeo de derechos fundamentales», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 65, II, 2003, pp. 191-204.

¹⁴ Los corridos compuestos por el señor Rosendo Radilla Pacheco se referían a hechos acontecidos en Atoyac de Álvarez, así como de las luchas campesinas y sociales de la época. Como anexo a la demanda aparece un disco compacto con los corridos del señor Radilla y de su hija Andrea Radilla Martínez: *Voces Acalladas (Vidas truncadas)*, 2.^a ed., México, Secretaría de la Mujer de Guerrero/Universidad Autónoma de Guerrero/UAfYL, Programa Editorial Nueva Visión 2007, 2008.

las averiguaciones previas instruidas por la Fiscalía Especial fueran turnadas a la Coordinación General de Investigación de la dicha Procuraduría, en la cual se inició la Averiguación Previa SIEDF/CGI/454/2007 el 15 de febrero de 2007. Dentro de ésta se acumularon 122 indagatorias, entre las cuales se encuentra la relativa a la desaparición del señor Radilla Pacheco.

6. El Juzgado Segundo de Distrito en el Estado de Guerrero emitió una resolución mediante la cual ordenó la aprehensión del señor Francisco Quiroz Hermosillo (teniente coronel de Infantería del Ejército mexicano) y declinó su competencia por razón de fuero a favor del Juzgado Militar que correspondiese. El asunto recayó en el juez primero militar adscrito a la Primera Región Militar, quien aceptó la competencia y, en consecuencia, ordenó que se abriera el expediente 1513/2005¹⁵.

7. El agente del Ministerio Público Militar correspondiente interpuso un recurso de revocación en contra del auto mediante el cual el juez primero militar aceptó la competencia planteada. El 27 de octubre de 2005, el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal y Administrativa del Vigésimo Primer Circuito resolvió que dicho juzgado militar era competente para conocer de la causa respectiva¹⁶. El 6 de septiembre de 2005, la señora Tita Radilla Martínez interpuso una demanda de amparo en contra de la resolución de incompetencia del Juzgado Segundo de Distrito¹⁷. Esta demanda fue desechada de plano por el Juzgado Sexto de Distrito en el Estado de Guerrero¹⁸.

8. El 6 de octubre de 2005, la señora Tita Radilla Martínez interpuso un recurso de revisión en contra de la resolución referida¹⁹. Dicho recurso fue resuelto el 24 de noviembre de 2005 por el Primer Tribunal Colegiado de Circuito, el cual decidió confirmar el desechamiento de la demanda de amparo²⁰.

9. Luego de diversa tramitación ante el juez primero militar y el juez cuarto militar, el 29 de noviembre de 2006 este último dictó un auto de sobreseimiento por extinción de la acción penal por muerte del imputado, quien falleció el 19 de noviembre de ese año.

10. El 15 de marzo de 2008, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió a la Corte IDH una demanda en contra de México, la cual se originó en la denuncia presentada el 15 de noviembre de 2001 por la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos y por la Asociación de Familiares de Detenidos-Desaparecidos y Víctimas de Violaciones a los Derechos Humanos en México.

11. El 27 de julio de 2007 la Comisión adoptó el Informe de Fondo núm. 60/07²¹, en los términos del artículo 50 de la CADH, en el cual formu-

¹⁵ Sentencia del Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal y Administrativa del Vigésimo Primer Circuito en el Conflicto Competencial Penal 6/2005, de 27 de octubre de 2005.

¹⁶ Sentencia del Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal y Administrativa del Vigésimo Primer Circuito en el Conflicto Competencial Penal 6/2005, de 27 de octubre de 2005.

¹⁷ Escrito de demanda de amparo suscrito por Tita Radilla Martínez, de 6 de septiembre de 2005.

¹⁸ Sentencia del Juzgado Sexto de Distrito en el Estado de Guerrero, de 6 de septiembre de 2005, expediente PRAL. 854/2005.

¹⁹ Recurso de revisión suscrito en representación legal de Tita Radilla Martínez, de 6 de octubre de 2005.

²⁰ Sentencia del Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal y Administrativa del Vigésimo Primer Circuito, de 24 de noviembre de 2005.

²¹ En el Informe de Fondo núm. 60/07, la Comisión concluyó que el Estado era «[r]esponsable por la violación a los artículos I y XVIII de la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del

ló determinadas recomendaciones para el Estado. Este informe fue notificado al Estado el 15 de agosto de 2007. El 13 de marzo de 2008, al considerar que «el Estado no había cumplido plenamente con sus recomendaciones», la Comisión decidió someter el caso a la jurisdicción de la Corte IDH.

12. Este tribunal internacional dictó sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, el 23 de noviembre de 2009, condenando al Estado mexicano por violar diversos preceptos del Pacto de San José, como pasaremos a continuación a su análisis.

3. LA SENTENCIA CONDENATORIA EN CONTRA DEL ESTADO MEXICANO

A) Violación a los derechos a la vida, integridad y libertad personales

Para la Corte IDH, el sometimiento de detenidos a cuerpos represivos oficiales, agentes estatales o particulares que actúen con su aquiescencia o tolerancia, que impunemente practiquen la tortura y el asesinato representa, por sí mismo, una infracción al deber de prevención de violaciones a los derechos a la integridad personal y a la vida, aún en el supuesto de que no puedan demostrarse los hechos de torturas o de privación de la vida de la persona en el caso concreto²². Además, para el tribunal internacional la desaparición forzada es violatoria del derecho a la integridad personal porque el solo hecho del aislamiento prolongado y de la incomunicación coactiva, representa un tratamiento cruel e inhumano en contradicción con los párrafos 1.º y 2.º del artículo 5.º de la CADH²³.

Con esa base, el tribunal interamericano estimó suficientemente acreditado que el señor Rosendo Radilla Pacheco fuera detenido por militares del Ejército en un retén militar ubicado a la entrada de la Colonia Cuauhtémoc, en Atoyac de Álvarez, Guerrero, el 25 de agosto de 1974, y posteriormente trasladado al Cuartel Militar de Atoyac de Álvarez; allí habría permanecido detenido de forma clandestina por varias semanas, donde fue visto por última vez, con los ojos vendados y signos de maltrato físico.

Transcurridos más de treinta y cinco años desde su detención, los familiares del señor Radilla Pacheco desconocen su paradero, a pesar de las gestiones realizadas; siendo que el Estado no ha dado una respuesta determinante sobre su destino. Para la Corte IDH, el patrón de las detenciones efectuadas en la época permite concluir que el señor Rosendo Radilla Pacheco fue detenido por ser considerado simpatizante de la guerrilla. Para el tribunal internacional, detenciones

Hombre, y por la violación d[e los] derecho[s] a la vida, a la libertad personal, [...] a la integridad personal, a las garantías judiciales y a la protección judicial, consagrados en los artículos 2.º, 3.º, 4.º, 5.º, 7.º, 8.º y 25 de la Convención Americana, todos en conexión con el artículo 1.º del mismo instrumento». Asimismo, la Comisión consideró que no era necesario pronunciarse «[s]obre las violaciones alegadas a los artículos I, II, III, IX, XI y XIX de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas».

²² Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, *Caso Ticona Estrada vs. Bolivia* y *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*.

²³ Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras* y *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Itiáñez vs. Ecuador*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007, Serie C, núm. 170, párrafo 171, y *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*.

como éstas se realizaban sin orden expedida por autoridad competente y en la clandestinidad, teniendo como propósito sustraer al individuo de la protección de la ley, con el fin de quebrantar su personalidad y obtener confesiones o informaciones sobre la insurgencia.

De allí que, para el tribunal internacional, la desaparición del señor Radilla Pacheco es, a todas luces, contraria al derecho a la libertad personal; además, se enmarca en un patrón de detenciones y desapariciones forzadas masivas, lo cual permite concluir que aquélla lo colocó en una grave situación de riesgo de sufrir daños irreparables a su integridad personal y a su vida, de manera que la Corte IDH concluyó que el Estado es responsable por la violación al derecho a la libertad e integridad personal, y a la vida del señor Rosendo Radilla Pacheco, en relación con lo dispuesto en los artículos I y XI de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

B) Violación al derecho a la personalidad jurídica

La Corte IDH, en aplicación de la jurisprudencia sentada en el *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*, consideró que, en casos de desaparición forzada, atendiendo al carácter múltiple y complejo de esta grave violación de derechos humanos, su ejecución puede conllevar la vulneración específica del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica. Para el tribunal internacional, más allá de que la persona desaparecida no pueda continuar gozando y ejerciendo todos los derechos de los cuales es titular, su desaparición constituye no sólo una de las más graves formas de sustracción de una persona de todo ámbito del ordenamiento jurídico, sino también implica negar su existencia misma y dejarla en una suerte de limbo o situación de indeterminación jurídica ante la sociedad y el Estado²⁴. Por ello, sostuvo la Corte IDH, que el Estado mexicano violó el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (art. 3.º de la CADH) del señor Rosendo Radilla Pacheco.

C) Violación al derecho a la integridad personal de los familiares de la víctima

El tribunal internacional presumió que la desaparición forzada del señor Radilla Pacheco causó a sus hijos Tita, Andrea y Rosendo, de apellidos Radilla Martínez, una afectación sobre su integridad psíquica y moral, lo cual no fue desvirtuado por el Estado, máxime que éste admitió que la angustia propia de la naturaleza humana al desconocer la suerte de un ser querido, obligan a un reconocimiento de la responsabilidad del Estado sobre dicha situación, en violación al artículo 5.º del Pacto de San José en perjuicio de dichos familiares. Al respecto, la Corte IDH subrayó que es clara la vinculación del sufrimiento de los familiares del señor Rosendo Radilla Pacheco con la violación del derecho a conocer la verdad; más aún, la ausencia de una investigación adecuada y de recursos efectivos ha sido fuente de sufrimiento y angustia adicionales para las víctimas y sus familiares, considerando la afectación moral de los familiares del

²⁴ Cfr. *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*, resuelto el 22 de septiembre de 2009.

señor Radilla Pacheco, producto de la estigmatización e indiferencia que recibían casos como éste ante las autoridades.

Adicionalmente, la Corte IDH observó que, según el informe sobre la afectación psicosocial de los familiares del señor Radilla, su desaparición ha tenido un impacto traumático y diferenciado en la familia como colectivo, debido a la obligada reestructuración de roles de cada una de los miembros, con las evidentes afectaciones al proyecto de vida de cada uno. Con esa base, el tribunal interamericano concluyó que la violación de la integridad personal de los familiares del señor Rosendo Radilla Pacheco se configuró por las situaciones y circunstancias vividas por ellos durante la desaparición de aquél. Estas afectaciones, comprendidas integralmente en la complejidad de la desaparición forzada, subsisten mientras persistan los factores de impunidad verificados²⁵; en consecuencia, la Corte IDH determinó que el Estado es responsable por la violación del derecho a la integridad personal de Tita, Andrea y Rosendo, todos de apellidos Radilla Martínez, reconocido en el artículo 5.1 y 5.2 de la CADH.

D) Violación al derecho de acceso a la justicia

La Corte IDH subrayó que en casos de desaparición forzada de personas, la impunidad debe ser erradicada mediante la determinación de las responsabilidades tanto generales —del Estado— como individuales —penales y de otra índole de sus agentes o de particulares—²⁶. En cumplimiento de esta obligación, el Estado debe remover todos los obstáculos, *de facto* y *de iure*, que mantengan la impunidad²⁷. El tribunal internacional recordó que en casos de desaparición forzada, es imprescindible la actuación pronta e inmediata de las autoridades judiciales y del Ministerio Público ordenando medidas oportunas y necesarias dirigidas a la determinación del paradero de la víctima²⁸. Asimismo, la Corte IDH reiteró que el paso del tiempo guarda una relación directamente proporcional con la limitación —y en algunos casos, la imposibilidad— para obtener las pruebas y/o testimonios, dificultando y aún tornando nugatoria o ineficaz, la práctica de diligencias probatorias a fin de esclarecer los hechos materia de investigación²⁹, identificar a los posibles autores y partícipes, y determinar las eventuales responsabilidades penales. El Tribunal destacó que para que una investigación de desaparición forzada sea llevada adelante eficazmente y con la debida diligencia³⁰, se deben utilizar todos los medios necesarios para realizar con prontitud aquellas actuaciones y averiguaciones esenciales y oportunas para esclarecer la suerte de las víctimas e identificar a los responsables de su desapa-

²⁵ Cfr. *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay, Caso La Cantuta vs. Perú y Caso Anzualdo Castro vs. Perú*.

²⁶ Cfr. *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay, Caso Perozo y otros vs. Venezuela y Caso Anzualdo Castro vs. Perú*.

²⁷ Cfr. *Caso La Cantuta vs. Perú, Caso Kawas Fernández vs. Honduras y Caso Anzualdo Castro vs. Perú*.

²⁸ Cfr. *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*.

²⁹ Cfr. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá, Caso Perozo y otros vs. Venezuela y Caso Anzualdo Castro vs. Perú*.

³⁰ Cfr. Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, artículos I.b) y X, y Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, artículo 12.

rición forzada³¹. Para ello, el Estado debe dotar a las correspondientes autoridades de los recursos logísticos y científicos necesarios para recabar y procesar las pruebas y, en particular, de las facultades para acceder a la documentación e información pertinente para investigar los hechos denunciados y obtener indicios o evidencias de la ubicación de las víctimas³².

Para la Corte IDH, lo anterior resultaba esencial en un caso como el presente, en el que el señor Radilla desapareció desde hace aproximadamente treinta y cinco años, y en el que la denuncia formal de los hechos no fue interpuesta inmediatamente a causa del contexto particular propiciado por el propio Estado en su momento. Con esa base, el tribunal internacional consideró que, en el caso concreto, si bien se han realizado varias diligencias, la investigación llevada a cabo por el Estado no ha sido conducida con el debido cuidado, de manera que sea capaz de garantizar el reestablecimiento de los derechos de las víctimas y evitar la impunidad, sin que hayan realizado eficazmente su papel la Fiscalía Especial y la Coordinación General de Investigaciones. Para el tribunal internacional, a treinta y cinco años desde que fuera detenido y desaparecido el señor Rosendo Radilla Pacheco, y a diecisiete desde que se presentó formalmente la primera denuncia penal al respecto, no ha habido una investigación seria conducente tanto a determinar su paradero como a identificar, procesar y, en su caso, sancionar a los responsables de tales hechos. La Corte IDH concluyó, en esa virtud, que los hechos del presente caso se encuentran en impunidad.

E) Violación al derecho de acceso a investigaciones penales en plazos razonables

La Corte IDH tuvo por acreditado que la averiguación de los hechos reviste cierta complejidad, por tratarse de una desaparición forzada en ejecución desde hace más de treinta y cinco años. No obstante, este tribunal advirtió que cuando se presentaron las dos primeras denuncias, las autoridades no realizaron una investigación exhaustiva. Asimismo, consideró que si bien la Fiscalía Especial se avocó a la investigación de los hechos, para ello transcurrió un periodo de casi diez años desde que fuera presentada la primera denuncia penal en 1992. Asimismo, la Corte IDH tomó en cuenta que, en total, han transcurrido diecisiete años desde que la autoridad ministerial tuvo conocimiento formal de la desaparición forzada del señor Radilla, sin que el Estado haya justificado válidamente la razón de esa demora. Para el tribunal internacional, todo lo anterior, en conjunto, ha sobrepasado excesivamente el plazo que pueda considerarse razonable, lo que demuestra que el Estado incumplió los requerimientos del artículo 8.1 de la CADH.

F) Violación al derecho a la participación de las víctimas en el procedimiento penal

El tribunal interamericano constató que la señora Tita Radilla Martínez solicitó formalmente ante el Juzgado Segundo de Distrito en el Estado de Guerrero

³¹ Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá* y *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*.

³² Cfr. *Caso Tiu Tojín vs. Guatemala* y *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*.

su acreditación como coadyuvante en la misma, así como el acceso al expediente y a las decisiones adoptadas por el Juzgado. La Corte IDH reconoció que no cuenta con las decisiones por medio de las cuales las autoridades del Juzgado mencionado hayan impedido el acceso al expediente en cuestión a la señora Radilla Martínez o a sus representantes legales; sin embargo, consideró que es razonable suponer que no los han aportado puesto que alegan que no tuvieron acceso a dicho expediente, sin que el Estado controvertiera tales hechos. En tal sentido, la Corte IDH estableció que, al no permitir a la hija del señor Radilla, en su calidad de ofendida, el acceso al expediente de la causa penal 46/2005 tramitado ante el Juzgado Segundo de Distrito en el Estado de Guerrero, el Estado incumplió la obligación de respetar a la víctima el derecho a intervenir en el proceso.

Asimismo, el tribunal interamericano consideró que, en casos como el presente, la negativa de expedir copias del expediente de la investigación a las víctimas constituye una carga desproporcionada en su perjuicio, incompatible con el derecho a su participación en la averiguación previa. En efecto, en cuanto a la expedición de copias del expediente de la averiguación previa conducida por la Procuraduría General de la República, la Corte IDH advirtió que las solicitudes realizadas a este efecto fueron declaradas improcedentes por dicha institución con fundamento en el artículo 16, párrafo 2.º, del Código Federal de Procedimientos Penales³³; siendo que las víctimas en el presente caso debieron tener derecho al acceso al expediente y a solicitar y obtener copias del mismo, ya que la información contenida en aquél no está sujeta a reserva. Para el tribunal internacional, lo anterior se tradujo en una violación del derecho de la señora Tita Radilla Martínez a participar plenamente en la investigación. En consecuencia, la Corte IDH determinó que el Estado violó el derecho de la señora Tita Radilla Martínez a participar en la investigación y en el proceso penal relativo a los hechos del presente caso y, por tanto, consideró violado el artículo 8.1 de la CADH.

G) Inconvencionalidad de la intervención de la jurisdicción militar para resolver los hechos relativos a la desaparición forzada del señor Radilla Pacheco

Como se ha expuesto, los jueces nacionales resolvieron que la desaparición forzada denunciada era de la competencia de la jurisdicción militar, conforme a lo dispuesto en el artículo 13 de la Constitución³⁴, y el artículo 57, fracción II, inciso a), del Código de Justicia Militar³⁵.

³³ Cfr: Acuerdo emitido por la Procuraduría General de la República recaído a la solicitud de la señora Tita Radilla Martínez para la expedición de copia simple de la averiguación previa núm. PGR/FEMOSPP/033/2002 (expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, anexo D.30, folio 1954). El citado artículo 16, párrafo 2.º, del Código Federal de Procedimientos Penales establece que: «A las actuaciones de averiguación previa sólo podrán tener acceso el inculpado, su defensor y la víctima u ofendido y/o su representante legal, si los hubiere. Al servidor público que indebidamente quebrante la reserva de las actuaciones o proporcione copia de ellas o de los documentos que obren en la averiguación, se le sujetará al procedimiento de responsabilidad administrativa o penal, según corresponda».

³⁴ El artículo 13 de la Constitución establece que: «Nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales. Ninguna persona o corporación puede tener fuero, ni gozar más emo-

(Véase nota 35 en página siguiente)

La Corte IDH desautorizó dichas sentencias, al considerar que la detención y posterior desaparición forzada del señor Rosendo Radilla Pacheco, en las que participaron agentes militares, no guardan relación alguna con la disciplina castrense. Para el tribunal internacional, de dichas conductas han resultado afectados bienes jurídicos tales como la vida, la integridad personal, la libertad personal y el reconocimiento de la personalidad jurídica del señor Rosendo Radilla Pacheco. Además, sostuvo que en un Estado de Derecho, la comisión de actos tales como la desaparición forzada de personas en contra de civiles por parte de elementos de la fuerza militar, nunca puede ser considerada como un medio legítimo y aceptable para el cumplimiento de la misión castrense. En definitiva, para la Corte IDH tales conductas son abiertamente contrarias a los deberes de respeto y protección de los derechos humanos y, por tanto, están excluidas de la competencia de la jurisdicción militar. En ese orden de ideas, la Corte IDH estimó que la decisión del Primer Tribunal Colegiado generó *la aplicación de un fuero personal que operó sin tomar en cuenta la naturaleza de los actos implicados*, lo cual tuvo como resultado que el señor Francisco Quiroz Hermosillo (teniente coronel de infantería, en retiro desde el año 2000) fuera procesado ante la justicia militar hasta el sobreseimiento del proceso debido a su fallecimiento.

Para la Corte IDH, no constituye obstáculo a esa conclusión, el hecho de que las decisiones dictadas por tribunales militares sean susceptibles de ser revisadas por las autoridades ordinarias a través del juicio de amparo, teniendo en consideración que el proceso penal es uno solo a través de sus diversas etapas, tanto la correspondiente a la primera instancia como las relativas a instancias ulteriores, de manera que los principios del «juez natural» y de «debido proceso legal» rigen a lo largo de esas etapas y se proyectan sobre las diversas instancias procesales³⁶. La sentencia recalcó que la sola posibilidad de que las decisiones emanadas de tribunales militares puedan ser «revisadas» por las autoridades federales no satisface el «principio del juez natural», ya que desde la primera instancia el juez debe ser competente.

En suma, la Corte IDH determinó que los tribunales militares no resultaban competentes para conocer de la detención y posterior desaparición forzada del señor Rosendo Radilla Pacheco. Así, este tribunal internacional estimó que el Estado vulneró el principio al juez natural al extralimitar la esfera de la justicia castrense en el presente caso, en contravención de los parámetros de excepcionalidad y restricción que caracterizan a la jurisdicción penal militar, apoyándose en su jurisprudencia constante.

lamentos que los que sean compensación de servicios públicos y estén fijados por la ley. Subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas *contra la disciplina militar*; pero los tribunales militares en ningún caso y *por ningún motivo podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al Ejército*. Cuando en un delito o falta del orden militar estuviere complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda» (cursiva nuestra).

³⁵ El Código de Justicia Militar refiere, en sus partes pertinentes, que: «Artículo 57. Son delitos contra la disciplina militar: [...] II. Los del orden común o federal, cuando en su comisión haya concurrido cualquiera de las circunstancias que en seguida se expresan: a) Que fueren cometidos por militares en los momentos de estar en servicio o con motivo de actos del mismo; [...]». El Código de Justicia Militar fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 31 de agosto de 1933, con reformas sucesivas hasta los proyectos de reforma que actualmente se discuten en el Congreso de la Unión.

³⁶ Cfr. *Caso Castillo Petruzzi y otros. Fondo, Reparaciones y Costas*.

H) Inconvencionalidad del artículo 57, fracción II, inciso a), del Código de Justicia Militar por facultar a los tribunales castrenses a juzgar a todo militar al que se le imputen delitos ordinarios por el solo hecho de estar en servicio

La Corte IDH determinó que si bien en diversas legislaciones se prevé la competencia de la jurisdicción militar sobre delitos que tengan origen en el fuero ordinario cuando son cometidos por militares en activo, *es necesario que se establezca claramente la relación directa y próxima con la función militar o con la afectación de bienes jurídicos propios del orden militar*. El tribunal internacional constató que la jurisprudencia nacional tan sólo se limita a reiterar y a convalidar el contenido del artículo 57 del Código de Justicia Militar sin esclarecerlo³⁷. Estimó que el artículo 57, fracción II, inciso a), del Código de Justicia Militar es «inconvencional», por tratarse de una disposición amplia e imprecisa que impide la determinación de la estricta conexión del delito del fuero ordinario con el servicio castrense objetivamente valorado. Para la Corte IDH, la posibilidad de que los tribunales castrenses juzguen a todo militar al que se le imputa un delito ordinario, por el sólo hecho de estar en servicio, implica que en el Estado mexicano el fuero se otorga por la mera circunstancia de ser militar. Para la Corte IDH, el hecho de que el delito sea cometido por militares en los momentos de estar en servicio o con motivo de actos del mismo es insuficiente para que su conocimiento corresponda a la justicia penal castrense, lo que genera que la disposición legal opere como una regla y no como una excepción, característica indispensable de la jurisdicción militar para ser conforme a los estándares de la CADH³⁸.

En consecuencia, el tribunal interamericano declaró que el Estado incumplió la obligación contenida en el artículo 2.º de la CADH, en conexión con los artículos 8.º y 25 de la misma, al extender la competencia del fuero castrense a

³⁷ El Estado se refirió a los siguientes criterios jurisprudenciales: 1) «Ejército, miembros del». Núm. registro: 904.118. Jurisprudencia. Materia (s): Penal. Quinta época. Instancia: Primera Sala. Fuente: *Apéndice 2000*, t. II, Penal, Jurisprudencia SCJN, Tesis 137, p. 95; 2) «Fuero militar, competencia del». Núm. registro: 918.432. Jurisprudencia. Materia (s): Penal. Quinta época. Instancia: Pleno. Fuente: *Apéndice 2000*, t. VII, Conflictos Competenciales, Jurisprudencia, Tesis 30, p. 41; 3) «Militares en servicio, delitos cometidos por los. Competencia del fuero militar». Núm. registro: 918.435. Jurisprudencia. Materia (s): Penal. Sexta época. Instancia: Pleno. Fuente: *Apéndice 2000*, t. VII, Conflictos Competenciales, Jurisprudencia, Tesis 33, p. 47; 4) «Delitos contra la disciplina militar». Tesis de jurisprudencia 148/2005. Aprobada por la Primera Sala (de la Suprema Corte de Justicia de la Nación), en sesión de fecha 26 de octubre de 2005; 5) «Delito esencialmente militar, homicidio cometido por un militar en actos del servicio». Núm. registro: 815.198. Tesis aislada. Materia (s): Penal. Quinta época. Instancia: Pleno. Fuente: *Informes. Informe 1949*, Tesis, p. 110; 6) «Militares, delitos cometidos por los, contra la disciplina. Competencia». Núm. registro: 235.610. Tesis aislada. Materia (s): Penal. Séptima época. Instancia: Primera Sala. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, Segunda parte, Tesis: 75, p. 34; 7) «Salud, delito contra la. Militares como sujetos activos. Incompetencia del fuero castrense, si no están en servicio». Núm. registro: 234.262. Tesis aislada. Materia (s): Penal. Séptima época. Instancia: Primera Sala. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, 181-186, Segunda parte, Tesis, p. 101; 8) «Servicio. militares en». Núm. registro: 206.199. Tesis aislada. Materia (s): Penal. Octava época. Instancia: Primera Sala. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, VII, junio de 1991. Tesis: 1.ª XIV/91, p. 76, y 9) «Fuero militar. Es de excepción». Núm. registro: 234.996. Tesis aislada. Materia (s): Penal. Séptima época. Instancia: Primera Sala. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, 115-120, Segunda parte, Tesis, p. 51.

³⁸ Cfr. *Caso Las Palmeras vs. Colombia*, *Caso La Cantuta vs. Perú* y *Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia*.

delitos que no tienen estricta conexión con la disciplina militar o con bienes jurídicos propios del ámbito castrense. Concretamente, la Corte IDH declaró que el artículo 57 del Código de Justicia Militar es incompatible con el Pacto de San José, por lo que el Estado debía adoptar, en un plazo razonable, las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar la citada disposición con los estándares internacionales de la materia y de la CADH.

I) Violación al derecho a la protección judicial efectiva, ante la ineffectividad del juicio de amparo para impugnar la jurisdicción militar

La Corte IDH recordó que el artículo 25.1 del Pacto de San José contempla la obligación de los Estados de garantizar, a todas las personas bajo su jurisdicción, un recurso judicial «efectivo» contra actos violatorios de sus derechos fundamentales³⁹. Al respecto, tomó en cuenta que una vez que el Juzgado Segundo de Distrito decidió declinar su competencia a favor de la jurisdicción militar, la señora Tita Radilla Pacheco presentó juicio de amparo para revocar esta resolución; demanda que fue «desechada» en primera instancia, ya que con base en el artículo 10 de la Ley de Amparo «el ofendido o víctima del delito, sólo puede intentar el juicio de garantías cuando se trate de algún acto [...] relacionado directa e inmediatamente con la reparación del daño [...]»⁴⁰. La señora Tita Radilla Martínez interpuso un recurso de revisión en contra de dicha decisión, que fue del conocimiento del Primer Tribunal Colegiado de Circuito, el cual «confirmó el desechamiento» de la demanda de amparo promovida por la hija del señor Radilla.

Para el tribunal internacional, de dicha cadena de decisiones, estima puede concluirse que se privó a la señora Tita Radilla de la posibilidad de impugnar la competencia de los tribunales militares para conocer de asuntos que, por su naturaleza, debe corresponder a las autoridades del fuero ordinario. Al respecto, la Corte IDH resaltó que la participación de la víctima en procesos penales no está limitada a la mera reparación del daño sino, preponderantemente, a hacer efectivos sus derechos a conocer la verdad y a la justicia ante tribunales competentes. En consecuencia, este tribunal interamericano determinó que el recurso de amparo no fue «efectivo» para permitir a la señora Tita Radilla Martínez impugnar el conocimiento de la detención y posterior desaparición forzada de su padre, el señor Rosendo Radilla Pacheco, por la jurisdicción militar, lo cual declaró violatorio del artículo 25.1 de la CADH.

J) Violación al deber de adoptar disposiciones de Derecho interno para garantizar los derechos humanos reconocidos en la CADH: Inconvencionalidad del artículo 215-A del Código Penal Federal

La Corte IDH constató que el delito de desaparición forzada se encuentra sancionado en el artículo 215-A del Código Penal Federal de México desde el

³⁹ Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Caso Acevedo Buendía y otros vs. Perú y Caso Kawas Fernández vs. Honduras*.

⁴⁰ Cfr. Sentencia del Juzgado Sexto de Distrito en el Estado de Guerrero, de 6 de septiembre de 2005, expediente PRAL. 854/2005.

año 2001, en los siguientes términos: «Comete el delito de desaparición forzada de personas, el servidor público que, independientemente de que haya participado en la detención legal o ilegal de una o varias personas, propicie o mantenga dolosamente su ocultamiento bajo cualquier forma de detención».

En primer lugar, el tribunal internacional observó que dicha disposición restringe la autoría del delito de desaparición forzada de personas a «servidores públicos», siendo que en términos del artículo II de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, *la disposición que describe el tipo penal debe asegurar la sanción de todos los autores, cómplices y encubridores del delito de desaparición forzada de personas, sean agentes del Estado o personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado*⁴¹.

En segundo término, estimó que la desaparición forzada de personas se caracteriza por la negativa de reconocer la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de las personas y por no dejar huellas o evidencias, siendo que dicho elemento debe estar presente en la tipificación del delito porque permite distinguir una desaparición forzada de otros ilícitos con los que usualmente se la relaciona, como el plagio o secuestro y el homicidio, con el propósito de que puedan ser aplicados los criterios probatorios adecuados e impuestas las penas que consideren la extrema gravedad de este delito a todos aquellos implicados en el mismo⁴². En tal sentido, la Corte IDH determinó que el artículo 215-A del Código Penal Federal es inconveniente al no incluir dicho elemento, por lo cual resulta incompleta la tipificación del delito, lo que generó que se determinara que el Estado incumplió las obligaciones que le impone el artículo 2.º de la CADH, en relación con los artículos I y III de la Convención Interamericana de Desaparición Forzada de Personas, para garantizar debidamente la investigación y eventual sanción de los hechos constitutivos de este delito.

4. APORTACIONES AL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

De todos los hechos del caso y de las consideraciones expresadas por la Corte IDH, es posible desprender las siguientes aportaciones de la sentencia *Radilla*:

A) Pruebas. Su particular carga probatoria en los procesos sobre violación a los derechos humanos

La Corte IDH consideró que si bien corresponde a la parte demandante la carga de la prueba de los hechos en que se funda su alegato, en los procesos sobre violaciones de derechos humanos la defensa del Estado no puede descansar sobre la imposibilidad del demandante de allegar pruebas, cuando es el Estado quien tiene el control de los medios para aclarar hechos ocurridos dentro de su territorio. Por ende, los hechos deben ser determinados con base en la prueba

⁴¹ Cfr. *Caso Gómez Palomino vs. Perú*.

⁴² Cfr. *Caso Gómez Palomino y Caso Heliodoro Portugal*.

allegada al tribunal internacional y en las afirmaciones de las partes afectadas que no fueron desvirtuadas o controvertidas por el Estado.

B) Desaparición forzada de personas. Constituye un acto de carácter continuo, por lo que su prohibición resulta aplicable a pesar de que el origen de tales hechos sea anterior a la vigencia de los tratados respectivos (interpretación estricta de la declaración interpretativa de México sustentada en el principio constitucional de irretroactividad de las leyes)

El tribunal interamericano interpretó que la desaparición forzada de personas tiene carácter «continuo» o «permanente», ya que el acto de desaparición y su ejecución se inician con la privación de la libertad de la persona y la subsiguiente falta de información sobre su destino, y permanece hasta tanto no se conozca el paradero de la persona desaparecida y los hechos no se hayan esclarecido. De esa manera, para la Corte IDH, si bien es verdad que de conformidad con el principio de *pacta sunt servanda*, sólo a partir de que el Estado nacional se adhiere al sistema interamericano rigen las obligaciones del tratado; sin embargo, ello implica que a partir de ese momento el instrumento internacional resulta aplicable a aquellos hechos que constituyen violaciones de carácter continuo o permanente, es decir, a los que tuvieron lugar antes de la entrada en vigor del tratado y persisten aún después de esa fecha, puesto que ellas se siguen cometiendo, máxime que, lo contrario, equivaldría a privar de su «efecto útil» al tratado mismo y a la garantía de protección que establece, con consecuencias negativas para las presuntas víctimas en el ejercicio de su derecho de acceso a la justicia, sin que ello implique una vulneración del principio de irretroactividad de los tratados.

A partir de esa premisa, la Corte IDH interpretó que la reserva formulada por el Estado mexicano a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en el sentido de que las disposiciones de aquél *son aplicables a hechos que se ejecuten o cometan con posterioridad a su entrada en vigor*, debe entenderse dentro del contexto y, en especial, dentro del objeto y fin del tratado, tomando en consideración que el «sentido corriente de los términos» debe analizarse como parte de un todo cuyo significado y alcance debe fijarse en función del sistema jurídico al cual pertenece. De esa manera, para la Corte IDH, la interpretación debida a los términos «ejecutan o cometan» de la declaración de México a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada no puede ser otra que una consecuente con la caracterización que el propio tratado realiza de la desaparición forzada y con el efecto útil de sus disposiciones, de manera que su aplicación incluya los actos de desaparición forzada de personas que continúen o permanezcan más allá de la fecha de entrada en vigor para México, es decir, el 9 de abril de 2002, en tanto no se establezca el destino o paradero de la víctima.

C) Desaparición forzada de personas. Constituye una violación múltiple de derechos humanos

La Corte IDH reiteró que el fenómeno de la desaparición forzada de personas requiere de un análisis sistémico y comprensivo, en razón de la pluralidad

de conductas que, cohesionadas por un único fin, tienden a vulnerar de manera permanente bienes jurídicos protegidos por la CADH, tales como la libertad personal, la integridad personal, la vida, el derecho a la personalidad jurídica, la prohibición de tratos inhumanos y la protección judicial efectiva; considerando que sus elementos concurrentes y constitutivos son: i) la privación de la libertad; ii) la intervención directa de agentes estatales o por la aquiescencia de éstos, y iii) la negativa de reconocer la detención y de revelar la suerte o paradero de la persona interesada.

En tal sentido, la Corte IDH ha reiterado que la desaparición forzada de personas constituye una «violación múltiple» de varios derechos protegidos por la CADH que coloca a la víctima en un estado de completa indefensión, acarreando otras vulneraciones conexas, ya que uno de los objetivos de la desaparición forzada es impedir el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes; de lo cual resulta que sea fundamental que los familiares u otras personas allegadas puedan acceder a procedimientos o recursos judiciales rápidos y eficaces como medio para determinar su paradero o su estado de salud o para individualizar a la autoridad que ordenó la privación de libertad o la hizo efectiva. En suma, para la Corte IDH, la desaparición forzada implica un craso abandono de los principios esenciales en que se fundamenta el sistema interamericano⁴³, y su prohibición ha alcanzado carácter de *ius cogens*.

D) Desaparición forzada de personas. Implica el deber correlativo del Estado en el sentido de tipificar penalmente dicha conducta de manera autónoma y adecuada

En términos del artículo II de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, la disposición nacional que describa el tipo penal debe asegurar la sanción de todos los autores, cómplices y encubridores del delito de desaparición forzada de personas, sean agentes del Estado o personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado⁴⁴; asimismo, debe asegurarse en la tipificación del delito que la desaparición forzada de personas se caracterice por la negativa de reconocer la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de las personas y por no dejar huellas o evidencias, a fin de que se distinga de otros ilícitos con los que usualmente se la relaciona, como el plagio o secuestro y el homicidio, con el propósito de que puedan ser aplicados los criterios probatorios adecuados e impuestas las penas que consideren la extrema gravedad de tal delito a todos aquellos implicados en el mismo. En tal sentido, la Corte IDH determinó que el artículo 215-A del Código Penal Federal no incluye dicho elemento, por lo que resulta incompleta su tipificación.

⁴³ Cfr. *Caso de las Hermanas Serrano Cruz, Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá y Caso Anzualdo Castro vs. Perú*. La CIDFP señala en el párrafo 4 de su preámbulo que «[l]a desaparición forzada de personas viola múltiples derechos esenciales de la persona humana de carácter inderogable, tal como están consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de Derechos Humanos».

⁴⁴ Cfr. *Caso Gómez Palomino vs. Perú*.

E) Jurisdicción penal militar. Los jueces del orden castrense sólo son competentes para juzgar a militares activos por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar

Para el tribunal interamericano, la jurisdicción penal militar en los Estados democráticos, en tiempos de paz, ha tendido a reducirse e incluso a desaparecer; por lo cual, en caso de que un Estado la conserve, su utilización debe ser mínima, según sea estrictamente necesario, y debe encontrarse inspirada en los principios y garantías que rigen el Derecho penal moderno. En un Estado democrático de derecho, la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance «restrictivo y excepcional» y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados a las funciones propias de las fuerzas militares. Por ello, la Corte IDH ha señalado en su jurisprudencia constante que *en el fuero militar sólo se debe juzgar a militares activos por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar*⁴⁵.

F) Jurisdicción militar. Es inconveniente —por violación del principio al juez natural— que el Derecho nacional otorgue competencia a los jueces del orden castrense para juzgar violaciones a derechos humanos, pues de tales actos debe conocer la jurisdicción ordinaria

La Corte IDH estableció que, tomando en cuenta la naturaleza del crimen y el bien jurídico lesionado, la jurisdicción penal militar no es el fuero competente para investigar y, en su caso, juzgar y sancionar a los autores de violaciones de derechos humanos⁴⁶, sino que el procesamiento de los responsables corresponde siempre a la justicia ordinaria⁴⁷. En tal sentido, dicho tribunal internacional ha sostenido en múltiples ocasiones que «[c]uando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, a fortiori, el debido proceso», el cual, a su vez, se encuentra íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia⁴⁸. El juez encargado del conocimiento de una causa debe ser competente, además de independiente e imparcial⁴⁹, siendo que la sola posibilidad de que las decisiones

⁴⁵ Cfr. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú* y *Caso Durand y Ugarte vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000, Serie C, núm. 68, párrafo 117; *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000, Serie C, núm. 69, párrafo 112; *Caso Las Palmeras vs. Colombia*. Fondo. Sentencia de 6 de diciembre de 2001, Serie C, núm. 90, párrafo 51; *Caso 19 Comerciantes vs. Colombia*. Fondo, *Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de julio de 2004, Serie C, núm. 109, párrafo 165; *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú*, *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia* y *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Fondo, *Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005, Serie C, núm. 135, párrafos 124 y 132; *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, *Caso La Cantuta vs. Perú*, *Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia*, *Caso Escué Zapata vs. Colombia* y *Caso Tiu Tojín vs. Guatemala*.

⁴⁶ Cfr. *Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia* y *Caso Escué Zapata vs. Colombia*.

⁴⁷ Cfr. *Caso Durand y Ugarte vs. Perú*, *Caso La Cantuta vs. Perú* y *Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia*.

⁴⁸ Cfr. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, *Caso Palamara Iribarne vs. Chile* y *Caso Tiu Tojín vs. Guatemala*.

⁴⁹ Cfr. *Caso Ivcher Bronstein*. Fondo, *Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de febrero de 2001, Serie C, núm. 74, párrafo 112; *Caso 19 Comerciantes* y *Caso Escué Zapata vs. Colombia*.

emanadas de tribunales militares puedan ser «revisadas» por las autoridades federales no satisface el principio del juez natural, ya que desde la primera instancia el juez debe ser competente.

La Corte IDH ha interpretado que frente a situaciones que vulneren derechos humanos de civiles bajo ninguna circunstancia puede operar la jurisdicción militar. En tal sentido, cuando los tribunales militares conocen de actos constitutivos de violaciones a derechos humanos en contra de civiles ejercen jurisdicción no solamente respecto del imputado, el cual necesariamente debe ser una persona con estatus de «militar» en situación de «actividad», sino también sobre la «víctima civil», quien tiene derecho a participar en el proceso penal no sólo para efectos de la respectiva reparación del daño sino también para hacer efectivos sus derechos a la verdad y a la justicia.

G) Jurisdicción militar. Resultan inconventionales las leyes nacionales que extiendan aquella competencia a delitos que no tienen estricta conexión con la disciplina militar o con bienes de ese ámbito

Para la Corte IDH, el artículo 57, fracción II, inciso *a)* del Código de Justicia Militar, al establecer que son delitos contra la disciplina militar los «que fueren cometidos por militares en los momentos de estar en servicio o con motivo de actos del mismo», constituye una disposición amplia e imprecisa que impide la determinación de la estricta conexión del delito del fuero ordinario con el servicio castrense objetivamente valorado. La posibilidad de que los tribunales castrenses juzguen a todo militar al que se le imputa un delito ordinario, por el sólo hecho de estar en servicio, implica que el fuero se otorga por la mera circunstancia de «ser militar».

En tal sentido, aunque el delito sea cometido por militares en los momentos de estar en servicio o con motivo de actos del mismo no es suficiente para que su conocimiento corresponda a la justicia penal castrense. Con base en lo señalado precedentemente, la Corte IDH estimó que la disposición en estudio opera como una «regla» y no como una «excepción», característica indispensable de la jurisdicción militar para ser conforme a los estándares establecidos por ese tribunal interamericano⁵⁰. En suma, la Corte IDH determinó que el artículo 57 del Código de Justicia Militar es incompatible con la CADH; en consecuencia, el Estado debe adoptar, en un plazo razonable, las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar la citada disposición con los estándares internacionales de la materia.

H) Desaparición forzada de personas. Las víctimas (familiares) tienen los derechos fundamentales a participar en el proceso penal respectivo, a que tales actos sean juzgados por la jurisdicción ordinaria, y al acceso a una vía impugnativa efectiva a esos efectos

La Corte IDH interpretó que de conformidad con el Derecho reconocido en el artículo 8.1 de la CADH, en relación con el artículo 1.1 de la misma, los Estados

⁵⁰ Cfr. *Caso Las Palmeras vs. Colombia*, *Caso La Cantuta vs. Perú* y *Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia*.

tienen la obligación de garantizar que, en todas las etapas de los respectivos procesos, las víctimas puedan hacer planteamientos, recibir informaciones, aportar pruebas, formular alegaciones y, en síntesis, hacer valer sus intereses⁵¹. Dicha participación deberá tener como finalidad el acceso a la justicia, el conocimiento de la verdad de lo ocurrido y el otorgamiento de una justa reparación⁵². En tal sentido, estableció que la obligación estatal de adecuar la legislación interna a las disposiciones convencionales comprende el «texto constitucional» y todas las disposiciones jurídicas de carácter «secundario» o reglamentario, de tal forma que pueda traducirse en la efectiva aplicación práctica de los estándares de protección de los derechos humanos⁵³.

Luego, si los actos delictivos cometidos por militares en activo no afectan los bienes jurídicos de la esfera castrense, dicha persona debe ser siempre juzgada por tribunales ordinarios; de lo que se sigue que las víctimas y sus familiares tienen derecho a que tales actos sean conocidos y resueltos por un tribunal competente, de conformidad con el «debido proceso» y el «acceso a la justicia», considerando que la calidad del sujeto pasivo trasciende la esfera del ámbito militar, ya que se encuentran involucrados bienes jurídicos propios del régimen ordinario.

La Corte IDH observó que con base en el artículo 10 de la Ley de Amparo: «El ofendido o víctima del delito, sólo puede intentar el juicio de garantías cuando se trate de algún acto [...] relacionado directa e inmediatamente con la reparación del daño [...]»; lo cual, a su juicio, resulta inefectivo, puesto que *la participación de la víctima en procesos penales no está limitada a la mera reparación del daño sino, preponderantemente, a hacer efectivos sus derechos a conocer la verdad y a la justicia ante tribunales competentes*. En consecuencia, determinó que el recurso de amparo no fue un recurso «efectivo» para permitir impugnar el conocimiento de la detención y posterior desaparición forzada, por la jurisdicción militar, lo cual declaró violatorio del artículo 25.1 de la CADH.

I) Invalidez de la reserva formulada por el Estado mexicano a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, por establecer que la jurisdicción militar debe conocer de los asuntos sobre desaparición forzada atribuido a militares en servicio

El artículo IX de dicha Convención establece que: «Los presuntos responsables de los hechos constitutivos del delito de desaparición forzada de personas sólo podrán ser juzgados por las jurisdicciones de Derecho común competentes en cada Estado, con exclusión de toda jurisdicción especial, en particular la militar. Los hechos constitutivos de la desaparición forzada no podrán considerarse como cometidos en el ejercicio de las funciones militares». Al respecto, la Corte IDH recordó que una reserva que suspenda todo el derecho humano

⁵¹ Cfr. *Caso Baldeón García, Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá y Caso Anzualdo Castro vs. Perú*.

⁵² Cfr. *Caso Valle Jaramillo vs. Colombia y Caso Kawas Fernández vs. Honduras*.

⁵³ Cfr. *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte IDH de 21 de septiembre de 2009, considerando 49.

cuyo contenido es inderogable debe ser considerado como incompatible con el objeto y el propósito de la Convención y, consecuentemente, incompatible con la misma, lo cual podría ser diferente si la reserva solamente restringe ciertos aspectos del Derecho interno inderogable sin privar al Derecho de su contenido básico.

Al realizar esta determinación, el tribunal interamericano advirtió que debe examinar si aún cuando la reserva sólo restringe algunos aspectos de un Derecho inderogable, ésta impide darle pleno sentido y efecto útil al tratado. Al respecto, subrayó que el artículo IX de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, más allá de una regla de competencia, reconoce el «derecho al juez natural», indisolublemente ligado al «derecho al debido proceso» y al derecho de «acceso a la justicia», reconocidos en los artículos 8.º1 y 25.1 de la CADH; derechos, por demás, inderogables.

Así, para la Corte IDH los Estados Partes en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas se comprometen a respetar el derecho a un juez competente para conocer de la causa penal en torno al delito de desaparición forzada, que es el juez común, tomando en cuenta que el bien jurídico protegido trasciende los intereses militares. En cuanto a su compatibilidad con el objeto y fin del tratado, advirtió que, a través de la reserva, México estableció que el fuero de guerra es competente para conocer de un caso de desaparición forzada si el delito es cometido por un militar en servicio. La Corte IDH, en tal sentido, señaló que resulta evidente que la aplicación de la jurisdicción militar en el presente caso, por la cual el Estado extendió la competencia del fuero militar, *a hechos que no tienen estricta conexión con la disciplina militar o con bienes jurídicos propios del ámbito castrense*, es contraria a la disposición contenida en el artículo IX de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, a la cual México está claramente obligado. En tal sentido, consideró que tal como ha sido formulada, la reserva del Estado mexicano implica el desconocimiento del derecho humano al juez natural en la debida investigación y eventual sanción de los responsables de la comisión de desaparición forzada de personas, lo que sirvió para declarar su invalidez.

J) Principio de interpretación de la legislación nacional conforme a los derechos reconocidos en la Convención Americana y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana

El artículo 13 de la Constitución del Estado mexicano establece que: «[...] Subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar; pero los tribunales militares en ningún caso y por ningún motivo podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al Ejército. Cuando en un delito o falta del orden militar estuviese complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda [...]». Como bien se ha señalado por la doctrina mexicana, esta parte del precepto constitucional contiene «la principal clave» para entender las relaciones entre el poder militar y el poder civil⁵⁴ y que

⁵⁴ Cfr. M. CARBONELL, *Los derechos fundamentales en México*, México, CNDH-UNAM, 2004, p. 253.

en realidad el «fuero de guerra» no implica una jurisdicción «especial», sino «especializada» en materia castrense⁵⁵.

Para la Corte IDH es necesario que las «interpretaciones constitucionales» y «legislativas» referidas a los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar en México, se adecuen a los principios establecidos en la jurisprudencia interamericana. Para la Corte IDH, el artículo 13 constitucional puede leerse de conformidad con los estándares internacionales que establecen que es indebido extender la jurisdicción militar a delitos que no tengan estricta conexión con la disciplina militar o con bienes jurídicos propios del ámbito castrense.

Bajo ese entendido, consideró que es innecesario ordenar la modificación del artículo 13 de la Constitución nacional y lo que en realidad debe modificarse es el Código de Justicia Militar, así como las interpretaciones que los jueces mexicanos han realizado, con base en dicho Código y no a la luz de la Constitución; por lo que los jueces deben realizar un «control de convencionalidad» donde se atienda no sólo los derechos previstos en la CADH (y sus protocolos adicionales), sino también la jurisprudencia convencional.

5. IMPACTO DEL CASO *RADILLA* EN EL DERECHO MEXICANO

A) El *Caso Reynalda Morales*: ¿Inconvencionalidad de la interpretación constitucional de la SCJN, que deniega derechos a la víctima tratándose de la jurisdicción penal militar?

Como se ha dicho, la sentencia *Radilla* se dictó el 23 de noviembre de 2009. Dentro de sus aportaciones, es posible encontrar la interpretación de la Corte IDH en el sentido de que: i) las víctimas familiares de violaciones de derechos humanos cometidos por militares, tienen derecho a que tales actos sean juzgados por la jurisdicción ordinaria; ii) resulta inconvencional el artículo 57, fracción II, inciso a), del Código de Justicia Militar del Estado mexicano, al extender la jurisdicción militar a delitos que no tienen estricta conexión con la disciplina militar o con bienes jurídicos propios del ámbito castrense, y iii) que el derecho a la protección judicial es violado ante la inefectividad del juicio de amparo para impugnar la jurisdicción militar, máxime que la participación de la víctima en procesos penales no debe estar limitada a la mera reparación del daño sino, preponderantemente, a hacer efectivos sus derechos a conocer la verdad y a la justicia ante tribunales competentes.

Es significativo que tan sólo dos meses antes de la sentencia *Radilla*, la SCJN resolviera el *Caso Reynalda Morales* en un sentido reduccionista. En efecto, el máximo tribunal de justicia mexicano afirmó que la víctima del proceso penal carece de «interés jurídico» para promover juicio de amparo contra los actos que reconocen la competencia de la jurisdicción militar para conocer de asuntos que versan sobre delitos que no tienen estricta conexión con la disciplina militar o con bienes jurídicos propios del ámbito castrense. Nos referimos al Amparo

⁵⁵ Cfr. J. L. SOBERANES FERNÁNDEZ, «Artículo 13», *Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano*, México, Porrúa-UNAM, 2000, p. 1756.

en Revisión 989/2009 (Reynalda Morales Rodríguez), resuelto el 10 de agosto de 2009, por mayoría de seis votos de los señores ministros Aguirre Anguiano, Luna Ramos, Franco González Salas, Azuela Güitrón, Valls Hernández y presidente Ortiz Mayagoitia, en contra de la opinión de los señores ministros Cossío Díaz, Góngora Pimentel, Sánchez Cordero de García Villegas y Silva Meza. Vale la pena hacer una referencia a los hechos del asunto:

El 26 de marzo de 2008, en las inmediateces de la comunidad de Santiago los Caballeros, municipio de Badiraguato, Sinaloa, un grupo de civiles que viajaba en un vehículo particular por la carretera a Navolato, kilómetro 9,5, recibió impactos de bala desde otro vehículo tripulado por personal del Ejército Mexicano. Con motivo de ello, cuatro civiles y dos militares perdieron la vida. Asimismo, tres personas más, dos militares y un civil, resultaron lesionadas. Como consecuencia de esos hechos, el Ministerio Público de la Federación inició una averiguación previa; posteriormente declinó competencia en favor del fuero militar. Así, la Procuraduría General de Justicia Militar consignó ante un juez militar la averiguación previa en donde cinco militares fueron señalados como probables responsables. El 9 de abril de 2008, el juez militar dictó auto formal de prisión en contra de: i) un oficial, como probable responsable en la comisión de los delitos de violencia contra las personas causando homicidio y violencia contra las personas causando lesiones; ii) cuatro elementos de tropa, a quienes se señaló como probables responsables por la comisión de los delitos de violencia contra las personas causando homicidio y violencia contra las personas, causando lesiones, homicidio imprudencial y lesiones imprudenciales.

El 24 de abril de 2008, Reynalda Morales Rodríguez, por su propio derecho, solicitó el amparo y protección de la Justicia Federal. Entre otros conceptos de violación, alegó la inconstitucionalidad del artículo el artículo 57, fracción II, inciso a), del Código de Justicia Militar, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 31 de agosto de 1933, que entró en vigor el 1 de enero de 1934, que a la letra señala:

«Artículo 57. Son delitos contra la disciplina militar:

[...]

II. Los del orden común o federal, cuando en su comisión haya concurrido cualquiera de las circunstancias que en seguida se expresan:

a) Que fueren cometidos por militares en los momentos de estar en servicio o con motivo de actos del mismo.

[...].

Asimismo, reclamó del juez militar de la III Región Militar:

a) Auto en que declaró su competencia para conocer de los hechos investigados en la averiguación previa 9ZM/17/2008.

b) Auto mediante el que resolvió, dentro del término constitucional ampliado, y aplicando el artículo 57, fracción II, inciso a), del Código de Justicia Militar, la situación jurídica de un oficial y cuatro elementos de tropa a quienes conforme al comunicado de prensa núm. 068 de 11 de abril de 2008, de la Secretaría de la Defensa Nacional, se les dictó auto de formal prisión como probables responsables de los delitos de violencia contra las personas, causando homicidio y violencia contra las personas, causando lesiones imprudenciales».

Seguido el juicio constitucional en todas sus partes, el 22 de octubre de 2008 tuvo lugar la audiencia constitucional, y la sentencia respectiva fue dictada el 4

de noviembre siguiente, en la cual la juez de distrito sobreseyó en el juicio por falta de interés jurídico, al sostener, en esencia, lo siguiente.

«Sin embargo, tales actos si bien emanan de un procedimiento penal, cierto es que la aquí quejosa, aun cuando aduce tener el carácter de parte ofendida dentro de la causa penal de la que emana el acto reclamado, no se encuentra dentro de los supuestos que establece el artículo 10 de la Ley de Amparo, para la procedencia del juicio de garantías; ni tampoco en los supuestos del artículo 20, apartado B), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En principio, porque los actos no provienen del incidente de reparación de responsabilidad civil, sino del proceso penal 730/2008; en segundo término, tampoco se encuentran relacionados inmediata y directamente con el aseguramiento del objeto del delito y de los bienes que estén afectos a la reparación o la responsabilidad civil; en tercer lugar, no se inconforma contra la resolución del Ministerio Público que confirme el no ejercicio o el desistimiento de la acción penal, en los términos del artículo 21, párrafo 4.º, del Pacto Federal; y finalmente, no está en aquellos supuestos en que sufra un agravio personal y directo, respecto de alguna de las garantías que en su favor tutela el artículo 20, apartado B), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Y si bien, por el simple hecho de que la autoridad judicial militar conoce del proceso por disposición del artículo 57, fracción II, inciso *a*), del Código de Justicia Militar; esto es, el haber asumido la competencia para conocer de los hechos, con motivo de que en los mismos, se encontraba relacionado personal del Ejército Mexicano, ya que insiste que debe ser el fuero común; y que tal aplicación se dio al ejercer la acción penal, en la resolución de declinación de competencia, en el auto de radicación y conocimiento de los hechos por el fuero militar y al resolver la situación jurídica en la causa penal 730/2008; sin embargo, tales actos no causan a la aquí quejosa un perjuicio personal y directo, por no estar en los puestos del artículo 10 de la Ley de Amparo, y porque no se trasgreden los derechos que a su favor tutela el artículo 20, apartado B), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; de ahí que la aquí quejosa carece de legitimación para acudir al juicio de garantías».

Inconforme con dicha sentencia, la quejosa promovió recurso de revisión, del que, finalmente, tuvo conocimiento el Pleno de la SCJN, que confirmó el sobreseimiento respectivo. A nuestro entender, el criterio mayoritario resulta reduccionista, por denegar el derecho de acceso a la justicia de la víctima dentro del proceso penal, al estimar que carece de «interés jurídico» para promover juicio de amparo contra los actos que reconocen la competencia de la jurisdicción militar para conocer de asuntos que versan sobre delitos que no tienen estricta conexión con la disciplina militar o con bienes jurídicos propios del ámbito castrense, de manera que, desde cierta perspectiva, sobrevino la «inconveniencia de la interpretación constitucional» que la SCJN dejó establecida en dicho asunto.

Consideramos que es imprescindible que la SCJN y los jueces y magistrados federales, a partir del *Caso Radilla*, reinterpreten el sistema jurídico a la luz de la CADH (y protocolos adicionales) y la jurisprudencia interamericana, para que se abran los mecanismos idóneos (juicio de amparo) para que las víctimas familiares de violaciones a derechos humanos cometidos por militares, puedan hacer valer el derecho a que tales actos sean juzgados por la jurisdicción ordinaria; y a que su participación en procesos penales no se limite a la mera reparación del daño sino, preponderantemente, a hacer efectivos sus derechos a conocer la verdad y a la justicia ante tribunales competentes.

El criterio interpretativo que subyace de la resolución de la SCJN es el «método gramatical», ya que, a final de cuentas, tanto el juez de Distrito como la mayoría de los señores ministros del máximo tribunal de justicia mexicano, se limitaron a considerar que «la letra de la Constitución, de la Ley de Amparo y de la jurisprudencia constitucional» no establecen que la víctima pueda impugnar la jurisdicción militar, lo que se justificó mediante la invocación del principio de seguridad jurídica en materia penal.

Al parecer, lo correcto para los tribunales del Estado mexicano sería abandonar ese camino, para acoger el diseñado por la Corte IDH en el *Caso Campo Algodonero* resuelto el 16 de noviembre de 2009⁵⁶. En dicha sentencia, la Corte Interamericana precisó que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se compone tanto de un conjunto de reglas, como de una serie de valores que dichas reglas pretenden desarrollar; lo que conduce a establecer que su interpretación se debe desarrollar a partir de un modelo basado en los valores que el sistema interamericano pretende resguardar, desde el «mejor ángulo» para la protección de la persona.

Seguendo ese orden de ideas, aunque el texto de una norma sobre derechos humanos parezca literalmente claro, es necesario analizarlo aplicando otros métodos interpretativos, de manera que, para el tribunal interamericano, el «sentido corriente» de los términos no puede ser una regla por sí misma, sino que debe involucrarse dentro del contexto y, en especial, dentro del objeto y fin del tratado, de forma que la interpretación de manera alguna debilite el sistema de protección consagrado en la CADH, lo que puede propiciarse mediante la aplicación de los métodos siguientes: i) *Interpretación sistemática*, según el cual, las normas deben ser interpretadas como parte de un todo cuyo significado y alcance deben fijarse en función del sistema jurídico al que pertenecen; ii) *Interpretación teleológica*, que busca analizar el propósito de las normas involucradas, para lo cual es pertinente analizar el objeto y fin del tratado y, de ser necesario, examinar los propósitos del sistema regional de protección; iii) *Principio de efecto útil*, que precisa tener presente la especificidad de los tratados de derechos humanos, cuyo objetivo tiene que ver con la creación de un orden legal en el cual los Estados asumen obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción; además de que estos tratados se aplican de conformidad con la noción de garantía colectiva; y, por último, es posible acudir a los iv) *Trabajos preparatorios* de las normas sobre derechos humanos, aunque sólo en forma subsidiaria ante la insuficiencia de los métodos interpretativos antes enunciados.

Esta aportación de la sentencia *Campo Algodonero* —contenida en otros pronunciamientos anteriores de la Corte IDH— es de vital importancia para ser acogida por jueces y tribunales mexicanos, incluso por la SCJN, ya que dicha metodología interpretativa podría influir en el sentido de muchos de sus fallos, lo que propiciaría seguramente que los derechos fundamentales se ubiquen en

⁵⁶ Sobre esta sentencia, *vid.* E. FERRER MAC-GREGOR y F. SILVA GARCÍA, «Homicidios de mujeres por razón de género. El *Caso Campo Algodonero*», en A. VON BOGDANDY, E. FERRER MAC-GREGOR y M. MORALES ANTONIAZZI (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización: ¿Hacia un Ius constitutionale Commune en América Latina?*, t. II, México, UNAM-Max Planck Institut, 2010 (en prensa).

una mejor posición en beneficio de los justiciables. Tenemos esperanza de que, si en un futuro los jueces, magistrados y ministros dentro del Estado mexicano tienen conocimiento de un asunto en el que la víctima impugne la jurisdicción penal militar, existirá una metodología interpretativa que brinde acceso a aquélla para hacer valer en forma completa sus derechos de defensa, a la luz de la Constitución, de la CADH y de los *Casos Radilla* y *Campo Algodonero*, para así evitar que el Estado mexicano permanezca en una situación de responsabilidad frente al Derecho internacional; máxime que recientemente se dictaron dos nuevas sentencias condenatorias en contra del Estado mexicano, que confirman la necesidad de adecuar las técnicas interpretativas de los jueces nacionales, como son los *Casos Fernández Ortega* y *Rosendo Cantú*, ambos fallos emitidos en agosto de 2010.

B) Debate de los ministros de la SCJN en torno a si el Poder Judicial de la Federación resulta obligado o no al cumplimiento de la sentencia *Radilla*

P. D. MACLEAN, neurocientífico norteamericano, propuso que el cerebro humano está compuesto en realidad por tres zonas diferentes que evolucionaron en distintas épocas: i) el cerebro reptiliano (CR); ii) el sistema límbico (SL), y iii) la neocorteza (N). Planteó que cuando en el cerebro de nuestros antepasados crecía una nueva zona, generalmente la naturaleza no desechaba las antiguas; en vez de ello, las retenía, formándose la sección más reciente encima de ellas. La parte más primitiva de nuestro cerebro, el llamado CR, se encarga de los instintos básicos de supervivencia, las respuestas territoriales defensivas. Muchos experimentos han demostrado que nuestro cerebro primitivo, que se remonta a más de 200 millones de años de evolución, dirige gran parte del comportamiento humano en nuestros días⁵⁷.

Quizás una de las manifestaciones de las respuestas territoriales de supervivencia pueda ser representadas por las primeras reacciones de algunos Tribunales Constitucionales nacionales, frente a las sentencias de los tribunales regionales de derechos humanos, especialmente cuando los pronunciamientos internacionales desautorizan la jurisprudencia constitucional. A final de cuentas, debe ser difícil aceptar que la interpretación constitucional de los derechos fundamentales de fuente nacional se encuentre, actualmente, condicionada al respeto de los derechos humanos de fuente internacional, entendidos a la luz de la jurisprudencia transnacional. Sin embargo, podríamos pensar que lo que interesa es que la Constitución cumpla sus fines materiales, no que permanezcan intachables sus estructuras formales. Las Cortes son medios, no fines; si ahora el diálogo y el control deliberativo, brindan una mejor garantía para los derechos humanos, deberíamos optar por ese sistema, y no desecharlo bajo el pretexto de la fractura de dogmas inveterados, sustentados en «reacciones territoriales».

El debate de los ministros de la SCJN en torno a si el Poder Judicial de la Federación resulta obligado o no al cumplimiento de la sentencia *Radilla*, se

⁵⁷ P. D. MACLEAN, *The Triune Brain in Evolution. Role in Paleocerebral Functions*, Plenum Press, 1990; J. LE DOUX, *El cerebro emocional*, Editorial Planeta, 1999; D. G. RAINS, *Principios de neuropsicología humana*, McGraw-Interamericana Editores, 2003.

actualizó a propósito de una consulta a trámite promovida por el ministro presidente Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, con el fin de cuestionar al Tribunal Pleno las medidas a seguir para atender la sentencia y las medidas de reparación, ordenadas por la Corte IDH en el *Caso Radilla*, por considerar muy trascendente la posición y las acciones que el Poder Judicial de la Federación debería adoptar al respecto⁵⁸.

Cabe destacar, que la inquietud del ministro presidente Ortiz Mayagoitia para realizar dicha consulta a trámite, deriva de la presentación de nuestro libro *El Caso Castañeda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La primera sentencia internacional condenatoria en contra del Estado mexicano*⁵⁹, que tuvo lugar el día 4 de febrero de 2010 en el edificio alterno de la Suprema Corte, como el propio ministro lo menciona en el debate respectivo: «...¿Cómo llegó el asunto a la Corte y por qué la Presidencia hace esta consulta? Accidentalmente, y en la presentación de un libro jurídico, uno de los integrantes del panel [se refiere a la intervención de E. FERRER MAC-GREGOR] habló de esta sentencia, de sus contenidos y habló de que hay condena expresa para el Poder Judicial Federal a la realización de determinadas acciones...»⁶⁰.

Dicha consulta a trámite dio lugar al «Expediente Varios 489/2010». El ministro José Ramón Cossío Díaz presentó un interesante y amplio proyecto de resolución ante los integrantes del Pleno de la SCJN, que finalmente, después de varios días de debate, por mayoría de votos, fue desechado por exceder el propósito de la consulta, y se determinó que un ministro distinto se encargara de realizar una nueva propuesta de respuesta a la consulta formulada. Sin embargo, a pesar de que fue desechado el proyecto inicial, su discusión pública celebrada los días 31 de agosto, 2, 6 y 7 de septiembre de 2010, generó diversos e interesantes puntos de vista sobre el tema relativo a la obligatoriedad o no de la sentencia *Radilla*. De manera general, podríamos decir que dicho debate derivó dos temas principales a discusión; en primer lugar, si una sentencia internacional es o no

⁵⁸ Previamente el Pleno de la SCJN había discutido sobre los alcances del «control de convencionalidad» refiriéndose al *Caso Radilla*, al discutir la acción de inconstitucionalidad 22/2009, promovida por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos contra actos del Congreso de la Unión y de otra autoridad, demandando la invalidez de los artículos 1.339 y 1.340 del Código de Comercio, reformados mediante decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 30 de diciembre de 2008. *Cfr.* la versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria celebrada el 4 de marzo de 2010.

En este asunto el Tribunal Pleno de la SCJN resolvió, por mayoría de votos, que las Comisiones de Derechos Humanos sólo pueden invocar derechos previstos en la Constitución y no en los tratados internacionales. Este criterio reduccionista pretende superarse con la reforma constitucional aprobada por el Senado de la República el 8 de abril de 2010, pendiente de aprobación en la Cámara de Diputados, a través de una adición al artículo 105, fracción II, inciso g), en los siguientes términos: «...g) La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren los derechos humanos consagrados en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte. Asimismo, los organismos de protección de los derechos humanos equivalentes en los Estados de la República, en contra de leyes expedidas por las legislaturas locales y la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, en contra de leyes emitidas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal» (cursiva nuestra).

⁵⁹ México, Porrúa-UNAM, 2009.

⁶⁰ *Cfr.* la versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del 31 de agosto de 2010, p. 15. El ministro presidente Ortiz Mayagoitia fue moderador de dicha presentación del libro, donde participaron la ministra Margarita Luna Ramos, el ministro Juan Silva Meza, el doctor José Luis Caballero, así como los coautores, F. SILVA GARCÍA y E. FERRER MAC-GREGOR.

vinculante para la SCJN; en segundo lugar, si la sentencia *Radilla* tiene o no eficacia directa y debe ser cumplida o no por los jueces nacionales sin mediación o coordinación con el Poder Ejecutivo y el Legislativo a esos efectos.

Sobre la primera cuestión, se dejaron entrever tres posiciones en el Pleno: i) quienes opinan que las sentencias y la jurisprudencia internacional no vincula a la SCJN (ministros Aguirre Anguiano y Gudiño Pelayo); ii) quienes opinan que las sentencias internacionales condenatorias contra México sí son vinculantes para la SCJN, pero que la jurisprudencia regional derivada de asuntos contra diversos Estados miembros no es obligatoria para aquélla (ministro Cosío Díaz), y iii) quienes opinan que tanto las sentencias condenatorias contra México, como toda la jurisprudencia de la Corte IDH, tiene eficacia directa para la SCJN, los jueces nacionales y todos los poderes públicos dentro del Estado (ministro Silva Meza).

Con respecto al segundo tema, se establecieron dos posiciones: i) quienes opinan que las sentencias internacionales obligan al Estado, lo que no implica que se deriven deberes de cumplimiento inmediatos para los jueces nacionales (ministros Aguirre Anguiano, Aguilar Morales y Valls Hernández), y ii) quienes opinan que las sentencias internacionales condenatorias sí pueden generar obligaciones que los jueces nacionales deben cumplir directamente sin mediación alguna.

Con independencia de los diversos posicionamientos, lo que parece innegable es que ahora los últimos intérpretes nacionales de los derechos fundamentales tienen que compartir su protagonismo con la Corte IDH; de allí que la mayoría de los señores ministros reconocieran la obligatoriedad de la sentencia *Radilla*⁶¹.

En efecto, no debe perderse de vista que el objeto del control jurisdiccional regional es toda la actuación de los poderes públicos de los Estados miembros en su conjunto. Los casos resueltos por la Corte IDH son capaces de poner en evidencia que su actuación ha tenido como materia actos del ejecutivo (extradiciones, por ejemplo), del legislativo (constituciones y leyes) y de los tribunales (sentencias firmes y jurisprudencia constitucional) en los Estados miembros. Luego, uno de los efectos más claros y trascendentes de la jurisdicción regional sobre derechos humanos consiste en que, ahora, la actuación del Estado «soberano» es susceptible de ser examinada y controlada judicialmente, en cuanto a su conformidad, a partir de normas sobre derechos y libertades. De esa manera, podría pensarse que la sujeción jurídica de los Estados, connatural a los fines de los sistemas regionales sobre derechos humanos, venía a anunciar, desde un primer momento, las deducibles transformaciones en las estructuras, formas y entendimientos tradicionales del Derecho nacional, a partir de su operatividad.

Las consecuencias jurídicas del incumplimiento de las obligaciones contenidas en los tratados regionales sobre derechos humanos se proyectan en dos planos distintos, el internacional y el nacional. El deber de reparación derivado

⁶¹ La encargada del engrose de esta consulta a trámite es la ministra Luna Ramos y se turnará a otro ministro para responder la consulta formulada por el ministro presidente. Llama la atención que la consulta seguramente se resolverá hasta el 2011, es decir, a más de un año de la resolución del *Caso Radilla*, debiendo el Estado mexicano informar a la Corte IDH sobre los avances del cumplimiento en diciembre de 2010, de conformidad con el resolutive 18 del fallo (a un año de la notificación).

de las sentencias estimatorias de la Corte IDH conduce a determinar que para dicho tribunal sus decisiones no sólo presentan efectos a nivel internacional (responsabilidad internacional del Estado), sino que se encuentran destinadas a tener repercusiones en el ámbito interno, especialmente en el caso concreto en beneficio de la víctima (*restitutio in integrum*)⁶². El art. 63 de la CADH establece que la Corte IDH debe disponer, de ser procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada⁶³. La mayoría de la doctrina ha entendido que las sentencias regionales sobre derechos humanos son susceptibles de producir efectos en el plano nacional⁶⁴.

Desde cierta óptica, teniendo en cuenta las ideas antes expuestas, podría decirse que la incorporación estatal de los sistemas regionales sobre derechos humanos, por un lado, ha producido la vida de ese sistema en relación con el Estado y los particulares sometidos a su jurisdicción, así como la posibilidad de que aquél resulte responsable de cara al sistema internacional⁶⁵; por otro, ha generado la integración al ordenamiento nacional de una norma de producción externa vinculante para los poderes públicos que encarnan la voluntad estatal en relación con los particulares. Es verdad que la Corte IDH, al declarar la existencia de una violación de derechos, atribuye dicha situación al Estado respectivo, porque no tienen competencia para imputar responsabilidad jurídica alguna a la autoridad que concretamente participó en los hechos respectivos.

Sin embargo, la incorporación de los tratados regionales sobre derechos humanos al Derecho interno podría concebirse como puente de una obligación genérica del Estado (responsabilidad internacional) a una obligación individualizada a cargo de los poderes públicos concretos, competentes, de hacer valer el derecho o libertad en juego en beneficio del particular afectado. De ahí que, en principio, el incumplimiento de las sentencias regionales estimatorias y, consecuentemente, de los tratados regionales sobre derechos humanos, en cierto sentido, deba entenderse reflejado a nivel internacional, en las relaciones del individuo afectado y el Estado transgresor (principalmente), así como a nivel interno, en las relaciones del individuo afectado y los poderes públicos contra-ventores de la norma de producción externa⁶⁶.

⁶² Vid. F. SILVA GARCÍA, *Derechos humanos. Efectos de las sentencias...*, op. cit.

⁶³ Vid. SCIDH, *Aloeboetoe y otros*. Reparaciones, 10 de septiembre de 1993.

⁶⁴ D. LIÑÁN NOGUERAS, «Efectos de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Derecho español», *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 2, 1985, pp. 361-362. Vid. también, A. GIARDINA, «La mise en oeuvre au niveau nationaux des arrêts et des décisions internationales», *Rec des cours de la ADI*, vol. 165, IV, 1979, p. 247; M.^a T. JAREÑO MACÍAS, *La relación del Tribunal Constitucional español y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, 2000 (tesis doctoral, Facultad de Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid); J. M.^a MORENILLA RODRÍGUEZ, «La Ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Boletín de Información*, Ministerio de Justicia, año XLIV, núm. 1.554, 15 de febrero de 1990.

⁶⁵ «[...] en lo que concierne a los derechos humanos protegidos por la Convención, la competencia de los órganos establecidos por ella se refiere exclusivamente a la responsabilidad internacional del Estado y no a la de los individuos [...]». OCCIDH 14/94, 9 de diciembre de 1994. Pero, en la resolución de 28 de noviembre de 2002, de cumplimiento a la SCIDH, *Olmedo Bustos y otros vs. Chile*, 5 de febrero de 2001, aclaró que: «[...] Las obligaciones convencionales de los Estados partes vinculan a todos los poderes o funciones del Estado [...]».

⁶⁶ J. BROWN SCOTT, «The legal nature of International Law», *American Journal of International Law*, vol. I, parte II, 1907, p. 850.

En ese orden de ideas, podría pensarse que la transgresión de una sentencia regional sobre derechos humanos implicaría el quebrantamiento de principios de Derecho internacional y nacional, con trascendencia en la esfera jurídica de los particulares, así como en el catálogo de atribuciones y responsabilidades de los poderes públicos⁶⁷.

El continuo estado de incumplimiento de una sentencia internacional sobre derechos humanos será susceptible de producir una situación antijurídica continua y trascendente, tanto para el ordenamiento internacional aplicable, como para el Derecho interno. A partir de esa visión, podría indicarse que las sentencias regionales producen efectos tanto en el plano internacional, como a nivel nacional en los Estados respectivos, aun cuando, en el ámbito interno, a falta de una imputación concreta de parte del tribunal regional a los poderes públicos competentes, deban ser éstos quienes asuman la responsabilidad de terminar con el estado de violación respectivo, o bien sea el particular quien active los mecanismos nacionales idóneos para que dichos agentes públicos sean impulsados a actuar en tal sentido.

Por tanto, aun cuando los tribunales regionales no se ubiquen como órganos superiores de los tribunales nacionales orgánica y estructuralmente, en alguna medida, su actuación tiene esos efectos, porque mediante sus sentencias en ocasiones llegan a desautorizar el contenido de las decisiones judiciales nacionales⁶⁸, a través de una nueva valoración de los hechos y del Derecho aplicable. En esos supuestos, el despliegue de efectos jurídicos de los tratados y sentencias regionales hacia el interior de los Estados miembros, derivados de la fuerza jurídica internacional y de la pertenencia de dichas normas al ordenamiento jurídico nacional, hace posible que las decisiones judiciales nacionales y sus efectos, si no anulados o revocados, sí puedan considerarse injustificados jurídicamente, a partir de su descalificación jurídica por parte de los tribunales regionales, desde un punto de vista sistemático del ordenamiento jurídico. Luego, podría pensarse que, en tales supuestos, las sentencias regionales estimatorias, aun cuando no generen directamente la anulación o revocación de los actos o sentencias nacionales, son susceptibles de cierta forma, de producir un nuevo estado de las

⁶⁷ En ese sentido, parte de la doctrina académica ha reiterado la necesidad de continuar en dirección de una progresiva individualización de las normas internacionales. Vid. A.-M. SLAUGHTER y W. BURKE WHITE, «An International Constitutional Moment», *Harvard International Law Journal*, vol. 43, núm. 1, 2002, pp. 13-16. «[...] The commitment is made by “the state” which, in this context, must mean all the three branches of government [...]». N. JAYAWICKRAMA, *The judicial application of Human Rights Law. National, Regional and International Jurisprudence*, UK, Cambridge University Press, 2000, pp. 96-97. También a partir de esa lógica, por ejemplo, la Corte de Apelaciones de EUA determinó en el asunto *People of Saipan vs. United States Department* que si bien el tratado internacional aplicable al caso obligaba al Estado, el Alto Comisionado tenía la responsabilidad de actuar en forma tal que fuera consistente con las obligaciones asumidas por EUA a través del Tratado, 502 F.2d. 90 (9th Cir. 1974). B. E. CARTER y Ph. R. TRIMBLE, *International Law*, 3.^a ed., New York, Aspen Law & Business, 1999, p. 196.

⁶⁸ Por ejemplo, se ha dicho que: «[...] toda sentencia condenatoria del Tribunal Europeo implica en cierto modo, o puede al menos implicar, una desautorización del Tribunal Constitucional [...] la eventual superioridad del Tribunal del Convenio respecto del Constitucional se explica, una vez más, a partir de la propia Constitución [...]». J. L. REQUEJO PAGÉS, «La articulación de las jurisdicciones internacional, constitucional y ordinaria en la defensa de los derechos fundamentales. A propósito de la STC 245/91, *Caso Bultó*», *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 12, núm. 35, mayo-agosto 1992, p. 190.

cosas a nivel jurídico en el plano nacional. De ahí que la Corte IDH asuma una posición de Tribunal Constitucional latinoamericano⁶⁹, especialmente a través de la nueva doctrina del «control difuso de convencionalidad», que implica otorgar efectos expansivos a la jurisprudencia convencional⁷⁰.

Máxime que, desde cierta perspectiva, es posible apreciar la existencia de un paralelismo entre muchos de los derechos y libertades expresamente consagrados en los tratados regionales sobre derechos humanos y varios de los reconocidos en la mayoría de las Constituciones de los Estados miembros. Existe, asimismo, un intérprete supremo en el plano nacional y en los sistemas regionales que nos ocupan. Así, también, en el sistema regional americano se encuentra prevista la regla de agotamiento de los recursos internos para la procedencia de las peticiones por violación de derechos humanos. Esas tres circunstancias, principalmente, tienden a generar un fuerte impacto en la concepción tradicional del Derecho nacional: la preeminencia lógico-jurisdiccional de la Corte IDH sobre los intérpretes nacionales en el ámbito de la tutela de los derechos humanos. La capacidad revisora que, de hecho, implica el ejercicio de la jurisdicción regional ha generado que su actuación pueda primar, en muchas ocasiones, sobre la posición jurisdiccional de los últimos intérpretes nacionales, en el ámbito de los derechos fundamentales. En cierta medida, podría pensarse que la propia autorización, a la Corte IDH, para el ejercicio de potestad jurisdiccional en el ámbito de los derechos humanos, en cuanto conlleva la necesidad de asignar un contenido a conceptos indeterminados y a definir niveles de derechos y libertades en relación con sus límites, implicando una actividad de ponderación, valoración y balance entre los distintos intereses en conflicto, deriva una necesaria autoridad o superioridad lógica frente a aquéllos órganos jurisdiccionales que llevan a cabo funciones similares en las fases de concreción normativa nacionales anteriores⁷¹.

Desde esa óptica, la circunstancia de que las decisiones terminales y la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales y las altas cortes nacionales pueda examinarse por la Corte IDH ha puesto de manifiesto que los tribunales regionales cuentan con una autoridad interpretativa frente a aquéllas, derivada de la propia lógica del control jurisdiccional externo del Estado en ese ámbito⁷². Bajo esa perspectiva, parece muy congruente la afirmación consistente en que la positivación internacional de los derechos fundamentales produce que estos de-

⁶⁹ Sólo 21 de los 35 Estados que integran la OEA han aceptado la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH, esencialmente países latinoamericanos.

⁷⁰ Cfr. E. FERRER MAC-GREGOR, «El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional», en H. FIX-ZAMUDIO y D. VALADÉS (coords.), *Formación y perspectivas del Estado en México*, México, El Colegio Nacional-UNAM, 2010, pp. 151-188.

⁷¹ «[...] la propia lógica del sistema lleva a que la actuación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos tenga cierta supremacía sustancial respecto de la de los Tribunales Constitucionales [...]». P. PÉREZ TREMPES, «Justicia constitucional y defensa de derechos fundamentales en Europa», en L. LÓPEZ GUERRA (coord.), *La justicia constitucional en la actualidad*, Fortalecimiento de la Justicia Constitucional en el Ecuador, Serie 1, Quito, Corporación Editora Nacional, 2002, p. 310.

⁷² La adopción de los tratados regionales por el Estado implica un sometimiento jurídico del Estado y por ende de todos sus agentes a los contenidos concretos que, sobre las normas indeterminadas de tales instrumentos, va definiendo caso tras caso el tribunal regional respectivo. El fin último del establecimiento de dichos sistemas fue terminar con la idea de que los Estados son autónomos en el tratamiento de las personas que están bajo su jurisdicción. N. JAYAWICKRAMA, *The judicial application...*, op. cit., p. 24.

rechos sean no sólo constitucionales, sino también supraestatales, al representar límites no sólo internos, sino también externos a la potestad de los Estados⁷³.

La preeminencia lógico-jurisdiccional de los tribunales regionales sobre derechos humanos frente a los últimos intérpretes nacionales puede ejemplificarse en el ámbito interamericano con el *Caso Ekmedjian contra Sofovich*⁷⁴, a propósito del cual la Corte Suprema de Argentina se apartó de su propio precedente para estimar que el art. 14 de la CADH⁷⁵ dispone un derecho de rectificación directamente aplicable, basándose para ello en una decisión previa de la Corte IDH⁷⁶. Así también, en el *Caso Olmedo Bustos y otros*⁷⁷, la Corte IDH controló la actuación de los últimos intérpretes nacionales que no consideraron contraria a Derecho la censura de una película, resolviendo que dicha restricción era contraria a la libertad de expresión reconocida convencionalmente. También, en el *Caso Aguirre Roca y otros vs. Perú*⁷⁸, el Pleno del Congreso decidió destituir a tres magistrados del Tribunal Constitucional. Al conocer de dicho asunto, la Corte IDH emitió sentencia estimatoria, indicando que fueron violados los derechos de defensa de los inculpados, considerando que el juicio político no cumplió con el requisito de imparcialidad que deben todos los actos materialmente jurisdiccionales, entre otras cuestiones. Esta sentencia prueba como incluso la Corte IDH se ha entendido competente para juzgar la convencionalidad de los actos del Pleno del Congreso de un Estado, ubicándose, desde esa perspectiva, como último guardián de los derechos fundamentales.

En forma similar, ha habido casos en que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha puesto de manifiesto su superioridad lógico-jurisdiccional, en relación con los últimos intérpretes nacionales. Por ejemplo, en el *Caso López Ostra vs. España*⁷⁹, previamente a Estrasburgo, la demandante alegó una

⁷³ L. FERRAJOLI, *Derechos y garantías. La Ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, p. 145.

⁷⁴ Caso E.64.XXIII, 7 de julio de 1992. Narrado en Th. BUERGENTHAL, «La jurisprudencia internacional en el Derecho interno»; R. NIETO NAVIA (ed.), *La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, San José, Corte IDH, 1994, p. 76.

⁷⁵ Artículo 14 CADH: «[...] Toda persona afectada por informaciones inexactas [...] tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley [...]».

⁷⁶ «[...] todo Estado parte que no haya ya garantizado el libre y pleno ejercicio del derecho de rectificación o respuesta, está en la obligación de lograr ese resultado, sea por medio de legislación o cualesquiera otras medidas que fueren necesarias según su ordenamiento jurídico interno para cumplir ese fin [...]». OCCIDH 7/86, de 29 de agosto de 1986.

⁷⁷ SCIDH, *Olmedo Bustos y otros vs. Chile*, 5 de febrero de 2001.

⁷⁸ SCIDH, *Aguirre Roca y otros vs. Perú*, 31 de enero de 2001. Por haber votado a favor de la emisión de una sentencia en la que frente a cuatro abstenciones, emitieron una sentencia en la que aplicaron, en ejercicio de atribuciones de control difuso, cierta ley interpretativa, siendo que el artículo 4.º de la Ley Orgánica de dicho tribunal preveía que eran necesarios seis votos conformes para resolver demandas de inconstitucionalidad. Con base en ese hecho y otros problemas entre los integrantes del Tribunal Constitucional, el Congreso peruano aprobó la formación de una Comisión para investigar esos hechos. La Comisión investigadora presentó una denuncia constitucional contra los tres magistrados referidos y el Pleno del Congreso decidió destituirlos, por haber emitido la citada sentencia. Los interesados acudieron al sistema interamericano en defensa de sus derechos.

⁷⁹ El TEDH condenó a España por haber impedido a los demandantes el disfrute del derecho al respeto del domicilio y de la vida privada (art. 8.º CEDH), en términos generales, al no haber tomado las medidas positivas tendentes a evitar la afectación del derecho a un medio ambiente adecuado, por la existencia de una estación de depuración de aguas y residuos químicos que provocaba emanaciones de gas y olores nauseabundos. STEDH, *López Ostra vs. España*, 9 de diciembre de 1994. Para una crítica, *vid.* F. VELASCO CABALLERO, «La protección del medio ambiente ante el Tribunal Euro-

injerencia ilegítima en su domicilio y un atentado a su integridad física, moral, libertad y seguridad, derivada de la falta de regulación administrativa del funcionamiento de una estación de depuración de aguas y residuos químicos que provocaba emanaciones de gas y olores nauseabundos. El Tribunal Constitucional español (TC) inadmitió el recurso de amparo formulado contra la sentencia desestimatoria del Tribunal Supremo (TS), al considerar, en esencia, que la existencia de humos, olores y ruidos no constituía, en sí misma, una violación al domicilio. En ese asunto, el TEDH determinó como doctrina que la contaminación ambiental *grave* puede afectar el bienestar de los individuos y privarlos del disfrute a su *domicilio*, de una manera tal capaz de afectar el derecho al respeto a la vida privada y familiar⁸⁰. El TEDH concluyó que las autoridades españolas no lograron establecer un balance justo entre los intereses económicos de la comunidad y los intereses individuales de los afectados, lo cual produjo que se violara el artículo 8.º del CEDH. De modo semejante, en el *Caso Hatton y otros vs. Reino Unido*⁸¹, la demanda se instauró debido a graves molestias acústicas, trascendentes en la vida de los demandantes, producidas por el funcionamiento del aeropuerto Heathrow. Entre otras razones, el TEDH condenó a Reino Unido por contravenir el artículo 13 de la Convención, al no contar con un remedio efectivo para hacer valer ese tipo de pretensiones, sobre todo porque el alcance del control jurisdiccional interno de esa especie de actos, basado en criterios de Derecho público (británico) tradicional, no permitió considerar si la regulación gubernamental de los vuelos representaba una limitación justificada en los derechos de los vecinos del aeropuerto⁸². En ambos casos, la responsabilidad internacional del Estado determinada por el TEDH fue causada por interpretaciones jurisdiccionales atendibles del ordenamiento jurídico interno, no tanto por errores judiciales manifiestos, por denegación de justicia, ni por decisiones notoriamente contrarias al Derecho internacional⁸³. Ese hecho puede llevar a estimar que sólo la adecuación de la jurisprudencia interna a la jurisprudencia regional es capaz de impedir *plenamente* una futura condena internacional⁸⁴.

peo de Derechos Humanos (comentario a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el *Caso López Ostra vs. España*), *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 15, núm. 45, septiembre-diciembre de 1995, pp. 305-324.

⁸⁰ En lo que atañe a la violación al respeto a la vida privada, el TC estimó que debía inadmitirse el recurso porque ese derecho no había sido invocado ante las vías judiciales. La sentencia del TEDH ha sido criticada por insuficiente motivación. *Vid.* J. A. CARRILLO DONAIRE *et al.*, «¿Hacia un derecho fundamental a un medio ambiente adecuado? (comentario en torno al asunto *López Ostra vs. España*, resuelto por la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de diciembre de 1994)», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 87, julio-diciembre 1995, p. 279.

⁸¹ *STEDH, Hatton y otros vs. Reino Unido*, 2 de octubre de 2001.

⁸² El TEDH atribuyó la violación a la insuficiencia del control jurisdiccional de los tribunales del Estado.

⁸³ La responsabilidad internacional del Estado por violación a un medio ambiente adecuado, en los casos estudiados, fue generada, en esos asuntos, por actos de las altas ramas jurisdiccionales de dichos Estados; por un lado, por entender que los casos de grave contaminación ambiental que inciden en el bienestar del individuo no afectan el derecho de inviolabilidad del domicilio (*López Ostra*, postura del TS y del TC); por otro, por falta de criterios judiciales que hicieran posible un control adecuado e íntegro de los actos que afectaron ese derecho (*Hatton y otros*, High Court y Court of Appeal).

⁸⁴ Por ejemplo, el TEDH ha determinado que si bien corresponde a los tribunales nacionales resolver los problemas de interpretación del ordenamiento jurídico interno, a dicho tribunal internacional le corresponde analizar si los efectos de dicha interpretación son compatibles con el Convenio de Roma. El TEDH analizó si los efectos de la interpretación jurisdiccional realizada por los

De los ejemplos antes expuestos, también es posible decir que la introducción de la jurisdicción internacional de derechos humanos llega a producir, en ocasiones, que se constriña a los Estados a adoptar un nuevo balance, valoración o determinación del contenido de los derechos fundamentales, distinta de la que ha resultado de la labor interpretativa de los altos tribunales nacionales. Desde esa óptica, por ende, podría hablarse de una preeminencia lógica jurisdiccional de los tribunales regionales sobre los últimos intérpretes nacionales en el ámbito de los derechos humanos, como efecto de la operatividad de los sistemas que nos ocupan y como una forma de expresión de la sujeción del Estado al Derecho internacional de los derechos humanos.

6. DEBERES DE REPARACIÓN DERIVADOS DE LA SENTENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

A) A cargo del Poder Judicial

a) Ejercer un control de convencionalidad sobre el artículo 57 del Código de Justicia Militar (deber a cargo de jueces, tribunales y SCJN)⁸⁵.

La doctrina del «control difuso de convencionalidad» implica una expansión de la jurisprudencia de la Corte IDH por los jueces nacionales, lo que podría representar un nuevo paradigma para la judicatura mexicana⁸⁶.

tribunales del Estado es conforme al CEDH. STEDH, *Pérez Rada vs. España*, 28 de octubre de 1998. Esa preeminencia puede también apreciarse en forma clara en STEDH, *Castells vs. España*, 23 de abril de 1992 (libertad de expresión). STEDH, *Lallement vs. Francia*, 11 de abril de 2002 (propiedad) STEDH, *Ezzoudhi vs. Francia*, 13 de febrero de 2001 (vida privada y familiar).

⁸⁵ Fundamento 286. «La Corte estima que el artículo 57, fracción II, inciso a), del Código de Justicia Militar es una disposición amplia e imprecisa que impide la determinación de la estricta conexión del delito del fuero ordinario con el servicio castrense objetivamente valorado. La posibilidad de que los tribunales castrenses juzguen a todo militar al que se le imputa un delito ordinario, por el sólo hecho de estar en servicio, implica que el fuero se otorga por la mera circunstancia de ser militar. En tal sentido, aunque el delito sea cometido por militares en los momentos de estar en servicio o con motivo de actos del mismo no es suficiente para que su conocimiento corresponda a la justicia penal castrense». Fundamento 342. «No obstante lo anterior, la Corte declaró en el capítulo IX de este Fallo, que el artículo 57 del Código de Justicia Militar es incompatible con la Convención Americana. En consecuencia, el Estado debe adoptar, en un plazo razonable, las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar la citada disposición con los estándares internacionales de la materia y de la Convención, de conformidad con los párrafos 272 a 277 de esta Sentencia». Fundamento 339. «En relación con las prácticas judiciales, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un “control de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana».

⁸⁶ Sobre esta nueva doctrina, *vid.* E. FERRER MAC-GREGOR, «El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional», en H. FIX-ZAMUDIO y D. VALADÉS (coords.), *Formación y perspectivas del Estado en México*, *op. cit.*

Se estableció por vez primera en el *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Gobierno de Chile*⁸⁷. Posteriormente, fue complementada y consolidada en los siguientes casos: *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*⁸⁸; *La Cantuta vs. Perú*⁸⁹; *Boyce y otros vs. Barbados*⁹⁰; *Heliodoro Portugal vs. Panamá*⁹¹; en la resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia, en los *Casos Fermín Ramírez y Raxcacó Reyes, ambos vs. Guatemala*, así como de la solicitud de ampliación de medidas provisionales del último de los casos⁹². Después del *Caso Radilla* que estamos analizando⁹³, volvió a aplicarse en los *Casos Inés Fernández Ortega y otros*⁹⁴; y *Valentina Rosendo Cantú y otra*⁹⁵, ambos contra México.

b) Acatar la jurisprudencia interamericana e interpretar el artículo 13 constitucional conforme a la CADH, de manera tal que se delimite la jurisdicción militar, al grado de que sea la jurisdicción ordinaria la que se ocupe de conocer las violaciones a los derechos humanos imputadas a militares (deber a cargo de jueces, tribunales y SCJN)⁹⁶.

⁸⁷ 26 de septiembre de 2006.

⁸⁸ 24 de noviembre de 2006.

⁸⁹ 29 de noviembre de 2006.

⁹⁰ 20 de noviembre de 2007.

⁹¹ 12 de agosto de 2008.

⁹² 9 de mayo de 2008.

⁹³ 23 de noviembre de 2009.

⁹⁴ 30 de agosto de 2010.

⁹⁵ 31 de agosto de 2010.

⁹⁶ Fundamentos 273 y 274. «Asimismo, esta Corte ha establecido que, tomando en cuenta la naturaleza del crimen y el bien jurídico lesionado, la jurisdicción penal militar no es el fuero competente para investigar y, en su caso, juzgar y sancionar a los autores de violaciones de derechos humanos sino que el procesamiento de los responsables corresponde siempre a la justicia ordinaria. En tal sentido, la Corte en múltiples ocasiones ha indicado que “[c]uando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, a fortiori, el debido proceso”, el cual, a su vez, se encuentra íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia. El juez encargado del conocimiento de una causa debe ser competente, además de independiente e imparcial». «En consecuencia, tomando en cuenta la jurisdicción constante de este Tribunal (*supra* párrs. 272 y 273), debe concluirse que si los actos delictivos cometidos por una persona que ostente la calidad de militar en activo no afectan los bienes jurídicos de la esfera castrense, dicha persona debe ser siempre juzgada por tribunales ordinarios. En este sentido, frente a situaciones que vulneren derechos humanos de civiles bajo ninguna circunstancia puede operar la jurisdicción militar». Fundamento 340. «De tal manera, es necesario que las interpretaciones constitucionales y legislativas referidas a los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar en México, se adecuen a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal, los cuales han sido reiterados en el presente caso [...] Para este Tribunal, no sólo la supresión o expedición de las normas en el Derecho interno garantizan los derechos contenidos en la Convención Americana, de conformidad a la obligación comprendida en el artículo 2.º de dicho instrumento. También se requiere el desarrollo de prácticas estatales conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma. En consecuencia, la existencia de una norma no garantiza por sí misma que su aplicación sea adecuada. Es necesario que la aplicación de las normas o su interpretación, en tanto prácticas jurisdiccionales y manifestación del orden público estatal, se encuentren ajustadas al mismo fin que persigue el artículo 2.º de la Convención». En términos prácticos, la interpretación del artículo 13 de la Constitución Política mexicana debe ser coherente con los principios convencionales y constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia, contenidos en el artículo 8.º1 de la Convención Americana y las normas pertinentes de la Constitución mexicana [...]. Fundamento 341. «Bajo ese entendido, este Tribunal considera que no es necesario ordenar la modificación del contenido normativo que regula el artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos».

c) Interpretar el Derecho mexicano en el sentido de que las víctimas (familiares) de presuntas violaciones a los derechos humanos por militares tienen derecho a intervenir en los procesos penales respectivos, más allá de aquello exclusivamente concerniente a la reparación del daño (deber a cargo de jueces, tribunales, SCJN)⁹⁷.

d) Implementar cursos de capacitación sobre los límites de la jurisdicción militar en un Estado de Derecho (deber a cargo de la SCJN, Consejo e Instituto de la Judicatura Federal, e inclusive del procurador general de la República, en sus respectivos casos)⁹⁸.

e) Publicación de la sentencia *Radilla*, en un diario de amplia circulación distinto del *Diario Oficial de la Federación*, lo que podría cumplirse mediante la difusión de la decisión en el *Semanario Judicial de la Federación*⁹⁹.

⁹⁷ Fundamento 275. «La Corte destaca que cuando los tribunales militares conocen de actos constitutivos de violaciones a derechos humanos en contra de civiles ejercen jurisdicción no solamente respecto del imputado, el cual necesariamente debe ser una persona con estatus de militar en situación de actividad, sino también sobre la víctima civil, quien tiene derecho a participar en el proceso penal no sólo para efectos de la respectiva reparación del daño sino también para hacer efectivos sus derechos a la verdad y a la justicia (*supra* párr. 247). En tal sentido, las víctimas de violaciones a derechos humanos y sus familiares tienen derecho a que tales violaciones sean conocidas y resueltas por un tribunal competente, de conformidad con el debido proceso y el acceso a la justicia. La importancia del sujeto pasivo trasciende la esfera del ámbito militar, ya que se encuentran involucrados bienes jurídicos propios del régimen ordinario».

⁹⁸ Fundamento 347. «Asimismo, este Tribunal ha reiterado que la obligación del Estado de investigar de manera adecuada y sancionar, en su caso, a los responsables, debe cumplirse diligentemente para evitar la impunidad y que este tipo de hechos vuelvan a repetirse. En consecuencia, la Corte ordena que, sin perjuicio de los programas de capacitación para funcionarios públicos en materia de derechos humanos que ya existan en México, el Estado deberá implementar, en un plazo razonable y con la respectiva disposición presupuestaria: a) programas o cursos permanentes relativos al análisis de la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en relación con los límites de la jurisdicción penal militar, así como los derechos a las garantías judiciales y la protección judicial, como una forma de prevenir que casos de violación a los derechos humanos sean investigados y juzgados por dicha jurisdicción. Tales programas estarán dirigidos a los miembros de todas las Fuerzas Militares, incluyendo a los agentes del Ministerio Público y jueces, así como a los agentes del Ministerio Público de la Procuraduría General de la República y jueces del Poder Judicial de la Federación, y b) un programa de formación sobre la debida investigación y juzgamiento de hechos constitutivos de desaparición forzada de personas, dirigido a agentes del Ministerio Público de la Procuraduría General de la República y jueces del Poder Judicial de la Federación, que tengan competencia en la investigación y juzgamiento de hechos como los ocurridos en el presente caso, con el fin de que dichos funcionarios cuenten con los elementos legales, técnicos y científicos necesarios para evaluar integralmente el fenómeno de la desaparición forzada. De manera particular, en este tipo de casos las autoridades encargadas de la investigación deben estar entrenadas para el uso de la prueba circunstancial, los indicios y las presunciones, la valoración de los patrones sistemáticos que puedan dar origen a los hechos que se investigan y la localización de personas desaparecidas de manera forzada (*supra* párrs. 206 y 222). Fundamento 348. «Dentro de los programas arriba indicados, se deberá hacer especial mención a la presente Sentencia y a los instrumentos internacionales de derechos humanos de los que México es parte».

⁹⁹ Fundamento 350. «Como lo ha dispuesto este Tribunal en otros casos, el Estado deberá publicar en el *Diario Oficial de la Federación* y en otro diario de amplia circulación nacional, por una sola vez, los párrafos 1.º a 7.º, 52 a 66, 114 a 358 de la presente Sentencia, sin las notas al pie de página, y la parte resolutoria de la misma. Adicionalmente, como ha sido ordenado por el Tribunal en ocasiones anteriores, el presente Fallo deberá publicarse íntegramente en el sitio web oficial de la Procuraduría General de la República, y estar disponible durante un periodo de un año. Para realizar las publicaciones en los periódicos y en Internet se fijan los plazos de seis y dos meses, respectivamente, contados a partir de la notificación de la presente Sentencia».

B) A cargo de otros Poderes del Estado

a) Obligación de investigar los hechos e identificar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables (deber a cargo del procurador general de la República y del Poder Judicial, respectivamente).

b) Determinar el paradero de Rosendo Radilla Pacheco (deber a cargo del procurador general de la República)¹⁰⁰.

c) Reforma al artículo 57 del Código de Justicia Militar, para adecuarlo al contenido de la CADH (deber a cargo del Ejecutivo y del Legislativo federal).

d) Interpretar que el delito de desaparición forzada de personas se encuentra vigente en el ordenamiento jurídico mexicano desde el año 2001, es decir, con anterioridad a la consignación de la averiguación previa ante el juez de distrito en

¹⁰⁰ Recientemente, en octubre de 2010 se emitió un comunicado de prensa en el siguiente sentido: «Nueva diligencia de la PGR en *Caso Radilla Pacheco*; inicia segunda etapa de excavaciones en Atoyac de Álvarez, Guerrero. Procedimiento insuficiente para considerar que el Estado mexicano cumple cabalmente la sentencia de la CoIDH; existe escepticismo de familia y organizaciones que le acompañan. Casi diez meses después de la notificación al Estado mexicano de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH) en el caso de la desaparición forzada de Rosendo Radilla Pacheco, la Procuraduría General de la República (PGR), a través del Ministerio Público de la Federación, del 4 al 6 de octubre pasado dio inicio a la segunda etapa de excavaciones en el ex cuartel militar de Atoyac de Álvarez, Guerrero. La continuación de las excavaciones forma parte de las acciones tendientes a esclarecer el paradero del señor Radilla Pacheco, disposición que constituye una de las principales medidas de reparaciones ordenadas por la Corte Interamericana en su sentencia. Si bien la familia Radilla, la Asociación de Familiares de Detenidos Desaparecidos y Víctimas de Violaciones a los Derechos Humanos en México (AFADEM) y la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos (CMDPDH) han insistido en la necesidad de continuar con los trabajos de excavación, las diligencias ordenadas son recibidas con escepticismo por estas últimas, en vista de las opiniones de los diferentes expertos internacionales que han asesorado a la familia Radilla en el desarrollo de las investigaciones. En esta ocasión, la familia Radilla, como coadyuvante, contó con el acompañamiento del arqueólogo forense Leonel Paiz Díez, de la Fundación de Antropología Forense de Guatemala (FAFG). Dicho experto fungió como perito por parte de la coadyuvancia, lo cual le permitió intervenir en las diligencias y formular observaciones y recomendaciones. Entre las observaciones formuladas por el perito Leonel Paiz, destaca el hecho de que en esta diligencia la PGR se limitará a trabajar únicamente en zonas que habían sido ya excavadas previamente, aunque con ampliaciones; además de que se trata de zonas que pertenecían a áreas sociales o visibles de lo que fuera el cuartel militar de Atoyac de Álvarez, lo cual, conforme a la experiencia, reduce las probabilidades de realizar algún hallazgo de restos óseos. Cabe recordar que dicha observación ya había sido formulada años antes por parte del Equipo Argentino de Antropología Forense (EAAF), durante su intervención en la primera etapa de excavaciones en el año de 2008. Por lo anterior, la FAFG recomendó ampliar el área de búsqueda a zonas aledañas al ex cuartel militar, en lugares alejados y poco visibles, para lo cual sugirió la realización de una diligencia de inspección ocular, con la participación de peritos en arqueología forense, para la búsqueda sistemática de indicios de la presencia de fosas clandestinas. La familia Radilla, la AFADEM y la CMDPDH reiteran que su principal interés es el esclarecimiento de los hechos, incluyendo la localización o determinación del paradero final del señor Rosendo Radilla Pacheco, y en consecuencia están dispuestos a colaborar con el Estado mexicano para el mejor desenvolvimiento de la indagatoria y asimismo brindará su apoyo para la realización de las próximas excavaciones. Sin embargo, también considera que dichas diligencias son en sí mismas insuficientes para considerar que el Estado mexicano está dando cumplimiento cabal a la sentencia de la CoIDH. Para cumplir completamente con la sentencia de la CoIDH, el Estado mexicano deberá realizar diligencias adicionales y agotar todas las hipótesis y líneas de investigación posibles. En este sentido, la PGR debe asumir una actitud proactiva para tratar de recabar la mayor información posible sobre la suerte final del señor Radilla Pacheco y otras personas desaparecidas, así como tomar en cuenta las sugerencias y opiniones de los peritos que lleguen a asesorar a las víctimas en ejercicio de su Derecho constitucional de coadyuvancia». Comunicado de prensa. Área de Comunicación. Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos.

turno realizada en agosto de 2005; sin embargo, entender que por tratarse de un delito de ejecución permanente, al entrar en vigor la tipificación del delito de desaparición forzada de personas en el Estado, la nueva ley resulta aplicable por mantenerse en ejecución la conducta delictiva, sin que ello represente una aplicación retroactiva (deber a cargo del Poder Judicial y del Ministerio Público Federal).

e) Interpretar que el derecho de las víctimas a obtener copias de la averiguación previa conducida por la Procuraduría General de la República no está sujeto a reservas de confidencialidad, en tanto que la misma se refiere a la investigación de delitos constitutivos de graves violaciones a los derechos humanos, como lo es la desaparición forzada del señor Rosendo Radilla Pacheco (deber a cargo de los órganos de acceso a la información de la Procuraduría General de la República, así como del Instituto Federal de Acceso a la Información y del Poder Judicial de la Federación, en sus respectivos casos).

f) Tipificación adecuada del delito de desaparición forzada de personas, mediante la reforma al artículo 215-A del Código Penal Federal conforme a los instrumentos internacionales. El Estado no debe limitarse a «impulsar» el proyecto de ley correspondiente, sino asegurar su pronta sanción y entrada en vigor, de acuerdo con los procedimientos establecidos en el ordenamiento jurídico interno para ello (deber a cargo del Ejecutivo y del Congreso de la Unión)¹⁰¹.

g) Publicación de la sentencia en el *Diario Oficial de la Federación* y difusión integral en el sitio web oficial de la Procuraduría General de la República (deber a cargo del secretario de Gobernación y del procurador general de la República)¹⁰².

h) Acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional (deber a cargo del presidente de la República y/o secretario de la Defensa Nacional).

i) Colocar en un sitio en la ciudad de Atoyac de Álvarez, Guerrero, una placa conmemorativa de los hechos de su desaparición forzada (deber a cargo del presidente Municipal y Ayuntamiento de dicha localidad).

j) Realizar un libro semblanza de la vida del señor Rosendo Radilla Pacheco, con un tiraje de 1.000 ejemplares, para lo cual el Estado tendría que dar participación a las víctimas (familiares) y contratar a un investigador (este deber podría encomendarse al secretario de Educación Pública o al secretario de Gobernación).

k) Atención psicológica gratuita (deber a cargo del procurador general de Justicia y/o del secretario de Salud Estatal y Federal).

l) Indemnizaciones, compensaciones, costas y gastos (deber a cargo del Ejecutivo, a través de las Secretarías de Gobernación y/o Relaciones Exteriores).

7. EPÍLOGO

En los últimos dos años se han dictado las primeras cinco sentencias condenatorias en contra del Estado mexicano: *Jorge Castañeda Gutman* (6 de agosto de

¹⁰¹ El 18 de octubre de 2010, el presidente Felipe Calderón presentó al Senado de la República su iniciativa para modificar el fuero militar, que contempla adecuar el artículo 57 del Código de Justicia Militar, para excluir de la jurisdicción militar los delitos de desaparición forzada de personas, la tortura y la violación, exclusivamente.

¹⁰² Extractos de la sentencia se publicaron en el *Diario Oficial de la Federación* el 9 de febrero de 2010 y también aparece en la página web de la Procuraduría General de la República.

2008); *Campo Algodonero* (16 de noviembre de 2009); *Rosendo Radilla Pacheco* (23 de noviembre de 2009); *Inés Fernández Ortega y otros* (30 de agosto de 2010); y *Valentina Rosendo Cantú y otra* (31 de agosto de 2010)¹⁰³. Los fallos implican desafíos importantes para el Estado mexicano a fin de lograr su cabal cumplimiento. Esta situación seguramente coadyuvará para una mejor comprensión de la importancia que para nuestro orden jurídico nacional representan los tratados internacionales en materia de derechos humanos (especialmente la CADH y sus protocolos adicionales), así como la eficacia de la jurisprudencia de la Corte IDH, que deben ser considerados por las autoridades y jueces mexicanos.

De estas sentencias condenatorias, probablemente sea la referida al *Caso Radilla* la que tendrá mayores repercusiones para nuestro sistema jurídico. En primer lugar, por haber declarado por primera vez la «inconveniencia» de normas legislativas (Código de Justicia Militar y el Código Penal Federal), siendo necesaria sendas reformas para adecuarlas a los estándares internacionales en la materia. En segundo lugar, por representar el primer fallo internacional donde existe una obligación precisa hacia los jueces mexicanos para aplicar no sólo los derechos humanos previstos en el Pacto de San José, sino ahora la jurisprudencia convencional de la Corte IDH, lo que implica que nuestros jueces deben interpretar la Constitución a la luz de la CADH y de la jurisprudencia de ese tribunal internacional.

En este sentido, se requiere que las «interpretaciones constitucionales» relativas a los criterios de «competencia material y personal» de la jurisdicción militar en México, se adecuen a los principios establecidos en la jurisprudencia constante de la Corte IDH, relativa a que los jueces castrenses sólo son competentes para juzgar a militares activos por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar. Lo anterior implica que «los tribunales en ningún caso y por ningún motivo, podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al ejército», tal y como se prevé en el artículo 13 de la Constitución federal mexicana.

Estos criterios fueron aplicados por segunda y tercera ocasión en contra del Estado mexicano, en los *Casos Fernández Ortega y Rosendo Cantú*, donde se reitera la doctrina del «control difuso de convencionalidad», enfatizando que resulta necesario que ese «control» deba ser ejercido «inmediatamente» y «de oficio» por «las autoridades judiciales»¹⁰⁴. La Corte IDH vuelve a considerar que no es necesario modificar el artículo 13 de la Constitución federal, sino reformar el artículo 57, fracción II, inciso a), del Código de Justicia Militar, al resultar incompatible con la CADH por violarse el derecho al juez natural, indisolublemente ligado al derecho al debido proceso y al de acceso a la justicia, reconocidos en los artículos 8.1 y 25.1 de la CADH. Nuevamente se condena al Estado mexicano a realizar las reformas legislativas necesarias en un plazo razonable, así como también a realizar aquellas reformas para permitir que las personas que se vean afectadas por la intervención del fuero militar «cuenten con un recurso efectivo para impugnar su competencia»¹⁰⁵.

¹⁰³ Está por resolverse en la Corte IDH el *Caso Cabrera García y Montiel Flores*, conocido como el caso de los «campesinos ecologistas».

¹⁰⁴ Cfr. los párrafos 237 y 220 de dichas sentencias, respectivamente.

¹⁰⁵ Cfr. los párrafos 240 y 222 de dichas sentencias, respectivamente.

El «control difuso de convencionalidad» implica un desafío importante para lograr la plena eficacia de los derechos humanos. El éxito de esta nueva doctrina dependerá del dinamismo de los jueces nacionales que actuarán como jueces interamericanos, irradiando la jurisprudencia de la Corte IDH ¹⁰⁶. Con independencia de las reformas constitucionales que se encuentran en trámite en el Congreso de la Unión (2010) ¹⁰⁷, se requiere de nuevas interpretaciones al artículo 133 constitucional para que los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales adquieran jerarquía constitucional; de un mayor dinamismo en las técnicas hermenéuticas de los jueces, especialmente de los jueces constitucionales; así como de un auténtico «diálogo» entre los jueces, magistrados y ministros de la SCJN con la Corte IDH. Estamos confiados en que la judicatura mexicana responderá de manera adecuada ante los nuevos retos y desafíos que implica la constitucionalización del Derecho internacional de los derechos humanos.

¹⁰⁶ Cfr. E. FERRER MAC-GREGOR, «El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional», en H. FIX-ZAMUDIO y D. VALADÉS (coords.), *Formación y perspectivas del Estado en México*, *op. cit.*

¹⁰⁷ Reforma constitucional en materia de derechos humanos, aprobada por unanimidad el 8 de abril de 2010 en el Senado de la República y pendiente de aprobación en la Cámara de Diputados. De la mayor relevancia sería la aprobación del artículo 1.º constitucional que se propone: «Título Primero. Capítulo I. De los derechos humanos y de sus garantías. Artículo 1.º En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales sobre los derechos humanos de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, los cuales no podrán restringirse sino en los casos y en 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 sobre los derechos humanos antes señalados. Todas las autoridades en el ámbito de su competencia tienen la obligación de promover, respetar 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».

XXXI. HOMICIDIOS DE MUJERES POR RAZÓN DE GÉNERO*

El Caso Campo Algodonero (los feminicidios de Ciudad Juárez)

En coautoría con Fernando SILVA GARCÍA **

1. INTRODUCCIÓN

La desigualdad por razón de género sigue presente en el siglo XXI. En el mundo continúan apareciendo fuertes evidencias que apuntan a que las mujeres tienen más riesgo de que sean violados sus derechos fundamentales, lo que implica que sea verdad que el Derecho les otorga una protección de menor seriedad e intensidad que a los hombres ¹.

En tal sentido, se ha descubierto que 39.000 niñas mueren anualmente en China porque sus padres no les proporcionan los mismos cuidados médicos que a los hijos hombres; en la India una «quemada de novia» sucede cada dos horas

* Publicado en A. VON BOGDANDY, E. FERRER MAC-GREGOR y M. MORALES ANTONIAZZI (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale commune en América Latina?*, t. II, UNAM-Max Planck, 2010, pp. 259-333.

** Juez de distrito y profesor de la Facultad de Derecho de la UNAM.

¹ En México, por ejemplo, el 4 de noviembre de 2007 hubo elecciones municipales en el pueblo de Santa María Quiévolani. El triunfo debió corresponder a Eufrosina Cruz Mendoza, contadora pública, oriunda y vecina de la localidad, pero le fue arrebatado. Lo dramático de su caso es que el despojo electoral cometido en su contra no fue producto de unos aviesos intereses externos sino de la aplicación literal de la costumbre que dicta que Quiévolani no puede ser gobernado por una mujer. «Y menos profesionista», como le dijo el síndico al momento de expulsarla de la asamblea en que se votaba al sucesor de Saúl Cruz Vásquez, presidente municipal entre 2004 y 2007. *Vid.* «Mujeres por la libertad: La prisión de la costumbre», *Letras Libres*, núm. 136, año XII, abril de 2010.

para castigar a una mujer por haber presentado una dote inadecuada o para eliminarla y permitir que su marido se vuelva a casar; las madres embarazadas, en algunas latitudes, al conocer el sexo de sus bebés por medio de los ultrasonidos deciden practicar un aborto si es niña; la Organización Internacional del Trabajo estima que hay 12,3 millones de personas involucradas en trabajos forzados de todo tipo, incluyendo la servidumbre sexual; y es conocida la frase en el sentido de que «lo único peor que estar empleada en una maquila es no estar empleada en una maquila»; se ha investigado que cerca de 107 millones de mujeres han desaparecido del mundo de manera indigna².

La violencia contra la mujer constituye un mal presente en muchas sociedades del mundo³. Se define como cualquier acción o conducta, basada en su género, que causa muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico, en el entorno público o privado⁴. Las cifras de muertes de mujeres por razón de género son frecuentemente disfrazadas por las instituciones. En muchas ocasiones se prefiere que no aparezca en la contabilidad tanta violencia y se habla de muertas como de maltrato⁵.

Precisamente, el *Caso González y otra (Campo Algodonero) vs. México* (en adelante *Caso Campo Algodonero*) es testigo de la impunidad que existe en relación con la violencia contra mujeres, adolescentes y niñas dentro del Estado mexicano. El asunto tuvo lugar por la desaparición de personas de sexo femenino de quince, diecisiete y veinte años respectivamente⁶, de extracción humilde, durante el mes de septiembre de 2001; sus cuerpos, desgarrados y con signos de violencia sexual, fueron encontrados en un «campo algodonero» de Ciudad Juárez⁷, el 6 de noviembre siguiente, sin que, a la fecha, las autoridades del Estado mexicano hayan investigado cabalmente los sucesos, ni encontrado a los responsables de tales atrocidades.

La sentencia dictada el 16 de noviembre de 2009 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) en el *Caso Campo Algodonero*⁸,

² N. D. KRISTOF y S. WUDUNN, «Mujeres por la libertad: La cruzada de las mujeres», *Letras Libres*, núm. 136, año XII (abril de 2010).

³ En general, sobre la temática, *vid.* el reciente libro de R. OSBORNE, *Apuntes sobre la violencia de género*, Barcelona, Bellaterra, 2009.

⁴ Artículo 1.º de la Convención Americana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará); aprobada en dicha ciudad de Brasil el 9 de junio de 1994 y vinculante para México a partir del 12 de noviembre de 1998; publicación en el *Diario Oficial de la Federación* de 19 de enero de 1999.

⁵ *Cfr.* R. OSBORNE, «De la “violencia” (de género) a las “cifras de la violencia”: una cuestión política», *Revista de Metodología de Ciencias Sociales*, núm. 15, enero-junio de 2008, pp. 99-124.

⁶ De conformidad con el artículo 1.º de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, vigente en México desde el 2 de septiembre de 1990, se entiende por niño los menores de dieciocho años. La Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes en México (2000), establece que «son niñas y niños las personas de hasta doce años cumplidos, y adolescentes los que tienen entre doce años cumplidos y dieciocho incumplidos».

⁷ Los campos algodoneros son extensiones de tierra donde se cultiva el algodón. Esta planta (de la familia de las malváceas) produce un fruto blanco, donde se extrae la fibra utilizada para la industria textil que tiene producción en pequeña y gran escala. También se utiliza para extraer aceites de sus semillas. Los «campos algodoneros» se ubican en lugares cálidos, por lo que el norte de México es propicio para esta actividad. En Ciudad Juárez, Chihuahua, destaca el cultivo del algodón en el Valle de Juárez.

⁸ Participó en calidad de jueza *ad hoc* la ministra Rosa María Álvarez González; el juez Leonardo A. Franco no participó por motivos de causa de fuerza mayor.

declara la responsabilidad internacional del Estado mexicano por causa de la desaparición y muerte de las jóvenes víctimas, centralmente, en razón a la falta de prevención de esos crímenes, pese al pleno conocimiento de la existencia de un patrón de violencia de género que había dejado centenares de mujeres y adolescentes asesinadas; la falta de respuesta de las autoridades frente a la desaparición; la denegación de justicia y la ausencia de una debida investigación de los asesinatos, produjo que se declarara la violación a la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), particularmente de los artículos 4.º (derecho a la vida), 5.º (derecho a la integridad personal, prohibición de tratos degradantes), 7.º (derecho a la libertad personal) y 19 (derechos de las niñas), en relación con los artículos 1.º1 (obligación de respetar los derechos sin discriminación alguna) y 2 (deber de adoptar disposiciones de Derecho interno); a la luz, además, del artículo 7.º de la Convención Belém do Pará (deber de prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer); así como en torno a los artículos 8.º1 (garantías judiciales) y 25.1 (protección judicial) del propio Pacto de San José⁹.

La sentencia comentada es preocupante no sólo por la violencia contra la mujer, sino por la grave afectación de los derechos de las niñas en condiciones sociales, culturales y económicas desfavorables, lo que es congruente con el reciente *Informe de las Naciones Unidas sobre la Violencia contra los Niños*, que sitúa a México como uno de los cinco países que más maltratan a los niños en el mundo. Destaca, en tal sentido, la incapacidad del Estado para hacer frente a los crímenes más violentos a que mujeres y niñas están expuestas, en razón a dos factores de vulnerabilidad simultáneas: el género y las condiciones económicas precarias¹⁰.

En ese sentido, el *Caso Campo Algodonero* es representativo del clima de impunidad que ha imperado en el Estado mexicano; algunos hablan de más de 300 mujeres desaparecidas, de quince años de asesinatos y resultados precarios de las investigaciones, lo que hace notable la incapacidad de las autoridades locales y federales de descubrir lo que está ocurriendo con la violación, desaparición y muerte de centenares de mujeres y adolescentes en Ciudad Juárez, seguida por la denuncia de la ciudadanía y de la indiferencia de las autoridades para informar cabalmente sobre la verdad de los sucesos a la sociedad mexicana. Es un asunto en que la violencia sexual y la muerte de jóvenes vulnerables va acompañada del encarcelamiento de inocentes (fabricación de culpables); de asesinatos (muerte de los culpables fabricados); de amenazas de policías judiciales (a los familiares interesados en la investigación); así como de la concesión de asilo a los parientes de las víctimas (perseguidos) que se han considerado en peligro por parte de jueces estadounidenses; todo lo cual ha tenido que producir, precisamente, la sentencia condenatoria, de un tribunal ajeno y externo al Estado, que en este libro analizamos¹¹.

⁹ Esta es la segunda sentencia condenatoria en contra del Estado mexicano por violaciones al Pacto de San José. El primero fue el *Caso Castañeda*, cuyas implicaciones para el ordenamiento jurídico mexicano puede consultarse en E. FERRER MAC-GREGOR y F. SILVA GARCÍA, *El Caso Castañeda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La primera sentencia internacional condenatoria en contra del Estado mexicano*, México, Porrúa-UNAM, 2009.

¹⁰ R. CORDERA CAMPOS, «Barómetro: gobernabilidad democrática y desigualdad social», *Nexos*, núm. 354, año 29, vol. XXIX, junio de 2007.

¹¹ *Vid.* una conversación entre M. VARGAS LLOSA y E. KRAUZE, «La fragilidad democrática en Latinoamérica», *Letras Libres*. núm. 85, año VIII, enero de 2006: «EK: El fin del siglo XX presagiaba un

En suma, podríamos afirmar que el *Caso Campo Algodonero* pone de manifiesto que una tarea pendiente de nuestra democracia es la administración e impartición de justicia. En las decenas de diagnósticos y estudios sobre la justicia en México sobresale la escasa profesionalización, independencia y honradez de los órganos encargados de la persecución e investigación de los delitos, así como de los poderes judiciales de las entidades federativas. Al respecto, se ha subrayado que nuestra democracia no ha podido dismantelar, mediante una real división del poder público, el carácter imperial del presidencialismo; el autoritarismo no es el pasado efímero, no ha muerto, sólo se ha federalizado. Unas pocas excepciones confirman la regla y si bien existen acciones en los años recientes para frenar y cambiar esta situación, la realidad demuestra que los esfuerzos no han sido suficientes. Las secuelas de nuestra ancestral enfermedad autoritaria están vivas; representan, en conjunto, el malestar de nuestra cultura judicial¹².

Uno de los caminos para recomponer ese estado de cosas es el seguimiento y debido cumplimiento de las sentencias internacionales sobre derechos humanos, que permiten ir incorporando en nuestro país los estándares en la materia que progresivamente se han ido estableciendo en los últimos sesenta años, a partir de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, a manera de piedra fundacional de lo que hoy conocemos como el Derecho Internacional de los Derechos Humanos¹³.

2. HECHOS RELEVANTES

1. El 6 de noviembre de 2001 se encontraron los cuerpos de tres mujeres jóvenes en un campo algodnero.

2. El 2 de febrero de 2002, los peritos de campo emitieron un dictamen señalando que se trató de crímenes de índole sexual.

3. Los señores García y González fueron detenidos el 9 de noviembre de 2001. En sus declaraciones iniciales aceptaron haber cometido los crímenes y describieron la forma en que los realizaron. Sin embargo, el 12 de noviembre de 2001, en su declaración preparatoria manifestaron que la confesión que habían hecho se originaba en actos de tortura que habían recibido y en amenazas contra ellos y sus familiares.

4. El 5 de febrero de 2002, el abogado del señor González murió por disparos a manos de la policía judicial del Estado de Chihuahua, en circunstancias aún no aclaradas. Ese mismo día, según un informe de Amnistía Internacio-

futuro distinto para nuestros países. Parecía que los paradigmas tradicionales de nuestra región —el militarismo, la ortodoxia marxista, el estatismo, el populismo, las guerrillas— habían sido ya desplazadas al cajón —no diré al basurero— de la historia, y que la democracia y sus libertades advenían con el nuevo siglo. Por lo visto, fuimos demasiado optimistas. MVLL: Nada desmoraliza tanto a una opinión pública como comprobar que aquellos a quienes ha elegido en comicios libres para ocupar cargos públicos, utilizan esos cargos para traficar y enriquecerse. La corrupción, creo que ese es un factor que si no es encarado de una manera resuelta y radical, puede conducir al deterioro, incluso al desplome, de esas jóvenes democracias.

¹² I. REYES RUIZ, «Ensayo: justicia y reforma judicial», *Letras Libres*. núm. 136. año XII, abril de 2010.

¹³ Debe precisarse que la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* se adelantó por unos meses a la *Declaración Universal*, por lo que aquélla constituye en realidad el primer documento genérico de derechos humanos.

nal de 2003, la esposa del señor García fue amenazada por dos hombres no identificados. El 8 de febrero de 2003, el señor González falleció en el centro penitenciario donde se encontraba recluido, horas después de una intervención quirúrgica.

5. El 13 de octubre de 2004, el juez tercero penal del distrito judicial Bravos condenó al señor García a cincuenta años de prisión como responsable de los homicidios en el campo algodonerero. El 14 de julio de 2005, la Cuarta Sala del Supremo Tribunal de Justicia de Chihuahua revocó aquella decisión por falta de prueba en contra del señor García, al considerar que la detención de los inculcados fue arbitraria. En relación con este punto, cabe resaltar que la Comisión Nacional de los Derechos Humanos consideró que los detenidos fueron objeto de sufrimientos graves para que rindieran una confesión sobre un delito.

6. Luego de denunciar una serie de amenazas, intimidación y acoso por parte de policías judiciales, la familia de la joven Ramos obtuvo asilo de un juez estadounidense, quien constató que: «[...] en el transcurso de ocho años, la familia ha tenido que enfrentar actos de hostigamiento, amenazas y atentados en contra de sus vidas que llegaron al nivel de persecución. Cada miembro de la familia sufrió incidentes, llegando a ser una seria amenaza en contra de sus vidas y por tanto, ello constituiría acoso. Sin embargo, es claro que han sufrido acoso cuando se tiene en cuenta el efecto acumulativo de los años de intimidación, hostigamiento y ataques físicos».

7. En lo que respecta a la familia de la diversa joven Herrera, el 5 de abril de 2006, su madre declaró ante la Fiscalía que a su hijo, «[...] lo interceptaron en su vehículo, llegaron dos patrullas de la Policía Municipal y dos camionetas de la Policía Judicial, lo bajaron, lo golpearon y se llevaron su vehículo. Ocho meses después apareció el auto desmantelado en un terreno de la Policía Judicial [...]».

8. El 4 de noviembre de 2007, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión) presentó ante la Corte IDH, una demanda contra los Estados Unidos Mexicanos, por causa de los hechos anteriormente sintetizados.

3. LA LITIS

La litis del asunto ha tenido como materia los temas siguientes:

1. *Identificación de las víctimas.* El 19 de enero de 2009, la Corte IDH determinó que las presuntas víctimas del presente caso únicamente serían la joven Herrera y sus familiares (madre, hermanos y cuñada); la joven González y sus familiares (madre, hermanas, sobrinas y cuñado); así como la joven Ramos y familiares (madre, hermanos y sobrinos).

2. *Nombramiento del procurador general de la República.* Con respecto a la solicitud de los representantes de incluir en la litis el nombramiento del procurador de justicia del Estado de Chihuahua para encabezar la Procuraduría General de la República, la Corte IDH resaltó que su función es determinar la responsabilidad del Estado por las violaciones alegadas, y no la responsabilidad personal de funcionarios públicos, al estimar que esa tarea es exclusiva del Estado, por lo cual inadmitió dicha petición.

3. *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer*. De una interpretación sistemática, teleológica y a partir del principio del efecto útil, la Corte IDH resolvió que tiene competencia contenciosa para examinar posibles violaciones a dicho instrumento internacional (Convención Bélem do Pará), aunque exclusivamente respecto de su artículo 7.º (deber de prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer), en relación con el numeral 12 de dicho tratado.

4. *Insuficiencia del reconocimiento parcial de la responsabilidad internacional del Estado*. La Corte tomó en cuenta el reconocimiento parcial de responsabilidad por parte del Estado mexicano, y consideró que la controversia había cesado con respecto a los artículos 5.º1, 8.º1, 25.1 de la CADH, en perjuicio de los familiares de las víctimas, al haber sido aceptadas las violaciones por el Estado en la «primera etapa» de las investigaciones (2001 a 2003)¹⁴. Sin embargo, la Corte IDH consideró que todavía existía materia para un pronunciamiento contencioso.

5. *Litis de fondo*. La Corte IDH reconoció la materia de la controversia en torno a los artículos 4.º (derecho a la vida), 5.º (derecho a la integridad personal, prohibición de tratos degradantes), 7.º (derecho a la libertad personal), 11 (protección de la honra y dignidad) y 19 (derechos del niño), en relación con los artículos 1.º1 (obligación de respetar los derechos sin discriminación alguna) y 2 (deber de adoptar disposiciones de Derecho interno) de la CADH; a la luz, además, del artículo 7.º de la Convención Belém do Pará (deber de prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer); así como en torno a la alegada violación a los artículos 8.º1 (garantías judiciales) y 25.1 (protección judicial) de la CADH, centralmente respecto a la «segunda etapa» de las investigaciones (2004 a 2009), por hechos distintos a los reconocidos por el Estado.

4. LA SENTENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

A) Homicidio de mujeres por razón de género, violación al deber de no discriminación del artículo 1.º1 de la CADH

En relación con la cuestión consistente en si la muerte de las víctimas puede o no calificarse como homicidio por razón de género, la Corte IDH tomó en consideración, en primer lugar, el reconocimiento del Estado con respecto a la situación de violencia contra la mujer en Ciudad Juárez, así como su señalamiento en el sentido de que los homicidios de mujeres en esa ciudad fronteriza se encuentran influenciados por una cultura de discriminación contra la mujer; en segundo término, los informes de la Relatoría de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, del Comité para la Eliminación de la Discriminación

¹⁴ «27. En lo que se refiere a los hechos, la Corte observa que el Estado admitió, en términos generales, los hechos de contexto relativos a la violencia contra las mujeres en Ciudad Juárez, particularmente los homicidios que se han registrado desde el inicio de los años noventa, así como los hechos referentes a lo que el Estado denomina “primera etapa” de las investigaciones de los crímenes perpetrados en contra de las tres víctimas, que abarca el periodo 2001 a 2003. Además, México aceptó los hechos relativos a la afectación de la integridad psíquica y dignidad de los familiares de las tres víctimas».

contra la Mujer de las Naciones Unidas y de Amnistía Internacional, que señalaron que muchos de los homicidios de mujeres en Ciudad Juárez son manifestaciones de violencia basada en género; y, en tercer lugar, que las tres víctimas de este caso eran mujeres jóvenes, de escasos recursos, trabajadoras o estudiantes, como muchas de las víctimas de los homicidios en esa ciudad, quienes fueron secuestradas, hechas desaparecer y arrojadas en un campo algodonero, con graves agresiones físicas y muy probablemente violencia sexual antes de su muerte.

De otro lado, la Corte IDH destacó que al momento de investigar dicha violencia, ha quedado establecido que algunas autoridades mencionaron que las víctimas eran «violadas» o que «se fueron con el novio», lo cual, sumado a la inacción estatal en el comienzo de la investigación, permitió concluir que esa indiferencia, por sus consecuencias respecto a la impunidad del caso, reproduce la violencia que se pretende atacar, sin perjuicio de que constituye en sí misma una discriminación en el derecho de acceso a la justicia. Para el Tribunal, la impunidad de los delitos cometidos envía el mensaje de que la violencia contra la mujer es tolerada, lo que favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad en las mujeres, así como una persistente desconfianza de éstas hacia el sistema de administración de justicia.

Con base en tales premisas, la Corte determinó que las tres jóvenes fueron víctimas de violencia contra la mujer según la CADH y la Convención Belém do Pará, de manera que los homicidios de las víctimas fueron por razones de género. Así, el Tribunal consideró que la violencia contra la mujer constituyó una forma de discriminación y declaró que el Estado violó, entre otros derechos, el deber de no discriminación contenido en el artículo 1.º de la CADH, en perjuicio de las tres jóvenes fallecidas.

B) Violación al deber de garantía a los artículos 4.º (derecho a la vida), 5.º (derecho a la integridad personal), 7.º (derecho a la libertad personal) de la CADH, en relación con el artículo 7.º de la Convención Belém do Pará (deber de prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer)

La Corte IDH se planteó establecer si el Estado previno adecuadamente la desaparición, vejaciones y muerte sufridas por las tres víctimas; es decir, si el Estado mexicano cumplió con el deber de garantía a los artículos 4.º (derecho a la vida), 5.º (derecho a la integridad personal), 7.º (derecho a la libertad personal) de la CADH, en relación con el artículo 7.º de la Convención Belém do Pará (deber de prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer), que complementa el *corpus iuris* internacional en materia de prevención y sanción de la violencia contra la mujer. Al respecto, la Corte IDH estimó que existen dos momentos clave en los que el deber de prevención debe ser analizado:

a) Primer momento (antes de la desaparición de las víctimas)

La Corte IDH consideró que, en principio, la falta de prevención de la desaparición no conlleva *per se* la responsabilidad internacional del Estado porque, a pesar de que éste tenía conocimiento de una situación de riesgo para las muje-

res en Ciudad Juárez, no se demostró que tenía conocimiento de un riesgo real e inmediato para las víctimas de este caso. Sin embargo, la Corte IDH determinó que el contexto del asunto y las obligaciones internacionales a cargo del Estado, le imponían una *responsabilidad reforzada* con respecto a la protección de mujeres en Ciudad Juárez, quienes se encontraban en una situación de vulnerabilidad, especialmente las jóvenes y humildes. A ese respecto, la Corte IDH destacó la ausencia de una política general que se hubiera iniciado por lo menos en 1998 (cuando la Comisión Nacional de Derechos Humanos advirtiera del patrón de violencia contra la mujer en Ciudad Juárez), lo cual la llevó a concluir que ello constituye una falta del Estado al deber de cumplir con la obligación de prevención de violaciones a los derechos humanos.

b) Segundo momento (antes del hallazgo de los cuerpos)

La Corte IDH consideró que el Estado, dado el contexto del caso, tuvo conocimiento de que existía un riesgo real e inmediato de que las víctimas fueran agredidas sexualmente, sometidas a vejaciones y asesinadas. Consideró que, ante tal contexto, surgió un *deber de debida diligencia estricta frente a denuncias de desaparición de mujeres*, respecto a su búsqueda durante las primeras horas y los primeros días. Esa obligación de medio, al ser más estricta, exigía la *realización exhaustiva de actividades de búsqueda oportuna*. En particular, la Corte apuntó que resultaba imprescindible la actuación pronta e inmediata de las autoridades policiales, fiscales y judiciales ordenando medidas oportunas y necesarias dirigidas a la determinación del paradero de las víctimas o el lugar donde pudieran encontrarse privadas de libertad. A esos efectos, la Corte IDH estimó que deben existir procedimientos adecuados para las denuncias de ese tipo, en ese contexto, y que éstas conlleven una investigación efectiva desde las primeras horas. Para el Tribunal, las autoridades deben presumir que la persona desaparecida está privada de libertad y sigue con vida hasta que se ponga fin a la incertidumbre sobre la suerte que ha corrido.

En la sentencia se concluyó que México no demostró haber adoptado las medidas razonables, conforme a las circunstancias que rodeaban a los casos, para encontrar a las víctimas con vida, tomando en cuenta que: i) el Estado no actuó con prontitud dentro de las primeras horas y días luego de las denuncias de desaparición, dejando perder horas valiosas; ii) en el periodo entre las denuncias y el hallazgo de los cuerpos de las víctimas, el Estado se limitó a realizar formalidades y a tomar declaraciones que, aunque importantes, perdieron su valor una vez que éstas no repercutieron en acciones de búsqueda específicas, y iii) las actitudes y declaraciones de los funcionarios hacia los familiares de las víctimas daban a entender que las denuncias de desaparición no debían ser tratadas con urgencia e inmediatez.

En razón de lo expuesto, el Tribunal determinó que el Estado violó los derechos a la vida, integridad personal y libertad personal reconocidos en los artículos 4.º1, 5.º1, 5.º2 y 7.º1 de la CADH, en relación con la obligación general de garantía contemplada en el artículo 1.º1 y la obligación de adoptar disposiciones de Derecho interno contemplada en el artículo 2.º de la misma, así como con las obligaciones contempladas en el artículo 7.ºb) y 7.ºc) de la Convención Belém do

Pará (deber de prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer), en perjuicio de las tres jóvenes afectadas.

C) Violación a los artículos 8.º1 (garantías judiciales) y 25.1 (protección judicial) de la CADH, ante el incumplimiento del deber de investigar efectivamente los hechos denunciados

La Corte IDH constató que el procedimiento nacional relacionado con la investigación de la muerte de las jóvenes mujeres presentaba, centralmente, los vicios siguientes: i) irregularidades en la custodia de la escena del crimen, recolección y manejo de evidencias, elaboración de las autopsias, identificación y entrega de los restos de las víctimas; ii) fabricación de culpables, que propició que no se continuaran agotando otras líneas de investigación y falta de credibilidad en las autoridades investigadoras, pérdida de indicios y pruebas por el simple transcurso del tiempo, lo cual dio lugar al reinicio de la investigación cuatro años después de ocurridos los hechos; iii) demora injustificada e inexistencia de avances en las investigaciones, máxime que han transcurrido ocho años desde que sucedieron los hechos sin que la averiguación pase de su fase preliminar; iv) fragmentación inadecuada de las investigaciones, ya que el Ministerio Público decidió desglosar todas las actuaciones procesales en un legajo destinado a cada una de las ocho víctimas halladas en el campo algodonerero, sin considerar que los hechos se enmarcan dentro de un contexto de violencia contra la mujer, y v) falta de sanción a los funcionarios públicos involucrados con actuaciones irregulares, lo que contribuye a la impunidad y propicia la repetición crónica de las violaciones de los derechos humanos de que se trata; todo lo cual, a juicio de la Corte IDH, produjo la vulneración del derecho de acceso a la justicia, a una protección judicial eficaz, así como al derecho de los familiares y de la sociedad a conocer la verdad de lo ocurrido.

D) Violación al artículo 19 CADH (derechos de las niñas)

La Comisión alegó que el Estado tenía un *deber reforzado* de proteger los derechos humanos de las tres jóvenes por dos factores: por su minoría de edad y por la obligación de adoptar medidas especiales de cuidado, prevención y garantía. Para los representantes, las niñas Herrera y Ramos fueron asesinadas ocho años después de que se tuviera registro de los primeros homicidios de niñas y mujeres en Ciudad Juárez. A su juicio, el Estado tenía la obligación de adoptar medidas especiales de protección para garantizar su vida, libertad e integridad personales, para asegurar el pleno goce de los derechos fundamentales de la niñez.

La Corte IDH resaltó que de la prueba aportada por el Estado no consta que, en el caso concreto, haya implementado medidas efectivas para iniciar una pronta búsqueda de las víctimas, activar todos los recursos para movilizar a las diferentes instituciones y desplegar mecanismos internos para obtener información que permitiera localizar a las niñas con rapidez y, una vez encontrados los cuerpos, realizar las investigaciones, procesar y sancionar a los responsables de forma eficaz y expedita. En definitiva, el Estado no acreditó tener mecanismos de reacción efectiva ni políticas públicas que dotaran a las instituciones involu-

cradas de los medios necesarios para garantizar los derechos de las niñas. Consecuentemente, el Tribunal determinó que el Estado violó el derecho consagrado en el artículo 19 de la Convención (derecho de las niñas a medidas estatales de protección que su condición de vulnerabilidad requiere), en relación con los artículos 1.º y 2.º de dicho tratado internacional.

E) Violación al artículo 5.º de la CADH (tratos degradantes y derecho a la integridad personal de los familiares de las víctimas)

La Corte IDH declaró que hubo violación al derecho a la integridad personal, en dos vertientes:

a) *Por causa del sufrimiento de los familiares por lo ocurrido con las víctimas y por la ausencia de búsqueda de la verdad*

El Tribunal encontró que tras la desaparición de las tres víctimas, sus parientes tuvieron que emprender diferentes actuaciones para buscar a las desaparecidas ante la inactividad de las autoridades, siendo que estas últimas emitían juicios reprochables en contra de las jóvenes, causando con ello sufrimiento a los familiares. Asimismo, en la sentencia se observó que los familiares sufrieron en su salud mental y emocional por la falta de diligencia en la determinación de la identidad de los restos encontrados y la ausencia de información sobre las actuaciones realizadas por parte de las autoridades. En tal sentido, la Corte concluyó que la violación de la integridad personal de los familiares de las víctimas se ha configurado por las circunstancias sufridas durante todo el proceso desde que las jóvenes desaparecieron, así como por el contexto general en el que ocurrieron los hechos, lo que *configura un trato degradante*, contrario al artículo 5.º y 5.º de la CADH, en relación con el artículo 1.º, en perjuicio de los familiares de las víctimas.

b) *Por causa de las amenazas, intimidación y hostigamientos sufridos por los familiares*

La Corte IDH constató la existencia de amenazas, intimidación y hostigamientos sufridos por los familiares, sin que constara objeción específica por parte del Estado en contra de esos hechos alegados, lo que configuró una violación al derecho a la integridad personal consagrado en el artículo 5.º y 5.º de la CADH, en relación con el artículo 1.º de la misma, en perjuicio de los mencionados familiares de las víctimas.

F) Desestimación del planteamiento de violación al deber de respeto a los artículos 4.º (derecho a la vida), 5.º (derecho a la integridad personal), 7.º (derecho a la libertad personal) de la CADH, imputada directamente a agentes estatales

El Estado negó que hubiera responsabilidad de agentes públicos en los homicidios de las víctimas. Tanto la Comisión como los representantes hicieron

ron alusión a la posible participación de agentes estatales sin proporcionar prueba al respecto. La Corte IDH determinó que el hecho de que la impunidad en el presente caso impida conocer si los perpetradores son agentes estatales o particulares actuando con su apoyo y tolerancia, no puede llevar a presumir que sí lo fueron y condenar automáticamente al Estado por incumplimiento al deber de respeto de tales derechos. Por tanto, la Corte IDH concluyó que no se puede atribuir al Estado responsabilidad internacional por violaciones a los *derechos sustantivos* consagrados en los artículos 4.º (derecho a la vida), 5.º (derecho a la integridad personal) y 7.º (derecho a la libertad personal) de la CADH.

G) Improcedencia de las alegaciones relacionadas con el derecho de protección a la honra y a la dignidad de la persona

El artículo 11 de la CADH reconoce que toda persona tiene derecho al respeto a su honor, prohíbe todo ataque ilegal contra la honra y reputación e impone a los Estados el deber de brindar la protección de la ley contra tales ataques. En términos generales, el derecho a la honra se relaciona con la estima y valía propia, mientras que la reputación se refiere a la opinión que otros tienen de una persona. El Tribunal señaló que los alegatos relacionados con la supuesta violación del artículo 11 de la CADH en perjuicio de las víctimas y sus madres se refieren a hechos concernientes al trato que sufrieron como consecuencia de la búsqueda de las jóvenes desaparecidas y el posterior reclamo de justicia. Las consecuencias jurídicas de dichos hechos, como ya se expuso, fueron encuadradas en relación con el artículo 5.º de la CADH, por lo que el Tribunal estimó improcedente declarar una violación al artículo 11 convencional.

5. LOS VOTOS CONCURRENTES

Se emitieron dos votos concurrentes por parte de los jueces Sergio García-Sayán (Perú) y Cecilia Medina Quiroga (Chile). En realidad, el primero no discrepa en absoluto con las consideraciones adoptadas en el fallo, sino simplemente resalta la importancia de reiterar lo establecido en otros precedentes para establecer los componentes específicos del deber de prevención, lo cual contribuye a que no se diluyan los criterios para determinar la responsabilidad internacional del Estado, que eventualmente pudiera confundirse con el crimen común. Esta consideración la estima fundamental el juez García-Sayán, para que la violación a derechos humanos o la responsabilidad internacional no lleguen a confundirse con hechos graves pero jurídicamente diferentes y distinguibles como la actividad criminal de individuos, sin que ello represente «una responsabilidad ilimitada de los Estados frente a cualquier acto o hecho de particulares», toda vez que las medidas de prevención (fuera de los casos especiales en los que el Estado tenga una posición especial de garante) tienen los componentes que la jurisprudencia de la Corte IDH ha desarrollado y que se reiteran en esta sentencia, a saber: 1) el conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato; 2) un individuo o grupo de individuos determinado, y 3) posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo.

A su vez, la jueza Medina Quiroga, ponente del presente caso, difiere de la mayoría de los jueces al considerar que debió de determinarse la violación al artículo 5.º2 de la CADH debido a que las acciones perpetradas en contra de las víctimas debieron ser a su entender calificadas como «tortura», ya que ésta como los «tratos crueles, inhumanos o degradantes» constituyen violaciones de un derecho humano y todos esos actos se regulan prácticamente de la misma manera, señalando cómo en otros casos la propia Corte IDH, ante la severidad de los actos, los ha calificado como de tortura. Incluso se refiere a la consideración del Tribunal de Estrasburgo de considerar como tortura «un trato inhumano que causa sufrimiento muy serio y cruel» (*Caso Irlanda vs. Reino Unido*), entre otros precedentes internacionales que también cita. Concluye la jueza que debió la Corte IDH establecer que el Estado mexicano resultaba responsable por la tortura a que fueron sometidas las tres víctimas, siguiendo los precedentes de órganos de supervisión internacionales relativo a la responsabilidad internacional del Estado «por actos de tortura cometidos por agentes no estatales».

6. PRINCIPALES APORTACIONES DEL CASO A LOS DERECHOS HUMANOS: LA NECESIDAD DE ACTUALIZAR LA JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA

De la sentencia dictada en el *Caso Campo Algodonero* pueden desprenderse una serie de aportaciones que tienden a reforzar la protección de los derechos humanos reconocidos en el Pacto de San José, toda vez que dichas consideraciones podrían operar como jurisprudencia vinculante para los Estados que han aceptado la CADH o cuando menos para quienes han reconocido la jurisdicción de la Corte IDH¹⁵. Las aportaciones se identifican con los temas siguientes:

A) Interpretación de las normas internacionales sobre derechos humanos

La interpretación de las normas constitucionales sobre derechos humanos presenta dificultades derivadas de la estructura normativa y del contenido de sus preceptos (principios y reglas; conceptos jurídicos indeterminados), considerando su apertura a la moral y su referencia a una realidad dinámica¹⁶. Los catálogos de derechos fundamentales suelen constituir la obra jurídica con la menor densidad regulativa¹⁷, que posibilita, finalmente, un diálogo intergenera-

¹⁵ Sobre el valor de la jurisprudencia de la Corte IDH, *vid.* E. FERRER MAC-GREGOR, «El control difuso de convencionalidad en un Estado constitucional», en H. FIX-ZAMUDIO y D. VALADÉS, *Formación y perspectiva del Estado mexicano*, México, El Colegio Nacional-UNAM, 2010, pp. 151-188; asimismo, del mismo autor, «La Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete constitucional (Dimensión Transnacional del Derecho procesal constitucional)», en E. FERRER MAC-GREGOR (coord.), *Derecho procesal constitucional*, t. II, 5.ª ed., México, Porrúa, 2006, pp. 1571-1611.

¹⁶ R. DWORKIN, *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Massachusetts, Harvard University Press, 1999, pp. 72-74. Así, los nuevos debates jurídicos en que el Derecho y la moral son difícilmente desligables. *Vid.*, por ejemplo, R. VÁZQUEZ (comp.), *Bioética y Derecho. Fundamento y problemas actuales*. México, FCE, 2004.

¹⁷ R. ALEXANDER, *Teoría de los...*, *op. cit.*, p. 22.

cional sobre los principios materiales evolutivos que le dan sustento a lo largo del tiempo, todo ello en una realidad social cambiante¹⁸. En tal sentido, se ha dicho que la positivación de los derechos fundamentales constituye una apertura del sistema jurídico al orden moral; apertura que es razonable y que puede ser llevada a cabo con medios racionales¹⁹. Al respecto, se ha dicho que el juez, en su operación de interpretación, no va a «descubrir» el sentido y significado encubierto de las normas sobre derechos fundamentales, sino, antes al contrario, va a «atribuir» un cierto sentido y significado al estar optando entre uno de los diversos sentidos lógicamente posibles, lo que no necesariamente genera arbitrariedad pretoriana, dado el marco normativo conceptual de posibilidad lógico jurídica dentro del cual el juzgador debe elegir²⁰.

De ello deriva que la interpretación de los derechos fundamentales implique, más que la decisión de casos concretos, la *emisión de criterios generales de validez*²¹, lo que resulta especialmente claro cuando las normas sobre derechos y libertades presentan la capacidad para ser interpretadas de manera expansiva, puesto que, en ese supuesto, inclusive llegan a dar lugar a una multiplicidad de derechos (más o menos novedosos) dimanantes del derecho fundamental establecido genéricamente en el texto constitucional²².

A pesar de ello, la Suprema Corte de Justicia de la Nación y la mayor parte de los tribunales mexicanos han pensado que bien pueden interpretarse los derechos humanos con la misma metodología aplicable al interpretar las leyes ordinarias. En efecto, en el terreno judicial se ha considerado que la apertura de las normas constitucionales no es cualitativamente distinta de la que se puede encontrar en las leyes. Se ha admitido que hay diferencias entre ambas normas, pero de carácter específico, no de género. El presupuesto básico de este método es afirmar la identidad entre Constitución y ley. La consecuencia ha sido el sometimiento de la Constitución a los mismos cánones interpretativos de la ley acuñados por la hermenéutica clásica, es decir, la concepción de la interpretación literal o gramatical como método preferente, dejando como aproximaciones secundarias los métodos histórico, lógico-sistemático, teleológico o finalista. La

¹⁸ «[...] *The framers of the Constitution wisely spoke in general language and left the succeeding generations the task of applying that language to the unceasingly changing environment in which they would live [...]*». L. H. TRIBE *et al.*, *On Reading the...*, *op. cit.*, p. 13. W. RENQUIST, «The Notion of a Living Constitution», *Texas Law Review*, 54, 1976, pp. 693-694.

¹⁹ R. ALEXY, *Teoría de los...*, *op. cit.*, p. 25.

²⁰ A. GÓMEZ ROBLEDO VERDUZCO, *Derechos humanos en el sistema interamericano*, México, Porrúa-UNAM, 2000, p. 103.

²¹ J. N. SILVA MEZA y F. SILVA GARCÍA, *Derechos fundamentales. Bases para la reconstrucción de la jurisprudencia mexicana*, México, Porrúa, 2009.

²² Por ejemplo, en el *Caso Griswold vs. Connecticut* (1965), la Corte Suprema de EUA enjuició una ley que prohibía la utilización de anticonceptivos a través de una penalización de multa o prisión. A esos efectos, el tribunal desprendió de la I, IX y XIV enmiendas, principalmente, un derecho de privacidad (implícito) en el ámbito de las decisiones personales y/o matrimoniales de los individuos. Ese primer paso del control judicial implicó una asignación de contenido a la Constitución norteamericana, lo que derivó la precisión de una norma constitucional —novedosa— muy concreta, que podría describirse de la siguiente forma: *los particulares tienen un derecho fundamental de privacidad en el ámbito de las decisiones personales y/o matrimoniales relacionadas con la concepción*. Esa sentencia ha puesto de manifiesto la importancia de la interpretación constitucional realizada por las Cortes Supremas o equivalentes. Lo que dio lugar al cuestionamiento de si es válido o no reconocer la existencia de derechos fundamentales no enumerados en una Constitución.

Suprema Corte ha llegado a establecer jurisprudencialmente ese entendimiento, según se desprende de los siguientes criterios:

«Interpretación de la ley. Las leyes deben ser interpretadas en los casos en que su sentido es obscuro, lo que obliga al juzgador a desentrañar su significado haciendo uso de los distintos sistemas de interpretación que la doctrina ha elaborado, pero no es procedente pretender que deban interpretarse aquellas normas cuyo sentido es absolutamente claro, pues a ello se opone la garantía establecida en el cuarto párrafo del artículo 14 constitucional, que manda que las sentencias deben ser conforme a la letra de la ley, ya que lo contrario lleva al juzgador a desempeñar el papel de legislador creando nuevas normas a pretexto de interpretar las existentes, lo que carece de todo fundamento legal (quinta época, Instancia: Cuarta Sala. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, t. CXXVI, p. 73. Amparo directo 6230/54. Jefe del Departamento del Distrito Federal, 5 de octubre de 1955. Unanimidad de cinco votos. Ponente: Arturo Martínez Adame)».

«Interpretación de la Constitución. Ante la oscuridad o insuficiencia de su letra debe acudir a los mecanismos que permitan conocer los valores o instituciones que se pretendieron salvaguardar por el constituyente o el poder revisor. El propio artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos autoriza, frente a la insuficiencia u oscuridad de la letra de la ley, utilizar mecanismos de interpretación jurídica. Al desentrañar el sentido y alcance de un mandato constitucional deben privilegiarse aquellos que permitan conocer los valores o instituciones que se quisieron salvaguardar por el Constituyente o el Poder Revisor. Así, el método genético-teleológico permite, al analizar la exposición de motivos de determinada iniciativa de reforma constitucional, los dictámenes de las Comisiones del Congreso de la Unión y el propio debate, descubrir las causas que generaron determinada enmienda al Código Político, así como la finalidad de su inclusión, lo que constituye un método que puede utilizarse al analizar un artículo de la Constitución, ya que en ella se cristalizan los más altos principios y valores de la vida democrática y republicana reconocidos en nuestro sistema jurídico (novena época, Instancia: Pleno. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. VII, abril de 1998, Tesis: P. XXVIII/98, p. 117. Amparo en revisión 2639/96. Fernando Arreola Vega. 27 de enero de 1998. Unanimidad de nueve votos en relación con el criterio contenido en esta tesis. Ausentes: Juventino V. Castro y Castro y Humberto Román Palacios. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretario: Ariel Alberto Rojas Caballero)».

«Interpretación histórica tradicional e histórica progresiva de la Constitución. Para fijar el justo alcance de una disposición contenida en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ante la insuficiencia de elementos que derivan de su análisis literal, sistemático, causal y teleológico, es factible acudir tanto a su interpretación histórica tradicional como histórica progresiva. En la primera de ellas, con el fin de averiguar los propósitos que tuvo el Constituyente para establecer una determinada norma constitucional, resulta necesario analizar los antecedentes legislativos que reflejan con mayor claridad en qué términos se reguló anteriormente una situación análoga y cuál fue el objeto de tales disposiciones, dado que por lo regular existe una conexión entre la ley vigente y la anterior; máxime, si a través de los diversos métodos de interpretación del precepto constitucional en estudio se advierte que fue intención de su creador plasmar en él un principio regulado en una disposición antes vigente, pues en tales circunstancias, la verdadera intención del Constituyente se puede ubicar en el mantenimiento del criterio que se sostenía en el ayer, ya que todo aquello que la nueva regulación no varía o suprime de lo que entonces era dado, conlleva la voluntad de mantener su vigencia. Ahora bien, de resultar insuficientes los elementos que derivan de esta interpretación, será posible acudir a la diversa histórica progresiva, para lo cual deben tomarse en cuenta tanto las condiciones y necesidades existentes al momento de la sanción del precepto consti-

tucional, como las que se advierten al llevar a cabo su interpretación y aplicación, ya que toda Norma Fundamental constituye un instrumento permanente de gobierno, cuyos preceptos aseguran la estabilidad y certeza necesarias para la existencia del Estado y del orden jurídico; por tanto, ante un precepto constitucional que por su redacción permite la adecuación de su sentido a determinadas circunstancias, ya sean jurídicas, o de otra índole, para fijar su alcance, sin imprimirle un cambio sustancial, debe atenderse precisamente a la estabilidad o modificación que han sufrido esas circunstancias, sin que con ello sea válido desconocer o desnaturalizar los propósitos que llevaron al Constituyente a establecer la disposición en estudio (novena época, Instancia: Pleno. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XI, junio de 2000. Tesis: P/J 61/2000, p. 13. Amparo en revisión 2301/98. Justo Andrés Medina Escobedo, 28 de septiembre de 1999. Unanimidad de nueve votos. Ausentes: Mariano Azuela Güitrón y José Vicente Aguinaco Alemán. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretario: José Carlos Rodríguez Navarro. Amparo en revisión 2295/98. César Daniel Ruiz Vera, 28 de septiembre de 1999. Unanimidad de nueve votos. Ausentes: Mariano Azuela Güitrón y José Vicente Aguinaco Alemán. Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Secretario: Rafael Coello Cetina. Amparo en revisión 536/99. Rosaura Hernández Vargas, 28 de septiembre de 1999. Unanimidad de nueve votos. Ausentes: Mariano Azuela Güitrón y José Vicente Aguinaco Alemán. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Mariana Mureddu Gilabert. Amparo en revisión 1323/98. Luis Alberto Muy Ceballos, 28 de septiembre de 1999. Unanimidad de nueve votos. Ausentes: Mariano Azuela Güitrón y José Vicente Aguinaco Alemán. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Teresa Ramos Hernández. Amparo en revisión 690/99. Edgardo Medina Durán, 28 de septiembre de 1999. Unanimidad de nueve votos. Ausentes: Mariano Azuela Güitrón y José Vicente Aguinaco Alemán. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretaria: María del Socorro Olivares de Fabela)».

Al parecer, lo correcto para los tribunales del Estado mexicano sería abandonar ese camino, para acoger el diseñado por la Corte IDH en el *Caso Campo Algodonero*. Para este tribunal supranacional, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se compone tanto de un conjunto de reglas, como de una serie de valores que dichas reglas pretenden desarrollar; lo que conduce a establecer que su interpretación se debe desarrollar a partir de un modelo basado en los valores que el sistema interamericano pretende resguardar, desde el «mejor ángulo» para la protección de la persona²³. Siguiendo ese orden de ideas, aunque el texto de una norma sobre derechos humanos parezca literalmente claro, es necesario analizarlo aplicando otros métodos interpretativos, de manera que, para el Tribunal interamericano, el «sentido corriente» de los términos no puede ser una regla por sí misma, sino que debe involucrarse dentro del contexto y, en especial, dentro del objeto y fin del tratado, de forma que la interpretación de manera alguna debilite el sistema de protección consagrado en la Convención, lo que puede propiciarse mediante la aplicación de los métodos siguientes: i) *interpretación sistemática*, según el cual, las normas deben ser interpretadas como parte de un todo cuyo significado y alcance deben fijarse en función del sistema jurídico al que pertenecen; ii) *interpretación teleológica*, que busca analizar el propósito de las normas involucradas, para lo cual es pertinente analizar el objeto y fin del tratado y, de ser necesario, examinar los propósitos del sistema regional

²³ Vid. el interesante y extenso «Prologue» a la obra de L. BURGORGUE-LARSEN y A. ÚBEDA DE TORRES, *Les grandes décisions de la Cour Interamericaine des Droits de l'Homme*, Bruylant, Bruselas, 2008, pp. XII-LXXXVIII.

de protección; iii) *principio de efecto útil (efect utile)*, que precisa tener presente la especificidad de los tratados de derechos humanos, cuyo objetivo tiene que ver con la creación de un orden legal en el cual los Estados asumen obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción; además de que estos tratados se aplican de conformidad con la noción de garantía colectiva; y, por último, es posible acudir a los iv) *trabajos preparatorios* de las normas sobre derechos humanos, aunque sólo en forma subsidiaria ante la insuficiencia de los métodos interpretativos antes enunciados²⁴.

Esta aportación de la sentencia *Campo Algodonero*, contenida en otros pronunciamientos anteriores de la Corte IDH, es de vital importancia para ser acogida por jueces y tribunales del Estado mexicano, e incluso por la Suprema Corte de Justicia, ya que dicha metodología interpretativa podría influir en el sentido de muchos de sus fallos, lo que propiciaría seguramente que los derechos fundamentales se ubicarán en una mejor posición en beneficio de los justiciables²⁵.

B) Prohibición de discriminación y violencia contra la mujer

A diferencia de los alcances que la Corte IDH ha otorgado a la prohibición de discriminación y de violencia contra la mujer, la jurisprudencia de la Suprema Corte todavía no ha evolucionado en el sentido de interpretar que ese derecho fundamental supone deberes y exigencias reforzadas para los jueces y las autoridades del Estado mexicano. Por ejemplo, en el *Caso Lydia Cacho*²⁶ resuelto el 29 de noviembre de 2007, por mayoría de votos²⁷, el Pleno de ese tribunal se encargó de reducir al máximo la eficacia de los derechos de la mujer periodista frente al gobernador del Estado de Puebla que la sujetó a una investigación y a una detención dudosamente constitucional por haber publicado un libro sobre pornografía infantil que implicaba a diversos políticos y empresarios²⁸. En tal sentido, en la resolución de la mayoría se utilizan criterios sumamente estrechos en la valoración de las pruebas (fragmentación de los medios de convicción, que vistos de manera aislada, uno a uno, nada tienden a demostrar), así como en la

²⁴ Cfr. el trabajo de J. L. CABALLERO, «El Derecho internacional en la integración constitucional. Elementos para una hermenéutica de los derechos fundamentales», *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa, núm. 26, julio-diciembre de 2006, pp. 79-106; así como M. A. NÚÑEZ POBLETE, «La función del Derecho internacional de los derechos de la persona en la argumentación de la jurisprudencia constitucional: práctica y principios metodológicos», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, núm. 32, 2009, pp. 487-529.

²⁵ En general, sobre los métodos y técnicas actuales de interpretación constitucional, *vid.* los trabajos contenidos en la obra de E. FERRER MAC-GREGOR (coord.), *Interpretación constitucional*, México, Porrúa-UNAM, 2 tomos, 2005.

²⁶ Dictamen que valora la investigación constitucional realizada por la comisión designada en el expediente 2/2006, integrado con motivo de las solicitudes formuladas por las Cámaras de Diputados y de Senadores del Congreso de la Unión, para investigar violaciones graves de garantías individuales.

²⁷ El voto disidente de los ministros Góngora Pimentel, Cossío Díaz, Gudiño Pelayo y Silva Meza, se publicó en *Las costumbres del poder: El Caso Lydia Cacho*, México, Porrúa, 2009.

²⁸ *Los demonios del Edén* es un libro publicado en 2005 por la periodista mexicana L. CACHO que trata el problema de la pornografía y la prostitución infantil. CACHO investiga, revela testimonios y da nombres de algunos responsables, de encumbrados promotores y poderosos protectores de una gran red de corrupción y explotación infantil que se encuentran tanto dentro de la industria como de la política de México.

definición del concepto «violación grave de garantías individuales». En efecto, en dicha resolución, la mayoría estimó, entre otras cuestiones, que:

«Ahora bien, consideradas de manera individual, las pruebas existentes no acreditan más que aquellos hechos o actos de los que constituyen constancia documental o audiovisual específica, es decir, de ellas se desprende la existencia fáctica de la denuncia presentada en contra de la C. Lydia María Cacho Ribeiro por la probable comisión de los delitos de difamación y calumnias, el desahogo de la correspondiente averiguación previa; la consignación ante un juez penal del asunto, la existencia de procedimientos y mecanismos de colaboración entre las Procuradurías del Justicia de los Estados de Quintana Roo y Puebla, así como las condiciones materiales en las cuales se desarrolló el traslado de la periodista Lydia María Cacho Ribeiro una vez cumplimentada la orden de aprehensión librada por la juez de la causa.

Dichas condiciones materiales, así como la presencia de personas y vehículos ajenos a los agentes de las Procuradurías estatales involucradas en el cumplimiento de la orden de aprehensión, permiten advertir la incomodidad física y muy probablemente psicológica o anímica que provocaron en la periodista Cacho Ribeiro, situación análoga a la que se produciría en cualquier persona no acostumbrada a ello, pero que al no demostrar un concierto de autoridades de los Poderes Judicial y Ejecutivo del Estado de Puebla con el objeto de vulnerar sus derechos fundamentales, no suponen, por sí solas, la existencia de graves violaciones a las garantías individuales en términos del artículo 97 constitucional.

Igualmente, es posible tener por acreditado el ingreso al Centro de Readaptación Social del Estado de Puebla de la periodista, así como el trámite dado a su recurso de apelación contra la orden de aprehensión respectiva, trámite que, ciertamente, aparece efectuado de manera poco ortodoxa, y la resolución dictada en éste, mediante la cual se modificó el auto de prisión dictado.

[...]

Asimismo, los registros de las comunicaciones privadas proporcionados por las compañías prestadoras del servicio, las mismas que este Tribunal Pleno consideró admisibles en la medida en que no constituyen intervenciones a las comunicaciones privadas, simplemente permiten tener por demostrado que de un cierto número telefónico se realizaron llamadas a otro, en una fecha específica y con una duración determinada, sin que en ningún momento se hubiera tenido conocimiento del contenido de estas llamadas o, siquiera, de la identidad de las personas que utilizaron el aparato telefónico.

En este sentido, lo único que resulta factible tener por acreditado es la utilización del servicio telefónico prestado por ciertas compañías, por un tiempo determinado, así como la evidencia de un flujo permanente de comunicación entre los órganos de gobierno que integran la administración pública del Estado de Puebla, y entre dependencias de los Poderes locales, comunicaciones que encuentran una explicación lógica en el tráfico y funcionamiento normal del aparato público en cualquier entidad federativa o, ciertamente, resultan datos insuficientes para denotar la existencia de un concierto de autoridades de los Poderes Ejecutivo y Judicial del Estado de Puebla con el objeto de vulnerar los derechos fundamentales de Lydia María Cacho Ribeiro.

Por otra parte, este Alto Tribunal considera conveniente hacer notar que, en el caso concreto, para determinar la existencia del posible concierto de autoridades supuestamente auspiciado por el propio gobernador de Puebla, que pudiera constituir una grave violación a las garantías individuales de conformidad con el artículo 97 constitucional, tampoco es factible acudir a la prueba presuncional o circunstancial cuya construcción pudiera estimarse posible a partir de los medios de convicción que obran en autos, considerados no de manera individual, sino como indicios.

[...]

En ese mismo tenor, tampoco es posible inferir, de manera indubitable, que el flujo de llamadas entre diversas dependencias obedezca necesariamente a la intención del gobernador y demás servidores públicos de ponerse de acuerdo para utilizar el aparato del Estado con fines de venganza o represalia particulares, en la medida en que resulta igualmente lógico suponer que la comunicación entre dependencias y servidores públicos tiene que ver con el cumplimiento de las funciones de gobierno que tienen legalmente conferidas, máxime cuando en el caso ni siquiera es posible determinar quiénes utilizaron los aparatos telefónicos, ni mucho menos conocer el contenido de las conversaciones efectuadas.

[...]

Por otra parte, debe hacerse notar que no obsta a lo anterior las irregularidades que pueden advertirse en la tramitación tanto de la averiguación previa respectiva como en el traslado de la periodista e, inclusive, en el desarrollo del propio proceso penal, incluida la apelación correspondiente, pues el mandato dado a la Comisión Investigadora por este Tribunal Pleno no era para que se descubrieran las irregularidades cometidas por las autoridades del fuero común, que siempre admiten medios de defensa legales expeditos a todo gobernado en el país, sino averiguar si esas irregularidades fueron producto directo de la intervención del gobernador del Estado de Puebla al haber auspiciado u orquestado un concierto de autoridades con el propósito expreso de perjudicar a Lydia María Cacho Ribeiro, violentando con ello el estado de Derecho y utilizando el aparato estatal no en bien de la sociedad, sino para su provecho personal.

[...]

De lo hasta aquí expresado, debe concluirse que si bien la investigación realizada por mandato de este Tribunal Pleno se estima fue suficiente, lo cierto es que una vez excluidos los medios de convicción que fueron considerados contrarios a las previsiones constitucionales que rigen las intervenciones de las comunicaciones privadas, la valoración, aun considerada de manera circunstancial, de los restantes elementos que obran en autos no permite tener por demostrada la existencia de graves violaciones a las garantías individuales de la periodista Lydia María Cacho Ribeiro, en los términos que previene el segundo párrafo del artículo 97 de la Constitución Federal».

Al respecto, es posible afirmar que la Corte IDH tiende a realizar una valoración *integral* —no fragmentada— de las pruebas y una interpretación extensiva —no reduccionista— de los derechos humanos en los casos en que están en juego los intereses más profundos de la mujer. En ese sentido, la Corte IDH determinó en el *Caso Campo Algodonero* que la prohibición de discriminación contra la mujer incluye la violencia basada en el sexo, entendiendo por ésta la que se encuentra dirigida a aquélla por el hecho de ser mujer; o bien por afectarla en forma desproporcionada. Para el Tribunal, constituyen factores objetivos que evidencian actos de violencia basada en sexo y, por tanto, discriminación por razón de género: i) que en el lugar de los hechos se presenten el número más alto de víctimas de violencia contra la mujer; ii) que las víctimas de ataques a la integridad personal sean todas mujeres; iii) que la mayoría de las víctimas tengan el mismo origen y, especialmente, iv) *que las mujeres víctimas enfrenten problemas cuando denuncien la violencia, como el hecho que los policías no investiguen los hechos sino que asuman que dicha violencia se ha debido a la actitud de las propias víctimas*, lo cual no suele ser considerado en la jurisprudencia del Pleno de la Suprema Corte, según se ha visto.

Para la Corte IDH, en los casos de violencia contra la mujer —y esta sería una aproximación aprovechable por la Suprema Corte— los Estados tienen,

además de las obligaciones genéricas contenidas en la CADH, una *obligación reforzada* a partir de la Convención Belém do Pará. En tal sentido, en situaciones de violación generalizada a los derechos de las mujeres y niñas, corresponde al Estado un *deber de debida diligencia estricta frente a las denuncias respectivas*; de manera que el conocimiento de una situación de riesgo para aquéllas por parte del Estado le impone a una *responsabilidad reforzada* con respecto a su protección, por encontrarse en una *situación de vulnerabilidad manifiesta*.

C) Derecho a la vida. Su dimensión sustantiva y procesal

A diferencia de la interpretación uniforme y consistente sobre el derecho a la vida por parte de la Corte IDH, la Suprema Corte ha llegado a conclusiones antagónicas e inciertas con respecto a dicho derecho fundamental.

En la sentencia constitucional dictada los días 29 y 30 de enero de 2002, en la Acción de Inconstitucionalidad 10/2000, el Pleno de la Suprema Corte determinó que del análisis integral de lo dispuesto en los artículos 1.º, 14 y 22 de la Constitución, se desprende que: «[...] protege el derecho a la vida de todos los individuos, pues lo contempla como un derecho fundamental, sin el cual no cabe la existencia ni disfrute de los demás derechos [...]»²⁹. Posteriormente, en una diversa decisión, dicha interpretación evolucionó para dar lugar al reconocimiento de la dimensión procesal del derecho a la vida. Específicamente, en el *Caso Atenco* (Dictamen en el expediente 3/2006 sobre violación grave de garantías individuales)³⁰, el Pleno de la Suprema Corte determinó que:

«Se trata de las omisiones legislativas ya apuntadas a lo largo de esta resolución en cuanto al uso de la fuerza pública y todo lo a ello atinente. Las leyes mexicanas, en términos generales, prácticamente no han normado este importante tema; no han establecido normativamente supuestos en los que es legal el uso de la fuerza, destacadamente de la fuerza que se ejerce a través de armas letales; no han normado los deberes que genera al Estado el haberla utilizado; ni los deberes que acarrea el haber incurrido, con el uso de la fuerza, en excesos e irregularidades, como sucedió en Atenco, entre ellos el deber de sancionar y reparar.

Esas leyes son necesarias, porque su inexistencia, como ha sostenido la Corte Europea de Derechos Humanos en las resoluciones de ella citadas en considerandos previos de este Dictamen, es violatoria de los derechos humanos. Particularmente del derecho a la protección de la vida (en su vertiente positiva) y de integridad personal (física y psicológica, vertiente positiva), pues conforme a estos derechos humanos, cuyo respeto es deber del Estado, éste debe realizar acciones, incluyendo las de orden legislativo, que coadyuven al respeto y ejercicio de estos derechos del hombre; y, además, porque la ausencia acusada da paso a que la fuerza pública sea ejercida irresponsablemente, sin apego a los derechos reconocidos en el Derecho humanitario a toda persona y particularmente a las personas objeto de una acción policíaca, y que son recogidos y tutelados por nuestra Constitución».

Seis años después, en la sentencia dictada el 28 de agosto de 2008 en la Acción de Inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada³¹, el Pleno de la Suprema

²⁹ Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Pedro Alberto Nava Malagón.

³⁰ El ministro encargado de esa parte del engrose fue José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretaria de Estudio y Cuenta: María Amparo Hernández Chong Cuy.

³¹ Ministro: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Raúl Mejía Garza.

Corte, en una decisión integralmente dividida, expuso que la Constitución no protege el derecho a la vida, al considerar lo siguiente:

«Los conceptos de invalidez en los que se expresan los argumentos tendientes a demostrar lo anterior resultan infundados en atención a lo siguiente:

I. ¿Se encuentra el derecho a la vida contemplado por la Constitución mexicana?

El primer problema a tratar antes de enfocarnos a cada uno de los argumentos particulares contenidos en los conceptos de invalidez, se refiere a sí efectivamente la Constitución reconoce o no un derecho a la vida y, de ser así, cuáles serían sus fundamentos normativos.

Es claro que de una primera lectura de la Constitución mexicana, no encontramos de manera expresa en ninguna parte de la misma el establecimiento de un derecho específico a la vida, el valor de la vida, o alguna otra expresión que permita determinar que la vida tiene una específica protección normativa a través de una prohibición o mandato dirigido a las autoridades del Estado.

A) Sin embargo, en contra de este primer análisis puramente positivo, se argumenta, en primer término, que no es necesaria la existencia expresa del Derecho, ya que éste es presupuesto lógico u ontológico de la existencia de todos los demás, lo que le otorga una condición preeminente, como derecho «esencial» o «troncal» frente a estos, ya que sin la existencia del derecho a la vida no tiene cabida ningún otro derecho.

Al descomponer este argumento, nos percataremos que el mismo tiene dos partes claramente distinguibles: una estrictamente lógica en la que se establece una proposición condicional (concretamente una condición necesaria) en la que se afirma que si no se está vivo no se puede disfrutar ningún derecho y otra —la conclusión extraída de la primera afirmación— más bien valorativa, en la que se dice que la vida es más valiosa que cualquiera de esos otros derechos fundamentales.

De este modo, del hecho de que la vida sea una condición necesaria de la existencia de otros derechos no se puede válidamente concluir que debe considerarse a la vida como más valiosa que cualquiera de esos otros derechos. En otros términos, podemos aceptar como verdadero que si no se está vivo no se puede ejercer ningún derecho, pero de ahí no podríamos deducir que el derecho a la vida goce de preeminencia frente a cualquier otro derecho. Aceptar un argumento semejante nos obligaría a aceptar también, por ejemplo, que el derecho a alimentarse es más valioso e importante que el derecho a la vida porque lo primero es una condición de lo segundo.

Asimismo, este argumento no distingue entre la naturaleza de los derechos y sus condiciones de ejercicio. Es evidente que si no existe un individuo vivo, no hay posibilidad de que se ejerzan los derechos establecidos constitucionalmente, pero de ahí no se sigue que la vida sea condición *de existencia* de los demás derechos, menos la necesidad de otorgarle una posición lógicamente preeminente frente a los demás. Aceptar un argumento semejante destruiría la naturaleza relacional de los derechos fundamentales, así como su fundamento democrático. Los derechos fundamentales se establecen para limitar el ejercicio de los derechos de la mayoría sobre la minoría, pero no para la expresión de un último valor fundamental del Estado el cual devenga intangible jurídicamente. Este alto tribunal ya lo ha refrendado en precedentes y tesis aplicables: los derechos fundamentales no son, en ningún caso, absolutos.

[...]

Hasta este momento, sin embargo, no se aprecia el establecimiento de un derecho a la vida a nivel constitucional y, por ende, en este momento no resulta apropiado hacer un pronunciamiento sobre el mecanismo mediante el cual este hipotético derecho pudiera ser oponible al resto de los derechos constitucionales [...]» (cursiva añadida).

A diferencia de dichos vaivenes de la jurisprudencia mexicana, la Corte IDH ha establecido de manera enfática que el derecho a la vida impone al Estado tanto la obligación en el sentido de que los agentes públicos se abstengan de afectar tal derecho (dimensión sustantiva), como la obligación de prevenir, proteger y sancionar la afectación de tales derechos por parte de particulares (dimensión procesal). Para la Corte IDH, la observancia del artículo 4.º (derecho a la vida), relacionado con el artículo 1.º1 (deber de respeto) de la CADH, no sólo presuppone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente (obligación negativa), sino que además requiere que los Estados adopten todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida (obligación positiva), conforme al deber de garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos de todas las personas bajo su jurisdicción.

El Tribunal interamericano reiteró que no basta que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la «adopción de medidas positivas», determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre. Siguiendo ese orden de ideas, la Corte IDH interpretó que, como parte de la obligación de garantizar los derechos humanos reconocidos en la CADH, el Estado tiene el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponer las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación; en cuyo caso, lo decisivo es dilucidar si una determinada violación ha tenido lugar con el apoyo o la tolerancia del poder público o si éste ha actuado de manera que la trasgresión se haya cumplido en defecto de toda prevención o impunemente.

En tal sentido, la Corte IDH determinó que el deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales, para lo cual, sin embargo, aclaró que la obligación de prevenir es de medio o comportamiento y no se demuestra su incumplimiento por el mero hecho de que un derecho haya sido violado.

D) Deber de investigar efectivamente los hechos que afectan a la vida, la libertad y la integridad personal

La Suprema Corte ha puesto de manifiesto la necesidad de investigar efectivamente los hechos que afectan a la vida, la libertad y la integridad personal de los individuos. Sin embargo, dicho reconocimiento está plasmado en muy pocos pronunciamientos. Por ejemplo, en el *Caso Atenco* (Dictamen en el expediente 3/2006 sobre violación grave de garantías individuales)³², ese Alto Tribunal mexicano determinó que:

³² Ministro encargado de esa parte del engrose fue José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretaria: María Amparo Hernández Chong Cuy.

«Aunado a lo anterior, dada la naturaleza de los hechos de la especie, cobra aplicación también lo consignado en el artículo 19 constitucional cuando dice, *in fine*: “Todo mal tratamiento en la aprehensión o en las prisiones, toda molestia que se infiera sin motivo legal, toda gabela o contribución, en las cárceles, son abusos que serán corregidos por las leyes y *reprimidos* por las autoridades”.

Los actos violatorios de derechos humanos que acontecieron en Atenco, especialmente, los que han aquí han sido considerados como *violaciones graves*, son actos intolerables en nuestro Estado que deben ser reprimidos.

Por supuesto, para que ello sea cumplido, de ninguna manera basta iniciar averiguaciones previas o procedimientos disciplinarios. Es necesario que esas averiguaciones y procedimientos sean llevados con una diligencia, cuidado, profundidad y profesionalismo, que puedan constituir lo que la doctrina y jurisprudencia internacional humanitaria antes referida ha venido a llamar “*investigaciones efectivas*”, investigaciones que efectivamente lleven a identificar a los responsables, seguirles procedimiento y que reúnan las suficientes probanzas para que puedan ser justificadamente sancionados sus autores³³.

No reprimir estas conductas abusivas es un quebrantamiento constitucional por inacción; es injusticia para las víctimas; es suscribir por tolerancia la violencia del Estado y la indiferencia hacia el sufrimiento causado a los gobernados por manos de sus policías. Esto es inadmisibles en un país que se precia ser democrático, constitucional y respetuoso de los derechos de las personas.

[...]

La impunidad y la injusticia que genera la falta de investigación, la investigación no efectiva, lacera, no sólo a la víctima de la violación de que se trate, sino también a la colectividad indeterminada, porque toda ella padece sus consecuencias. Porque la investigación no efectiva da lugar a impunidad, y toda la sociedad, como colectividad, y cada persona que la compone en lo individual, se convierte en sujeto pasivo, mediato o inmediato, de un estado de cosas en el que, ante la comisión de ilícitos, nada pasa. Y nada pasa, porque el Estado no investiga de manera efectiva, no investiga de manera que permita recabar lo necesario para que la justicia pueda ser una realidad.

[...]

Advertido que ha sido, este Tribunal, atento a su vocación constitucional de interpretar y tutelar los derechos de las personas, ahora que ha visto y documentado lo anterior, no puede dejar de señalar que —para cumplir con los mandatos constitucionales a que se ha venido haciendo referencia— es necesario que esas averiguaciones sean retomadas, continuadas o ampliadas para lograr esclarecer las responsabilidades y autorías de los abusos en que se incurrió y para lograr reunir las probanzas necesarias que permitan el acto represivo que manda el artículo 19 constitucional e incluso el Derecho internacional que proscribe la tortura, así como el deber de reprimir todas aquellas otras conductas reprobables en que aquí se incurrió que sancionen las leyes».

No obstante, en asuntos de la mayor gravedad para los derechos humanos, la Suprema Corte se ha negado a responsabilizar constitucionalmente a los funcionarios relacionados con los hechos respectivos, lo que se reconoce en el propio *Caso Atenco* antes mencionado, al considerarse lo siguiente:

«Esta Suprema Corte de Justicia de la Nación si bien ha establecido a través de sus criterios jurisprudenciales y el Acuerdo General citado, cuáles son los alcances

³³ La normatividad internacional y la jurisprudencia internacional sobre el deber de investigar efectivamente está relacionada con mayor detalle en el considerando 10.º del presente apartado 10.6.

de la investigación que se lleve a cabo en ejercicio de la facultad prevista en el artículo 97, párrafo 2.º, de la Constitución Federal, *dentro de los que no se comprende la determinación de reparaciones por violaciones a derechos fundamentales*, se reitera, no soslaya que existe la obligación a cargo del Estado mexicano de hacer justicia y reparar el daño a aquellas personas que hayan sido agraviadas como resultado de la actuación de sus agentes» (cursiva añadida).

Por mayoría de votos, la Suprema Corte ha reincidido en ese entendimiento incompleto del *deber de reparación adecuada* y del concepto *investigación efectiva*, frente a violaciones graves de derechos humanos; así, por ejemplo, en el *Caso ABC* resuelto el 16 de junio de 2010, el Tribunal se negó nuevamente a «señalar responsables» de los actos que produjeron la muerte de 49 niños y casi un centenar de lesionados en una guardería subrogada del Instituto Mexicano del Seguro Social.

Frente a esta tibieza de interpretación constitucional, la Corte IDH reiteró en el *Caso Campo Algodonero* que de la obligación general de garantía de los derechos a la vida, integridad personal y libertad personal deriva la *obligación de investigar de oficio* los hechos que impliquen ese tipo de violaciones. Particularmente, la Corte IDH especificó que los principios rectores que es preciso observar en una investigación cuando se está frente a una muerte violenta, como mínimo, son los siguientes: i) identificar a la víctima; ii) recuperar y preservar el material probatorio relacionado con la muerte, con el fin de ayudar en cualquier potencial investigación penal de los responsables; iii) identificar posibles testigos y obtener sus declaraciones en relación con la muerte que se investiga; iv) determinar la causa, forma, lugar y momento de la muerte, así como cualquier patrón o práctica que pueda haber causado la muerte, y v) distinguir entre muerte natural, muerte accidental, suicidio y homicidio. Además, es necesario investigar exhaustivamente la escena del crimen, se deben realizar autopsias y análisis de restos humanos, en forma rigurosa, por profesionales competentes y empleando los procedimientos más apropiados.

Asimismo, para la Corte IDH, *el deber de investigación efectiva* debe cumplirse diligentemente para evitar la impunidad y que este tipo de hechos vuelvan a repetirse, de manera que una vez que las autoridades estatales tengan conocimiento del hecho, deben iniciar *ex officio* y sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva por todos los medios legales disponibles y orientada a la determinación de la verdad y, desde luego, *a la persecución, captura, enjuiciamiento y eventual castigo de todos los autores de los hechos, especialmente cuando están o puedan estar involucrados agentes estatales*. Para la Corte, esa obligación se mantiene cualquiera que sea el agente al cual pueda eventualmente atribuirse la violación, aún los particulares, pues si sus hechos no son investigados con seriedad, resultarían, en cierto modo, auxiliados por el poder público, lo que constituye una fuente de sufrimiento y angustia adicional para las víctimas, quienes tienen el derecho a conocer la verdad de lo ocurrido. En relación con este tema, la Corte IDH interpretó que la deficiente investigación de violaciones graves a los derechos humanos, la ausencia de información durante todo el proceso de búsqueda de verdad, en los casos en que provoque en las víctimas o sus familiares un gran sufrimiento y angustia, configura un trato degradante contrario al artículo 5.º1 y 5.º2 de la CADH, en relación con el artículo 1.º1 de dicho instrumento internacional.

A ese respecto, la Corte IDH también resaltó la importancia de las actuaciones disciplinarias en orden a controlar la actuación de los funcionarios públicos, particularmente cuando las violaciones de derechos humanos responden a patrones generalizados y sistemáticos. Para este Tribunal Interamericano, las sanciones administrativas o penales tienen un rol importante para crear la clase de competencia y cultura institucional adecuada, para enfrentar los factores que explican el contexto de violencia contra la mujer, como el que ha sido probado en el presente caso. Máxime si se permite que personas responsables de estas graves irregularidades continúen en sus cargos, o peor aún, ocupen posiciones de autoridad, se puede generar impunidad y crear las condiciones para que los factores que inciden en el contexto de violencia persistan o se agraven. Tal vez, desde cierta perspectiva, estas últimas consideraciones de la Corte IDH se refirieran al nombramiento del procurador de justicia del Estado de Chihuahua para encabezar la Procuraduría General de la República.

A nuestro juicio, de dicha exposición deriva que las resoluciones que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha emitido a través de la polémica facultad de investigación de violación grave de garantías individuales (*Casos Lydia Cacho, Atenco, ABC*) en el sentido de abstenerse de declarar a los responsables de los hechos violatorios de derechos humanos, resulten inconvenientes, contrarias a la jurisprudencia que la Corte IDH ha emitido en relación con el *deber de reparación adecuada* y de *investigación efectiva* en tales supuestos, por lo que en el futuro pudiera considerarse los conceptos de la jurisprudencia de la Corte IDH³⁴.

E) Deber de reparación adecuada, tratándose de situaciones de discriminación generalizada

Una de las aportaciones más interesantes del *Caso Campo Algodonero* es la dimensión del *deber de reparación adecuada* tratándose de *violaciones sistemáticas y generalizadas a los derechos humanos*, en cuyo supuesto las reparaciones deben tener una vocación transformadora de dicho contexto, de tal forma que tengan un efecto no sólo restitutivo, sino también correctivo³⁵. En ese sentido, para la Corte IDH es inadmisibles una restitución a la misma situación estructural de violencia y discriminación, máxime que la Corte debe analizar que las

³⁴ En esta última vertiente, la relación entre la Suprema Corte y los derechos fundamentales presenta una doble problemática: por un lado, la omisión de la Corte para ocuparse de manera destacada de la protección y desarrollo de los derechos, tal como se ha subrayado por A. L. MAGALONI (nexos 342) y se ha llevado a denominar a este fenómeno como el *ciudadano olvidado*, por el otro, que en las pocas ocasiones en que la Corte analiza problemas de derechos no siempre lo hace con una visión garantista. Vid. A. ZALDÍVAR, «La SCJN y los derechos fundamentales: Violencia intrafamiliar e indefensión», *Nexos*, núm. 354, año 29, vol. XXIX, junio de 2007.

³⁵ En general, sobre el tema de las reparaciones, *vid.*, entre otros, los estudios de S. GARCÍA RAMÍREZ, «Las reparaciones en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, CEPC, núm. 3, 1999, pp. 329-348; H. FAÜNDEZ LEDESMA, «Reparaciones e indemnizaciones en la Convención Americana sobre Derechos Humanos», *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, Caracas, núm. 103, 1997, pp. 19-44; V. M. RODRÍGUEZ RESCIA, «Las reparaciones en el sistema interamericano de protección de derechos humanos», *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, vol. 23, San José, enero-junio de 1985, pp. 129-150.

reparaciones: i) se refieran directamente a las violaciones declaradas por el Tribunal; ii) reparen proporcionalmente los daños materiales e inmateriales; iii) no signifiquen enriquecimiento ni empobrecimiento; iv) restablezcan en la mayor medida de lo posible a las víctimas en la situación anterior a la violación en aquello en que no se interfiera con el deber de no discriminar; v) se orienten a identificar y eliminar los factores causales de discriminación; vi) se adopten desde una perspectiva de género, tomando en cuenta los impactos diferenciados que la violencia causa en hombres y en mujeres, y vii) consideren todos los actos jurídicos y acciones alegadas por el Estado en el expediente tendientes a reparar el daño ocasionado.

Mientras que las sentencias de la Corte IDH son vanguardistas en lo relativo al alcance y tipología de las reparaciones necesarias para restablecer el goce de los derechos humanos violados (incluso con dimensiones de mayor alcances que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos); en cambio, la Suprema Corte mexicana suele tener criterios herméticos en ese ámbito, al grado que en muy pocas ocasiones ha admitido reparaciones que impliquen la transformación del contexto normativo en que las violaciones a los derechos humanos han tenido lugar, máxime que el juicio de amparo (proceso de protección de derechos fundamentales) ni siquiera se ha considerado procedente para reclamar omisiones legislativas³⁶. En efecto, por un lado, ha reconocido que los derechos fundamentales generan, cuando menos, deberes de abstención (no hacer) y de promoción (hacer) a cargo de todos los poderes públicos, incluido el legislador. Por ejemplo, en las Acciones de Inconstitucionalidad acumuladas 76/2008, 77/2008 y 78/2008, resueltas en sesión de 25 de septiembre de 2008, el Pleno consideró lo siguiente:

«Este Alto Tribunal ha reconocido que los derechos fundamentales implican no sólo deberes de abstención (obligaciones de no hacer) para los poderes públicos, sino también deberes positivos de promoción (obligaciones de hacer) para su efectiva salvaguarda.

En ese sentido, el artículo 6.º de la Constitución Federal establece que los poderes públicos federales y locales (principalmente el legislador) deben crear los órganos especializados e imparciales, con autonomía operativa, de gestión y de decisión, que resulten idóneos y necesarios para la tutela efectiva del derecho a la información»³⁷.

³⁶ Sobre esta figura y el tratamiento dado por la legislación y jueces mexicanos, *vid.* los recientes libros de C. BÁEZ SILVA, *La inconstitucionalidad por omisión legislativa en México*, México, Porrúa, 2009; y L. RANGEL HERNÁNDEZ, *Inconstitucionalidad por omisión legislativa. Teoría general y su control jurisdiccional en México*, México, Porrúa, 2009.

³⁷ En ese mismo sentido, en la Controversia Constitucional 32/2005, resuelta el 22 de mayo de 2006, el Pleno resolvió lo siguiente: «[...] Este derecho a la información está estrechamente vinculado con el derecho de conocer la verdad, el cual exige que las autoridades se abstengan de dar a la ciudadanía información manipulada, incompleta o falsa, so pena de incurrir en violación a los derechos fundamentales [...] si el Estado tiene la obligación de garantizar el derecho a la información, supone el deber a cargo de los poderes públicos federales y locales de crear las estructuras necesarias para el adecuado, efectivo desarrollo y garantía del derecho a la información [...] Como antes se señaló, el artículo 6.º de la Constitución Federal establece el imperativo que el derecho a la información debe ser garantizado por el Estado, lo que implica un deber a cargo de los poderes públicos de no obstaculizar de manera injustificada el acceso a la información pública, implicando al mismo tiempo un deber de promoción, de realización de acciones positivas dirigidas a garantizar la transparencia en la rendición de cuentas de sus funciones, para el efectivo ejercicio del derecho a la información. Por lo que la obligación de transparentar las acciones de Gobierno y el derecho recíproco de la ciudadada-

Inclusive, recientemente, la Suprema Corte ha convalidado reparaciones judiciales tendentes a restablecer el goce de los derechos fundamentales violados a pesar de que ello implique una cierta incidencia en la competencia constitucional del legislador:

«Igualdad. Las violaciones a la garantía relativa son reparables mediante la equiparación de los supuestos de hecho comparados. Si bien las violaciones a la garantía de igualdad no siempre pueden repararse mediante la mera declaración de nulidad del acto inconstitucional, en todo caso sí es obligado restablecer la igualdad mediante la equiparación de los supuestos de hecho comparados, a fin de cumplir con el deber de otorgar un trato jurídico homogéneo a supuestos de hecho equivalentes, cuando su disparidad no esté justificada. Esta posibilidad de restablecer la igualdad no es un elemento externo al Derecho, sino que forma parte de su contenido y sin él carecería de existencia. Así, a efecto de restituir al agraviado en el pleno goce de la garantía individual violada, en términos del artículo 80 de la Ley de Amparo, podrían suprimirse las restricciones o exclusiones injustificadas de regímenes jurídicos, a efecto de expulsar privilegios injustificados o arbitrarios del ordenamiento, o anular las excepciones a regímenes jurídicos generales, sin que las dificultades técnicas que pudiera producir la precisión del alcance del fallo anulatorio de la norma legal —eventualmente discriminatorio— sean un argumento aceptable, para excluir la declaración de inconstitucionalidad por desigualdad (novena época, Segunda Sala, Tesis aislada LXXXIII/2008. Amparo en revisión 1834/2004. El Florido California, S. A. de CV 7 de mayo de 2008. Mayoría de tres votos. Disidentes: Sergio Salvador Aguirre Anguiano y Margarita Beatriz Luna Ramos. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretarios: Martha Elba Hurtado Ferrer, Fabiana Estrada Tena e Israel Flores Rodríguez)».

Mientras que, incongruentemente, el juicio de amparo todavía es considerado improcedente frente a omisiones legislativas, *bajo el argumento* (superado a nuestro entender) *de posibles interferencias en la competencia del legislador*; de manera que la Suprema Corte continúa convalidando el hecho de que el Poder Legislativo bien puede dejar en suspenso, y sin eficacia, el contenido de algunos derechos fundamentales sin remedio alguno para los particulares, de lo cual deriva que tales derechos («constitucionales») terminen por tener solamente un valor infraconstitucional, al encontrarse supeditados a lo que determine un poder constituido (legislador):

«Leyes, amparo contra. Es improcedente aquel en que se impugna la omisión del legislador ordinario de expedir una ley o de armonizar un ordenamiento legal a una reforma constitucional. Respecto de la omisión del legislador ordinario de dar cumplimiento al mandato constitucional de expedir determinada ley o de reformar la existente en armonía con las disposiciones fundamentales, es improcedente el juicio de garantías, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 73, fracción XVIII, de la Ley de Amparo, en relación con lo establecido en los artículos 107, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 76 de la citada legislación ordinaria, en virtud de que, según el principio de relatividad que rige en el juicio de amparo, la sentencia que en éste se dicte será siempre tal, que sólo se ocupe de individuos particulares, limitándose a ampararlos y protegerlos en el caso especial

nía de acceder a la información pública, son dos principios fundamentales garantizados en nuestro sistema jurídico, y que están íntimamente relacionados con la participación democrática y la representatividad, pues no puede haber verdadera democracia y representatividad, sin la transparencia en el ejercicio del poder público».

sobre el que verse la queja, sin hacer una declaración general respecto de la ley o acto que la motivare, lo que impide que una hipotética concesión de la protección federal reporte algún beneficio al quejoso, dado que no puede obligarse a la autoridad legislativa a reparar esa omisión, es decir, a legislar, pues esto sería tanto como pretender dar efectos generales a la ejecutoria, ya que la reparación constitucional implicaría la creación de una ley que es una regla de carácter general, abstracta y permanente, la que vincularía no sólo al peticionario de garantías y a las autoridades señaladas como responsables, sino a todos los gobernados y autoridades cuya actuación tuviera relación con la norma creada, lo que es inconcuso resultaría apartado del principio de relatividad enunciado (novena época, Instancia: Pleno. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, VI, diciembre de 1997. Tesis: P. CLXVIII/97, p. 180)»³⁸.

«ISSSTE. La ley relativa, al no regular el arrendamiento de vivienda propiedad del instituto, constituye una omisión legislativa que no es reparable en el juicio de amparo (legislación vigente a partir del 1 de abril de 2007). De conformidad con el criterio sustentado por el Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la Tesis P. CLXVIII/97, de rubro: “Leyes, amparo contra. Es improcedente aquel en que se impugna la omisión del legislador ordinario de expedir una ley o de armonizar un ordenamiento legal a una reforma constitucional”, debe considerarse que aun cuando es cierto que la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, no prevé el arrendamiento de vivienda para los trabajadores, dado que en el rubro correspondiente sólo contempla préstamos hipotecarios y financiamiento en general para vivienda, en sus modalidades de adquisición en propiedad de terrenos o casas habitación, construcción, reparación, ampliación o mejoras de las mismas y para el pago de pasivos adquiridos por estos conceptos; ya que la única referencia que contiene la ley respecto a dicho arrendamiento se encuentra en el artículo cuadragésimo cuarto transitorio, para aquellas que a la fecha de entrada en vigor de la ley tenga en arrendamiento el Instituto, y donde se faculta a la Junta Directiva a expedir las normas que deberán aplicarse a dichas viviendas, lo que significa que la modalidad de arrendamiento habitacional, se limita exclusivamente a las que ya están en esa situación; también lo es, que tal violación constituye una omisión legislativa que no puede repararse a través del amparo, puesto que a virtud de sus efectos no puede obligarse al legislador ordinario a colmar la falta de previsión en esta materia, dado que el efecto relativo de las sentencias de amparo lo impide (Pleno. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XXVIII, octubre de 2008. Tesis: P/J 134/2008, p. 43)».

³⁸ Afortunadamente, el dogma de la inimpugnabilidad de la omisión legislativa ha comenzado a fracturarse. *Vid.*, por ejemplo, los amparos en revisión 220/2008 y otros, sobre la «nueva» Ley del ISSSTE. Así también, la tesis de jurisprudencia: «Acción de inconstitucionalidad. Si bien es improcedente contra una omisión absoluta en la expedición de una ley, no lo es cuando aquella sea resultado de una deficiente regulación de las normas respectivas. El Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que la acción de inconstitucionalidad es improcedente contra la omisión de los Congresos de los Estados de expedir una ley, por no constituir una norma general que, por lo mismo, no ha sido promulgada ni publicada, los cuales son presupuestos indispensables para la procedencia de la acción. Sin embargo, tal criterio no aplica cuando se trate de una omisión parcial resultado de una deficiente regulación de las normas respectivas» [novena época, Pleno. Jurisprudencia 5/2008. Acción de inconstitucionalidad 24/2004. Promoventes: diputados integrantes de la Quincuagésima Octava Legislatura del Congreso del Estado de Campeche, 2 de agosto de 2007. Unanimidad de diez votos (ausente: Juan N. Silva Meza). Ponente: Juan N. Silva Meza; en su ausencia hizo suyo el asunto José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Martín Adolfo Santos Pérez].

7. EFICACIA DIRECTA DE LA SENTENCIA EN EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO

A) El deber de reparación adecuada a cargo del Estado, conlleva la obligación de los poderes públicos competentes para restituir a las víctimas en los derechos humanos violados

Como hemos expuesto en otras ocasiones, en nuestros días, existe una corriente importante en el sentido de considerar que los tratados internacionales sobre derechos humanos tienen *eficacia directa* en los territorios de los Estados miembros que los han adoptado³⁹. Las sentencias emitidas por la Corte IDH constituyen normas que derivan de la CADH, de lo cual se obtiene que gozan de la misma eficacia (directa) que tiene dicho tratado internacional. Desde esa óptica, aun cuando sería favorecedor emitir una ley nacional que regule lo relativo a las formas de incorporar e implementar las sentencias regionales sobre derechos humanos (como veremos más adelante), la noción e idea de que dicha legislación resulta *indispensable* para que tales decisiones produzcan efectos en territorio nacional parece contraria al principio que sostiene que los Estados están imposibilitados para invocar el Derecho nacional a efecto de incumplir con el Derecho internacional. Dicho principio reconocido en la Convención de Viena, desde cierta perspectiva, no puede significar otra cosa más que los tratados internacionales adoptados válidamente por el Estado tienen eficacia directa en el territorio nacional, puesto que, en la mayoría de los casos, la *exigencia* de leyes (diversas) de desarrollo para su aplicabilidad vendría a constituir un obstáculo creado para su debida observancia. De allí que la eficacia de las sentencias regionales sobre derechos humanos pueda entenderse como una de las manifestaciones de la fuerza normativa de los tratados internacionales sobre derechos fundamentales.

La falta de un aparato de tipo supranacional o de una autoridad internacional centralizada con facultades para coaccionar de manera efectiva a los Estados, con el fin de conminarlos a cumplir con las obligaciones de producción externa, ha generado que la eficacia del Derecho internacional, en la mayoría de sus ámbitos⁴⁰, se haya hecho depender de fórmulas primitivas⁴¹ (represalias o contramedidas, por ejemplo); desproporcionadas (expulsión de Estado de alguna organización internacional); y/o de su reconocimiento ético por parte de los

³⁹ Cfr. E. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, «La Convención Americana de Derechos Humanos como Derecho interno», *Boletín de Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, núms. 69-71, Brasilia, 1987-1989, pp. 35-55. De la mayor importancia constituye la reforma al artículo 1.º de la Constitución federal, que fue aprobada en el paquete de reformas en materia de derechos humanos por el Senado de la República en abril de 2010, pendiente de aprobación en la Cámara de Diputados.

⁴⁰ A diferencia de lo que ocurre en el Derecho internacional humanitario, en el que la responsabilidad penal internacional del individuo y las medidas de intervención (que pueden llegar incluso a la sustitución del Estado opresor) han roto con la concepción clásica del Derecho internacional como un sistema normativo con sanciones ineficaces para su debida observancia. En efecto, en materia de derechos humanos, a nivel de violaciones individuales, no existe un mecanismo adecuado que garantice jurídicamente el cumplimiento de los tratados respectivos. *Vid.* R. PROVOST, *International Human Rights and Humanitarian Law*, United Kingdom, Cambridge University Press.

⁴¹ B. CONFORTI, *International Law and...*, *op. cit.*, p. 176.

Estados⁴². El objeto y finalidad de las normas internacionales de tutela de derechos humanos (protección del individuo)⁴³ ha generado que las mencionadas medidas internacionales clásicas tendentes a lograr su cumplimiento no sean correspondientes ni idóneas a esos efectos (art. 60.5 Convención de Viena)⁴⁴. De ahí que, en ese ámbito, se haya acudido a la noción de responsabilidad internacional del Estado, como uno de los mecanismos tendentes a presionar a los Estados a la observancia de las normas internacionales sobre derechos humanos. Como se sabe, la doctrina académica y jurisprudencial ha sido coincidente en señalar que un Estado es internacionalmente responsable por todo acto u omisión que contravenga derechos internacionalmente reconocidos⁴⁵. Le son imputables al Estado violaciones cometidas por los poderes ejecutivo⁴⁶, legislativo⁴⁷ y judicial⁴⁸, aun actuando *ultra vires*⁴⁹, así como por particulares en algunos supuestos⁵⁰.

En relación con este tema, se ha dicho que la integración de un Estado a un sistema regional de derechos humanos genera —en automático— una reordenación del sistema jurídico de producción nacional, tanto en los niveles de tutela de los derechos y libertades, como en los mecanismos procesales nacionales dirigidos a garantizarlos. Se ha subrayado, que la emisión de una norma individual vinculante para el Estado (sentencia regional estimatoria) tiende a producir un impacto normativo interno, por dotar de un nuevo contenido a diversas

⁴² C. WARBRICK, «Expansion of rights protected by the European Convention on Human Rights», en W. E. BUTLER (ed.), *Control over Compliance with International Law*, The Netherlands, Martinus Nijhoff Publishers, 1991, pp. 139-140.

⁴³ Las causas y límites de esta aseveración pueden analizarse en A. RANDELZHOFFER, «The Legal Position of the Individual under Present International Law», en A. RANDELZHOFFER *et al.* (eds.), *State Responsibility and the individual. Reparation in Instances of Grave Violations of Human Rights*, The Netherlands, Martinus Nijhoff Publishers, 1999, pp. 231-241.

⁴⁴ F. LATTANZI, *Garanzie dei diritti dell'uomo nel diritto internazionale generale*, Milano, Giuffrè, p. 294. Vid. R. PROVOST, *International Human Rights...*, *op. cit.*, p. 224. J. G. MERRILLS, *The development of International law by the European Court of Human Rights*, UK, Manchester University Press, 1988, p. 100. La regla de reciprocidad, que generalmente opera en materia internacional, no es aplicable, ya que la obligación de respetar los derechos que consagran la CADH y el CEDH se genera frente a «toda persona» dependiente de la jurisdicción de los Estados, no sólo frente a éstos. En otras palabras, el hecho de que los Estados asuman obligaciones frente a los particulares origina que la regla de reciprocidad no pueda operar, porque su invocación no sólo afectaría al Estado contraparte, sino al individuo o grupo afectado.

⁴⁵ Los elementos esenciales de la responsabilidad internacional por hecho ilícito son: a) elemento objetivo, y b) elemento subjetivo. El elemento objetivo es la conducta contraria al Derecho internacional. El elemento subjetivo se refiere a la imputabilidad de dicha conducta al Estado. «[...] Un enunciado de responsabilidad (ER) es un enunciado de imputación [...] la imputación de autoría requiere el establecimiento de una relación causal entre el acto (acción u omisión) del agente a quien se dirige el ER y el estado de las cosas de que se trata [...]». E. GARZÓN VALDÉS, «El enunciado de responsabilidad», *Cuadernos de Filosofía del Derecho. DOXA*, 19 (1996), p. 260.

⁴⁶ S. Corte IDH, *Velásquez*, 29 de julio de 1988. S. Corte IDH, *Godínez Cruz*, 20 de enero de 1989.

⁴⁷ S. Corte IDH, *El Amparo*, 18 de enero de 1995. S. Corte IDH, *Genie Lacayo*, 29 de enero de 1997. S. Corte IDH, *Suárez Rosero*, 12 de noviembre de 1997.

⁴⁸ S. Corte IDH, *Loayza Tamayo*, 17 de septiembre de 1997. S. Corte IDH, *Castillo Petruzzi y otros*, 30 de mayo de 1999.

⁴⁹ En exceso de facultades, más allá de los poderes constitucionalmente conferidos. W. WADE *et al.*, *Administrative Law*, 8.ª ed., London, Oxford University Press, pp. 35-39.

⁵⁰ Así lo prevén los artículos 4.º a 11 del proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre responsabilidad de los Estados. «Report of the International Law Commission, fifty-third session», *Official Records of the General Assembly, Fifty-sixth session, Supplement núm. 10 (A/56/10)*, chp. IV. E.1.

figuras procesales; por sentar las bases de nuevos derechos y obligaciones para los poderes públicos y por crear una necesidad irremediable de reinterpretar el ordenamiento jurídico a partir de su presencia. Así, parte de la doctrina académica ha estimado que el condicionamiento jurídico del Estado y la creación de tribunales internacionales con la tarea de garantizar los derechos humanos internacionalmente reconocidos han comenzado a gestar; en lo particular, un distinto entendimiento procesal del control de la actuación pública y, en lo general, un nuevo entendimiento del Derecho⁵¹.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte IDH el bien jurídico al que se refiere la tutela jurisdiccional regional es una prestación (dar, hacer o no hacer), si se toma en cuenta que dicho sistema ofrecen a las víctimas: 1) la declaración de la existencia de una violación de derechos, y 2) la determinación de la obligación a cargo del Estado de restablecer las cosas al estado en que se encontraban antes de la violación respectiva, en la medida de lo posible⁵².

Tales razones podrían servir de base para pensar, de un lado, que la posición que ha apostado por afirmar el carácter meramente declarativo de las sentencias regionales estimatorias es inexacta y, de otro, que la posición que basa dicho carácter (declarativo) es incompleta. A pesar de ello, incluir a las sentencias regionales estimatorias en las restantes categorías procesales (condenatorias y constitutivas) tampoco resulta del todo claro. Es verdad que en tales sentencias regionales está presente un elemento condenatorio, en razón al deber de reparación a cargo del Estado (dar, hacer o no hacer). No obstante, la doctrina procesal ha indicado que lo específico de las sentencias de condena es que constituyen un título ejecutivo, con el que puede iniciarse la ejecución forzosa. Es dudoso si la maquinaria regional prevista para presionar a los Estados a cumplir con las sentencias regionales puede considerarse como el inicio de una especie de ejecución forzosa de tipo internacional (con las limitantes que ello conlleva). Asimismo, es común que el Derecho nacional, por regla general, no incluya dichas sentencias como títulos de ejecución. Por otro lado, podría pensarse que las sentencias regionales, como las llamadas sentencias constitutivas, desde cierta perspectiva, generan cambios respecto de lo existente en el ámbito nacional a nivel jurídico.

⁵¹ Vid. F. SILVA GARCÍA, *Derechos humanos. Efectos de las sentencias internacionales*, México, Porrúa, 2007.

⁵² En el caso interamericano, esa característica resulta de la existencia de deberes concretos de reparación a cargo del Estado, determinados por la Corte IDH en la propia sentencia de fondo o en una decisión sobre reparaciones (complementaria de aquélla). En el caso europeo, esa particularidad puede ponerse en evidencia en los casos en que el TEDH impone al Estado una forma concreta de reparación para cumplir con la sentencia estimatoria, pero también puede derivarse de manera implícita de las propias sentencias de fondo, en términos de la naturaleza de la violación respectiva, considerando la existencia del deber general de reparación a cargo del Estado demandado reconocido jurisprudencialmente. De ahí que parte de la doctrina procesal haya caracterizado las sentencias del TEDH como formalmente declarativas, pero intrínsecamente sentencias declarativas de condena, subrayando que «[...] simplemente la prestación de hacer implícita en las sentencias de fondo se convierte en una sentencia indemnizatoria, en una prestación de dar [...]», si se atiende a lo dispuesto en el artículo 41 del CEDH, y que «[...] esa novación demuestra el carácter condenatorio de las sentencias de fondo del Tribunal (puesto que) si hay novación hay condena ya que se sustituye una obligación por otra; la obligación es consecuencia de la condena [...]». L. BUJOSA VADELL, *Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el ordenamiento español*, Madrid, Tecnos, 1997, pp. 113-116.

Probablemente, la singularidad procesal de las sentencias regionales sobre derechos humanos, derivada de las particularidades de la propia jurisdicción internacional, produce que dichas decisiones no puedan incluirse fácilmente dentro de las categorías del Derecho procesal nacional. Esa situación podría fundar, si se quiere, una posición alternativa, una especie de carácter *sui generis* de las sentencias regionales estimatorias. Por ello, más que tratar de comprender a las sentencias regionales sobre derechos humanos en alguna categoría procesal, o tratar de crear una categoría especial que atienda a sus características, es preciso preguntarnos: 1) hasta qué punto la emisión de una sentencia regional estimatoria es susceptible de crear una nueva verdad jurídica⁵³ (utilizando, por claridad, terminología procesal superada)⁵⁴; es decir, hasta qué punto son susceptibles de producir un nuevo estado de las cosas a nivel jurídico en el plano nacional⁵⁵, capaz de orillar a los poderes públicos involucrados a terminar con la afectación continuada, actual y presente de un derecho o libertad convencional en perjuicio de algún individuo, y 2) en qué medida el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, presente en gran parte de los Estados miembros, impone a los poderes públicos llevar a efecto interno ese tipo de sentencias, en ejercicio de sus competencias legales generales. En otras palabras, es conveniente analizar si existen bases o no para cuestionar la eficacia jurídica de los actos declarados inconvencionales, y de sus efectos, a partir de la emisión de la sentencia regional estimatoria, a propósito de la interacción entre los derechos

⁵³ «[...] si no llegar a conocer toda la verdad de los hechos ajenos (esta verdad podría hallarse en el *topos uranus* de Platón), llegar lo humanamente más cerca posible de la misma [...]». V. FAIRÉN GILLÉN, *Doctrina general del Derecho procesal (hacia una teoría y ley procesal generales)*, Barcelona, Bosch, 1990, p. 371.

⁵⁴ «[...] La cosa juzgada despliega un efecto positivo, de manera que lo declarado por sentencia firme constituye la verdad jurídica y un efecto negativo, que determina la imposibilidad de que se produzca un nuevo pronunciamiento sobre el tema [...]». STC 77/1983, de 7 de noviembre de 1983. La función de la prueba se ha referido históricamente al descubrimiento de la verdad. En el siglo XIX, principalmente, la prueba se concibió como el medio por el cual llega la inteligencia al descubrimiento de la verdad (BONNIER). A este respecto, se ha apuntado que la humildad ha exigido acabar con ese mito. La necesidad de renunciar a la búsqueda de la verdad se descubre simplemente teniendo en cuenta que, en muchos procesos, los hechos no afirmados al menos por una de las partes no existen para el juez (y, en ocasiones, no puede salir a su búsqueda); los hechos afirmados por las dos partes o afirmados por una y admitidos por la otra existen para el juez, que no puede desconocerlos en la sentencia, por ejemplo. El mito de la verdad formal fue destruido por CARNELUTTI, simplemente evidenciando que la verdad no puede ser más que una, de modo que, o la verdad formal coincide con la verdad material, y no es más que verdad, o discrepa de ella, y no es sino una no verdad. La claridad de la inexistencia lógica de clases de verdades, que sólo se explica desde la persistencia de un mito que está más allá de la razón, no está impidiendo que aún en la actualidad se haga referencia a la verdad material o formal y a otras expresiones de ese género. La doctrina actual señala, en forma más modesta, que la función de la prueba radica en la fijación de los hechos, a partir de ciertas reglas jurídicas, con base en los cuales debe partirse para dictar sentencia. Abandonada la pretensión de obtener la verdad, es decir, la realidad objetiva de los hechos, aparece la función de lograr otra realidad, si bien subjetiva: la convicción del juez. El humilde abandono de la verdad y la consciente asunción de la certeza lleva a definir la prueba en nuestro Derecho positivo como la actividad procesal que tiende a alcanzar la certeza en el juzgador respecto de los datos aportados por las partes. J. MONTERO AROCA y J. L. GÓMEZ COLOMER *et al.*, *Derecho jurisdiccional II. Proceso civil*, 11.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, pp. 242-249.

⁵⁵ Al distinguir las nociones de actos y hechos procesales, se ha indicado que: «[...] ocurre con cierta frecuencia, que actos jurídicos que se producen en una parcela del campo del Derecho, surten efectos en otra u otras, lo cual produce problemas en cuanto a la determinación de su naturaleza [...]». V. FAIRÉN GILLÉN, *Doctrina general del...*, *op. cit.*, p. 329.

convencionales y algunos derechos constitucionales presentes en gran parte de los Estados miembros⁵⁶.

Para examinar con mayores elementos el tema de los efectos, en el plano nacional, de las sentencias regionales sobre derechos humanos es necesario recordar algunas premisas de las relaciones entre Derecho internacional y nacional. Un somero repaso a la literatura jurídica permite apreciar, en términos muy generales, un pensamiento común en lo que atañe a los siguientes puntos: 1) actualmente, la aplicabilidad interna de un tratado internacional depende de algún acto de incorporación nacional (publicación, promulgación, interpretación judicial, ley o disposición constitucional); 2) la adopción de un tratado internacional, a través de las formas y procedimientos previstos a esos efectos, implica, generalmente, la integración de una norma jurídica en el ordenamiento nacional, al mismo tiempo que constituye una norma jurídica entre sujetos internacionales; 3) la validez de las normas internacionales está regida por el ordenamiento jurídico internacional⁵⁷; 4) es común que existan condiciones internas para la aplicabilidad de los tratados internacionales a nivel nacional⁵⁸; 5) los jueces nacionales, por regla general, tienen competencia para declarar inaplicable algún tratado en el caso concreto, con base en normas de validez internacionales⁵⁹ o nacionales (condiciones internas de aplicabilidad)⁶⁰, y 6) al sistema internacional le incumbe declarar la invalidez general de los tratados, en sus respectivos casos⁶¹.

De dichos puntos es posible apreciar cómo parte importante de la doctrina académica ha reconocido cierta separación conceptual y jurídica entre el ordenamiento internacional y el nacional. Sin embargo, también se ha reconocido que dicha separación llega a desdibujarse, en cierta medida, una vez que se ha incorporado y que es aplicable la norma de producción externa en el plano interno⁶². Un buen ejemplo lo brinda el tema que nos ocupa en este apartado. En

⁵⁶ Sobre estos cuestionamientos, *vid.* F. SILVA GARCÍA, *Derechos humanos. Efectos...*, *op. cit.*

⁵⁷ Por ejemplo, en relación con el Derecho español se ha dicho que la validez de las normas internacionales en nada depende de la Constitución, sino exclusivamente de las normas del sistema internacional que regulan la producción de normas; la Constitución no fundamenta la validez de la norma internacional, sino únicamente su aplicabilidad interna; la Constitución hace suya la norma externa, así como sus derivadas, que tampoco dependen, en su validez, de aquélla. J. L. REQUEJO PAGÉS, «Consideraciones en torno a la posición de las normas internacionales en el ordenamiento español», *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 12, núm. 34, enero-abril de 1992, pp. 45-58.

⁵⁸ En relación con el Derecho español, Díez de Velasco aclara que el Tribunal Constitucional no puede declarar la nulidad del tratado como lo hace respecto de la Ley, «[...] debe entenderse que lo declara inaplicable (nulidad puramente interna)», porque la nulidad de un tratado no puede ser declarada unilateralmente por una de las partes. M. Díez de Velasco, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 13.ª ed., Madrid, Tecnos, 2002, p. 201.

⁵⁹ El parámetro de control internacional puede ser, por ejemplo, normas de *jus cogens*, normas tendentes a evitar la coerción, el error, el fraude. Se menciona como excepción a esta competencia los casos relacionados con la cláusula *rebus sic stantibus*. B. CONFORTI, *International Law and the Role of Domestic Legal Systems*, The Netherlands, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, pp. 91-103.

⁶⁰ CONFORTI señala que la inaplicación del tratado por el juez en el caso de su conocimiento podría encontrarse jurídicamente justificada, y que ello no excluye el seguimiento del procedimiento de denuncia respectivo para dejar sin efectos, plenamente, el tratado. B. CONFORTI y A. LABELLA, «Invalidity and Termination of treaties: The Role of National Courts», *European Journal of International Law*, vol. 1, núms. 1/2, 1990, p. 66.

⁶¹ *Id.*

⁶² Por ello, al mismo tiempo que la aplicabilidad interna del Derecho internacional requiere, en nuestros días, en la mayor parte de los Estados, de un acto de incorporación, y las normas nacionales

cierta forma, el deber de reparación «en forma adecuada» derivado de la violación de normas de Derecho internacional funda el reclamo de efectos internos de las sentencias internacionales, generando una especie de unidad entre el sistema internacional aplicable y el Derecho nacional.

La doctrina académica y jurisprudencial también ha sido coincidente en estimar que toda violación de una obligación internacional trae consigo el deber de reparación «en forma adecuada»⁶³ a favor de la víctima, lo cual incluye, cuando menos:

1. La obligación de hacer cesar los efectos del acto respectivo.
2. Restablecer las cosas al estado que tenían con anterioridad a la violación (o, en su caso, el pago de una justa indemnización), así como
3. Prever garantías de no repetición⁶⁴.

De lo anterior, es posible señalar que, en el plano internacional, la falta de cumplimiento de las normas internacionales sobre derechos humanos, previstas en la CADH produce la responsabilidad internacional del Estado y la obligación de reparación «en forma adecuada»⁶⁵. Como se ha dicho, las sentencias estimatorias de la Corte IDH exigen una respuesta del Estado (*restitutio in integrum*), lo cual, jurídicamente, tiende a repercutir en el Derecho interno de los Estados

carecen de fuerza para trascender y condicionar jurídicamente la normativa de producción externa (art. 27 Convenio de Viena), *lo que prueba un cierto dualismo*, se ha opinado, por ejemplo, que los jueces internos, como «jueces internacionales», tienen competencia para controlar la legalidad de las normas internacionales, incorporadas al Derecho interno, tomando como parámetro el propio sistema de normas de validez internacional, con el poder para inaplicar el tratado viciado en el caso concreto, como medida para asegurar esa legalidad externa, *lo que prueba un cierto monismo*.

⁶³ La obligación de reparación «en forma adecuada» ha sido elevada a principio general en el ámbito internacional en el famoso *Caso Usine Chorzów*, de la Corte Permanente de Justicia Internacional de 1927. Dicho caso fue utilizado recientemente por la CIJ en el asunto *Avena y otros (México vs. EUA*, 31 de marzo de 2004), que ya hemos mencionado. Así también, la CIJ en la opinión consultiva de 9 de julio de 2004 (sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro, en relación con el conflicto entre Israel y Palestina): «[...] *Israel accordingly has the obligation to cease forthwith the works of construction of the wall being built by it in the Occupied Palestinian Territory [...] All legislative and regulatory acts adopted with a view to its construction [...] must forthwith be repealed or rendered ineffective, except in so far as such acts, by providing for compensation or other forms of reparation for the Palestinian population, may continue to be relevant for compliance by Israel with the obligations referred in paragraph 153 below [...]*».

⁶⁴ El proyecto de la Comisión de Derecho internacional, sobre responsabilidad internacional de los Estados, aunque trata de forma general ese aspecto, comprende fórmulas adecuadas para el caso de incumplimiento de los tratados de derechos humanos, porque, por un lado, prevé la obligación de los Estados de terminar con el estado de violación respectivo, así como la obligación de reparar a través de la restitución, como remedio principal (arts. 29-31); por otro, excluye la posibilidad de imponer contra medidas que afecten obligaciones relativas a la protección de derechos humanos [art. 50.1.b)]. Utilizaremos dicho proyecto como evidencia de la doctrina académica y jurisprudencial rectora en muchos países sobre el tema, por constituir una síntesis resultante de la recopilación jurídica y estudio realizado por más de cincuenta años, cuya codificación más bien ha tenido como único inconveniente los intereses políticos de las grandes potencias, si se analizan sus posturas a lo largo de su paulatina conformación. «Report of the International Law Commission, fifty-third session», *Official Records of the General Assembly, Fifty-sixth session, Supplement* núm. 10 (A/56/10), chp. IV. E.1. Resulta ilustrativo también el estudio de E. KLEIN, «Individual Reparation Claims under the International Covenant on Civil and Political Rights: The Practice of the Human Rights Committee», en A. RANDELZHOFFER *et al.* (eds.), *State Responsibility and...*, *op. cit.*, p. 28.

⁶⁵ STEDH, *Papamichalopoulos vs. Grecia* (art. 50), 30 de octubre de 1995. S. Corte IDH, *Cantoral Benavides vs. Perú*, 18 de agosto de 2000. Sentencia de reparaciones de 3 de diciembre de 2001. Resolución de cumplimiento de sentencia de 27 de noviembre de 2003, entre muchas otras.

miembros y, lógicamente, en la actuación de los poderes públicos nacionales. El artículo 63 de la CADH establece que debe disponer, de ser procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada⁶⁶. Gran parte de la doctrina académica ha entendido que las sentencias regionales sobre derechos humanos son susceptibles de producir efectos en el plano nacional⁶⁷.

Desde cierta óptica, podría decirse que la incorporación estatal de los sistemas regionales sobre derechos humanos, por un lado, ha producido la vida de ese sistema en relación con el Estado y los particulares sometidos a su jurisdicción, así como la posibilidad de que aquél resulte responsable de cara al sistema internacional⁶⁸; por otro lado, ha generado la integración al ordenamiento nacional de una norma de producción externa vinculante para los poderes públicos que encarnan la voluntad estatal en relación con los particulares. Es verdad que, la Corte IDH, al declarar la existencia de una violación de derechos atribuye dicha situación al Estado respectivo, porque no tiene competencia para imputar responsabilidad jurídica alguna a la autoridad que concretamente participó en los hechos respectivos. Sin embargo, la incorporación de los tratados regionales sobre derechos humanos al Derecho interno podría concebirse como fuente de una obligación genérica del Estado (responsabilidad internacional) a una obligación individualizada a cargo de los poderes públicos competentes y responsables de hacer valer el derecho o libertad en juego en beneficio del particular afectado. De ahí que, en principio, el incumplimiento de las sentencias regionales estimatorias y, consecuentemente, de los tratados regionales sobre derechos humanos⁶⁹, en cierto sentido, deba entenderse reflejado a nivel internacional, en las relaciones del individuo afectado y el Estado (principalmente), así como a nivel interno, en las relaciones del individuo afectado y los poderes públicos contraventores de la norma de producción externa⁷⁰.

El continuo estado de incumplimiento de una sentencia internacional sobre derechos humanos es susceptible de producir una situación antijurídica continuada y trascendente, tanto para el ordenamiento internacional aplicable, como para el Derecho de producción nacional. En ese orden de ideas, podría pensarse que la contravención a una sentencia regional sobre derechos humanos implica-

⁶⁶ Vid. S. Corte IDH, *Aloeboetoe y otros*. Reparaciones, 10 de septiembre de 1993.

⁶⁷ D. LIÑÁN NOGUERAS, «Efectos de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Derecho Español», *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 2, 1985, pp. 361-362. J. M.^a MORENILLA RODRÍGUEZ, «La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Boletín de Información*, Ministerio de Justicia, año XLIV, núm. 1.554, 15 de febrero de 1990.

⁶⁸ «[...] en lo que concierne a los derechos humanos protegidos por la Convención, la competencia de los órganos establecidos por ella se refiere exclusivamente a la responsabilidad internacional del Estado y no a la de los individuos [...]». OC Corte IDH 14/94, 9 de diciembre de 1994. Pero, en la resolución de 28 de noviembre de 2002, de cumplimiento a la S. Corte IDH, *Olmedo Bustos y otros vs. Chile*, 5 de febrero de 2001, aclaró que: «[...] Las obligaciones convencionales de los Estados partes vinculan a todos los poderes o funciones del Estado [...]».

⁶⁹ Desde cierta perspectiva, si un tratado ha adquirido validez formal a nivel interno y confiere a ciertos órganos el poder para emitir decisiones vinculantes, entonces la obligatoriedad de tales decisiones emana directamente del carácter vinculante del propio tratado. B. CONFORTI, *International Law and...*, op. cit., p. 37.

⁷⁰ J. BROWN SCOTT, «The legal nature of International Law», *American Journal of International Law*, vol. I, parte II, 1907, p. 850.

ría el quebrantamiento de principios de Derecho internacional y nacional, con trascendencia en la esfera jurídica de los particulares⁷¹, así como en el catálogo de atribuciones y responsabilidades de los poderes públicos⁷².

A partir de esa visión, podría indicarse que las sentencias regionales producen efectos tanto en el plano internacional, como a nivel nacional en los Estados respectivos, aun cuando, en el ámbito interno, a falta de una imputación concreta de parte del tribunal regional a los poderes públicos respectivos, deban ser éstos quienes asuman la responsabilidad de terminar con el estado de violación respectivo, so pena de que sea el particular afectado quien active los mecanismos nacionales idóneos para que dichos agentes públicos sean impulsados a actuar en tal sentido⁷³. Así, las sentencias internacionales condenatorias generan un deber de reparación adecuada a cargo del Estado, que produce un impacto en las facultades, competencia y responsabilidades de los poderes públicos nacionales que, conforme a aquéllas, tengan la obligación de restituir a las víctimas en el goce de los derechos humanos transgredidos; o bien, de terminar con el estado de violación que continúe afectando a las víctimas.

En definitiva, las autoridades del Estado mexicano deben tener presente que los derechos humanos se han convertido en un marco ético de referencia a través del cual son valorados los gobiernos⁷⁴.

B) ¿Qué autoridades del Estado mexicano están obligadas a concretar el deber de reparación adecuada derivado de la sentencia *Campo Algodonero*?

Los poderes públicos del Estado mexicano, que tienen la competencia genérica para hacer frente a las reparaciones que la Corte IDH determinó en la sentencia *Campo Algodonero* son los siguientes⁷⁵:

⁷¹ El *Tribunal de la Seine* (Francia) determinó, mediante sentencia de diciembre de 1927, que el hecho de que ciertas convenciones internacionales protegieran a los ciudadanos de los Estados impedía que una ley nacional posterior modificara bruscamente sus efectos. Caso referido en R. D. MASTERS, *International Law in national courts. A study of the enforcement of International Law in German, Swiss, French and Belgian Courts*, New York, Columbia University Press, 1932, p. 161.

⁷² En ese sentido, parte de la doctrina académica ha reiterado la necesidad de continuar en dirección de una progresiva individualización de las normas internacionales. Vid. A.-M. SLAUGHTER y W. BURKE WHITE, «An International Constitutional Moment», *Harvard International Law Journal*, vol. 43, núm. 1, 2002, pp. 13-16. «[...] The commitment is made by "the state" which, in this context, must mean all the three branches of government [...]». N. JAYAWICKRAMA, *The judicial application of Human Rights Law. National, Regional and International Jurisprudence*, UK, Cambridge University Press, 2000, pp. 96-97. También a partir de esa lógica, por ejemplo, la Corte de Apelaciones de EUA determinó en el asunto *People of Saipan vs. United States Department*, que si bien el tratado internacional aplicable al caso obligaba al Estado, el Alto Comisionado tenía la responsabilidad de actuar en forma tal que fuera consistente con las obligaciones asumidas por EUA a través del tratado, 502 F.2d. 90 (9th Cir. 1974). B. E. CARTER y Ph. R. TRIMBLE, *International Law*, 3.^a ed., New York, Aspen Law & Business, 1999, p. 196.

⁷³ F. SILVA GARCÍA, *Derechos humanos. Efectos...*, op. cit.

⁷⁴ G. CAÑAS, «Entrevista sesenta años de la declaración universal de los derechos humanos: Kenneth Roth», *El País semanal*, núm. 1.680 (diciembre de 2008).

⁷⁵ Debe destacarse que en todo caso la responsabilidad internacional recae sobre el Estado mexicano y no sobre alguno de sus órganos o poderes en específico, sin que ello signifique que no deba existir coordinación entre los poderes y autoridades, así como actuación separada de cada órgano para cumplimentar el fallo. Como bien lo ha sostenido GARCÍA RAMÍREZ en un importante

a) *Obligaciones a cargo del procurador general de la República y del procurador de justicia del Estado de Chihuahua*

La Corte IDH estableció que el Estado: i) deberá conducir eficazmente el proceso penal en curso y, de ser el caso, los que se llegasen a abrir, para identificar, procesar y, en su caso, sancionar a los responsables materiales e intelectuales de la desaparición, maltratos y privación de la vida de las jóvenes González, Herrera y Ramos, conforme a una serie de directrices (perspectiva de género, transparencia, garantías de seguridad, atención a las víctimas, etc.); ii) deberá continuar con la estandarización de todos sus protocolos para investigar todos los delitos que se relacionen con desapariciones, violencia sexual y homicidios de mujeres; iii) deberá crear una página electrónica con la información personal necesaria de todas las mujeres, jóvenes y niñas que desaparecieron en Chihuahua desde 1993 y que continúan desaparecidas; iv) deberá crear o actualizar una base de datos que contenga la información personal disponible de mujeres y niñas desaparecidas a nivel nacional, datos genéticos de los familiares de las personas desaparecidas, así como la información genética y muestras celulares provenientes de los cuerpos de cualquier mujer o niña no identificada que fuera privada de la vida en el Estado de Chihuahua; asimismo vi) deberá continuar implementando programas y cursos permanentes de educación y capacitación en derechos humanos y género; perspectiva de género para la debida diligencia en la conducción de averiguaciones previas relacionadas con discriminación, violencia y homicidios de mujeres por razones de género, y superación de estereotipos sobre el rol social de las mujeres dirigidos a funcionarios públicos.

A nuestro juicio, dichas reparaciones le corresponde cumplimentarlas al Estado a través de la Procuraduría General de la República en coordinación con la Procuraduría de Justicia del Estado de Chihuahua, de conformidad con los preceptos legales siguientes:

El artículo 102 A, de la Norma Suprema establece:

«Artículo 102.

A) La ley organizará el Ministerio Público de la Federación, cuyos funcionarios serán nombrados y removidos por el Ejecutivo, de acuerdo con la ley respectiva. El Ministerio Público de la Federación estará presidido por un procurador general de la República, designado por el titular del Ejecutivo Federal con ratificación del Senado o, en sus recesos, de la Comisión Permanente. Para ser procurador se requiere: ser ciudadano mexicano por nacimiento; tener cuando menos treinta y cinco años cumplidos el día de la designación; contar, con antigüedad mínima de diez años, con título profesional de licenciado en Derecho; gozar de buena reputación, y no haber sido condenado por delito doloso. El procurador podrá ser removido libremente por el Ejecutivo.

voto concurrente: «...el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio —sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto— y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional», *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, resuelto el 25 de noviembre de 2003, párrafo 27.

Incumbe al Ministerio Público de la Federación, la persecución, ante los tribunales, de todos los delitos del orden federal; y, por lo mismo, a él le corresponderá solicitar las órdenes de aprehensión contra los inculpados; buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos; hacer que los juicios se sigan con toda regularidad para que la administración de justicia sea pronta y expedita; pedir la aplicación de las penas e intervenir en todos los negocios que la ley determine.

[...]

El procurador general de la República y sus agentes, serán responsables de toda falta, omisión o violación a la ley en que incurran con motivo de sus funciones».

Los artículos 3.º, 5.º y 11 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, establece lo siguiente:

«Artículo 3.º El procurador general de la República intervendrá por sí o por conducto de agentes del Ministerio Público de la Federación en el ejercicio de las atribuciones conferidas por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la presente ley y las demás disposiciones aplicables».

«Artículo 5.º Corresponde a la Procuraduría General de la República:

I. Participar en el Sistema Nacional de Seguridad Pública de conformidad con la ley de la materia y demás disposiciones aplicables.

En el ejercicio de esta atribución el procurador general de la República deberá:

a) Participar en las instancias de coordinación que correspondan en el ámbito de competencia de la Procuraduría General de la República, y dar cumplimiento a los acuerdos y resoluciones que se adopten en las mismas; [...]

III. Instrumentar y aplicar mecanismos de coordinación con la Secretaría de Seguridad Pública y con otras instituciones de seguridad pública de las entidades federativas y de los municipios para la investigación de los delitos. En el ejercicio de esta función, las policías actuarán bajo la conducción y mando del Ministerio Público de la Federación; [...]

VII. Promover la celebración de tratados internacionales y acuerdos interinstitucionales en asuntos relacionados con sus atribuciones, así como vigilar su cumplimiento, en coordinación con la Secretaría de Relaciones Exteriores y las demás dependencias de la Administración Pública Federal involucradas; [...]

«Artículo 11. Para el desarrollo de las funciones de la Procuraduría General de la República y del Ministerio Público de la Federación, se contará con un sistema de especialización y de coordinación regional y desconcentración, sujeto a las bases generales siguientes:

I. Sistema de especialización: [...]

b) Las unidades administrativas especializadas actuarán en la circunscripción territorial que mediante acuerdo determine el procurador, en coordinación con las demás unidades administrativas competentes, y [...]

II. Sistema de coordinación regional y desconcentración:

a) La Procuraduría General de la República actuará con base en un sistema de coordinación regional y desconcentración, por conducto de unidades administrativas que ejercerán sus funciones en las circunscripciones territoriales que establezcan las disposiciones aplicables; [...]

g) El procurador general de la República expedirá las normas necesarias para la coordinación y articulación de las unidades administrativas en cada circunscripción

territorial con las áreas centrales, los órganos desconcentrados y las unidades especializadas, a efecto de garantizar la unidad de actuación y dependencia jerárquica del Ministerio Público de la Federación».

Asimismo, el artículo 7.º, fracciones I y II, de la Ley Orgánica del Ministerio Público del Estado de Chihuahua, prevé:

«Artículo 7.º El procurador general de Justicia, a quien corresponde la titularidad suprema del Ministerio Público en el Estado, tiene las siguientes atribuciones:

I. Determinar la política general del Ministerio Público y, en especial, las prioridades que deben orientar la investigación de hechos delictivos y los criterios para el ejercicio de la acción penal.

II. Proponer al Ejecutivo del Estado los proyectos de reglamentos, decretos, acuerdos, convenios, acciones y mecanismos relativos a los asuntos de la competencia de la Procuraduría General».

b) Obligaciones a cargo del Poder Judicial del Estado de Chihuahua

La Corte IDH subrayó que el Estado debe procesar y, en su caso, sancionar a los responsables materiales e intelectuales de la desaparición, maltratos y privación de la vida de las jóvenes González, Herrera y Ramos; asimismo, que debe continuar implementando programas y cursos permanentes de educación y capacitación en derechos humanos y género; perspectiva de género para la debida diligencia en la conducción de procesos judiciales relacionados con discriminación, violencia y homicidios de mujeres por razones de género, y superación de estereotipos sobre el rol social de las mujeres dirigidos a funcionarios públicos. En tal sentido, las reparaciones antes señaladas corresponde realizarlas al Centro de Formación y Actualización Judicial, así como, desde luego, a los jueces penales del Poder Judicial de la entidad federativa.

Así, los artículos 145.j) y 146 de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Chihuahua, prevén lo siguiente:

«Artículo 145.j). El Centro de Formación y Actualización Judicial tiene por objeto la capacitación, formación, actualización y profesionalización de los funcionarios y empleados del Poder Judicial de la Entidad, que dependerá del Pleno del Supremo Tribunal de Justicia».

«Artículo 146. Los Juzgados de Primera Instancia podrán ser de los ramos civil, familiar o penal o mixtos. Tendrán jurisdicción en todo el distrito y residirán en su cabecera, salvo determinación del Pleno en sentido diverso. Cuando haya dos o más de la misma materia, se les denominará en forma ordinal señalando su ramo.

La jurisdicción de primera instancia en materia penal estará a cargo de los jueces de garantía y de los tribunales de juicio oral, en los términos de la legislación procesal. Los jueces de garantía tienen a su cargo el ejercicio de las atribuciones de control judicial establecidas en el artículo 16, párrafo 13, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos».

Asimismo, los artículos 165 y 126 del Código Penal del Estado de Chihuahua, establecen lo siguiente:

«Artículo 165. Al servidor público que con motivo de sus atribuciones, detenga y mantenga oculta a una o varias personas, o bien autorice, apoye o consienta que otros lo hagan sin reconocer la existencia de tal privación o niegue información sobre

su paradero, impidiendo con ello el ejercicio de los recursos legales y las garantías procesales procedentes, se le sancionará con prisión de quince a cuarenta años y de trescientos a mil días multa, destitución e inhabilitación para el desempeño de cualquier cargo, empleo o comisión hasta por diez años.

Al particular que por orden, autorización o con el apoyo de un servidor público participe en los actos descritos en el párrafo anterior, se le impondrán prisión de ocho a quince años y de ciento cincuenta a quinientos días multa.

Las sanciones previstas en los párrafos precedentes se disminuirán en una tercera parte, cuando el agente suministre información que permita esclarecer los hechos y, en una mitad, cuando contribuya a lograr la aparición con vida de la víctima».

«Artículo 126. Cuando la víctima del delito de homicidio sea del sexo femenino o menor de edad, se aplicarán las penas previstas en el segundo párrafo del artículo anterior.

Si además del homicidio, se cometen en perjuicio de la víctima otros delitos, deberá imponerse pena por cada delito cometido aún y cuando con ello se exceda el máximo de la pena de prisión».

c) *Obligación a cargo del procurador y subprocuradores del Estado de Chihuahua*

La Corte IDH determinó que el Estado deberá, dentro de un plazo razonable, investigar, por medio de las instituciones públicas competentes, a los funcionarios acusados de irregularidades y, luego de un debido proceso, aplicará las sanciones administrativas, disciplinarias o penales correspondientes a quienes fueran encontrados responsables. Asimismo, que se debía realizar, dentro de un plazo razonable, las investigaciones correspondientes y, en su caso, sancionar a los responsables de los hostigamientos de los que han sido objeto los familiares de las víctimas.

El artículo 27 de la Ley Orgánica del Ministerio Público del Estado de Chihuahua, prevé lo siguiente:

«Artículo 27. El procedimiento para la aplicación de sanciones a los servidores públicos del Ministerio Público y de la Procuraduría se tramitará por quien ejerza la titularidad de esta última; por el subprocurador general, por los subprocuradores de zona o por el servidor público a quien administrativamente se delegue esta facultad. En tanto, las correspondientes sanciones serán impuestas por la Subprocuraduría de Control Interno, Análisis y Evaluación.

Las sanciones se podrán imponer en los siguientes casos:

- I. Por no cumplir el servicio y las obligaciones que les sean encomendadas.
- II. Por no conservar y custodiar los materiales, herramientas y equipo, y la documentación e información que tenga bajo su cuidado.
- III. Por faltar más de tres días a sus labores sin causa justificada, dentro de un periodo de treinta días.
- IV. Causar daños por intención, omisión, descuido, impericia o negligencia, en los edificios, obras, maquinaria, instrumentos de trabajo, materias primas y demás bienes que tenga bajo su custodia.
- V. Presentarse al servicio en estado de embriaguez o bajo la influencia de alguna sustancia tóxica, narcótica o enervante.
- VI. No tratar con el debido respeto a los servidores públicos y a las personas en general.

VII. No guardar la debida reserva en los asuntos que por razón de su función le competen.

VIII. Las demás que deriven de la presente ley, de la Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos y demás disposiciones legales, reglamentarias y administrativas aplicables».

d) Obligaciones a cargo del secretario de Gobernación y del secretario general de Gobierno del Estado de Chihuahua

La Corte IDH estableció que el Estado mexicano deberá, en el plazo de seis meses a partir de la notificación de la sentencia, publicar en el *Diario Oficial de la Federación*, en un diario de amplia circulación nacional y en un diario de amplia circulación en el Estado de Chihuahua, por una sola vez, algunos párrafos y los puntos resolutiveos de la sentencia *Campo Algodonero*. Adicionalmente, el Tribunal señaló que el Estado deberá publicar la presente sentencia íntegramente en una página electrónica oficial del Estado.

Desde nuestro punto de vista, dichas reparaciones corresponde realizarlas al secretario de Gobernación y al secretario general de Gobierno del Estado de Chihuahua. El artículo 3.º de la Ley del *Periódico Oficial* del Estado de Chihuahua, prevé lo siguiente:

«Artículo 3.º: El *Periódico Oficial* es el órgano de gobierno de carácter permanente e interés público, dependiente de la *Secretaría General de Gobierno*, cuya función consiste en publicar en el territorio estatal, las leyes, reglamentos, acuerdos, circulares, órdenes y demás actos expedidos por las autoridades facultadas para ello, a fin de que sean publicitados, observados debidamente y produzcan efectos vinculatorios».

Por su parte, el artículo 27 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, establece lo siguiente:

«Artículo 27. A la Secretaría de Gobernación corresponde el despacho de los siguientes asuntos:

[...]

2. Publicar las leyes y decretos del Congreso de la Unión, alguna de las dos Cámaras o la Comisión Permanente y los reglamentos que expida el presidente de la República, en términos de lo dispuesto en la fracción primera del artículo 89 constitucional, así como las resoluciones y disposiciones que por ley deban publicarse en el *Diario Oficial de la Federación*.

3. Administrar y publicar el *Diario Oficial de la Federación*».

e) Obligaciones del secretario de relaciones exteriores y del consultor jurídico de dicha dependencia

La Corte IDH determinó que el Estado mexicano debía recopilar los diversos datos relativos a los avances concernientes al cumplimiento de la sentencia e informar a la Corte, en los plazos previstos en aquella, lo que corresponde al secretario de relaciones exteriores a través del consultor jurídico de dicha dependencia, de conformidad con los artículos 1.º y 13 del Reglamento Interior de la Secretaría de Relaciones Exteriores, que prevén:

«Artículo 1.º La Secretaría tiene a su cargo las atribuciones y el despacho de los asuntos que expresamente le encomiendan la Constitución Política de los Estados

Unidos Mexicanos, la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, la Ley del Servicio Exterior Mexicano, la Ley sobre la Celebración de Tratados y otras leyes, así como los reglamentos, decretos, acuerdos y órdenes relativos que expida el presidente de los Estados Unidos Mexicanos».

«Artículo 13. Al frente de la Consultoría Jurídica habrá un consultor jurídico, quien tendrá las atribuciones siguientes: [...]

XII. Tomar las medidas conducentes para el cumplimiento de la Ley sobre la Celebración de Tratados; [...]

XVII. Cumplir con los compromisos derivados de tratados internacionales, cuando haya sido designada como autoridad ejecutora; [...]

XIX. Vigilar y dar seguimiento a la instrumentación jurídica de los compromisos derivados de tratados internacionales y coadyuvar con otras áreas de la Secretaría y las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal en la armonización de la legislación nacional que facilite el cumplimiento de tales compromisos; [...]

XXI. Proporcionar la información de tratados que le sea requerida, de conformidad con las disposiciones aplicables y los lineamientos que establezca el secretario».

f) *Obligaciones a cargo del presidente de la República*

La Corte IDH determinó que el Estado deberá, en el plazo de un año a partir de la notificación de la sentencia, realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional, en relación con los hechos del presente caso, en honor a la memoria de las jóvenes Ramos, González y Herrera. A nuestro juicio, dicha reparación corresponde realizarla al presidente de la República, que tiene a su cargo la representación del Estado mexicano frente al Derecho internacional, de conformidad con lo previsto en el artículo 89, fracción X, de la Norma Suprema:

«Artículo 89. Las facultades y obligaciones del presidente, son las siguientes: [...]

X. Dirigir la política exterior y celebrar tratados internacionales, así como terminar, denunciar, suspender, modificar, enmendar, retirar reservas y formular declaraciones interpretativas sobre los mismos, sometiéndolos a la aprobación del Senado. En la conducción de tal política, el titular del Poder Ejecutivo observará los siguientes principios normativos: la autodeterminación de los pueblos; la no intervención; la solución pacífica de controversias; la proscripción de la amenaza o el uso de la fuerza en las relaciones internacionales; la igualdad jurídica de los Estados; la cooperación internacional para el desarrollo; y la lucha por la paz y la seguridad internacionales. [...]

g) *Obligaciones a cargo del Ayuntamiento y de la Comisión de Nomenclatura y Documentos, del Municipio de Juárez, del Estado de Chihuahua*

La Corte IDH determinó que el Estado deberá, en el plazo de un año a partir de la notificación de la sentencia, levantar un monumento en memoria de las mujeres víctimas de homicidio por razones de género en Ciudad Juárez; que se

develará en la misma ceremonia en la que el Estado (como vimos, el presidente de la República) reconozca públicamente su responsabilidad internacional, en cumplimiento de lo ordenado en el punto resolutivo anterior. Dicha reparación corresponde ordenarla y dirigirla al Ayuntamiento y a la Comisión de Nomenclatura y Documentos, del Municipio de Juárez del Estado de Chihuahua, en términos de los artículos 3.º y 9.º del Reglamento de Nomenclatura y Monumentos para el Municipio de Juárez, que establecen lo siguiente:

«Artículo 3.º Habrá un Consejo Consultivo y una Comisión de Nomenclatura y Monumentos».

«Artículo 9.º Son atribuciones de la Comisión:

I. Proponer al Ayuntamiento las políticas, normas, planes y programas sobre nomenclatura, erección de monumentos y colocación de placas conmemorativas dentro del Municipio de Juárez.

II. Realizar estudios, análisis y proyectos, mismos que serán turnados al Ayuntamiento para que decida sobre la asignación, de nombres a calles, colonias, fraccionamientos, conjuntos urbanos, parques; así como la erección y reubicación de monumentos y colocación de placas conmemorativas en el Municipio de Juárez; [...]».

h) Obligaciones a cargo del Congreso del Estado de Chihuahua y del secretario de planeación y evaluación de dicha entidad federativa

La Corte IDH precisó que el Estado deberá pagar las indemnizaciones y compensaciones por daños materiales e inmateriales y el reintegro de costas y gastos, según corresponda, bajo las condiciones y términos establecidos en la sentencia. Toda vez que los hechos del caso se actualizaron en el Estado de Chihuahua, estimamos que corresponde a dicho orden jurídico sufragar los gastos correspondientes, a través de su debida programación en el presupuesto de egresos más próximo, lo que puede desprenderse del artículo 64 de la Constitución del Estado de Chihuahua y del numeral 6.º de la Ley de Presupuesto de Egresos, Contabilidad y Gasto Público del Estado de Chihuahua, que prevén lo siguiente:

«Artículo 64. Son facultades del Congreso:

[...]

VI. Examinar, discutir y aprobar anualmente el presupuesto de egresos del Estado, discutiendo y aprobando primero las contribuciones que a su juicio deben decretarse para cubrirlo.

El Ejecutivo del Estado hará llegar al Congreso la Iniciativa de Ley de Ingresos y el Proyecto de Presupuesto de Egresos, a más tardar el día 30 de noviembre, debiendo comparecer el encargado de las finanzas del Estado a dar cuenta de las mismas; [...]».

«Artículo 6.º La Secretaría de Planeación y Evaluación regulará la programación y la evaluación del gasto público, y comprenderá los objetivos, estrategias y metas a realizar; de acuerdo con el Plan Estatal de Desarrollo que para tal efecto emita el Ejecutivo.

La Secretaría integrará los programas operativos anuales en el proyecto de presupuesto; la formulación del proyecto de presupuesto, el registro contable y control financiero del ejercicio del gasto público y la elaboración de la cuenta pública del Gobierno del Estado, dictando las disposiciones procedentes para el eficaz cumplimiento de sus funciones.

El control del ejercicio de los recursos públicos y la evaluación de los resultados de la aplicación del presupuesto, del gasto público y del avance de los programas de las dependencias y los organismos, se efectuarán por conducto de la Secretaría de Planeación y Evaluación y la Secretaría de la Contraloría, en el ámbito de sus respectivas competencias. La evaluación a que se refiere el segundo párrafo del artículo anterior, estará a cargo de la Secretaría de Planeación y Evaluación.

Si el Congreso dejare de expedir oportunamente el presupuesto de egresos, continuará rigiendo el presupuesto que hubiere estado vigente el año anterior».

i) *Obligación a cargo de la Secretaría de Educación y Cultura del Estado de Chihuahua*

La Corte IDH determinó que el Estado deberá, dentro de un plazo razonable, realizar un programa de educación destinado a la población en general de Chihuahua, con el fin de superar dicha situación, para lo cual se debería presentar un informe anual por tres años, en el que se indiquen las acciones que se han realizado con tal fin. Estas reparaciones entran dentro del ámbito competencial de la Secretaría de Educación y Cultura del Estado de Chihuahua, en términos de los artículos 2.º, 4.º y 10 de la Ley de Seguridad Escolar para el Estado de Chihuahua, que en lo conducente, disponen lo siguiente:

«Artículo 2.º La presente ley tiene por objeto: [...]

IV. Regular las acciones, proyectos y programas en la materia de corto, mediano y largo plazo, que permitan su seguimiento y evaluación constante, así como una eventual rectificación; en todo caso, se dará prioridad a su implementación en las zonas de alta incidencia de inseguridad pública [...]

«Artículo 4º. Los programas y acciones de enlace escolar y de seguridad pública, tenderán principalmente a modificar las actitudes y formar hábitos y valores de los alumnos a efecto de prevenir la inseguridad».

«Artículo 10. Corresponde a la Secretaría de Educación y Cultura: [...]

V. Formular y desarrollar programas y realizar las acciones que le competen, en materia de seguridad escolar, coordinándose, en su caso, con las demás dependencias del Ejecutivo Estatal, según sus respectivas esferas de competencia, o con los municipios de la Entidad y con la sociedad; [...]

j) *Obligaciones a cargo de la Secretaría de Salud del Estado de Chihuahua*

La Corte IDH determinó que el Estado debe brindar atención médica, psicológica o psiquiátrica gratuita, de forma inmediata, adecuada y efectiva, a través de instituciones estatales de salud especializadas, a los familiares de las víctimas mencionados en la sentencia, si éstos así lo desean, lo que corresponde realizar a la Secretaría de Salud del Estado de Chihuahua, en términos de los artículos 3.º y 8.º de la Ley Estatal de Salud, que prevén lo siguiente:

«Artículo 3.º En los términos de la Ley General de Salud y de esta Ley, corresponde al Estado:

A) En materia de salud general.

I. La atención médica, preferentemente en beneficio de grupos vulnerables.

II. La atención materno-infantil.

- III. La prestación de servicios de planificación familiar.
- IV. La salud mental.
- V. La organización, coordinación y vigilancia del ejercicio de las actividades profesionales, técnicas y auxiliares para la salud.
- VI. La promoción de la formación de recursos humanos para la salud; así como su capacitación y actualización permanente.
- VII. La coordinación de la investigación para la salud y el control de esta en seres humanos.
- VIII. La información relativa a las condiciones, recursos y servicios de salud.
- IX. La educación para la salud.
- X. La prestación y vigilancia en materia de nutrición.
- XI. La prevención y el control de los efectos nocivos de los factores ambientales en la salud del hombre.
- XII. La salud ocupacional en los términos del artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- XIII. La prevención y el control de enfermedades transmisibles y accidentes.
- XIV. La prevención y el control de las enfermedades no transmisibles.
- XV. La prevención de la discapacidad y la rehabilitación de las personas con discapacidad.
- XVI. La asistencia social.
- XVII. La participación con las autoridades federales en el desarrollo de los programas contra el alcoholismo y el tabaquismo.
- XVIII. El control sanitario de los expendios de alimentos, bebidas alcohólicas y no alcohólicas.
- XIX. Las demás que establezca la Ley General de Salud».

«Artículo 8.º La Secretaría de Salud promoverá la participación, en el Sistema Estatal de Salud, de los prestadores de servicios de salud de los sectores públicos, social y privado, así como de sus trabajadores y de los usuarios de los mismos, en los términos de las disposiciones que al efecto se expidan».

8. ¿QUÉ HACER FRENTE A LAS OMISIONES DE LOS PODERES PÚBLICOS DE ACATAR LA SENTENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA? EL PROCEDIMIENTO EN VÍA DE REGRESO ⁷⁶

La experiencia ha puesto de manifiesto que no es del todo común que los propios órganos públicos con competencia general tomen la iniciativa para hacer cesar las violaciones presentes y actuales declaradas en las sentencias regionales de derechos humanos. Pero, ¿es conforme a Derecho el mantenimiento de una situación inconveniente en perjuicio de un particular en algún Estado miembro? Se ha denominado *procedimiento en vía de regreso* ⁷⁷, a los pasos que, en algunos casos, ha tenido que recorrer el particular para conseguir la actividad del Estado destinada al cese de la lesión perpetrada y a la reparación de la lesión sufrida, en el caso de sentencias regionales estimatorias. Es decir, la falta de mecanismos *ad hoc* a esos efectos, en algunos Estados miembros, ha orillado a las víctimas y a los poderes públicos a acudir a las

⁷⁶ M.ª T. JAREÑO MACÍAS, *La relación del Tribunal Constitucional español y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, 2000 (tesis doctoral, Facultad de Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid). Vid. F. SILVA GARCÍA, *Derechos humanos. Efectos de las sentencias internacionales*, México. Porrúa, 2007.

⁷⁷ El término es utilizado en M.ª T. JAREÑO MACÍAS, *La relación del..., op. cit.*, pp. 371-373.

vías y mecanismos genéricos para tratar de lograr la restitución en el goce de los derechos convencionalmente reconocidos. Finalmente, esas vías y recursos genéricos se encuentran disponibles en el ordenamiento jurídico y, asimismo, han sido previstos por el legislador con el fin de remediar los actos contrarios a Derecho.

En los casos en que el tribunal regional sobre derechos humanos ha declarado inconvencional un acto administrativo, la obligación de reparación adecuada a cargo del Estado no presenta tantas dificultades, tomando en cuenta que, a diferencia de las sentencias nacionales firmes, la estabilidad del acto administrativo nacional no suele estar fuertemente protegida por el ordenamiento jurídico. En algunos sistemas jurídicos es común la existencia de mecanismos de Derecho público que permiten la eliminación de actos administrativos por motivos de oportunidad, que son, por tanto, susceptibles de restituir a la víctima en el goce de los derechos violados, en el caso de que hayan sido declarados inconvencionales. Así, por ejemplo, en cumplimiento de la sentencia dictada en el *Caso Lamguindaz*, se llegó a un acuerdo entre las partes por virtud del cual el Gobierno inglés suspendió la ejecución de la orden de expulsión decretada por el ministro de Interior, autorizando la entrada al país y un permiso de residencia a la víctima de las violaciones constatadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁷⁸. Así también, a propósito del *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*, las autoridades competentes declararon nula la resolución que había dejado sin efecto el título de nacionalidad de la víctima, como respuesta al informe y recomendaciones de la Comisión interamericana⁷⁹.

La cuestión se complica tratándose del cumplimiento de sentencias regionales que han declarado inconvencional una sentencia judicial firme, ya que, como hemos visto, la estabilidad de estas últimas generalmente se encuentra reforzada por distintas normas y figuras procesales. Pese a la existencia de dichas dificultades, tanto en el sistema interamericano como en el europeo, existen algunos casos en que la actuación de los órganos regionales de derechos humanos ha sido tomada como base para dejar sin efectos la ejecución de sentencias nacionales firmes. En el asunto *Loayza Tamayo*, la Corte IDH dictó sentencia el 17 de septiembre de 1997, en la que ordenó la libertad de la víctima por violación al principio *non bis in idem* (doble enjuiciamiento)⁸⁰. En acatamiento a dicha sentencia, la liberación de la víctima fue realizada por el Estado el 16 de octubre de 1997⁸¹. En otro asunto, en el *Caso Suárez Rosero*, la Corte IDH declaró, entre otras cosas, que el proceso penal y la sentencia condenatoria por el delito de encubrimiento (vinculado al narcotráfico) contra dicha persona violó los derechos convencionales a la presunción de inocencia y a ser juzgado dentro de un plazo razonable o ser puesto en libertad (arts. 7.º5, 8.º1 y 8.º2 CADH)⁸². En la sentencia

⁷⁸ STEDH, *Lamguindaz vs. Reino Unido*, 28 de junio de 1993.

⁷⁹ S. Corte IDH, *Ivcher Bronstein vs. Perú*, 6 de febrero de 2001.

⁸⁰ S. Corte IDH, *Loayza Tamayo vs. Perú*, 17 de septiembre de 1997.

⁸¹ Es importante precisar, sin embargo, que a pesar de dicha respuesta, la Corte IDH ha estimado conveniente continuar requiriendo al Estado que informe sobre: «[...] la anulación efectiva de la condena penal a veinte años de prisión a la que fue sentenciada la profesora Loayza Tamayo [...]». Resolución sobre cumplimiento de 27 de noviembre de 2002.

⁸² Principalmente, porque: «[...] el hecho de que un tribunal ecuatoriano haya declarado culpable al señor Suárez Rosero del delito de encubrimiento no justifica que hubiese sido privado de liber-

de reparaciones, la Corte IDH determinó una reparación dineraria a cargo del Estado, considerando que la violación a la libertad personal de la víctima había quedado consumada. No obstante, en relación al proceso y sentencia condenatoria dictada por la jurisdicción nacional, la Corte IDH ordenó al Estado a: «[...] que no se ejecute la multa impuesta al señor Suárez Rosero y no se mantenga su nombre, por esta causa, en el Registro de Antecedentes Penales ni en el Registro que lleva el Consejo Nacional de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas [...]»⁸³. En cumplimiento a dicha sentencia, el Estado informó el 15 de febrero de 2001 que: «[...] el nombre del señor Suárez Rosero había sido eliminado de los registros de antecedentes penales de la Policía Nacional, que también había realizado gestiones en el Registro del Consejo Nacional de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas [...]», y que dicho Consejo había oficiado «[...] a las diferentes instituciones de control del sistema financiero [...], lo cual implica(ba) la inejecutabilidad de la multa impuesta [...]». Sobre dicho aspecto, la Corte tuvo por constatado que la multa mencionada no fue ejecutada y que fue eliminado el nombre de la víctima de los registros referidos⁸⁴. Así también, en México, con base en los informes⁸⁵ adoptados por la Comisión interamericana en el *Caso Manuel Manríquez*, el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal declaró inocente a dicho individuo a través del procedimiento interno de *reconocimiento de inocencia*, dejando sin efectos la sentencia «firme» que lo había condenado a veinticuatro años de prisión⁸⁶.

Lo que resulta interesante es que la implementación de las sentencias regionales sobre derechos humanos por parte de los poderes públicos nacionales, en los sistemas en que no existen recursos *ad hoc* a esos efectos, en algunos casos ha tenido lugar mediante mecanismos genéricos disponibles en el ordenamiento jurídico, que los tribunales nacionales han utilizado y adecuado para resolver en mayor o menor grado ese tipo de situaciones. En el caso de México, hemos visto que el procedimiento de reconocimiento de inocencia sirvió de base para tal fin. En ese sentido, podríamos pensar que si las autoridades enumeradas en el apartado anterior continuaran siendo omisas en cumplir con las reaparición sentadas en la sentencia *Campo Algodonero*, podría promoverse un juicio de amparo contra todas y cada una de dichas omisiones, si se considera que es contrario a Derecho el mantenimiento de una situación inconveniente en perjuicio de las víctimas dentro del Estado mexicano.

Como hemos dicho, en otras ocasiones, *las decisiones y/o recomendaciones de los órganos internacionales de protección de derechos humanos, que se encuentren en armonía con la protección de los derechos fundamentales reconocidos en la norma suprema, tienen eficacia en territorio nacional, al grado de hacer*

tad por más de tres años y diez meses, cuando la ley ecuatoriana establecía un máximo de dos años como pena para ese delito [...]». S. Corte IDH, *Suárez Rosero vs. Ecuador*, 12 de noviembre de 1997.

⁸³ S. Corte IDH, *Suárez Rosero vs. Ecuador*, 20 de enero de 1999 (reparaciones).

⁸⁴ Resolución de cumplimiento de la S. Corte IDH, *Suárez Rosero*, 27 de noviembre de 2003.

⁸⁵ En el informe preliminar (art. 59) 2/99, de 23 de febrero de 1999, la Comisión recomendó al Estado mexicano: «[...] 1. Que adopte las medidas necesarias para revisar la validez del proceso de Manuel Manríquez, en virtud de los derechos que le fueron conculcados —especialmente el valor de plena prueba dado a la confesión bajo tortura, como elemento para su condena—, a fin de que los órganos jurisdiccionales analicen debidamente su responsabilidad tanto por su eventual participación material en los homicidios [...]».

⁸⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 2/99, de 23 de febrero de 1999.

*procedente el juicio de amparo para su salvaguarda*⁸⁷. En apoyo a esta idea, el presidente de la SCJN, ministro Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, al discutir una serie de juicios de amparos en que se cuestionaba la procedencia o no de dicho proceso para impugnar la constitucionalidad de una serie de reformas a la norma suprema, especialmente en el Amparo en Revisión 186/2008, invocó la jurisprudencia sentada en el *Caso Castañeda* para sustentar su voto, y también adujo que:

«[...] al declararse en sentencia ejecutoriada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha habido esa violación, y al imponerle categóricamente a México como condena la obligación de crear este recurso, mientras no haya una creación especial del mismo, debemos tomar las medidas convenientes para que cualquiera de los medios de defensa que proceden contra leyes, tengan cabida, entre tanto se da la nueva normatividad; consecuentemente, he reconsiderado mi posición en estos términos y votaré en favor del proyecto [...]».

También puede ilustrar dicha idea, el siguiente criterio:

«Derechos fundamentales reconocidos en la Constitución federal y aludidos en la recomendación de alguna comisión de derechos humanos, amparo procedente en el caso de. Independientemente de que el incumplimiento a una recomendación emitida por una comisión de derechos humanos (nacional o internacional), no pueda ser reclamable en el amparo por sí misma, subsiste la posibilidad de que los actos de afectación de derechos fundamentales previstos en la Constitución Federal, mencionados o abarcados por la aludida recomendación, puedan ser de tal naturaleza (como la privación ilegal de libertad personal), que haga procedente el juicio de amparo para su salvaguarda, no por un posible incumplimiento a una recomendación, sino por la directa violación al derecho fundamental *per se*» (novena época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XVIII, agosto de 2003. Tesis: II.2.ºP.68, p. 1737. Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito. Amparo en revisión 136/2002, 13 de diciembre de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: José Nieves Luna Castro. Secretaria: Raquel Mora Rodríguez. Nota: Esta tesis aparece publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XVIII, julio de 2003, p. 1093; se publica nuevamente con el texto corregido).

Aunque sabemos que es casi irracional pedir que las víctimas favorecidas por una sentencia regional que soliciten un amparo para que los poderes públicos cumplan con la condena internacional, lo cierto es que sí existe un remedio ante las omisiones del Estado a esos efectos, que podría resultar eficaz para concretar las reparaciones respectivas, tomando en cuenta que resultaría «familiar» a las autoridades cumplir con los extremos de una sentencia de amparo, más que directamente con el fallo regional, sin que ello signifique que pensemos que sea un requisito *sine qua non* la promoción del juicio de garantías, ya que, como hemos dicho, para nosotros es claro que la sentencia internacional condenatoria tiene «eficacia directa» y obliga en forma inmediata a todas las autoridades mexicanas competentes a esos efectos.

⁸⁷ E. FERRER MAC-GREGOR y F. SILVA GARCÍA, *El Caso Castañeda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La primera sentencia internacional condenatoria en contra del Estado mexicano*, México, Porrúa-UNAM, 2009.

9. MEDIDAS DEL ESTADO MEXICANO ANTERIORES A LA SENTENCIA CONDENATORIA

La Corte IDH reconoció los esfuerzos del Estado mexicano para terminar con la situación de violación a los derechos humanos en Chihuahua, aunque advirtió que tales medidas han resultado insuficientes. Entre las medidas tomadas por el Estado mexicano a esos efectos, pueden mencionarse las siguientes:

1. En 1998 la Comisión Nacional de Derechos Humanos de México examinó 24 casos de homicidios de mujeres y concluyó que durante las investigaciones se habían violado los derechos humanos de las víctimas y sus familiares⁸⁸.

2. En cuanto a políticas de investigación respecto a estos crímenes, han funcionado diversos tipos de Fiscalías, tanto a nivel federal y estatal como de carácter mixto.

3. Por otra parte, el Estado adoptó en 2006 y 2007 diversas leyes y reformas legislativas que tienen como objetivo mejorar el sistema penal, el acceso a la justicia y la prevención y sanción a la violencia contra la mujer en el Estado de Chihuahua: i) el nuevo Código Penal del Estado de Chihuahua⁸⁹; ii) el nuevo Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua⁹⁰; iii) la Ley Estatal del Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia⁹¹; iv) la Ley para Prevenir y Eliminar la Discriminación⁹², y v) la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Chihuahua⁹³.

4. Respecto al nuevo Código Penal del Estado de Chihuahua, vigente desde 2007, se reformaron: i) los delitos de homicidio doloso y secuestro en perjuicio de mujeres o menores de edad, de forma que si existe concurso de delitos, aún cuando ello exceda la pena de prisión de sesenta años; ii) el delito de homicidio simple, de forma que si la víctima es una mujer o un menor de edad se aplica una pena de treinta a sesenta años en vez de una pena de ocho a veinte años de prisión, además de la pena que se acumule por cada delito adicional aunque exceda la pena máxima de prisión de sesenta años, y iii) el delito de lesiones, de forma que si se causa lesión a un ascendiente, descendiente, hermano, cónyuge, concubina o concubino, pareja, adoptante o adoptado, aumenta en una tercera parte la pena que corresponda.

5. El Estado adoptó en 2006 la Ley de Atención y Protección a Víctimas u Ofendidos del Delito del Estado de Chihuahua y facultó a la Subprocuraduría de Derechos Humanos y Atención a Víctimas del Delito para realizar tareas en derechos humanos, acceso a la justicia y reparación para las víctimas⁹⁴. Asimismo,

⁸⁸ Cfr. CNDH, Recomendación 44/1998 emitida el 15 de mayo de 1998.

⁸⁹ Cfr. Código Penal del Estado de Chihuahua, publicado en el *Periódico Oficial* el 27 de diciembre de 2006.

⁹⁰ Cfr. Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, publicado en el *Periódico Oficial* el 9 de agosto de 2006.

⁹¹ Cfr. Ley Estatal de Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, publicada en el *Periódico Oficial* el 24 de enero de 2007.

⁹² Cfr. Ley para Prevenir y Eliminar la Discriminación en el Estado de Chihuahua, publicada en el *Periódico Oficial* el 7 de julio de 2007.

⁹³ Cfr. Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Chihuahua, publicada en el *Periódico Oficial* el 9 de agosto de 2006.

⁹⁴ Cfr. Ley de Atención y Protección a Víctimas u Ofendidos del Delito del Estado de Chihuahua, publicada en el *Periódico Oficial* el 21 de octubre de 2006.

mo, el Estado se refirió a las reformas de 2006 y 2007 del Ministerio Público del Estado de Chihuahua y a sus siguientes órganos internos: i) la Agencia Estatal de Investigación; ii) el Centro de Estudios Penales y Forenses; iii) la Dirección de Servicios Periciales y Ciencias Forenses, y iv) la Dirección de Atención a Víctimas de Violencia de Género y Violencia Familiar⁹⁵.

6. Respecto a la seguridad pública, la entidad federativa en que se produjeron los hechos creó en el año 2005 el programa «Chihuahua Seguro». Entre las acciones seguidas en dicho programa se encuentran: i) el combate a la impunidad; ii) la creación en 2005 de la Fiscalía Especial de Delitos contra Mujeres en Ciudad Juárez, para una mejor atención de víctimas y número telefónico de denuncia ciudadana; iii) la capacitación de las corporaciones municipales, especialmente en derechos humanos, equidad, género, y iv) otras medidas para atender casos de violencia contra las mujeres en el ámbito familiar⁹⁶.

7. Del mismo modo, se creó en 2002 el Instituto Chihuahuense de la Mujer para impulsar la igualdad de oportunidades en la educación, capacitación, salud, empleo, desarrollo, así como potenciar el pleno ejercicio de los derechos de las mujeres y fomentar la cultura de la no violencia para eliminar todas las formas de discriminación⁹⁷.

8. Dentro del marco de la planeación y programación en el Estado de Chihuahua, se emitieron: i) el Plan Estatal de Desarrollo 2004-2010 de Chihuahua; ii) el Programa para Mejorar la Condición de la Mujer; iii) el Programa Integral para Garantizar el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia; iv) el Programa de Atención a Víctimas del Delito, y v) el Programa Integral de Seguridad Pública entre 2003 y 2004.

9. En cuanto a la competencia federal, la Subcomisión de Coordinación y Enlace para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en Ciudad Juárez fue creada el 6 de junio de 2003 para analizar la situación de violencia contra las mujeres en Ciudad Juárez y proponer una política pública integral, con líneas de acción en distintos ámbitos a favor de las niñas y mujeres de Ciudad Juárez⁹⁸. El 22 de julio de 2003, la Subcomisión anunció en Ciudad Juárez el Programa de Acciones de Colaboración del Gobierno Federal para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres de Ciudad Juárez («Programa de las 40 acciones»). El Programa de las 40 acciones fue diseñado para atender las múltiples causas vinculadas a los homicidios y desapariciones de mujeres en Ciudad Juárez, y basa sus acciones en las tres principales áreas de acción que derivan de las diversas recomendaciones recibidas: Procuración de Justicia y Prevención del Delito, Promoción Social y Derechos Humanos de la Mujer⁹⁹.

10. Al Programa de las 40 acciones le dio seguimiento la Comisión para Ciudad Juárez, creada el 18 de febrero de 2004 como un órgano desconcentrado

⁹⁵ Cfr. Ley Orgánica del Ministerio Público del Estado de Chihuahua, publicada en el *Periódico Oficial* el 9 de agosto de 2006.

⁹⁶ Cfr. Procuraduría General de Justicia del Estado de Chihuahua, informe acerca de las políticas institucionales implementadas para prevenir, investigar, sancionar y eliminar la violencia en contra de las mujeres.

⁹⁷ Cfr. Decreto núm. 274/02-II-PO, de 30 de mayo de 2002.

⁹⁸ Cfr. Informe de México producido por el CEDAW y Comisión para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en Ciudad Juárez, Tercer Informe de Gestión.

⁹⁹ Cfr. Informe de México producido por el CEDAW. Fiscalía Especial para la Atención de Delitos relacionados con los Homicidios de Mujeres en el Municipio de Juárez, Informe Final.

de la Secretaría de Gobernación, dependiente del Ejecutivo federal. La Comisión para Ciudad Juárez empezó a operar a finales del 2003¹⁰⁰. La actividad de la Comisión para Ciudad Juárez se concentraba en tres líneas de acción: i) atención directa a víctimas; ii) verdad y justicia; iii) políticas públicas con perspectiva de género, y iv) fortalecimiento del tejido social¹⁰¹. La Comisión para Juárez contaba con dos oficinas, una en Ciudad Juárez y una en la Ciudad de México, para el cumplimiento de sus funciones¹⁰². La Corte observa que la Comisión para Juárez fue sustituida en junio de 2009 por la Comisión Nacional para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres para atender la problemática de la violencia contra las mujeres a nivel nacional¹⁰³.

11. El Estado señala que existe un fondo de apoyo económico que funciona en Ciudad Juárez de apoyo para las víctimas. Por otro lado, a nivel federal, el INMUJERES recibió en el 2008 un presupuesto de poco más de \$ 529.000.000,00 (quinientos veintinueve millones de pesos mexicanos), de los cuales \$ 290.000.000,00 (doscientos noventa millones de pesos mexicanos) se destinaron a Estados y municipios para fortalecer las instancias de la mujer y organismos de la sociedad civil que trabajan en el tema. Entre las instancias, el Estado se refirió al Fondo de Apoyo a los Mecanismos para el Adelanto de las Mujeres en las Entidades Federativas para la Atención de las Mujeres Víctimas de Violencia de Género, que tuvo un presupuesto de \$ 112.300.000,00 (ciento doce millones trescientos mil pesos mexicanos) que se suministró a los Estados de manera equitativa para fortalecer las iniciativas locales en materia de combate a la violencia de género¹⁰⁴. Los representantes y la Comisión no contradijeron dichas cifras.

12. A través del INMUJERES, entre otras actividades y acciones, el Estado ha impartido diversos talleres y capacitaciones a funcionarios públicos, además de que ha fortalecido centros de atención y refugio para mujeres y centros de atención a hombres violentos, incluyendo centros en Ciudad Juárez¹⁰⁵. El INMUJERES, creado en 2001, entre otras actividades: i) diseño políticas públicas de erradicación en medios de comunicación de mensajes discriminatorios o violentos contra las mujeres o con estereotipos de género; ii) emitió publicidad para prevenir la violencia contra las mujeres en estaciones de radio y canales de

¹⁰⁰ Cfr. Decreto por el que se crea como órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Gobernación, la Comisión para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en Ciudad Juárez, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de febrero de 2004, y Comisión para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en Ciudad Juárez, Primer informe de gestión.

¹⁰¹ Cfr. Comisión para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en Ciudad Juárez, Primer informe de gestión.

¹⁰² Cfr. Comisión para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en Ciudad Juárez, Primer informe de gestión.

¹⁰³ Cfr. Decreto por el que se crea como órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Gobernación, la Comisión Nacional para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 1 de junio de 2009.

¹⁰⁴ Cfr. Presupuesto de Egresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal 2008, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 13 de diciembre de 2007. En el presupuesto aparece que el INMUJERES recibió 543,2 millones de pesos mexicanos.

¹⁰⁵ Cfr. Ley del Instituto Nacional de las Mujeres, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 12 de enero de 2001 (anexas a la contestación de la demanda, t. XLIII, anexo 87, folios 16010 a 16047). Algunas de las actividades que menciona el Estado se encuentran contenidas en el Anexo del Sexto Informe Periódico de México en cumplimiento de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, noviembre de 2005.

televisión en Chihuahua; iii) realizó campañas de erradicación de violencia de género; iv) canalizó a víctimas con instituciones de apoyo a través del servicio de atención de violencia de género; v) financió el proyecto del Centro para el Desarrollo Integral de la Mujer A. C., denominado «Por los derechos de las Mujeres Víctimas del Femicidio en Juárez»; vi) financió en 2003, en coordinación con el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT) para elaborar un diagnóstico sobre la incidencia de violencia de género en Ciudad Juárez, Chihuahua y en cinco entidades federativas más, y vii) elaboró el «Diagnóstico Geo-Socio-Económico de Ciudad Juárez y su Sociedad».

13. El Estado informó sobre la Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres, publicada en el 2006, que tiene por objeto regular y garantizar la igualdad entre mujeres y hombres y proponer los lineamientos y mecanismos institucionales que orienten al Estado mexicano hacia el cumplimiento de la igualdad sustantiva en los ámbitos público y privado, promoviendo el empoderamiento de las mujeres. La ley creó el Sistema Nacional para la Igualdad entre Mujeres y Hombres, instalado en el 2007 y, dentro del marco de aplicación de la misma, se puso en marcha el Programa Nacional para la Igualdad entre Mujeres y Hombres 2008-2012¹⁰⁶. Por su parte, el Programa Nacional para la Igualdad entre Mujeres y Hombres 2008-2012 fue presentado en el 2008 dentro del marco del Plan Nacional de Desarrollo 2007-2012¹⁰⁷ y el Estado indicó que «contribuye al logro de los objetivos, estrategias y prioridades nacionales en materia de igualdad sustantiva entre mujeres y hombres». Este programa lo dirige el INMUJERES. La ley ha sido replicada en el Estado de Chihuahua desde el 2007 al publicar la Ley para Prevenir y Eliminar la Discriminación del Estado de Chihuahua¹⁰⁸.

14. Por su parte, el Estado alegó que la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, publicada en 2007, establece las bases para la prevención, atención y erradicación de la violencia contra las mujeres de cualquier edad en el ámbito público y privado, así como los preceptos rectores para que las mujeres cuenten con acceso a una vida libre de violencia en el ámbito federal y local: igualdad jurídica entre la mujer y el hombre; respeto a la dignidad humana de las mujeres; la no discriminación y libertad de las mujeres. Finalmente, la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes prevé que la protección de sus derechos tiene como objetivo asegurarles un desarrollo pleno e integral, lo que implica la oportunidad de formarse física, mental, emocional, social y moralmente en condiciones de igualdad¹⁰⁹.

15. Asimismo, México reguló en el Estado de Chihuahua un tipo delictivo de discriminación y una sanción administrativa para funcionarios públicos que discriminen conforme a la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos¹¹⁰.

¹⁰⁶ Cfr. Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 2 de agosto de 2006.

¹⁰⁷ Cfr. Plan Nacional de Desarrollo 2007-2012, estrategia 5.4 del eje 1 y objetivo 16 del eje 3.

¹⁰⁸ Cfr. Ley para Prevenir y Eliminar la Discriminación en el Estado de Chihuahua.

¹⁰⁹ Cfr. Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 29 de mayo de 2000.

¹¹⁰ Cfr. artículos 30, 31 y 32 de Ley para Prevenir y Eliminar la Discriminación en el Estado de Chihuahua; artículo 197 del Código Penal para el Estado de Chihuahua y artículo 3.º de la Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres.

16. Finalmente, los representantes reconocieron la entrega por parte del Estado de recursos provenientes del Fondo de Auxilio Económico a Familiares de las Víctimas de Homicidio de Mujeres, a cada familia de las víctimas por \$ 273.312,00 pesos.

Como se ha dicho, la Corte IDH reconoció los esfuerzos del Estado mexicano para terminar con la situación de violación a los derechos humanos en Chihuahua, aunque advirtió que tales medidas han resultado insuficientes.

10. NECESIDAD DE UNA LEGISLACIÓN PARA EL CUMPLIMIENTO DE LAS SENTENCIAS INTERNACIONALES

La CADH es clara cuando señala que los Estados parte del Pacto de San José (actualmente 24 de 35 que integran la OEA y 21 que han aceptado expresamente la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana) se comprometen a «cumplir» con la sentencia de la Corte IDH (art. 68.1) y que ese fallo resulta «definitivo e inatacable» (art. 67). Lo anterior implica un reconocimiento explícito de acatar los fallos sin que pueda invocarse por algún Estado el Derecho interno para dejar de cumplir con sus obligaciones internacionales¹¹¹. En este sentido, cobra especial importancia la Opinión Consultiva 14/94, de 9 de diciembre de 1994, sobre la responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la CADH, donde la propia Corte IDH interpretó los artículos 1.º y 2.º de la CADH, criterio que ha seguido en los años siguientes. Sostiene que la obligación de dictar las medidas que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos en la CADH comprende la de no dictarlas cuando ellas conduzcan a violarlos, fundamentando que descansa en un principio general del Derecho internacional, relativo a que las obligaciones deben ser cumplidas de «buena fe» y no puede invocarse para su incumplimiento el Derecho interno (párr. 35); lo cual también se encuentra en la jurisprudencia constante de otros tribunales internacionales, como la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia; incluso ha sido expresamente previsto en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, en vigor desde 1980, al señalarse que: «Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe» (*Pacta sunt servanda*) y que «no podrá invocar las disposiciones de Derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado».

Lo anterior significa que las sentencias condenatorias que emita la Corte IDP «deben» cumplirse por el Estado que siendo parte de la CADH han aceptado expresamente la jurisdicción de dicho tribunal supranacional. En el caso de México, la CADH vincula desde el 24 de marzo de 1981 y se reconoció dicha jurisdicción el 16 de diciembre de 1998¹¹², donde nuestro país reconoce «como

¹¹¹ Las partes pueden, de conformidad con la segunda parte del artículo 67 de la CADH, solicitar la interpretación sobre el sentido o alcance del fallo, pudiendo presentar dicha instancia dentro de los noventa días a partir de la fecha de la notificación de la sentencia. Sin embargo, en estricto rigor, esta posibilidad no puede modificar el sentido del fallo, sino simplemente aclararlo o establecer sus alcances.

¹¹² El decreto fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 24 de febrero de 1999.

obligatoria de pleno Derecho, la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos»¹¹³.

Ahora bien, la legislación mexicana todavía no emite legislación sobre el cumplimiento de las sentencias internacionales¹¹⁴, si bien prevé una disposición de manera aislada, prevista en el artículo 2.º de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, vigente desde el 1 de enero de 2005, al establecer que las disposiciones sobre las indemnizaciones, serán aplicables en lo conducente para cumplimentar los fallos de la Corte IDH, así como las recomendaciones de la Comisión Interamericana, cuando estas últimas sean aceptadas por el Estado mexicano.

Este precepto resulta insuficiente y debería emitirse lo más pronto posible una legislación sobre la materia como sucede en otros países de nuestra región. Lo anterior ayudaría, por una parte, a comprender con mayor claridad el grado de vinculación y eficacia de las sentencias internacionales en el orden jurídico nacional y, por otra, contribuiría a la debida coordinación entre los poderes y autoridades públicas para el cabal cumplimiento de las mismas. Lo anterior no significa, como lo hemos expuesto con antelación en este estudio y en algún otro lugar¹¹⁵, que la falta de esa legislación sea obstáculo y pueda invocarse para no cumplir con el fallo internacional, toda vez que ese tipo de sentencia goza de una «eficacia directa» y vinculante para el Estado mexicano (sea cual sea el poder o autoridad del Estado involucrado). En este sentido, la posible legislación para el cumplimiento de las sentencias internacionales, si bien es recomendable no resulta indispensable, ya que se insiste que dichos fallos producen efectos en nuestro ordenamiento interno.

11. EPÍLOGO

Los feminicidios de Ciudad Juárez han impactado al mundo entero. Muestra de ello son las cintas cinematográficas (de corto o largo metraje) que sobre la temática se han realizado en los últimos años. La sentencia de la Corte IDH en el *Caso Campo Algodonero* constituye un precedente de la mayor relevancia para comprender la magnitud de las violaciones que en pleno siglo XXI siguen sufriendo las mujeres, adolescentes y niñas por razón de género, siendo insuficiente los derechos previstos en las Constituciones y en los múltiples pactos internacionales sobre la materia. La sentencia pone de relieve un patrón de una «cultura de discriminación contra la mujer» que ha motivado en gran medida los crímenes y la falta de respuesta de las autoridades mexicanas (como lo reconoce el propio Estado).

¹¹³ H. FIX-ZAMUDIO, *Los derechos humanos y su protección internacional*, Lima, Grijley-UNAM-IMDPC, 2009.

¹¹⁴ Se han elaborado en la Secretaría de Relaciones Exteriores y en la academia algunas propuestas interesantes. Cfr. L. ORTIZ, J. L. CABALLERO, M. RABAGO y E. RODRÍGUEZ, *Ensayos en torno a una propuesta de reforma constitucional en materia política exterior y derechos humanos*, México, Porrúa-UIA, 2004. Asimismo, vid. también la *Propuesta de reforma constitucional en materia de derechos humanos, elaborada por las organizaciones de la Sociedad Civil y por académicas y académicos especialistas en derechos humanos*, México, Alto Comisionado de Naciones Unidas, 2008.

¹¹⁵ Cfr. E. FERRER MAC-GREGOR y F. SILVA GARCÍA, «La primera sentencia internacional condenatoria en contra del Estado mexicano», en J. CARPIZO y C. B. ARRIAGA, *Homenaje al doctor Emilio O. Rabasa*, México, UNAM, 2010, pp. 109-156.

La Corte IDH en este histórico fallo, también evidencia i) irregularidades en el manejo de pruebas; ii) fabricación de culpables; iii) retraso (injustificado) en las investigaciones; iv) falta de líneas de investigación que tengan en cuenta el contexto de violencia contra la mujer en el que se desarrollaron las ejecuciones de las víctimas, y v) la inexistencia de investigaciones contra funcionarios públicos por su supuesta negligencia grave. Todo lo anterior propicia corrupción e impunidad. En palabras de la Corte Interamericana: «Un ambiente de impunidad que facilita y promueve la repetición de los hechos de violencia en general y envía un mensaje según el cual la violencia contra las mujeres puede ser aceptada como parte del diario vivir...» (párr. 388 del fallo).

Este estado de cosas, que lamentablemente pudieran repetirse en otras latitudes por la cultura discriminatoria hacia las mujeres, resulta inaceptable en un mundo donde aspiramos a la igualdad material de todas y todos. Ante estas calamidades, hoy como hace más de seis décadas debemos seguir repitiendo, recordando y resaltando que todos los seres humanos nacemos libres e iguales en dignidad y derechos, como lo prescribe la *Declaración Universal de Derechos Humanos* en su primer precepto.

XXXII. ACCESO A LA JUSTICIA Y DEBIDO PROCESO DE LOS PUEBLOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS*

En coautoría con César LANDA ARROYO **

1. INTRODUCCIÓN

En la última década la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha venido interpretando muy activamente la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) en pro de la defensa de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas, ocupándose del reconocimiento de sus particularidades culturales y sus implicaciones jurídicas¹.

De manera general, ese dinamismo jurisprudencial puede advertirse en la manera en que dicho Tribunal ha interpretado los artículos 8.º y 25 del Pacto de San José, preceptos que han sido los más invocados en el sistema interamericano de derechos humanos; si bien casi siempre de forma instrumental o colateral para la protección de otros derechos, como a la vida, integridad física, libertad

* Publicado en R. SEPÚLVEDA y D. GARCÍA RICCI (coords.), *Derecho constitucional de los derechos humanos*, que forma parte de la *Obra Jurídica Enciclopédica. En homenaje a la Escuela Libre de Derecho con motivo de su primer centenario*, J. P. PAMPILLO BALIÑO y M. A. MUNIVE PÁEZ (coords.), México, Porrúa-Escuela Libre de Derecho, 2012, pp. 135-161.

** Ex presidente del Tribunal Constitucional del Perú. Profesor principal de Derecho constitucional y Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

¹ Cfr. S. GARCÍA RAMÍREZ, «Panorama de la jurisdicción interamericana sobre derechos humanos», en A. VON BOGDANDY, E. FERRER MAC-GREGOR y M. MORALES ANTONIAZZI (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización: ¿Hacia un Ius constitutionale Commune en América Latina?*, t. II, México, UNAM-Max Planc Institut, 2010, pp. 335-401.

personal, igualdad, etc. Sin embargo, ello no ha sido óbice para que la jurisprudencia de la Corte IDH haya ido desarrollando una doctrina básica en la materia, caracterizada por su carácter evolutivo de una concepción formalista de la norma hacia una concepción abierta y dinámica, que ha supuesto transitar de la autolimitación judicial —*self restraint*— hacia el activismo judicial —*judicial activism*—. Esto, a su vez, plantea en materia del debido proceso abrir, sin perjuicio de la tutela subjetiva e individual de los derechos humanos, un horizonte del debido proceso en un sentido objetivo.

El debido proceso en un sentido objetivo, sin perjuicio de su tradicional sentido subjetivo, ha llevado a la Corte IDH a asumir el control no sólo de procesos judiciales, sino también de procesos administrativos, políticos o de cualquier otra índole; asimismo, las garantías judiciales mínimas son interpretadas no sólo en un sentido formal, sino también sustantivo, donde los jueces desarrollan altas cuotas de argumentación jurídica; a la cual se ha ido incorporando instituciones propias de la doctrina constitucional.

En efecto, a la luz de los principios de progresividad y no regresión, interdependencia, igualdad y ejecutividad, entre otros, la Corte IDH ha otorgado una naturaleza expansiva a los derechos humanos involucrados en todo proceso o procedimiento. Básicamente, de acuerdo a los artículos 8.º y 25 del Pacto de San José, la jurisprudencia de la Corte IDH ha desarrollado interpretativamente en los casos concretos que ha resuelto, un haz de derechos e instituciones procesales que serán objeto de análisis, con particularidades cuando se involucran los pueblos y comunidades indígenas.

Así, las garantías mínimas para desarrollar el acceso a la jurisdicción, la organización que demanda la misma y las garantías del proceso para las partes, constituyen elementos centrales para la existencia de un proceso justo tanto en los ordenamientos jurídicos nacionales, como en el ejercicio concreto de los mismos. Por ello, la Corte IDH viene incorporando y tutelando derechos humanos «colectivos» demandados por grupos humanos y no sólo individualmente, como es el caso de las poblaciones indígenas americanas.

Como se desarrollará en el presente estudio, la garantía al *derecho al recurso efectivo* (cuya protección no se ha limitado a su existencia formal, sino también a su idoneidad, art. 25 de la CADH) y la del *derecho al plazo razonable* (*garantías procesales*, art. 8.º de la CADH) han obtenido un matiz especial, al conjugarlo con la necesidad de que los Estados parte de la Convención consideren las condiciones económicas y sociales de los grupos indígenas, así como sus usos, valores y costumbres, además de su situación especial de vulnerabilidad; lo anterior se complementa con la obligación de adecuar los ordenamientos internos de acuerdo con el artículo 2.º del Pacto de San José, como lo ha venido reiterando la jurisprudencia de la propia Corte IDH².

² Un análisis de este precepto puede verse en E. FERRER MAC-GREGOR y C. M.^a PELAYO MÖLLER, «El deber de adoptar disposiciones de Derecho interno. Análisis del artículo 2.º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y su impacto en el orden jurídico nacional», que aparece en el volumen *Influencia del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el orden jurídico mexicano*, coordinado por R. PÉREZ JOHNSTON, G. RODRÍGUEZ MANZO y R. A. SILVA DÍAZ, en esta majestuosa obra conmemorativa del centenario de la Escuela Libre de Derecho.

El acceso a la justicia de los pueblos indígenas ha tenido dificultades debido a sus particularidades culturales y a su situación de especial vulnerabilidad dentro del constitucionalismo social³. En concreto, porque «en ciertos contextos históricos los derechos de la persona humana se garantizan y se pueden ejercer plenamente sólo si se reconocen los derechos de la colectividad y de la comunidad a la que pertenecen»⁴. Y, más específicamente, por la incompreensión generalizada de la relación que los indígenas mantienen con la tierra, pues para estas comunidades «la relación con la tierra no es sólo una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual»⁵, al grado de que eliminar la propiedad colectiva implicaría llevar a la eliminación no sólo cultural sino incluso física de estos pueblos⁶.

En este breve estudio se ofrecerá un visión panorámica de cómo la Corte IDH han garantizado el acceso a la justicia y el derecho del debido proceso de los pueblos y comunidades indígenas. Para ello, se ofrecerá en primer término un marco conceptual del debido proceso y de los sujetos del proceso, para luego relacionarlo con las garantías mínimas en el contexto de los derechos al *recurso efectivo* y al de *plazo razonable* al constituir esos derechos los que mayor énfasis ha puesto dicho tribunal internacional al momento de resolver los casos donde se han visto involucradas los pueblos y las comunidades indígenas; a partir del paradigmático *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua* del año 2001⁷, que constituye el primer pronunciamiento del Tribunal respecto al acceso a la justicia y a la protección de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas, hasta la última sentencia sobre la temática de agosto de 2010, en el *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*⁸, estando pendientes por resolverse en el 2012 otros casos⁹.

2. NOCIÓN DE DEBIDO PROCESO

Si bien la CADH utiliza el concepto de «Garantías Judiciales», el desarrollo dogmático y jurisprudencial en materia procesal ha llevado a la Corte IDH a interpretarlo como referido a las garantías procesales, o también en el sentido del derecho al debido proceso legal. Dicho concepto, a pesar de su innegable origen

³ E. FERRER MAC-GREGOR, «Justicia y constitucionalismo social», en H. FIX-ZAMUDIO y D. VALADÉS, *Instituciones sociales en el constitucionalismo contemporáneo*, 2.ª ed., México, El Colegio Nacional-UNAM, 2011, pp. 109-136.

⁴ Corte IDH, *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, sentencia sobre fondo, reparaciones y costas, de 31 de agosto de 2001, párrafo 83, Serie C, núm. 79.

⁵ L. BURGORGUE-LARSEN y A. ÚBEDA DE TORRES, *Las decisiones básicas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estudio y jurisprudencia*, Pamplona, Civitas, 2009, p. 329.

⁶ S. GARCÍA RAMÍREZ, *Temas de la jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos. Votos particulares*, México, Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, 2005, p. 161.

⁷ Corte IDH, sentencia sobre fondo, reparaciones y costas, de 31 de agosto de 2001, Serie C, núm. 79.

⁸ Corte IDH, sentencia sobre fondo, reparaciones y costas, de 24 de agosto de 2010, Serie C, núm. 214.

⁹ Están pendientes por resolverse diversos asuntos en la Corte IDH: *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku y sus miembros vs. Ecuador*, demanda presentada en la Corte IDH el 26 de abril de 2010; y *Caso Comunidad de Río Negro del Pueblo Indígena Maya y sus miembros vs. Guatemala*, demanda presentada en la Corte IDH el 30 de noviembre de 2010.

anglosajón —*due process of law*—, ha sido incorporado en las constituciones, legislación y doctrina jurídica interamericanas como un principio/derecho que comprende una serie de contenidos que requieren, por su relevancia, ser identificados a partir de la jurisprudencia desarrollada por la Corte IDH en el ejercicio de la función de aplicar e interpretar el Pacto de San José, específicamente en torno a las prácticas gubernamentales en la lucha por el orden y la seguridad pública vinculadas a los derechos de los pueblos y comunidades indígenas.

A) Concepto

El debido proceso es un derecho humano abierto de naturaleza procesal y alcances generales, que busca resolver de forma justa las controversias que se presentan ante las autoridades judiciales, con la finalidad de proteger a las personas y asegurar la justicia. Esta última, a su vez, es una fuente de la cual emana un conjunto de derechos procesales que no se agotan en la norma, sino en la interpretación que se haga de la misma en casos concretos.

B) Naturaleza

Las garantías judiciales se pueden articular a partir de tres instituciones procesales: la acción, la jurisdicción y el proceso. La acción requiere la existencia de reglas claras para identificar quiénes tienen legitimidad procesal para acceder directa o indirectamente a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y luego a la competencia contenciosa de la Corte IDH; la jurisdicción requiere que la Convención y/o la jurisprudencia de la Corte IDH delimiten las garantías judiciales que el Sistema Interamericano provee a las víctimas y a sus representantes ante la Corte IDH; y, finalmente, el proceso supone que se debe identificar los procedimientos y recursos que tienen habilitados las partes para hacer valer sus derechos ante la Corte IDH.

En suma, el debido proceso tiene la naturaleza de ser un principio jurídico dentro del cual cabe reconocer nuevos derechos e institutos procesales; pero es también un derecho líquido y concreto exigible en todos los procesos y procedimientos.

C) Alcance

La fuerza expansiva del debido proceso le ha otorgado legitimidad y eficacia a la protección de los derechos humanos. En este sentido, tan legítimo es el debido proceso, como principio y como derecho, que es el derecho humano más demandado ante el Sistema Interamericano, ya sea directamente o incidentalmente; es decir, a partir de la demanda de violación de otros derechos.

Lo previamente explicado no hace más que reafirmar la importancia del debido proceso, ya que en su esencia exige no sólo respeto del procedimiento legal prediseñado, sino que su observancia también implica el respeto de un conjunto de derechos y principios tales como: el derecho a la presunción de inocencia, el derecho a la información, el derecho de defensa, el derecho a un proceso público, el derecho a la libertad probatoria, el derecho a declarar libremente, el dere-

cho a la cosa juzgada, entre otros; los mismos que se encuentran involucrados en cada una de las etapas del análisis y resolución de un proceso judicial (demanda o acusación, defensa, prueba y sentencia).

3. PROTECCIÓN DEL DEBIDO PROCESO Y LOS SUJETOS DEL PROCESO

Es necesario definir la protección, por un lado, desde las fuentes normativas en virtud de las cuales surge la obligación del Sistema Interamericano de tutelar los derechos humanos; y, por el otro, a manera de un «doble carácter»: como derechos subjetivos y como elementos de un ordenamiento objetivo. Resulta de lo anterior que el objeto de protección internacional asume diferentes fuentes y, en consecuencia, distintas formas de concebir los derechos humanos a proteger. De una parte, la protección puede ser comprendida a partir de los sujetos, vale decir, las personas naturales que demandan sus derechos individualmente; y, de otra, también debe vislumbrarse a la protección considerando a los integrantes de grupos colectivos que demandan sus derechos colectivos amparados en la Convención Americana.

En la Corte IDH se ha construido un sistema amplio de fuentes interpretativas de los derechos humanos, donde existen muchos tratados quizás no suscritos o ratificados por los Estados demandados; pero, como forman parte del *ius cogens* del Derecho internacional de los derechos humanos, constituyen fuentes interpretativas de la Comisión IDH y/o Corte IDH para otorgar eficacia a la propia CADH.

A) Protección de derechos

La finalidad o materia del debido proceso es la protección de los derechos humanos de la persona humana cuando en los procesos (judiciales, administrativos o de otro tipo) se afecten las garantías sustantivas o adjetivas de los mismos. Por eso, cualquier persona puede interponer una demanda «[...] contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención [...]», conforme a lo señalado por el artículo 25 CADH.

Si bien la formulación de la Convención se inscribe en la doctrina de los derechos humanos de la persona natural, se presentan dos fenómenos; por un lado, el avance progresivo de la protección de los clásicos derechos civiles y políticos va integrando la protección de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), en la medida que los derechos humanos son universales, integrales, indivisibles, interdependientes y progresivos; y, por otro lado, aparecen junto a los derechos individuales los llamados «derechos colectivos».

En relación a lo primero, la Corte IDH ha reconocido en el *Caso Acevedo Buendía y otros* («*Cesantes y Jubilados de la Contraloría*») vs. Perú¹⁰, que la relación entre los derechos civiles y políticos con los DESC es de interdependencia.

¹⁰ Corte IDH, sentencia sobre excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, de 1 de julio de 2009, Serie C, núm. 198.

Quizás la progresiva valoración en el desarrollo jurisprudencial de la protección de los DESC se ha potencializado cuando la Comisión IDH ha demandado la protección de derechos colectivos. Y es que, el concepto de derecho colectivo en relación a los derechos humanos se viene planteando en las demandas que se presentan tanto por la pluralidad de víctimas que requieren la tutela directa o indirecta de los DESC, como por las peticiones de los representantes de las comunidades o pueblos indígenas en defensa de sus derechos a la vida, libertad e integridad personal, contra el reclutamiento militar discriminatorio de indígenas, y sobre todo, en defensa del derecho de propiedad de sus territorios ancestrales; demandas todas ellas vinculadas a la demanda de protección judicial. En todo caso, correspondería esclarecer la diferencia entre DESC y derechos colectivos, así como su potencial interrelación.

Corresponde señalar que la Corte IDH considera a los derechos al debido proceso y a la tutela procesal de las comunidades y poblaciones indígenas, como individuales y colectivos en relación a la obligación de los Estados de protegerlos. Como derechos individuales, en la medida que los integrantes de una comunidad son afectados por la negación del acceso a la justicia, al no permitir, por ejemplo, el uso de su propia lengua en un proceso judicial, como se puntualizó en el *Caso Tiu Tojín vs. Guatemala*¹¹.

En cuanto a la naturaleza colectiva del derecho al debido proceso y la protección judicial, la Corte IDH ha señalado que aquéllos alcanzan o condicionan el goce de otros derechos de los pueblos indígenas. A manera de ejemplo, puede citarse que la violación del plazo razonable para hallar a los responsables de la ejecución extrajudicial de miembros de sus comunidades tiene un impacto determinante en la reconstrucción y/o reorganización de las mismas, como se reflejó en el *Caso Comunidad Moiwana vs. Suriname*¹², donde la Corte afirmó que sólo cuando se obtuviera justicia, los miembros de la comunidad podrían «aplacar a los espíritus enfurecidos de sus familiares y purificar su tierra tradicional y dejar de temer que se hostilice a su comunidad».

En tal sentido, el debido proceso en su faz colectiva, ha permitido a la Corte IDH adecuar no sólo su análisis de cara a la evaluación del respeto de la CADH y de las obligaciones que cada Estado parte tiene, sino que además le ha permitido generar respuestas adecuadas a las vulneraciones de los derechos humanos que el propio Pacto de San José protege, promoviendo así el restablecimiento de su vigencia.

B) Protección de los sujetos del proceso

Conexo al objeto de protección del derecho al debido proceso se encuentran los sujetos del proceso: uno es materia u objeto de la afectación a sus derechos humanos y, en consecuencia, titular o beneficiario del proceso de protección del Sistema Interamericano; y, otro, es el Estado que asume la responsabilidad del

¹¹ Corte IDH, sentencia de fondo, reparaciones y costas, de 26 de noviembre de 2008, Serie C, núm. 190.

¹² Corte IDH, sentencia de fondo, reparaciones y costas, de 15 de junio de 2005, Serie C, núm. 124.

agente, autoridad o funcionario público que comete la violación o agravio a los derechos humanos de la víctima.

La cuestión es que clásicamente en esta relación procesal se ha identificado a la persona humana individual o a un grupo de personas a los que se les afecta un Derecho subjetivo, y al Estado que es el victimario dada la eventual responsabilidad internacional de sus autoridades o funcionarios. Sin embargo, la dinámica de la realidad y su articulación procesal ha planteado temas límite acerca de si las víctimas sólo son personas individuales o también podrían ser personas jurídicas a la luz del reconocimiento internacional de grupos de personas.

De esta manera, la petición ante la Comisión IDH la puede interponer cualquier persona, grupo de personas o una entidad no gubernamental, señala el artículo 44 de la Convención; mientras que, sólo los Estados y la Comisión IDH tienen derecho a someter un caso a decisión de la Corte IDH, como dispone el artículo 61.1 de la CADH. No obstante, con las reformas al Reglamento de la Corte IDH del año 2009, sin perjuicio del rol de la Comisión IDH, se incorpora procesalmente a las víctimas o sus representantes para presentar de forma autónoma escritos, solicitudes, argumentos, pruebas y otras que demande la Corte IDH.

Asimismo, en virtud del principio de celeridad procesal, el nuevo Reglamento permite acumular en un solo acto procesal la resolución de los originales tres actos procesales anteriores —excepciones preliminares, sentencia de fondo y reparaciones—. Lo anterior ha permitido a la Corte IDH reducir, aproximadamente a la mitad, la duración de la expedición de las resoluciones de los procesos contenciosos.

En el caso de la violación de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, la protección igualmente es de naturaleza colectiva, no obstante que la petición la formule un grupo de sus integrantes en demanda, por ejemplo, del respeto a la utilización continuada de sistemas colectivos tradicionales para el control y uso del territorio, los mismos que son esenciales para la supervivencia como pueblos originarios, así como para el bienestar colectivo e individual concreto del presente.

En dicho sentido, en los casos de afectaciones del derecho de propiedad de las comunidades indígenas que se constituyen como lesiones de carácter colectivo por las graves y negativas incidencias que desencadenan en su derecho a la vida digna, la jurisprudencia de la Corte IDH¹³, sostiene que se requieren de medidas de reparación que permitan a la colectividad recuperar su forma de vida, así como aquellos bienes inmateriales que forman parte de su identidad como colectividad particular.

4. GARANTÍAS MÍNIMAS DEL DEBIDO PROCESO DE LOS PUEBLOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS

El debido proceso como derecho fundamental comparte un doble carácter. Vale decir, es un derecho subjetivo particularmente exigible por una persona; y a

¹³ *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, de 24 de agosto de 2010, Serie C, núm. 214.

su vez, es un derecho objetivo, pues asume una dimensión institucional valorativa a ser respetada por todos porque lleva implícitos los fines sociales y colectivos de justicia. Por dicha razón, las garantías mínimas del debido proceso tienen dos acepciones: una formal y una material o sustantiva. La formal es aplicable a los derechos sustantivos, en la medida que debe asegurarse a las partes en todo proceso. Pero, las garantías mínimas a un debido proceso legal también tienen una acepción material o sustantiva, para configurar adecuadamente la protección del derecho.

A) Acceso a la justicia

Toda persona tiene el derecho de acudir a un sistema de impartición de justicia para la resolución de controversias. Bajo ese derrotero, los Estados deben asegurar el debido proceso y la tutela procesal mediante el reconocimiento de derechos procesales y el establecimiento de órganos jurisdiccionales —formal y materialmente—, encargados de la tutela jurisdiccional de los derechos humanos sustantivos y adjetivos.

Ahora bien, el acceso a la justicia de los pueblos indígenas ha tenido dificultades debido a sus particularidades culturales y a su situación de especial vulnerabilidad como hemos mencionado. Como sostuvo la Corte IDH en el *Caso Comunidad Mayagna Awas Tingni vs. Nicaragua*¹⁴, sólo es posible que se garanticen y ejerzan los derechos de la persona humana en ciertos contextos históricos, si se reconocen los derechos de la colectividad y de la comunidad a la que pertenecen. A ello debe añadirse la incomprensión generalizada a la relación indígena-tierra, porque para estas comunidades dicha relación está conformada tanto por elementos materiales como espirituales, al punto que eliminar la propiedad colectiva implicaría su eliminación cultural y física¹⁵.

El punto de partida para que el derecho de acceso a la justicia pueda ser plenamente ejercido es la garantía del derecho de acción, o dicho de otra manera, la posibilidad de iniciar un proceso ante los tribunales para solicitar su pronunciamiento sobre un hecho controvertido. Tal derecho de acción no es un derecho absoluto, pues de un lado, se encuentra sujeto a las condiciones establecidas en las legislaciones internas; y de otro, a restricciones como es el caso de la prescripción extintiva.

Al respecto, se ha estimado la necesidad de distinguir entre «denegación» y «desafío» a la justicia. La primera se presenta cuando un fallo no puede obtenerse en un tiempo razonable, mientras que la segunda se refiere al dictado de una sentencia en forma manifiestamente contraria a Derecho. De manera que, la vulneración del derecho de acceso a la justicia se produce cuando el órgano jurisdiccional no resuelve la causa en un plazo razonable o cuando no se dispone de un recurso efectivo.

¹⁴ Corte IDH, sentencia sobre fondo, reparaciones y costas, de 31 de agosto de 2001, Serie C, núm. 79.

¹⁵ L. BURGORGUE-LARSEN y A. ÚBEDA DE TORRES, *Las decisiones básicas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estudio y jurisprudencia*, op. cit., nota 5, 2009, p. 329.

a) *Derecho a un recurso sencillo, rápido y eficaz*

Como no hay derecho sin acción, ni acción sin derecho, el artículo 25 de la CADH ha establecido que toda persona tiene el derecho a contar con un recurso sencillo, efectivo y eficaz para la protección de los derechos fundamentales reconocidos a nivel interno e internacional. Y es que, ante la actuación arbitraria del poder público o privado, el recurso sencillo y rápido surge como un mecanismo primordial para la protección internacional de los derechos humanos.

En ese sentido, la Corte IDH ha reconocido que el derecho a un recurso tiene una faz subjetiva que procura la protección de un derecho humano violado, pero también tiene una faz objetiva que tiene por finalidad llevar a cabo dicha protección a la luz de las condiciones institucionales u objetivas necesarias para garantizar la eficacia del recurso.

En este apartado nos referiremos a los casos más importantes resueltos por la Corte IDH que involucra este derecho.

*Caso comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua (2001)*¹⁶

Éste es el primer caso que abre el camino para la protección de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas. El 4 de junio de 1998, la Comisión IDH sometió a la Corte IDH una demanda contra el Estado de Nicaragua¹⁷, al estimar que dicho Estado no había demarcado las tierras comunales de la comunidad Mayagna de Awas Tingni, un grupo indígena de la Costa Atlántica que subsiste principalmente de la agricultura, la recolección, la caza y la pesca. La Comisión alegaba que el Estado de Nicaragua violaba de forma activa el derecho de propiedad consagrado en el artículo 21 de la CADH al otorgar una concesión a la compañía «Sol del Caribe, S. A.», para construir carreteras y realizar trabajos de explotación de madera en las tierras de la comunidad sin su consentimiento. Además, de acuerdo con la Comisión, el Estado no garantizó un recurso efectivo para responder a las reclamaciones de la comunidad Awas Tingni, con lo cual infringió el derecho a la protección judicial establecido en el artículo 25 de la CADH.

La Corte IDH sostuvo que el Estado no reconoció los derechos de la comunidad indígena; por una parte, porque los procedimientos establecidos en la legislación interna no eran efectivos (particularmente, la interposición de dos recursos de amparo que fueron declarados improcedentes). Así, pese a las múltiples gestiones de la comunidad, no sólo no habían logrado el reconocimiento estatal, sino que además fue perjudicada con la concesión otorgada a la compañía maderera. La Corte señaló que «la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos en la Convención constituye una trasgresión de la misma... [pues] para que el recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley... sino que requiere que sea realmente idóneo»¹⁸.

¹⁶ Corte IDH, sentencia sobre fondo, reparaciones y costas, de 31 de agosto de 2001, Serie C, núm. 79.

¹⁷ *Ibid.*, párrafo 1.

¹⁸ *Ibid.*, párrafo 113.

Al respecto, desde el *Caso Velásquez Rodríguez* (1988)¹⁹, la Corte IDH refirió que un recurso adecuado es aquél cuya función resulta ser idónea, dentro del sistema del Derecho interno, para la protección de una situación jurídica infringida. De modo que, «en todos los ordenamientos internos existen múltiples recursos, pero no todos son aplicables en todas las circunstancias»²⁰. Así también, según la Corte: «Un recurso debe ser, además, eficaz, es decir, capaz de producir el resultado para el que ha sido concebido»²¹. En ese sentido, corresponde precisar que las citadas características del derecho a la protección judicial (recurso idóneo) deben observarse en todos los casos; ahora bien, cuando se trate de pueblos y comunidades indígenas, habría que tener presente además la existencia de circunstancias particulares, tales como las referidas en la audiencia pública del caso, el desconocimiento de la propia existencia de los recursos de los pueblos indígenas y de la autoridad ante la cual éstos deben recurrir, entre otras.

En Nicaragua, si bien la Constitución reconoce la propiedad comunal, el procedimiento para la titulación de las tierras ocupadas por los grupos indígenas no estaba claramente regulado. De hecho, varios testigos y peritos presentados en audiencia pública «manifestaron que en Nicaragua hay un desconocimiento general, una incertidumbre de qué debe hacerse y ante quién debe gestionarse una petición de demarcación y titulación»²². Asimismo, resulta pertinente señalar que la falta de un recurso efectivo también fue analizada a través del artículo 2.º de la CADH, en el sentido de la obligación del Estado de adoptar medidas de Derecho interno para otorgar mecanismos efectivos para la protección de los derechos²³. Dicha violación derivó en que la Corte ordenara al Estado la creación de un mecanismo efectivo para la delimitación y titulación de tierras en Nicaragua.

Caso de la comunidad Moiwana vs. Surinam (2005)²⁴

El 29 de noviembre de 1986, las fuerzas armadas de Surinam atacaron y masacraron a más de 40 integrantes de la comunidad N'djuka Marron de Moiwana. Las personas que lograron escapar se escondieron en los bosques circundantes y después fueron exiliadas. Al 20 de diciembre de 2002, día de la presentación de la demanda ante la Corte IDH, no existía una investigación adecuada de los hechos ni mucho menos un juicio o sanción a los presuntos responsables.

Los esfuerzos de la comunidad y de sus representantes legales para promover una investigación seria de los hechos fueron infructíferos y, además, la ausencia de recursos efectivos para obligar al Estado a realizar la investigación, consideró la Corte IDH, ha sido una fuente de sufrimiento y angustia para las víctimas y sus familiares, pues los miembros sobrevivientes a la masacre ni si-

¹⁹ Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, sentencia sobre el fondo, de 29 de julio de 1988, Serie C, núm. 4.

²⁰ *Ibid.*, párrafo 64.

²¹ *Ibid.*, párrafo 66.

²² *Ibid.*, párrafo 124.

²³ *Vid. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni vs. Nicaragua*, párrafo 138 y Convenio 169 de la OIT, artículo 14.3.

²⁴ Corte IDH, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, de 15 de junio de 2005, Serie C, núm. 124.

quiera conocían los motivos del ataque, lo que les impedía regresar a sus tierras tradicionales ante la posibilidad de enfrentar nuevas hostilidades²⁵.

Si bien la Corte reconoció que carecía de competencia para conocer de los hechos ocurridos el 29 de noviembre de 1986 (pues Surinam ratificó la Convención hasta 1987), también advirtió que las violaciones persistían aún después del reconocimiento del instrumento internacional²⁶. Asimismo, señaló que el Estado, después de la masacre y con mayor razón una vez ratificada la Convención, tenía la obligación de investigar, procesar y juzgar a los responsables, así como de garantizar la integridad personal de las víctimas²⁷.

El Estado alegó que la comunidad debió haber iniciado las acciones civiles en los tribunales internos para obtener la indemnización respectiva. La Corte IDH, si bien admitió que un proceso civil puede reparar parcialmente las consecuencias de las violaciones sufridas, la gravedad de los hechos obligaba al Estado a iniciar de oficio una investigación seria, imparcial y efectiva que no dependiera de la iniciativa procesal o la aportación de elementos probatorios de las víctimas o familiares²⁸. Asimismo, el Estado señaló que el clima político que entonces se vivía en Surinam impidió una investigación independiente e imparcial, pues «la posición de poder que ostentan los antiguos líderes militares aún no había finalizado y... la democracia aún no era estable». La Corte, si bien reconoció las difíciles circunstancias por las que atravesaba Surinam en su lucha por la democracia, también advirtió que las condiciones del país, sin importar qué tan difíciles sean, no liberaban al Estado de su responsabilidad internacional por violación a los derechos humanos²⁹.

En suma, en todos los casos los Estados están obligados a iniciar *ex officio* las investigaciones que involucran, *inter alia*, desapariciones forzadas y, de considerarlo pertinente, señalar que existe una mayor responsabilidad estatal cuando se trata de las comunidades indígenas, presumiendo la vulnerabilidad de las mismas y posible «desconocimiento».

*Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay (2005)*³⁰

La comunidad Yakye Axa desde el año 2003 se encontraba en la tramitación de la solicitud de reivindicación territorial de dicha comunidad sin que, hasta la fecha de la denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (enero de 2000), se haya resuelto satisfactoriamente³¹. La Corte, en ocasiones anteriores, había señalado que la inexistencia de un recurso efectivo para hacer frente a las violaciones de los derechos establecidos en la Convención constituye una transgresión de la misma por parte del Estado³².

²⁵ Corte IDH, *Caso Comunidad Moiwana vs. Surinam*, sentencia sobre fondo, reparaciones y costas, de 15 de junio de 2005, párrafo 212, Serie C, núm. 124.

²⁶ *Ibid.*, párrafo 35.

²⁷ *Ibid.*, párrafo 43.

²⁸ *Ibid.*, párrafo 146.

²⁹ *Ibid.*, párrafo 153.

³⁰ Corte IDH, sentencia sobre fondo reparaciones y costas, de 17 de junio de 2005, Serie C, núm. 125.

³¹ *Ibid.*, párrafo 2.

³² *Ibid.*, párrafo 52.

Además, en este caso la Corte recordó que: i) para que el recurso exista, no basta con que esté previsto en la Constitución o en las leyes, sino que además debe ser realmente idóneo³³; ii) los recursos efectivos deben ser substanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal y esto debe respetarse en todo procedimiento que pueda afectar los derechos de las personas como, en este caso, el procedimiento administrativo³⁴, y iii) cuando se trata de pueblos indígenas, el Estado debe proporcionar una protección que tome en cuenta las particularidades propias de este sector, esto es, sus características económicas y sociales, sus usos, valores y costumbres, así como su situación especial de vulnerabilidad³⁵.

Sobre el procedimiento de reivindicación de tierras a las comunidades indígenas, la Corte sostuvo que en Paraguay funciona cuando los terratenientes están dispuestos a negociar la trasferencias de las tierras, pero resulta abiertamente inefectivo frente a los propietarios sin esta disposición³⁶; y, por tanto, el Estado tiene la obligación de diseñar y consagrar normativamente un recurso eficaz que, además, su aplicación pueda ser asegurada judicialmente, pues los Estados miembros tienen la obligación de adecuar su Derecho interno a la CADH³⁷. En conclusión, en este caso, la propia cita de la sentencia se refiere a las particularidades de la protección judicial frente a la vulnerabilidad de las comunidades indígenas. Aquí, adicionalmente se señala la obligación de adecuar el Derecho interno en ese sentido.

*Caso Yatama vs. Nicaragua (2005)*³⁸

En Nicaragua, los candidatos a alcaldes, vicealcaldes y concejales presentados por el partido político indígena Yapti Tasba Masraka Nanih Asla Takanka («Yatama») fueron excluidos de participar en las elecciones municipales realizadas el 5 de noviembre de 2000, como consecuencia de una resolución emitida por el Consejo Supremo Electoral y la declaración de improcedencia del recurso de amparo por la Corte Suprema de la Nación³⁹.

De acuerdo con la resolución de la Corte IDH, las decisiones que emitió el Consejo Supremo Electoral incidieron directamente en la vulneración del derecho a la participación política de las personas propuestas por el partido Yatama, pues se trataba de decisiones que les negaban su inscripción sin estar debidamente fundamentadas⁴⁰; esto es, no señalaron las normas que, según la instancia electoral, incumplía el partido indígena y, más grave aún, el Consejo tampoco notificó a Yatama varias de estas decisiones⁴¹.

El cumplimiento de la garantía de fundamentación era particularmente importante en las decisiones del Consejo Supremo Electoral dado que, aproxima-

³³ *Ibid.*, párrafo 61.

³⁴ *Ibid.*, párrafo 62.

³⁵ *Ibid.*, párrafo 63.

³⁶ *Ibid.*, párrafo 92.

³⁷ *Ibid.*, párrafo 101.

³⁸ Corte IDH, sentencia sobre excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, de 23 de junio de 2005, Serie C, núm. 127.

³⁹ *Ibid.*, párrafo 91.

⁴⁰ *Ibid.*, párrafo 153.

⁴¹ *Ibid.*, párrafo 154.

damente nueve meses antes de la celebración de las elecciones, entró en vigencia un nuevo ordenamiento electoral que introducía modificaciones substanciales al orden jurídico nacional. La Corte también sostuvo que, independientemente de la novedad legislativa, los procedimientos electorales que anteceden a la celebración de las elecciones deben resolverse con especial celeridad y mediante un trámite sencillo que facilite las decisiones en el marco del calendario electoral⁴².

La Constitución de Nicaragua establece un Poder Electoral independiente de los otros tres poderes presidido por el Consejo Supremo Electoral⁴³. Además, este ordenamiento establece que en contra de las resoluciones de este órgano no procederá recurso alguno, ordinario ni extraordinario⁴⁴. No obstante, los representantes del citado partido político presentaron ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia un recurso que, como era previsible, fue declarado improcedente⁴⁵.

La inexistencia de un recurso efectivo y, además, sencillo y rápido, coloca a las personas en estado de indefensión y constituye una transgresión a la Convención⁴⁶. Como ya se señaló, para que un recurso sea efectivo, no basta con que exista formalmente, pues la efectividad implica la posibilidad real de interponer el recurso⁴⁷. La Corte sostuvo que, el hecho de que las resoluciones del Consejo Supremo Electoral, por disposición constitucional, no sean susceptibles de recursos ordinarios ni extraordinarios, no significa que dicho Consejo no deba estar sometido a controles judiciales. También afirmó que la independencia de un poder no es incompatible con la existencia de mecanismos para proteger los derechos humanos⁴⁸ y reiteró que el Estado tiene la obligación de adecuar su Derecho interno a las disposiciones de la CADH, lo cual no sólo implica la expedición de normas sino, también, la supresión de prácticas que entrañen una violación al ordenamiento interamericano⁴⁹.

*Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay (2006)*⁵⁰

El Estado de Paraguay no garantizó el derecho de propiedad de la comunidad Sawhoyamaya ya que desde 1991 se encontraba en trámite la solicitud de reivindicación territorial y, al día de la demanda, no había respuesta satisfactoria. Para resolver este caso, la Corte IDH analizó si el procedimiento de solicitud de tierras por parte de la comunidad indígena se desarrolló con respeto a las garantías judiciales, dentro del plazo razonable y si el recurso para asegurar los derechos de los recurrentes fue efectivo. De igual forma, evaluó si el Estado, en el procedimiento administrativo, tomó en cuenta las particularidades propias de los pueblos indígenas⁵¹.

⁴² *Ibid.*, párrafo 150.

⁴³ *Ibid.*, párrafo 171.

⁴⁴ *Ibid.*, párrafo 171.

⁴⁵ *Ibid.*, párrafo 172.

⁴⁶ *Ibid.*, párrafo 167.

⁴⁷ *Ibid.*, párrafo 169.

⁴⁸ *Ibid.*, párrafo 174.

⁴⁹ *Ibid.*, párrafo 185.

⁵⁰ Corte IDH, sentencia sobre fondo, reparaciones y costas, de 29 de marzo de 2006, Serie C, núm. 146.

⁵¹ *Ibid.*, párrafo 83.

Respecto a la efectividad del procedimiento, la Corte IDH determinó que los mecanismos establecidos entre el Instituto Nacional Indígena y el Instituto de Bienestar Rural es sumamente limitado, pues sólo permite disponer de las tierras que son explotadas irracionalmente o las de los propietarios privados dispuestos a negociar, pero cuando estos se niegan a vender sus tierras y demuestran la explotación racional de las mismas el procedimiento es abiertamente ineficaz⁵².

Por tanto, el Tribunal Interamericano volvió a recordar que el Estado tiene «la obligación de introducir procedimientos en el sistema jurídico nacional que permitan reivindicar las tierras de las comunidades indígenas de una forma accesible y simple»⁵³.

*Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam (2007)*⁵⁴

El Tribunal reiteró su jurisprudencia sobre el derecho a la protección judicial señalando que «[e]n lo que respecta a los miembros de los pueblos indígenas, la Corte ha establecido que “es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su Derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres”. En especial, la Corte ha sostenido que, para garantizar el derecho a la propiedad comunal de los integrantes de los pueblos indígenas, los Estados deben establecer “un recurso efectivo con las garantías de debido proceso [...] que les permita reivindicar sus tierras tradicionales”».

Así, la Corte IDH consideró que «el recurso judicial disponible conforme al Código Civil del Estado [de Surinam] es inadecuado e ineficaz a fin de reparar las presuntas violaciones al derecho de propiedad comunal de los miembros del pueblo Saramaka por las siguientes dos razones. Primero, dicho recurso presuntamente sólo está disponible para las personas individuales que reclaman una violación de sus derechos individuales a la propiedad privada. El pueblo Saramaka, como entidad colectiva cuya personalidad jurídica no está reconocida por el Estado, no puede utilizar dicho recurso en calidad de comunidad para afirmar el derecho a la propiedad comunal de sus integrantes [...]. Segundo, el derecho a la propiedad comunal de los miembros del pueblo Saramaka no está reconocido por el Estado [...] y por tanto, un recurso judicial que exige que se demuestre la violación de un derecho reconocido por el Estado no sería un recurso adecuado para este tipo de reclamos».

Respecto al Decreto de Explotación Minera la Corte señaló que «sólo permite apelar ante el poder judicial si el poseedor de un derecho de explotación minera y un “demandante legítimo” o “tercero” no llegaren a un acuerdo sobre el monto de la indemnización solicitada. No obstante, para calificar como “demandante legítimo” o “tercero”, la persona en cuestión debe ser titular de un derecho o interés registrable emitido por el Estado. Por tanto, el aparente recurso establecido conforme al Decreto de Explotación Minera es inadecuado

⁵² *Ibid.*, párrafo 102.

⁵³ *Ibid.*, párrafo 109.

⁵⁴ Corte IDH, sentencia sobre excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, de 28 de noviembre de 2007, Serie C, núm. 172.

e ineficaz en el [...] caso dado que los miembros del pueblo Saramaka no tienen un título sobre su territorio tradicional o sobre alguna parte de él». Finalmente, respecto al alegato del Estado sobre la Ley de Gestión Forestal de 1992 que permitiría interponer demandas escritas ante el presidente de Surinam, la Corte observó que «[l]os integrantes del pueblo Saramaka interpusieron al menos dos reclamos ante el presidente de Surinam y al día de la [Sentencia] no ha[bían] recibido ninguna respuesta oficial de la Oficina del presidente». De esta manera concluyó que la demanda ante el presidente «no satisface el requisito conforme al artículo 25 de la Convención de proporcionar recursos judiciales adecuados y efectivos por las presuntas violaciones a los derechos de propiedad comunal de los miembros de los pueblos indígenas y tribales».

*Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay (2010)*⁵⁵

En la sentencia se reitera la jurisprudencia constante de la Corte IDH, en el sentido de que para garantizar el derecho de sus miembros a la propiedad comunitaria los Estados deben establecer «un recurso efectivo» con las pertinentes garantías de debido proceso que les permita reivindicar sus tierras tradicionales⁵⁶. Es importante destacar que en este caso se sigue la jurisprudencia de los *Casos Yakye Axa* y *Sawhoyamaya*, explicados previamente, así como la doctrina del *Caso del Pueblo de Saramaka vs. Surinam (2007)*, que realizó una interesante distinción entre lo que propiamente son los «pueblos indígenas» de los «pueblos tribales»⁵⁷.

La sentencia es categórica al señalar que el procedimiento administrativo de reivindicación de tierras resultó «inefectivo», no habiendo mostrado «una posibilidad real» para que los miembros de dicha comunidad indígena pudieran recuperar sus tierras tradicionales⁵⁸; señalando además que la «falta de un recurso efectivo para la recuperación de tierras indígenas representa un incumplimiento del deber estatal, establecido en el artículo 2.º de la CADH, de adecuar su Derecho interno para garantizar en la práctica el derecho a la propiedad comunitaria»⁵⁹; además de que la «acción de inconstitucionalidad» que se intentó no ha proporcionado un «recurso efectivo a los miembros de la comunidad para la protección de su derecho a la propiedad sobre sus tierras comunitarias»⁶⁰.

⁵⁵ Corte IDH, sentencia sobre fondo, reparaciones y costas, de 24 de agosto de 2010, Serie C, núm. 214.

⁵⁶ Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, sentencia sobre fondo, reparaciones y costas, de 24 de agosto de 2010, párrafo 170. Sigue la doctrina expresada en el *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, párrafo 96; y en el *Caso del Pueblo de Saramaka vs. Surinam*, párrafo 178.

⁵⁷ Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, sentencia sobre excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, de 28 de noviembre de 2007. En esta sentencia se establece que el pueblo Saramaka no es indígena propiamente, sino que fueron llevados durante la época de colonización a lo que hoy se conoce como Surinam, siendo este «un pueblo que no es indígena a la región pero que comparte características similares con los pueblos indígenas, como tener tradiciones sociales, culturales y económicas diferentes de otras secciones de la comunidad nacional, identificarse con sus territorios ancestrales y estar regulados, al menos en forma parcial, por sus propias normas, costumbres o tradiciones» (párrafo 79).

⁵⁸ *Ibid.*, párrafo 154.

⁵⁹ *Id.*

⁶⁰ *Ibid.*, párrafo 164.

Para finalizar, resulta importante reparar en el análisis que hace la Corte IDH respecto de los artículos 2.º, 3.º, 8.º y 25 de la CADH, ya que todos ellos presentan consecuencias jurídicas en cuanto al acceso a un recurso efectivo⁶¹.

b) *Derecho al plazo razonable*

El plazo razonable es un mandato del artículo 8.º1 de la CADH. Constituye un concepto jurídico indeterminado temporalmente. Esto quiere decir que la declaración de su afectación no está vinculada *prima facie* a una norma jurídica nacional que la señale, sino a un análisis casuístico en el que se debe tomar en consideración varios factores determinantes para condenar su incumplimiento.

El principio del plazo razonable tiene por finalidad que las personas que tienen una relación procesal no se encuentren indefinidamente en la incertidumbre e inseguridad jurídica sobre el reconocimiento de su derecho afectado o sobre la responsabilidad o no del denunciado por los hechos materia de la controversia.

En tal sentido, se aprecia que la existencia de efectos negativos en el individuo sometido a un proceso de duración extensa también se comporta como un elemento de análisis de la razonabilidad de la duración de un proceso, puesto que dichos efectos se comportarán como elementos concretos y directos de la lesividad de sus derechos fundamentales, reconociéndose como acto lesivo el trámite mismo del proceso.

La garantía sobre la administración de justicia en un plazo razonable, a saber, *sin dilaciones indebidas*, vincula al sistema jurisdiccional de determinado país a organizarse y estructurarse de tal forma que se eviten retrasos que comprometan su eficacia y credibilidad⁶². Sin embargo, el requisito de plazo razonable no debe anteponerse al derecho a un recurso efectivo, pues poca es la importancia de una justicia «rápida» si ésta no garantiza los derechos de un individuo y/o comunidad.

La jurisprudencia constante de la Corte IDH ha señalado siempre tres elementos para evaluar la razonabilidad del plazo: complejidad del asunto; actividad procesal del interesado; y conducta de las autoridades judiciales. A partir del *Caso Valle Jaramillo vs. Colombia* (2008)⁶³, la Corte IDH agregó el cuarto elemento de evaluación, a saber, la afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso.

Un aspecto importante a resaltar se refiere a que, aun cuando la duración excesiva de los procesos sea el supuesto más común de la violación del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, el derecho a un proceso con un plazo razonable también tiene un ámbito de protección frente a la brevedad excesiva de los procesos, o dicho de otra manera, frente a procesos con duración extremadamente sumaria o apresurada.

⁶¹ *Id.*

⁶² A. SALADO OSUNA, «El plazo razonable en la administración de justicia: una exigencia del Convenio Europeo de Derechos Humanos», en J. GARCÍA ROCA y P. SANTOLAYA MACHETTI, *La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 301.

⁶³ Corte IDH, sentencia sobre fondo, reparaciones y costas, de 27 de noviembre de 2008, Serie C, núm. 192.

Y es que, una configuración en ese sentido estaría prevista, básicamente, para impedir una adecuada composición de la litis o de la acusación penal. Así, cabe recordar que en el «Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos» (2002)⁶⁴, la Comisión IDH sostuvo que «Se ha sostenido en particular que el plazo razonable abarca todo el proceso en cuestión, desde el primer acto del proceso hasta que se dicta una sentencia definitiva y firme, incluyendo toda apelación que se hubiere interpuesto»⁶⁵.

En el *Caso Comunidad Moiwana vs. Suriname* (2005) relatado anteriormente, la Corte IDH refirió que a pesar de haber transcurrido dieciocho años desde el reconocimiento por parte de Surinam de su competencia, el Estado no había realizado una investigación seria y efectiva de los hechos que pudiera haber conducido a un enjuiciamiento de los responsables del ataque a la aldea Moiwana. Precisamente, consideró la Corte IDH que una demora tan prolongada constituye *per se* una violación de las garantías judiciales y que aquello no podía ser justificado por el Estado, al margen de la complejidad del caso o la conducta de las partes⁶⁶.

A continuación se realizará un breve análisis de aquellos casos donde se enmarca la exigencia de «rapidez» del artículo 25 (pensada básicamente para recursos de amparo y habeas corpus), a excepción del *Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, donde además se involucran los derechos establecidos en el artículo 8.º de la Convención sobre garantías judiciales.

Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua (2001)⁶⁷

La comunidad Awas Tingni, ante la concesión que el Estado otorgó a la empresa maderera en tierras ocupadas por esta comunidad indígena, interpuso un recurso de amparo el 11 de septiembre de 1995 ante el Tribunal de Apelaciones de Matagalpa con la finalidad de suspender el proceso de concesión; sin embargo, el 19 de septiembre del mismo año, el Tribunal la declaró inadmisibles «por improcedente»⁶⁸. El 21 de septiembre de 1995 se impugnó esta resolución ante la Corte Suprema de Justicia, misma que declaró improcedente el 27 de febrero de 1997⁶⁹. Tiempo después, concretamente, el 7 de noviembre de 1997, la comunidad nuevamente presentó un recurso de amparo ante la Sala de lo Civil del Tribunal de Apelaciones de la Sexta Región de Matagalpa con el fin de que se declarara nula la concesión y se ordenara impulsar un proceso de reconocimiento y certificación de los derechos de propiedad de la comunidad indígena. El 12 de noviembre de 1997 se admitió el recurso, pero el 14 de octubre de 1998 la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia lo declaró improcedente por extemporáneo⁷⁰.

⁶⁴ Vid. <http://www.cidh.oas.org/Terrorism/Span/indice.htm>.

⁶⁵ *Id.*

⁶⁶ Corte IDH, *Caso Comunidad Moiwana vs. Suriname*, sentencia sobre fondo, reparaciones y costas, de 15 de junio de 2005, párrafo 160, Serie C, núm. 124.

⁶⁷ Corte IDH, sentencia sobre fondo, reparaciones y costas, de 31 de agosto de 2001, Serie C, núm. 79.

⁶⁸ *Ibid.*, párrafo 103.

⁶⁹ *Ibid.*, párrafo 103.

⁷⁰ *Ibid.*, párrafo 103.

Como se advierte, el primer recurso de amparo se resolvió en ocho días. Debido a que el recurso fue negado, se impugnó ante la Corte Suprema, cuya resolución se demoró un año, cinco meses y seis días. La Corte IDH consideró que la resolución dictada por el Tribunal de Matagalpa fue dentro de un plazo razonable pero, la de la Corte Suprema, no⁷¹. La resolución del segundo recurso de amparo se demoró once meses y siete días. La Corte IDH afirmó que el Estado también en esta resolución desconoció el principio de plazo razonable porque, aún cuando el recurso hubiera sido efectivo, existió un retardo injustificado⁷².

*Caso de la comunidad Moiwana vs. Surinam (2005)*⁷³

Desde que Surinam reconoció la competencia contenciosa de la Corte IDH al día de la sentencia del Tribunal Interamericano, habían pasado casi dieciocho años y el Estado, hasta entonces, no había realizado una investigación seria y efectiva sobre las agresiones a la comunidad indígena de Moiwana. La Corte consideró que una demora tan prolongada constituye, *per se*, una violación a las garantías judiciales⁷⁴. En cuanto a las conductas de las partes, la Corte sostuvo que las víctimas y sus representantes frecuentemente solicitaron una investigación penal sobre el ataque⁷⁵. En lo referente a la complejidad de la investigación, la Corte IDH reconoció que era difícil, pues involucraba a un régimen militar poderoso⁷⁶. Sin embargo, esta circunstancia por ningún motivo excluía la responsabilidad del Estado de Surinam de obstruir violentamente la justicia.

*Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay (2005)*⁷⁷

Para determinar la razonabilidad del plazo en este caso, la Corte tomó en cuenta tres elementos: la complejidad del asunto, la actividad procesal del interesado y la conducta de las autoridades judiciales⁷⁸. Concretamente, en Paraguay, las fases del procedimiento administrativo aludido son tres: el reconocimiento de los líderes de la comunidad indígena, el reconocimiento de la personería jurídica de la mencionada comunidad y la reivindicación de tierras. El Instituto Nacional del Indígena resolvió la primera solicitud (la del reconocimiento de líderes) después de más de tres años, aun cuando la complejidad de la solicitud era mínima y el plazo legal es de treinta días⁷⁹. Para el reconocimiento de la personería jurídica pasaron más de tres años y medio. La duración del plazo en ambos casos fue considerada por la Corte IDH como desproporcionada⁸⁰.

⁷¹ *Ibid.*, párrafo 132.

⁷² *Ibid.*, párrafo 134.

⁷³ Corte IDH, sentencia sobre fondo, reparaciones y costas, de 15 de junio de 2005, párrafo 212, Serie C, núm. 124.

⁷⁴ *Ibid.*, párrafo 160.

⁷⁵ *Ibid.*, párrafo 161.

⁷⁶ *Ibid.*, párrafo 162.

⁷⁷ Corte IDH, sentencia sobre fondo, reparaciones y costas, de 17 de junio de 2005, Serie C, núm. 125.

⁷⁸ *Ibid.*, párrafo 65.

⁷⁹ *Ibid.*, párrafo 69.

⁸⁰ *Ibid.*, párrafos 72 y 73.

En el proceso de reivindicación de tierras existió discrepancia en cuanto al inicio del mismo, puesto que, mientras la Comisión Interamericana y sus representantes sostuvieron que dicho proceso se inició en el año 1993 con la primera etapa del procedimiento, el Estado alegó que las gestiones se iniciaron cuando la comunidad recibió el reconocimiento de su personería jurídica, esto es, en el año 2001⁸¹. La Corte IDH determinó que la personería jurídica es sólo un formalismo que sirve para hacer operativos los derechos que las comunidades indígenas han ejercido históricamente y, por tanto, resulta irrelevante la fecha en la cual fue otorgada. Bajo este supuesto, desde la fecha de solicitud de reconocimiento de los líderes de la comunidad hasta la emisión de la sentencia habían transcurrido casi doce años sin haber dado una solución definitiva a los miembros de la comunidad Yakye Axa. Una demora tan prolongada fue, para la Corte, una violación por sí misma a las garantías judiciales⁸².

*Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay (2006)*⁸³

En el proceso de reivindicación de tierras, apareció una discrepancia entre las partes semejante a la del caso de anterior. El Estado sostenía que el plazo transcurrido en dicho proceso debe computarse a partir del reconocimiento de personalidad a la comunidad indígena⁸⁴, mientras que los representantes de la actora sostuvieron que «el otorgamiento de la personería jurídica sirve para hacer operativos los derechos ya existentes»⁸⁵. La Corte IDH, al no encontrar un motivo razonable para apartarse de su precedente, ratificó este criterio en el presente caso⁸⁶. Sin embargo, el tribunal advirtió que Paraguay ratificó la competencia de la Corte Interamericana un año y medio después del inicio del procedimiento para el reconocimiento de los líderes indígenas. Así, desde la fecha de ratificación hasta la emisión de la sentencia, habían transcurrido trece años sin solución definitiva a la petición de la comunidad indígena. El retraso de este proceso administrativo, sostuvo la Corte IDH, se debe en gran medida a que el Instituto Nacional del Indígena y el Instituto de Bienestar Rural se han limitado a remitirse el expediente mutuamente⁸⁷. Además, tomando en cuenta que en el *Caso Comunidad Yakye Axa* el plazo de duración del procedimiento es de once años, ocho meses, constituía, por sí mismo, una violación de garantías judiciales, el plazo de trece años es todavía más censurable⁸⁸.

*Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay (2010)*⁸⁹

Este es el más reciente donde la Corte IDH ha ratificado su doctrina sobre la razonabilidad del plazo, al estimar cuatro elementos esenciales, a saber: i) la

⁸¹ *Ibid.*, párrafo 78.

⁸² *Ibid.*, párrafo 82.

⁸³ Corte IDH, sentencia sobre fondo, reparaciones y costas, de 29 de marzo de 2006, Serie C, núm. 146.

⁸⁴ *Ibid.*, párrafo 93.

⁸⁵ *Ibid.*, párrafo 94.

⁸⁶ *Ibid.*, párrafo 95.

⁸⁷ *Ibid.*, párrafo 96.

⁸⁸ *Ibid.*, párrafo 97.

⁸⁹ Corte IDH, sentencia de fondo, reparaciones y costas, de 24 de agosto de 2010, Serie C, núm. 214.

complejidad del asunto; ii) la conducta de las autoridades; iii) la actividad procesal del interesado, y iv) la afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso. La Corte IDH estimó que el procedimiento administrativo iniciado para la recuperación de las 10.700 hectáreas que corresponden a las tierras tradicionales más aptas para el asentamiento de dicha comunidad indígena no se llevó a cabo con la diligencia debida, ni fue tramitado en un plazo razonable, además de haber sido inefectivo y no mostró una posibilidad real para que los miembros de la Comunidad recuperaran sus tierras tradicionales⁹⁰.

En cuanto a los primeros aspectos, advierte que las demoras en el proceso administrativo respectivo no derivan de la complejidad del caso, sino más bien por la deficiente y demorada actuación de las autoridades; el tercer elemento, se consideró que muchas de las instancias y actuaciones fueron iniciadas precisamente por la comunidad indígena sin que existiera entorpecimiento en la tramitación del recurso; y por último, la Corte IDH reiteró su jurisprudencia relativa a que «si el paso del tiempo incide de manera relevante en la situación jurídica del individuo, resultará necesario que el procedimiento avance con mayor diligencia a fin de que el caso se resuelva en un tiempo breve. En el presente caso la demora en la obtención de una solución definitiva al problema de la tierra de los miembros de la Comunidad ha incidido directamente en su estado de vida»⁹¹. La Corte IDH se apoya en los casos de las comunidades indígenas de *Yakye Axa*⁹² y *Sawhoyamaya*⁹³, ambos *vs. Paraguay*, antes analizados, para concluir que la duración de los procedimientos de reivindicación de tierras, de más de diecisiete para el caso de la comunidad *Xákmok Kásek vs. Paraguay*⁹⁴, no eran compatibles con el principio del plazo razonable establecido en el artículo 8.º1 de la CADH.

5. INDEROGABILIDAD DEL DEBIDO PROCESO EN ESTADOS DE EMERGENCIA

Los Estados atraviesan periodos de crisis provenientes de conflictos internacionales o internos armados, u, originados en otros hechos como desastres naturales que generan peligro público, frente a lo cual el Estado debe mantener o restablecer la ley y el orden. Este tipo de situaciones excepcionales habilita a los gobiernos a tomar medidas preventivas que eviten un daño irreparable a la seguridad o independencia de sus Estados.

Para tal efecto, la CADH faculta a los Estados a suspender —no eliminar— las obligaciones que han asumido en materia de derechos humanos, sólo por un tiempo determinado; y siempre que no sean medidas discriminatorias ni incompatibles con otras obligaciones internacionales en derechos humanos. Lo

⁹⁰ *Ibid.*, párrafo 170.

⁹¹ *Ibid.*, párrafo 136.

⁹² Corte IDH, sentencia de fondo, reparaciones y costas, de 17 de junio de 2005, Serie C, núm. 125.

⁹³ Corte IDH, sentencia sobre fondo, reparaciones y costas, de 29 de marzo de 2006, Serie C, núm. 146.

⁹⁴ Corte IDH, sentencia sobre reparaciones y costas, de 24 de agosto de 2010, Serie C, núm. 214.

anterior no autoriza a los Estados a suspender determinados derechos fundamentales del ser humano, tales como: el reconocimiento de la personalidad jurídica, el derecho a la vida, derecho a la integridad, la prohibición de la esclavitud y la servidumbre, el principio de legalidad, y no retroactividad, la libertad de conciencia y de religión, la protección de la familia, el derecho al nombre, el derecho del niño, el derecho a la nacionalidad y los derechos políticos; así como, también, el derecho a las garantías judiciales necesarias para hacer valer dichos derechos humanos irreductibles.

La inderogabilidad de los recursos judiciales constitucionales para proteger los derechos humanos, incluso en estados de excepción o de emergencia, es una garantía institucional que habilita inclusive un juicio de convencionalidad que constituye un control de proporcionalidad o ponderación de los bienes jurídicos en conflicto, la independencia y seguridad del Estado con los derechos y libertades que se suspendan o restrinjan, ya que la compatibilidad de la coexistencia de ambos pasa por un examen concreto.

En consecuencia, la restricción de derechos humanos en la intervención de las Fuerzas Armadas en ámbitos geográficos con población civil, resultará una medida estatal de excepción, la cual para ser considerada legítima en términos convencionales, necesariamente deberá salvaguardar la vigencia de los procedimientos que permitan la eficacia de aquel conjunto de derechos considerados irreductibles (art. 27.2 de la CADH), para lo cual, se deberá compatibilizar los fines temporales de la intervención militar a la vigencia irrestricta de dichos derechos fundamentales, lo cual, además de constituir una obligación convencional de cada Estado firmante de la Convención derivada de su artículo 27.3, también se constituye como el parámetro de evaluación del control de convencionalidad respecto de la suspensión de los derechos que el Pacto de San José protege.

Lo anterior cobra mayor sentido si se recuerda lo observado en la experiencia interamericana de los últimos veinte años, respecto a los hechos protagonizados por grupos militares en perjuicio de grupos especialmente vulnerables como los pueblos y comunidades indígenas. Precisamente, sobre la participación de las Fuerzas Armadas, cabe mencionar las sentencias de la Corte IDH relativas a los *Casos Aloeboetoe y otros vs. Suriname* (1993)⁹⁵; y *Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala* (2004)⁹⁶.

En el *Caso Aloeboetoe y otros vs. Suriname* (1993), en el mes de diciembre de 1987, un grupo de militares atacaron, vejaron y golpearon con las culatas de sus armas a más de veinte cimarrones varones (*maroons/bushnegroes*) en Atjoni; los que además fueron detenidos bajo sospecha de ser miembros de un grupo subversivo denominado «Comando de la selva». Finalmente, seis de ellos fueron asesinados y un herido que logró escapar, falleció finalmente pese a los cuidados que recibió después de haber sido acogido por la Cruz Roja Internacional. Luego del reconocimiento de Suriname de su responsabilidad en el caso, la Corte tomó por ciertos los alegatos de la Comisión IDH en torno a la violación por parte del Estado de Suriname, entre otros artículos, de los artículos de la Convención:

⁹⁵ Corte IDH, sentencia sobre reparaciones y costas, de 10 de septiembre de 1993, Serie C, núm. 15.

⁹⁶ Corte IDH, sentencia sobre fondo, de 29 de abril de 2004, Serie C, núm. 105.

5.º2 (derecho a no ser sometido a torturas ni penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes); y 25 (derecho a la protección judicial que incluye el derecho al recurso sencillo, rápido y efectivo).

En cuanto a la indemnización correspondiente por los daños sufridos por las víctimas hasta el momento de su muerte, se presentó una disparidad de criterios entre las partes en la medida que tal derecho se transmite por sucesión a los herederos de las víctimas y, ante ello, la Comisión IDH reclamaba la aplicación de las costumbres de la tribu Saramaca, mientras que Suriname solicitaba la aplicación del Derecho civil interno. Frente a esto último, la Corte IDH sostuvo que el único aspecto relevante consistía en dilucidar si las leyes de Suriname, relativas al Derecho de familia, resultaban aplicables a la tribu Saramaca. Sobre el particular, el Tribunal Interamericano concluyó que las leyes surinamesas, respecto de dicha tribu, no tenían eficacia porque los miembros de la tribu las desconocían y porque, entre otras razones, la intervención de los tribunales estatales en torno a los conflictos de la tribu ocurridos en estas materias era prácticamente inexistente. Finalmente, para la determinación de los sucesores de las víctimas, la Corte IDH consideró pertinente la aplicación de los principios generales de Derecho, en la línea de lo establecido por el artículo 38.1.c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia⁹⁷.

En aplicación del artículo 63.1 de la CADH, la Corte IDH consideró que, a fin de dar cumplimiento a la indemnización pecuniaria (fijada en la sentencia sobre Reparaciones y Costas), debían constituirse dos fideicomisos con los fondos que depositara el Gobierno de Suriname a favor de los beneficiarios menores y mayores de edad. Así también, la Corte dispuso la creación de una Fundación de asesoría a los beneficiarios y destinada a actuar como fideicomitente de los fondos depositados.

En el *Caso Plan de Sánchez vs. Guatemala* (2004), en un contexto de conflicto armado interno en el Estado de Guatemala, el Ejército guatemalteco, con fundamento en la «Doctrina de Seguridad Nacional», identificó a los miembros del pueblo indígena maya de Plan de Sánchez como «enemigos internos» por considerar que constituían o podían constituir la base social de la guerrilla. Como refirió la Corte IDH en dicha sentencia (sobre el fondo), el pueblo maya fue víctima de masacres y «operaciones de tierra arrasada»: destrucción completa de comunidades, viviendas, símbolos culturales, instituciones socio-económicas y políticas, prácticas religiosas, entre otros. Ante la aceptación de la responsabilidad internacional, por parte de Guatemala, respecto de la violación de los artículos 5.º1 (derecho a la integridad personal), 8.º1 (derecho al plazo razonable, garantías judiciales) y 25 (derecho a la protección judicial) de la CADH.

Un aspecto de gran importancia, desprendido de las consideraciones de la Corte IDH en este caso, concierne al tema de genocidio que fue aludido por la Comisión IDH, y también, por los representantes de las víctimas y sus familiares. Al respecto, la Corte IDH indicó que sólo tiene competencia, en materia contenciosa, para declarar violaciones de la Convención y de otros instrumentos del sis-

⁹⁷ Dicho precepto señala: «1. La Corte, cuya función es decidir conforme al Derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: [...] c) los principios generales de Derecho reconocidos por las naciones civilizadas».

tema interamericano de protección de derechos humanos, siempre que estos últimos le confieran tal competencia. Empero, frente a hechos como los del presente caso, que afectaron gravemente la identidad y valores de los miembros del pueblo maya bajo un patrón de masacres, la Corte IDH señaló que el impacto de lo sucedido comprometía la responsabilidad internacional del Estado de forma tal que, tal elemento sería tomado en cuenta al momento de fijar las reparaciones.

Las reparaciones establecidas por la Corte IDH en una sentencia posterior⁹⁸, no sólo fueron de carácter pecuniario por los daños materiales e inmateriales, sino también de alcance o repercusión pública: la obligación de investigar los hechos que generaron las violaciones, identificar, juzgar y sancionar a los responsables por parte de Guatemala, acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional del Estado en ceremonia pública, traducción de la sentencia al idioma «maya achí», la propuesta de un programa de desarrollo, entre otros.

6. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Los casos analizados ponen en evidencia que los derechos al *recurso efectivo* (protección judicial) y al *plazo razonable* (garantía del debido proceso), previstos en los artículos 8.º y 25 de la CADH, si bien parten de las bases generales de la doctrina jurisprudencial elaborada por la propia Corte IDH, han adquirido ciertas particularidades cuando se trata de la protección de las comunidades indígenas, especialmente al considerar las condiciones económicas y sociales de estos grupos, sus usos, valores y costumbres, así como su situación especial de vulnerabilidad.

No debe perderse de vista que los pueblos indígenas «son sociedades originarias que forman parte integral de las Américas y que sus valores y culturas están vinculadas indisolublemente a la identidad de los países que habitan y de la región en su conjunto»⁹⁹. Esta específica protección de los derechos humanos de los pueblos y comunidades indígenas refleja un singularismo del sistema interamericano de derechos humanos, lo que puede coadyuvar al surgimiento progresivo de un *ius publicum americanum*¹⁰⁰ o, si se prefiere, un *ius constitutionale commune* en América Latina¹⁰¹, sin desconocer el carácter universal de esos derechos¹⁰².

⁹⁸ Corte IDH, *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*, sentencia sobre reparaciones y costas, de 19 de noviembre 2004, Serie C, núm. 116.

⁹⁹ Preámbulo del Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (OEA).

¹⁰⁰ C. LANDA, «Implementación de las decisiones del sistema interamericano de derechos humanos en el ordenamiento constitucional peruano», en A. VON BOGDANDY, M. MORALES y C. LANDA (eds.), *¿Integración suramericana a través del Derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal*, Madrid, CEPC-Max Planck Institut, 2009, pp. 315-338.

¹⁰¹ Cfr. G. AGUILAR CAVALLO, «Emergencia de un Derecho constitucional común en materia de pueblos indígenas?», en *La justicia constitucional y su internacionalización...*, op. cit., t. II, pp. 3-84.

¹⁰² Como se afirma en la reciente *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas* (Resolución aprobada por la Asamblea General el 13 de septiembre de 2007), en la medida en que se parte de la urgente necesidad de respetar y promover los derechos intrínsecos de los pueblos indígenas, que derivan de sus estructuras políticas, económicas y sociales y de sus culturas, de sus tradiciones espirituales, de su historia y de su filosofía, especialmente los derechos a sus tierras, territorios y recursos.

XXXIII. LA OBLIGACIÓN DE «RESPETAR» Y «GARANTIZAR» LOS DERECHOS HUMANOS A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA

Una fuente convencional del Derecho procesal constitucional mexicano*

En coautoría con Carlos María PELAYO MÖLLER **

*A los doctores Héctor Fix-Zamudio y Sergio García Ramírez,
eximios juristas mexicanos; por sus trascendentales aportaciones
como jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1986-2009)*

1. INTRODUCCIÓN: SOBRE EL CASO RADILLA Y LA IMPORTANCIA DEL ESTUDIO DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA

El artículo 1.º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos es la *piedra angular* sobre la cual descansa el sistema de derechos y libertades de dicho instrumento y, en gran medida, el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. La obligación de los Estados parte del Pacto de San José de

* Publicado en A. ZALDÍVAR LELO DE LARREA (coord.), *Derecho procesal constitucional*, que forma parte de la *Obra jurídica enciclopédica. En Homenaje a la Escuela Libre de Derecho con motivo de su primer centenario*, J. P. PAMPILLO BALIÑO y M. A. MUNIVE PÁEZ (coords.), México, Porrúa-Escuela Libre de Derecho, 2012, pp. 203-243.

** Doctorando en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. LLM en Derecho internacional de los derechos humanos por la Universidad de Notre Dame. Licenciado en Derecho por la Universidad Autónoma de Sinaloa.

«respetar» los derechos y libertades ahí contenidos y «garantizar» su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción «sin discriminación alguna», permea en el objeto y fin del tratado y, consecuentemente, en el entendimiento que deben tener todos los operadores jurídicos (nacionales e internacionales) para lograr la *plena efectividad* de los derechos y libertades que contiene. Así, este dispositivo no constituye una «norma programática» como algunos consideran. La Convención Americana tiene *aplicación directa* en todos sus preceptos cuando un Estado americano la ha firmado, ratificado o se ha adherido¹.

Dicho tratado internacional ha tenido vigencia en México durante más de treinta años (1981-2012)², con la consecuente obligación de todos los órganos y poderes del Estado mexicano de aplicarla³. Constituye, como cualquier otro tratado internacional suscrito por México, normas de Derecho interno de fuente internacional⁴. Sin embargo, resulta paradójico que a pesar de la importancia que reviste para nuestro orden jurídico nacional dicho Pacto y especialmente para la tutela efectiva de los derechos fundamentales, con mayor intensidad a partir del reconocimiento de nuestro país de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en diciembre de 1988⁵, su aplicación se haya efectuado de manera «esporádica» por las autoridades locales y federales; como si se tratara de una prerrogativa del Estado y no como un «deber» que limita y guía su actuación.

Tuvieron que emitirse seis sentencias de la Corte IDH de condena al Estado mexicano (2008-2010)⁶; varias resoluciones de supervisión de cumplimiento de sentencia por parte de dicho Tribunal Interamericano (2009-2011)⁷; así como

¹ Cfr. J. C. HITTERS y O. L. FAPPIANO, *Derecho internacional de los derechos humanos*, t. 1, vol. 1, 2.ª ed., Buenos Aires, Ediar, 2007, pp. 528-529.

² La Convención Americana sobre Derechos Humanos fue suscrita en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Entró en vigor el 18 de julio de 1978, de conformidad con el artículo 74.2 del propio Pacto. Vincula a México desde el 24 de marzo de 1981. Publicación en el *Diario Oficial de la Federación* el 7 de mayo de 1981.

³ Debe tenerse en consideración que México formuló *declaraciones interpretativas* al párrafo 1.º del artículo 4.º y al artículo 12; así como *reserva* al artículo 23, párrafo 2.º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁴ Cfr. H. FIX-ZAMUDIO, *La protección jurídica de los derechos humanos. Estudios comparativos*, 2.ª ed., México, CNDH, 1999; así como su obra *Los derechos humanos y su protección jurisdiccional*, Lima, Grijley-UNAM-IMDPC, 2009.

⁵ En adelante «Corte IDH» o «Tribunal Interamericano». El instrumento de aceptación de la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH fue firmado por el Ejecutivo el 9 de diciembre de 1998 y depositado ante el secretario general de la OEA el 16 de diciembre del mismo año, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 61.2 del Pacto de San José de Costa Rica. El decreto promulgatorio se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* de 24 de febrero de 1999, con fe de erratas publicada al día siguiente en el mismo lugar.

⁶ Corte IDH, *Caso Castañeda Gutman vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008, Serie C, núm. 184; *Caso González y otras («Campo Algodonero») vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009, Serie C, núm. 205; *Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009, Serie C, núm. 209. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010, Serie C, núm. 215; *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010, Serie C, núm. 216, y *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010, Serie C, núm. 220.

⁷ En el *Caso Castañeda Gutman* la supervisión de cumplimiento de sentencia de 1 de julio de 2009; en los *Casos Fernández Ortega y Rosendo Cantú*, sendas resoluciones de cumplimiento de sen-

dos trascendentales reformas constitucionales en materia de derechos humanos y de amparo (6 y 10 de junio de 2011)⁸; para que la Suprema Corte de Justicia de la Nación abandonara su postura *tradicionalista*⁹, y se abriera con plenitud al Derecho internacional de los derechos humanos¹⁰. En efecto, al cumplimentar la sentencia del *Caso Radilla Pacheco vs. México*, al resolver el expediente Varios 912/2010 el 14 de julio de 2011¹¹, ese Alto Tribunal se pronunció sobre cuestiones de la mayor importancia en dicha materia, que para efectos de lo que aquí interesa, resaltamos las siguientes:

i) Que las sentencias de la Corte IDH donde el Estado mexicano ha sido parte, constituyen *cosa juzgada* y son *obligatorias en sus términos*, incluso sus *partes considerativas* y no sólo sus resolutivos de conformidad con los artículos 62.3, 67 y 68 de la Convención Americana¹²; en consecuencia, la Suprema Corte «aun como tribunal constitucional, no puede evaluar este litigio ni cuestionar la competencia de la Corte [Interamericana], sino sólo limitarse a su cumplimiento en la parte que le corresponde y en sus términos»¹³; por lo que:

tencia de 25 de noviembre de 2010; y en el *Caso Radilla Pacheco* la supervisión de cumplimiento de sentencias de 19 de mayo y 1 de diciembre de 2011.

⁸ La reforma en materia de amparo entró en vigor el 4 de octubre, mientras que la de derechos humanos el 11 de junio de 2011.

⁹ Basta ver la poca apertura al Derecho internacional en la manera en que por primera vez se discutió sobre el cumplimiento del *Caso Radilla Pacheco*, en la consulta a trámite formulada por el entonces ministro presidente de la Suprema Corte Guillermo Ortiz Mayagoitia, en el expediente Varios 489/2010, resuelto el 7 de septiembre de 2010; el interesante proyecto fue elaborado por el ministro José Ramón Cossío y fue «rechazado» por «exceder» los términos de la consulta planteada (lo que originó el diverso expediente Varios 912/2010 resuelto el 14 de julio de 2011). Asimismo, sobre la falta de apertura de la Suprema Corte, *vid.* también, a manera de ejemplo, el amparo en revisión 989/2009, promovido por *Reynalda Morales Rodríguez*, en el cual se impugnaba precisamente la inconstitucionalidad del artículo 57, fracción II, inciso a) del Código de Justicia Militar, por extender la jurisdicción militar a delitos que no tienen estricta conexión con la disciplina militar o con bienes jurídicos propios del ámbito castrense. Este caso fue resuelto, por mayoría de seis votos contra cinco, en el sentido de que la víctima del proceso penal carece de «interés jurídico» para promover juicio de amparo de conformidad con la Ley de Amparo.

Así, la Suprema Corte de Justicia dejó pasar una oportunidad para pronunciarse sobre el fuero militar, previo a la condena del *Caso Radilla Pacheco* y resulta lamentable que sea la Corte IDH la que tuviera que establecer la inconventionalidad de dicho precepto, cuando pudo haberlo realizado la Suprema Corte a la luz del artículo 13 constitucional y de los estándares internacionales en la materia. Sobre la evolución jurisprudencial de la Corte IDH en la temática de jurisdicción militar, así como un análisis de la discusión de dicho asunto en la Suprema Corte, *vid.* el «prólogo» de D. GARCÍA SAYÁN, actual presidente de dicho Tribunal Internacional, en E. FERRER MAC-GREGOR y F. SILVA GARCÍA, *Jurisdicción militar y derechos humanos. El Caso Radilla ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Porrúa-UNAM, pp. XIX-XXXIV y pp. 31 y ss.

¹⁰ Cabe destacar, asimismo, el impulso fundamental de la sociedad civil, ONGs, academia y diversas instituciones que desde hace más de una década impulsaron la reforma constitucional en materia de derechos humanos y han coadyuvado con litigios estratégicos en la materia, tanto a nivel internacional como en el ámbito nacional. *Vid.*, a manera de ejemplo de este impulso, la *Propuesta de reforma constitucional en materia de derechos humanos*, elaborada por las organizaciones de la Sociedad Civil y por académicas y académicos especialistas en derechos humanos, México, Alto Comisionado de Naciones Unidas, 2008.

¹¹ La discusión en el Pleno tuvo lugar los días 4, 5, 7, 12 y 14 de julio de 2011 y el «engrose» se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* hasta el 4 de octubre del mismo año, fecha en que entran en vigor las reformas constitucionales en materia de amparo y que dio inicio a la décima época del *Semanario Judicial de la Federación*, de conformidad con el Acuerdo 9/2011 del mismo Tribunal Pleno de la Suprema Corte.

¹² Párrafos 15 a 19 de la resolución del expediente Varios 912/2010.

¹³ *Ibid.*, párrafo 16.

«no es competente para analizar, revisar, calificar o decidir si una sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, esto es, en sede internacional, es correcta o incorrecta, o si la misma se excede en relación a las normas que rigen su materia y proceso. Esta sede de jurisdicción nacional no puede hacer ningún pronunciamiento que cuestione la validez de lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya que para el Estado mexicano dichas sentencias constituyen, como ya dijimos, cosa juzgada y, por ende, *lo único procedente es acatar y reconocer la totalidad de la sentencia en sus términos*»¹⁴.

ii) Que todos los jueces del país deben realizar un *control de convencionalidad ex officio*¹⁵; y que derivado del nuevo contenido normativo del artículo 1.º constitucional, todas las autoridades del país:

«dentro del ámbito de sus competencias, se encuentran obligadas a velar no sólo por los derechos humanos contenidos en los instrumentos internacionales firmados por el Estado mexicano, sino también por los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal, adoptando la *interpretación más favorable* al derecho humano de que se trate, lo que se entiende en la doctrina como el principio *pro persona*»¹⁶.

iii) Que el control de convencionalidad *ex officio* opera en un modelo de *control difuso de constitucionalidad*, por lo que se realiza una nueva interpretación del artículo 133 a la luz del nuevo contenido normativo del artículo 1.º de la Constitución federal, para apartarse del criterio de la Suprema Corte que prevaleció desde la década de los años cuarenta del siglo pasado, que prohibía a los jueces locales realizar control difuso. De esta manera:

«Si bien los jueces no pueden hacer una declaración general sobre la invalidez o expulsar del orden jurídico las normas que consideren contrarias a los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados (como sí sucede en las vías de control directas establecidas expresamente en los arts. 103, 107 y 105 de la Constitución), sí están obligados a dejar de aplicar estas normas inferiores dando preferencia a los contenidos de la Constitución y de los tratados en esta materia»¹⁷.

iv) Que la jurisprudencia de la Corte IDH será «vinculante» cuando el Estado mexicano sea parte; en cambio, tendrá el carácter de «criterio orientador» de todas las decisiones de los jueces mexicanos en los demás casos (que no sea parte México), siempre que dicho criterio sea más favorecedor a la persona, de conformidad con el tercer párrafo del vigente artículo 1.º constitucional (reforma de junio de 2011)¹⁸. En consecuencia:

«Los jueces nacionales deben inicialmente observar los derechos humanos establecidos en la Constitución Mexicana y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como los criterios emitidos por el Poder Judicial de la Federación al interpretarlos y acudir a los criterios interpretativos de la Corte

¹⁴ *Ibid.*, cursiva añadida, párrafo 17.

¹⁵ *Ibid.*, párrafos 22.A y 23 a 36.

¹⁶ *Ibid.*, párrafo 27.

¹⁷ *Ibid.*, párrafo 29.

¹⁸ *Ibid.*, párrafo 20. Este tercer párrafo del artículo 1.º constitucional fue fundamental en la argumentación de la Suprema Corte. Dicho párrafo establece: «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».

Interamericana para evaluar si existe alguno que resulte más favorecedor y procure una protección más amplia del derecho que se pretende proteger»¹⁹.

Lo establecido por la Suprema Corte mexicana curiosamente desvirtúa lo decidido como *cosa juzgada* por la Corte IDH en el propio *Caso Radilla* cuyo cumplimiento analiza, así como de los tres subsecuentes casos de condena al Estado mexicano²⁰. En estos cuatro asuntos, el Tribunal Interamericano (siguiendo su línea jurisprudencial iniciada en 2006) es claro al sostener que «sus jueces, como parte del aparato del Estado» deben realizar un *control de convencionalidad ex officio* «entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, *sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana*»²¹.

Esta última parte es de especial relevancia, en la medida en que la Corte IDH no está limitando la aplicación de la Convención Americana a los casos expresos de condena a un Estado, sino lo hace en general, al entender que la vinculación de su aplicación deriva de la ratificación de los tratados internacionales; y en ese sentido también debe considerarse, además del texto de la Convención, la «interpretación» que realiza la Corte IDH como «intérprete última» de dicho Pacto, como lo sostiene el Tribunal Interamericano. De ahí que consideramos equivocada la interpretación realizada por la Suprema Corte mexicana, en la medida en que no existen dos tipos de jurisprudencia, sino una sola: aquella que se integra por las interpretaciones que la Corte IDH realiza del Pacto de San José (y en general del *corpus iuris* interamericano), incluso en asuntos que no son propiamente de carácter jurisdiccional, como sucede en las opiniones consultivas que emite. Así, a nuestro entender²²:

«el juez nacional, por consiguiente, debe aplicar la jurisprudencia convencional incluso la que se crea en aquellos asuntos donde no sea parte el Estado nacional al que pertenece, ya que lo que define la integración de la jurisprudencia de la Corte IDH es la interpretación que ese Tribunal interamericano realiza del *corpus iuris interamericano* con la finalidad de crear un estándar en la región sobre su aplicabilidad y efectividad»²³. Lo anterior lo consideramos de la mayor importancia para el sano entendimiento del «control difuso de convencionalidad», pues pretender reducir la obligatoriedad de la jurisprudencia convencional sólo a los casos donde el Estado ha sido “parte material” (como lo ha establecido por mayoría de votos la Suprema

¹⁹ *Ibid.*, párrafo 21.

²⁰ Es decir, los Casos *Fernández Ortega y Otros vs. México*, *op. cit.*, nota 6; *Rosendo Cantú y Otra vs. México*, *op. cit.*, nota 6, y *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, *op. cit.*, nota 6.

²¹ Cursiva añadida. Párrafo 339 del *Caso Radilla Pacheco vs. México*, *op. cit.*, nota 6.

²² E. FERRER MAC-GREGOR, «Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad», en M. CARBONELL y P. SALAZAR (coords.), *Derechos humanos: un nuevo modelo constitucional*, México, UNAM-III, 2011, pp. 339-429, en pp. 393-394.

²³ De esta manera, por ejemplo, pueden formar parte de su jurisprudencia los estándares establecidos por la Corte Europea de Derechos Humanos, tratados internacionales del sistema universal, las resoluciones de los Comités de Naciones Unidas, las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos o incluso los informes de los relatores especiales de la OEA o de Naciones Unidas, entre otros, siempre y cuando la Corte IDH los utilice y los haga suyos para formar su interpretación del *corpus iuris interamericano* y crear la norma convencional interpretada como estándar interamericano.

Corte de Justicia mexicana al analizar el cumplimiento del *Caso Radilla*), equivaldría a nulificar la esencia misma de la propia CADH, cuyos compromisos asumieron los Estados nacionales al haberla suscrito y ratificado o adherido a la misma, y cuyo incumplimiento produce responsabilidad internacional.

En efecto, la “fuerza normativa” de la CADH alcanza a la interpretación que de la misma realice la Corte IDH, como único órgano jurisdiccional del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos e intérprete “último” y “definitivo” de dicho Pacto. La interpretación emprendida por el Tribunal interamericano a las disposiciones convencionales *adquiere la misma eficacia que poseen éstas*, ya que en realidad las “normas convencionales” constituyen el resultado de la “interpretación convencional” que emprende la Corte IDH como órgano “judicial autónomo cuyo objetivo es la aplicación e interpretación”²⁴ del *corpus iuris* interamericano. Dicho en otras palabras, el resultado de la interpretación de la Convención Americana conforma la jurisprudencia de la misma; es decir, “constituyen normas que derivan de la CADH, de lo cual se obtiene que gocen de la misma eficacia (directa) que tiene dicho tratado internacional”²⁵.

Sobre el particular, resulta relevante el valioso voto particular formulado por el ministro Zaldívar, en tanto que deja claro que «resulta muy complicado sostener que sólo es vinculante aquélla que se encuentra en las sentencias en las que México es parte, por la sencilla razón que una línea jurisprudencial se va construyendo a lo largo del tiempo en varias sentencias que se encuentran interconectadas»²⁶. En efecto, la interpretación de la Convención Americana se realiza en los asuntos que va conociendo el Tribunal Interamericano y por ello no puede analizarse su jurisprudencia de manera *estática* y *aislada*, debido al carácter *evolutivo* y *dinámico* de las interpretaciones de dicho órgano jurisdiccional. Así, llama la atención que al cumplimentar el *Caso Radilla* la Suprema Corte de Justicia no atendiera a los otros casos de condena posteriores al Estado mexicano y, en general, a la *línea jurisprudencial* sobre el control de convencionalidad y las restricciones al fuero militar de la Corte IDH²⁷, incluso más allá de los casos específicos de condena al Estado mexicano que no analizó.

Con independencia de lo anterior, lo importante es que la propia Suprema Corte ha reconocido a la jurisprudencia de la Corte IDH como *fuentes* esenciales para los jueces mexicanos (sea criterio *vinculante* u *orientador*) y de ahí deriva la vital importancia de profundizar en su estudio, no sólo por los jueces, sino también por las autoridades administrativas, legisladores y, en general, por todos los intérpretes de los derechos humanos.

²⁴ Artículo 1.º del Estatuto de la Corte IDH, aprobado por resolución núm. 448 de la Asamblea General de la OEA, en la Paz, Bolivia (octubre de 1979).

²⁵ E. FERRER MAC-GREGOR y F. SILVA GARCÍA, «Homicidios de mujeres por razón de género. El *Caso Campo Algodonero*», en A. VON BOGDANDY, E. FERRER MAC-GREGOR y M. MORALES ANTONIAZZI (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización: ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune in América Latina?*, t. II, México, UNAM-Max Planck Institut, 2010, pp. 259-333, en pp. 296-297.

²⁶ A. ZALDÍVAR LELO DE LARREA, voto particular y concurrente formulado en la resolución del expediente Varios 912/2010, que aparece publicado conjuntamente con la sentencia y los demás votos de los señores ministros, en el *Diario Oficial de la Federación* de 4 de octubre de 2011, en particular el voto de referencia se encuentra en pp. 100-104 y la cita en p. 101.

²⁷ Un análisis relevante de la línea jurisprudencial sobre la restricción al fuero militar y, en general, sobre la jurisdicción militar, puede verse en el «prólogo» que realiza el actual presidente de la Corte IDH, Diego García Sayán, en la obra de E. FERRER MAC-GREGOR y F. SILVA GARCÍA, *Jurisdicción militar y derechos humanos. El Caso Radilla ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, op. cit., nota 9, pp. XIX-XXXIV.

En este sentido, es ahora indispensable conocer a plenitud la jurisprudencia de la Corte IDH al tener una *eficacia directa* (como lo tiene el propio Pacto de San José), al estar vigente en nuestro país la Convención Americana desde 1981 y al reconocerse la jurisdicción contenciosa del Tribunal Interamericano en 1998, teniendo precisamente este órgano jurisdiccional la competencia de «interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos» conforme lo estipula el artículo 1.º del Estatuto de la propia Corte IDH aprobada por la OEA en 1979²⁸.

De ahí que estemos en una nueva dimensión en el *sistema del Derecho procesal constitucional mexicano*, en la medida en que deben siempre *todos* los órganos y autoridades del Estado mexicano, en todos los niveles, realizar un «control de convencionalidad» dentro de sus respectivas competencias y regulaciones procesales como lo ha establecido la Corte IDH; sea a través de la *interpretación conforme* (desechando interpretaciones inconventionales) o incluso *inaplicando* para el caso particular o con efectos generales las leyes nacionales, conforme a las competencias de cada órgano y autoridad, para lograr el cumplimiento de la obligación genérica de «respeto» y «garantía» de los derechos y libertades previstos en la Convención Americana. De ahí que la Corte IDH estableciera como uno de los fundamentos de ese nuevo «control difuso de convencionalidad» el artículo 1.º del Pacto de San José, que ha sido motivo de una rica interpretación por el Tribunal Interamericano desde su primera sentencia y cuyo carácter evolutivo será motivo de análisis en el presente estudio.

El «nuevo paradigma» de la reforma constitucional de derechos humanos de junio de 2011 es de tal magnitud, que esperamos genere ahora una «constante» y «sistemática» práctica de *respeto y garantía* de los derechos y libertades fundamentales, siendo el artículo 1.º de la Convención Americana una fuente esencial del renovado Derecho procesal constitucional mexicano.

La importancia del artículo 1.º de la Convención Americana para el ordenamiento jurídico mexicano resulta fundamental, si consideramos que ahora los derechos y libertades ahí contenidos forman parte del *bloque constitucional* previsto en el artículo 1.º de la Constitución federal mexicana. Y precisamente el artículo 1.º del Pacto de San José proporciona las bases de aplicabilidad *personal, espacial y material* de dicho instrumento.

2. LA OBLIGACIÓN DE RESPETAR Y GARANTIZAR LOS DERECHOS HUMANOS (ART. 1.º DE LA CONVENCIÓN AMERICANA)

Desde el inicio de su jurisprudencia la Corte IDH ha abordado, con especial cuidado, lo relativo a la «obligación» de cumplimiento de los derechos humanos. En su primera sentencia sobre el fondo, en el *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (1988), sostuvo que el artículo 1.º del Pacto de San José es fundamental para determinar si una violación de los derechos humanos reconocidos por la Convención Americana puede ser atribuida a un Estado²⁹; y especificó la exis-

²⁸ Vid. *supra*, nota 24.

²⁹ Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (Fondo), sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C, núm. 4, párrafo 164.

tencia de dos *obligaciones generales* en materia de Derecho internacional de los derechos humanos que se derivan de lo dispuesto por dicho precepto: la obligación de «respetar» y la obligación de «garantizar» los derechos³⁰.

A) El «respeto» de los derechos

Por una parte, *la obligación de respeto*, consiste en cumplir directamente con la norma establecida, ya sea absteniéndose de actuar o dando una prestación³¹. Lo anterior debido a que el ejercicio de la función pública tiene límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado³². GROS ESPIELL define el «respeto» como «la obligación del Estado y de todos sus agentes, cualquiera que sea su carácter o condición, de no violar, directa ni indirectamente, por acciones u omisiones, los derechos y libertades reconocidos en la Convención»³³.

Sobre el particular, la Corte IDH ha dispuesto que «la protección a los derechos humanos, en especial los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en las que sólo puede penetrar limitadamente. Así, en la protección a los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de *la restricción al ejercicio del poder estatal*»³⁴. Dichas consideraciones han sido seguidas por otros organismos internacionales dedicados a la protección de los derechos humanos a nivel internacional³⁵.

En este sentido, el contenido de la obligación estará definido a partir del derecho o libertad concreto³⁶. Entre las medidas que debe adoptar el Estado para respetar dicho mandato normativo se encuentran las *acciones de cumplimiento*, que pueden ser *positivas* o *negativas* y estarán determinadas por cada derecho o libertad³⁷. Esta obligación comprende todos los derechos, tanto civiles y po-

³⁰ *Id.*

³¹ C. NASH ROJAS, *El Sistema Interamericano de Derechos Humanos en acción. Aciertos y desafíos*, México, Porrúa, 2009, p. 30.

³² Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (Fondo), *op. cit.*, nota 29, párrafo 165.

³³ H. GROS ESPIELL, *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1991, p. 65.

³⁴ Corte IDH, *La expresión «Leyes» en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86*, de 9 de mayo de 1986, Serie A, núm. 6, párrafo 21.

³⁵ El Comité de los Derechos Humanos de Naciones Unidas mencionó respecto al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que «A los Estados partes se les impone una obligación general de respetar los derechos del Pacto y de asegurar su aplicación a todos los individuos de su territorio y sometidos a su jurisdicción [...] los Estados partes están obligados a dar efecto a las obligaciones prescritas en el Pacto de buena fe». *Cfr.* Comité de los Derechos Humanos. Observación General núm. 31, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, *La índole de la obligación jurídica general impuesta*, 80.º periodo de sesiones, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 225 (2004), párrafo 3.º

³⁶ C. NASH ROJAS, *El Sistema Interamericano de Derechos Humanos en acción*, *op. cit.*, nota 31, p. 30.

³⁷ *Id.*, p. 30.

líticos, como los económicos, sociales y culturales, los cuales por su naturaleza llevan implícita una fuerte carga prestacional³⁸.

Cabe precisar que la obligación de «respeto» a los derechos humanos previsto en este artículo, excluye la aplicación del *principio de reciprocidad* consagrado en el Derecho internacional clásico, toda vez que los Estados parte de la Convención tienen la obligación de respetar los derechos con independencia de que otro Estado parte lo realice dentro de su jurisdicción; de donde deriva la naturaleza *objetiva* de las obligaciones internacionales relativas a derechos humanos³⁹; es decir, existe una *ausencia de reciprocidad* cuando los Estados firman, ratifican o se adhieren a los tratados internacionales en materia de derechos humanos⁴⁰. En este sentido, cabe recordar que la Convención Americana

«no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción»⁴¹.

Entre los casos más significativos que ha conocido la Corte IDH sobre graves violaciones a derechos humanos en donde los Estados demandados han incumplido con la obligación general de respetarlos, destacan los relativos a desapariciones forzadas⁴², masacres⁴³, ejecuciones extrajudiciales⁴⁴, y tortura⁴⁵.

³⁸ En este sentido se ha llegado a afirmar que «La obligación jurídica [de respetar y garantizar los derechos] es tanto de carácter negativo como positivo. Los Estados partes deben abstenerse de violar los derechos reconocidos por el Pacto y cualesquiera restricciones a cualquiera de esos derechos debe ser permisible de conformidad con las disposiciones pertinentes del Pacto». Cfr. Comité de los Derechos Humanos. Observación General núm. 31. Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, *La índole de la obligación jurídica general impuesta*, op. cit., nota 35, párrafo 6.º

³⁹ Cfr. L. FLÁVIO GOMES y V. DE OLIVEIRA MAZZUOLI, *Comentários à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos. Pacto de San José da Costa Rica*, 3.ª ed., São Paulo, Editora Revista Dos Tribunais, 2010, p. 26.

⁴⁰ Cfr. F. J. QUEL LÓPEZ, «La protección internacional de los derechos humanos. Aspectos generales», en C. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI (coord.), *Derecho internacional de los derechos humanos*, 3.ª ed., Madrid, Dilex, 2007, p. 101.

⁴¹ H. GROS ESPIELL, *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos*, op. cit., nota 33, pp. 30-31.

⁴² Vid., entre otros: Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, op. cit., nota 29; *Caso Ticona Estrada y otros vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008, Serie C, núm. 191; *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2009, Serie C, núm. 202; *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009, Serie C, núm. 209.

⁴³ Vid., entre otros: Corte IDH, *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 29 de abril de 2004, Serie C, núm. 105; *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Serie C, núm. 134; *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006, Serie C, núm. 140; *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2006, Serie C, núm. 148; *Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007, Serie C, núm. 163; *Caso*

(Véanse las notas 44 y 45 en página siguiente)

B) La «garantía» de los derechos

La obligación de garantía implica el deber de los Estados de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos⁴⁶. GROS ESPIELL establece que esta obligación «supone el deber de impedir o hacer todo lo racionalmente posible para impedir que se violen los derechos humanos de las personas sometidas a la jurisdicción del Estado por parte de cualquier persona, pública o privada, individual o colectiva, física o jurídica»⁴⁷.

La Corte IDH ha destacado que como consecuencia de esta obligación los Estados deben *prevenir, investigar y sancionar* toda violación de los derechos reconocidos por la Convención Americana; procurando, además, el *restablecimiento*, de ser posible, del Derecho conculcado y, en su caso, la *reparación de los daños* producidos por la violación de los derechos humanos⁴⁸. De esta forma:

«la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comparta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos»⁴⁹.

Para algunos autores, las obligaciones prestacionales señaladas con antelación respecto a la obligación de «respeto» cabrían de una forma más clara en relación con la obligación de «garantía». Así, conforme a la obligación de garantía, en materia de derechos humanos, el Estado no puede limitarse a no incurrir en conductas violatorias de los derechos, sino que además debe emprender *acciones positivas*. Estas acciones consisten en todas aquellas que resulten necesarias

De la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009, Serie C, núm. 211.

⁴⁴ *Vid.*, entre otros: Corte IDH, *Caso Neira Alegría y otros vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 19 de enero de 1995, Serie C, núm. 20; *Caso del Caracazo vs. Venezuela*. Fondo. Sentencia de 11 de noviembre de 1999, Serie C, núm. 58; *Caso Durand y Ugarte vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000, Serie C, núm. 68; *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006, Serie C, núm. 160; *Caso Escué Zapata vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007, Serie C, núm. 165; *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010, Serie C, núm. 213.

⁴⁵ *Vid.*, entre muchos otros: Corte IDH, *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997, Serie C, núm. 33; *Caso de la «Panel Blanca» (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 8 de marzo de 1998, Serie C, núm. 37; *Caso Cesti Hurtado vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 29 de septiembre de 1999, Serie C, núm. 56; *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000, Serie C, núm. 69; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004, Serie C, núm. 110; *Caso Tibi vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004, Serie C, núm. 114; *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006, Serie C, núm. 160.

⁴⁶ Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (Fondo), *op. cit.*, nota 29, párrafo 166.

⁴⁷ H. GROS ESPIELL, *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos*, *op. cit.*, nota 33, pp. 65-66.

⁴⁸ *Ibid.*, párrafo 167.

⁴⁹ *Id.*

para posibilitar que las personas sujetas a su jurisdicción puedan ejercer y gozar de sus derechos y libertades⁵⁰.

La Corte IDH ha determinado que *garantizar* implica la obligación del Estado de tomar todas las medidas necesarias para «remover» los obstáculos que puedan existir para que los individuos disfruten de los derechos que la Convención Americana reconoce. Por consiguiente, la tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos, constituye un incumplimiento a lo dispuesto en el artículo 1.º del propio Pacto de San José⁵¹.

De la obligación general de *garantía*, asimismo, se derivan otra serie de *obligaciones específicas* (o formas de cumplimiento) que se han venido desarrollando en la jurisprudencia de la Corte IDH desde sus inicios y que a continuación analizamos.

a) *La obligación del Estado de asegurar el pleno goce y ejercicio de los derechos*

Las medidas para asegurar el goce y ejercicio de los derechos son *medidas positivas* que pueden ser *generales* o *especiales*.

a) *Las medidas generales* están dirigidas a toda la población y se encuentran en relación con la obligación de asegurar la vigencia de las normas internacionales en el ámbito interno⁵². Desde esa perspectiva, la primera obligación del Estado es la de asegurarse que las normas internacionales operen dentro de su jurisdicción, correspondiendo al Estado y no al Derecho internacional, decidir el modo más conveniente para cumplir con ella; sea a través de la incorporación directa de dichas normas o a través de normas internas que las reproduzcan. En todo caso, una vez ratificada la norma internacional, el Estado debe adecuar todo su Derecho interno de conformidad con aquella, lo cual también pueden incluir la existencia de recursos judiciales efectivos⁵³. Esta obligación se encuentra relacionada con el contenido del artículo 2.º de la Convención Americana sobre el *deber de adoptar disposiciones de Derecho interno*, que constituyen obligaciones a los Estados complementarias a las establecidas en el artículo 1.º del propio Pacto⁵⁴.

⁵⁰ C. MEDINA QUIROGA, *La Convención Americana: Teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*, Santiago, Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2005, p. 17.

⁵¹ Corte IDH. *Excepciones al agotamiento de los recursos internos [arts. 46.1, 46.2.a) y 46.2.b), Convención Americana sobre Derechos Humanos]. Opinión Consultiva OC-11/90*, 10 de agosto de 1990, Serie A, núm. 11, párrafo 34.

⁵² C. NASH ROJAS, *El Sistema Interamericano de Derechos Humanos en acción*, op. cit., nota 31, p. 33.

⁵³ C. MEDINA QUIROGA, *La Convención Americana*, op. cit., nota 50, pp. 17-19.

⁵⁴ En cuanto a este precepto, vid. E. FERRER MAC-GREGOR y C. M.^a PELAYO MÖLLER, «El deber de adoptar disposiciones de Derecho interno. Análisis del artículo 2.º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y su impacto en el orden jurídico nacional», que aparece en el volumen *Influencia del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el orden jurídico mexicano*, coordinado por R. PÉREZ JOHNSTON, G. RODRÍGUEZ MANZO y R. A. SILVA DÍAZ, en esta majestuosa obra conmemorativa del centenario de la Escuela Libre de Derecho.

En caso de que existan elementos culturales que obstaculicen el pleno goce y garantía de los derechos, el Estado deberá adoptar medidas para su remoción. Este aspecto de la obligación es particularmente exigible cuando hay grupos que ven constantemente violados sus derechos humanos por razones culturales. En estos casos, el Estado debe realizar una revisión cuidadosa de la manera en que opera la sociedad y un diseño de políticas conducentes para el logro del objetivo de hacer efectivos, para todos los individuos, el goce y ejercicio de los derechos humanos⁵⁵.

Algunos autores estiman que en ocasiones surge un deber de protección especial «determinable en función de las particularidades necesidades de protección del sujeto de Derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como extrema pobreza o marginación y niñez»⁵⁶. Así, por ejemplo, la Corte IDH ha destacado la importancia de asegurar el goce y ejercicio de los derechos en situaciones de detención⁵⁷.

Asimismo, el Tribunal Interamericano ha establecido que el *deber de prevención* abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales⁵⁸.

En materia de violencia contra la mujer, resulta especialmente relevante lo establecido en el *Caso González y Otras («Campo Algodonero») vs. México*⁵⁹. La Corte IDH estableció que la Convención Belém do Pará obliga a los Estados partes a utilizar la debida diligencia para *prevenir, sancionar y erradicar* la violencia en contra de la mujer⁶⁰. También establece que los Estados deben adoptar *medidas integrales* para cumplir con la *debida diligencia* en casos de este tipo.

En particular, la Corte IDH ha destacado la importancia de contar con un adecuado marco jurídico de protección, con una aplicación efectiva del mismo y con políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera *eficaz* ante las denuncias. La estrategia de prevención debe ser *integral*, es decir, debe *prevenir los factores de riesgo* y a la vez fortalecer las instituciones para que puedan proporcionar una respuesta efectiva a los casos de violencia contra la mujer.

Asimismo, los Estados deben adoptar *medidas preventivas* en casos específicos en los que es evidente que determinadas mujeres y niñas pueden ser víctimas

⁵⁵ C. NASH ROJAS, *El Sistema Interamericano de Derechos Humanos en acción*, op. cit., nota 31, p. 33.

⁵⁶ Corte IDH, *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006, Serie C, núm. 140, párrafo 154.

⁵⁷ Corte IDH, *Asunto de los Niños y Adolescentes Privados de Libertad en el «Complexo do Tatua-pé» da FEBEM vs. Brasil*. Resolución de 30 de noviembre de 2005, considerando 15.

⁵⁸ Corte IDH, *Caso González y otros («Campo Algodonero») vs. México*, op. cit., nota 6, párrafo 252.

⁵⁹ Sobre este emblemático caso, vid. E. FERRER MAC-GREGOR y F. SILVA GARCÍA, *Los feminicidios de Ciudad Juárez ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Campo Algodonero*, México, Porrúa-UNAM, 2011.

⁶⁰ Corte IDH, *Caso González y otras («Campo Algodonero») vs. México*, op. cit., nota 6, párrafo 253.

de violencia. En este sentido, en casos de violencia contra la mujer, los Estados tienen, además de las obligaciones genéricas contenidas en la Convención Americana, una obligación reforzada a partir de la Convención Belém do Pará⁶¹, con el fin de asegurar el efectivo ejercicio y goce de este tipo de derechos.

De manera semejante, la Corte IDH también ha establecido que los niños y niñas tienen derechos especiales a los que corresponden deberes específicos por parte de la familia, la sociedad y el Estado. Además, su condición exige una *protección especial* que debe ser entendida como un *derecho adicional y complementario* a los demás derechos que la Convención Americana reconoce a toda persona⁶². La prevalencia del *interés superior del niño* debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de la infancia y la adolescencia, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos del Pacto de San José cuando el caso se refiera a menores de edad⁶³.

b) *El deber de proteger a las personas frente amenazas de agentes privados o públicos en el goce de los derechos*

El Estado debe adoptar *medidas adecuadas*, sean normativas u organizacionales, para enfrentar casos de *amenazas* a los derechos garantizados internacionalmente. En este sentido, para que el Estado se vea obligado a adoptar estas medidas, deberá estarse ante una *amenaza seria* del derecho y la medida de protección deberá ser *proporcional* a la amenaza sufrida por el titular del derecho. La obligación de protección no se cumple sólo con la adopción de medidas genéricas, sino que se requieren *medidas particulares* referidas a la concreta situación del titular de derechos⁶⁴.

La Corte IDH ha determinado que un Estado no puede ser responsable por cualquier violación de derechos humanos cometida entre particulares dentro de su jurisdicción; sus deberes de adoptar medidas de prevención y protección de los particulares en sus relaciones entre sí se encuentran condicionados al conocimiento de una *situación de riesgo real e inmediato* para un individuo o grupo de individuos determinado y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo⁶⁵. Aunque un acto u omisión de un particular tenga como consecuencia jurídica la violación de determinados derechos humanos de otro particular, aquél no es automáticamente atribuible al Estado, pues debe atenderse a las

⁶¹ *Ibid.*, párrafo 256.

⁶² *Cfr. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02*, de 28 de agosto de 2002, Serie A, núm. 17, párrafos 53, 54 y 60; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004, Serie C, núm. 110, párrafo 164; y *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005, Serie C, núm. 130, párrafo 133.

⁶³ *Cfr. Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02, op. cit.*, nota 62, párrafos 56, 57 y 60; y *Corte IDH, Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, *op. cit.*, nota 62.

⁶⁴ Un ejemplo de estas medidas de protección sería el deber de los Estados de adoptar medidas para evitar que las personas sujetas a su jurisdicción sean puestas a disposición de otros Estados donde su derecho a la vida e integridad personal puedan verse afectados. *Cfr. C. NASH ROJAS, El Sistema Interamericano de Derechos Humanos en acción, op. cit.*, nota 31, p. 35.

⁶⁵ *Cfr. Corte IDH, Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de enero de 2006, Serie C, núm. 140, párrafo 123.

circunstancias particulares del caso y a la concreción de dichas obligaciones de garantía⁶⁶.

Así, un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la trasgresión, puede producir la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por *falta de la debida diligencia* para *prevenir* la violación en los términos requeridos por la Convención Americana⁶⁷. En este sentido, destaca el alcance que la Corte IDH le ha dado a este tipo de obligación en los *Casos Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*⁶⁸ y *Ríos y otros vs. Venezuela*⁶⁹.

c) *Adoptar medidas de prevención general frente a casos de violaciones graves de derechos*

En caso de que se produzcan violaciones graves a derechos humanos, estos hechos deben ser *efectivamente investigados* y los responsables deben ser *sancionados* de acuerdo a la normatividad nacional⁷⁰.

La Corte IDH ha sido también consistente en señalar que en los Estados está el deber jurídico de *prevenir*, razonablemente, las violaciones a los derechos humanos; de *investigar seriamente*, con los medios a su alcance, las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de *identificar a los responsables*; así como de imponer las *sanciones* pertinentes y de asegurar a la víctima una *adecuada reparación*⁷¹.

Por otra parte, el Estado está obligado a investigar toda situación en la que se hayan violado los derechos humanos protegidos por la Convención Americana⁷². Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca a la víctima en plenitud de sus derechos (en cuanto sea posible), puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio de las personas sujetas a su jurisdicción. Lo mismo es válido cuando se *tolere* que los particulares o grupos de ellos actúen libre o impunemente en menoscabo de los derechos humanos reconocidos en la propia Convención⁷³.

Desde su inicio la Corte IDH reconoció que si bien en ciertas circunstancias puede resultar difícil la investigación de hechos que atenten contra derechos de las personas, la de investigar es, como la de prevenir, una *obligación de medio o comportamiento* que no es incumplida por el solo hecho de que la investigación no produzca un resultado satisfactorio. La misma debe emprenderse con *serie-*

⁶⁶ Cfr. Corte IDH, *id.*; Corte IDH, *Caso González y otros («Campo Algodonero») vs. México*, *op. cit.*, nota 6, párrafo 280.

⁶⁷ Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (Fondo), *op. cit.*, párrafo 172.

⁶⁸ Corte IDH, *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, *op. cit.*, nota 43.

⁶⁹ Corte IDH, *Caso Ríos y otros vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009, Serie C, núm. 194.

⁷⁰ C. NASH ROJAS, *El Sistema Interamericano de Derechos Humanos en acción*, *op. cit.*, nota 31, p. 36.

⁷¹ Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (Fondo), *op. cit.*, nota 29, párrafo 174.

⁷² *Ibid.*, párrafo 176.

⁷³ *Id.*

dad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa; debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un *deber jurídico propio* y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad. Esta apreciación es válida cualquiera que sea el agente al cual pueda eventualmente atribuirse la violación, aun los particulares, ya que si los hechos no son investigados con seriedad, resultarían, en cierto modo, *auxiliados* por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado⁷⁴.

A la luz de ese deber, una vez que las autoridades estatales tengan conocimiento del hecho, deben iniciar *ex officio* y *sin dilación*, una *investigación seria, imparcial y efectiva* por todos los medios legales disponibles y orientada a la determinación de la *verdad* y a la *persecución, captura, enjuiciamiento* y eventual *castigo* de todos los autores de los hechos, especialmente cuando estén o puedan estar involucrados agentes estatales⁷⁵.

La Corte IDH, a su vez, ha determinado que en conexión con la obligación de garantía del artículo 1.º de la Convención Americana, deriva la obligación de investigar los casos de violaciones a los derechos a la vida, integridad y libertad personal, es decir, en conjunto con el derecho sustantivo que debe ser amparado, protegido o garantizado⁷⁶. Lo anterior es entendible a otros tratados del Sistema Interamericano, como por ejemplo, a la Convención Belém do Pará, que obliga a actuar con la *debida diligencia*⁷⁷ y a adoptar la normativa necesaria para *investigar y sancionar* la violencia contra la mujer⁷⁸. Así, la Corte IDH ha considerado que el deber de *investigar efectivamente*, tiene alcances adicionales cuando se trata de una mujer que sufre una muerte, maltrato o afectación a su libertad personal en el marco de un contexto general de violencia contra las mujeres⁷⁹.

d) *Reparar a las víctimas*

En caso de violación a los derechos humanos, el Estado deberá *reparar a las víctimas* de acuerdo con los estándares que al efecto se han establecido en el Derecho internacional de los derechos humanos.

La Corte IDH ha establecido que el *derecho a la reparación* es un principio de Derecho internacional. En este sentido, toda violación a una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente⁸⁰. Así, el Tribunal Interamericano ha sostenido que la reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional consiste en

⁷⁴ Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (Fondo), *op. cit.*, nota 29, párrafo 177.

⁷⁵ *Cfr.* Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, *op. cit.*, nota 43, párrafo 143.

⁷⁶ *Ibid.*, párrafo 142.

⁷⁷ *Cfr.* Corte IDH, *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006, Serie C, núm. 160, párrafo 344.

⁷⁸ Corte IDH, *Caso González y otras («Campo Algodonero») vs. México*, *op. cit.*, nota 6, párrafo 287.

⁷⁹ *Ibid.*, párrafo 293.

⁸⁰ Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, *op. cit.*, nota 29, párrafo 25.

la plena restitución (*restitutio in integrum*)⁸¹; lo que incluye el restablecimiento de la situación anterior y la reparación de las consecuencias que la infracción produjo y el pago de una indemnización como compensación por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales incluyendo el daño moral⁸².

Para articular esta obligación, la Corte IDH ha tomado como base lo dispuesto en el artículo 63.1 de la Convención Americana⁸³, y ha indicado que toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de *repararlo adecuadamente*⁸⁴; y que esa disposición «recoge una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho internacional contemporáneo sobre responsabilidad de un Estado»⁸⁵.

Así, el Tribunal Interamericano tiene competencia para ordenar tres distintos tipos de reparaciones, a saber: i) garantizar el goce de los derechos y libertades previsto en el *corpus iuris* interamericano; ii) reparar las consecuencias de las violaciones cometidas por agentes privados o estatales, y iii) ordenar el pago de una indemnización justa⁸⁶. Lo anterior ha dado lugar a una gama muy importante de reparaciones, que incluyen la restitución, la compensación (donde también aparecen las costas judiciales), la rehabilitación, la satisfacción y las garantías de no repetición⁸⁷; lo que con justa razón CANÇADO TRINDADE ha denominado «una jurisprudencia verdaderamente ejemplar en materia de reparaciones» y que tiene «hoy el reconocimiento internacional por su pionerismo y creatividad»⁸⁸.

A pesar de que el concepto de «reparación integral» (*restitutio in integrum*), que implica el restablecimiento de la situación anterior y la eliminación de los efectos que la violación produjo, es el eje orientador de las medidas de reparación que dicta la Corte IDH, el mismo Tribunal ha tomando en cuenta situaciones en donde resulta necesario ir más allá de esa simple restitución. Esto se dio, por ejemplo, en el *Caso González y Otras («Campo Algodonero») vs. México*, en donde la discriminación estructural en la que se enmarcan los hechos del asun-

⁸¹ Sobre esta figura, *vid.* S. GARCÍA RAMÍREZ, «La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparaciones», en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un cuarto de siglo: 1979-2004*, San José, Corte IDH, 2005, pp. 3-83.

⁸² Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, *op. cit.*, nota 29, párrafo 26.

⁸³ Este artículo dispone que: «[c]uando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en [la] Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada».

⁸⁴ *Cfr.* Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de julio de 1989, Serie C, núm. 7, párrafo 25.

⁸⁵ *Caso de los «Niños de la Calle» (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2001, Serie C, núm. 77, párrafo 62.

⁸⁶ *Cfr.* D. CASSEL, «El alcance e impacto cada vez mayores de las reparaciones ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en A. VON BOGDANDY, E. FERRER MAC-GREGOR y M. MORALES ANTONIAZZI (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, *op. cit.*, nota 25, t. II, pp. 215-251, en pp. 216-217.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 217.

⁸⁸ A. A. CANÇADO TRINDADE, «Reminiscencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto a su jurisprudencia en materia de reparaciones», en *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale en América Latina?*, *op. cit.*, nota 25, t. II, pp. 189-214, en p. 191.

to requiere que las reparaciones tengan una *vocación transformadora* de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no sólo restitutivo sino también *correctivo*⁸⁹, al no resultar lógica la restitución a la misma situación estructural de violencia y discriminación.

e) Cooperar con los órganos internacionales para que estos puedan desarrollar sus actividades de control

La *obligación de cooperar* se traduce en el deber de proporcionar información *oportuna, pertinente y veraz* respecto de la situación general de los derechos humanos en el Estado o de un hecho particular del que el órgano internacional esté conociendo.

La Corte IDH ha determinado que en un contexto de violación sistemática de derechos humanos la necesidad de *erradicar la impunidad* se presenta ante la comunidad internacional como un *deber de cooperación inter-estatal* para estos efectos⁹⁰. El Tribunal Interamericano ha dispuesto que la impunidad no puede ser erradicada sin la consecuente determinación de las responsabilidades generales —del Estado— y particulares —penales de sus agentes o particulares—, complementarias entre sí, en casos de graves violaciones a derechos humanos⁹¹. Ello debido a que el acceso a la justicia constituye una norma imperativa de Derecho Internacional y, como tal, genera obligaciones *erga omnes* para los Estados de adoptar las medidas que sean necesarias para no dejar en la impunidad esas violaciones; sea ejerciendo su jurisdicción para aplicar su Derecho interno y el Derecho internacional para juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables, o colaborando con otros Estados que lo hagan o procuren hacerlo⁹².

En tales términos, la Corte IDH ha determinado que la *extradición* se presenta como un importante instrumento para estos fines, de tal forma que los Estados partes en la Convención Americana deben colaborar entre sí para erradicar la impunidad de las violaciones cometidas mediante el juzgamiento y, en su caso, sanción de sus responsables. Para el Tribunal Interamericano, en virtud de los principios mencionados, un Estado no puede otorgar protección directa o indirecta a los procesados por crímenes contra los derechos humanos mediante la aplicación indebida de figuras legales que atenten contra las obligaciones internacionales pertinentes. En consecuencia, el mecanismo de *garantía colectiva* establecido bajo la Convención, en conjunto con las obligaciones internacionales regionales y universales en la materia, vinculan a los Estados de la región a colaborar de *buena fe* en ese sentido; ya sea mediante la extradición o el juzgamiento en su territorio de los responsables de los hechos de casos de graves violaciones a los derechos humanos⁹³.

⁸⁹ Corte IDH, *Caso González y otras («Campo Algodonero») vs. México*, *op. cit.*, nota 6, párrafo 450.

⁹⁰ Corte IDH, *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006, Serie C, núm. 153, párrafo 131.

⁹¹ *Id.*

⁹² *Id.*

⁹³ Corte IDH, *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*, *op. cit.*, nota 90, párrafo 132.

Así, para la Corte IDH existe un mecanismo de *garantía colectiva* establecido en el Pacto de San José, en conjunto con las obligaciones internacionales regionales y universales en la materia, por lo que los Estados parte en la Convención deben colaborar entre sí en ese sentido⁹⁴.

C) La relación entre los derechos sustantivos de la Convención Americana y las obligaciones generales de respetar y garantizar los derechos

La jurisprudencia de la Corte IDH ha ido creando su propia teoría de la interpretación de los derechos contenidos en la Convención Americana y otros tratados regionales en los que posee competencia.

En los primeros casos contenciosos que decidió, si bien las obligaciones generales se encontraban especificadas y previstas, como se comentó líneas arriba, no se encontraba del todo claro si dichas obligaciones podían dar lugar de forma autónoma a una violación al artículo 1.º de la Convención, si las mismas eran consecuencia de otras violaciones declaradas o, si por el contrario, era necesario articular estas obligaciones con otro u otros derechos sustantivos previstos en el propio Pacto de San José.

Desde los primeros casos llegó a incluirse el análisis del artículo 1.º haciendo uso del principio *iura novit curia*, como sucedió en el *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, en el que señaló que «toda pretensión de que se ha lesionado alguno de [los] derechos [estipulados en la Convención Americana], implica necesariamente la de que se ha infringido también el artículo 1.º de la [misma] Convención»⁹⁵.

En casos subsecuentes, la Corte IDH llegó a declarar violado de forma autónoma el artículo 1.º⁹⁶ y en otros declaró el incumplimiento de las obligaciones en relación con otros derechos⁹⁷. Conforme avanzó la jurisprudencia interamericana, se llegó a la conclusión de que la obligación general de respetar y garantizar los derechos tenía que *articularse con otros derechos* y que la misma no podía ser objeto de una violación propiamente dicha, sino que esta norma podía llegar a ser incumplida por los Estados al ser violados otros derechos sustantivos de la Convención.

⁹⁴ Corte IDH, *Caso La Cantuta vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006, Serie C, núm. 162, párrafo 160.

⁹⁵ Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (Fondo), *op. cit.*, nota 29, párrafo 162.

⁹⁶ Corte IDH, *Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam*. Fondo. Sentencia de 4 de diciembre de 1991, Serie C, núm. 11 (esta mención se deriva del reconocimiento de responsabilidad efectuado por Surinam), Corte IDH, *Caso Cesti Hurtado vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 29 de septiembre de 1999, Serie C, núm. 56, y Corte IDH, *Caso de los «Niños de la Calle» (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999, Serie C, núm. 63.

⁹⁷ En algunos casos la Corte dedicó una sección en sus sentencias de fondo para explicar la naturaleza de las obligaciones generales derivadas del artículo 1.º de la Convención Americana. *Vid.* entre otros: Corte IDH, *Caso Durand y Ugarte vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000, Serie C, núm. 68, párrafos 138 y 139; Corte IDH, *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001, Serie C, núm. 71, párrafos 107 y ss.; Corte IDH, *Caso «La Última Tentación de Cristo» (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001, Serie C, núm. 73, párrafos 81 y ss., entre otras.

En el *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*, la Corte IDH dispuso que el Estado hondureño «tenía el deber de respetar dichos derechos y garantizarlos» y determinó que «el Estado [era] responsable por la inobservancia del artículo 1.º1 de la Convención, en relación con las violaciones declaradas [previamente en la sentencia]»⁹⁸, con ello, dando respuesta a los alegatos tanto de la Comisión Interamericana como de los representantes que solicitaban que se declarará violado el artículo 1.º1 del Pacto de San José.

Por tanto, se puede concluir que las obligaciones de respeto y garantía deberán estar presentes en cada derecho o libertad consagrada internacionalmente, dado que esas no son obligaciones autónomas; sino que se aplican respecto del análisis de cada derecho o libertad consagrados en la Convención Americana en casos concretos y respecto de titulares de derechos específicos, lo que exige un esfuerzo hermenéutico para determinar el contenido y alcance de estos derechos a la luz de las obligaciones particulares⁹⁹.

3. LA CLÁUSULA DE NO DISCRIMINACIÓN

A) La evolución de la jurisprudencia de la Corte Interamericana

El artículo 1.º1 de la Convención Americana no sólo establece las obligaciones generales de respeto y garantía, sino también una cláusula que prevé que las personas deben gozar y ejercer «sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social» los derechos consagrados en dicho Pacto.

La *cláusula de no discriminación* prevista en este precepto permaneció *dormida* por varios años ya que en el Sistema Interamericano la concepción del derecho a la igualdad había sólo sido considerado tradicionalmente desde el derecho a la igualdad ante la ley (art. 24 de la Convención Americana). Algunos autores estiman que esta situación se derivó esencialmente de la falta de distinción entre las funciones que deberían jugar ambos preceptos (arts. 1.º1 y 24)¹⁰⁰.

Sin embargo, esto no siempre ha sido así. En su más temprana jurisprudencia la Corte IDH trató de establecer diferencias entre lo dispuesto en ambos artículos. Así, por ejemplo, en la *Opinión Consultiva 4*, de 1984, relativa a la *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, la Corte IDH afirmó que:

«El artículo 1.º1 de la Convención, que es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, dispone la obligación de los Estados partes de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos

⁹⁸ Corte IDH, *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003, Serie C, núm. 99, párrafo 145.

⁹⁹ C. NASH ROJAS, *El Sistema Interamericano de Derechos Humanos en acción*, op. cit., nota 31, 2009, p. 38.

¹⁰⁰ Sobre este tema es de especial relevancia para clarificar las intenciones de la Corte IDH en su más reciente jurisprudencia, el trabajo de Ó. PARRA VERA y M. GONZÁLEZ LE SAUX, «Concepciones y cláusulas de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. A propósito del *Caso Apitz*», en *Revista IIDH*, núm. 47, 2008, pp. 127-164.

y libertades allí reconocidos “sin discriminación alguna”. Es decir, cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es per se incompatible con la misma»¹⁰¹.

Mientras que respecto al artículo 24 de la Convención Americana, el propio Tribunal sostuvo:

«Aunque las nociones no son idénticas y quizás la Corte IDH tendrá en el futuro la oportunidad de precisar las diferencias, dicha disposición reitera en cierta forma el principio establecido en el artículo 1.º1. En función del reconocimiento de la igualdad ante la ley se prohíbe todo tratamiento discriminatorio de origen legal. De este modo la prohibición de discriminación ampliamente contenida en el artículo 1.º1 respecto de los derechos y garantías estipulados por la CADH, se extiende al Derecho interno de los Estados partes, de tal manera que es posible concluir que, con base en esas disposiciones, éstos se han comprometido, en virtud de la Convención, a no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias referentes a la protección de la ley»¹⁰².

Con posterioridad a este intento de distinción, y en especial en la jurisprudencia emanada del Tribunal a partir de casos contenciosos, se obvió la distinción entre ambas cláusulas de igualdad; lo que en ocasiones propició que la Corte IDH las considerara como parte de un mismo esquema dentro del derecho a la igualdad¹⁰³.

Algunos autores critican la falta de desarrollo de estas cláusulas en casos relativos a pueblos indígenas¹⁰⁴, a pesar de estimarse que en la aplicación del principio de igualdad y no discriminación debía contemplarse la situación particular de las comunidades indígenas y otorgarles un trato diferenciado acorde a ella¹⁰⁵; sin embargo, la Corte IDH en estos casos no declaró violadas ninguna de las cláusulas de igualdad que estamos analizando¹⁰⁶. En otros casos, la misma Corte IDH ha limitado su competencia para conocer y aplicar este tipo de cláusulas¹⁰⁷, lo que provocó que la jurisprudencia en torno al derecho a la igualdad

¹⁰¹ Corte IDH, *Propuesta de modificación a la Constitución política de Costa Rica relacionada con la naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84, de 19 de enero de 1984, Serie A, núm. 4, párrafo 53.

¹⁰² Corte IDH, *Propuesta de modificación a la Constitución política de Costa Rica relacionada con la naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84, de 19 de enero de 1984, Serie A, núm. 4, párrafo 54.

¹⁰³ Corte IDH, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03, de 17 de septiembre de 2003, Serie A, núm. 18.

¹⁰⁴ Ó. PARRA VERA y M. GONZÁLEZ LE SAUX, «Concepciones y cláusulas de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. A propósito del *Caso Apitz*», *op. cit.*, nota 100, pp. 151 y ss.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 152.

¹⁰⁶ Entre otros casos se pueden citar los siguientes: Corte IDH, *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 15 de junio de 2005, Serie C, núm. 124, y Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005, Serie C, núm. 125.

¹⁰⁷ En el *Caso De la Cruz Flores vs. Perú*, la Corte IDH señaló, por ejemplo: «La Corte observa que los alegatos de la Comisión Interamericana y de los representantes de la presunta víctima en relación con el artículo 24 de la Convención Americana tienen que ver con la falta de aplicación de la figura del in dubio pro reo al caso de la señora De la Cruz Flores, cuando ésta sí se aplicó en el caso de otros cuatro médicos que se encontraban en circunstancias similares a las suyas. En este sentido, la Corte considera que no tiene competencia para reemplazar al juez nacional para decidir si las circunstancias en que se absolvió a unos y se condenó a otros eran exactamente iguales y merecían el mismo tratamiento, y que, por tanto, no ha sido suficientemente acreditada la existencia de una

no se haya desarrollado significativamente en los primeros años en la jurisprudencia de la Corte IDH.

B) El «despertar» de la cláusula de no discriminación

A partir del *Caso Apitz Barbera y otros* («Corte Primera de lo Contencioso Administrativo») vs. *Venezuela*, la Corte IDH inició una nueva etapa en su jurisprudencia. En efecto, se empezó a distinguir y dejar en claro la función de las cláusulas de igualdad consagradas en los artículo 1.º y 24 del Pacto de San José. El Tribunal Interamericano consideró que:

«La diferencia entre los [...] artículos [1.º y 24 de la Convención Americana] radica en que la obligación general del artículo 1.º se refiere al deber del Estado de respetar y garantizar “sin discriminación” los derechos contenidos en la Convención Americana, mientras que el artículo 24 protege el derecho a “igual protección de la ley”. En otras palabras, si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, violaría el artículo 1.º y el Derecho sustantivo en cuestión. Si por el contrario la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna, violaría el artículo 24»¹⁰⁸.

Para llegar a esta conclusión, la misma Corte IDH retomó lo que había establecido con anterioridad en la *Opinión Consultiva 4*, de 1984¹⁰⁹. A partir de esta concepción, el Tribunal Interamericano delimitó en forma expresa en qué casos procede la violación del artículo 24 y en qué casos corresponde analizar un hecho discriminatorio bajo el artículo 1.º¹¹⁰.

Esta concepción da como resultado que se conciba la cláusula del artículo 1.º como una *cláusula subordinada*, que detalla en principio una lista de *categorías sospechosas* por las cuales estaría prohibido efectuar distinciones; lo que implica también que el artículo 1.º ofrece una sola concepción de igualdad, como una obligación que prohíbe discriminar en relación con otros derechos consagrados en la Convención¹¹¹.

Si bien el referido *Caso Apitz Barbera* no dio lugar a que se aplicara la cláusula subordinada de igualdad del artículo 1.º de la Convención, abrió la puerta para que en otros casos sí sucediera. Así, por ejemplo, en el *Caso González y Otras* («Campo Algodonero») vs. *México*¹¹², asunto especialmente grave por los *feminicidios* ocurridos en Ciudad Juárez¹¹³, el Tribunal Interamericano

violación del artículo 24 de la Convención». Cfr. Corte IDH, *Caso De la Cruz Flores vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de noviembre de 2004, Serie C, núm. 115, párrafo 115.

¹⁰⁸ Corte IDH, *Caso Apitz Barbera y otros* («Corte Primera de lo Contencioso Administrativo») vs. *Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008, Serie C, núm. 182, párrafo 209.

¹⁰⁹ Corte IDH, *Propuesta de modificación a la Constitución política de Costa Rica relacionada con la naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84, de 19 de enero de 1984, Serie A, núm. 4, párrafos 53 y 54.

¹¹⁰ Ó. PARRA VERA y M. GONZÁLEZ LE SAUX, «Concepciones y cláusulas de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. A propósito del *Caso Apitz*», *op. cit.*, nota 100, p. 157.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 163. En opinión de los autores, esto implica a su vez que dentro de esta concepción, los casos de afectación al derecho a la igualdad por discriminación o por trato arbitrario deban ser analizados bajo la óptica del artículo 24 de la Convención Americana.

¹¹² Corte IDH, *Caso González y otros* («Campo Algodonero») vs. *México*, *op. cit.*, nota 6.

¹¹³ El párrafo 143 de la sentencia refiere a que *feminicidio* es el «homicidio de mujer por razones de género». Resulta relevante tener en consideración que el artículo 1.º de la Convención Interame-

encontró la existencia de una «cultura de discriminación» que tuvo influencia directa en los homicidios de mujeres y propició las violaciones en el caso mencionado.

Para el Tribunal Interamericano, dicha indiferencia, por sus consecuencias respecto a la impunidad del caso, reprodujo la violencia que se pretendía atacar, sin perjuicio de que constituía en sí misma una *discriminación en el acceso a la justicia*. La Corte IDH determinó que la impunidad de los delitos cometidos enviaba el mensaje de que la violencia contra la mujer es *tolerada*, lo que favorece su perpetuación y la *aceptación social del fenómeno*, el sentimiento y la sensación de *inseguridad* en las mujeres, así como una persistente desconfianza de éstas en el sistema de administración de justicia. Para la Corte IDH, la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente persistentes puede llegar a reflejarse implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el *razonamiento y el lenguaje* de las autoridades. Así, la creación y uso de *estereotipos* se convierte en una de las causas y consecuencias de la *violencia de género* en contra de la mujer. A partir de esta situación, el Tribunal Interamericano consideró que en el *Caso Campo Algodonero* la violencia contra la mujer constituyó una forma de discriminación y declaró que el Estado mexicano violó el *deber de no discriminación* contenido en el artículo 1.º de la Convención, en relación con el *deber de garantía* de los derechos consagrados en los artículos 4.º, 5.º, 5.º2 y 7.º de la Convención Americana, en perjuicio de las víctimas así como en relación con el *acceso a la justicia* consagrado en los artículos 8.º y 25.1 de la Convención, en perjuicio de sus familiares¹¹⁴.

En el *Caso Comunidad Xákmok Kásek vs. Paraguay* de 2010, en el análisis de las violaciones a la Convención Americana, la Corte IDH pudo establecer la existencia de una «situación de extrema y especial vulnerabilidad de los miembros de la Comunidad» originada, entre otros factores, por «la falta de recursos adecuados y efectivos que en los hechos protegiera los derechos de los indígenas y no sólo de manera formal; la débil presencia de instituciones estatales obligadas a prestar servicios y bienes a los miembros de la Comunidad, en especial, alimentación, agua, salud y educación; y a la prevalencia de una visión de la propiedad que otorgaba mayor protección a los propietarios privados por sobre los reclamos territoriales indígenas» lo que para la Corte IDH originó un «desconoci[miento de] a su identidad cultural [...] amenazando su subsistencia física»¹¹⁵.

La situación de la Comunidad Xákmok Kásek para la Corte IDH constituyó «una discriminación *de facto* en contra de los miembros de la Comunidad [...], marginalizados en el goce de los derechos [de la Convención Americana] que el

ricana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, «Convención de Belém do Pará», señala que «...debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado».

¹¹⁴ Especialmente *vid.* los párrafos 339 a 402 de la sentencia. Para un análisis de este lamentable caso, *vid.* E. FERRER MAC-GREGOR y F. SILVA GARCÍA, *Los feminicidios de Ciudad Juárez ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Campo Algodonero*, *op. cit.*, nota 59, México, Porrúa-UNAM, 2011.

¹¹⁵ Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C, núm. 214, párrafo 273.

Tribunal declara violados en esta Sentencia». Igualmente, la Corte IDH constató «que el Estado no ha[bía] adoptado las medidas positivas necesarias para revertir tal exclusión»¹¹⁶. La situación particular de este caso permitió que el Tribunal Interamericano dedujera la existencia de un tipo de *discriminación estructural*, el cual no había sido atendido por el Estado a través de ninguna medida, a partir de los hechos probados que dieron lugar a sustentar diversas violaciones a la Convención Americana.

Así, de conformidad con las violaciones de los derechos del Pacto de San José declaradas, la Corte IDH consideró que el Estado no había adoptado «medidas suficientes y efectivas» para garantizar sin discriminación los derechos de los miembros de la Comunidad Xákmok Kásek, de conformidad con el artículo 1.º de la Convención, en relación con los derechos reconocidos en los artículos 21.1, 8.º, 25.1, 4.º, 3.º y 19 del mismo instrumento¹¹⁷. Por tanto, la Corte IDH determinó que en dicho caso el Estado paraguayo incumplió con el deber de *no discriminar*, contenido en el artículo 1.º de la Convención, en relación con los derechos de propiedad, debido proceso, garantías judiciales, vida, personalidad jurídica y derechos del niño¹¹⁸.

En este caso la Corte IDH dio un paso más allá en su jurisprudencia al declarar que ciertas circunstancias que conllevan la violación a derechos de la Convención Americana pueden hacer que se deduzca el incumplimiento de la cláusula de igualdad del artículo 1.º, debido a que estas circunstancias se desprenden de una *discriminación de facto estructural*. En todo caso, esta nueva concepción del derecho a la igualdad tendrá que ir siendo desarrollada por la Corte IDH con el fin de clarificar la interacción entre los distintos derechos de este tratado internacional¹¹⁹.

En conclusión, la cláusula de no discriminación prevista en el artículo 1.º debe coordinarse con la diversa prevista en el artículo 24, preceptos que «constituyen el fundamento de la plena y total recepción del principio de no discriminación en la Convención Americana, principio que se aplica al reconocimiento y protección de todos los derechos enunciados en el Pacto de San José»¹²⁰. Asimismo, no debe perderse de vista la expresión amplísima que utiliza la Convención, al referirse en los términos «sin discriminación alguna», que denota el espíritu que debe estar presente en todos los casos concretos de «respeto» y «garantía»; lo que también implica un principio de igualdad, toda vez que el Pacto prohíbe la *personalidad jurídica condicionada*, que consistía en la protección del Estado a algunas personas que cumplían con determinadas condiciones, como sucedió en la sombra del Holocausto en la segunda guerra mundial, donde los derechos se protegían cuando se cumplía con la condición de pertenecer a la raza pura aria¹²¹.

¹¹⁶ *Ibid.*, párrafo 274.

¹¹⁷ *Ibid.*, párrafo 275.

¹¹⁸ *Ibid.*, resolutivo 9.

¹¹⁹ Un caso interesante que involucra la cláusula de no discriminación (por orientación sexual), será resuelto por la Corte IDH en 2012: *Caso Karen Atala e hijas vs. Chile*.

¹²⁰ H. GROS ESPIELL, *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos*, op. cit., nota 33, pp. 69-70.

¹²¹ Cfr. L. FLÁVIO GOMES y V. DE OLIVEIRA MAZZUOLI, *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, op. cit., nota 39, pp. 30 y 36.

4. EL ÁMBITO DE PROTECCIÓN JURISDICCIONAL DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

El artículo 1.º de la Convención establece el compromiso de los Estados a garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos y libertades «a toda persona sujeta a su jurisdicción». En este sentido, cabe discernir qué alcance se le ha dado a la *jurisdicción* estatal con el fin de fijar los criterios esenciales de competencia *ratione loci* (en razón de lugar) en el que presuntamente se haya cometido la violación a un derecho consagrado en el Pacto de San José.

El concepto de *jurisdicción* en el Derecho internacional público ha sido relacionado con el *control efectivo* que un Estado o Gobierno o autoridad puede tener en un territorio determinado¹²². En este sentido, la jurisdicción de un Estado corresponde, en principio, a la potestad y soberanía que tiene en su mismo territorio (ámbito espacial de validez). Sin embargo, en el Derecho internacional se han llegado a presentar situaciones en las que un poder estatal puede llegar a tener una suerte de «control efectivo» en un territorio extranjero¹²³.

En la Corte IDH nunca se ha suscitado controversia alguna en materia de jurisdicción estatal en razón de territorio. En todos los casos conocidos hasta la fecha, los hechos denunciados como violatorios han ocurrido, en su totalidad, en los territorios de los Estados demandados. Sin embargo, cabría preguntarse si un hecho ocurrido fuera de las fronteras de una nación determinada podría dar lugar a responsabilidad estatal¹²⁴.

En el Derecho internacional de los derechos humanos se han examinado casos en donde Estados extranjeros han sido encontrados responsables internacionalmente de violaciones a derechos humanos al tener el «control efectivo»

¹²² Cfr. TINOCO ARBITRATION, *Arbitration Between Great Britain and Costa Rica, Opinion and Award of William H. Taft, Sole Arbitrator*, Washington, D. C., Oct. 18, 1923, 18 *American Journal of International Law*, 147 (1924), 1 UNRIIAA 369 (1923), y A. CASSESE, *International Law*, 2.ª ed., New York, Oxford University Press, 2005, pp. 73 y ss.

¹²³ Al respecto, un antecedente reciente es el caso de las actividades militares y paramilitares que Estados Unidos llevó a cabo en Nicaragua en la década de los años ochenta. Cfr. INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua vs. United States of America)*, Judgment of 27 June 1986.

¹²⁴ Para el Comité de los Derechos Humanos de Naciones Unidas, «[...] un Estado parte debe respetar y garantizar los derechos establecidos en el Pacto a cualquier persona sometida al poder o al control efectivo de ese Estado parte, incluso si no se encuentra en el territorio del Estado parte [...] el disfrute de los derechos del Pacto no se restringe a los ciudadanos de los Estados partes, sino que debe también extenderse a todos los individuos, independientemente de su nacionalidad o de su situación apátrida, como las personas en búsqueda de asilo, los refugiados, los trabajadores migrantes y otras personas, que pueden encontrarse en el territorio o estar sometidos a la jurisdicción del Estado parte. Este principio se aplica asimismo a los sometidos al poder o al control eficaz de las fuerzas de un Estado parte que actúan fuera de su territorio, independientemente de las circunstancias en las que ese poder o control eficaz se obtuvo, como las fuerzas que constituyen un contingente nacional de un Estado parte asignado a una operación internacional encargada de imponer la paz o de mantenerla». Cfr. Comité de los Derechos Humanos. Observación General núm. 31, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos. La índole de la obligación jurídica general impuesta, 80.º periodo de sesiones, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 225 (2004), párrafo 10.

de regiones fuera de su territorio. Al respecto, quizá los casos más célebres se encuentran en el Sistema Europeo de Derechos Humanos, con los *Casos Chipre vs. Turquía*¹²⁵ e *Iliascu y otros vs. Moldava y Rusia*¹²⁶.

En el Sistema Interamericano existe un precedente aislado. La Comisión Interamericana determinó que «en ciertas circunstancias [la Comisión] tiene competencia para conocer de las comunicaciones en que se denuncia la violación de derechos humanos protegidos en el sistema interamericano por agentes de un Estado miembro de la organización *aun cuando los hechos que constituyen esta violación hayan ocurrido fuera del territorio de dicho Estado*»¹²⁷. Esta postura de la Comisión ha sido retomada en otros casos¹²⁸, sin que ello implique una interpretación constante, ni signifique que la Comisión haya aceptado por analogía examinar algún caso en el contexto de un conflicto armado internacional fuera del territorio del Estado en cuestión¹²⁹.

Creemos que esta posibilidad está latente. En efecto, «la existencia de esta obligación expresa no significa el deber de no desarrollar, ejercer o tolerar ninguna acción contra los derechos humanos de personas que, por estar situadas fuera de su territorio, no estarían *strictu sensu* sometidas a su jurisdicción»¹³⁰. Como expresa GROS ESPIELL, constituye «otro deber, complementario del que expresamente resulta del artículo 1.º1 de la Convención, es la consecuencia de los principios generales de Derecho, del principio de no intervención (art. 18 de la Carta de la OEA) y de la filosofía misma del Sistema Interamericano. Así, esta eventual violación de derechos humanos fuera del territorio del Estado parte, como consecuencia de acciones u omisiones que le fueron imputables, podría generar su responsabilidad internacional»¹³¹.

5. LOS SERES HUMANOS COMO SUJETOS DE PROTECCIÓN DEL SISTEMA INTERAMERICANO: LA CONCEPCIÓN Y EVENTUAL DESARROLLO DEL CONCEPTO DE «PERSONA» PREVISTO EN EL ARTÍCULO 1.º2 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA

El artículo 1.º2 del Pacto de San José establece que «[p]ara los efectos de [l]a Convención, persona es todo ser humano». La misma Convención utiliza la palabra «persona» en múltiples ocasiones con el fin de establecer al sujeto titular de Derecho en su texto.

¹²⁵ ECHR, *Cyprus vs. Turkey* (App. 25781/94), Judgment of 10 May 2001; (2001) 35 EHRR 731.

¹²⁶ ECHR, *Iliascu and Others vs. Moldava and Russia* (App.48787/99), Judgment of 8 July 2004; (2005) 40 EHRR 1030.

¹²⁷ CIDH, Armando Alejandro Jr., Carlos Costa, Mario de la Peña y Pablo Morales. Informe núm. 86/99, caso núm. 11.589 (Cuba), 29 de septiembre de 1999, párrafo 23.

¹²⁸ CIDH, Comité Haitiano de Derechos Humanos *et al.*, Informe núm. 51/96, caso núm. 10.675 (Estados Unidos), 13 de marzo de 1997.

¹²⁹ D. RODRÍGUEZ PINZÓN, «Jurisdicción y competencia en las peticiones individuales en el sistema interamericano de derechos humanos», Washington, American University Washington College of Law. Disponible en <http://www.wcl.american.edu/pub/humright/red/articulos/JurisdccionCompetencia.htm>.

¹³⁰ H. GROS ESPIELL, *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos*, op. cit., nota 33, p. 69.

¹³¹ *Ibid.*, pp. 69-70.

La redacción que ofrece la Convención Americana en este aspecto no es casual. La misma fue motivada en contraposición a lo dispuesto por el artículo 34 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, suscrito en Roma en 1950 y vigente desde 1953. Dicho precepto del sistema europeo y su desarrollo jurisprudencial ha permitido que, dependiendo de la violación alegada, puedan acceder a reclamar sus derechos personas de forma individual, grupos de personas, organizaciones no gubernamentales, empresas (aun si ya han sido disueltas), accionistas, sindicatos, partidos políticos y organizaciones religiosas¹³². Incluso el artículo 1.º del Protocolo Adicional núm. 1 del Convenio Europeo referido, de 1952, respecto del derecho de propiedad, expresamente se refiere a «persona física o moral».

En cambio, la intención original en el Sistema Interamericano fue limitar la posibilidad de que personas jurídicas (morales) pudieran erigirse como peticionarios, para restringirlo a las personas físicas, sean nacionales o extranjeras. El espíritu fue «reconocer y garantizar *derechos del individuo*, del ser humano, del hombre de “carne y hueso” y no de personas jurídicas, de sociedades, de entidades económicas, financieras, sociales o culturales»¹³³. Ese constituye «el sentido, el objeto y el fin del Convenio»¹³⁴.

Sin embargo, esta postura, si bien se encontraba justificada en su momento, ha ido sufriendo cambios gradualmente, que la han ido flexibilizando al grado de hacer evidente la aceptación de *accionistas de empresas y pueblos o comunidades indígenas* como sujetos de derecho ante los órganos del Sistema Interamericano a través de un dinamismo interpretativo de la Convención Americana.

A) Los derechos de los accionistas de empresas

El Pacto de San José refiere sólo como titular de derechos a las «personas», identificándolas con la concepción de «ser humano», de donde deriva que, en principio, se excluya titularidad de derechos a personas jurídicas (morales). Sin embargo, a través de la interpretación evolutiva del Pacto de San José, la Corte IDH ha ido matizando esta postura, al aceptar legitimación a personas individuales en calidad de accionistas de una empresa cuando reclamen sus derechos de propiedad.

En torno al derecho de propiedad y la posibilidad de que accionistas puedan hacer justiciable este derecho en el Sistema Interamericano, en el *Caso Perozo y otros vs. Venezuela*¹³⁵, la Corte IDH sintetizó la jurisprudencia constante en la materia, estableciendo que si bien la figura de las personas jurídicas no ha sido reconocida expresamente por la Convención (como sí lo hace el Protocolo núm. 1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y

¹³² Ph. LEACH, *Taking a Case to the European Court of Human Rights*, 2.ª ed., New York, Oxford University Press, 2005, p. 115.

¹³³ H. GROS ESPIELL, *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos*, op. cit., nota 33, p. 72.

¹³⁴ *Id.*

¹³⁵ *Id.* Corte IDH, *Caso Perozo y otros vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009, Serie C, núm. 195, párrafos 399 y 400.

de las Libertades Fundamentales), eso no restringe la posibilidad de que bajo determinados supuestos un individuo pueda acudir al Sistema Interamericano para hacer valer sus derechos, aun y cuando los mismos estén cubiertos por una figura o ficción jurídica creada por el mismo sistema jurídico¹³⁶.

De esta forma, la Corte IDH ha analizado la posible violación de derechos de propiedad de determinadas personas en su calidad de accionistas¹³⁷. En esos casos ha diferenciado los «derechos de los accionistas» de una empresa de los de la empresa misma, señalando que las leyes internas otorgan a los accionistas determinados derechos directos, como los de recibir los dividendos acordados, asistir y votar en las juntas generales y recibir parte de los activos de la compañía en el momento de su liquidación, entre otros¹³⁸; siguiendo en este sentido a la Corte Internacional de Justicia en el *Caso Barcelona Traction*¹³⁹. Este criterio de la Corte IDH, a su vez, ha sido seguido por otros organismos internacionales de protección a los derechos humanos¹⁴⁰.

B) Los derechos de los pueblos y comunidades indígenas

En el Sistema Interamericano, tal y como lo ha señalado S. GARCÍA RAMÍREZ, no nos encontramos ante litigios ocasionales, aislados, circunscritos a un solo espacio, como tampoco ante controversias ordinarias que deban ser analizadas y resueltas a partir de fórmulas abstractas, uniformes, desatentas de la historia y al orden jurídico de las víctimas¹⁴¹. En este sentido, la Corte IDH, progresivamente, ha ido interpretando el contenido del artículo 1.º de la Convención con el fin de dar respuestas a las realidades imperantes en el Continente Americano, en especial en lo relativo a la situación de los indígenas.

El *Caso Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua* (2001) fue la primera ocasión en que la Corte IDH expresa su visión sobre los derechos de los pueblos

¹³⁶ *Ibid.*, párrafo 399.

¹³⁷ *Cfr.* Corte IDH, *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de febrero de 2001, Serie C, núm. 74, párrafos 123, 125, 138 y 156.

¹³⁸ *Ibid.*, párrafo 127.

¹³⁹ Corte IDH, *Caso Cantos vs. Argentina*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 7 de septiembre de 2001, Serie C, núm. 85, párrafo 26; *vid.* también, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, ICJ Reports 1970*, p. 36, párrafo 47.

¹⁴⁰ El Comité de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha mencionado que: «Los beneficiarios de los derechos reconocidos por el Pacto son personas físicas. Aunque, con excepción del artículo 1.º, el Pacto no menciona los derechos de las personas jurídicas o entidades o colectividades similares, muchos de los derechos reconocidos por el Pacto, como la libertad de manifestar su religión o sus creencias (art. 18), la libertad de asociación (art. 22) o los derechos de los miembros de minorías (art. 27), pueden disfrutarse en comunidad con otros. El hecho de que la competencia del Comité para recibir y examinar comunicaciones está limitada a las que presentan personas físicas o se presentan en su nombre [art. 1.º del (primer) Protocolo Facultativo] no impide que esos individuos pretendan que acciones u omisiones que conciernen a las personas jurídicas y entidades similares equivalen a una violación de sus propios derechos». *Cfr.* Comité de los Derechos Humanos. Observación General núm. 31, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, *La índole de la obligación jurídica general impuesta*, 80.º período de sesiones, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 225 (2004), párrafo 9.º

¹⁴¹ Corte IDH, Voto del juez Sergio García Ramírez en el *Caso Yatama vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005, Serie C, núm. 127, párrafo 15.

indígenas, estableciendo criterios jurisprudenciales para la comprensión del fenómeno¹⁴². Así, a los pueblos y comunidades indígenas se les reconoce como sociedades diferenciadas de las dinámicas socioculturales de la sociedad occidental poseedoras de derechos políticos, sociales y culturales específicos colectivos¹⁴³.

A través de una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, tomando en cuenta incluso lo dispuesto en los trabajos preparatorios de la Convención Americana, la Corte IDH, en el referido caso, consideró que el artículo 21 del Pacto de San José no sólo protegía la propiedad individual, sino el derecho a la propiedad en un sentido que comprende los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal¹⁴⁴. Esto, debido a que entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el *grupo y su comunidad*¹⁴⁵.

Para la Corte IDH, los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica¹⁴⁶. La Corte IDH consideró que para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción *sino un elemento material y espiritual* del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su *legado cultural* y transmitirlo a las generaciones futuras¹⁴⁷.

Para Sergio García Ramírez, pretender que únicamente existe una forma de usar y disfrutar de los bienes, equivaldría a negar a millones de personas la tutela de ese precepto, sustrayéndolos así del reconocimiento y la protección de derechos esenciales, que se brindan, en cambio, a las demás personas¹⁴⁸. Igualmente, para el ex presidente de la Corte IDH, *existe una íntima e indisoluble vinculación entre los derechos tanto individuales como colectivos*, de cuya vigencia efectiva depende la genuina tutela de las personas que forman parte de los grupos étnicos indígenas¹⁴⁹. Esta concepción del derecho de propiedad de los pueblos indígenas, implica también una interpretación de lo dispuesto inicialmente en el artículo 1.2 de la Convención Americana, en concordancia con las obligaciones de «respeto» y «garantía» del artículo 1.º1 del mismo Pacto; y

¹⁴² J. D. CASTRILLÓN ORREGO, *Globalización y derecho indígenas: el caso de Colombia*, México, IJ-UNAM, 2006, p. 279; asimismo, *vid.* C. LANDA y E. FERRER MAC-GREGOR, «Acceso a la justicia y debido proceso de los pueblos y comunidades indígenas a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», que aparece en el volumen *Derecho constitucional de los derechos humanos*, coordinado por R. SEPÚLVEDA y D. GARCÍA RICCI, en esta obra conmemorativa en homenaje a la Escuela Libre de Derecho con motivo de su primer centenario.

¹⁴³ *Id.*

¹⁴⁴ Corte IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001, Serie C, núm. 79, párrafo 148.

¹⁴⁵ *Ibid.*, párrafo 149.

¹⁴⁶ *Id.*

¹⁴⁷ *Id.*

¹⁴⁸ Corte IDH, Voto del juez Sergio García Ramírez en el *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, *op. cit.*, párrafo 13.

¹⁴⁹ *Ibid.*, párrafo 14.

también en relación con la ya comentada «cláusula de igualdad» consagrada en el mismo precepto.

El criterio posteriormente ha sido consolidado y explicado a través de la jurisprudencia interamericana de forma reiterada en otros casos¹⁵⁰. Así, la Corte IDH ha determinado que la protección de la propiedad en los términos del artículo 21 de la Convención, leído en conjunto con los artículos 1.º y 2 de dicho instrumento, le asigna a los Estados *la obligación positiva* de adoptar medidas especiales para garantizar a los integrantes de los pueblos indígenas y tribales el ejercicio pleno e igualitario del derecho a los territorios que han usado y ocupado tradicionalmente¹⁵¹. Dicha concepción es especialmente importante en el ya comentado *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay* de 2010.

Para algunos autores, el camino que ha seguido la Corte IDH en esta temática tiene una fundamentación esencialmente utilitarista, ya que el Tribunal no se ha pronunciado sobre la compatibilidad de una *concepción colectiva de los derechos* con la propia Convención Americana; empero, si lo hace sobre los efectos que tendría su no reconocimiento sobre ciertos aspectos de la propiedad desde sus atributos (uso y disposición) y no desde su naturaleza (derecho individual vs. derecho colectivo)¹⁵².

6. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD COMO UN ELEMENTO INDISPENSABLE PARA EL RESPETO Y GARANTÍA DE LOS DERECHOS

A) El origen del concepto y de la doctrina del «control de convencionalidad»

En un principio, el término «control de convencionalidad» fue utilizado de forma aislada en varios de los votos del juez Sergio García Ramírez. En esas primeras referencias, se definía al control de convencionalidad como un ejercicio que la Corte IDH realizaba «al analizar la complejidad del asunto, [...] verifica[ndo] la compatibilidad entre la conducta del Estado y las disposiciones de la Convención [...] deb[iendo] explorar las circunstancias *de iure* y *de facto* del caso». En esta primera concepción, el control de convencionalidad se refiere esencialmente a la competencia de la Corte IDH para conocer y decidir un caso aplicando la Convención Americana, tanto en los hechos como en el derecho de cualquier asunto que se le presente y en el cual sea competente¹⁵³.

¹⁵⁰ Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005, Serie C, núm. 125; Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006, Serie C, núm. 146; Corte IDH, *Caso Yatama vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005, Serie C, núm. 127; Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007, Serie C, núm. 172; Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C, núm. 214.

¹⁵¹ Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007, Serie C, núm. 172, párrafo 95.

¹⁵² C. NASH ROJAS, *El Sistema Interamericano de Derechos Humanos en acción*, op. cit., nota 31, p. 197.

¹⁵³ Corte IDH, Voto del juez Sergio García Ramírez en el *Caso López Álvarez vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006, Serie C, núm. 141, párrafo 30. *Id.*, en

Pronto, esta doctrina del «control de convencionalidad» permearía del ámbito internacional al ámbito nacional. El *leading case* es *Almonacid Arellano vs. Chile*, resuelto el 26 de septiembre de 2006¹⁵⁴. Esta sentencia se inscribe en la línea de varios fallos de la Corte IDH en casos de leyes de autoamnistía, donde se resolvió sobre la invalidez del decreto ley que perdonaba los crímenes de lesa humanidad, en el periodo 1973 a 1979 de la dictadura militar de Augusto Pinochet, debido a que dicho decreto resultaba incompatible con la Convención Americana careciendo de «efectos jurídicos» a la luz de dicho tratado. De este fallo destacan los párrafos 123 a 125 que contienen la esencia de la doctrina:

«123. La descrita obligación legislativa del artículo 2.º de la Convención tiene también la finalidad de facilitar la función del Poder Judicial de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular. Sin embargo, cuando el legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, *el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.º de la misma* y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella. El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho internacional de los derechos humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, *según el artículo 1.º de la Convención Americana*¹⁵⁵.

124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. *En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana* (cursiva añadida).

125. En esta misma línea de ideas, esta Corte ha establecido que “[s]egún el Derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el Derecho interno”. Esta regla ha sido codificada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969»¹⁵⁶.

Posteriormente, la Corte IDH aclaró su doctrina para establecer que este tipo de control debe ejercerse *ex officio* sin necesidad de que las partes lo soliciten; y dentro de las competencias y de las regulaciones procesales correspondientes

general, los valiosos votos concurrentes de Sergio García Ramírez, en los *Casos Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, resuelto el 25 de noviembre de 2003, párrafo 27; *Caso Tibi vs. Ecuador*, de 7 de septiembre de 2004, párrafo 3.º; y *Caso Vargas Areco vs. Paraguay*, *op. cit.*, párrafos 6.º y 12.

¹⁵⁴ *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*, *op. cit.*, párrafos 123 a 125.

¹⁵⁵ *Cfr. Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 4 de julio de 2006, Serie C, núm. 149, párrafo 172; y *Caso Baldeón García vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de abril de 2006, Serie C, núm. 147, párrafo 140.

¹⁵⁶ *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*, *op. cit.*, párrafos 123 a 125.

de cada autoridad, considerando otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia¹⁵⁷.

Asimismo, en casos más recientes, se sustituye las expresiones relativas al «Poder Judicial» para hacer referencia a que «todos sus órganos» de los Estados que han ratificado la Convención Americana, «incluidos sus jueces»¹⁵⁸, deben velar por el efecto útil del Pacto, y que «los *jueces y órganos vinculados a la administración de justicia* en todos los niveles» están obligados a ejercer, de oficio, el «control de convencionalidad»¹⁵⁹.

Esta consideración de ejercer este tipo de control por *todos los órganos de los Estados* se entiende no sólo a los «jueces» y «órganos vinculados a la administración de justicia», sino también a las «autoridades administrativas», por supuesto, dentro de sus respectivas competencias y regulaciones procesales. Lo anterior ha quedado claro en el *Caso Gelman vs. Uruguay* (2011), asunto donde se abordó el complejo tema de *los límites a las reglas de mayorías en instancias democráticas*, estableciendo la Corte IDH que también debe primar «control de convencionalidad» al constituir una «función y tarea de *cualquier autoridad pública* y no sólo del Poder Judicial»¹⁶⁰. De ahí que este tipo de control sea considerado como de carácter «difuso»¹⁶¹, existiendo diversos grados de intensidad y realización dependiendo de las competencias de cada autoridad¹⁶².

B) La relación del «control de convencionalidad» con la obligación de respetar y garantizar los derechos

Las obligación general de *respetar* los derechos y libertades reconocidos en la Convención Americana y la obligación de *garantizar* el libre y pleno ejercicio de tales derechos a toda persona que esté sujeta a la jurisdicción de un Estado parte sin discriminación alguna, en los términos del artículo 1.º1, implica que los po-

¹⁵⁷ *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, op. cit., párrafo 128.

¹⁵⁸ La intencionalidad de la Corte IDH en el marco de este desarrollo jurisprudencial es clara: definir que la doctrina del «control de convencionalidad» se debe ejercer por «todos los jueces», independientemente de su formal pertenencia o no al Poder Judicial y sin importar su jerarquía, grado, cuantía o materia de especialización. Así, el «control de convencionalidad» debe realizarse *por cualquier juez o tribunal que materialmente realice funciones jurisdiccionales*, incluyendo, por supuesto, a las Cortes, Salas o Tribunales Constitucionales, así como a las Cortes Supremas de Justicia y demás altas jurisdicciones de los veinticuatro países que han suscrito y ratificado o se han adherido a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y con mayor razón de los veintinueve Estados que han reconocido la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH, de un total de treinta y cinco países que conforman la OEA. Lo cual nos lleva a que este «control de convencionalidad» a nivel internacional, a nivel nacional se configura como un «control difuso de la convencionalidad». Cfr. Corte IDH, Voto razonado del juez *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot en el *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, párrafos 19 a 21.

¹⁵⁹ Corte IDH, *ibid.*, párrafo 18.

¹⁶⁰ Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay*, Sentencia de Fondo y Reparaciones, 24 de febrero de 2011, Serie C, núm. 221, párrafo 239.

¹⁶¹ Cfr. E. FERRER MAC-GREGOR (coord.), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, México, Fundap, 2012.

¹⁶² Sobre los diversos grados de intensidad del control de convencionalidad, *vid.* E. FERRER MAC-GREGOR, «Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad», en M. CARBONELL y P. SALAZAR (coords.), *Derechos humanos: un nuevo modelo constitucional*, op. cit., nota 22, especialmente en pp. 343-344 y 386-390.

deres del Estado, en su conjunto, deben cumplir con lo establecido en este tratado internacional. El control de convencionalidad constituye, en este sentido, un medio por el cual los poderes públicos de un Estado pueden dar cumplimiento a lo estipulado por la Convención y la correspondiente interpretación que realiza la Corte IDH, intérprete último y definitivo del Pacto de San José.

De esta manera, los jueces de los Estados parte de la Convención (y en general todas las autoridades) se encuentran obligados al cumplimiento de la normatividad convencional y la doctrina jurisprudencial de la Corte IDH sobre el «control difuso de convencionalidad» les facilita esta labor, para realizar interpretaciones de las disposiciones nacionales (incluidas las del texto constitucional) que sean conforme al Pacto de San José y del *corpus iuris* interamericano; incluso a *no aplicar* aquellas que contravengan de manera absoluta la Convención, para evitar de esa forma que el Estado al que pertenecen sea responsable internacionalmente por violar compromisos internacionales adquiridos en materia de derechos humanos¹⁶³. Esto implica que los derechos humanos contenidos en el Pacto de San José y la interpretación de los mismos que realice la Corte IDH deben *irradiar* su protección no sólo en el ámbito del Derecho internacional de los derechos humanos sino también a nivel nacional.

7. EPÍLOGO

Como hemos tratado de evidenciar a lo largo del presente estudio, las *obligaciones generales* de «respeto» y «garantía» a que están obligadas todas las autoridades del Estado mexicano, han motivado una rica jurisprudencia de la Corte IDH al interpretar el artículo 1.º de la Convención Americana, en la que se ha venido desarrollando sus contenidos, alcances y consecuencias.

Así, estas obligaciones han dado lugar a *obligaciones específicas*, como las relativas a *prevenir, investigar y sancionar* cualquier violación a los derechos y libertades reconocidos por el propio Pacto de San José, así como a *restablecer* el derecho y a *reparar los daños* ocasionados por tal violación. También se ha venido definiendo el ámbito de aplicación personal, espacial y material de dicho instrumento, así como precisando el *principio de no discriminación*, cuestiones contenidas en el propio artículo 1.º de la Convención Americana y que repercuten de manera transversal en la protección concreta de cualquier derecho y libertad previsto en el propio instrumento internacional. El conocimiento de la interpretación que de dicho precepto ha realizado la Corte IDH resulta fundamental, si consideramos que esas obligaciones convencionales se encuentran ahora contenidas explícitamente en el artículo 1.º constitucional, particularmente en su tercer párrafo¹⁶⁴, que además establece los principios de *universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad* de los derechos como guía de su actuación.

En ese sentido, es importante resaltar que la jurisprudencia de la Corte IDH posee una *eficacia directa* en el orden jurídico mexicano, lo que produce una fuente esencial del renovado Derecho procesal constitucional, especialmente a partir

¹⁶³ Corte IDH, Voto razonado del juez *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot en el *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, *op. cit.*, párrafo 61.

¹⁶⁴ *Vid. supra*, nota 18.

del 11 de junio de 2011, al entrar en vigor la trascendental reforma constitucional en materia de derechos humanos; y también por el cumplimiento de la sentencia del *Caso Radilla* por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al no sólo aceptar el control difuso de convencionalidad *ex officio*, sino además al reinterpretar el artículo 133 constitucional para permitir a los jueces locales a realizar un *control difuso de constitucionalidad*, lo que provocó que ahora todos los jueces (locales y federales) sean jueces constitucionales y de convencionalidad. Este cambio interpretativo condujo a que se interrumpieran las tesis jurisprudenciales que prohibían el *control difuso*¹⁶⁵, y a que se aprobaran siete criterios de la mayor importancia¹⁶⁶, que seguramente marcarán el devenir de la décima época del *Semanario Judicial de la Federación*; una nueva etapa que ha sido considerada (con razón y esperanzados de que así sea), como el inicio de la «época de los derechos humanos»¹⁶⁷, al tratarse «de un cambio, sustantivo e histórico, apoyado en un contexto de renovación estructural muy profundo del Derecho y de la justicia mexicana»¹⁶⁸.

Las obligaciones de «respeto» y «garantía» analizadas se convierten en una fuente esencial del Derecho procesal constitucional mexicano, que repercute en el sistema integral de garantías para otorgar efectividad a los derechos y libertades fundamentales. Esperamos confiados que el nuevo «paradigma» se aplique cotidianamente por todas las autoridades mexicanas (incluidos sus jueces) y así convertir en realidad «el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la *efectividad* de tales derechos y libertades»¹⁶⁹.

¹⁶⁵ Vid. la resolución a la solicitud de modificación de jurisprudencia 22/2011 (promovida por el ministro presidente Silva Meza), de 25 de octubre de 2011, resuelta por mayoría de nueve votos (en contra y por la modificación de las jurisprudencias, votaron los ministros Valls Hernández y Sánchez Cordero), en la que se establece en el único resolutivo que quedan sin efectos las tesis jurisprudenciales, cuyos rubros dicen: «Control judicial de la Constitución. Es atribución exclusiva del poder judicial de la federación»; y «Control difuso de la constitucionalidad de normas generales. No lo autoriza el artículo de la constitución». Vid., asimismo, la Tesis núm. 1/2011 de la décima época, cuyo rubro es «Control difuso», aprobada por el Tribunal Pleno el 29 de noviembre de 2011 y pendiente de publicación en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*.

¹⁶⁶ Tesis aprobadas por el Tribunal Pleno el 28 de noviembre de 2011, pendientes de publicación en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Estas tesis llevan por rubro Tesis núm. LXV/2011: «Sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Son vinculantes en sus términos cuando el Estado mexicano fue parte en el litigio»; Tesis núm. LXVI: «Criterios emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando el Estado mexicano no fue parte. Son orientadores para los jueces mexicanos siempre que sean más favorables a la persona en términos del artículo 1.º de la Constitución federal»; Tesis núm. LXVII: «Control de convencionalidad *ex officio* en un modelo de control difuso de constitucionalidad»; Tesis núm. LXVIII/2011: «Parámetro para el control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos»; Tesis núm. LXIX/2011: «Pasos a seguir en el control de constitucionalidad y convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos»; Tesis núm. LXX/2011: «Sistema de control constitucional en el orden jurídico mexicano»; y Tesis núm. LXXI/2011: «Restricción interpretativa de fuero militar. Incompatibilidad de la actual redacción del artículo 57, fracción II, del Código de Justicia Militar, con lo dispuesto en el artículo 13 constitucional, a la luz de los artículos 2.º y 8.º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos».

¹⁶⁷ Cfr. Informe de Labores del ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, presidente de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 14 de diciembre de 2011.

¹⁶⁸ Cfr. Informe de Labores del ministro presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Juan N. Silva Meza, 15 de diciembre de 2011.

¹⁶⁹ Como lo establece el artículo 55, inciso c), de la Carta de Naciones Unidas, aprobada al concluir la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional, firmada el 26 de junio de 1945 en San Francisco y entrando en vigor el 24 de octubre del mismo año.

XXXIV. EL DEBER DE ADOPTAR DISPOSICIONES DE DERECHO INTERNO

Análisis del artículo 2.º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y su impacto en el orden jurídico nacional*

En coautoría con Carlos María PELAYO MÖLLER**

*Con admiración y profundo respeto, a los doctores
Héctor Fix-Zamudio y Sergio García Ramírez,
por sus trascendentales aportaciones como jueces de la
Corte Interamericana de Derechos Humanos*

1. INTRODUCCIÓN

Uno de los deberes convencionales de mayor importancia para la armonización del Derecho internacional de los derechos humanos con la normatividad interna, lo constituye la obligación de los Estados nacionales de *adoptar disposiciones de Derecho interno*, sean legislativas o de otro carácter, para otorgar efectividad a los derechos y libertades previstos en los tratados internacionales.

* Publicado en PÉREZ JOHNSTON, G. RODRÍGUEZ MANZO y R. A. SILVA DÍAZ (coords.), *Derechos humanos internacional*, que forma parte de la *Obra Jurídica Enciclopédica. En homenaje a la Escuela Libre de Derecho con motivo de su primer centenario*, J. P. PAMPILLO BALIÑO y M. A. MUNIVE PÁEZ (coords.), México, Porrúa-Escuela Libre de Derecho, 2012, pp. 53-99.

** Doctorando en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. LLM en Derecho internacional de los derechos humanos por la Universidad de Notre Dame. Licenciado en Derecho por la Universidad Autónoma de Sinaloa.

Esta obligación tuvo su origen en el artículo 2.º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas de 1966¹, fuente del artículo 2.º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención Americana o Pacto de San José) de 1969²; que también prevé, en similares términos. El artículo 2.º del Protocolo adicional en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) de 1988³.

La obligación de adoptar disposiciones internas complementa las diversas obligaciones genéricas que se originan en el artículo 1.º del Pacto de San José, relativas al deber de «respeto» y «garantía» de los derechos y libertades previstos en el propio instrumento⁴. Así, estos dos preceptos no son excluyentes, sino complementarios, en la medida en que pueden, por sí mismos, generar responsabilidad internacional a los Estados parte del Pacto. No constituyen normas programáticas como lo ha puesto de relevancia la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH o Tribunal Interamericano), al derivarse *obligaciones específicas* que se han ido progresivamente estableciendo, caso por caso, a lo largo de treinta años de actividad de dicho órgano jurisdiccional.

La obligación de adoptar disposiciones de Derecho interno que prevé el artículo 2.º de la Convención Americana, constituye una de las diferencias más relevantes con respecto al Sistema Europeo, al no contar el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 disposición análoga⁵. Esto ha propiciado una rica y fecunda jurisprudencia de la Corte IDH a través de una interpretación de

¹ Aprobado por la Asamblea General de la ONU, mediante resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, vigente a partir del 23 de marzo de 1976 y en México el 23 de junio de 1981.

² La Convención Americana entró en vigor el 18 de julio de 1978, cuando fue depositado el undécimo instrumento de ratificación por Grenada, de conformidad con su artículo 74.2. México es parte del Pacto de San José desde el 24 de marzo de 1981.

El artículo 2.º establece: «*Deber de adoptar disposiciones de Derecho Interno.* Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1.º no estuviere 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 fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades».

³ Suscrito en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988. La vinculación de México es de 16 de abril de 1996. Este dispositivo establece: «Artículo 2. *Obligaciones de adoptar disposiciones de Derecho Interno.* Si el ejercicio de los derechos establecidos en el presente Protocolo no estuviera 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 este Protocolo, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos».

⁴ Un análisis de las obligaciones de respeto y garantía que establece el artículo 1.º de la Convención Americana, puede verse en E. FERRER MAC-GREGOR y C. M.ª PELAYO MÖLLER, «La obligación de “respetar” y “garantizar” los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Una fuente convencional del Derecho procesal constitucional mexicano», en A. ZALDÍVAR LELO DE LARREA (coord.), *Derecho procesal constitucional*, México, Porrúa-Escuela Libre de Derecho, 2012 (en edición).

⁵ Cfr. entre otros, Th. BUERGENTHAL, *Las Convenciones Europea y Americana: algunas similitudes y diferencias en la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Washington, OEA, 1980; H. GROS ESPIELL, *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1991; y A. H. ROBERTSON, «Pactos y protocolo opcional de las Naciones Unidas, Convención Americana y Convención Europea sobre Derechos Humanos: estudio comparativo», en *La protección internacional de los derechos del hombre. Balance y perspectivas*, México, UNAM, 1983, pp. 145-188. Sobre el Pacto de San José, resulta útil el libro de L. FLÁVIO GOMES y V. DE OLIVEIRA MAZZUOLI, *Comentários à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos. Pacto de San José da Costa Rica*, 3.ª ed., São Paulo, Editora Revista Dos Tribunais, 2010.

esta obligación de los Estados parte del Pacto de San José, lo que ha originado no sólo reformas legislativas (incluso de carácter constitucional), sino la adopción de «otras medidas» necesarias para lograr la efectividad de los derechos y libertades.

Y precisamente el dinamismo de la jurisprudencia de la Corte IDH ha generado lo que hoy se conoce como *control difuso de convencionalidad*⁶, teniendo como uno de los principales fundamentos el artículo 2.º de la Convención Americana. Este nuevo «control» en sede nacional lo deben realizar todas las autoridades conforme a sus atribuciones y competencias, lo que ha tenido un desarrollo progresivo de aceptación en el último lustro en los Estados parte de la Convención y particularmente en los que han reconocido la jurisdicción contenciosa de dicho Tribunal Interamericano, con un importante impacto en los órdenes jurídicos nacionales. Muestra de ello es el cumplimiento que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha realizado el 14 de julio de 2011, de la sentencia de la Corte IDH en el *Caso Radilla Pacheco vs. México*⁷.

El objetivo del presente estudio consiste precisamente en analizar la obligación de los Estados de *adoptar disposiciones legislativas o de otro carácter* que prevé el artículo 2.º de la Convención Americana, obligación trascendental si consideramos que esta «norma conlleva la obligación de los Estados de acoplar su legislación interna a lo preceptuado en el Pacto de San José, de tal manera que haya perfecta armonía y congruencia entre las normas internas y las internacionales contenidas en dicha Convención»⁸.

Es necesario, en primer término, distinguir esta obligación de las que se generan por los deberes de «respeto» y «garantía» que se prevén en el artículo 1.º del mismo Pacto y a la vez advertir su relación concomitante. Como señala GARCÍA RAMÍREZ, la obligación de *garantía* constituye un «escudo y espada» de la de *respeto*, y como una necesaria manifestación de aquellas, se deben de adoptar «medidas de múltiple naturaleza para asegurar ese respeto y proveer esa garantía»⁹.

Posteriormente abordaremos los alcances que implica esta obligación, siendo necesario conocer las discusiones que generó en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos que discutió el proyecto de Convención en 1969¹⁰; las primeras interpretaciones que derivaron de dicho precepto; así como la rica jurisprudencia que a lo largo de treinta años ha desarrollado la jurisprudencia de la Corte IDH, que tiene una eficacia directa en nuestro siste-

⁶ Cfr. los trabajos contenidos en E. FERRER MAC-GREGOR (coord.), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, México, Fundap, 2012.

⁷ Corte IDH, *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009, Serie C, núm. 209.

⁸ M. G. MONROY CABRA, «Derechos y deberes consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Pacto de San José», en *Seminario regional referente a la Convención Americana sobre Derechos Humanos organizado por la Comisión Interamericana de abogados y la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica*, Washington, OEA, 1980, p. 34.

⁹ Cfr. S. GARCÍA RAMÍREZ, «El control judicial interno de convencionalidad», en E. FERRER MAC-GREGOR (coord.), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, op. cit., nota 6, especialmente el epígrafe «Control interno de convencionalidad y obligaciones generales de los Estados (arts. 1.º y 2.º CADH)», en pp. 231 y ss.

¹⁰ Cfr. *Actas y Documentos*. Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969.

ma de fuentes del Derecho en México, como recientemente lo ha reconocido la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Para una mayor claridad en el análisis de la jurisprudencia, la hemos dividido en nueve temas, dado las características particulares que se generan de la obligación contenida en el artículo 2.º de la Convención Americana. De esta forma se contempla su análisis en los casos de pueblos indígenas o tribales; leyes de amnistía; libertad de expresión y acceso a la información; derecho del inculcado a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior en materia penal; pena de muerte; fuero militar; derecho laboral; estabilidad e inamovilidad de jueces; y, por último, otras obligaciones similares previstas en tratados del Sistema Interamericano que pueden llegar a complementar lo dispuesto en la obligación del artículo 2.º del Pacto de San José.

De esta manera podremos advertir con mayor claridad las consecuencias que para el Estado mexicano tiene el artículo 2.º del Pacto de San José, especialmente si se considera que en las seis sentencias de la Corte IDH condenatorias que hasta la fecha se han emitido, se ha generado responsabilidad internacional derivada precisamente de las obligación de adoptar disposiciones legislativas o de otro carácter para hacer efectivos los derechos y libertades contenidos en la Convención Americana.

2. LA RELACIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE ADOPTAR MEDIDAS LEGISLATIVAS O DE OTRO CARÁCTER PARA HACER EFECTIVOS LOS DERECHOS Y LIBERTADES CONSAGRADOS EN LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (ART. 2.º) Y LA OBLIGACIÓN GENERAL DE GARANTIZAR LOS DERECHOS (ART. 1.º)

Los artículos 1.º (respeto y garantía) y 2.º (adopción de medidas internas) de la Convención Americana guardan una estrecha relación, si bien no deben confundirse. La obligación de «garantía» prevista en el primero de los preceptos, como lo advierte GARCÍA RAMÍREZ¹¹:

«Puede suponer la operación del artículo 2.º, que es, en rigor, *un rostro* del precepto anterior, y se proyecta en medidas de amplio espectro: del Estado hacia sí mismo: orden jurídico y estructura, atribuciones y prácticas; y del Estado hacia la sociedad: impulso a cambios que modifiquen las condiciones estructurales de las violaciones. Ejemplos de esto último es la conducta señalada al Estado en la sentencia del *Caso Servellón García vs. Honduras*, del 21 de septiembre de 2006, para combatir la estigmatización social de ciertos grupos de menores de edad, y la acción a propósito de los patrones culturales, que se ordena en la sentencia del *Caso Campo Algodonero vs. México*, en tanto estos patrones propician agresión contra las mujeres».

Para la ex presidenta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Cecilia Medina Quiroga, es tal la importancia que se asigna al hecho de que las personas puedan ejercer y gozar de sus derechos humanos en plenitud, que la

¹¹ S. GARCÍA RAMÍREZ, «El control judicial interno de convencionalidad», en E. FERRER MAC-GREGOR (coord.), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, op. cit., nota 6, p. 232.

Convención Americana consagra en su artículo 2.º la obligación de los Estados parte de adoptar *las medidas que fueran necesarias para hacer efectivos* los derechos reconocidos en la misma¹².

Dicha disposición causó importantes discusiones sobre sus alcances y su interpretación en los trabajos preparatorios de la Convención Americana, especialmente sobre la relación que existiría entre esta obligación y las diversas obligaciones de «respeto» y «garantía» que prevé el artículo 1.º del Pacto de San José¹³.

La interpretación más consistente entre las obligaciones que se desprenden de ambas disposiciones es la que señala que el artículo 2.º no afecta la exigibilidad inmediata de las obligaciones establecidas en el artículo 1.º¹⁴. En este sentido, GROS ESPIELL señaló, dentro del marco de la *Opinión Consultiva 7/86*, que «la obligación que resulta del artículo 2.º, complementa, pero de ninguna manera sustituye o suple, a la obligación general y no condicionada que resulta del artículo 1.º» ya que «cuando se propuso su inclusión, se aclaró que su único sentido era clarificar y precisar, haciendo más determinante, inmediata y directa la exigencia del cumplimiento de tal obligación, pero sin que ello signifique alterar o desconocer el deber esencial que resulta del artículo 1.º»¹⁵.

Fue el Gobierno de Chile el que propuso la inclusión de esta obligación prevista en el artículo 2.º, cuando formuló observaciones al proyecto final de la Convención Americana, durante la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos celebrada en San José, Costa Rica, en noviembre de 1969¹⁶. Esta obligación no se encontraba en las fases previas de elaboración del proyecto de la Convención Americana, ya que se consideraba que existía naturalmente por aplicación del Derecho internacional; y de ahí que cuando se propusiera su inclusión «se aclaró que su único sentido era clarificar y precisar haciendo más determinante, inmediata y directa la exigencia del cumplimiento de tal obligación»¹⁷. El Gobierno de los Estados Unidos, sin embargo, se opuso

¹² C. MEDINA QUIROGA, *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*, San José, Centro de Derechos Humanos-Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2003, p. 21. El debate en torno a esta disposición ha sido explicado *in extenso* por C. MEDINA en *The Battle of Human Rights. Gross, Systematic Violations and the Inter-American System*, capítulo V, Dordrecht-Boston-London, Martinus Nijhoff, 1988, pp. 93 y ss.

¹³ «1. Los Estados Parte en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano».

¹⁴ *Id.*

¹⁵ Opinión separada del juez H. GROS ESPIELL en Corte IDH, *Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta* (arts. 14.1, 1.º1 y 2.º Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-7/86, de 29 de agosto de 1986, Serie A, núm. 7, párrafo 6.º

¹⁶ El Gobierno de los Estados Unidos, en cambio, se opuso al considerar que los primeros artículos de la Convención «no son ejecutables por sí mismos» y que requieren de medidas legislativas. Sin embargo, como lo expresa GROS ESPIELL, apoyándose en E. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, esta tesis «sería incompatible con el objeto y fin del tratado (art. 75 del Pacto de San José y arts. 19 y ss. de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados)». *Cfr.* H. GROS ESPIELL, *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile 1991, p. 67.

¹⁷ *Ibid.*, p. 214.

al considerar que los primeros 32 artículos de la Convención no son ejecutables por sí mismos (*are not self-executing*)¹⁸:

«La Convención comienza con una disposición general sobre no discriminación (art. 1.º) y continúa con la obligación de adoptar las medidas legislativas que sean necesarias para conferirle efecto a los derechos y libertades protegidas por la Convención (art. 2.º). Mientras la última disposición indica que las disposiciones sustantivas de la Convención no se aplican directamente, con el fin de evitar posibles discrepancias y con el objeto de dejar la implementación de todas las disposiciones substantivas a la jurisdicción y legislación doméstica, se recomienda la siguiente declaración: “Los Estados Unidos declaran que los artículos 1.º al 32 de esta Convención no se aplican directamente”».

Sin embargo, como lo expresa GROS ESPIELL, apoyándose en E. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, esta tesis «sería incompatible con el objeto y fin del tratado (art. 75 del Pacto de San José y arts. 19 y ss. de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados)»¹⁹. En este sentido, el Gobierno de Chile en los trabajos preparatorios de la Convención Americana, apoyó de manera determinante esa obligación al señalar que «no parece conveniente la eliminación de una disposición análoga a la establecida en el artículo 2.º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas»²⁰.

Siguiendo esta línea argumentativa, MEDINA QUIROGA señala que el artículo 2.º no anula las obligaciones del artículo 1.º que son *exigibles de inmediato*. Para la autora, cuando un Estado es parte de un tratado, tiene la obligación de *adaptar su legislación interna a las disposiciones del dicho instrumento internacional* y de cumplir sus disposiciones en toda su integridad; por lo que estima que en realidad el artículo 2.º no era realmente necesario, debiendo ser considerado sólo como una disposición en aplicación de la máxima *abundans cautela non nocet* (lo que abunda no daña)²¹.

De estas reflexiones infiere dos consecuencias a partir del artículo 2.º de la Convención. Primero, que los Estados parte están obligados a *desarrollar en su legislación* aquellos derechos que en su formulación internacional carecen de la precisión necesaria para que puedan ser aplicados por los órganos del Estado y, especialmente, para que puedan ser invocados ante los tribunales de justicia²². Segundo, que los Estados parte se encuentran obligados a *adoptar todas las medidas legislativas* que sean necesarias para permitir el pleno uso y goce de los derechos humanos²³.

¹⁸ Texto del Departamento de Estado enviado al presidente de los Estados Unidos sobre la interpretación de la Convención Americana. Cfr. E. VARGAS CARREÑO, «Algunos problemas que presentan la aplicación y la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos», en *Seminario regional referente a la Convención Americana sobre Derechos Humanos organizado por la Comisión Interamericana de Abogados y la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica*, Washington, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1980, p. 150.

¹⁹ H. GROS ESPIELL, *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo*, op. cit., nota 16, p. 40.

²⁰ *Actas y Documentos. Conferencia Interamericana Especializada sobre Derechos Humanos* (San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969), op. cit., nota 10, p. 38.

²¹ C. MEDINA QUIROGA, *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia. Vida*, op. cit., nota 12, pp. 24 y 25.

²² *Ibid.*, p. 25.

²³ *Id.*

En resumen, mientras que el artículo 1.º refiere a las obligaciones de respetar y *garantizar* los derechos y libertades, obligaciones de aplicación «directa» y cuyo incumplimiento genera la consecuente *responsabilidad internacional del Estado*; el artículo 2.º del Pacto de San José, «agrega el compromiso, en el caso de que los derechos y libertades no estuvieren ya garantizados por el Derecho interno, de adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias»²⁴.

Sentadas estas bases en las primeras discusiones durante los trabajos preparatorios de la Convención y en las primeras discusiones en el seno mismo de la Corte IDH, el siguiente paso en el desarrollo de este precepto consistió en su interpretación y aplicación en casos contenciosos concretos²⁵.

3. LA OBLIGACIÓN DE ADOPTAR MEDIDAS LEGISLATIVAS O DE OTRO CARÁCTER PARA LA EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES

A lo largo de más de treinta años de jurisprudencia la Corte IDH ha ido consolidando diversos criterios respecto a los alcances de la obligación de adoptar medidas legislativas o de otro carácter para hacer efectivos los derechos y libertades consagrados en la Convención Americana. De forma general, en su más temprana jurisprudencia, la misión del Tribunal Interamericano fue exponer el origen, los alcances y naturaleza de esta obligación internacional.

Así, en relación con el artículo 2.º de la Convención, la Corte IDH ha señalado que dicha norma obliga a los Estados partes a adoptar, *con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la Convención*, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades protegidos por dicho pacto internacional²⁶. Los Estados no sólo tienen la obligación positiva de *adoptar las medidas legislativas necesarias* para garantizar el ejercicio de los derechos en ella consagrados, sino que también *deben evitar* promulgar aquellas leyes que impidan el libre ejercicio de estos derechos, y a la vez evitar que se supriman o modifiquen las leyes que los protegen²⁷.

El estándar en su concepción más general ha sido utilizado, por una parte, para analizar situaciones en las que estas medidas fueron incumplidas y, por

²⁴ H. GROS ESPIELL, *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos*, op. cit., nota 16, p. 68.

²⁵ Resulta útil como una primera aproximación, aunque no esté actualizada, las referencias de jurisprudencia que se establecen en las obras de J. C. WLASIC, M.º E. FERNÁNDEZ PUENTES y D. A. LANZA, *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Anotada y concordada con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Rosario, Editorial Juris, 1998; y W. GÓMEZ CARMONA, V. M. CÁCERES TOVAR, N. M.º CHACÓN TRIANA y O. HUERTAS DÍAZ, *El Pacto de San José de Costa Rica. Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 1982.

²⁶ Corte IDH, *Caso Gangaram Panday vs. Surinam*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 4 de diciembre de 1991, Serie C, núm. 12, párrafo 50. Vid. también, *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención* (arts. 1.º y 2.º Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-14/94, de 9 de diciembre de 1994, Serie A, núm. 14, párrafo 48.

²⁷ Corte IDH, *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C, núm. 52, párrafo 207.

otra, para *ordenar medidas específicas de reparación* en casos en donde se haya detectado como necesario adoptar medidas legislativas o de otro tipo para hacer efectivos los derechos y libertades de la Convención vulnerados en un caso concreto. Al respecto, habría que destacar que estas medidas de «no repetición» no siempre se han derivado en su concepción de un incumplimiento directo al artículo 2.º de la Convención; sin embargo, las mismas siempre han tenido un grado de *conexión relevante* con las violaciones principales del caso y se han encontrado justificadas²⁸.

La Corte IDH ha sostenido que «[e]n el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su Derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas. Esta norma aparece como válida universalmente y ha sido calificada por la jurisprudencia como un principio evidente [...] En este orden de ideas [ha señalado la Corte IDH], la Convención Americana establece la obligación de cada Estado parte de adecuar su Derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados»²⁹. Así, el Tribunal Interamericano ha establecido que «[e]l deber general del artículo 2.º de la Convención Americana implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías»³⁰.

Además, la Corte IDH de manera general y reiterada ha sostenido que los Estados parte en la Convención no pueden dictar medidas que violen los derechos y libertades reconocidos en ella³¹. Tampoco pueden los Estados dejar de tomar las medidas legislativas «o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades», en los términos del artículo 2.º del Pacto de San José. Estas medidas son las necesarias para «garantizar [el] libre y pleno ejercicio» de dichos derechos y libertades, en los términos del artículo 1.º1 de la misma³². El no adoptar estas medidas contraviene además de las normas convencionales que consagran los respectivos derechos, el artículo 2.º de la Convención³³.

²⁸ *Vid.*, por ejemplo, la medida de reparación en el *Caso Vargas Areco* consistente en que el Estado paraguayo tenga que «adecuar su legislación interna en materia de reclutamiento de menores de dieciocho años en las fuerzas armadas del Paraguay, de conformidad con los estándares internacionales en la materia» y el contexto, los hechos y las violaciones declaradas en el fondo del caso de acuerdo a la competencia temporal de la Corte. *Cfr.* Corte IDH, *Caso Vargas Areco vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C, núm. 155.

²⁹ Corte IDH, *Caso Durand y Ugarte vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000, Serie C, núm. 68, párrafo 136.

³⁰ Corte IDH, *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000, Serie C, núm. 69, párrafo 178.

³¹ Corte IDH, *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*. Sentencia de 12 de noviembre de 1997, Serie C, núm. 35, párrafo 97.

³² Corte IDH, *Caso Cesti Hurtado vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 29 de septiembre de 1999, Serie C, núm. 56, párrafo 166.

³³ Corte IDH, *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000, Serie C, núm. 69, párrafo 176; y *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (arts. 1.º y 2.º Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-14/94, de 9 de diciembre de 1994, Serie A, núm. 14, párrafo 36.

En adición a lo anterior, la Corte IDH ha llegado a afirmar que «una norma puede violar *per se* el artículo 2.º de la Convención, independientemente de que haya sido aplicada en [un] caso concreto»³⁴. En efecto, en el *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador* de 1997 el Tribunal Interamericano señaló que una disposición legal de un Estado podía violar *por sí misma* el artículo 2.º del propio instrumento³⁵.

Mientras que el *Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina* de 1998 afirmó claramente que la Convención Americana «establece la obligación de cada Estado parte de adecuar su Derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados» estableciendo que «[e]sta obligación del Estado parte implica que las medidas de Derecho interno han de ser *efectivas*. Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea realmente cumplido en [el] orden jurídico interno. Y esas medidas son efectivas cuando la comunidad, en general, adapta su conducta a la normativa de la Convención y, en el caso de que así no sea, cuando se aplican efectivamente las sanciones previstas en ella»³⁶.

Por tanto, el Tribunal Interamericano ha determinado que las disposiciones de Derecho interno que sirvan a este fin han de ser *efectivas* (principio del *effet utile*), lo que significa que el Estado debe *adoptar todas las medidas necesarias* para que lo establecido en la Convención sea *realmente* cumplido³⁷. Así, la Corte IDH ha considerado necesario reafirmar que la obligación de adaptar la legislación interna es, por su propia naturaleza, *una obligación de resultado*³⁸. Esto implica que una norma por mejor diseñada que se encuentre, si en la realidad no garantiza efectivamente los derechos y libertades no cumplirá con los estándares que establece el artículo 2.º de la Convención.

La Corte IDH ha señalado además que el deber general del Estado, establecido en el artículo 2.º de la Convención, incluye la adopción de medidas para *suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza* que impliquen una violación a los derechos previstas en dicho instrumento internacional, así como la *expedición de normas y el desarrollo de prácticas* conducentes a la observancia efectiva de los mismos³⁹; lo cual implica que el respeto y observancia a lo dispuesto por el artículo 2.º del Pacto de San José trasciende el ámbito meramente legislativo, pudiendo y debiendo adoptar estas medidas otras ramas del Estado, como son los poderes Ejecutivo o Judicial o inclusive los Tribunales, Salas o Cortes Constitucionales.

³⁴ Corte IDH, *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C, núm. 52, párrafo 205.

³⁵ Corte IDH, *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997, Serie C, núm. 35, párrafo 98. Sin embargo, cabe aclarar que la más reciente jurisprudencia de la Corte IDH requiere acreditar que la ley impugnada como contraria a la Convención ha sido aplicada o ha influido en los hechos del caso concreto. Aunque el criterio varió desde larga data, por ejemplo, *vid.* las consideraciones realizadas en el *Caso Chocrón vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2011, Serie C, núm. 227, párrafos 140 a 142.

³⁶ Corte IDH, *Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 1998, Serie C, núm. 39, párrafos 68 y 69.

³⁷ Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005, Serie C, núm. 125, párrafo 101.

³⁸ Corte IDH, *Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de marzo de 2005, Serie C, núm. 123, párrafo 93.

³⁹ Corte IDH, *Caso Durand y Ugarte vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000, Serie C, núm. 68, párrafo 137.

De esta forma, en el *Caso La Cantuta vs. Perú*, la Corte IDH determinó que: «Ciertamente el artículo 2.º de la Convención no define cuáles son las medidas pertinentes para la adecuación del Derecho interno a la misma, obviamente por depender ello del carácter de la norma que la requiera y las circunstancias de la situación concreta. Por ello, la Corte ha interpretado que tal adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. El Tribunal ha entendido que la obligación de la primera vertiente se incumple mientras la norma o práctica violatoria de la Convención se mantenga en el ordenamiento jurídico y, por ende, se satisface con la modificación, la derogación, o de algún modo anulación, o la reforma de las normas o prácticas que tengan esos alcances, según corresponda»⁴⁰.

4. SUPUESTOS Y EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA

Los criterios generales ya descritos son de aplicación general en todos los casos en donde la Corte IDH ha conocido situaciones en las que se ha incumplido el artículo 2.º que estamos analizando. Sin embargo, el Tribunal Interamericano, ante la pluralidad de situaciones que ha conocido, ha tenido que desarrollar esos mismos criterios generales en *situaciones específicas* como en casos muy trascendentes en materia de derechos de los pueblos indígenas; para determinar los efectos de leyes de amnistía; y en casos de libertad de expresión y acceso a la información, entre otros, que se analizarán por separado.

A la par del desarrollo de esta obligación dentro de los confines de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte IDH ha aplicado estos criterios generales en el desarrollo de cláusulas similares, pero más específicas en otros tratados sobre derechos humanos dentro del Sistema Interamericano sobre Derechos Humanos como se analizará al final de este apartado.

A) Pueblos indígenas o tribales

El desarrollo jurisprudencial en el Sistema Interamericano sobre Derechos Humanos en torno a los derechos de los pueblos indígenas ha sido especialmente importante en torno al deber de adoptar disposiciones de Derecho interno.

Desde el *Caso Awas Tingni (Sumo) vs. Nicaragua* de 2001 (primer asunto sobre la materia de los pueblos indígenas)⁴¹, la Corte IDH consideró que el país demandado no había adoptado las medidas adecuadas de Derecho interno que permitiesen la delimitación, demarcación y la titulación de las tierras de comunidades

⁴⁰ Corte IDH, *Caso La Cantuta vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006, Serie C, núm. 162, párrafo 172.

⁴¹ Corte IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001, Serie C, núm. 79.

indígenas. Además, el Estado no se ciñó a un *plazo razonable* para la tramitación de los recursos de amparo interpuestos por los miembros de la Comunidad Awás Tingni⁴²; por lo que la Corte IDH ordenó que el Estado *adoptara en su Derecho interno*, de conformidad con el artículo 2.º de la Convención Americana, las *medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter* que fueran necesarias para *crear un mecanismo efectivo* de delimitación, demarcación y titulación de la propiedad de los miembros de la Comunidad Mayagna Awás Tingni, acorde con el Derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres de ésta⁴³.

En este sentido, para el Tribunal Interamericano en dicho caso, el Derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser tenido especialmente en cuenta ya que como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro⁴⁴. En el caso concreto, la falta de delimitación y demarcación de los territorios creó un *clima de incertidumbre permanente* entre los miembros de la Comunidad Awás Tingni en cuanto no sabían con certeza hasta dónde se extiende geográficamente su derecho de propiedad comunal y, consecuentemente, desconocen hasta dónde pueden usar y gozar libremente de los respectivos bienes⁴⁵; y la inexistencia de una legislación que permitiera resolver toda esta problemática trajo consigo el incumplimiento del artículo 2.º del Pacto de San José.

En el mismo sentido, en el *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay* de 2005⁴⁶, la Corte IDH determinó que de conformidad con los artículos 1.º1 y 2 de la Convención debían instituirse *procedimientos adecuados* en el marco del sistema jurídico nacional para procesar las reivindicaciones de tierras de los pueblos indígenas interesados. Así, estableció que los Estados debían establecer dichos procedimientos a fin de resolver los reclamos de modo que estos pueblos tengan una *posibilidad real de devolución de sus tierras*, asegurando que los trámites de esos procedimientos sean accesibles y simples y que los órganos a su cargo cuenten con las condiciones técnicas y materiales necesarias para dar oportuna respuesta a las solicitudes que se les hagan en el marco de dichos procedimientos⁴⁷.

En el *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay* de 2006⁴⁸, siguiendo los precedentes antes citados, la Corte IDH determinó que el Estado

⁴² En general, sobre el *plazo razonable* en esta materia, *vid.* C. LANDA y E. FERRER MAC-GREGOR, «Acceso a la justicia y debido proceso de los pueblos y comunidades indígenas a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», que aparece en el volumen *Derecho constitucional de los derechos humanos*, coordinado por R. SEPÚLVEDA y D. GARCÍA RICCI, en esta obra conmemorativa en homenaje a la Escuela Libre de Derecho con motivo de su primer centenario, 2012.

⁴³ Corte IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001, Serie C, núm. 79, párrafo 138.

⁴⁴ *Ibid.*, párrafo 151.

⁴⁵ *Ibid.*, párrafo 153.

⁴⁶ Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005, Serie C, núm. 125.

⁴⁷ *Ibid.*, párrafo 102.

⁴⁸ Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006, Serie C, núm. 146.

paraguayo tenía la obligación de instituir procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para procesar las reivindicaciones de tierras de los pueblos indígenas interesados. Esto, en virtud de la obligación general de garantía establecida en el artículo 1.º de la Convención Americana que impone a los Estados el deber de asegurar que los trámites de esos procedimientos sean *accesibles y simples* y que los órganos a su cargo *cuenten con las condiciones técnicas y materiales necesarias para dar oportuna respuesta a las solicitudes* que se les hagan en el marco de dichos procedimientos⁴⁹. Para la Corte IDH, el reconocimiento *meramente abstracto o jurídico* del derecho de reivindicación de las tierras *carece prácticamente de sentido* si no se ha delimitado físicamente y entregado las tierras por falta de medidas adecuadas de Derecho interno necesarias para garantizar el uso y goce efectivo de tal Derecho por parte de los miembros de la Comunidad Sawhoyamaya. El Tribunal IDH consideró que con ello se amenazó el *libre desarrollo y transmisión de su cultura y prácticas tradicionales*⁵⁰.

En el *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam* de 2007⁵¹, la Corte IDH determinó que el marco legal del Estado que meramente otorgaba a los integrantes del pueblo Saramaka (comunidad tribal de Surinam) un privilegio para usar la tierra, sin garantizar el derecho de controlar efectivamente y ser propietarios de su territorio sin ningún tipo de interferencia externa, incumplía el artículo 2.º de la Convención⁵². Estimó necesario que se reconociera a los integrantes del pueblo Saramaka la capacidad para ejercer plenamente estos derechos *de manera colectiva* mediante la adopción de medidas legislativas o de otra índole que reconocieran y tomarán en cuenta el modo particular en que el pueblo Saramaka se percibe como colectivamente capaz de ejercer y gozar del derecho a la propiedad. Asimismo, determinó que el Estado debía establecer las condiciones judiciales y administrativas necesarias para garantizar la posibilidad de *reconocimiento de su personalidad jurídica*, a través de la realización de *consultas* con el pueblo Saramaka, con pleno *respeto a sus costumbres y tradiciones*, y con el objeto de asegurarle el uso y goce de su territorio de conformidad con su sistema de propiedad comunal, así como del derecho de *acceso a la justicia e igualdad ante la ley*⁵³.

En el reciente precedente del *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay* de 2010⁵⁴, la Corte IDH reiteró, como en los otros casos paraguayos citados, que el procedimiento administrativo de reivindicación de tierras había sido inefectivo y no había mostrado una posibilidad real para que los miembros de la Comunidad Xákmok Kásek recuperasen sus tierras tradicionales; representando un incumplimiento del deber estatal establecido en el artículo 2.º de la Convención, de adecuar su Derecho interno para garantizar en la práctica el

⁴⁹ *Ibid.*, párrafo 109.

⁵⁰ *Ibid.*, párrafo 143.

⁵¹ Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007, Serie C, núm. 172.

⁵² *Ibid.*, párrafo 115.

⁵³ *Ibid.*, párrafo 174. Asimismo, *vid.* C. LANDA y E. FERRER MAC-GREGOR, «Acceso a la justicia y debido proceso de los pueblos y comunidades indígenas a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», *op. cit.*, nota 41.

⁵⁴ Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C, núm. 214.

derecho a la propiedad comunitaria⁵⁵. En este caso, se estimó que ciertas acciones y omisiones del Estado, lejos de contribuir a la materialización del derecho a la propiedad de los miembros de la Comunidad, *obstaculizaron e impidieron su concreción*, como lo fue la declaratoria de reserva natural privada de parte del territorio reclamado por la Comunidad, así como su expropiación y ocupación bajo cualquier supuesto⁵⁶. La Corte IDH determinó que las autoridades internas paraguayas, en especial el Congreso de la República, habían mirado el tema territorial indígena exclusivamente desde la productividad de las tierras, desconociendo las particularidades propias de la Comunidad Xákmok Kásek y la relación especial de sus miembros con el territorio reclamado. El Estado, por ejemplo, ignoró por completo la reclamación indígena al momento de declarar parte de dicho territorio tradicional como reserva natural privada y *la acción de inconstitucionalidad* presentada para remediar tal situación fue inefectiva⁵⁷.

Finalmente, en el *Caso Yatama vs. Nicaragua* de 2005⁵⁸, la discusión giró en torno a si el Estado demandado tenía la legislación adecuada que permitiera a una organización indígena *ejercer sus derechos políticos de forma efectiva*, respetando el *principio de igualdad y no discriminación*. En dicho caso, la Corte IDH determinó que la obligatoriedad de participar a través de un partido político que se encontraba en la legislación nicaragüense impuesta a los candidatos indígenas propuestos por Yatama, constituía una *imposición de una forma de organización que le era ajena a sus usos, costumbres y tradiciones*, que a la postre afectó en forma negativa la participación electoral de dichos candidatos de Yatama en las elecciones municipales de 2000. El Tribunal Interamericano consideró que dicha restricción implicaba un *impedimento para el ejercicio pleno del derecho a ser elegido* de los miembros de las comunidades indígenas y étnicas que integran Yatama⁵⁹.

A partir de lo anterior, la Corte IDH concluyó que cualquier requisito para la participación política diseñado para partidos políticos, que no pueda ser cumplido por agrupaciones con diferente organización, es contrario a los artículos 23 y 24 de la Convención Americana, en la medida en que limita, más allá de lo estrictamente necesario, el alcance pleno de los derechos políticos y se convierte en un impedimento para que los ciudadanos participen efectivamente en la dirección de los asuntos públicos⁶⁰. Asimismo, encontró que Nicaragua no adoptó las medidas necesarias para garantizar el goce del derecho a ser elegidos de los candidatos propuestos por Yatama, quienes son miembros de comunidades indígenas y étnicas de la Costa Atlántica de dicho país, ya que se vieron afectados por la *discriminación legal* y de hecho impidió su participación en *condiciones de igualdad* en las elecciones municipales de noviembre de 2000⁶¹.

En este importante caso, la Corte IDH estimó que el Estado debía *adoptar todas las medidas necesarias para garantizar* que los miembros de las comunida-

⁵⁵ *Ibid.*, párrafo 154.

⁵⁶ *Ibid.*, párrafo 169.

⁵⁷ *Ibid.*, párrafo 170.

⁵⁸ Corte IDH, *Caso Yatama vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005, Serie C, núm. 127.

⁵⁹ *Ibid.*, párrafo 218.

⁶⁰ *Ibid.*, párrafo 220.

⁶¹ *Ibid.*, párrafo 224.

des indígenas y étnicas de la Costa Atlántica de Nicaragua pudieran participar en *condiciones de igualdad* en la toma de decisiones sobre asuntos y políticas que inciden o pueden incidir en sus derechos y en el desarrollo de dichas comunidades, de forma tal que pudieran integrarse a las instituciones y órganos estatales y participar de manera directa y proporcional a su población en la dirección de los asuntos públicos, así como hacerlo desde sus propias instituciones y de acuerdo a sus *valores, usos, costumbres y formas de organización*, siempre que sean compatibles con los derechos humanos consagrados en la Convención⁶². Todo esto en torno a la obligación de adoptar medidas de Derecho interno para esos fines.

B) Leyes de amnistía⁶³

Los casos sobre la compatibilidad de las leyes de amnistía conforme a los estándares internacionales en materia de derechos humanos, constituyen los asuntos más relevantes relativos a la obligación estatal de adecuar las disposiciones de Derecho interno a la normativa internacional.

En el paradigmático *Caso Barrios Altos vs. Perú* de 2001⁶⁴, al analizar las leyes de amnistía de ese país, la Corte IDH consideró que resultaban «inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos indelegables reconocidos por el Derecho internacional de los derechos humanos»⁶⁵. Lo anterior debido a que este tipo de leyes «conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana»⁶⁶. En ese sentido, la Corte IDH determinó que esas leyes «impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente»⁶⁷. Así, el Tribunal Interamericano estimó que a la luz de las obligaciones los Estados partes que mantenían vigentes este tipo de leyes incumplían las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.º y 2.º de la Convención Americana y violaban asimismo los artículos 8.º y 25 del mismo instrumento internacional⁶⁸.

⁶² *Ibid.*, párrafo 225.

⁶³ Sobre el tema, *vid.* J. ERRANDONEA, C. VILLADIEGO y C. M. PELAYO MOLLER *et al.*, «Memorial de Derecho ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso Juan Gelman, María Claudia García Iruretagoyena de Gelman y María Macarena Gelman García Iruretagoyena vs. la República Oriental del Uruguay (caso 12.607) Amicus Curiae*», de 1 de diciembre de 2010, párrafos 133-148. Disponible en <http://www.cidh.uqam.ca/documents/AmicusCuriae.AUT10.prot%C3%A9g%C3%A9.pdf>.

⁶⁴ Corte IDH, *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001, Serie C, núm. 75.

⁶⁵ *Ibid.*, párrafo 41.

⁶⁶ *Ibid.*, párrafo 43.

⁶⁷ *Id.*

⁶⁸ *Id.*

La Corte IDH igualmente precisó que las leyes de amnistía «carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puedan tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en el Perú»⁶⁹. Los alcances generales de esta declaratoria quedaron claros en la sentencia de interpretación del mismo caso en donde el mismo Tribunal Interamericano señaló que «dada la naturaleza de la violación constituida por las leyes de amnistía núm. 26479 y núm. 26492, lo resuelto en la sentencia de fondo en el caso Barrios Altos t[enía] efectos generales»⁷⁰.

En el *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile* de 2006⁷¹, la Corte IDH determinó que «los Estados no pueden sustraerse del deber de investigar, determinar y sancionar a los responsables de los crímenes de lesa humanidad aplicando leyes de amnistía u otro tipo de normativa interna»⁷². En consecuencia, «los crímenes de lesa humanidad son delitos por los que no se puede conceder amnistía»⁷³.

Asimismo, la Corte IDH analizó cuales son los criterios que exige el artículo 2.º de la Convención respecto a la obligación de adecuar el Derecho interno y llevar a cabo la adopción de medidas para lograr estos fines. Al respecto, identifico que dicha adecuación impone el deber de: i) suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención, y ii) expedir de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías⁷⁴.

Así, el Tribunal Interamericano concluyó que las leyes de amnistía de este tipo constituyen *per se* una violación de la Convención Americana y genera responsabilidad internacional del Estado⁷⁵. Afirmó que un Estado viola dicho instrumento internacional cuando dicta disposiciones que no están en conformidad con las obligaciones dentro de la misma y considera indiferente cómo se haya adoptado dicha ley⁷⁶. Consideró que si bien era un adelanto significativo el hecho de que las leyes de amnistía en Chile no estuviesen siendo aplicadas, este hecho no era suficiente para satisfacer las exigencias del artículo 2.º de la Convención. En primer lugar porque dicho precepto impone una *obligación legislativa de suprimir* toda norma violatoria a la Convención y, en segundo lugar, porque el criterio de los tribunales nacionales puede cambiar, decidiéndose aplicar nuevamente una disposición que para el ordenamiento interno permanece vigente⁷⁷.

En cuanto a la aplicación de las disposiciones de amnistía en Chile, la Corte IDH dejó en claro que el cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del

⁶⁹ *Ibid.*, párrafo 44.

⁷⁰ Corte IDH, *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Interpretación de la Sentencia de Fondo. Sentencia de 3 de septiembre de 2001, Serie C, núm. 83, párrafo 18.

⁷¹ Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C, núm. 154.

⁷² *Ibid.*, párrafo 114.

⁷³ *Id.*

⁷⁴ *Ibid.*, párrafo 118.

⁷⁵ *Ibid.*, párrafo 119.

⁷⁶ *Ibid.*, párrafo 120.

⁷⁷ *Ibid.*, párrafo 121.

Estado de una ley violatoria de la Convención podía, a su vez, producir responsabilidad internacional del Estado, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por *actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos* en violación de los derechos internacionalmente consagrados⁷⁸.

En este caso, a la luz del análisis del artículo 2.º de la Convención Americana surgió la doctrina de *control de convencionalidad*. La Corte IDH, a partir de la obligación derivada de este precepto, estableció que cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos⁷⁹. Así, la Corte Interamericana determinó que «el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de “convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana»⁸⁰.

En el *Caso La Cantuta vs. Perú* de 2006⁸¹, si bien la Corte IDH ya había analizado el contenido y alcances de las leyes de amnistía peruanas declarando que las mismas eran «incompatibles con la Convención Americana [...] y, en consecuencia, carec[ían] de efectos jurídicos», la controversia que subsistió en este caso tenía una estrecha relación con las obligaciones del Estado en el marco del artículo 2.º de la Convención, la discusión consistió en determinar si esas leyes continuaban surtiendo efectos luego de la declaración general de incompatibilidad hecha por el Tribunal Interamericano en aquel caso⁸².

En el *Caso La Cantuta*, la Corte IDH precisó que en el anterior *Caso Barrios Altos* se había precisado que en Perú dichas leyes de autoamnistía eran *ab initio* incompatibles con la Convención; es decir, su promulgación misma «constitu[ía] *per se* una violación de la Convención» por ser «una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado parte» en dicho tratado. Ese aspecto constituyó el *rationale* de la declaratoria con efectos generales realizado en el referido *Caso Barrios Altos*. De ahí que su aplicación por parte de un órgano estatal en un caso concreto, mediante actos normativos posteriores o su aplicación por funcionarios estatales, constituya una violación de la Convención⁸³. Así, la Corte IDH señaló que la aplicación de las leyes de amnistía por parte de un órgano estatal en un caso concreto, mediante actos normativos posteriores o su aplicación por funcionarios estatales, constituye una violación de la Convención Americana⁸⁴, lo que trae como consecuencia el incumplimiento de su obligación de adecuar su Derecho interno a dicho instrumento en términos de la obligación

⁷⁸ *Ibid.*, párrafo 123.

⁷⁹ *Ibid.*, párrafo 124.

⁸⁰ *Id.*

⁸¹ Corte IDH, *Caso La Cantuta vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006, Serie C, núm. 162.

⁸² *Ibid.*, párrafo 169.

⁸³ *Ibid.*, párrafo 174.

⁸⁴ *Id.*

prevista en su artículo 2.º, en relación con los artículos 4.º, 5.º, 7.º, 8.º1, 25 y 1.º1 del mismo tratado⁸⁵. De esta forma, el tiempo en que el Estado peruano aplicó esas leyes incurrió en violaciones a la Convención. Sin embargo, la Corte IDH estimó que el Estado peruano no incurrió en violación a la Convención mientras las leyes de amnistía no generaron efectos, expresando de forma categórica que las mismas «no los tienen en el presente ni podrán generarlos en el futuro»⁸⁶.

En el reciente *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil* de 2010⁸⁷, la Corte estimó necesario enfatizar que, a la luz de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.º1 y 2.º de la Convención Americana, los Estados parte tienen el deber de adoptar las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del Derecho a un recurso sencillo y eficaz, en los términos de los artículos 8.º y 25 de la Convención⁸⁸. Igualmente, hizo hincapié que una vez ratificada la Convención Americana corresponde al Estado, de conformidad con el artículo 2.º de la misma, adoptar todas las medidas para dejar *sin efecto* las disposiciones legales que pudieran contravenirla, como son las que impiden la investigación de graves violaciones a derechos humanos, puesto que conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, además que impiden a las víctimas y a sus familiares conocer *la verdad de los hechos*⁸⁹. El Tribunal Interamericano igualmente declaró que la incompatibilidad de las leyes de amnistía con la Convención Americana en casos de graves violaciones de derechos humanos no deriva *de una cuestión formal*, como su origen, sino del *aspecto material* en cuanto violan los derechos consagrados en los artículos 8.º y 25, en relación con los artículos 1.º1 y 2.º de la Convención, es decir, resulta irrelevante si se trata de una *amnistía o autoamnistía*⁹⁰.

En el trascendente *Caso Gelman vs. Uruguay* de 2011⁹¹, la Corte IDH determinó que las leyes de amnistía, en casos de graves violaciones a los derechos humanos, son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu del Pacto de San José, al infringir lo dispuesto por sus artículos 1.º1 y 2.º; es decir, en cuanto impiden la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos y, consecuentemente, el acceso de las víctimas y sus familiares a la verdad de lo ocurrido y a las reparaciones correspondientes; obstaculizando así el *pleno, oportuno y efectivo imperio de la justicia* en los casos pertinentes, favoreciendo, en cambio, la *impunidad y la arbitrariedad*, afectando, además, seriamente el estado de Derecho, motivos por los que se ha declarado que, a la luz del Derecho internacional ellas carecen de *efectos jurídicos*⁹².

En dicho caso, la Corte IDH encontró que la obligación de investigar los hechos de desaparición forzada se ve particularizada por lo establecido en los

⁸⁵ *Ibid.*, párrafo 189.

⁸⁶ *Id.*

⁸⁷ Corte IDH, *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010, Serie C, núm. 219.

⁸⁸ *Ibid.*, párrafo 173.

⁸⁹ *Id.*

⁹⁰ *Ibid.*, párrafo 175.

⁹¹ Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C, núm. 221.

⁹² *Ibid.*, párrafo 226.

artículos III, IV, V y XII de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, en cuanto a la investigación de la desaparición forzada como delito continuado o permanente, el establecimiento de la jurisdicción para investigar dicho delito, la cooperación con otros Estados para la persecución penal y eventual extradición de presuntos responsables y el acceso a la información sobre los sitios de detención⁹³. En este sentido, reconoció que existía una *confluencia de obligaciones concordantes* derivadas de ambos tratados interamericanos.

Un tema de suma importancia que analizó la Corte IDH en el analizado *Caso Gelman* fue el hecho de que la Ley de Caducidad (para cualquier efecto, una Ley de Amnistía) había sido aprobada en un *régimen democrático* y aún ratificada y respaldada por la ciudadanía en dos ocasiones. Para el Tribunal Interamericano, este hecho no le concedió, automáticamente ni por sí sola, legitimidad ante el Derecho internacional⁹⁴.

La Corte IDH determinó que *la democracia no es absoluta*, ya que está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana; de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto *formales como sustanciales*. De ahí que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho internacional de los derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo «susceptible de ser decidido» por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un «control de convencionalidad», que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial⁹⁵.

C) Libertad de expresión y acceso a la información

La Corte IDH ha establecido que el deber general del artículo 2.º de la Convención implica la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en dicho instrumento, así como la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías⁹⁶.

Respecto al contenido de la libertad de pensamiento y de expresión, el Tribunal Interamericano ha señalado que quienes están bajo la protección de la Convención tienen *el derecho de buscar, recibir y difundir ideas e informaciones de toda índole*, así como también *el de recibir y conocer* las informaciones e ideas difundidas por los demás. Es por ello que la libertad de expresión tiene una *dimensión individual* y una *dimensión social*⁹⁷. Sin embargo, el propio Tribunal ha señalado que la libertad de expresión no es un derecho absoluto. El artículo 13.2 de la Convención, que prohíbe la censura previa, también prevé la posibilidad de

⁹³ *Ibid.*, párrafo 233.

⁹⁴ *Ibid.*, párrafo 238.

⁹⁵ *Ibid.*, párrafo 239.

⁹⁶ Corte IDH, *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006, Serie C, núm. 149, párrafo 83.

⁹⁷ Corte IDH, *Caso Kimel vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008, Serie C, núm. 177, párrafo 53.

exigir responsabilidades ulteriores por el *ejercicio abusivo* de este derecho. Estas restricciones tienen *carácter excepcional* y no deben limitar, más allá de lo estrictamente necesario, el pleno ejercicio de la libertad de expresión y convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa⁹⁸.

En este apartado se analizará la interacción entre el derecho a buscar, recibir y difundir información y obligación estatal de adoptar disposiciones de Derecho interno en relación con la legislación que la regula o incluso de la legislación que no existe para garantizar el derecho a la libertad de expresión e incluso de acceso a la información pública.

En el *Caso Olmedo Bustos y otros vs. Chile* de 2006, mejor conocido como el caso relativo a la película *La última tentación de Cristo*⁹⁹, la Corte IDH determinó que el Estado chileno al mantener la censura cinematográfica en su ordenamiento jurídico (específicamente en el art. 19, núm. 12, de su Constitución Política y Decreto-Ley núm. 679), estaba incumpliendo con el deber de adecuar el Derecho interno a la Convención de modo de hacer efectivos los derechos consagrados en la misma, como lo establecen los artículos 2.º y 1.º del Pacto de San José¹⁰⁰. A partir de ello, el Tribunal Interamericano concluyó que el Estado había incumplido los deberes generales de «respetar» y «garantizar» los derechos protegidos por la Convención y de *adecuar* el ordenamiento jurídico interno a las disposiciones de ésta, consagrados en los artículos referidos preceptos de la Convención Americana¹⁰¹.

En el *Caso Palamara Iribarne vs. Chile* de 2005¹⁰², la Corte IDH determinó que a través de la aplicación del delito de desacato, se utilizó la persecución penal de una forma *desproporcionada e innecesaria* en una sociedad democrática, privando al señor Palamara Iribarne del ejercicio de su derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, en relación con las opiniones críticas que tenía respecto de asuntos que le afectaban directamente y guardaban directa relación con la forma en que las autoridades de la justicia militar cumplían con sus funciones públicas en los procesos a los que se vio sometido. El Tribunal Interamericano consideró que la legislación sobre desacato aplicada al señor Palamara Iribarne establecía sanciones desproporcionadas por realizar críticas sobre el funcionamiento de las instituciones estatales y sus miembros, suprimiendo el debate esencial para el funcionamiento de un sistema verdaderamente democrático y restringiendo innecesariamente el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión¹⁰³. Igualmente la Corte IDH declaró como contrario al artículo 2.º de la Convención Americana el tipo penal de «amenaza», por contener «una descripción que [...] ambigua y no delimita claramente cuál es el ámbito típico de la conducta delictiva, lo cual podría llevar a interpretaciones amplias». Para la Corte este tipo penal «permitiría [...] que las conductas anteriormente consideradas como desacato [fueran] penalizadas indebidamente a través del tipo

⁹⁸ *Ibid.*, párrafo 54.

⁹⁹ Corte IDH, *Caso «La Última Tentación de Cristo» (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001, Serie C, núm. 73.

¹⁰⁰ *Ibid.*, párrafo 89.

¹⁰¹ *Ibid.*, párrafo 90.

¹⁰² Corte IDH, *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005, Serie C, núm. 135.

¹⁰³ *Ibid.*, párrafo 88.

penal de amenazas»¹⁰⁴. Aunado a lo anterior, la Corte destacó que la tipificación y sanción desproporcionada en el Código de Justicia Militar de Chile por realizar críticas sobre el funcionamiento de las instituciones estatales y sus miembros no era compatible con el artículo 13 de la Convención Americana¹⁰⁵.

En el *Caso Kimel vs. Argentina* de 2008¹⁰⁶, la Corte IDH resolvió un conflicto entre el derecho a la libertad de expresión en temas de interés público y la protección a la honra de los funcionarios públicos¹⁰⁷. Para resolver el caso, la Corte IDH: i) verificó si la tipificación de los delitos de injurias y calumnias afectó la legalidad estricta que es preciso observar al restringir la libertad de expresión por la vía penal; ii) estudió si la protección de la reputación de los jueces sirve una finalidad legítima de acuerdo con la Convención y determinará, en su caso, la idoneidad de la sanción penal para lograr la finalidad perseguida; iii) evaluó la necesidad de tal medida, y iv) analizó la estricta proporcionalidad de la medida, esto es, si la sanción impuesta al señor Kimel garantizó en forma amplia el derecho a la reputación del funcionario público mencionado por el autor del libro, sin hacer nugatorio el derecho de éste a manifestar su opinión¹⁰⁸.

Respecto al tipo penal de injurias por el cual había sido condenado el señor Kimel, materia directa de estudio del presente apartado, la Corte IDH tomó en cuenta que «es la ley la que debe establecer las restricciones a la libertad de información». En este sentido, *cualquier limitación o restricción debe estar prevista en la ley*, tanto en sentido *formal como material*. Ahora bien, si la restricción o limitación proviene del Derecho penal, es preciso observar los estrictos requerimientos característicos de la tipificación penal para satisfacer en este ámbito el *principio de legalidad*. Así, deben formularse en forma *expresa, precisa, taxativa y previa*¹⁰⁹. Al respecto, el Tribunal Interamericano, aceptando el reconocimiento de responsabilidad del Estado, detectó la falta de precisión suficiente en el marco de la normativa penal que sanciona las calumnias y las injurias que impidan que se afecte la libertad de expresión, lo que derivó en el incumplimiento de la obligación de adoptar medidas contempladas en el artículo 2.º de la Convención Americana¹¹⁰.

En el *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela* de 2009¹¹¹, la Corte IDH determinó que el artículo 505 del Código Orgánico de Justicia Militar de Venezuela, que tipificaba el delito de injuria contra las Fuerzas Armadas, no delimitaba estrictamente los elementos de la conducta delictuosa, ni consideraba la existencia del dolo; resultando así en una *tipificación vaga y ambigua* en su formulación como para responder a las exigencias de legalidad contenidas en el artículo 9.º de la Convención y a aquéllas establecidas en el artículo 13.2 del mismo instrumento para efectos de la imposición de responsabilidades penales ulteriores. En razón de lo anterior, consideró que la tipificación penal correspondiente al citado pre-

¹⁰⁴ *Ibid.*, párrafo 92.

¹⁰⁵ *Ibid.*, párrafo 93.

¹⁰⁶ Corte IDH, *Caso Kimel vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008, Serie C, núm. 177.

¹⁰⁷ *Ibid.*, párrafo 51.

¹⁰⁸ *Ibid.*, párrafo 58.

¹⁰⁹ *Ibid.*, párrafo 63.

¹¹⁰ *Ibid.*, párrafos 66 y 67.

¹¹¹ Corte IDH, *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009, Serie C, núm. 207.

cepto del Código Orgánico de Justicia Militar contravenía los artículos 9.º, 13.1 y 13.2 de la Convención, en relación con los artículos 1.º1 y 2.º de la misma ¹¹².

En el *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile* de 2006 ¹¹³, que constituye el *leading case* sobre el *derecho de acceso a información pública*, la Corte IDH determinó que de conformidad con el deber dispuesto en el artículo 2.º de la Convención, el Estado tiene que adoptar las medidas necesarias para garantizar los derechos protegidos en el Pacto de San José; lo cual implica la supresión tanto de las normas y prácticas que entrañen violaciones a tales derechos, así como la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. Para el Tribunal Interamericano, en dicho caso, implicaba que la normativa que regule restricciones al acceso a la información bajo el control del Estado debe cumplir con los parámetros convencionales y sólo pueden realizarse restricciones por las razones permitidas por la Convención Americana, lo cual es también aplicable a las decisiones que adopten los órganos internos en dicha materia ¹¹⁴. Así se determinó que el Estado chileno no cumplió con las obligaciones que le impone el artículo 2.º de la Convención Americana de adoptar las medidas legislativas o de otro carácter necesarias para garantizar el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión de los señores Marcel Claude Reyes y Arturo Longton Guerrero ¹¹⁵.

D) Derecho del inculpado a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior en materia penal

El artículo 8.º2.h) de la Convención Americana dispone que: «Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: [...] h) Derecho de recurrir el fallo ante juez o tribunal superior».

Al respecto, la jurisprudencia de la Corte IDH ha sido enfática al señalar que el derecho de impugnar el fallo busca proteger *el derecho de defensa*, en la medida en que otorga la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión adoptada en un procedimiento viciado y que contienen errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses del justiciable ¹¹⁶. Así, para el Tribunal Interamericano, la doble conformidad judicial, expresada mediante la íntegra revisión del fallo condenatorio, confirma el fundamento y otorga mayor credibilidad al acto jurisdiccional del Estado, y al mismo tiempo brinda mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado ¹¹⁷.

Si bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la

¹¹² *Ibid.*, párrafos 57 y 58.

¹¹³ Corte IDH, *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006, Serie C, núm. 151.

¹¹⁴ *Ibid.*, párrafo 101.

¹¹⁵ *Ibid.*, párrafo 102.

¹¹⁶ Corte IDH, *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009, Serie C, núm. 206, párrafo 88.

¹¹⁷ *Ibid.*, párrafo 89.

esencia misma del derecho de recurrir del fallo. El Estado puede establecer *fue-ros especiales* para el enjuiciamiento de altos funcionarios públicos, y esos fue-ros son compatibles, en principio, con la Convención Americana. Sin embargo, aun en estos supuestos el Estado debe permitir que el justiciable cuente con la posibilidad de recurrir del fallo condenatorio. Así sucedería, por ejemplo, si se dispusiera que el juzgamiento en primera instancia estará a cargo del presidente o de una sala del órgano colegiado superior y el conocimiento de la impugnación corresponderá al pleno de dicho órgano, con exclusión de quienes ya se pronunciaron sobre el caso¹¹⁸. En este sentido, se ha considerado que una violación a este precepto constituye un incumplimiento de lo dispuesto por el artículo 2.º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En el *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica* de 2004, los *recursos de casación* presentados en contra de una sentencia en materia penal no satisficieron el requisito de ser un *recurso amplio* de manera tal que permitiera que el tribunal superior realizara un análisis o examen comprensivo e integral de todas las cuestiones debatidas y analizadas en el tribunal inferior. Esta situación conlleva a que los recursos de casación contra la sentencia condenatoria, no satisficieran los requisitos del artículo 8.º2.h) de la Convención Americana en cuanto no permitieron un examen integral sino limitado¹¹⁹. Así, el Tribunal Interamericano declaró que el Estado costarricense violó el artículo 8.º2.h) de la Convención en relación con los artículos 1.º1 y 2.º de dicho tratado¹²⁰.

De igual forma, en el *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela* de 2009, determinó que el Estado demandado violó el derecho reconocido en el artículo 8.º2.h) de la Convención, en relación con el artículo 1.º1 y 2.º de la misma, puesto que en dicho asunto la condena objeto del litigio provino de un tribunal que conoció el caso *en única instancia* y el sentenciado no dispuso, en consecuencia, *de la posibilidad de impugnar el fallo*¹²¹.

E) Pena de muerte

En los casos de pena de muerte que la Corte IDH ha conocido, en general, se ha determinado la existencia de *violaciones procesales y de legalidad* íntimamente relacionadas con el incumplimiento de la obligación de adoptar disposiciones de Derecho interno. Así por ejemplo, en el primer caso de pena de muerte conocido por el Tribunal Interamericano, se determinó que la legislación de Trinidad y Tobago en materia penal incumplía lo dispuesto por el artículo 2.º de la Convención Americana al prever la pena de muerte *de forma automática y genérica*, sin determinar el grado de culpabilidad en un proceso en el que no estaba previsto que fuera llevado en un plazo razonable¹²².

¹¹⁸ *Ibid.*, párrafo 90.

¹¹⁹ Corte IDH, *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004, Serie C, núm. 107, párrafo 167.

¹²⁰ *Ibid.*, párrafo 168.

¹²¹ Corte IDH, *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009, Serie C, núm. 206, párrafo 91.

¹²² Corte IDH, *Caso Hilaire, Constantine, Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de junio de 2002, Serie C, núm. 94, párrafos 118 y 152.

En los casos guatemaltecos de pena de muerte de 2005, *Caso Fermín Ramírez*¹²³ y *Caso Raxcacó Reyes*¹²⁴, en general, las controversias giraron en torno a las falencias en la tipificación de los delitos por medio de los cuales los condenados fueron sentenciados a muerte; la dificultad de interponer un recurso para solicitar *indulto o conmutación de la pena*; la ampliación del catálogo de delitos en los cuales se imponía la pena de muerte; y la imposición de la pena de muerte de forma obligatoria¹²⁵. Por su parte, en los *Casos Boyce* (2007)¹²⁶ y *Dacosta Cadogan* (2009)¹²⁷, en contra de Barbados, la Corte IDH declaró que la Sección 2.ª de la Ley de Delitos Contra la Persona, que impone la pena de muerte y la Sección 26 de la Constitución de Barbados, que impide impugnar la sección antes aludida de la Ley, resultaban contrarias a la Convención Americana¹²⁸.

F) Fuero militar

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha conocido desde sus primeros años los problemas inherentes a la *aplicación del fuero militar* en casos que versan sobre violaciones de derechos humanos¹²⁹. Por una parte, se encuentran los casos en donde la legislación ha permitido que *se juzgue a civiles por tribunales militares*. Por otra parte, la Corte IDH también ha conocido de casos en donde *personal militar y policial ha sido procesado por tribunales castrenses* en casos que implican la violación de derechos humanos. En este tipo de circunstancias, las *víctimas* de dichas violaciones a derechos humanos son las que han llevado a cabo las acciones pertinentes para combatir la competencia de dichas instancias.

Desde su más temprana jurisprudencia, la Corte IDH ha determinado que los civiles no pueden ser juzgados por tribunales militares sino por el *fuero común*¹³⁰. Igualmente, se ha determinado que los tribunales militares al juzgar a civiles no cumplen los requisitos de *independencia, imparcialidad*, ni constituyen, para efectos de la Convención Americana, el *juez natural* para juzgar ese tipo de asuntos¹³¹.

La Corte IDH ha sostenido de forma constante que las instancias jurisdiccionales militares no son las indicadas para juzgar presuntas violaciones a derechos

¹²³ Corte IDH, *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de junio de 2005, Serie C, núm. 126, párrafos 81, 90 a 98, 105 a 110.

¹²⁴ Corte IDH, *Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Serie C, núm. 133, párrafos 54 a 90.

¹²⁵ *Ibid.*, párrafos 54 a 90.

¹²⁶ Corte IDH, *Caso Boyce y otros vs. Barbados*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007, Serie C, núm. 169.

¹²⁷ Corte IDH, *Caso Dacosta Cadogan vs. Barbados*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de septiembre de 2009, Serie C, núm. 204.

¹²⁸ *Cfr. Caso Boyce, op. cit.*, párrafos 72 y 74; *Caso Dacosta Cadogan, op. cit.*, párrafos 68 a 75.

¹²⁹ Un interesante análisis del desarrollo de la jurisprudencia interamericana en materia de fuero militar, puede verse en el «Prólogo» de D. GARCÍA SAYÁN, a la obra de E. FERRER MAC-GREGOR y F. SILVA GARCÍA, *Jurisdicción militar y derechos humanos. El Caso Radilla ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Porrúa-UNAM, 2011, pp. XIX-XXXIV.

¹³⁰ Corte IDH, *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997, Serie C, núm. 33, párrafo 60.

¹³¹ Corte IDH, *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C, núm. 52, párrafos 130 y 161.

humanos cometidas por personal policial o militar; esto, debido a que los tribunales castrenses se encuentran insertados dentro de estructuras jerarquizadas que no son independientes ni imparciales. Asimismo, ha determinado que en este tipo de casos la investigación y sanción a los responsables debe recaer *desde un principio en la justicia ordinaria*, ya que es el juez ordinario, el *juez natural* para este tipo de casos ¹³².

Los cuatro casos mexicanos en esta materia (casos Radilla, Fernández, Cantú, Flores...) son, sin duda, en donde la jurisprudencia de la Corte IDH muestra su plena consolidación ¹³³. En dichos casos, el Tribunal Interamericano determinó que en un Estado democrático de Derecho, la jurisdicción penal militar ha de tener un *alcance restrictivo y excepcional* y estar encaminada a la protección de *intereses jurídicos especiales*, vinculados a las funciones propias de las fuerzas militares. Para la Corte IDH el *fuero militar* sólo debe juzgar a *militares activos por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar* ¹³⁴. El Tribunal Interamericano determinó que la jurisdicción penal militar no es el fuero competente para investigar y, en su caso, juzgar y sancionar a los autores de violaciones de derechos humanos, sino que el procesamiento de los responsables corresponde *siempre a la justicia ordinaria*. El juez encargado del conocimiento de una causa debe ser competente, además de independiente e imparcial ¹³⁵. De tal forma que frente a situaciones que vulneren derechos humanos de civiles bajo ninguna circunstancia puede operar la jurisdicción militar ¹³⁶.

Un aspecto de suma relevancia considerado por la Corte IDH sobre el particular, consistió en determinar que cuando los tribunales militares conocen de actos constitutivos de violaciones a derechos humanos en contra de civiles, ejercer jurisdicción no solamente respecto del imputado (el cual necesariamente debe ser una persona con estatus de militar en situación de actividad), *sino también sobre la víctima civil*, quien tiene derecho a participar en el proceso penal *no sólo para efectos de la respectiva reparación del daño sino también para hacer efectivos sus derechos a la verdad y a la justicia*. En tal sentido, precisó el propio Tribunal Interamericano, que las víctimas de violaciones a derechos humanos y *sus familiares* tienen derecho a que tales violaciones sean conocidas y resueltas por un *tribunal competente*, de conformidad con el *debido proceso y el acceso a la justicia*. La importancia del *sujeto pasivo* trasciende la esfera del ámbito militar, ya que se encuentran *involucrados bienes jurídicos propios del régimen ordinario* ¹³⁷.

¹³² Corte IDH, *Caso Las Palmeras vs. Colombia*. Fondo. Sentencia de 6 de diciembre de 2001, Serie C, núm. 90, párrafo 53.

¹³³ Corte IDH, *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009, Serie C, núm. 209; *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010, Serie C, núm. 215; *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010, Serie C, núm. 216, y *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010, Serie C, núm. 220.

¹³⁴ *Caso Radilla Pacheco vs. México*, op. últ. cit., párrafo 272.

¹³⁵ *Ibid.*, párrafo 273.

¹³⁶ *Ibid.*, párrafo 274.

¹³⁷ *Ibid.*, párrafo 275.

En consecuencia, en los *Casos Rosendo Radilla* (2009)¹³⁸, *Inés Fernández*¹³⁹ y *Valentina Rosendo* (2010)¹⁴⁰, la Corte IDH consideró que la disposición contenida en el artículo 57, fracción II, inciso *a*), del Código de Justicia Militar¹⁴¹, incumple la obligación contenida en el artículo 2.º de la Convención Americana, en conexión con los artículos 8.º y 25 de la misma, al extender la competencia del fuero castrense a delitos que no tienen estricta conexión con la disciplina militar o con bienes jurídicos propios del ámbito castrense.

En el mismo tenor, en el *Caso Cabrera García y Montiel Flores*, también en contra de México, conocido como el caso de los «Campesinos Ecologistas», la Corte IDH además de reiterar el criterio anterior sobre el artículo 57 del Código de Justicia Militar¹⁴², también determinó que los *tratos crueles, inhumanos y degradantes* cometidos en contra de una persona por parte de personal militar, *son actos que no guardan, en ningún caso, relación con la disciplina o la misión castrense*. Por el contrario, los actos cometidos por personal militar en perjuicio de las víctimas, afectan bienes jurídicos tutelados por el Derecho penal interno y la Convención Americana. En ese sentido, resulta claro que tal conducta es abiertamente contraria a los deberes de respeto y protección a los derechos humanos y, por tanto, *está excluida de la competencia de la jurisdicción militar*¹⁴³.

Respecto al artículo 57 del Código de Justicia Militar, la Corte reiteró su criterio en el sentido de que «es una disposición amplia e imprecisa que impide la determinación de la estricta conexión del delito del fuero ordinario con el servicio castrense objetivamente valorado»¹⁴⁴. Asimismo, el Tribunal Interamericano precisó que en todo caso jurisdicción militar no es el fuero competente ni siquiera para investigar violaciones a derechos humanos, siendo la justicia ordinaria la competente para hacerlo *en todos los casos no solo limitando su campo de aplicación a violaciones específicas, tales como la tortura, la desaparición forzada o la violación sexual*. En consecuencia, para la Corte IDH, el Estado incumplió la obligación contenida en el artículo 2.º, en conexión con los artículos 8.º y 25 de la Convención Americana, al extender la competencia del fuero castrense a delitos que no tienen estricta relación con la disciplina militar o con bienes jurídicos propios del ámbito castrense¹⁴⁵.

¹³⁸ Cfr. resolutivos 6 y 10 del fallo.

¹³⁹ Cfr. resolutivos 7 y 13 del fallo.

¹⁴⁰ Cfr. resolutivos 6 y 12 del fallo.

¹⁴¹ El Código de Justicia Militar vigente fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de 31 de agosto de 1933 y dicho precepto señala: «Artículo 57. Son delitos contra la disciplina militar: II. Los de orden común o federal, cuando en su comisión haya concurrido cualquiera de las circunstancias que en seguida se expresan: *a*) Que fueren cometidos por militares en los momentos de estar en servicio o con motivo de actos del mismo».

¹⁴² Cfr. resolutivos 8 y 15 del fallo.

¹⁴³ Cfr. párrafo 199.

¹⁴⁴ Corte IDH, *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010, Serie C, núm. 220, párrafo 205.

¹⁴⁵ *Ibid.*, párrafo 206.

G) Derecho laboral

En el *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá* de 2001¹⁴⁶, el Estado panameño incumplió las obligaciones generales de los artículos 1.º y 2.º al destituir arbitrariamente de sus cargos a doscientos setenta empleados públicos que habían participado en una manifestación por reclamos laborales. Dicho despido se dio a partir de la emisión y aplicación de la Ley 25, a la cual se le dio efecto retroactivo. Para la Corte IDH dicha aplicación fue violatoria de preceptos convencionales y reveló que el Estado no había tomado las medidas adecuadas de Derecho interno para hacer efectivos los derechos consagrados en la Convención. El Tribunal Interamericano, asimismo, señaló que los Estados, *al emitir una ley*, deben *cuidar de que se ajuste a la normativa internacional* de protección, y no debe permitir que sea contraria a los derechos y libertades consagrados en un tratado internacional del cual sea Parte¹⁴⁷.

En el *Caso Cinco Pensionistas vs. Perú* de 2003, la Corte IDH determinó que el Estado peruano, al haberse *abstenido de adoptar por un largo periodo de tiempo el conjunto de medidas necesarias para dar pleno cumplimiento a las sentencias de sus órganos judiciales* y consecuentemente hacer efectivos los derechos consagrados en la Convención Americana (en el caso particular el derecho a la propiedad privada y el derecho a la protección judicial), incumplió la obligación estipulada en el artículo 2.º de dicho tratado¹⁴⁸.

En el *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú* de 2006¹⁴⁹, la Corte IDH concluyó que el Estado había violado los artículos 8.º y 25 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.º y 2.º de la misma, en perjuicio de las víctimas del caso¹⁵⁰. El artículo 9.º del Decreto-Ley núm. 2564, la normativa aplicada a las personas cesadas, prohibía expresamente la posibilidad de presentar la *acción de amparo* contra los efectos del mismo¹⁵¹, viéndose las víctimas impedidos *ab initio* de impugnar cualquier efecto que estimaren perjudicial a sus intereses¹⁵². Esta situación, de que una normativa que contenga una prohibición de impugnar los eventuales efectos de su aplicación o interpretación, para la Corte IDH no puede ser considerada en una sociedad democrática como una *limitación válida al derecho a un real y efectivo acceso a la justicia* de los destinatarios de esa normativa¹⁵³.

H) Estabilidad e inamovilidad de jueces

Desde el año 2008 hasta 2011, la Corte IDH ha conocido de tres casos que tienen que ver con la destitución y no reincorporación de jueces en Venezuela.

¹⁴⁶ Corte IDH, *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001, Serie C, núm. 72.

¹⁴⁷ *Ibid.*, párrafos 183 y 184.

¹⁴⁸ Corte IDH, *Caso Cinco Pensionistas vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003, Serie C, núm. 98, párrafos 167 y 168.

¹⁴⁹ Corte IDH, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006, Serie C, núm. 158.

¹⁵⁰ *Ibid.*, párrafo 132.

¹⁵¹ *Ibid.*, párrafo 117.

¹⁵² *Ibid.*, párrafo 119.

¹⁵³ *Ibid.*, párrafo 119.

Todos los casos tienen como común denominador el hecho de enmarcarse directa o indirectamente en el procedimiento de reestructuración del Poder Judicial en ese país iniciado en 1999. En los mismos, el Tribunal Interamericano ha encontrado *violaciones concretas al deber de adoptar medidas de Derecho interno* por parte del Estado venezolano por distintos motivos, que van desde la *omisión legislativa* para expedir las normas que tienen la finalidad de regular el procedimiento de reestructuración del Poder Judicial, hasta la *ausencia de garantías de inamovilidad* que deben estar previstas y hechas efectivas en la práctica para que los jueces puedan ejercer su función jurisdiccional de forma independiente.

En el *Caso Apitz Barbera y otros* de 2009¹⁵⁴, que versó sobre la destitución de jueces de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de Venezuela, la Corte IDH analizó, entre otras, dos cuestiones legales que marcaron en definitiva los hechos del caso. Por una parte, analizó el hecho de que la legislación vigente no permitiera que los jueces que destituyeron a las víctimas del caso (los jueces de la Corte Primera) pudieran ser *recusables* y, por otra, la *falta de expedición del Código de Ética* previsto por la Ley aplicable que pudiera otorgar al órgano encargado de destituir a los jueces administrativos las suficientes garantías de independencia. En ambos supuestos la Corte IDH indicó que dichas situaciones incumplían lo dispuesto por el artículo 2.º de la Convención Americana¹⁵⁵.

En la misma línea, los hechos del *Caso Reverón Trujillo*, también de 2009 contra Venezuela¹⁵⁶, versó sobre la destitución arbitraria de la jueza María Cristina Reverón Trujillo del cargo judicial que ocupaba en 2002. Posteriormente, en 2004, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia decretó la nulidad del acto de destitución por considerar que no estuvo ajustado a Derecho, *pero no ordenó la restitución de la víctima a su cargo, ni el pago de los salarios y beneficios sociales* dejados de percibir.

En este asunto, la Corte IDH analizó de nuevo el régimen de transición del Poder Judicial en Venezuela. En su análisis determinó que en los hechos, la aplicación de dicho régimen se había mostrado *inefectiva* para cumplir con su fin propuesto: el fortalecimiento del Poder Judicial en ese país. En primer lugar, porque el régimen se había extendido por cerca de diez años en el momento en el que la Corte IDH dictó Sentencia¹⁵⁷. En segundo lugar, porque a pesar de ser una obligación de acuerdo a las leyes venezolanas y de acuerdo con lo decidido en el referido *Caso Apitz*, no se había acreditado la adopción del Código de Ética¹⁵⁸. Y en tercer lugar, porque el Poder Judicial tenía al momento en que se dictó sentencia, un porcentaje de jueces provisorios de aproximadamente el 40 por 100, conforme a las cifras proporcionadas por el propio Estado, porcentaje que en la época de los hechos del caso alcanzó el 80 por 100¹⁵⁹. Esto, además de generar obstáculos a la independencia judicial resultó particularmente relevante

¹⁵⁴ Corte IDH, *Caso Apitz Barbera y otros* («Corte Primera de lo Contencioso Administrativo») vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008, Serie C, núm. 182.

¹⁵⁵ *Ibid.*, párrafos 54 a 67 y 109 a 148.

¹⁵⁶ Corte IDH, *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2009, Serie C, núm. 197.

¹⁵⁷ *Ibid.*, párrafo 119.

¹⁵⁸ *Ibid.*, párrafo 120.

¹⁵⁹ *Ibid.*, párrafos 103 y 104.

por el hecho de que Venezuela no ofrecía a dichos jueces la *garantía de inamovilidad*¹⁶⁰.

Al respecto, la Corte señaló que la *inamovilidad* es una de las garantías básicas de la independencia judicial que el Estado está obligado a brindar a jueces titulares y provisorios por igual¹⁶¹. En este caso, el Tribunal Interamericano observó que los jueces provisorios eran nombrados discrecionalmente por el Estado, es decir, *sin la realización de concursos públicos de oposición*, y muchos de éstos habían sido titularizados a través del «Programa Especial para la Regularización de la Titularidad»¹⁶². Esto quiere decir que las plazas correspondientes habían sido provistas sin que las personas que no formaban parte del Poder Judicial hubiesen tenido oportunidad *de competir* con los *jueces provisorios* para acceder a esas plazas, lo cual excluía de entrada a aquellos jueces destituidos previamente, como la señora Reverón, según los propios tribunales venezolanos, de forma irregular. La Corte IDH también encontró que a pesar de que a través del Programa Especial para la Regularización de la Titularidad se adelantan evaluaciones de idoneidad, este procedimiento otorgaba, en opinión de la Corte, estabilidad laboral a quienes fueron inicialmente nombrados con absoluta discrecionalidad ya que el Programa Especial de Regularización no podía equipararse a un concurso de oposición¹⁶³.

En el *Caso Reverón*, el Tribunal Interamericano consideró que el Estado violó el artículo 25.1 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.º y 2.º de la misma, puesto que, en primer lugar, el recurso al cual tuvo acceso la señora Reverón Trujillo no brindó las reparaciones adecuadas, no obstante haber resultado a su favor en términos declarativos. En segundo lugar, porque no existía motivo justificado para no reincorporar a la señora Reverón Trujillo al cargo judicial que ocupaba y saldarle los salarios dejados de percibir. En consecuencia, el recurso interno intentado no resultó *efectivo*. Finalmente, la conclusión a la que la Corte IDH llegó fue en el sentido de que algunas de las normas y prácticas asociadas al proceso de reestructuración judicial que se viene implementando en Venezuela provoca *una afectación muy alta a la independencia judicial* en ese país¹⁶⁴.

El tercer y último caso que ha conocido la Corte IDH relacionado con este tema es el *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela* de 2011¹⁶⁵. El asunto versó sobre la destitución de la señora Mercedes Chocrón Chocrón del cargo de jueza de Primera Instancia en lo Penal de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, también en Venezuela.

En dicho caso, el Tribunal Interamericano notó que la reestructuración del Poder Judicial en Venezuela a través de la creación de los tribunales disciplinarios previstos para tal efecto, no se había materializado al dictar sentencia, a pesar de que la Constitución de ese país estableció que la legislación referida al

¹⁶⁰ *Ibid.*, párrafos 101, 102 y 113.

¹⁶¹ *Ibid.*, párrafos 75-79 y 114.

¹⁶² *Ibid.*, párrafo 121.

¹⁶³ *Id.*

¹⁶⁴ *Ibid.*, párrafo 127.

¹⁶⁵ Corte IDH, *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2011, Serie C, núm. 227.

Sistema Judicial debía ser aprobada dentro del primer año luego de la instalación de la Asamblea Constituyente¹⁶⁶.

Para la Corte IDH resultó especialmente importante el hecho de que diversos pronunciamientos de la Comisión Judicial y del Tribunal Supremo de Justicia habían defendido el criterio de *libre remoción de los jueces provisorios y temporales*, a pesar de que este tipo de jueces deben contar con un mínimo de *estabilidad*¹⁶⁷.

Así, la Corte IDH determinó que la inexistencia de normas y prácticas claras sobre la vigencia plena de garantías judiciales en la remoción de jueces provisorios y temporales, por sus consecuencias específicas en el caso concreto, generaban una afectación al deber de adoptar medidas idóneas y efectivas para garantizar la independencia judicial, lo cual trajo como consecuencia el incumplimiento del artículo 2.º en relación con los artículos 8.º1 y 25.1 de la Convención Americana¹⁶⁸.

I) Obligaciones similares en otros tratados del Sistema Interamericano de Derechos Humanos que complementan lo dispuesto por el artículo 2.º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

A la par de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Sistema Interamericano cuenta con una serie de tratados y convenciones que *complementan y especifican* las obligaciones generales en relación con los derechos humanos en la región. Dentro de estos tratados, encontramos disposiciones que ordenan a los Estados adoptar medidas de Derecho interno con el fin de hacer efectivos los derechos consagrados en los mismos.

Así, encontramos disposiciones similares a la contenida en el artículo 2.º de la Convención Americana. En efecto, preceptos similares se encuentran en el artículo 2.º del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, «Protocolo de San Salvador»¹⁶⁹; el artículo 6.º de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura¹⁷⁰; el artículo III de la Convención Interamericana

¹⁶⁶ *Ibid.*, párrafo 141.

¹⁶⁷ *Id.*

¹⁶⁸ *Ibid.*, párrafo 142.

¹⁶⁹ El artículo 2.º del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, «Protocolo de San Salvador» referido a la «Obligación de adoptar disposiciones de Derecho interno» dispone que: «Si el ejercicio de los derechos establecidos en el presente Protocolo no estuviera 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 este Protocolo las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos».

¹⁷⁰ El artículo 6.º de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura dispone que: «De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.º, los Estados partes tomarán medidas efectivas para prevenir y sancionar la tortura en el ámbito de su jurisdicción».

Los Estados partes se asegurarán de que todos los actos de tortura y los intentos de cometer tales actos constituyan delitos conforme a su Derecho penal, estableciendo para castigarlos sanciones severas que tengan en cuenta su gravedad.

sobre Desaparición Forzada de Personas¹⁷¹; el artículo 7.ºc) de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, «Convención Belem do Pará»¹⁷²; y finalmente, el artículo III de la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad¹⁷³.

Sin embargo, los principales órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (la Comisión y la Corte) no tienen competencia para conocer de

Igualmente, los Estados partes tomarán medidas efectivas para prevenir y sancionar; además, otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en el ámbito de su jurisdicción».

¹⁷¹ El artículo III de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas dispone que: «Los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, las medidas legislativas que fueren necesarias para tipificar como delito la desaparición forzada de personas, y a imponerle una pena apropiada que tenga en cuenta su extrema gravedad. Dicho delito será considerado como continuado o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima».

Los Estados partes podrán establecer circunstancias atenuantes para los que hubieren participado en actos que constituyan una desaparición forzada cuando contribuyan a la aparición con vida de la víctima o suministren informaciones que permitan esclarecer la desaparición forzada de una persona».

¹⁷² El artículo 7.ºc) de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, «Convención Belem do Pará» dispone que: «Los Estados partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente:

[...]

c) Incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso [...].».

¹⁷³ El artículo III de la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad dispone que:

Para lograr los objetivos de esta Convención, los Estados parte se comprometen a:

1. Adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración en la sociedad, incluidas las que se enumeran a continuación, sin que la lista sea taxativa:

a) Medidas para eliminar progresivamente la discriminación y promover la integración por parte de las autoridades gubernamentales y/o entidades privadas en la prestación o suministro de bienes, servicios, instalaciones, programas y actividades, tales como el empleo, el transporte, las comunicaciones, la vivienda, la recreación, la educación, el deporte, el acceso a la justicia y los servicios policiales, y las actividades políticas y de administración.

b) Medidas para que los edificios, vehículos e instalaciones que se construyan o fabriquen en sus territorios respectivos, faciliten el transporte, la comunicación y el acceso para las personas con discapacidad.

c) Medidas para eliminar, en la medida de lo posible, los obstáculos arquitectónicos, de transporte y comunicaciones que existan, con la finalidad de facilitar el acceso y uso para las personas con discapacidad.

d) Medidas para asegurar que las personas encargadas de aplicar la presente Convención y la legislación interna sobre esta materia, estén capacitados para hacerlo.

2. Trabajar prioritariamente en las siguientes áreas:

a) La prevención de todas las formas de discapacidad prevenibles.

b) La detección temprana e intervención, tratamiento, rehabilitación, educación, formación ocupacional y el suministro de servicios globales para asegurar un nivel óptimo de independencia y de calidad de vida para las personas con discapacidad.

c) La sensibilización de la población, a través de campañas de educación encaminadas a eliminar prejuicios, estereotipos y otras actitudes que atentan contra el derecho de las personas a ser iguales, propiciando de esta forma el respeto y la convivencia con las personas con discapacidad.

todos estos tratados en el sistema de peticiones individuales y, en caso de tener competencia, no siempre la misma abarca todas las disposiciones¹⁷⁴. Preciado lo anterior, habría que decir que en torno a estas disposiciones, la jurisprudencia de la Corte IDH ha sido especialmente prolífica en torno a la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y respecto a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. Además, en el *Caso González y otras («Campo Algodonero») vs. México*, aplicó la disposición el artículo 7.ºc) de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, «Convención Belem do Pará»¹⁷⁵.

El que hasta el momento la Corte Interamericana de Derechos Humanos haya desarrollado estos preceptos de forma particular no implica que en el futuro la Corte Interamericana de Derechos Humanos no pueda conocer disposiciones similares en otros tratados del Sistema Interamericano según la misma determinación de su competencia que eventualmente realice.

En cuanto a la disposición contenida en el artículo 6.º de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, cabe decir que la misma ha sido aplicada en el conocimiento de varios casos ante la Corte IDH. Al respecto, en el *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá* de 2008¹⁷⁶, determinó que el artículo 6.º referido establece la obligación según la cual los Estados partes deben asegurar que «todos los actos de tortura y los intentos de cometer tales actos constituyan delitos conforme a su Derecho penal, estableciendo para castigarlos sanciones severas que tengan en cuenta su gravedad». Asimismo, el artículo 8.º de la misma Convención, según la Corte IDH, que «cuando exista denuncia o razón fundada para creer que se ha cometido un acto de tortura en el ámbito de su jurisdicción, los Estados partes garantizarán que sus respectivas autoridades procederán de oficio y de inmediato a realizar una investigación sobre el caso y a iniciar, cuando corresponda, el respectivo proceso penal». Todo lo anterior se relaciona con la obligación general de «prevenir y [...] sancionar la tortura», contenida en el artículo 1.º de dicha Convención¹⁷⁷. En dicho caso, la Corte IDH encontró que el Código Penal vigente en Panamá desde 1983 no tipificaba de manera específica el delito de tortura¹⁷⁸. De lo anterior determinó que el Estado incumplió con su obligación de modificar su legislación interna con el propósito de tipificar el delito de tortura, según lo estipulado en los artículos 1.º, 6.º y 8.º de la Convención contra la Tortura¹⁷⁹.

Por su parte, el artículo III de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas establece la obligación de tipificar, conforme a lo dispuesto en la misma Convención, el delito de desaparición forzada de perso-

¹⁷⁴ Sobre el funcionamiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos consúltese: C. M.ª PELAYO MOLLER, *Introducción al Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, México, CNDH, 2011, 79 pp.

¹⁷⁵ Corte IDH, *Caso González y otras («Campo Algodonero») vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009, Serie C, núm. 205, párrafos 287-389.

¹⁷⁶ Corte IDH, *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008, Serie C, núm. 186.

¹⁷⁷ *Ibid.*, párrafo 213.

¹⁷⁸ *Ibid.*, párrafo 214.

¹⁷⁹ *Ibid.*, párrafos 215 y 216.

nas. Al respecto, en una gran cantidad de casos el Tribunal Interamericano ha determinado el incumplimiento de esta obligación específica emanada de este tratado. Entre los casos en los que la Corte IDH ha llegado a esa determinación, se encuentra *Caso Gómez Palomino vs. Perú* (2005)¹⁸⁰, *Caso Blanco Romero y otros vs. Venezuela* (2005)¹⁸¹, *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá* (2008)¹⁸², *Caso Anzualdo Castro vs. Perú* (2009)¹⁸³, *Caso Rosendo Radilla Pacheco vs. México* (2009)¹⁸⁴, y *Caso Gelman vs. Uruguay* (2011)¹⁸⁵; y, en consecuencia, ha ordenado *medidas de reparación* tendentes a corregir dichas situaciones.

5. EL ARTÍCULO 2.º DE LA CONVENCIÓN AMERICANA COMO FUNDAMENTO DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

A poco más de un lustro de la creación de la doctrina del «control de convencionalidad» en el *Caso Almonacid Arellano vs. Chile* de 2006¹⁸⁶, se advierte que la jurisprudencia de la Corte IDH ha sido constante en fundamentar este control en los artículos 1.º y 2.º de la Convención Americana; y 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹⁸⁷.

Desde la *Opinión Consultiva 14/94*, de 9 de diciembre de 1994, sobre la responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención¹⁸⁸, relativa a los alcances interpretativos de los artículos 1.º y 2.º de la Convención Americana, se consideró que *la obligación de dictar las medidas que fueren necesarias* para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos

¹⁸⁰ Corte IDH, *Caso Gómez Palomino vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005, Serie C, núm. 136, párrafos 91-110.

¹⁸¹ Corte IDH, *Caso Blanco Romero y otros vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2005, Serie C, núm. 138, párrafo 58.

¹⁸² Corte IDH, *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008, Serie C, núm. 186, párrafos 187, 195, 197, 200, 207 y 209.

¹⁸³ Corte IDH, *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2009, Serie C, núm. 202, párrafos 165 a 167 y 191.

¹⁸⁴ Corte IDH, *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009, Serie C, núm. 209, párrafos 315 a 324. Sobre el tema consúltese también, C. M.^a PELAYO MOLLER, «El proceso de creación e incorporación de los estándares internacionales en materia de desaparición forzada de personas en México y su revisión por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso Rosendo Radilla*», en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XII, México, UNAM-IIIJ, 2012, pp. 959-1021.

¹⁸⁵ Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C, núm. 221, párrafos 237 a 241 y 246.

¹⁸⁶ Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C, núm. 154, particularmente párrafos 123 a 126.

¹⁸⁷ Además se ha considerado el artículo 29 del Pacto de San José. *Cfr.* voto razonado del juez *ad hoc* E. FERRER MAC-GREGOR POISOT que se acompaña a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, de 26 de noviembre de 2010; especialmente el apartado «III.C. Caracterización del “control difuso de convencionalidad” a la luz de su desarrollo jurisprudencial», y especialmente el epígrafe «III.C.d): f) *Fundamento jurídico del “control difuso de convencionalidad”: el Pacto de San José y la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* (pp. 20-22 del voto).

¹⁸⁸ *Cfr.* *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención* (arts. 1.º y 2.º Convención Americana Sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-14/94, de 9 de diciembre de 1994, Serie A, núm. 14.

en dicho Pacto comprende la de *no dictarlas* cuando ellas conduzcan a violarlos; y también a *adecuar la normatividad inconvencional* existente. Se consideró que lo anterior se fundamenta en un *principio general del Derecho internacional*, relativo a que las obligaciones deben ser cumplidas de *buena fe*, de tal manera que no puede invocarse para su incumplimiento el Derecho interno. Este principio ha sido recogido por tribunales internacionales, como la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia, y también ha sido codificado en los artículos 26¹⁸⁹ y 27¹⁹⁰ de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

De manera específica sobre el artículo 2.º del Pacto de San José como fundamento del control de convencionalidad, el Tribunal Interamericano ha considerado que¹⁹¹:

«179. En relación con la obligación general de *adecuar la normativa interna a la Convención*, la Corte ha afirmado en varias oportunidades que “[e]n el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su Derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas”¹⁹². En la Convención Americana este principio es recogido en su artículo 2.º, que establece la obligación general de cada Estado parte de adecuar su Derecho interno a las disposiciones de la misma, para garantizar los derechos en ella reconocidos¹⁹³, lo cual implica que las medidas de Derecho interno han de ser efectivas (principio de *effet utile*)¹⁹⁴.

180. La Corte ha interpretado que tal adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías¹⁹⁵. Precisamente, respecto a la adopción de dichas medidas, es importante destacar que la defensa u observancia de los derechos humanos a la luz de

¹⁸⁹ «Artículo 26: *Pacta sunt servanda*. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe».

¹⁹⁰ «Artículo 27. *El Derecho interno y la observancia de los tratados*. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su Derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46».

¹⁹¹ Párrafos 179 y 180, Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008, Serie C, núm. 186.

¹⁹² *Cfr. Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 1998, Serie C, núm. 39, párrafo 68; Corte IDH, *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007, Serie C, núm. 166, párrafo 55, y Corte IDH, *Caso La Cantuta vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006, Serie C, núm. 162, párrafo 170.

¹⁹³ *Cfr. Corte IDH, Caso «La Última Tentación de Cristo» (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001, Serie C, núm. 73, párrafo 87; Corte IDH, *Caso La Cantuta vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006, Serie C, núm. 162, párrafo 171; y Corte IDH, *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007, Serie C, núm. 166, párrafo 56.

¹⁹⁴ *Cfr. Corte IDH, Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001, Serie C, núm. 74, párrafo 171; y *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007, Serie C, núm. 166, párrafo 56.

¹⁹⁵ *Cfr. Corte IDH, Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C, núm. 52, párrafo 207; Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C, núm. 154, párrafo 118; y Corte IDH, *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008, Serie C, núm. 179, párrafo 122.

los compromisos internacionales en cuanto a la labor de los operadores de justicia, debe realizarse a través de lo que se denomina “control de convencionalidad”, según el cual cada juzgador debe velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, de manera que no quede mermado o anulado por la aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos»¹⁹⁶.

En este sentido, cuando el artículo 2.º de la Convención Americana refiere al compromiso de los Estados partes para adoptar «las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades», debe entenderse como la obligación de *todas las autoridades*, dentro de sus respectivas competencias, de asegurar la efectividad de los derechos.

La expresión «o de otro carácter» implica cualquier medida eficaz para tales propósitos, como pueden ser «interpretaciones conformes» de la normatividad nacional con el Pacto de San José o incluso *dejar de aplicar las disposiciones internas* cuando sean completamente incompatibles con dicho instrumento internacional. De ahí que el parámetro para ejercer el control de convencionalidad sea precisamente la Convención Americana (y en general el *corpus iuris* interamericano), comprendiendo también «la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana»¹⁹⁷.

Esto implica que en realidad este tipo de control sea de carácter *difuso*, al tener la obligación de ejercerlo *todas las autoridades*, como claramente se estableció en el *Caso Gelman vs. Uruguay* de 2011, al constituir una «función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial»¹⁹⁸, lo que genera un auténtico «diálogo» multinivel y propicia una «viva interacción»¹⁹⁹, especialmente entre las jurisdicciones nacionales y la interamericana, con la finalidad última establecer estándares en nuestra región a manera de un *ius commune* para la protección efectiva de los derechos humanos.

Por supuesto, son los altos órganos jurisdiccionales nacionales (tribunales, salas y cortes constitucionales), como intérpretes de cierre en los ordenamientos jurídicos internos, los que mantendrán un mayor grado de intensidad en el «diálogo jurisprudencial» con la Corte IDH, a través del ejercicio o revisión, en su caso, del *control difuso de convencionalidad*²⁰⁰. En todo caso, como apunta GARCÍA RAMÍREZ: «El control de convencionalidad, desplegado con seriedad, competencia y acierto, favorece y fertiliza el diálogo jurisprudencial (o bien, ju-

¹⁹⁶ Cfr. Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C, núm. 154, párrafo 124; y Corte IDH, *Caso Boyce y otros vs. Barbados*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007, Serie C, núm. 169, párrafo 113.

¹⁹⁷ Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C, núm. 154, párrafo 124.

¹⁹⁸ Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay*. Sentencia de Fondo y Reparaciones, 24 de febrero de 2011, Serie C, núm. 221, párrafo 239.

¹⁹⁹ Cfr. D. GARCÍA-SAYÁN, «Una viva interacción: Corte Interamericana y Tribunales Internos», en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un cuarto de siglo: 1979-2004*, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005, pp. 323-384.

²⁰⁰ Sobre esta dimensión, *vid.* los trabajos contenidos en la obra colectiva, E. FERRER MAC-GREGOR (coord.), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, México, Fundap, 2012.

risdiccional) interno e internacional, conforme al proyecto favorecedor del ser humano y conductor del poder público»²⁰¹.

6. EL IMPACTO EN EL ORDEN JURÍDICO NACIONAL

En las seis sentencias de la Corte IDH condenatorias al Estado mexicano que hasta el momento se han dictado, se establecen obligaciones precisas con fundamento en el artículo 2.º de la Convención Americana, relativas a la *adopción de disposiciones y medidas en el ámbito interno*.

En efecto, en el *Caso Jorge Castañeda Gutman* (2009) se declaró violado el derecho a la *protección judicial* que prevé el artículo 25, en relación con los artículos 1.º y 2.º de la Convención Americana, ante la *inexistencia de un recurso efectivo*, debido a que los individuos se encontraban imposibilitados para defender sus derechos fundamentales de participación democrática frente al legislador; en este sentido, existía en el ordenamiento jurídico mexicano una «zona de inmunidad» para el control de la constitucionalidad de las normas electorales por los particulares²⁰². Se condena a México para que en un *plazo razonable, realice las adecuaciones de su Derecho interno* a la luz del Pacto de San José «de tal forma que ajuste la legislación secundaria y las normas que reglamentan el juicio de protección de los derechos del ciudadano de acuerdo con lo previsto en la reforma constitucional de 13 de noviembre de 2007, de manera que mediante dicho recurso se garantice a los ciudadanos de forma efectiva el cuestionamiento de la constitucionalidad de la regulación legal del derecho a ser elegido»²⁰³. Cabe destacar que hasta la fecha no se ha cerrado el expediente, al haberse emitido por parte de la Corte IDH una resolución sobre la supervisión de cumplimiento de sentencia²⁰⁴.

En el *Caso González y otras («Campo Algodonero»)* de 2009²⁰⁵, también se estimaron violados diversos derechos de la Convención: vida, integridad personal y libertad personal, así como los derechos del niño, consagrados, respectivamente, en los artículos 4.º, 5.º, 5.º, 7.º y 19 del Pacto de San José, en relación con los

²⁰¹ S. GARCÍA RAMÍREZ, «El control judicial interno de convencionalidad», en E. FERRER MAC-GREGOR (coord.), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, op. cit., pp. 211-243, en pp. 215-216.

²⁰² En cambio, se estimó que no se contravinieron los *derechos a ser elegido* (sistema exclusivo de partidos políticos sin candidaturas independientes) y *de igualdad ante la ley* (al no permitirse las candidaturas independientes a nivel federal), previstos, respectivamente, en los artículos 23.1 y 24 de la propia Convención. Sobre este caso, vid. E. FERRER MAC-GREGOR y F. SILVA GARCÍA, *El Caso Castañeda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La primera sentencia internacional condenatoria en contra del Estado mexicano*, prólogo de C. AYALA CORAO, México, Porrúa-UNAM, 2009; y C. M.ª PELAYO MÖLLER y S. J. VÁZQUEZ CAMACHO, «El *Caso Castañeda* ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, UNAM, núm. 9, 2009, pp. 791-812.

²⁰³ Cfr. resolutivo sexto, así como párrafos 227 a 231 del fallo.

²⁰⁴ Dictada el 1 de julio de 2009. El 18 de enero de 2012 el presidente de la Corte IDH convocó a una audiencia para el 20 de enero, en la que se analizará sobre el cumplimiento de la sentencia a la luz de las reformas constitucionales y legales que se han realizado recientemente y así el Tribunal Interamericano tenga los elementos suficientes para decidir sobre el cabal cumplimiento del fallo.

²⁰⁵ Sobre este caso, vid. E. FERRER MAC-GREGOR y F. SILVA GARCÍA, *Los feminicidios de Ciudad Juárez ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Caso Campo Algodonero, México, Porrúa-UNAM, 2011.

artículos 1.º y 2.º del mismo y con el artículo 7.º^b) y c) de la Convención Belém do Pará. Entre otras medidas, el Estado «deberá continuar con la estandarización de todos sus protocolos, manuales, criterios ministeriales de investigación, servicios periciales y de impartición de justicia, utilizados para investigar todos los delitos que se relacionen con desapariciones, violencia sexual y homicidios de mujeres, conforme al Protocolo de Estambul, el Manual sobre la Prevención e Investigación Efectiva de Ejecuciones Extrajudiciales, Arbitrarias y Sumarias de Naciones Unidas y los estándares internacionales de búsqueda de personas desaparecidas, con base en una perspectiva de género»²⁰⁶. Asimismo, se determinó que el Estado debe adecuar el *Protocolo Alba en un plazo razonable* o bien implementar un nuevo dispositivo análogo, conforme a una serie de directrices precisadas en la propia sentencia, debiendo informar sobre el particular anualmente durante tres años²⁰⁷.

De la mayor relevancia representan los otros cuatro asuntos de condena al Estado mexicano, referidos a la temática de la jurisdicción militar²⁰⁸. En los *Casos Radilla Pacheco* (2009)²⁰⁹, *Inés Fernández* (2010)²¹⁰, *Rosendo Cantú* (2010)²¹¹, y *Cabrera García y Montiel Flores* (2010)²¹², se ha condenado al Estado mexicano, entre otras cuestiones, a adoptar las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar el artículo 57 del Código de Justicia Militar y el artículo 215 A del Código Penal Federal con los estándares internacionales en la materia, así como adoptar aquellas reformas para permitir que las personas que se vean afectadas por la intervención del fuero militar cuenten con un recurso efectivo para impugnar su competencia. Además, en estos fallos se especifica que las normas nacionales requieren ser «interpretadas» teniendo en cuenta la finalidad perseguida por el artículo 2.º de la Convención Americana, es decir, para «hacer efectivos» los derechos y libertades de dicho Pacto.

²⁰⁶ Cfr. resolutivos 18 y 19, así como párrafos 497 a 512 del fallo.

²⁰⁷ Estas medidas son las siguientes: i) implementar búsquedas de oficio y sin dilación alguna, cuando se presenten casos de desaparición, como una medida tendente a proteger la vida, libertad personal y la integridad personal de la persona desaparecida; ii) establecer un trabajo coordinado entre diferentes cuerpos de seguridad para dar con el paradero de la persona; iii) eliminar cualquier obstáculo de hecho o de Derecho que le reste efectividad a la búsqueda o que haga imposible su inicio como exigir investigaciones o procedimientos preliminares; iv) asignar los recursos humanos, económicos, logísticos, científicos o de cualquier índole que sean necesarios para el éxito de la búsqueda; v) confrontar el reporte de desaparición con la base de datos de personas desaparecida, y vi) priorizar las búsquedas en áreas donde razonablemente sea más probable encontrar a la persona desaparecida sin descartar arbitrariamente otras posibilidades o áreas de búsqueda. Todo lo anterior deberá ser aún más urgente y riguroso cuando la desaparecida sea un niño. Al respecto, se deberá rendir un informe anual durante tres años. Cfr. resolutivo 19 de la sentencia.

²⁰⁸ Sobre la jurisprudencia de la Corte IDH en esta materia, *vid.* el «Prólogo» de D. GARCÍA SAYÁN, actual presidente de dicho Tribunal, a la obra de E. FERRER MAC-GREGOR y F. SILVA GARCÍA, *Jurisdicción militar y derechos humanos. El Caso Radilla ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Porrúa-UNAM, 2011, pp. XIX-XXXIV.

²⁰⁹ Corte IDH, *Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009, Serie C, núm. 209.

²¹⁰ Corte IDH, *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010, Serie C, núm. 215.

²¹¹ Corte IDH, *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010, Serie C, núm. 216.

²¹² Corte IDH, *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010, Serie C, núm. 220.

Como hemos señalado con anterioridad, la expresión «o de otro carácter» que prevé el artículo 2.º de la Convención Americana, comprende también «interpretaciones constitucionales» que permitan la aplicabilidad de los derechos con el mayor grado de efectividad y alcance, en términos del principio *pro homine* reconocido en el artículo 29 del propio Pacto de San José. Este principio convencional se contiene en la nueva *cláusula de interpretación conforme* del segundo párrafo del artículo 1.º constitucional²¹³.

De esta manera, las interpretaciones (constitucionales y legales) que realicen los jueces mexicanos *en todos los niveles* deben realizarse a la luz no sólo de los instrumentos internacionales cuyo compromiso adquirió el Estado mexicano, sino también de la jurisprudencia de la Corte IDH. Lo último debido a que constituye el único órgano jurisdiccional del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, cuya competencia es la *aplicación e interpretación* de la CADH y por ello determina el contenido mismo del texto convencional, de tal manera que la norma interpretada adquiere eficacia directa en México, al haber sido suscrito dicho Pacto por el Estado mexicano en 1981 y haberse reconocido además la competencia contenciosa de la Corte IDH en 1998. Como se estableció en la sentencia del *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, que reitera lo establecido en los tres casos previos:

«De tal manera, como se indicó en los *Casos Radilla Pacheco, Fernández Ortega y Rosendo Cantú*, es necesario que las interpretaciones constitucionales y legislativas referidas a los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar en México, se adecuen a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal que han sido reiterados en el presente caso²¹⁴ y que aplican para toda violación de derechos humanos que se alegue hayan cometido miembros de las fuerzas armadas. Ello implica que, independientemente de las reformas legales que el Estado deba adoptar, en el presente caso corresponde a las autoridades judiciales, con base en el control de convencionalidad, disponer inmediatamente y de oficio el conocimiento de los hechos por el juez natural, es decir, el fuero penal ordinario»²¹⁵.

A la luz de estos fallos, los jueces mexicanos deben, por una parte, realizar interpretaciones constitucionales convencionales y legales que permitan a «las víctimas de violaciones a derechos humanos y sus familiares [tener] derecho a que tales violaciones sean conocidas y resueltas por un tribunal competente, de conformidad con el debido proceso y el acceso a la justicia. *La importancia del sujeto pasivo trasciende la esfera del ámbito militar, ya que se encuentran in-*

²¹³ Cfr. J. L. CABALLERO, «La cláusula de interpretación conforme y el principio *pro persona* (art. 1.º, segundo párrafo, de la Constitución)», y E. FERRER MAC-GREGOR, «Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano», ambos trabajos aparecen en M. CARBONELL y P. SALAZAR (coords.), *La reforma constitucional en materia de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, México, UNAM-IIJ, 2011, pp. 103-133 y 339-429, respectivamente.

²¹⁴ Cfr. *Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009, Serie C, núm. 209, párrafo 340; *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010, Serie C, núm. 215, párrafo 237, y *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010, Serie C, núm. 216, párrafo 220.

²¹⁵ Cfr. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010, Serie C, núm. 215, párrafo 237, y *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010, Serie C, núm. 216, párrafo 220.

volucrados bienes jurídicos propios del régimen ordinario»²¹⁶; por lo que «esta conclusión aplica no solo para casos de tortura, desaparición forzada y violación sexual, sino a todas las violaciones de derechos humanos»²¹⁷.

La repercusión que han tenido estos cuatro casos de condena al Estado mexicano en el orden jurídico nacional se reflejan con claridad cuando la Suprema Corte de Justicia cumplimenta el *Caso Radilla Pacheco* el 14 de julio de 2011 en el expediente Varios 912/2010²¹⁸. En este cumplimiento el Alto Tribunal mexicano acepta no sólo el *control de convencionalidad ex officio*²¹⁹, sino también realiza una nueva interpretación del artículo 133 constitucional a la luz del artículo 1.º (reformado el 10 de junio de 2011), para aceptar el *control difuso de constitucionalidad*²²⁰, lo que originó un nuevo sistema de control constitucional en México²²¹.

Además, la Suprema Corte establece que las sentencias de la Corte IDH obligan en sus términos (incluso las partes considerativas y no sólo los resolutivos)²²², lo que implica que no puede revisarse, aunque de facto lo hace la Suprema Corte al limitar la eficacia de la jurisprudencia de la Corte IDH al considerarla como «orientadora» para los casos donde el Estado mexicano no sea parte²²³, lo cual no compartimos por darle un trato diferenciado a la jurisprudencia de la Corte IDH y así apartarse del parámetro mínimo establecido por el propio Tribunal Interamericano para ejercer el control de convencionalidad²²⁴. También la Suprema Corte de Justicia establece parámetros para ejercer el control difuso de convencionalidad²²⁵, los pasos a seguir para ejercer el control difu-

²¹⁶ *Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009, Serie C, núm. 209, párrafo 275.

²¹⁷ Párrafo 198 de la sentencia del *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010, Serie C, núm. 220.

²¹⁸ Cfr. E. FERRER MAC-GREGOR, «Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano», en M. CARBONELL y P. SALAZAR (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma, op. cit.*, especialmente el epígrafe «El cumplimiento (parcial) de la sentencia del *Caso Radilla* y su discusión en la Suprema Corte», pp. 403-409.

²¹⁹ Cfr. la Tesis del Tribunal Pleno LXII/2011, cuyo rubro es: «Control de convencionalidad *ex officio* en un modelo de control difuso de constitucionalidad».

²²⁰ Cfr. la Tesis del Tribunal Pleno I/2011 (décima época), cuyo rubro es: «Control difuso».

²²¹ Cfr. la Tesis del Tribunal Pleno LXX/2011, cuyo rubro es: «Sistema de control constitucional en el orden jurídico mexicano».

²²² Cfr. la Tesis del Tribunal Pleno LXVI, cuyo rubro es: «Sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Son vinculantes en sus términos cuando el Estado mexicano fue parte en el litigio».

²²³ Cfr. la Tesis del Tribunal Pleno LXVI/2011, cuyo rubro es: «Criterios emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando el Estado mexicano no fue parte. Son orientadores para los jueces mexicanos siempre que sean más favorables a la persona en términos del artículo 1.º de la Constitución federal».

²²⁴ La obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte IDH se entiende como un mínimo de aplicabilidad, en la medida en que los jueces pueden, en su caso, apartarse de la misma cuando la interpretación sea más favorable que la establecida por el Tribunal Interamericano, debiendo expresar las razones precisas para no seguir los criterios interamericanos. Cfr. E. FERRER MAC-GREGOR, «Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad», en M. CARBONELL y P. SALAZAR (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma, op. cit.*, nota 217.

²²⁵ Cfr. la Tesis del Tribunal Pleno LVIII/2011, cuyo rubro es: «Parámetro para el control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos».

so de constitucionalidad y de convencionalidad²²⁶, así como para la restricción del fuero militar²²⁷.

Esta apertura de la Suprema Corte de Justicia se debió, en gran medida, al nuevo marco constitucional en materia de derechos humanos debido a las reformas de junio de 2011 y también a las sentencias condenatorias al Estado mexicano, que le llevaron a realizar estas interpretaciones precisamente en cumplimiento de una de las sentencias de la Corte IDH. Así, el deber de adoptar disposiciones legislativas «o de otro carácter» necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades como lo establece el artículo 2.º de la Convención Americana, comprendió también nuevas «interpretaciones constitucionales» para lograr dicho cometido, teniendo un impacto sustancial en el orden jurídico mexicano y esperamos se refleje en la práctica cotidiana de todas las autoridades del país.

²²⁶ *Cfr.* la Tesis del Tribunal Pleno LXIX/2011, cuyo rubro es: «Pasos a seguir en el control de constitucionalidad y convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos».

²²⁷ *Cfr.* la Tesis del Tribunal Pleno LXXI/2011, cuyo rubro es: «Restricción interpretativa de fuero militar. Incompatibilidad de la actual redacción del artículo 57, fracción II, del Código de Justicia Militar, con lo dispuesto en el artículo 13 constitucional, a la luz de los artículos 2.º, y 8.º1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos».

XXXV. LA SUSPENSIÓN DE GARANTÍAS EN LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS*

En coautoría con Alfonso HERRERA GARCÍA**

1. A MODO DE INTRODUCCIÓN. LA SUSPENSIÓN DE GARANTÍAS EN EL CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

Las constituciones liberales latinoamericanas, que empezaron a abrirse paso desde finales del siglo XIX, enseñan distintas regulaciones de «suspensión de garantías» a consecuencia de una declaración oficial de excepción o de emergencia¹. Debido a la diversidad terminológica de los ordenamientos, la doctrina a menudo ha incurrido en confusión al aproximarse a esta problemática desde una perspectiva comparada. Con frecuencia, se hace referencia a la «situación de emergencia», el «estado de excepción» o al «estado de sitio», sin separarlas conceptualmente de la «suspensión de garantías» o la «suspensión de derechos», como si todas estas instituciones fueran equivalentes desde un punto de vista dogmático.

* Publicado en E. CORZO SOSA (coord.), *La América de los derechos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

** Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Secretario de Estudio y Cuenta de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (México).

¹ Cfr. H. FIX-ZAMUDIO, «Los estados de excepción y la defensa de la Constitución», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 111, septiembre-diciembre de 2004, pp. 806 y ss.; G. L. NEGRETTO y J. A. AGUILAR RIVERA, «Liberalism and Emergency Powers in Latin America: Reflections on Carl Schmitt and the Theory of Constitutional Dictatorship», *Cardozo Law Review*, vol. 21, núms. 5-6, 2000, pp. 1797 y ss.; D. ZOVATTO G., *Los estados de excepción y los derechos humanos en América Latina*, Caracas-San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos/Editorial Jurídica Venezolana, 1990, especialmente, pp. 45 y ss.

En realidad, una cosa es la situación fáctica de grave riesgo para el orden constitucional, que da lugar a la declaración de excepción o de emergencia (según se denomine en cada sistema de Derecho interno), y otra cosa diferente es la suspensión de derechos y de sus garantías, que sólo puede ser una consecuencia de aquella primera declaración. En esta tesitura, para el análisis de la institución que nos interesa, desde un inicio es preciso distinguir, de un lado, la situación de riesgo, y de otro, la suspensión de derechos y garantías que se autoriza como resultado de la formal constatación de ese riesgo, por más que ambas circunstancias se hallen interrelacionadas en la regulación jurídico-constitucional².

En perspectiva histórica, la región latinoamericana ha visto con lamentable frecuencia cómo el propósito del estado de excepción se ha tergiversado por Gobiernos de índole autoritario. Con recurrencia, en lugar de utilizarse como medio de defensa del estado democrático, terminaba por socavarlo, en lastimoso detrimento de los derechos humanos de la población y, en general, en perjuicio del propio orden constitucional. En efecto, el equivocado uso del estado de excepción ha enmascarado trágicos golpes de Estado y propiciado nefastas dictaduras, muchas de ellas militares, en varios países del hemisferio. La doctrina ha documentado con detalle este fenómeno de la realidad político-constitucional latinoamericana³.

El único entendimiento lícito posible del estado de excepción es el favorable a su noción de garantía del sistema democrático. El estado de excepción sólo puede admitirse al servicio de la defensa del Estado democrático, el orden constitucional y los derechos y libertades de las personas. La suspensión del goce y ejercicio de estos derechos y libertades es solamente un costoso precio que hay que pagar para conseguir su propia subsistencia y mantenimiento⁴. Cualquier otra versión diferente del estado de excepción debe considerarse incompatible y, por tanto, contraria no sólo a la lógica constitucional de la institución, sino, en el ámbito que aquí interesa, contraria también a las obligaciones contraídas por los Estados partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, la Convención).

² Con todo, para algunos autores, «estado de excepción» y «suspensión de derechos y garantías» no son más que dos diversas expresiones para referirse al mismo fenómeno de excepcionalidad político-constitucional. *Cfr.*, por ejemplo, J. M. GOIG MARTÍNEZ, «La defensa política de la Constitución. Constitución y estados excepcionales», *Revista de Derecho UNED*, núm. 4, 2009, pp. 272-273.

³ Para estudios de Derecho comparado, *cfr.* D. VALADÉS, *La dictadura constitucional en América Latina*, México, UNAM/IIJ, 1974, especialmente pp. 47 y ss.; D. GARCÍA BELAUDE, «Regímenes de excepción en las Constituciones latinoamericanas», en *Teoría y práctica de la Constitución peruana*, t. I, Lima, Editorial y Distribuidora de Libros, 1987, pp. 353-388. La literatura jurídica latinoamericana sobre el tema no ha dejado de ser prolija. Como ejemplos de recientes análisis referidos a particulares sistemas constitucionales de excepción, pueden citarse: L. RÍOS ÁLVAREZ, «Defensa judicial de los derechos humanos en los estados de excepción», *Estudios Constitucionales*, año 7, núm. 1, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, 2009, pp. 277-296; R. FLORES DAPKEVICIUS, «Los poderes de emergencia en Uruguay», *Cuestiones constitucionales. Revista mexicana de Derecho constitucional*, núm. 19, julio-diciembre de 2008, pp. 89-106; o C. PARRA DUSSÁN y M.^a T. PALACIOS SANABRIA, «Los estados de excepción y el control judicial de la Corte Constitucional», en AAVV, *Teoría constitucional. Liber Amicorum en homenaje a Vladimiro Naranjo*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2006, pp. 349-398.

⁴ *Cfr.* H. GROS ESPIELL, *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo*, Santiago de Chile, Editorial jurídica de Chile, 1991, p. 122.

La Corte Interamericana, al interpretar las instituciones del estado de excepción y la suspensión de garantías a que puede dar lugar, consciente del contexto histórico-político en que le corresponde operar, no ha evitado reflexionar sobre esas patológicas experiencias de nuestros países. Dada la trascendencia de sus consideraciones, a continuación transcribimos un pasaje muy representativo de su doctrina a este respecto:

«La suspensión de las garantías puede ser, en algunas hipótesis, el único medio para atender a situaciones de emergencia pública y preservar los valores superiores de la sociedad democrática. Pero no puede la Corte hacer abstracción de los abusos a que puede dar lugar, y a los que de hecho ha dado en nuestro hemisferio, la aplicación de medidas de excepción cuando no están objetivamente justificadas a la luz de los criterios que orientan el artículo 27 y de los principios que, sobre la materia, se deducen de otros instrumentos interamericanos. Por ello, la Corte debe subrayar que, dentro de los principios que informan el sistema interamericano, la suspensión de garantías no puede desvincularse del “ejercicio efectivo de la democracia representativa” a que alude el artículo 3.º de la Carta de la OEA. [...] La suspensión de garantías carece de toda legitimidad cuando se utiliza para atentar contra el sistema democrático, que dispone límites infranqueables en cuanto a la vigencia constante de ciertos derechos esenciales de la persona»⁵.

Más allá de los abusos en que riesgosamente pudiera incurrirse, como lo sostiene la Corte Interamericana, la suspensión de garantías es un instrumento cuya previsión es necesaria bajo determinados extremos lícitos para afrontar, con posibilidades de éxito, la propia supervivencia de la sociedad democrática. Es exclusivamente en este sentido que las Constituciones latinoamericanas contemporáneas prevén en su práctica totalidad los lineamientos y el procedimiento a seguir para decretar un estado de excepción, de manera que pueda hacerse frente rápida y eficazmente a la situación. Así, el estado de excepción cobra su sentido esencial: erigirse en garantía de la Constitución frente a eventuales situaciones de crisis⁶.

Los textos constitucionales latinoamericanos lógicamente difieren en las condiciones que debe colmar la procedencia de una declaración de excepción, empezando por su denominación, los motivos en los cuales se justifica, las autoridades autorizadas para emitirla y aplicarla, los derechos susceptibles de suspensión, los límites de las medidas adoptadas, o los efectos y temporalidad de las propias medidas. También es variable la posibilidad y, en su caso, las eventuales condiciones del control judicial de constitucionalidad de estas medidas⁷. Una paulatina evolución en esta dirección ha posibilitado la revisión por los tribunales de tales medidas, las cuales, hasta hace no mucho tiempo, eran consideradas

⁵ Corte IDH, *El habeas corpus bajo suspensión de garantías* (arts. 27.2, 25.1 y 7.º Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-8/87, de 30 de enero de 1987, Serie A, núm. 8, párrafo 20.

⁶ Cfr. P. CRUZ VILLALÓN, *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 19-23.

⁷ Cfr. D. NOHLEN, «Jurisdicción constitucional y consolidación de la democracia», *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa/IIDPC, enero-junio de 2008, p. 132; E. ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, «El juez constitucional y sus márgenes de acción durante la vigencia de un estado de excepción», en AAVV, *Derecho constitucional para el siglo XXI: Actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, vol. 2, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2006, pp. 4237 y ss.

como cuestiones políticas no justiciables⁸. Sin duda, para el caso de los Estados partes de la Convención, una etapa culminante de esta tendencia es la posibilidad de control por parte de la Corte Interamericana en términos del artículo 27 de la Convención, objeto de este comentario.

Con independencia del subsidiario control interamericano, resulta destacable que en sede de Derecho interno continúe la tendencia de reformar las Constituciones para someter este tipo de actuaciones al control de los tribunales nacionales. Un ejemplo destacado de esta tendencia es la reciente reforma a la Constitución mexicana, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011 (en vigor a partir del día siguiente), que en esta materia había mantenido su texto original desde 1917⁹. En esencia, el poder reformador de la Constitución modificó su artículo 29 en un triple sentido: *a)* se especifican los derechos no susceptibles de suspensión, los cuales se armonizan con los establecidos en el artículo 27.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, en general, con los estándares internacionales de derechos humanos; *b)* se establece expresamente que las medidas de suspensión deben estar fundadas y motivadas, y que deben ser proporcionales al peligro que se enfrenta, observando en todo momento los principios de legalidad, racionalidad, proclamación, publicidad y no discriminación, y *c)* se dispone que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, máximo tribunal del país, controlará *ex officio*, y con la mayor prontitud, la constitucionalidad de los decretos de suspensión¹⁰.

⁸ Cfr. H. FIX-ZAMUDIO, «Los estados de excepción y la defensa de la Constitución», *op. cit.*, *supra* nota 1, p. 807.

⁹ El texto anterior del artículo 29 de la Constitución mexicana disponía lo siguiente: «En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, solamente el presidente de los Estados Unidos Mexicanos, de acuerdo con los Titulares de las Secretarías de Estado y la Procuraduría General de la República y con la aprobación del Congreso de la Unión y, en los recesos de éste, de la Comisión Permanente, podrá suspender en todo el país o en lugar determinado las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación; pero deberá hacerlo por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la suspensión se contraiga a determinado individuo. Si la suspensión tuviese lugar hallándose el Congreso reunido, éste concederá las autorizaciones que estime necesarias para que el Ejecutivo haga frente a la situación; pero si se verificase en tiempo de receso, se convocará sin demora al Congreso para que las acuerde». Para análisis doctrinales sobre este artículo, puede verse: G. DE SILVA GUTIÉRREZ, «Suspensión de garantías: Análisis del artículo 29 constitucional», *Cuestiones constitucionales. Revista mexicana de Derecho constitucional*, núm. 19, julio-diciembre 2008, pp. 49-88; Á. ZARAZÚA MARTÍNEZ, «La suspensión de garantías», en D. CIENFUEGOS SALGADO y M.^o C. MACÍAS VÁZQUEZ (coords.), *Estudios en homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano. Protección de la persona y derechos fundamentales*, México, UNAM/IIJ, 2006, pp. 317-331; H. F. CASTAÑEDA JIMÉNEZ, «La indefensión de los gobernados ante el riesgo de suspensión de garantías», *Podium Notarial. Revista del Colegio de Notarios del Estado de Jalisco*, núm. 31, junio de 2005, pp. 37-43.

¹⁰ El nuevo texto del artículo 29 de la Constitución mexicana, es el siguiente: «En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, solamente el presidente de los Estados Unidos Mexicanos, de acuerdo con los titulares de las Secretarías de Estado y la Procuraduría General de la República y con la aprobación del Congreso de la Unión o de la Comisión Permanente cuando aquel no estuviere reunido, podrá restringir o suspender en todo el país o en lugar determinado el ejercicio de los derechos y las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación; pero deberá hacerlo por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la restricción o suspensión se contraiga a determinada persona. Si la restricción o suspensión tuviese lugar hallándose el Congreso reunido, éste concederá las autorizaciones que estime necesarias para que el Ejecutivo haga frente a la situación; pero si se verificase en tiempo de receso, se convocará de inmediato al Congreso para que las acuerde. // En los decretos que se expidan, no podrá restringirse ni suspenderse el ejercicio

Con todo, como decíamos, no obstante su creciente aproximación a los estándares internacionales e interamericanos, las regulaciones que ofrecen las Constituciones latinoamericanas distan de ser uniformes en la materia. Sólo a efecto de evidenciar las diferencias que en el plano terminológico se presentan al calificar estas situaciones constátase, por ejemplo, el empleo de las expresiones «estado de sitio» en Argentina (art. 23), Brasil (art. 137), y Honduras (art. 188); «estado de excepción» en Bolivia (art. 137), Colombia (art. 214), Ecuador (art. 164), Paraguay (art. 288), Perú (si bien aquí puede ser de dos clases: «estado de emergencia» o «estado de sitio», de acuerdo con el art. 137), Venezuela (en donde se clasifica en «estado de alarma», «estado de emergencia económica» y «estado de conmoción», de conformidad con el art. 338); «situación de excepción» en Chile (art. 39); «estado de defensa» en Brasil (art. 136); «estado de conmoción» en Colombia (art. 213), que se diferencia de lo que ahí se conoce como «estado de emergencia» (art. 215), y sus análogas expresiones inglesas «*state of emergency*» o «*public emergency*» en Barbados (art. 25), Dominica (art. 17), Granada (art. 17), Jamaica (art. 26), Surinam (art. 23) o Trinidad y Tobago (art. 8). Asimismo, se emplean las expresiones «estado de urgencia» en Panamá (art. 55); o «medidas prontas de seguridad» en el Uruguay (art. 168), que más bien apunta a las determinaciones que se producen como consecuencia de la anormalidad constitucional y no a la situación de riesgo en sí misma.

Esta diversidad terminológica y conceptual, se evidencia con la nueva Constitución de República Dominicana de enero de 2010 (arts. 262-266), que prevé como «estados de excepción» tres categorías: i) «estado de defensa» (agresiones de armadas externas); ii) «estado de conmoción interior» (grave perturbación del orden público), y iii) «estado de emergencia» (hechos diferentes a los dos anteriores que amenacen o perturben de manera grave el orden económico, social, medioambiental o que constituyan calamidad pública).

En cuanto a la materia de la suspensión (aunque algunas Constituciones hablan de «restricción», si bien en sede interamericana ambos conceptos son distintos, como veremos), se hace alusión, por ejemplo, a «garantías constitucionales» en Argentina (art. 23), Brasil (art. 138), o El Salvador (arts. 29-31);

de los derechos a la no discriminación, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la protección a la familia, al nombre, a la nacionalidad; los derechos de la niñez; los derechos políticos; las libertades de pensamiento, conciencia y de profesar creencia religiosa alguna; el principio de legalidad y retroactividad; la prohibición de la pena de muerte; la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; la prohibición de la desaparición forzada y la tortura; ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos. // La restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías debe estar fundada y motivada en los términos establecidos por esta Constitución y ser proporcional al peligro a que se hace frente, observando en todo momento los principios de legalidad, racionalidad, proclamación, publicidad y no discriminación. // Cuando se ponga fin a la restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías, bien sea por cumplirse el plazo o porque así lo decrete el Congreso, todas las medidas legales y administrativas adoptadas durante su vigencia quedarán sin efecto de forma inmediata. El Ejecutivo no podrá hacer observaciones al decreto mediante el cual el Congreso revoque la restricción o suspensión. // Los decretos expedidos por el Ejecutivo durante la restricción o suspensión, serán revisados de oficio e inmediatamente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la que deberá pronunciarse con la mayor prontitud sobre su constitucionalidad y validez». *Vid.* «Decreto por el que se modifica la denominación del capítulo I del título I y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos», *Diario Oficial de la Federación*, Primera Sección, México, D. F., 10 de junio de 2011.

sencillamente a «derechos» en Ecuador (art. 164), Guatemala (art. 138), Paraguay (art. 288), Perú (art. 137), República Dominicana (arts. 263 y 266); o bien, al mismo tiempo a «derechos y garantías» en Bolivia (art. 137), Chile (art. 39), Costa Rica (art. 121), Honduras (art. 187), México (art. 29), Nicaragua (art. 150) y Venezuela (art. 337).

Sin perjuicio de la influencia que sobre varias de estas Constituciones latinoamericanas indudablemente ha tenido el sistema interamericano de derechos humanos, no debe pasarse por alto que en los últimos años éstas también se han inspirado en el Derecho internacional general y el Derecho internacional de los derechos humanos en particular, en materia de estado de excepción y suspensión de garantías. Las normas internacionales han tenido una importante repercusión especialmente en el perfeccionamiento de la situación normativa interna de los derechos fundamentales en las situaciones de emergencia. Ello ha venido siendo posible en la medida en que los Gobiernos de la región han ratificado y aprobado importantes instrumentos internacionales de los que derivan un conjunto de principios básicos en este ámbito, que son, por tanto, obligatoriamente observables por las normas de Derecho interno¹¹. Sólo por mencionar instrumentos normativos imprescindibles en esta materia debe señalarse la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia (cuya jurisdicción ha sido reconocida por la mayoría de los países latinoamericanos)¹²; los convenios de Ginebra sobre Derecho internacional humanitario¹³, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, cuyo artículo 4.º dispone lo siguiente:

«1. En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el Derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

2. La disposición precedente no autoriza suspensión alguna de los artículos 6.º, 7.º, 8.º (párrs. 1.º y 2.º), 11, 15, 16 y 18¹⁴.

¹¹ Cfr. F. MELÉNDEZ, *Los derechos fundamentales en los estados de excepción según el Derecho internacional de los derechos humanos* (Tesis doctoral), Madrid, Universidad Complutense, 1997, en especial, pp. 98-119; L. DESPOUY, *Los derechos humanos y los estados de excepción*, México, UNAM/IJ, 1999, especialmente, pp. 25-45.

¹² Cfr. A. A. CAÑADO TRINDADE, en AAVV, «Los derechos no susceptibles de suspensión en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia», *Estudios básicos de derechos humanos*, t. VI, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos/Ministerio Real de Relaciones Exteriores de Noruega, 1996, especialmente, pp. 22 y ss.

¹³ Cfr. D. PLATTNER, «International humanitarian law and inalienable or non-derogable human rights», en D. PRÉMONT, Ch. STENERSEN e I. OSEREDCZUK (eds.), *Droits intangibles et Etats d'exception*, Bruxelles, Bruylant, 1996, pp. 349-363; G. HERCZEGH, «Estado de excepción y Derecho humanitario. Sobre el artículo 75 del Protocolo adicional I», *Revista Internacional de la Cruz Roja*, vol. 9, núm. 65, octubre de 1984, pp. 276-287.

¹⁴ En suma, se trata del derecho a la vida (art. 6.º); el derecho a la integridad personal y el derecho de protección contra la tortura y los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (art. 7.º); el derecho de protección contra la esclavitud y la servidumbre (art. 8.º); el derecho a no ser encarcelado por incumplimiento de una obligación contractual (art. 11); el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (art. 16); el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión (art. 18);

3. Todo Estado parte en el presente Pacto que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados partes en el presente Pacto, por conducto del secretario general de las Naciones Unidas, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido y de los motivos que hayan suscitado la suspensión. Se hará una nueva comunicación por el mismo conducto en la fecha en que se haya dado por terminada tal suspensión».

El artículo 27 de la Convención Americana sigue muy de cerca los lineamientos introducidos por el artículo 4.º del Pacto Internacional, como se evidenciará con el estudio que de su significado y alcances realizamos a continuación.

2. LA SUSPENSIÓN DE GARANTÍAS EN EL PACTO DE SAN JOSÉ: PRECISIONES CONCEPTUALES

En la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el capítulo IV de su Primera Parte lleva por denominación: «Suspensión de garantías, interpretación y aplicación». El artículo 27, que abre este capítulo, tiene por título el de «Suspensión de garantías». Además, por una parte, el primer párrafo de este precepto empieza estableciendo que en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia, el Estado parte podrá adoptar disposiciones que «suspendan las obligaciones contraídas» en virtud de la Convención. Por otra parte, el segundo párrafo del mismo artículo 27 dice que no se autoriza la «suspensión de los derechos» establecidos en los artículos que ahí se expresan. Por último, el tercer párrafo del artículo 27 alude al «derecho de suspensión» del cual puede hacer uso un Estado parte.

Como se puede observar, la dicción de la Convención resulta ambigua en la medida en que parece introducir al menos cuatro nociones diferentes de suspensión: *a)* la suspensión «de garantías» (al que se alude por tres ocasiones: el rubro del capítulo IV, el rubro del artículo 27 y la parte final de segundo párrafo, en donde sin embargo se alude a las «garantías judiciales indispensables»); *b)* la suspensión «de las obligaciones contraídas» (párrafo primero del art. 27); *c)* La «suspensión de derechos» (segundo párrafo del art. 27), y *d)* El derecho de «suspensión» (tercer párrafo del propio art. 27). El primer interrogante que interesa resolver es entonces el del concepto de *suspensión* que la Convención hace suyo, y que es, por tanto, el aplicable en sede interamericana de derechos humanos.

A nuestro juicio, la heterogénea fraseología que emplea el artículo 27 no resulta del todo afortunada porque desde un principio demerita, quizá innecesariamente, la claridad aplicativa que es precisa en tan delicada materia. Con todo, tal necesitada claridad se ha venido construyendo mediante la labor interpretativa de la Corte Interamericana, por lo cual sus pronunciamientos al respecto son ineludible base epistemológica para comprender los alcances conceptuales del precepto¹⁵. Veamos qué distintos significados se desprenden de las bases jurídicas de la suspensión de garantías en la Convención.

o la libertad de los padres para garantizar que sus hijos reciban la educación religiosa y moral de acuerdo con sus propias convicciones (art. 18).

¹⁵ Sin perjuicio del acceso electrónico facilitado por la página web de la Corte Interamericana (<http://www.corteidh.or.cr/>), resulta de gran utilidad la sistematización y los extractos de su juris-

En primer lugar, la expresión «suspensión de garantías» que emplea la Convención no resulta técnicamente apropiada porque lo que prevé el capítulo IV y, dentro de él, el artículo 27, es sólo la posibilidad de suspender momentáneamente el *goce y ejercicio efectivo* de algunos de los derechos y libertades consagrados en la Convención. Como se halla mayormente aceptado por la doctrina procesal constitucional, los derechos y libertades son, por un lado, instituciones sustantivas cuya aplicación efectiva puede conseguirse a través de sus respectivas «garantías», las cuales, por otro lado, son instituciones de tipo adjetivo establecidas para cumplir este propósito¹⁶. Las garantías, como sostiene la Corte, «[...] sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho»¹⁷. El artículo 27 no trata de la suspensión de «garantías» propiamente dichas sino de la suspensión temporal del pleno y efectivo ejercicio de ciertos derechos y libertades¹⁸.

En cambio, la última parte del párrafo segundo del artículo 27 consagra las «garantías judiciales» como supuesto autónomo y específico de derechos humanos no susceptibles de suspensión. Ésta es, a nuestro modo de ver, la más correcta utilización dogmática del concepto «garantías». Por lo demás, la Convención también se refiere expresamente a las «garantías judiciales» en su artículo 8.º, lo cual tampoco debe inducir a confusión¹⁹. En realidad, en opinión de la propia Corte Interamericana, este artículo «no contiene un recurso judicial propiamente dicho, sino el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales para que pueda hablarse de verdaderas y propias garantías judiciales según la Convención»²⁰.

En segundo lugar, el primer párrafo del artículo 27 sí resulta lógicamente coherente al posibilitar literalmente una «suspensión de las obligaciones contraídas» por un Estado parte en virtud de la Convención. En efecto, la suspensión de la plenitud y ejercicio de los derechos comporta la inevitable suspensión correlativa de las obligaciones que el Estado parte ha asumido al haber suscrito y aprobado la Convención. Lo que pone de relieve esta expresión es la autoriza-

prudencia en S. GARCÍA RAMÍREZ (coord.), *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 5 vols., México, UNAM/IIJ, 2006-2008.

¹⁶ Sobre estas precisiones conceptuales, *cf.*: F. FERNÁNDEZ SEGADO, «Naturaleza y régimen legal de la suspensión general de los derechos fundamentales», *Revista de Derecho Político*, núms. 18-19, 1983, pp. 36-37; D. GARCÍA BELAUNDE, «Suspensión de garantías ¿o de derechos? (Un debate en torno al régimen de excepción peruano)», en AAVV, *Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio en sus treinta años como investigador de las ciencias jurídicas*, t. I: Derecho constitucional, México, UNAM, 1988, en especial pp. 275-277.

¹⁷ Opinión Consultiva OC-8/87, cit., párrafo 25.

¹⁸ Así lo entiende la propia Corte Interamericana. En su misma Opinión Consultiva OC-8/87, cit., párrafo 18, expresa lo siguiente: «Del análisis de los términos de la Convención en el contexto de éstos, resulta que no se trata de una “suspensión de garantías” en sentido absoluto, ni de la “suspensión de los derechos” ya que siendo éstos consustanciales con la persona lo único que podría suspenderse o impedirse sería su *pleno y efectivo ejercicio*» (cursivas nuestras).

¹⁹ El texto relevante de este artículo es el siguiente: Artículo 8.º1. «Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter».

²⁰ Corte IDH, *Garantías judiciales en estados de emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8.º Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-9/87, de 6 de octubre de 1987, Serie A, núm. 9, párrafo 27.

ción de paralizar el deber estatal de salvaguardar los derechos, que es el modo simplemente correlativo de decir que estamos ante la suspensión del goce y ejercicio de derechos y libertades, siempre bajo las precisas condiciones establecidas por las normas convencionales.

En tercer lugar, la literalidad de la Convención tampoco resulta del todo precisa al hacer alusión a la «suspensión de derechos» en el segundo párrafo del artículo 27. Ello porque, en realidad, no puede estar refiriéndose literalmente a la «suspensión de los derechos» *per se*, sino, como se ha dicho, únicamente a la excepcional suspensión de su goce y ejercicio. Se trata de una suerte de «desconvencionalización» cuidadosamente delimitada en el tiempo y en la forma, de aquéllos derechos susceptibles de suspensión. Los derechos humanos suspendibles nunca dejan de ser reconocidos por la Convención sino que ésta solamente autoriza una transitoria parálisis de la plenitud de su vigencia. En otras palabras, los derechos suspendibles no desaparecen sino que sólo quedan expuestos a intervenciones concretas del Estado, que por virtud de la excepción, queda habilitado para inobservar momentáneamente las obligaciones que frente a ellos ha contraído, de acuerdo con los precisos términos de la Convención²¹.

Por otro lado, el mismo concepto de «suspensión de derechos» está necesitado de precisión doctrinal con respecto a otras instituciones con las que puede confundirse, como la «restricción» o la «limitación» de los derechos²². La Corte Interamericana ha distinguido estos conceptos. El artículo 27 permite medidas suspensivas que únicamente pueden actualizarse bajo circunstancias excepcionales. Pero en condiciones de normalidad en ningún momento cabe medida suspensiva alguna sino solamente medidas de *restricción* al goce y ejercicio de los derechos, en los términos indicados por la propia Convención²³. Las limitaciones y restricciones de los derechos y libertades están previstas en sus artículos 29 y 30, así como en los preceptos que en particular consagran los derechos humanos en la Convención, que contienen previsiones específicas al respecto; por tanto, son materia de comentario de los trabajos referidos a dichas disposiciones incluidos en este mismo libro.

En cuarto lugar, el tercer párrafo del artículo 27 alude al «derecho de suspensión» de los Estados parte. En realidad, de las relaciones jurídicas que dimanar de este precepto, técnicamente no puede derivarse que los Estados ostenten un genuino «derecho» sino que les es concedida una autorización, o, todo lo más, una potestad reglada con base en la cual pueden emitir las medidas excepcionales. Los Estados partes no dejan de ser sujetos pasivos de la relación jurídica que entraña la suspensión a que se refiere el artículo 27, suspensión por virtud de la cual quienes ostentan la titularidad de los derechos son siempre los individuos.

²¹ Un análisis en esta dirección, aunque referido al sistema constitucional español, se encuentra en T. DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, «La naturaleza de los derechos fundamentales en situaciones de suspensión», *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 2, Madrid, Universidad Complutense/Facultad de Derecho, 1983, en especial, pp. 471-472.

²² Cfr. G. GONZÁLEZ CAMPAÑA, «Suspensión de derechos y garantías en estados de emergencia», en AAVV, *Derechos humanos*, 5.^a ed., Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 1999, p. VII-1. Más ampliamente, D. ZOVATTO G., *Los estados de excepción y los derechos humanos en América Latina*, *op. cit.*, *supra* nota 1, pp. 67-74.

²³ Cfr. Corte IDH, *La expresión «Leyes» en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-6/86, de 9 de mayo de 1986, Serie A, núm. 6, párrafo 14.

Por consecuencia, desde un punto de vista técnico, a los Estados no les asiste un verdadero Derecho sino una potestad para suspender las obligaciones contraídas por virtud de la Convención.

No obstante la gran diversidad terminológica que, en general, emplea la Convención y, en específico, el mismo artículo 27, la Corte Interamericana continúa utilizando la expresión «suspensión de garantías» para referirse al contenido normativo de este precepto²⁴, sin perjuicio de todas las aclaraciones conceptuales que ella misma ha explicitado en su propia jurisprudencia²⁵. A esta semejante lógica nos adscribimos, por lo cual, ésa es la expresión que en lo sucesivo genéricamente invocaremos en el presente análisis.

3. LOS PRESUPUESTOS DE LA SUSPENSIÓN DE GARANTÍAS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS (PÁRR. 1.º DEL ART. 27)

El primer párrafo del artículo 27, como ya se adelantó, prevé que en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste puede adoptar disposiciones que suspendan sus obligaciones contraídas en virtud de la Convención en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación. Las disposiciones que se adopten no pueden ser incompatibles con las demás obligaciones que les impone el Derecho internacional y no deben entrañar discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

El artículo 27 no establece una regla general sino que se dirige a disciplinar un escenario verdaderamente excepcional. La excepcionalidad está marcada por las situaciones de «guerra», «peligro público» u «otra emergencia» que además constituyan una amenaza a la independencia y seguridad de un Estado parte de la Convención. Desde un inicio debe dejarse en claro que frente a estos supuestos excepcionales la Convención mantiene su plena vigencia²⁶. Lo único que significa el artículo 27.1 es que actualizándose alguna de las tres situaciones en él mencionadas, es procedente el lícito desencadenamiento de sus extremos normativos. Por tanto, en esta materia rige un principio general de respeto y garantía de los derechos de la Convención, la cual asegura un conjunto inderogable de ellos mientras que en algunos otros justifica su suspensión en circunstancias muy especiales, como se verá más adelante.

Que las situaciones de «guerra», «peligro público», u «otra emergencia» constitutiva de una amenaza a su independencia y seguridad, sean los únicos extremos en que un Estado parte puede adoptar medidas suspensivas de derechos, significa que ninguna disposición de Derecho interno puede ampliar la justificación de semejantes medidas. Es especialmente importante recalcar esta cuestión en la medida en que, en principio, se entiende que la calificación de la

²⁴ Cfr. Opinión Consultiva OC-8/87, cit., párrafo 18 *in fine*.

²⁵ Cfr. A. MONTIEL ARGÜELLO, «La suspensión de las garantías de los derechos humanos», *Revista Judicial*, núm. 51, San José, Corte Suprema de Justicia, septiembre de 1990, p. 100.

²⁶ Cfr. Corte IDH, *Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*, Sentencia de 23 de noviembre de 2004 (Excepciones Preliminares), Serie C, núm. 118, párrafo 114.

situación de emergencia corresponde a los propios Estados partes. Para proceder con licitud, los Estados deben observar en primer término las exigencias de las normas convencionales. Eventualmente, esta calificación puede ser objeto de revisión por los tribunales internos (según cada Derecho nacional), y, en todo caso, es posteriormente susceptible de control subsidiario por los órganos del sistema interamericano.

En consecuencia, no resulta lícita la suspensión de derechos consagrados en la Convención con base en reglas constitucionales internas que se ubiquen fuera de los presupuestos expresos del artículo 27.1 de la Convención. Se trata de extremos infranqueables que no admiten por ello incompatibilidad de normas internas de los Estados que han contraído las obligaciones que emanan de la Convención.

En comparación con la disposición análoga del Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 15.1), en principio, el artículo 27.1 de la Convención Americana se presenta como menos restrictivo, al menos desde un punto de vista literal. El Convenio Europeo dispone como necesarios presupuestos de la «derogación» de las obligaciones previstas en él, solamente el «caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación»²⁷. En realidad, tal como opina GROS ESPIELL, la diferencia entre estas disposiciones se reduce a su texto pues una interpretación lata de la norma europea puede llegar a la misma conclusión que una interpretación limitada de la norma americana: todo dependerá de la situación, del momento político e institucional y de la sensibilidad frente al caso concreto que muestre el tribunal intérprete²⁸. Por lo demás, la literalidad de la norma americana resulta más protectora y más precisa que la europea pues expresamente impone la obligatoriedad de especificar la limitación temporal de las medidas y (a semejanza del art. 4.º1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) prohíbe que las mismas entrañen discriminación por razón de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social, condiciones que no explicita la norma europea. Esto en ningún momento significa que a partir de una conveniente interpretación sistemática del Convenio europeo no puedan obtenerse los mismos resultados protectivos que la Convención americana opta por dejar explícitos.

Asimismo, al igual que su homólogo europeo, el artículo 27.1 de la Convención Americana dice que las medidas que por la emergencia pueden adoptarse no pueden ir en contra de las obligaciones contraídas por virtud del Derecho internacional. Los Estados partes deben ser muy escrupulosos a la hora de dictarlas, por ejemplo, de cara al respeto del Derecho internacional humanitario. Por virtud de normas de Derecho humanitario, en caso de conflictos armados internacionales o internos, resultan insuspendibles ciertos derechos de los integrantes de las fuerzas armadas, prisioneros de guerra o de la población civil²⁹.

²⁷ Para una crítica del término «derogación» que en su versión oficial castellana emplea el Convenio Europeo de Derechos Humanos, *vid.*, por todos, P. A. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, «La suspensión de las garantías establecidas en el Convenio (art. 15 CEDH)», en J. GARCÍA ROCA y P. SANTOLAYA (coords.), *La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 2.ª ed., Madrid, CEPC, 2009, pp. 765 y ss.

²⁸ *Cfr.* H. GROS ESPIELL, *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo*, *op. cit.*, *supra* nota 4, p. 125.

²⁹ *Cfr.* A. RAMELLI ARTEAGA, «El Derecho internacional humanitario ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos», *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. IX, 2009, pp. 65-66.

4. LÍMITES Y CONTROL DE LA POTESTAD SUSPENSORIA: LOS DERECHOS HUMANOS NO SUSPENDIBLES O INDEROGABLES (PÁRR. 2.º DEL ART. 27)

A) Límites genéricos al «derecho de suspensión» de los Estados partes

Como se ha visto, el artículo 27, desde su primer párrafo, dispone una serie de limitaciones a la capacidad de los Estados para suspender la plenitud y ejercicio de ciertos derechos de la Convención. Los requisitos y condiciones del artículo 27.1 son, en sí mismos, los primeros límites a la actuación de los Estados partes en situaciones de emergencia. A partir de ahí, la Corte Interamericana ha construido un abanico más o menos amplio de límites que en este momento interesa destacar.

La Corte Interamericana ha sostenido que las disposiciones convencionales que rigen la suspensión deben interpretarse a partir del principio de que ningún derecho de la Convención puede ser suspendido, excepto cuando se cumplan todos y cada uno de los requisitos y condiciones que exige el artículo 27.1. Ahora bien, pese a que lleguen a cumplirse perfectamente los requisitos y condiciones del artículo 27.1, varios derechos no admiten nunca suspensión bajo circunstancia alguna y por más grave que pueda revelarse la situación de emergencia³⁰. Se trata de derechos «insuspendibles» y por ello, bien puede afirmarse que forman parte de un «núcleo inderogable» de los derechos humanos que consagra el sistema interamericano³¹. A este conjunto de derechos se refiere el segundo párrafo del artículo 27.

De conformidad con el artículo 27.2, la Convención no autoriza la suspensión de los derechos contenidos en los siguientes artículos: 3.º (derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica); 4.º (derecho a la vida); 5.º (derecho a la integridad personal); 6.º (prohibición de la esclavitud y servidumbre); 9.º (principio de legalidad y de retroactividad); 12 (libertad de conciencia y de religión); 17 (protección a la familia); 18 (derecho al nombre); 19 (derechos del niño); 20 (derecho a la nacionalidad), y 23 (derechos políticos), así como las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

Lo primero que llama la atención de la enumeración de los derechos no susceptibles de suspensión, es su amplitud. El artículo 27.2 de la Convención Americana supera en este sentido las proclamaciones análogas tanto del artícu-

En general, para una tesis favorable a una aplicación más decisiva del Derecho internacional humanitario por parte de la Corte Interamericana, *vid.* F. MARTIN, «Application du droit international humanitaire par la Cour interaméricaine des droits de l'homme», *International Review of the Red Cross*, vol. 83, núm. 844, diciembre de 2001, pp. 1037-1065.

³⁰ *Cfr.* Opinión Consultiva OC-8/87, cit., párrafo 21.

³¹ Así es considerado por ejemplo el derecho a la vida (art. 4.º), que es uno de los expresamente mencionados en el artículo 27.2. *Cfr.* Corte IDH, *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, Sentencia de 31 de enero de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C, núm. 140, párrafo 119; *Caso Baldeón García vs. Perú*, Sentencia de 6 de abril de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C, núm. 147, párrafo 82; *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia)*, Sentencia de 5 de julio de 2006 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C, núm. 150, párrafo 63; *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*, Sentencia de 4 de julio de 2007 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C, núm. 166, párrafo 78.

lo 4.º del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, como del artículo 15.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Tomando como referencia el Convenio Europeo, en el listado americano de derechos pueden distinguirse dos clases de derechos: derechos insuspondibles que no están reconocidos como tales en el sistema europeo, y derechos insuspondibles que no están siquiera expresamente establecidos como derechos en el sistema europeo. Dentro de los primeros se encuentran la libertad de conciencia y religión, y los derechos políticos: éstos son insuspondibles bajo la Convención Americana pero no en la europea, pese a estar consagrados en ella. Dentro del segundo grupo se encuentran el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, el derecho a la protección de la familia, el derecho al nombre, los derechos del niño y el derecho a la nacionalidad, que, *per se*, no están reconocidos formalmente como derechos en el Convenio Europeo.

La Convención Americana supera igualmente la textualidad del Convenio Europeo al disponer que tampoco pueden suspenderse los instrumentos procesales indispensables para la tutela de los derechos sustantivos insuspondibles. Ello se traduce en que no puede obstaculizarse la actuación de los tribunales para hacer valer dichos instrumentos procesales, incluso bajo estados de excepción.

Ahora bien, que el conjunto de los derechos sea más amplio en el texto de la Convención Americana no necesariamente se traduce en un mayor proteccionismo, sino que simplemente refleja distintas concepciones de los derechos insuspondibles, como se sostiene por algunas opiniones doctrinales. Para GROS ESPIELL, por ejemplo, la enumeración extensa de derechos en la Convención Americana puede provocar la tendencia a violarlo, aunque tampoco la fórmula restringida del Convenio Europeo resulte la ideal³². A nuestro juicio, si bien es visible la generosidad de la Convención Americana, quizá ampliándose de esta manera sus posibilidades de incumplimiento, también lo es que su fórmula responde a las circunstancias de la particular historia política latinoamericana y se halla en la línea del principio de progresividad de los derechos. A golpe de pronunciamientos reprobatorios por incumplimiento debe esperarse una no desdeñable y creciente disciplina jurídico-cultural por el núcleo «duro» de los derechos intocables entre los Estados partes de la Convención. En este sentido, con su amplitud la Convención americana busca la expansión de la tutela, esto es mejorar y fortalecer el grado de protección de los derechos, y en ningún momento debilitarlo³³.

El concepto doctrinal y jurisprudencial de los derechos insuspondibles se trata sistemáticamente a lo largo del contenido de esta obra, con el comentario de los preceptos de la Convención que los consagran. Para no incurrir por nuestra parte en repeticiones innecesarias nos remitimos a la explicación que de tales derechos se realiza en esos capítulos. No obstante, sí que es preciso detenernos con cierto detalle en las llamadas «garantías judiciales indispensa-

³² Cfr. H. GROS ESPIELL, *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo*, *op. cit.*, *supra* nota 4, p. 128.

³³ Para una idea similar, *vid.* A. A. CAÑADO TRINDADE, «Los derechos no susceptibles de suspensión en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia», *op. cit.*, *supra*, nota 12, p. 21.

bles» en cuanto autónomos derechos humanos consagrados como inderogables por la Convención³⁴. Para la jurisprudencia interamericana, principalmente generada mediante importantes opiniones consultivas³⁵, las «garantías judiciales indispensables» han cobrado un especial interés en materia de suspensión. Pero antes de ocuparnos de estas garantías judiciales es preciso destacar otras reglas generales de la «suspensión de garantías» que han sido convenientemente construidas por la Corte Interamericana.

Las disposiciones del artículo 27 no completan el cúmulo de límites infranqueables a la suspensión de garantías. La Corte Interamericana, con un claro perfil garantista, se ha hecho cargo de avanzar los extremos de tales límites en vía jurisprudencial, sobre todo, como decíamos, a través de su competencia en materia de opiniones consultivas³⁶.

En su Opinión Consultiva OC-3/1983 (*Restricciones a la pena de muerte*) introdujo un medular criterio en torno a las reservas que los Estados parte pueden formular a la Convención Americana, cuando tales reservas pretendan referirse a derechos consagrados como insusceptibles por el artículo 27. En esa opinión consultiva, la Corte interpreta el artículo 27 en relación con el 75 de la Convención, que regula el objeto de las reservas. La Corte certifica que el artículo 75 tiene sentido si se entiende como una autorización expresa a los Estados para formular cualesquiera reservas que estime por conveniente. Pero no puede soslayarse que dichas reservas tienen un límite insuperable: nunca pueden ser incompatibles con el objeto y fin del tratado³⁷.

Por ejemplo, el derecho a la vida, consagrado en el artículo 4.º, es uno de los derechos básicos frente al cual la suspensión de las obligaciones contraídas por el Estado parte no es permisible. Pues bien, «toda reserva destinada a permitir al Estado la suspensión de uno de esos derechos fundamentales, cuya derogación está en toda hipótesis prohibida, debe ser considerada como incompatible con el objeto y fin de la Convención y, en consecuencia, no autorizada por ésta»³⁸. Sólo si la reserva que se formule restringiera algunos aspectos de un derecho no derogable, sin privar al derecho en conjunto de su propósito básico, se evitaría su incompatibilidad con la Convención.

Resulta de interés traer a colación la posición de la Corte respecto a las prácticamente nulas implicaciones que tiene la suspensión de garantías para la vigencia del Estado de Derecho. Frente a la excepcionalidad de las medidas restrictivas de derechos y libertades en *tiempos de emergencia*, se encuentran

³⁴ Cfr. J. M. ONAINDÍA, «La suspensión de garantías judiciales según la Corte Interamericana de Derechos Humanos», *Revista de Derecho Político*, núm. 33, 1991, pp. 427-436.

³⁵ En general, sobre la competencia consultiva de la Corte Interamericana, vid. M. E. VENTURA ROBLES y D. ZOVATTO, *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Naturaleza y principios 1982-1987*, Madrid, Civitas, 1989, pp. 27 y ss.

³⁶ Cfr. D. ZOVATTO G., «La interpretación del artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», *Revista IIDH*, núm. 7, San José (Costa Rica), Instituto Interamericano de Derechos Humanos, enero-junio de 1988, pp. 43-65.

³⁷ Cfr. Corte IDH, *Restricciones a la Pena de Muerte* (arts. 4.º2 y 4.º4 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-3/83, de 8 de septiembre de 1983, Serie A, núm. 3, especialmente, párrafos 60-62.

³⁸ Opinión Consultiva OC-3/83, párrafo 61.

los *tiempos de normalidad* en los cuales tales medidas están prohibidas, o se hallan sometidas a un escrutinio jurisdiccional más riguroso. Por ejemplo, como sucedió en el *Caso Castillo Páez vs. Perú*, cuando el Estado no justifica la detención de la víctima por agentes policiales sin intervención judicial y sin que tampoco estuviese vigente un estado de emergencia, sino condiciones de normalidad, procede obviamente declarar la violación del derecho a la libertad personal³⁹.

La suspensión de garantías en ningún momento significa la suspensión del Estado de Derecho o una autorización al Gobierno para apartarse del principio de legalidad. Es cierto que bajo la vigencia de las medidas suspensorias los límites a la actuación del poder público son distintos de los vigentes en condiciones normales, pero eso no significa que puedan considerarse inexistentes. El Gobierno no está investido de poderes absolutos más allá de las condiciones en que está autorizada la situación de la «legalidad excepcional de emergencia»⁴⁰. La suspensión de garantías no debe exceder la medida de lo estrictamente necesario, por lo cual resulta ilegal toda actuación de los poderes públicos que desborde los límites que deben estar precisamente indicados en las disposiciones que decretan el estado de excepción⁴¹.

Por otro lado, debe recordarse que más allá de los derechos enumerados en el artículo 27.2, otros instrumentos interamericanos confirman la inderogabilidad de ciertos derechos bajo las circunstancias de guerra, excepción, emergencia o de sitio. Así, por ejemplo, el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte reitera en su preámbulo que el derecho a la vida no puede ser suspendido por ninguna causa. El artículo 5.º de la Convención Americana para Prevenir y Sancionar la Tortura dispone que el estado de guerra, amenaza de guerra, estado de sitio o emergencia, conmoción o conflicto interior, suspensión de garantías constitucionales, inestabilidad política o calamidades públicas, bajo ninguna circunstancia justifican el delito de tortura. Por su parte, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas establece que los Estados partes se comprometen a «no practicar, no permitir, ni tolerar la desaparición forzada de personas, ni aun en estado de emergencia, excepción o suspensión de garantías individuales» [art. I.a)]. También establece que en ningún caso pueden invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública, para justificar la desaparición forzada de personas. En estos casos, el derecho a procedimientos o recursos judiciales rápidos y eficaces permanece como medio para determinar el paradero de las personas privadas de libertad o su estado de salud, o bien para individualizar a la autoridad que ordenó la privación de libertad o que la hizo efectiva (art. X, párr. 1.º).

³⁹ Vid. Corte IDH, *Caso Castillo Páez vs. Perú*, Sentencia de 3 de noviembre de 1997 (Fondo), Serie C, núm. 34, párrafo 56.

⁴⁰ Cfr. Opinión Consultiva OC-8/87, cit., párrafos 24, 39 y 40; y Opinión Consultiva OC 9/87, cit., párrafos 35-37.

⁴¹ Vid. Opinión Consultiva OC-8/87, cit., párrafo 38; Opinión Consultiva OC-9/87, cit., párrafo 36; Corte IDH, *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, Sentencia de 30 de mayo de 1999 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C, núm. 52, párrafo 109.

B) Límites a la potestad suspensoria de los Estados partes en materia de «garantías judiciales indispensables»

a) *El habeas corpus como garantía judicial indispensable e insuspendible*

La Convención Americana es el primer instrumento del Derecho internacional de los derechos humanos que prohíbe expresamente la suspensión de «garantías judiciales indispensables» en cuanto derechos que sirven de vehículos de protección a otros derechos que, a la vez, tampoco pueden ser suspendidos⁴². La Corte Interamericana ha tenido oportunidad de pronunciarse al respecto en las importantes opiniones consultivas OC-8/87 (*El habeas corpus bajo suspensión de garantías*), solicitada por la Comisión Interamericana, y OC-9/87 (*Garantías judiciales en estados de emergencia*), solicitada por el Gobierno de la República Oriental del Uruguay.

En la Opinión Consultiva OC-8/87, el interrogante principal que se formulaba era el siguiente: ¿el recurso de *habeas corpus* cuyo fundamento jurídico se encuentra en los artículos 7.º y 25.1 de la Convención, es susceptible de suspensión por un Estado parte? La cuestión que por la Comisión se sometía a la consideración de la Corte estaba justificada en la medida en que la última parte del artículo 27, por un lado, es muy abierta al disponer que no pueden suspenderse «las garantías judiciales indispensables para la protección» de los derechos enumerados en ese mismo precepto. Por otro lado, en este punto también resulta omisa al no determinar explícitamente si los artículos 7.º y 25.1, fundamento del *habeas corpus*, resultan ser, no obstante, parte de un derecho no suspendible.

De la trascendente respuesta que ofrece la Corte interesa destacar los siguientes tres argumentos. En primer lugar, como lo dispone el artículo 1.º de la Convención, los Estados partes están comprometidos «a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción [...]». La Corte debe velar no sólo por que los Estados partes respeten los derechos y libertades de la Convención sino también sus garantías, esto es, los medios idóneos para que los primeros sean efectivos en toda circunstancia⁴³.

En segundo lugar, el concepto de derechos y libertades inherentes a la persona y el de sus garantías, es inseparable del sistema de valores y principios que inspira dicho concepto. En esta tesitura, la Corte sostiene que en una sociedad democrática tales derechos y libertades, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una *triada*, «cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros»⁴⁴.

⁴² Así lo destaca la propia Corte Interamericana en su Opinión Consultiva OC-8/87, cit., párrafo 36 *in fine*.

⁴³ Cfr. Opinión Consultiva OC-8/87, cit., párrafo 25.

⁴⁴ Cfr. Opinión Consultiva OC-8/87, cit., párrafo 26; y Opinión Consultiva OC 9/87, cit., párrafo 35; Corte IDH, *Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-13/93, de 16 de julio de 1993, Serie A, núm. 13, párrafo 31.

En tercer lugar, el *habeas corpus* cumple una función esencial: el de servir de medio para controlar el respeto a derechos tan esenciales como la vida y la integridad de las personas. Impide la desaparición o la indeterminación del lugar de la detención, así como protege contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes⁴⁵. En este sentido, autorizar la suspensión del *habeas corpus* sería tanto como permitir la suspensión de derechos que expresamente se encuentran en el núcleo inderogable de la Convención.

A los efectos del artículo 27.2, deben considerarse indispensables «aquellos procedimientos judiciales que ordinariamente son idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos y libertades a que se refiere dicho artículo y cuya supresión o limitación pondría en peligro esa plenitud». Que las garantías deban ser «judiciales» significa que de este carácter deben ser los medios idóneos para proteger los derechos. Tales medios, por tanto, han de estar a cargo de un órgano judicial independiente e imparcial, apto para determinar la legalidad de las actuaciones bajo el estado de excepción⁴⁶.

En conclusión, volviendo a la pregunta principal formulada en la Opinión Consultiva OC-8/87, ¿es el *habeas corpus* una «garantía judicial indispensable» y, por tanto, un derecho insuspendible, en términos del artículo 27.2? La Corte fue de la opinión afirmativa: tanto el *habeas corpus*, establecido en el artículo 7.º⁴⁷, como el recurso de amparo, consagrado en el artículo 25.1⁴⁸, son «garantías judiciales indispensables» para la protección de los derechos cuya suspensión está prohibida, y, en esa medida, ellas mismas constituyen también derechos insuspendibles⁴⁹.

En consecuencia, de los fundamentos jurídicos de la OC 8/87 deben retenerse dos básicas consideraciones conclusivas. La primera es que los artículos 7.º⁶ y 25.1 son *implícitos* derechos insuspendibles a los efectos del artículo 27.2. La segunda es que todos los ordenamientos constitucionales y legales de los Estados partes que autoricen, ya sea explícita o implícitamente, la suspensión del procedimiento de *habeas corpus* o el de amparo en situaciones de emergencia, deben

⁴⁵ Cfr. Opinión Consultiva OC-8/87, cit., párrafo 35.

⁴⁶ Cfr. Opinión Consultiva OC-8/87, cit., párrafos 29 y 30; y Opinión Consultiva OC 9/87, cit., párrafo 20.

⁴⁷ De acuerdo con este artículo, el procedimiento consiste en lo siguiente: «Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona».

⁴⁸ Este precepto establece que: «Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales». En su Opinión Consultiva OC-9/87, cit., párrafos 22-24, la Corte confirma y robustece sus argumentos sobre el amparo como medio procesal aplicable a los derechos no susceptibles de suspensión en estados de emergencia.

⁴⁹ Ambas instituciones se hallan indisolublemente unidas en razón de que el amparo es el género en tanto que el *habeas corpus* es uno de sus aspectos específicos. Cfr. Opinión Consultiva OC-8/87, cit., párrafo 34.

considerarse incompatibles con las obligaciones internacionales que a esos Estados impone la Convención⁵⁰.

Aún más, para considerar cabalmente cumplidas las exigencias del artículo 27.2, no basta que los decretos relativos a la situación de emergencia efectivamente no suspendan de modo expreso la acción o recurso de *habeas corpus*. Debe cuidarse que la situación de emergencia tampoco lleve a una ineficacia *de facto* del instrumento procesal, en perjuicio de las presuntas víctimas. Esta situación fue la que se constató en el *Caso Neira Alegría y otros vs. Perú*. En este asunto, el control y jurisdicción de las fuerzas armadas se tradujo en una suspensión implícita de la acción de *habeas corpus* como consecuencia de la aplicación de los decretos de emergencia y la zona militar restringida. Por tanto, la Corte determinó que el Perú violó el derecho de *habeas corpus* en conexión con el artículo 27.2 de la Convención⁵¹.

Semejantes parámetros son válidos, desde luego, para cualquier derecho señalado como no suspendible por el artículo 27.2. Por ejemplo, en el *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador* la Corte Interamericana consideró igualmente la vulneración de este precepto en relación con el artículo 2.º de la Convención, aun cuando el decreto de emergencia no suspendía expresamente los derechos afectados. En este caso, el decreto no dispuso la suspensión del derecho a la vida, ni la de las garantías judiciales indispensables para la protección de derechos insuspondibles. No obstante, el decreto de emergencia fue emitido en el marco de la Ley de Seguridad Nacional cuyas normas ordenaban que mientras durara la emergencia ciertos hechos delictivos de determinada gravedad quedaran bajo la jurisdicción penal militar. Estas normas resultaban contrarias al derecho al juez natural de las personas que hubieren incidido en hechos presuntamente delictivos durante el estado de excepción, de quienes se hubieren visto afectados por ese hecho, o de sus familiares. Esta situación podría impedir, sostuvo la Corte, un adecuado e independiente control de compatibilidad de la suspensión de garantías con la Convención⁵².

Asimismo, la Corte Interamericana ha concluido que otros derechos no expresamente enumerados en el artículo 27.2 como insuspondibles, encuentren, sin embargo, un mínimo de protección judicial en situaciones de emergencia. Así, por ejemplo, en el *Caso Loayza Tamayo vs. Perú* declaró que si bien es cierto que la libertad personal no está incluida expresamente entre tales derechos, no debe perderse de vista que el *habeas corpus* sí que es una garantía judicial indispensable no suspendible. Por ello, si un recurrente no puede ejercitar las acciones de garantía para salvaguardar su libertad o para cuestionar la legalidad de su detención, el Estado viola sus derechos a la libertad personal y a la protección judicial reconocidos, respectivamente, en los artículos 7.º y 25 de la Convención⁵³.

⁵⁰ Cfr. Opinión Consultiva OC-8/87, cit., párrafos 42-43, y su punto resolutivo. *Mutatis mutandis*: Opinión Consultiva OC-9/87, cit., párrafos 26, 31-33.

⁵¹ Vid. Corte IDH, *Caso Neira Alegría y otros vs. Perú*, Sentencia de 19 de enero de 1995 (Fondo), Serie C, núm. 20, párrafos 77-84, y punto resolutivo 2. Vid., asimismo, Corte IDH, *Caso Durand y Ugarte vs. Perú*, Sentencia de 16 de agosto de 2000 (Fondo), Serie C, núm. 68, párrafos 106-110, en donde la Corte arriba a igual conclusión.

⁵² Vid. Corte IDH, *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*, Sentencia de 4 de julio de 2007 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C, núm. 166, párrafos 59-71.

⁵³ Cfr. Corte IDH, *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*, Sentencia de 17 de septiembre de 1997 (Fondo), Serie C, núm. 33, párrafos 50-55.

b) *El reforzamiento conceptual de las garantías judiciales en situaciones de emergencia por la jurisprudencia interamericana*

Con anterioridad nos hemos referido a algunos aspectos de la Opinión Consultiva OC-9/87 en la cual la Corte Interamericana se pronunció con mayor precisión sobre las «garantías judiciales en situaciones de emergencia». En este momento, por su centralidad para nuestro estudio, nos detendremos en la fundamentación jurídica que de este pronunciamiento robustece decisivamente el contenido de esas garantías.

Las específicas cuestiones que el Gobierno del Uruguay sometía a la consideración de la Corte con ocasión de la OC-9/87 eran dos: *a)* La relación normativa entre el artículo 27.2 y los artículos 8.^o⁵⁴, y, de nueva cuenta, el 25 de la Convención, y *b)* la determinación precisa de cuáles son las «garantías judiciales indispensables» a que se refiere el artículo 27.2.

Ya al considerar la Opinión Consultiva OC-8/87 nos referimos a aquello que en la OC-9/87 la Corte confirmó sobre la interpretación del artículo 25⁵⁵. Sin embargo, en este último pronunciamiento es incluso más detallista al sostener que como el artículo 25.1 obliga a los Estados a ofrecer a todas las personas sometidas a su jurisdicción un recurso judicial efectivo contra violaciones de sus derechos fundamentales, y que como la garantía ahí consagrada se aplica no sólo respecto de derechos contenidos en la Convención, sino respecto de aquellos reconocidos por la Constitución o por la ley, es de concluirse que el *entero régimen de protección judicial* dispuesto por el artículo 25 es aplicable a los derechos no suspendibles en situaciones de emergencia⁵⁶. En otras palabras, al lado del *habeas corpus*, cualquier recurso efectivo ante jueces y tribunales competentes, destinado a garantizar el respecto de derechos y libertades cuya suspensión no está autorizada en situación de emergencia, es también una «garantía judicial indispensable» a efectos del artículo 27.2⁵⁷.

Además, también deben considerarse como «garantías judiciales indispensables» que no pueden suspenderse, los procedimientos judiciales inherentes a la forma democrática representativa de Gobierno [art. 29.c)], previstos en el derecho interno de los Estados partes como idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos a que se refiere el artículo 27.2 de la Convención, y cuya supresión o limitación propicia la indefensión de tales derechos⁵⁸. En esta dirección, para importantes autores como H. FIX-ZAMUDIO, el ámbito prohibitivo de suspensión incluso debiera extenderse al derecho a la revisión judicial de inconstitucionalidad de las disposiciones legislativas⁵⁹.

⁵⁴ En concreto, es preciso recordar lo dispuesto por el párrafo 1.º del artículo 8.º; *vid. supra* nota 19.

⁵⁵ *Vid. supra* apartado anterior (IV.2.A).

⁵⁶ *Cfr.* Opinión Consultiva OC-9/87, cit., párrafos 22-26, y punto resolutivo 1.

⁵⁷ *Cfr.* H. FIX-ZAMUDIO, «Los estados de excepción y la defensa de la Constitución», *op. cit., supra* nota 1, pp. 833-834.

⁵⁸ Opinión Consultiva OC-9/87, cit., párrafos 34-39, y punto resolutivo 2.

⁵⁹ *Cfr.* H. FIX-ZAMUDIO, «Los estados de excepción y la defensa de la Constitución», *op. cit., supra* nota 1, p. 834.

En lo relativo al derecho al relativo proceso legal consagrado en el artículo 8.º, la Corte avanza también sus perfiles garantistas al concluir que ese derecho «debe entenderse como aplicable, en lo esencial, a todas las garantías judiciales referidas en la Convención Americana, aun bajo el régimen de suspensión regulado por el artículo 27 de la misma»: los principios del debido proceso legal constituyen condiciones necesarias para que los instrumentos procesales regulados por la Convención puedan considerarse como genuinas garantías judiciales⁶⁰. Si con anterioridad la Corte había concluido que son «garantías judiciales indispensables» las contenidas en los artículos 7.º6 y 25.1, en la OC-9/87 complementa este razonamiento al sostener que estas garantías deben considerarse dentro del marco y según los principios del artículo 8.º y los inherentes a la preservación del Estado de Derecho, aún bajo la legalidad excepcional de la emergencia⁶¹.

Con respecto a la segunda cuestión formulada por el Gobierno del Uruguay, la Corte Interamericana sostiene lo siguiente: no es posible ni aconsejable que se fije una enumeración exhaustiva de todas las posibles «garantías judiciales indispensables» que no pueden ser suspendidas con base en el artículo 27.2. En realidad, tales garantías dependerán en cada caso del análisis del ordenamiento jurídico y la práctica del Estado parte acerca de cuáles son los derechos involucrados y los hechos concretos que motiven el caso⁶².

C) Parámetros de la jurisprudencia interamericana para el control jurisdiccional de las medidas suspensivas de derechos humanos

Como se ha visto, las limitaciones que se imponen a la actuación del poder estatal en condiciones de excepción responden a la exigencia de que, aún bajo graves circunstancias de inestabilidad política, subsistan medios idóneos para el control de las disposiciones que se dicten, a fin de que éstas se adecuen razonable y proporcionalmente a las estrictas necesidades de la situación⁶³.

Habida cuenta de los parámetros que impone la Convención a la actuación de un Estado parte ¿Cómo es posible efectuar el control objetivo de tal actuación al verificarse la supuesta necesidad de suspender las garantías, de conformidad con el artículo 27.1?

En su Opinión Consultiva OC-8/87, la Corte Interamericana sostiene lo siguiente: dado que el artículo 27.1 contempla distintas situaciones y que las medidas que se adopten han de ajustarse a las necesidades de cada situación, resulta claro que lo permisible en unos casos puede no serlo en otros. El control de compatibilidad con la Convención de las medidas adoptadas tendrá un objeto relativo, evaluable necesariamente *ad casum*. Deberá valorarse cada una de las circunstancias especiales a que se refiere el precepto, y será en función del carácter, intensidad, profundidad y el particular contexto de la emergencia, así como

⁶⁰ Cfr. Opinión Consultiva OC-9/87, cit., párrafos 29 y 30, y punto resolutivo 3.

⁶¹ Cfr. Opinión Consultiva OC-9/87, cit., párrafo 38.

⁶² Cfr. Opinión Consultiva OC-9/87, cit., párrafo 40. Vid. también, Opinión Consultiva OC-8/87, cit., párrafo 28.

⁶³ Vid. Opinión Consultiva OC-9/87, cit., párrafo 21; Corte IDH, *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, Sentencia de 30 de mayo de 1999 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C, núm. 52, párrafo 109.

de la proporcionalidad y razonabilidad de las medidas, que habrá de determinarse si se hallan apegadas a las exigencias de la Convención⁶⁴.

Como se sostiene en la sentencia al *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*, en primer término, es obligación del Estado determinar las razones y motivos que llevan a las autoridades internas a declarar el estado de emergencia. En una primera instancia corresponde a las autoridades nacionales ejercer el «adecuado y efectivo control de esa situación y que la suspensión declarada se encuentre, conforme a la Convención “en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación”». Los Estados no poseen una discrecionalidad incontestable: eventualmente, corresponde a los órganos del sistema interamericano, en el marco de sus respectivas competencias, ejercer ese control en forma subsidiaria y complementaria. En su caso, la Corte Interamericana podrá analizar la conformidad de los actos del Estado a las obligaciones establecidas en el artículo 27 de la Convención, en relación con otras disposiciones de la misma que sean objeto de la controversia⁶⁵.

Las consideraciones jurídicas de la sentencia recaída al *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador* constituyen un muy buen ejemplo de aplicación de los parámetros de control por parte de la Corte Interamericana. En los hechos de este caso, las autoridades ecuatorianas emitieron el Decreto núm. 86 en el cual consideraban que existía «un grave estado de conmoción interna en el territorio nacional y, especialmente en las ciudades de Quito y Guayaquil» como consecuencia de «hechos de vandalismo, atentados contra la integridad física de las personas y considerables perjuicios a la propiedad pública y privada». A juicio de las autoridades estatales, este escenario requería la adopción de medidas excepcionales.

Al analizar el Decreto referido, la Corte observó que éste no fijó un límite espacial definido para la aplicación de las medidas, sino que dispuso la intervención de las fuerzas armadas en todo el territorio nacional. El Decreto tampoco determinó un límite temporal para la intervención militar que permitiera saber con precisión la duración de la misma, ni estableció con claridad los derechos que serían suspendidos, esto es, el alcance material de la suspensión, como tampoco se apreció que tales límites se desprendieran de la Ley de Seguridad Nacional en la cual se fundamentaban las medidas⁶⁶.

Para la Corte, una intervención militar de tan extendidos alcances, y en función de objetivos tan amplios y difusos, a consecuencia de la suspensión de garantías operada, sobrepasó la facultad reconocida a los Estados por la Convención en su artículo 27.1. Como también aquí se ha insistido, la Corte recuerda que esta suspensión debe operar como una medida y por el tiempo estrictamente limitado a las exigencias de la situación, y —abunda en esta ocasión la Corte— no constituye un medio para enfrentar la criminalidad común⁶⁷.

⁶⁴ Cfr. Opinión Consultiva OC-8/87, cit., párrafo 22.

⁶⁵ Corte IDH, *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*, Sentencia de 4 de julio de 2007 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C, núm. 166, párrafo 47.

⁶⁶ Corte IDH, *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*, Sentencia de 4 de julio de 2007 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C, núm. 166, párrafos 48 y 94.

⁶⁷ Corte IDH, *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*, Sentencia de 4 de julio de 2007 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C, núm. 166, párrafo 52.

5. PROCEDIMIENTO A CARGO DEL ESTADO PARTE QUE HAGA USO DE LA FACULTAD DE SUSPENSIÓN DE GARANTÍAS (PÁRR. 3.º DEL ART. 27)

El tercero y último párrafo del artículo 27 dispone que: «Todo Estado parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados partes en la [...] Convención, por conducto del secretario general de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión». Se trata de una norma equivalente a las que para sus respectivos ámbitos de aplicación disponen el artículo 4.º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 15.3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

La Corte Interamericana ha puntualizado que el cumplimiento del artículo 27.3 es un «requisito indispensable» del procedimiento de suspensión de garantías en estados de emergencia⁶⁸. También ha dicho que esta obligación internacional de los Estados parte constituye un mecanismo enmarcado en la noción de garantía colectiva subyacente a la Convención, en cuanto su objeto y fin último es la protección del ser humano. Tal obligación constituye una salvaguardia adicional para prevenir el abuso de las facultades excepcionales de suspensión de garantías y permite a los otros Estados parte apreciar que los alcances de esa suspensión sean acordes con las disposiciones de la Convención⁶⁹.

La Corte ha declarado la falta de observancia del procedimiento previsto en el artículo 27.3, por ejemplo, en el *Caso del Caracazo vs. Venezuela*, en relación con la suspensión de garantías constitucionales por la situación de excepción durante los meses de febrero y marzo de 1989 en la ciudad de Caracas⁷⁰. También encontró la violación de este precepto en el *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador* en virtud de que el Decreto estatal núm. 86 de 3 de septiembre de 1992, que ordenó el estado de emergencia en todo el territorio nacional de ese país, tampoco cumplimentó los términos del artículo 27.3 de la Convención al no haber informado inmediatamente a los demás Estados parte, por conducto del secretario general de la Organización de Estados Americanos, de conformidad con este precepto⁷¹.

6. CONCLUSIÓN

Pese a que la configuración de la suspensión de garantías en la Convención Americana sobre Derechos Humanos plantea *prima facie* algunos dilemas de

⁶⁸ Vid. Corte IDH, *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, Sentencia de 2 de febrero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C, núm. 72, párrafo 92.

⁶⁹ Vid. Corte IDH, *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*, Sentencia de 4 de julio de 2007 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C, núm. 166, párrafo 70.

⁷⁰ Corte IDH, *Caso del Caracazo vs. Venezuela*, Sentencia de 11 de noviembre de 1999 (Fondo), Serie C, núm. 58, párrafo 42, en relación con los párrafos 1.º y 2.º

⁷¹ Vid. Corte IDH, *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*, Sentencia de 4 de julio de 2007 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C, núm. 166, párrafos 69-70.

índole terminológico, la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha ido precisando sus contornos en un doble sentido: robusteciendo las garantías de los derechos humanos insuspendibles y, correlativamente, imponiendo cada vez más ambiciosos límites a la actuación de los Estados partes. De esta manera, la jurisprudencia interamericana se ha convertido en una fuente dinamizadora de estándares que actúan como desincentivadores de los riesgos de abuso del poder, en materia de derecho de excepción; un abuso que con tanta frecuencia y lastimosa sencillez se hizo presente a lo largo de la historia de las sociedades políticas latinoamericanas.

El texto de la Convención Americana es muy amplio a la hora de enumerar los derechos no susceptibles de suspensión (art. 27.2). En este sentido, supera las disposiciones análogas del Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 15.2) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 4.º2). Esta circunstancia debe valorarse positivamente porque pretende responder con contundencia a la intolerancia del sistema interamericano frente a los riesgos de ampliación del poder de excepción por parte de los Estados. Esta amplitud también se explica bajo la lógica de conseguir una mayor extensión del «núcleo duro» de los derechos inderogables en la región. La amplitud de los derechos inderogables consigue la expansión de su protección y en ningún caso la debilita, como algún sector de la doctrina sugiere que ocurre en la práctica. La sola existencia de estas normas constituye un no desdeñable ingrediente para consolidar una cada vez más expandida cultura jurídica interamericana del núcleo inderogable de los derechos humanos.

Una notoria manifestación de la convicción expansiva del sistema interamericano en esta materia es la inclusión expresa de las «garantías judiciales indispensables» como derechos insuspendibles en el artículo 27.2 de la Convención. Se trata del primer instrumento jurídico internacional en traducir tales garantías en derechos humanos inderogables. La Corte Interamericana se ha encargado además de ensanchar los extremos que tales garantías comportan, principalmente mediante dos importantes opiniones consultivas pronunciadas en 1987 pero que continúan siendo sus principales aportaciones en este ámbito: las OC-8/87, de 30 de enero, y OC-9/87, de 6 de octubre.

Así, en el sistema interamericano forman parte de las garantías judiciales indispensables e insuspendibles el recurso al *habeas corpus* (art. 7.º6) y el recurso de amparo (art. 25.1) pese a que no se consagran explícitamente como derechos no susceptibles de suspensión. Los estándares protectivos se expanden a cualquier recurso efectivo ante jueces y tribunales competentes, destinado a garantizar el respeto de derechos no suspendibles. Un recurso efectivo no puede ser objeto de suspensión en situaciones de emergencia. Tampoco son suspendibles los procedimientos judiciales inherentes a la forma democrática representativa de Gobierno [art. 29.c)] previstos para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos del artículo 27.2. Además, las garantías judiciales indispensables deben ejercitarse dentro del marco y los principios básicos del debido proceso legal (art. 8.º) bajo las circunstancias de la suspensión de garantías. La construcción jurisprudencial de estos principios sigue la lógica de que se trata de instrumentos idóneos para garantizar la eficacia de derechos a los que la propia Convención consagra como no suspendibles.

Las circunstancias históricas de la región registran experiencias irreverentes con los derechos humanos de la población. En este contexto, y frente a la potencialidad de nuevas amenazas, a nuestro juicio, la jurisprudencia interamericana cumple su papel de reforzar el status normativo de los derechos humanos en los regímenes jurídicos de los Estados partes de la Convención. Al menos bajo este plausible escenario, no es irrazonable sostener que las eventualidades del estado de excepción y la suspensión de garantías no se sortearán con la misma facilidad con que lo fueron en el pasado.

**XXXVI. EFICACIA DE LA SENTENCIA
INTERAMERICANA Y LA COSA JUZGADA
INTERNACIONAL: VINCULACIÓN DIRECTA HACIA
LAS PARTES (*RES JUDICATA*) E INDIRECTA
HACIA LOS ESTADOS PARTE DE LA CONVENCION
AMERICANA (*RES INTERPRETATA*)**

**(Sobre el cumplimiento
del *Caso Gelman vs. Uruguay*)***

*A la memoria de Jorge CARPIZO,
en su primer aniversario luctuoso*

**1. INTRODUCCIÓN: IMPORTANCIA DE LA PRESENTE RESOLUCIÓN
DE SUPERVISIÓN DE CUMPLIMIENTO DE SENTENCIA**

1. Una de las competencias más importantes que actualmente ejerce la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante «Corte IDH» o «Tribunal Interamericano») es la supervisión sobre el cumplimiento de sus propias decisiones, especialmente de las sentencias de fondo y reparaciones. Esta facultad deriva de sus atribuciones jurisdiccionales, teniendo una relación directa en la efectividad de los derechos humanos de los habitantes de nuestra región.

* Publicado en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa, núm. 19, enero-junio de 2013. El presente texto reproduce el voto razonado a la Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013, relativa a la supervisión de cumplimiento de sentencia en el *Caso Gelman vs. Uruguay*. La resolución puede verse en: http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/gelman_20_03_13.doc. La sentencia del *Caso Gelman vs. Uruguay*, Fondo y Reparaciones, de 22 de febrero de 2011 puede consultarse en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.doc.

2. Considerando la importancia sobre esta cuestión, el Tribunal Interamericano ha implementado desde hace un lustro la realización de audiencias —públicas o privadas— de supervisión sobre el cumplimiento de sus fallos, particularmente cuando se involucran reparaciones múltiples, que implican actuaciones complejas y problemáticas para los Estados¹. En las audiencias de supervisión de sentencias se analizan las posiciones del Estado y de las víctimas y sus representantes, así como se escucha el parecer de la Comisión Interamericana. Lo anterior constituye una práctica importante, en la medida en que ha permitido a la Corte IDH cumplir con la función jurisdiccional que le señala la Convención Americana y que no culmina hasta en tanto no se cumpla cabalmente y de manera íntegra con todos y cada uno de los aspectos ordenados en la sentencia respectiva. Las audiencias han contribuido a lograr la efectividad de las decisiones de la Corte IDH. No se trata de una mediación del fallo, sino de una actividad dinámica que permite contar con información reciente para que los jueces puedan realizar una adecuada valoración sobre el cumplimiento del fallo por el Estado concernido, a la vez de propiciar espacios de diálogo constructivo favoreciendo el entendimiento entre las partes y lograr el debido cumplimiento de lo decidido en la sentencia, particularmente sobre las diversas formas de reparación para las víctimas.

3. En el presente asunto se convocó a una audiencia privada de supervisión de cumplimiento de la sentencia dictada por la Corte IDH en el *Caso Gelman vs. Uruguay* (en adelante «la sentencia»)², la cual se llevó a cabo el 13 de febrero de 2013 durante el 98.º periodo ordinario de sesiones en la sede del propio Tribunal Interamericano.

4. La audiencia fue especialmente importante para llegar al convencimiento del cumplimiento parcial de la sentencia, respecto de lo ordenado en los puntos Resolutivos 12³, 13⁴, 14⁵ y 17⁶ de la misma. Así, con la información proporcionada por las partes, el Tribunal Interamericano consideró en la Resolución de supervisión que nos ocupa, parcialmente cumplido el fallo debido a determinadas acciones del Estado, que consistieron en: i) la realización de un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional sobre los hechos del caso,

¹ Desde el año 2007 a la fecha se han celebrado 77 audiencias sobre supervisión de cumplimiento de sentencia. La práctica de celebrar este tipo de audiencias quedó incorporada en el artículo 69.3 del nuevo Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, vigente desde el 1 de enero de 2010.

² *Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C, núm. 221.

³ «12. El Estado debe realizar, en el plazo de un año, un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional por los hechos del presente caso, de conformidad con el párrafo 266 de la sentencia».

⁴ «13. El Estado debe colocar en un espacio del edificio del Sistema de Información de Defensa (SID) con acceso al público, en el plazo de un año, una placa con la inscripción del nombre de las víctimas y de todas las personas que estuvieron detenidas ilegalmente en dicho lugar, de conformidad con el párrafo 267 de la sentencia».

⁵ «14. El Estado debe realizar, en el plazo de seis meses, las publicaciones dispuestas en el párrafo 271 de la sentencia».

⁶ «17. El Estado debe pagar, dentro del plazo de un año, las cantidades fijadas en los párrafos 291, 293, 296 y 304 de la presente sentencia, por concepto de indemnización por daño material e inmaterial y por el reintegro de costas y gastos, según corresponda, de conformidad con los párrafos 305 a 311 de la misma».

conducido por el Presidente de la República y realizado en el Palacio Legislativo en presencia de las víctimas Juan Gelman y su nieta María Macarena Gelman García Iruretagoyena; ii) la colocación de una placa en el edificio del Servicio de Información de Defensa y que funcionó como cárcel clandestina (sede actualmente de la Institución Nacional de Derechos Humanos), «en memoria de María Claudia García de Gelman y de todas las personas víctimas del terrorismo de Estado que estuvieron privadas de su libertad en este edificio»; iii) la publicación en el *Diario Oficial*, en diarios de amplia circulación nacional y en distintas páginas web oficiales, de la sentencia y del resumen respectivo, y iv) el pago de las cantidades fijadas por concepto de indemnización —daño material e inmaterial— y por el reintegro de costas y gastos.

5. Las acciones anteriores emprendidas por el Estado uruguayo constituyen una manifestación clara de su compromiso para el cumplimiento de la sentencia que debe resaltarse. Particularmente, respecto del acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional en la que participó la máxima autoridad de dicho país con una amplia difusión por los medios de comunicación y de la colocación de la placa, el Tribunal Interamericano en la presente Resolución de supervisión destacó que «satisface plenamente el objeto y propósito de la reparación dispuesta, en uno de los actos más destacables entre los que han sido realizados por los Estados en cumplimiento de medidas de reparación de esa naturaleza»⁷.

6. Asimismo, en la propia audiencia privada la Corte IDH tuvo conocimiento de otros actos del Estado uruguayo dirigidos de manera importante al cumplimiento del fallo, fundamentalmente: *a*) la promulgación de la Ley 18.831 de 27 de octubre de 2011, denominada «Pretensión Punitiva del Estado: Restablecimiento para los delitos cometidos en aplicación del terrorismo de Estado hasta el 1 de marzo de 1985»⁸; y *b*) el Decreto 323/2011 de 30 de junio del mismo año, mediante el cual revoca los actos administrativos y mensajes del Poder Ejecutivo «en aplicación del artículo 3.º de la Ley de Caducidad, que consideran que los hechos denunciados estaban comprendidos en las disposiciones del artículo 1.º de la referida Ley y en su lugar declarase que dichos hechos no estaban comprendidos en la citada norma legal».

7. Estos actos de los Poderes Legislativo (Ley 18.831) y Ejecutivo (Decreto 323/2011) fueron valorados de manera positiva por el Tribunal Interamericano, al estar dirigidos al cumplimiento de la sentencia del *Caso Gelman*, al estimar que tienen, aparentemente, la finalidad de remover el obstáculo principal que re-

⁷ Considerando 8 de la Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia en el *Caso Gelman vs. Uruguay*, a que se refiere el presente voto razonado.

⁸ Los cuatro artículos de esta Ley 18.831 (ley interpretativa de la Ley de Caducidad) establecen:

Artículo 1.º Se restablece el pleno ejercicio de la pretensión punitiva del Estado para los delitos cometidos en aplicación del terrorismo de Estado hasta el 1 de marzo de 1985, comprendidos en el artículo 1.º de la Ley núm. 15.848 de diciembre de 1986.

Artículo 2.º No se computará plazo alguno, procesal, de prescripción o de caducidad, en el periodo comprendido entre el 22 de diciembre de 1986 y la vigencia de esta ley, para los delitos a que refiere el artículo 1.º de esta ley.

Artículo 3.º Declárase que, los delitos a que refieren los artículos anteriores, son crímenes de lesa humanidad de conformidad con los tratados internacionales de los que la República es parte.

Artículo 4.º Esta ley entrará en vigencia a partir de su promulgación por el Poder Ejecutivo».

presenta la Ley 15.848 (Ley de Caducidad)⁹, declarada «sin efectos» en la sentencia de la Corte IDH por su incompatibilidad con las obligaciones establecidas en la Convención Americana y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. Dicha normativa fue declarada incompatible con estos instrumentos internacionales¹⁰. La Ley de Caducidad impidió la investigación, el juzgamiento y eventual sanción a los responsables de los hechos en el *Caso Gelman*, así como también los de otros casos de graves violaciones de derechos humanos acontecidos en Uruguay en esa época.

8. Sin embargo, nueve días después de celebrada la audiencia privada de referencia, se produjo un «hecho nuevo» que ha sido motivo de especial atención por la Corte IDH al resolver sobre la supervisión de cumplimiento de sentencia. En efecto, el Tribunal Interamericano tuvo conocimiento del fallo de la Suprema Corte de Justicia de la República Oriental del Uruguay de 22 de febrero de 2013¹¹, en la que por mayoría de votos declaró parcialmente procedente la excepción de inconstitucionalidad y declaró inaplicables a los excepcionantes los artículos 2.º y 3.º de la Ley 18.831.

9. Ante este estado de cosas, la Corte IDH en la presente Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia, analizó las implicaciones y consecuencias que dicho fallo nacional tiene en el cumplimiento de la sentencia del Tribunal Interamericano y concluyó que la resolución de 22 de febrero de 2013 de la Suprema Corte de Justicia del Uruguay afecta el debido cumplimiento de la sentencia en el *Caso Gelman*; por lo que el Tribunal Interamericano se pronunció sobre varios aspectos de vital importancia para el futuro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Estas circunstancias motivan la necesidad de formular el presente voto concurrente razonado; en la inteligencia de que si bien el suscrito no integraba dicho órgano colegiado cuando se dictó la sentencia de fondo y reparaciones en febrero de 2011, ahora como nuevo miembro del Tribu-

⁹ Los artículos 1.º y 3.º de la Ley núm. 15.848, de 22 de diciembre de 1986 (publicada *DO* 28 dic./1986, núm. 22295): «Funcionarios militares y policiales. Se reconoce que ha caducado el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado respecto de los delitos cometidos hasta el 1 de marzo de 1985», establecen lo siguiente:

«*Artículo 1.º* Reconócese que, como consecuencia de la lógica de los hechos originados por el acuerdo celebrado entre partidos políticos y las Fuerzas Armadas en agosto de 1984 y a efecto de concluir la transición hacia la plena vigencia del orden constitucional, ha caducado el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado respecto de los delitos cometidos hasta el 1 de marzo de 1985 por funcionarios militares y policiales, equiparados y asimilados por móviles políticos o en ocasión del cumplimiento de sus funciones y en ocasión de acciones ordenadas por los mandos que actuaron durante el período de facto».

«*Artículo 3.º* A los efectos previstos en los artículos anteriores, el juez interviniente en las denuncias correspondientes, requerirá al Poder Ejecutivo que informe, dentro del plazo perentorio de treinta días de recibida la comunicación, si el hecho investigado lo considera comprendido o no en el artículo 1.º de la presente ley. Si el Poder Ejecutivo así lo comunicare, el juez dispondrá la clausura y el archivo de los antecedentes. Si en cambio, no contestare o informa que no se halla comprendido dispondrá continuar la indagatoria. Desde la fecha de promulgación de esta ley hasta que el juez reciba la comunicación del Poder Ejecutivo quedan suspendidas todas las diligencias presumariales en los procedimientos mencionados en el inciso primero de este artículo».

¹⁰ *Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C, núm. 221, párrafo 312, Punto Resolutivo 6, en relación con lo establecido en los párrafos 237 a 241 y 246.

¹¹ Sentencia núm. 20. IUE-2-109971/2011. Ministro relator: doctor Jorge O. Chediak González. Disidencia del ministro Ricardo C. Pérez Manrique.

nal Interamericano, al igual que mis pares, me encuentro no sólo facultado, sino obligado de velar por el debido cumplimiento de la misma.

10. De ahí que si bien comparto íntegramente los razonamientos y el sentido de la presente Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia, adoptada por unanimidad de votos, estimo conveniente, dada la importancia de las consideraciones que la contienen, agregar a la Resolución el presente voto concurrente razonado, con la finalidad de profundizar y destacar tres cuestiones cruciales que influyen en el buen entendimiento de la función jurisdiccional de la Corte Interamericana como aplicador e intérprete de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Esto, en la medida en que sus decisiones repercuten en la funcionalidad del Sistema Interamericano, particularmente en el debido cumplimiento y eficacia de sus sentencias. Así, se abordan a continuación tres temas: i) la incidencia de la sentencia de la Suprema Corte de Justicia del Uruguay de 22 de febrero de 2013 en el debido e integral cumplimiento de la sentencia de la Corte IDH en el *Caso Gelman* (párrs. 11-21); ii) la eficacia de la sentencia interamericana y la autoridad de la cosa juzgada internacional: su proyección directa hacia las partes (*res judicata*) e indirecta hacia los Estados partes de la Convención Americana (*res interpretata*) (párrs. 22-79), y iii) la autoridad de la «cosa juzgada internacional» en relación con el «control de convencionalidad» (párrs. 80-100).

2. INCIDENCIA DE LA SENTENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DEL URUGUAY DE 22 DE FEBRERO DE 2013 EN EL DEBIDO E INTEGRAL CUMPLIMIENTO DE LA SENTENCIA DE LA CORTE IDH EN EL CASO GELMAN

11. La sentencia de la Suprema Corte de Justicia del Uruguay incide de manera directa en el debido e integral cumplimiento de la sentencia de la Corte IDH en el *Caso Gelman vs. Uruguay*, en tanto confronta el derecho de las víctimas a la reparación integral amparadas en una sentencia internacional, que ha producido la autoridad de cosa juzgada.

12. En efecto, al declararse la inaplicabilidad de los artículos 2.º y 3.º de la Ley 18.831 en un caso similar al *Caso Gelman*, es decir, que versa sobre desaparición forzada de personas cuyos hechos acontecieron en el mismo periodo de dictadura militar, trae como consecuencia la prescripción de delitos que expresamente la Corte IDH en la sentencia declaró como «imprescriptibles», al constituir por su propia naturaleza una violación de normas *jus cogens*¹². Lo anterior es de particular importancia, debido a que actualmente se lleva a cabo (según lo informado por las partes) el procesamiento de varias personas por el «homicidio» de María Claudia García de Gelman, sin que comprenda hasta ahora otras conductas constitutivas de graves violaciones a los derechos humanos, ni se estén investigando los hechos de la desaparición forzada por supresión de identidad, por lo que el criterio interpretativo del Alto Tribunal uruguayo incide potencialmente en la investigación de los hechos en el *Caso Gelman*, al esta-

¹² *Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C, núm. 221, párrafos 99, 183, 225 y 254.

blecer dicho fallo nacional que la vigencia de la Ley de Caducidad no afectaría los términos de prescripción de los delitos referidos a hechos constitutivos de graves violaciones de derechos humanos¹³. En la sentencia de la Corte IDH en el *Caso Gelman vs. Uruguay* de 2011 se expresó que «el proceso iniciado por Juan Gelman y reabierto en 2008 por gestiones de María Macarena Gelman, *lo ha sido bajo la figura de homicidio, excluyendo otros delitos como la tortura, desaparición forzada y sustracción de identidad, con la que se hace posible que la causa sea declarada prescrita, por los tribunales nacionales*»¹⁴ (cursiva nuestra).

13. Si bien de conformidad con el Derecho procesal constitucional uruguayo la sentencia de la Suprema Corte implica la desaplicación de las normas declaradas inconstitucionales para el caso particular —sin afectar la vigencia de la norma y otros casos judiciales—¹⁵, en realidad el efecto interpretativo de la norma se expande, al crearse un criterio jurisprudencial del más alto valor en el ámbito nacional (al emitirse por el máximo órgano jurisdiccional nacional) y cuyas consideraciones difieren de las realizadas por la Corte IDH en la sentencia del *Caso Gelman*; lo anterior provoca, evidentemente, que en la práctica los jueces nacionales que estén conociendo de violaciones graves de derechos humanos, tengan la falsa disyuntiva de aplicar de manera «directa» la interpretación que se deriva del fallo de la Corte IDH (que es lo que corresponde por la obligación derivada del artículo 68.1 de la Convención Americana) o bien la jurisprudencia de la Suprema Corte de su país.

14. En el *Caso Gelman*, la sentencia de la Corte IDH calificó jurídicamente los hechos como «desaparición forzada de personas» que constituye una de las más claras y graves violaciones a los derechos humanos (con mayor razón cuando se realiza a través de un patrón sistemático por estructuras del Estado, calificado como «terrorismo de Estado») ¹⁶; y en el *Resolutivo 11* de la propia sentencia refiere a que el Estado debe «garantizar» que la Ley de Caducidad no vuelva a representar un «obstáculo» para la investigación, identificación y, si procede, sanción de los responsables. De ahí que derivado de este nuevo criterio interpretativo de la Suprema Corte de Justicia —que de seguirse por los jueces inaplicarían los artículos 2.º y 3.º de la Ley 18.831— existe en la práctica una real y potencial afectación a la obligación de investigar los hechos del presente caso y determinar las correspondientes responsabilidades, así como de la obligación del Estado de garantizar que la Ley de Caducidad (Ley 15.848), al carecer de efectos jurídicos, no vuelva a representar un obstáculo para esos efectos.

15. Así, a nuestro entender es clara la incidencia que el fallo de la Suprema Corte de Justicia del Uruguay tiene en el debido y efectivo cumplimiento de la sentencia del *Caso Gelman*, toda vez que permite que la desaparición forzada,

¹³ Considerandos 32 y 48 de la Resolución de 20 de marzo de 2013 de supervisión de cumplimiento de sentencia en el *Caso Gelman vs. Uruguay*, a que se refiere el presente voto razonado.

¹⁴ *Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C, núm. 221, párrafo 235.

¹⁵ El artículo 259 de la Constitución de la República Oriental del Uruguay establece: «El fallo de la Suprema Corte de Justicia se referirá exclusivamente al caso concreto y sólo tendrá efecto en los procedimientos en que se haya pronunciado».

¹⁶ *Cfr. Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C, núm. 221, párrafo 99.

tortura o sustracción de identidad y otros hechos, como violaciones graves de derechos humanos cometidas en dicho contexto, resulten prescriptibles¹⁷; y, por consecuencia, representen un obstáculo real y potencial para que en el caso puedan realmente investigarse, identificarse y, eventualmente, sancionarse a los responsables por la desaparición forzada de María Claudia García Iruretagoyena de Gelman y María Macarena Gelman García Iruretagoyena, esta última como consecuencia de la sustracción, supresión y sustitución de su identidad de conformidad con lo establecido en la sentencia. La Corte IDH en la sentencia señaló: «Es necesario reiterar que este es un caso de graves violaciones de derechos humanos, en particular desapariciones forzadas, por lo que es ésta la tipificación que debe primar en las investigaciones que corresponda abrir o continuar a nivel interno. Como ya se ha establecido, por tratarse de un delito de ejecución permanente, es decir, cuya consumación se prolonga en el tiempo, al entrar en vigor la tipificación del delito de desaparición forzada de personas, la nueva ley resulta aplicable, sin que ello represente su aplicación retroactiva»¹⁸ (cursiva nuestra).

16. En este sentido, debe destacarse que el precedente interpretativo que permite la prescripción de dichas violaciones graves de derechos humanos, fue establecido por el máximo órgano jurisdiccional del Uruguay, lo que implica que puede ser simplemente reiterado sin más consideración a través del mecanismo de «resolución anticipada»¹⁹ o por nuevas decisiones similares²⁰; además, al ser jurisprudencia del máximo órgano judicial del país —si bien no constituye precedente obligatorio—, puede convertirse en la práctica en una guía interpretativa relevante para los jueces inferiores provocando que sigan la interpretación realizada por el máximo Tribunal uruguayo cuando conozcan de violaciones graves de derechos humanos, como lo es, por ejemplo, la desaparición forzada de personas; lo que llevaría a la inaplicación de los artículos 2.º y 3.º de la Ley 18.831 y, consecuentemente, provocaría la prescripción de los delitos de esa naturaleza, en clara discordancia con lo establecido en la sentencia internacional derivada del *Caso Gelman vs. Uruguay*, que dada su firmeza ha adquirido la autoridad de cosa juzgada internacional.

¹⁷ La sentencia de referencia de la Suprema Corte de Justicia del Uruguay establece (pp. 18 y 19): «A esto corresponde añadir que, para los delitos cometidos durante la dictadura y amparados por la Ley de Caducidad, no se creó ninguna prescripción especial, sino que, simplemente, regían los mismos términos extintivos que para cualquier otro delito, por lo que, en la especie, no sería de aplicación la condena impuesta por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto a la remoción de las leyes de prescripción establecidas especialmente para esos casos, puesto que no se dictaron leyes de tal naturaleza».

¹⁸ *Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C, núm. 221, párrafo 236.

¹⁹ El artículo 519 del Código General del Proceso establece:

«Resolución anticipada: en cualquier estado de los procedimientos y con prescindencia de la situación en que se encontrare el trámite respectivo, la Suprema Corte de Justicia podrá resolver la cuestión, acreditado que fuere uno de los siguientes extremos:

1.º Que el petitorio hubiere sido formulado por alguna de las partes con la notoria finalidad de retardar o dilatar innecesariamente la secuela principal sobre el fondo del asunto.

2.º Que existiere jurisprudencia en el caso planteado y se declare por ese órgano judicial que mantendrá su anterior criterio».

²⁰ Al menos en otros tres casos posteriores se ha seguido el mismo sentido y criterio interpretativo; *cfr.* considerando 52 y nota 23 de la Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia en el *Caso Gelman vs. Uruguay*, a que se refiere el presente voto concurrente razonado.

17. Además, en el supuesto en que los jueces que estén conociendo o que conozcan de las causas sobre violaciones graves a derechos humanos apliquen la sentencia del *Caso Gelman* —incluyendo, evidentemente, las consideraciones interpretativas que fundamentan la decisión, que es lo que corresponde al tener obligatoriedad y eficacia directa para todas las autoridades del Estado uruguayo en todos los niveles, en términos del art. 68.1 de la Convención Americana—; y llegaran las causas ante la instancia de la Suprema Corte por medio de las vías impugnativas correspondientes, existe en la actualidad un criterio interpretativo que permitiría que la vigencia de Ley de Caducidad continúe, en la práctica, teniendo efectos, al permitirse la prescripción respecto de los delitos que resultan imprescriptibles en términos de la sentencia del Tribunal Interamericano; y, consecuentemente, la jurisprudencia nacional constituye al día de hoy un obstáculo real y potencial para la investigación de los hechos, juzgamiento y eventual sanción de los responsables, cuestión que genera una situación jurídica contraria a lo previsto en la sentencia del *Caso Gelman*, al establecer que «las autoridades se abstengan de realizar actos que impliquen la obstrucción del proceso investigativo»²¹. Sobre el particular, incluso, el propio Estado «reconoce que el reciente fallo del máximo órgano del Poder Judicial podría generar dificultades a los pronunciamientos judiciales vinculados a las causas por violaciones a los derechos humanos ocurridos en el pasado»²² (cursiva nuestra).

18. Por otra parte, la incidencia del fallo de la Suprema Corte de Justicia uruguaya también se advierte hacia el derecho de las víctimas de otras graves violaciones de derechos humanos similares acontecidas en Uruguay, más allá de las víctimas concretas del *Caso Gelman*. En efecto, no debe pasar inadvertido que en la sentencia del *Caso Gelman* se declaró «sin efectos» la Ley de Caducidad. Lo anterior implica que al carecer de efectos jurídicos esa norma general, consecuentemente tiene incidencia en otros casos donde sea aplicada o pueda tener efectos. En la sentencia del *Caso Gelman* así se consideró, al señalar: «En consecuencia, el Estado debe disponer que ninguna otra norma análoga [a la Ley de Caducidad], como prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, *ne bis in ídem* o cualquier excluyente similar de responsabilidad, sea aplicada y que las autoridades se abstengan de realizar actos que impliquen la obstrucción del proceso investigativo»²³ (cursiva nuestra).

²¹ *Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C, núm. 221, párrafo 254.

²² Informe CDH-12.607/176 suscrito por el agente de la República Oriental del Uruguay, en relación al escrito presentado por CEJIL relativo a la presentación de la copia de la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de Uruguay de 22 de febrero de 2013. En el mismo informe, se señala que: «El caso planteado ante la Suprema Corte de Justicia y donde recayera la sentencia que se menciona no refiere concretamente al caso Gelman sino a otro juicio pero en el cual también se investigan hechos ocurridos en igual periodo dictatorial. Si bien, por lo dicho, en cuanto al alcance al caso particular de la decisión de la SCJ no afectaría la causa Gelman, es dable señalar que existen en este mismo momento otros numerosos casos presentados ante la Suprema Corte de Justicia, los que tratan también de denuncias de hechos ocurridos durante el periodo dictatorial, a la espera de pronunciamiento de la Suprema Corte de Justicia por iguales cuestionamientos en relación a la constitucionalidad de la ley 18.831» (cursiva nuestra).

²³ *Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C, núm. 221, párrafo 254.

19. Esta última consideración no sólo involucra a la investigación y eventual sanción de los responsables de las graves violaciones de derechos humanos cometidas a las víctimas del *Caso Gelman*; en efecto, la Corte IDH estableció en la sentencia que «el Estado deberá asegurar que aquélla [Ley de Caducidad], no vuelva a representar un obstáculo para la investigación de los hechos materia del presente caso ni para la identificación y, si procede, sanción de los responsables de los mismos y de otras graves violaciones de derechos humanos similares acontecidas en Uruguay»²⁴. Esta última parte es clara y se refiere a que no se limita exclusivamente a las víctimas en el caso concreto, sino en general, se entiende referida a cualquier víctima derivada de la aplicación de la Ley de Caducidad al haberse declarado dicha ley «sin efectos», precisamente para que no vuelva a constituir un obstáculo para la investigación, juzgamiento y, en su caso, sanción de los responsables por las violaciones graves a los derechos humanos que, como la desaparición forzada de personas, resulta imprescriptible. Lo anterior se corrobora con los párrafos 231 y 232 de la propia sentencia:

«231. La falta de investigación de las graves violaciones de derechos humanos cometidas en este caso, enmarcadas en patrones sistemáticos, *revelan un incumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado, establecidas por normas inderogables*»²⁵ (cursiva nuestra).

«232. Dada su manifiesta incompatibilidad con la Convención Americana, las disposiciones de la *Ley de Caducidad* que impiden la investigación y sanción de graves violaciones de derechos humanos *carecen de efectos jurídicos* y, en consecuencia, *no pueden seguir representando un obstáculo* para la investigación de los hechos del presente caso y la identificación y el castigo de los responsables, *ni pueden tener igual o similar impacto respecto de otros casos de graves violaciones de derechos humanos consagrados en la Convención Americana que puedan haber ocurrido en el Uruguay*»²⁶ (cursiva nuestra).

20. Este criterio establecido con precisión y claridad en la sentencia no es una novedad en la jurisprudencia interamericana. Así, desde el *Caso Barrios Altos* de 2001, la Corte IDH determinó en el fondo del asunto que en el caso peruano las leyes de amnistía «carec[ían] de efectos jurídicos y no p[odían] seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos [del] caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni p[odían] tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en el Perú»²⁷. Los alcances generales de esta declaratoria quedaron *claros en la resolución de interpretación* del mismo caso en donde el Tribunal Interamericano señaló que «dada la naturaleza de la violación constituida por las leyes de amnistía núm. 26479 y núm. 26492, lo re-

²⁴ *Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C, núm. 221, párrafo 253.

²⁵ *Cfr. Caso Goiburú y otros vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de septiembre de 2006, Serie C, núm. 153, párrafos 93 y 128; *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de septiembre de 2010, Serie C, núm. 217, párrafos 61 y 197, y *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. *Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, párrafo 137.

²⁶ *Cfr. Caso Barrios Altos. Fondo, supra* nota 288, párrafo 44; *Caso La Cantuta vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de noviembre de 2006, Serie C, núm. 162, párrafo 175, y *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia)*, *supra* nota 16, párrafo 174.

²⁷ *Caso Barrios Altos vs. Perú. Fondo*. Sentencia de 14 de marzo de 2001, Serie C, núm. 75, párrafo 44.

suelto en la sentencia de fondo en el caso Barrios Altos t[enía] efectos generales»²⁸ (cursiva nuestra).

21. En definitiva, a nuestro entender el fallo de la Suprema Corte de Justicia del Uruguay de 22 de febrero de 2013, si bien parte de la aceptación y obligatoriedad de la sentencia de la Corte IDH²⁹, por su particular interpretación, consideraciones y efectos que produce, incide de manera directa y potencial en el debido cumplimiento de la sentencia del *Caso Gelman*, al constituir una interpretación contraria no sólo a la sentencia internacional que adquirió la autoridad de cosa juzgada, sino en general al Derecho internacional y, particularmente, al Derecho internacional de los derechos humanos, lo que podría producir un quebrantamiento al acceso a la justicia de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos, y podría representar un instrumento de perpetuación de la impunidad y el olvido de esos hechos al permitir la prescripción de dichos delitos³⁰; siendo que las violaciones graves a los derechos humanos, como lo es la desaparición forzada de personas, constituye «por la naturaleza de los derechos lesionados, una violación de una norma *jus cogens*, especialmente grave por haber acontecido como parte de una práctica sistemática de “terrorismo de Estado” a nivel inter-estatal»³¹, y revelan un incumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado establecidas por normas inderogables.

3. EFICACIA DE LA SENTENCIA INTERAMERICANA Y LA AUTORIDAD DE LA COSA JUZGADA INTERNACIONAL: SU PROYECCIÓN DIRECTA HACIA LAS PARTES (*RES JUDICATA*) E INDIRECTA HACIA LOS ESTADOS PARTES DE LA CONVENCIÓN AMERICANA (*RES INTERPRETATA*)

A) Eficacia vinculante de la sentencia internacional

22. De conformidad con los artículos 67 y 68.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el fallo de la Corte IDH será «definitivo» e «inapelable» y los Estados partes en la Convención se comprometen a «cumplir la decisión» en todo caso en que sean partes. Estos dispositivos convencionales constituyen el fundamento principal en el marco del Pacto de San José para otorgar a las sentencias del Tribunal Interamericano su carácter «firme» y «con eficacia vinculante» en sus términos, por lo que no procede ningún medio de im-

²⁸ *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Interpretación de la sentencia de Fondo. Sentencia de 3 de septiembre de 2001, Serie C, núm. 83, párrafo 18.

²⁹ Expresa la sentencia en uno de sus pasajes: «Por lo que viene de expresarse, no cabe duda que las sentencias emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son actos jurisdiccionales producidos por dicho órgano internacional, cuya jurisdicción y competencia ha sido reconocida expresamente por Uruguay, en el momento del depósito del instrumento de ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Se deriva de ello que —en observancia de su obligación internacional— nuestro país, como Estado condenado, debe proceder de buena fe a dar cumplimiento a lo dictaminado por dicha Corte» (sentencia núm. 20 de la Suprema Corte de Justicia del Uruguay, de 22 de febrero de 2013, párr. 2.º, p. 13).

³⁰ *Cfr.* considerando 103 de la Resolución de cumplimiento de sentencia en el *Caso Gelman vs. Uruguay*, a que se refiere el presente voto razonado.

³¹ *Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C, núm. 221, párrafo 99.

pugnación³² y, en consecuencia, no pueden ser revisadas en el ámbito nacional por ninguna autoridad³³.

23. La «eficacia vinculante» de las sentencias se corrobora, además, con el artículo 68.2 del propio Pacto de San José, al señalar que la indemnización compensatoria «podrá ejecutarse en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado». Y también del artículo 65, *in fine*, de la misma Convención³⁴, que señala la posibilidad de la Corte IDH de someter a la consideración de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, dentro de su informe anual las recomendaciones pertinentes cuando «un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos». Es decir, en todo caso existe la obligación de los Estados de cumplir con el fallo internacional de manera directa, pronta, íntegra y efectiva, siendo la propia Convención Americana la que establece garantías para lograr su cumplimiento; en primer término, la posibilidad de que la Corte IDH supervise dicho cumplimiento derivada de su facultad jurisdiccional y, eventualmente, prevé la posibilidad del propio Tribunal Interamericano para someter a una instancia política el incumplimiento³⁵; sin que ello signifique que la Corte IDH deje de conocer de la supervisión de cumplimiento respectivo, por lo que «podrá seguir requiriendo al Estado que presente información relativa al cumplimiento de la sentencia respectiva cuando lo considere pertinente»³⁶.

24. Como se enfatiza en la Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia a que se refiere el presente voto razonado, la obligación de acatar el fallo de la Corte IDH de conformidad con las disposiciones convencionales anteriores, derivan del principio básico sobre la responsabilidad internacional del Estado, respaldada ampliamente por la jurisprudencia internacional, que im-

³² Existe una instancia de interpretación de la sentencia, previsto en el artículo 67 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que pueden presentar las partes dentro de los noventa días a partir de la fecha de la notificación del fallo. Esta instancia, sin embargo, no constituye propiamente un recurso, ya que sólo tiene como finalidad aclarar el sentido o alcance de la resolución, sin que pueda en modo alguno modificar o cambiar su sustancia. Así lo ha entendido de manera reiterada la Corte IDH. *Vid.*, por ejemplo, la Resolución de 15 de mayo de 2011, *Interpretación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Caso Fernández Ortega y Otros vs. México*, párrafo 11: «Una solicitud de interpretación de sentencia no debe utilizarse como medio de impugnación de la decisión cuya interpretación se requiere. Dicha solicitud tiene como objeto, exclusivamente, determinar el sentido de un fallo cuando alguna de las partes sostiene que el texto de sus puntos resolutivos o de sus consideraciones carece de claridad o precisión, siempre y cuando esas consideraciones incidan en dicha parte resolutive. Por tanto, no se puede pedir la modificación o anulación de la sentencia respectiva a través de una solicitud de interpretación».

³³ Artículo 31.3 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

³⁴ En el mismo sentido se prevé esta posibilidad en el artículo 30 del Estatuto de la Corte Interamericana.

³⁵ En el último informe de labores del presidente de la Corte Interamericana correspondiente al año 2012, p. 68, precisamente se hace del conocimiento de la Asamblea General de la OEA que: «La Corte Interamericana con fecha 23 de noviembre de 2012 emitió una resolución en donde estableció la negativa de Venezuela a dar cumplimiento a la sentencia de fecha 5 de agosto de 2008 en el *Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela*. De conformidad con el artículo 65 de la Convención Americana, la Corte informa a la Asamblea General de la OEA que Venezuela no ha dado cumplimiento a la sentencia mencionada, por lo que solicita que inste a dicho Estado a cumplir con la sentencia de la Corte».

³⁶ Supervisión de cumplimiento de sentencia. *Caso Apitz Barbera y Otros («Corte Primera de lo Contencioso Administrativo») vs. Venezuela*. Resolución de 23 de noviembre de 2012, considerando 48.

plica el cumplimiento de buena fe de los instrumentos internacionales (*pacta sunt servanda*), sin que puedan invocarse razones de orden interno —incluso una norma constitucional o decisión judicial— para dejar de asumir la responsabilidad internacional en términos de los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Desde hace tiempo la Corte IDH así lo ha considerado, al establecer que:

«Según el Derecho internacional las obligaciones que éste impone *deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el Derecho interno*. Estas reglas pueden ser consideradas como principios generales del Derecho y han sido aplicadas, *aun tratándose de disposiciones de carácter constitucional*, por la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia [*Caso de las Comunidades Greco-Búlgaras* (1930), Serie B, núm. 17, p. 32; *Caso de Nacionales Polacos de Danzig* (1931), Series A/B, núm. 44, p. 24; *Caso de las Zonas Libres* (1932), Series A/B, núm. 46, p. 167; *Aplicabilidad de la obligación a arbitrar bajo el Convenio de Sede de las Naciones Unidas (Caso de la Misión del PLO)* (1988), pp. 12, a 31-2, párr. 47]. *Asimismo estas reglas han sido codificadas en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969*»³⁷.

25. Una vez que la sentencia interamericana es notificada a las partes de conformidad con el artículo 69 del mismo Pacto, produce la «eficacia de la sentencia» y, por consecuencia, nace la obligación internacional del Estado que participó en el proceso internacional —donde tuvo la oportunidad procesal para su adecuada defensa—, de «cumplir la decisión de la Corte» de manera pronta, íntegra y efectiva, dentro de los plazos señalados en el propio fallo. La obligación internacional de cumplir con «la decisión» comprende al Estado en su conjunto, es decir, a todos los poderes, órganos y autoridades nacionales³⁸.

B) Autoridad de la cosa juzgada internacional de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (formal y material)

26. La «cosa juzgada» constituye una institución procesal que consiste en «la autoridad y eficacia que adquiere la sentencia judicial cuando no proceden contra ella recursos ni otros medios de impugnación, y cuyos atributos son la coercibilidad, la inmutabilidad y la irrevisibilidad en otro proceso posterior»³⁹.

27. En el ámbito del Derecho internacional público, desde la más temprana jurisprudencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional, así como de la Corte Internacional de Justicia, se ha establecido que las decisiones de organismos de carácter jurisdiccional adquieren la fuerza de *cosa juzgada* y conllevan

³⁷ Opinión Consultiva OC-14/94, de 9 de diciembre de 1994. *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Serie A, núm. 14, párrafo 35. Asimismo, estas consideraciones han sido reiteradamente señaladas por el Tribunal Interamericano en casos contenciosos.

³⁸ *Cfr. Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de 5 de febrero de 2013, párrafo 5; *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de 17 de noviembre de 1999, considerando 3.º; y *Caso Barrios Altos vs. Perú, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte de 7 de septiembre de 2012, considerando 4.º

³⁹ E. J. COUTURE, voz «cosa juzgada», en *Vocabulario jurídico. Español y latín, con traducción de vocablos al francés, italiano, portugués, inglés y alemán*, 4.ª ed., corregida, actualizada y ampliada por Ángel Landoni Sosa, Julio César Faira-Editor, Montevideo, 2010, pp. 211 y 212.

la obligación de ser cumplidas⁴⁰. Asimismo, en su momento, se determinó que sería imposible atribuir facultad a una corte nacional de invalidar una decisión de una corte internacional y de negar la existencia de una violación al Derecho internacional ya declarada a nivel internacional en un caso concreto⁴¹.

28. En el ámbito interamericano la sentencia de la Corte IDH produce «autoridad de cosa juzgada internacional». Esto implica que una vez que la sentencia interamericana es notificada a las partes, produce una eficacia vinculante y directa hacia las mismas. En el supuesto de una sentencia estimatoria de condena a un Estado, todos los poderes, órganos y autoridades del Estado condenado están obligados a cumplir con la sentencia, sin que se requiera algún procedimiento o interpretación interno o nacional para ello.

29. Así, las sentencias de la Corte IDH adquieren la «autoridad de cosa juzgada internacional» debido al carácter «inimpugnable» del fallo que establece el artículo 67 del Pacto de San José; es decir, al no ser sujeta a revisión posible por no preverse ningún medio de impugnación, lo que le da «firmeza» a la sentencia, como acto jurisdiccional que pone fin al proceso internacional —no así al procedimiento, que continúa la supervisión de la sentencia que deriva de la actividad jurisdiccional del Tribunal Interamericano hasta que se cumple de manera íntegra con la misma—.

30. Ahora bien, al producirse la «autoridad de la cosa juzgada internacional» (producto de la firmeza del fallo) deviene la «inmutabilidad» de la sentencia dictada por la Corte IDH, en tanto acto procesal y en cuanto a su contenido o substancia y sobre todos sus efectos. Así, la cosa juzgada internacional (formal y material) implica que ningún otro tribunal internacional o nacional —incluso la propia Corte IDH— en otro juicio posterior, puede volver a pronunciarse sobre el objeto del proceso. Esta institución descansa en los principios generales del Derecho de seguridad jurídica y de paz social, al permitir certeza a las partes —y a la sociedad en su conjunto—, al evitar que el conflicto se prolongue indefinidamente, elementos contenidos en los artículos 67 y 68 del Pacto de San José para coadyuvar al establecimiento de un orden público interamericano.

C) Eficacia de la sentencia interamericana como «cosa juzgada» (*res judicata*) con efectos *inter partes* y como «norma convencional interpretada» (*res interpretata*) con efectos *erga omnes*

31. La sentencia interamericana, en tanto adquiere la autoridad de la cosa juzgada internacional, despliega los contenidos y efectos de la sentencia en dos dimensiones: *a*) de manera subjetiva y directa hacia las partes en la controversia internacional, y *b*) de manera objetiva e indirecta hacia todos los Estados parte en la Convención Americana.

32. En el primer supuesto se produce una eficacia *inter partes*, que consiste en la obligación del Estado de cumplir con todo lo establecido en la sentencia in-

⁴⁰ Cfr: International Court of Justice, *Corfu Channel case (preliminary objection)*, 1948, p. 28; International Court of Justice, *Corfu Channel case (compensation)*, 1949, p. 248; y *Nottebohm case (preliminary objection)*, 1953, p. 123.

⁴¹ Cfr: Permanent Court of Justice, *The Factory At Chorzow (Claim for Indemnity) (The Merits)*, p. 84.

teramericana de manera pronta, íntegra y efectiva. Existe una vinculación total y absoluta de los contenidos y efectos del fallo, que se deriva como obligación de los artículos 67 y 68.1 de la Convención Americana.

33. En el segundo se produce una eficacia *erga omnes* hacia todos los Estados parte de la Convención, en la medida en que todas las autoridades nacionales quedan vinculados a la efectividad convencional y, consecuentemente, al criterio interpretativo establecido por la Corte IDH, en tanto estándar mínimo de efectividad de la norma convencional, derivada de la obligación de los Estados de respeto, garantía y adecuación (normativa e interpretativa) que establecen los artículos 1.º y 2.º de la Convención Americana; y de ahí la lógica de que la sentencia sea notificada no sólo «a las partes en el caso» sino también «transmitido a los Estados partes en la Convención» en términos del artículo 69 del Pacto de San José.

a) *Eficacia subjetiva de la sentencia interamericana como «cosa juzgada internacional»*

La vinculación directa «inter partes» implica la obligación del Estado de cumplir con la totalidad de la sentencia y no sólo con la parte dispositiva o resolutive.

34. La eficacia vinculante de la sentencia que establece responsabilidad internacional a un Estado que fue parte material de la controversia, y en la que tuvo la oportuna y adecuada defensa en juicio, no sólo se proyecta hacia la parte «resolutive» o «dispositiva» del fallo, sino que alcanzan los razonamientos, argumentos y consideraciones que fundamentan y dan sentido a la decisión. Sólo así se podría entender la buena fe del Estado de cumplir con lo que previamente y en uso de su soberanía se comprometió, esto es, a «cumplir la decisión de la Corte en todo caso» en que sea parte (art. 68.1 de la Convención Americana); toda vez que no puede desvincularse la parte «dispositiva» o «resolutive» de la «parte considerativa», al implicar la sentencia un acto jurisdiccional que involucra, en general, «la decisión» como acto jurisdiccional decisorio.

35. La propia Convención Americana establece la obligación para la Corte IDH de «motivar» su fallo (art. 66), y es ahí donde se encuentran los «fundamentos de la sentencia»; es decir, el «conjunto de motivos, razones o argumentos de hecho y especialmente de derecho en que se apoya una decisión judicial»⁴². Constituyen las consideraciones jurídicas, de hecho y de Derecho, aplicables al caso para su resolución. De esta manera, en la motivación se encuentra el *thema decidendum* que se refleja en los dispositivos o resolutive de la sentencia y, por lo tanto, constituye «la decisión» un acto complejo del acto decisorio del tribunal. Así, las *rationes decidendi* constituyen un elemento fundamental y necesario que debe considerar el Estado que fue «parte material» para cumplir adecuadamente y de manera íntegra con los resolutive y dispositivos de la sentencia.

⁴² E. J. COUTURE, voz «fundamentos de la sentencia», en *Vocabulario jurídico. Español y latín, con traducción de vocablos al francés, italiano, portugués, inglés y alemán*, 4.ª ed., corregida, actualizada y ampliada por Ángel Landoni Sosa, Julio César Faira-Editor, Montevideo, 2010, p. 364.

36. Lo anterior, incluso, fue motivo de reflexión por parte del Tribunal Interamericano desde los primeros casos que conoció, entendiendo que el alcance respectivo tiene su fundamento en un principio general del Derecho procesal. Así, en la resolución de reparaciones y costas, en el *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, se precisó que:

«35. Aunque estas obligaciones no quedaron expresamente incorporadas en la parte resolutive de la sentencia sobre el fondo, *es un principio del Derecho procesal que los fundamentos de una decisión judicial forman parte de la misma*. La Corte declara, en consecuencia, que tales obligaciones a cargo de Honduras subsisten hasta su total cumplimiento»⁴³ (cursiva nuestra).

37. Un ejemplo de lo anterior por parte de una Alta Corte nacional, se advierte con motivo del cumplimiento de la sentencia en el *Caso Radilla Pacheco vs. México*⁴⁴. La Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, *motu proprio* y sin que estuviera conociendo de un proceso judicial nacional, en cumplimiento de la sentencia interamericana, consideró que la misma le obliga en sus términos. En ese sentido, además de aceptar el «control de convencionalidad *ex officio* en un modelo de control difuso de constitucionalidad»⁴⁵, consideró que «las resoluciones pronunciadas por aquella instancia internacional cuya jurisdicción ha sido aceptada por el Estado mexicano, *son obligatorias para todos los órganos del mismo en sus respectivas competencias, al haber figurado como Estado parte en un litigio concreto*. Por tanto, *para el Poder Judicial son vinculantes no solamente los puntos de resolución concretos de la sentencia, sino la totalidad de los criterios contenidos en la sentencia mediante la cual se resuelve ese litigio*»⁴⁶. Resulta relevante el criterio interpretativo que sobre el particular adoptó la Suprema Corte de Justicia mexicana en la Tesis núm. LXV/2011⁴⁷:

«SENTENCIAS EMITIDAS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. SON VINCULANTES EN SUS TÉRMINOS CUANDO EL ESTADO MEXICANO FUE PARTE EN EL LITIGIO. El Estado Mexicano ha aceptado la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ello, cuando ha sido parte en una controversia o litigio ante esa jurisdicción, *la sentencia que se dicta en esa sede, junto con todas sus consideraciones, constituye cosa juzgada*, correspondiéndole exclusivamente a ese órgano internacional evaluar todas y cada una de las excepciones formuladas por el Estado Mexicano, tanto si están relacionadas con la extensión de la competencia de la misma Corte o con las reservas y salvedades formuladas por aquél. *Por ello, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, aun como tribunal constitucional, no es competente para analizar, revisar, calificar o decidir si una sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos es correcta o incorrecta,*

⁴³ *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de julio de 1989, Serie C, núm. 7, párrafo 35.

⁴⁴ *Caso Radilla Pacheco vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de noviembre de 2009, Serie C, núm. 209.

⁴⁵ En cumplimiento explícito al párrafo 339 de la sentencia de la Corte IDH en el *Caso Radilla Pacheco vs. México* relativo a la obligación de ejercer «control de convencionalidad *ex officio*». Cfr. Expediente Varios 912/2010, resuelto por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 14 de julio de 2011, párrafos 22 a 36.

⁴⁶ Expediente Varios 912/2010, resuelto por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 14 de julio de 2011, párrafo 19.

⁴⁷ Tesis del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, aprobada el 28 de noviembre de 2011 y publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro III, diciembre de 2011, t. 1, p. 556.

o si excede en relación con las normas que rigen su materia y proceso. Por tanto, la Suprema Corte no puede hacer ningún pronunciamiento que cuestione la validez de lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya que para el Estado Mexicano dichas sentencias constituyen cosa juzgada. Lo único procedente es acatar y reconocer la totalidad de la sentencia en sus términos. Así, las resoluciones pronunciadas por aquella instancia internacional son obligatorias para todos los órganos del Estado Mexicano, al haber figurado como parte en un litigio concreto, siendo vinculantes para el Poder Judicial no sólo los puntos de resolución concretos de la sentencia, sino la totalidad de los criterios contenidos en ella» (cursiva nuestra).

38. Ahora bien, el alcance de la vinculación de la *ratio decidendi* adquiere mayor certeza cuando en los propios dispositivos del fallo refieren de manera expresa a la parte considerativa que contiene los fundamentos jurídicos para la «decisión», como suele ser una práctica reiterada por el Tribunal Interamericano y como aconteció en la sentencia del *Caso Gelman*. En efecto, para los efectos que particularmente interesan, resulta relevante lo previsto en el *Resolutivo 11*⁴⁸:

«11. El Estado debe garantizar que la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado, al carecer de efectos por su incompatibilidad con la Convención Americana y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en cuanto puede impedir u obstaculizar la investigación y eventual sanción de los responsables de graves violaciones de derechos humanos, no vuelva a representar un obstáculo para la investigación de los hechos materia del presente caso y para la identificación y, si procede, sanción de los responsables de los mismos, *de conformidad con los párrafos 253 y 254 de la sentencia»* (cursiva nuestra).

39. El «Resolutivo 11» hace referencia precisa a una parte medular de la motivación realizada en el epígrafe «Reparaciones» identificado en los párrafos 253⁴⁹ y 254⁵⁰ de la sentencia; lo cual no implica que sólo a dichas consideraciones argumentativas se deba atender para una comprensión adecuada de los fundamentos jurídicos sobre la cuestión decidida, sino en general a las *rationes decidendi* sobre el *thema decidendum* que se contienen a lo largo del acto decisorio; es decir, se extienden al conjunto de razonamientos contenidos en la totalidad del fallo que sirvieron al Tribunal Interamericano para decidir sobre la cuestión planteada y debatida en el proceso internacional.

40. De ahí que la motivación que contiene el conjunto de razones y fundamentos de hecho y de Derecho plasmadas en la sentencia interamericana, gene-

⁴⁸ *Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C, núm. 221.

⁴⁹ «Para ello, dado que la Ley de Caducidad carece de efectos por su incompatibilidad con la Convención Americana y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en cuanto puede impedir la investigación y eventual sanción de los responsables de graves violaciones de derechos humanos, el Estado deberá asegurar que aquélla no vuelva a representar un obstáculo para la investigación de los hechos materia del presente caso ni para la identificación y, si procede, sanción de los responsables de los mismos y de otras graves violaciones de derechos humanos similares acontecidas en Uruguay». *Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C, núm. 221, párrafo 253.

⁵⁰ «En consecuencia, el Estado debe disponer que ninguna otra norma análoga, como prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, *ne bis in idem* o cualquier excluyente similar de responsabilidad, sea aplicada y que las autoridades se abstengan de realizar actos que impliquen la obstrucción del proceso investigativo». *Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C, núm. 221, párrafo 254.

ran la certeza específica para cumplir con lo dispuesto por el Tribunal Interamericano en la sentencia y, consecuentemente, para cumplir con la Convención Americana en términos del artículo 68.1.

41. En el caso particular, esta certeza sobre lo previsto en el «Resolutivo 11» de la sentencia, refiere a las consideraciones expuestas a lo largo de la sentencia y que implican la obligación del Estado de «garantizar» que la Ley de Caducidad no vuelva a representar un obstáculo para la investigación de los hechos, identificación y, si procede, sanción de los responsables de las víctimas del *Caso Gelman y de otros casos de violaciones graves de derechos humanos acontecidos en Uruguay en el periodo de la dictadura militar*, al carecer de efectos jurídicos dicha norma general por contravenir el Pacto de San José y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, resultando imprescriptibles dichas conductas por estar amparadas en normas de *jus cogens* y por tratarse la desaparición forzada de personas de un delito continuado o permanente⁵¹; cuestiones abordadas en otras partes del fallo y específicamente en el acápite «VI.3. Derechos a las garantías judiciales y protección judicial en relación con la obligación de respetar los derechos, el deber de adoptar disposiciones en Derecho interno y las obligaciones sobre investigación derivadas de la convención interamericana sobre desaparición forzada de personas», comprendidas en los *Considerandos 139 a 246 de la sentencia*. Además de lo previsto en el acápite VII. *Reparaciones*, especialmente los *Considerandos 253 y 254* (a que expresamente se refiere el Resolutivo 11 de la sentencia).

42. Es por ello que en la presente Resolución de supervisión de cumplimiento de la sentencia, la Corte IDH estimó que «la decisión» que emitió —dictada en un caso contencioso concreto, respecto de un Estado parte en la Convención y que reconoció expresamente su jurisdicción—⁵², no se limita en su efecto vinculante a la parte resolutive o dispositiva del fallo «sino que incluye todos los fundamentos, motivaciones, alcances y efectos» del mismo⁵³; es decir, la sentencia es vinculante para el Estado concernido en su integridad, incluyendo su *ratio decidendi*, toda vez que «la obligación de los Estados parte de dar pronto cumplimiento a las decisiones de la Corte es parte intrínseca de la obligación de cumplir de buena fe con la Convención Americana y vincula a todos los poderes y órganos estatales»⁵⁴.

⁵¹ El considerando 221 de la sentencia expresamente señala: «La falta de investigación de las graves violaciones de derechos humanos cometidas en este caso, enmarcadas en patrones sistemáticos, revelan un incumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado, establecidas por normas inderogables». *Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C, núm. 221, párrafo 221.

⁵² La República Oriental del Uruguay es Estado parte de la Convención desde el 19 de abril de 1985 y reconoció la competencia contenciosa de la Corte IDH en esa misma fecha. Asimismo, también es parte en la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura desde el 10 de noviembre de 1992; en la Convención Interamericana sobre Desaparición forzada de Personas desde el 2 de abril de 1996; y en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer desde el 2 de abril de 1996. Tratados sobre los cuales se pronunció y tiene competencia la Corte IDH en términos del artículo 62.3 de la Convención Americana.

⁵³ Considerando 102 de la Resolución de supervisión de cumplimiento de la sentencia en el *Caso Gelman vs. Uruguay*, a que se refiere el presente voto razonado.

⁵⁴ Considerando 62, *in fine*, de la Resolución de supervisión de cumplimiento de la sentencia en el *Caso Gelman vs. Uruguay*, a que se refiere el presente voto razonado.

b) *Eficacia objetiva de la sentencia interamericana como «norma convencional interpretada»*

La vinculación indirecta «*erga omnes*» hacia todos los Estados parte de la Convención Americana implica aplicar el estándar interpretativo mínimo de efectividad de la norma convencional.

43. La proyección de la eficacia interpretativa de la sentencia hacia todos los Estados parte que han suscrito y ratificado o se han adherido a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y particularmente en aquellos que han aceptado la competencia contenciosa de la Corte IDH, consiste en la obligación por todas las autoridades nacionales de aplicar no sólo la norma convencional sino la «norma convencional interpretada» (*res interpretata*)⁵⁵; es decir, el criterio interpretativo que como estándar mínimo aplicó el Tribunal Interamericano al Pacto de San José y, en general al *corpus juris* interamericano, materia de su competencia, para resolver la controversia. Y así asegurar la efectividad (mínima) de la norma convencional. Lo anterior, al constituir precisamente el objeto del mandato y competencia del Tribunal Interamericano «la interpretación y aplicación» de la Convención Americana⁵⁶, y «de otros tratados que le otorguen competencia»⁵⁷.

44. La eficacia interpretativa de la norma convencional debe entenderse como la posibilidad de lograr una efectividad regional estándar mínima de la Convención Americana para ser aplicable por todas las autoridades en el ámbito nacional. Lo anterior se deriva de los artículos 1.1⁵⁸ y 2⁵⁹ del propio Pacto de San José, en virtud de que existe la obligación de los Estados parte de «respetar» y «garantizar» los derechos y libertades, así como la obligación de «adecuación» —normativa e interpretativa— para lograr la efectividad de los derechos y libertades cuando no estén garantizados. Esta última obligación de los Estados parte es de singular importancia en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y constituye uno de los aspectos fundamentales que lo distingue del Sistema Europeo⁶⁰.

⁵⁵ Considerandos 67, 69 y 72 de la Resolución de supervisión de cumplimiento de la sentencia en el *Caso Gelman vs. Uruguay*, a que se refiere el presente voto razonado.

⁵⁶ Artículos 62.1 y 3 de la Convención Americana y 1.º del Estatuto de la Corte Interamericana, aprobado por la Asamblea General de la OEA en La Paz, Bolivia, en octubre de 1979.

⁵⁷ *Cfr. Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de septiembre de 2010, Serie C, núm. 217, párrafo 199.

⁵⁸ «Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos. Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna o motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social».

⁵⁹ «Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere 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 fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades».

⁶⁰ La Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, adoptada el 4 de noviembre de 1950 por el Consejo de Europa y en vigor desde 1953, no contiene una norma explícita de esta naturaleza.

45. En efecto, el artículo 2.º de la Convención Americana, que se inspira en el artículo 2.º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas de 1966⁶¹, y también recoge el artículo 2.º del Protocolo adicional en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1988⁶², ha sido considerado por la Corte IDH no como una obligación implícita de las de «respeto» y «garantía» previstas en el artículo 1.º de la propia Convención, sino una *obligación específica* que complementa aquellas. Desde la Opinión Consultiva 7/86, el Tribunal Interamericano consideró que la obligación derivada del artículo 2.º del Pacto de San José, constituye una «obligación adicional, que se suma a la impuesta por el artículo 1 de la Convención dirigida a hacer más determinante y cierto el respeto de los derechos y libertades que la Convención reconoce. Por eso es que la obligación que resulta del artículo 2, complementa, pero de ninguna manera sustituye o suple, a la obligación general y no condicionada que resulta del artículo 1»⁶³.

46. El carácter evolutivo de la jurisprudencia interamericana ha permitido interpretar el contenido obligacional derivado del artículo 2.º de la Convención Americana de «adoptar disposiciones de Derecho interno» sean «medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos» los derechos y libertades. Esto ha motivado una jurisprudencia interamericana amplia sobre diversas temáticas⁶⁴; por ejemplo, pueblos indígenas o tribales⁶⁵, libertad

⁶¹ Asamblea General de la ONU, resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, vigente a partir del 23 de marzo de 1976: «Artículo 2. 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 reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter».

⁶² Suscrito en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988: «Artículo 2. *Obligaciones de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno*. Si el ejercicio de los derechos establecidos en el presente Protocolo no estuviera 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 este Protocolo las medidas legislativas de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos».

⁶³ Asimismo, se precisa por la Corte IDH que «se propuso la inclusión del actual artículo 2 en el Proyecto de Convención, en las observaciones del Gobierno de Chile al Proyecto de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos: “La argumentación de que la inclusión de esta cláusula en la Convención Interamericana podría justificar la alegación de un Estado en el sentido de no estar obligado a respetar uno o más derechos no contemplados en su legislación interna, no se sostiene dentro de los términos del proyecto; y menos aún si su alcance queda expresamente establecido durante la Conferencia” (Actas y Documentos, *supra* 4, p. 38)». *Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta* (arts. 14.1, 1.1 y 2 *Convención Americana sobre Derechos Humanos*). *Opinión Consultiva OC-7/86*, de 29 de agosto de 1986, Serie A, núm. 7.

⁶⁴ *Cfr.* E. FERRER MAC-GREGOR y C. M.^a PELAYO MÖLLER, «El deber de adoptar disposiciones de Derecho interno. Análisis del artículo 2.º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y su impacto en el orden jurídico nacional», en A. VON BOGDANDY, J. I. UGARTEMENDIA, A. SAIZ ARNAIZ y M. MORALES-ANTONIAZZI (coords.), *La tutela jurisdiccional de los derechos. Del constitucionalismo histórico al constitucionalismo de la integración*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 2012, pp. 299-348.

⁶⁵ *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2001, Serie C, núm. 79; *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2001, Serie C, núm. 79; *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia de 17 de junio de 2005; *Caso Yatama vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de junio de 2005, Serie C, núm. 127; *Caso Comunidad Indí-*

de expresión y acceso a la información⁶⁶, derecho del inculpado a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior en materia penal⁶⁷, pena de muerte⁶⁸, fuero militar⁶⁹, derecho laboral⁷⁰, estabilidad e inamovilidad de jueces⁷¹, y sobre leyes de amnistía⁷². En esta última línea jurisprudencial sobre la incompatibilidad de

gena Sawhoyamaya vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006; *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 28 de noviembre de 2007; *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C, núm. 214; *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Fondo y Reparaciones.* Sentencia de 27 de junio de 2012, Serie C, núm. 245.

⁶⁶ Cfr. *Caso «La Última Tentación de Cristo» (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 5 de febrero de 2001, Serie C, núm. 73; *Caso Palamara Iribarne vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 22 de noviembre de 2005, Serie C, núm. 135; *Caso Kimel vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 2 de mayo de 2008, Serie C, núm. 177; *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 20 de noviembre de 2009, Serie C, núm. 207.

⁶⁷ Cfr. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 17 de noviembre de 2009, Serie C, núm. 206; *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 2 de julio de 2004, Serie C, núm. 107; *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 17 de noviembre de 2009, Serie C, núm. 206.

⁶⁸ Cfr. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 21 de junio de 2002, Serie C, núm. 94; *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 20 de junio de 2005, Serie C, núm. 126; *Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Serie C, núm. 133; *Caso Boyce y otros vs. Barbados. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 20 de noviembre de 2007, Serie C, núm. 169; *Caso Dacosta Cadogan vs. Barbados. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 24 de septiembre de 2009, Serie C, núm. 204.

⁶⁹ Cfr. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú. Fondo.* Sentencia de 17 de septiembre de 1997, Serie C, núm. 33; *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C, núm. 52; *Caso Las Palmeras vs. Colombia. Fondo.* Sentencia de 6 de diciembre de 2001, Serie C, núm. 90; *Caso Radilla Pacheco vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 23 de noviembre de 2009, Serie C, núm. 209; *Caso Fernández Ortega y Otros vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 30 de agosto de 2010, Serie C, núm. 215; *Caso Rosendo Cantú y Otra vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 31 de agosto de 2010, Serie C, núm. 216; *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 26 de noviembre de 2010, Serie C, núm. 220.

⁷⁰ Cfr. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 2 de febrero de 2001, Serie C, núm. 72; *Caso Cinco Pensionistas vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 28 de febrero de 2003, Serie C, núm. 98, párrafos 167 y 168; *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 24 de noviembre de 2006, Serie C, núm. 158.

⁷¹ Cfr. *Caso Apitz Barbera y otros («Corte Primera de lo Contencioso Administrativo») vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 5 de agosto de 2008, Serie C, núm. 182; *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 30 de junio de 2009, Serie C, núm. 197; *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 1 de julio de 2011, Serie C, núm. 227.

⁷² Cfr. *Caso Barrios Altos vs. Perú. Fondo.* Sentencia de 14 de marzo de 2001, Serie C, núm. 75; *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C, núm. 154; *Caso La Cantuta vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 29 de noviembre de 2006, Serie C, núm. 162; *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 24 de noviembre de 2010, Serie C, núm. 219; *Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones.* Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C, núm. 221; *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 25 de octubre de 2012, Serie C, núm. 252.

las leyes de amnistías, como sucedió en la sentencia del *Caso Gelman*⁷³, expresamente se concluye en el *Resolutivo 6* que «El Estado ha incumplido la obligación de adecuar su Derecho interno a la Convención Americana» y específicamente dentro de la motivación, se expresa⁷⁴:

«En particular, *debido a la interpretación y a la aplicación que se ha dado a la Ley de Caducidad, la cual carece de efectos jurídicos respecto de graves violaciones de derechos humanos* en los términos antes indicados (*supra* párr. 232), ha incumplido su obligación de adecuar su Derecho interno a la Convención, *contenida en el artículo 2 de la misma*, en relación con los artículos 8.1, 25 y 1.1 del mismo tratado y los artículos I.b), III, IV y V de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas» (cursiva nuestra).

47. Así, la expresión «o de otro carácter» contenida la obligación convencional del artículo 2.º, implica cualquier medida en la que se incluyen, evidentemente, las «interpretaciones» que las autoridades y especialmente los jueces realizan al Pacto de San José para «hacer efectivos» los derechos y libertades del Pacto, que están obligados a respetar y garantizar en términos del artículo 1.1 de la Convención. En el *Caso La Cantuta vs. Perú* se estableció:

«Ciertamente el artículo 2 de la Convención no define cuáles son las medidas pertinentes para la adecuación del Derecho interno a la misma, obviamente por depender ello del carácter de la norma que la requiera y las circunstancias de la situación concreta. Por ello, la Corte ha interpretado que tal adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) *la supresión de las normas y prácticas* de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y ii) *la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías*. El Tribunal ha entendido que la obligación de la primera vertiente se incumple mientras la norma o práctica violatoria de la Convención *se mantenga* en el ordenamiento jurídico y, por ende, se satisface con la *modificación, la derogación, o de algún modo anulación*, o la reforma de las normas o prácticas que tengan esos alcances, según corresponda»⁷⁵ (cursiva nuestra).

48. Lo anterior es relevante para advertir que si una interpretación constitucional o legal en el ámbito interno no se ajusta al estándar interpretativo establecido por la Corte IDH para otorgar un mínimo de efectividad a la Convención Americana, existe un incumplimiento de la obligación de «adecuación» previsto en el artículo 2.º del Pacto de San José, es decir, al existir una inadecuada actuación interna con la Convención; en cuanto limita la efectividad de la norma convencional al realizar una interpretación de menores alcances a la realizada por el Tribunal Interamericano, lo cual, además, prohíbe su artículo 29, al permitir

⁷³ La Corte IDH expresamente considera a la Ley de Caducidad como una ley de amnistía. El párrafo 240 de la sentencia señala: «Adicionalmente, al aplicar la Ley de Caducidad (que por sus efectos constituye una ley de amnistía) impidiendo la investigación de los hechos y la identificación, juzgamiento y eventual sanción de los posibles responsables de violaciones continuadas y permanentes como las desapariciones forzadas, se incumple la obligación de adecuar el Derecho interno del Estado, consagrada en el artículo 2 de la Convención Americana». *Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C, núm. 221, párrafo 240.

⁷⁴ *Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C, núm. 221, párrafo 243.

⁷⁵ *Caso La Cantuta vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de noviembre de 2006, Serie C, núm. 162, párrafo 172.

que una práctica nacional limite los alcances de la norma convencional en perjuicio de la efectividad de un derecho o libertad. Como lo ha expresado la Corte IDH «la existencia de una norma no garantiza por sí misma que su aplicación sea adecuada. Es necesario que la aplicación de las normas o su interpretación, en tanto prácticas jurisdiccionales y manifestación del orden público estatal, se encuentren ajustadas al mismo fin que persigue el artículo 2 de la Convención»⁷⁶.

49. La Corte IDH ha señalado que el deber general del Estado, establecido en el artículo 2.º de la Convención, incluye la adopción de medidas para *suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza* que impliquen una violación a los derechos previstos en dicho instrumento internacional, así como la *expedición de normas y el desarrollo de prácticas* conducentes a la observancia efectiva de los mismos⁷⁷. Aquí la observancia de la «efectividad» cobra relevancia en términos del principio del *effet utile* «lo que significa que el Estado debe adoptar todas las medidas necesarias para que lo establecido en la Convención sea realmente cumplido»⁷⁸; por lo que la Corte IDH ha considerado necesario reafirmar que dicha obligación, por su propia naturaleza, constituye una *obligación de resultado*⁷⁹.

50. En este sentido «la obligación estatal de adecuar la legislación interna a las disposiciones convencionales no se limita al texto constitucional o legislativo, sino que deberá irradiar a todas las disposiciones jurídicas de carácter reglamentario y traducirse en la *efectiva aplicación práctica de los estándares de protección de los derechos humanos*»⁸⁰. Así, la observancia a lo dispuesto en el artículo 2.º del Pacto de San José trasciende el ámbito meramente legislativo, pudiendo y debiendo las autoridades administrativas y especialmente los jueces nacionales en todos los niveles, realizar interpretaciones que no limiten el estándar interpretativo establecido por la Corte IDH precisamente para lograr la efectividad mínima de la Convención Americana, cuyo compromiso los Estados se comprometieron a aplicar.

51. De ahí que la Corte IDH ha entendido que tiene dentro de sus competencias la posibilidad de supervisar un «adecuado control de convencionalidad» sobre la interpretación que realiza una alta jurisdicción nacional, como lo hizo en la sentencia del *Caso Gelman*. En efecto, el Tribunal Interamericano estimó que la Suprema Corte de Justicia del Uruguay en el *Caso Nibia Sabalsagaray*

⁷⁶ Cfr. *Caso Radilla Pacheco vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de noviembre de 2009, Serie C, núm. 209, párrafo 338. En el mismo sentido, *vid. Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C, núm. 52, párrafo 207; *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 4 de julio de 2006, Serie C, núm. 149, párrafo 83; y *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C, núm. 154, párrafo 118.

⁷⁷ Cfr. *Caso Durand y Ugarte vs. Perú. Fondo*. Sentencia de 16 de agosto de 2000, Serie C, núm. 68, párrafo 137.

⁷⁸ *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia de 17 de junio de 2005, Serie C, núm. 125, párrafo 101.

⁷⁹ Cfr. *Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 11 de marzo de 2005, Serie C, núm. 123, párrafo 93.

⁸⁰ *Caso Vélez Loor vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de noviembre de 2010, Serie C, núm. 218, párrafo 286.

Curutchet de 2009⁸¹ (criterio reiterado por lo menos en dos casos posteriores)⁸², había realizado «un adecuado control de convencionalidad» respecto de la Ley de Caducidad, al establecer, *inter alia*, que:

«el límite de la decisión de la mayoría reside, esencialmente, en dos cosas: la tutela de los derechos fundamentales (los primeros, entre todos, son el derecho a la vida y a la libertad personal, y no hay voluntad de la mayoría, ni interés general ni bien común o público en aras de los cuales puedan ser sacrificados) y la sujeción de los poderes públicos a la ley»⁸³.

52. En todo caso las autoridades nacionales pueden válidamente ampliar la eficacia de la norma convencional a través de la interpretación más favorable en aplicación del principio *pro personae*, que además obliga al Estado debido a lo previsto en el artículo 29.b) del Pacto de San José, en la medida en que ninguna disposición de esta Convención puede ser interpretado en el sentido de que «límite el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados».

53. Lo anterior es de importancia para comprender que la eficacia interpretativa de la norma convencional, al constituir un estándar mínimo regional de aplicabilidad nacional *constituye una pauta hermenéutica fundamental e imprescindible de mínimos en materia de derechos humanos*; de tal manera que pueden las autoridades nacionales (administrativas, legislativas o jurisdiccionales) de cualquier nivel (municipal, regional, estadual, federal o nacional) de los Estados parte de la Convención, eventualmente apartarse del criterio interpretativo de la Corte IDH cuando se realice de manera razonada y fundada una interpretación que permita lograr un mayor grado de efectividad de la norma convencional a través de una interpretación más favorable de la «jurisprudencia interamericana» sobre el derecho humano en cuestión.

⁸¹ Sentencia núm. 365 de 19 de octubre de 2009. *Caso «Sabalsagaray Curutchet Blanca Stela - Denuncia de Excepción de Inconstitucionalidad»*.

⁸² Por medio del mecanismo de «resolución anticipada» el criterio se reiteró en la causa «Organización de los Derechos Humanos» de 29 de octubre de 2010 y en la causa «fusilados de Soca» de 10 de febrero de 2011. *Cfr.* considerando 38 y nota 14 de la Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia en el *Caso Gelman vs. Uruguay*, a que se refiere el presente voto concurrente razonado.

⁸³ *Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C, núm. 239. En la nota al pie 298 del propio fallo, se sostiene lo siguiente:

«Suprema Corte de Justicia del Uruguay, *Caso de Nibia Sabalsagaray Curutchet*, *supra* nota 163:

[...] la ratificación popular que tuvo lugar en el recurso de referéndum promovido contra la ley en 1989 no proyecta consecuencia relevante alguna con relación al análisis de constitucionalidad que se debe realizar [...].

Por otra parte, el ejercicio directo de la soberanía popular por la vía del referéndum derogatorio de las leyes sancionadas por el Poder Legislativo sólo tiene el referido alcance eventualmente abrogatorio, pero el rechazo de la derogación por parte de la ciudadanía no extiende su eficacia al punto de otorgar una cobertura de constitucionalidad a una norma legal viciada *ab origine* por transgredir normas o principios consagrados o reconocidos por la Carta. Como sostiene Luigi Ferrajoli, las normas constitucionales que establecen los principios y derechos fundamentales garantizan la dimensión material de la «democracia sustancial», que alude a aquello que no puede ser decidido o que debe ser decidido por la mayoría, vinculando la legislación, bajo pena de invalidez, al respeto de los derechos fundamentales y a los otros principios axiológicos establecidos por ella [...]. El mencionado autor califica como una falacia metajurídica la confusión que existe entre el paradigma del Estado de Derecho y el de la democracia política, según la cual una norma es legítima solamente si es querida por la mayoría [...].».

54. La eficacia interpretativa de la jurisprudencia interamericana (*res interpretata*) deriva directamente de la obligación de los Estados parte de la Convención del respeto, garantía y adecuación (normativa/interpretativa) a que se refieren los artículos 1.º y 2.º del propio Pacto, teniendo en consideración que conforme a la propia Convención Americana la «Corte [Interamericana] tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la *interpretación y aplicación* de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido»⁸⁴ y «dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados» cuando decida que hubo violación de los mismos⁸⁵. Así, la aplicación nacional del estándar interpretativo interamericano asegura el mínimo de efectividad de la norma convencional.

55. En otras palabras, la eficacia interpretativa de la jurisprudencia interamericana hacia todos los Estados parte de la Convención Americana deriva de la misma eficacia jurídica de este instrumento internacional, al desplegar sus efectos en un Estado por el sólo hecho de ser parte del mismo⁸⁶; y, consecuentemente, para cumplir con su obligación convencional de respeto, garantía y adecuación (normativa/interpretativa) a que se refieren los artículos 1.º y 2.º se requiere una efectividad mínima de la propia Convención Americana, que sólo podría lograrse con la adecuación interpretativa mínima que las autoridades nacionales realicen de la norma convencional a la luz de la jurisprudencia interamericana. Lo anterior, debido a que es el propio Pacto de San José el que establece como único órgano competente de naturaleza «jurisdiccional» para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados parte de la Convención Americana, con competencia para «interpretar» y «aplicar» la Convención⁸⁷, y en caso de existir una violación garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcado; es decir, la jurisprudencia de la Corte IDH condiciona el mínimo de efectividad de la norma convencional que deben aplicar las autoridades nacionales del Estado parte para poder cumplir con sus obligaciones convencionales que derivan de los artículos 1.º y 2.º del Pacto de San José, relacionado también con el principio *pro personae* contenido en el artículo 29 de la propia Convención Americana.

56. Así, en la Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia en el *Caso Gelman*, a que se refiere el presente voto razonado, se explicita la obligación de los Estados parte de la Convención Americana sobre la vinculación de la «norma convencional interpretada» (*res interpretata*) como una de las manifestaciones en que puede desplegarse el «control de convencionalidad» en situaciones y casos en que el Estado concernido no ha sido parte material en el proceso internacional en que fue establecida determinada jurisprudencia inte-

⁸⁴ Artículo 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, lo cual se corrobora con el propio artículo 62.1 y el artículo 33.b) del mismo Pacto de San José; además de los artículos 1.º y 2.1 del Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, este último instrumento internacional aprobado por la Asamblea General de la OEA.

⁸⁵ Artículo 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁸⁶ Como se desprende de los considerandos 69, 71 y 72 de la Resolución de supervisión de cumplimiento de la sentencia en el *Caso Gelman vs. Uruguay*, a que se refiere el presente voto razonado.

⁸⁷ Sin menoscabo de las importantes atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, como uno de los dos órganos de protección del Sistema Interamericano, si bien su función principal es la de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos, en términos del artículo 41 del propio Pacto de San José.

americana⁸⁸. En ese sentido «por el solo hecho de ser parte en la Convención Americana, toda autoridad pública y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están obligados por el tratado, por lo cual deben ejercer, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana»⁸⁹.

57. En el *Caso Gelman* no estamos en esta situación, debido a que al existir sentencia internacional con carácter de autoridad de cosa juzgada, produce una vinculación total y absoluta a la sentencia, por lo que todas las autoridades del Estado uruguayo —incluyendo a sus jueces en todos los niveles— deben aplicar de manera «directa» los contenidos, fundamentos y efectos de la sentencia (*vid. supra* párrs. 34 a 42); siendo el «control de convencionalidad» un instrumento útil, efectivo y necesario para lograrlo y de ahí la relación existente entre esta institución con la autoridad de la «cosa juzgada internacional» (*vid. infra* párrs. 80 a 100).

58. Sobre la eficacia de la jurisprudencia interamericana, fueron motivo de reflexiones en el voto razonado que emitimos a una sentencia derivada de un caso contencioso anterior⁹⁰:

«51. El juez nacional, por consiguiente, debe aplicar la jurisprudencia convencional incluso la que se crea en aquellos asuntos donde no sea parte el Estado nacional al que pertenece, ya que lo que define la integración de la jurisprudencia de la Corte IDH es la interpretación que ese Tribunal Interamericano realiza del *corpus juris interamericano* con la finalidad de crear un estándar en la región sobre su aplicabilidad y efectividad⁹¹. Lo anterior lo consideramos de la mayor importancia para el sano entendimiento del “control difuso de convencionalidad”, pues pretender reducir la obligatoriedad de la jurisprudencia convencional sólo a los casos donde el Estado ha sido “parte material”, equivaldría a nulificar la esencia misma de la propia Convención Americana, cuyos compromisos asumieron los Estados nacionales al haberla suscrito y ratificado o adherido a la misma, y cuyo incumplimiento produce responsabilidad internacional.

52. Así, la «fuerza normativa» de la Convención Americana alcanza a la interpretación que de la misma realice la Corte IDH, como “intérprete última” de dicho

⁸⁸ Cfr. considerandos 67, 69 y 72 de la Resolución de supervisión de cumplimiento de la sentencia en el *Caso Gelman vs. Uruguay*, a que se refiere el presente voto razonado.

⁸⁹ Considerando 69 de la Resolución de supervisión de cumplimiento de la sentencia en el *Caso Gelman vs. Uruguay*, a que se refiere el presente voto razonado.

⁹⁰ Voto razonado emitido en el *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010, párrafos 51, 52 y 63.

⁹¹ De esta manera, por ejemplo, pueden formar parte de su jurisprudencia los estándares establecidos por la Corte Europea de Derechos Humanos, tratados internacionales del sistema universal, las resoluciones de los Comités de Naciones Unidas, las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos o incluso los informes de los relatores especiales de la OEA o de Naciones Unidas, entre otros, siempre y cuando la Corte IDH los utilice y los haga suyos para formar su interpretación del *corpus juris interamericano* y crear la norma convencional interpretada como estándar interamericano.

Pacto en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. La interpretación emprendida por el Tribunal Interamericano a las disposiciones convencionales *adquiere la misma eficacia que poseen éstas*, ya que en realidad las “normas convencionales” constituyen el resultado de la «interpretación convencional» que emprende la Corte IDH como órgano “judicial autónomo cuyo objetivo es la aplicación e *interpretación*”⁹² del *corpus juris* interamericano. Dicho en otras palabras, el resultado de la interpretación de la Convención Americana conforma la jurisprudencia de la misma; es decir, “constituyen normas que derivan de la CADH, de lo cual se obtiene que gocen de la misma eficacia (directa) que tiene dicho tratado internacional”.

63. No pasa inadvertido que el artículo 68.1 establece que los Estados parte del Pacto de San José “*se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes*”. Lo anterior no puede ser limitante para que la jurisprudencia de la Corte IDH adquiera «eficacia directa» en todos los Estados nacionales que han reconocido expresamente su jurisdicción, con independencia de que derive de un asunto donde no han participado formalmente como «parte material», ya que al ser la Corte IDH el órgano jurisdiccional internacional del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, cuya función esencial es la aplicación e interpretación de la Convención Americana, *sus interpretaciones adquieren el mismo grado de eficacia del texto convencional*. En otras palabras, la norma convencional que deben aplicar los Estados es el resultado de la interpretación de las disposiciones del Pacto de San José (y sus protocolos adicionales, así como otros instrumentos internacionales). Las interpretaciones que realiza la Corte IDH se proyectan hacia dos dimensiones: i) en lograr su eficacia en el caso particular *con efectos subjetivos*, y ii) en establecer la eficacia general *con efectos de norma interpretada*. De ahí la lógica y necesidad de que el fallo, además de notificarse al Estado parte en la controversia particular, deba también ser “transmitido a los Estados parte de la Convención”⁹³, para que tengan pleno conocimiento del contenido normativo convencional derivado de la interpretación de la Corte IDH, en su calidad de “intérprete última” del *corpus juris* interamericano».

59. En ese sentido, un tema sobre el cual seguramente el Tribunal Interamericano tendrá en el futuro que reflexionar consiste en determinar si la «norma interpretada» alcanza eficacia *erga omnes* más allá de los «casos contenciosos» donde se produce la autoridad de la cosa juzgada; por ejemplo, en las «opiniones consultivas» donde no realiza una función «jurisdiccional» en sentido estricto, emitiendo una opinión interpretativa de la norma convencional, de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos o incluso sobre la compatibilidad de leyes internas con aquéllos⁹⁴; con una amplia participación de todos los Estados de la OEA (y no sólo de la Convención Americana), incluso, con la posibilidad de realizar audiencias públicas, recibir *amici curiae* y aplicar por analogía las disposiciones del procedimiento escrito en casos contenciosos en lo que sean aplicables⁹⁵.

60. Por otra parte, no debe perderse de vista que la eficacia interpretativa de la norma convencional ha sido resaltada desde hace tiempo por la doctrina europea con la denominación de «cosa interpretada» o *chose interprétée*, que en

⁹² Artículo 1.º del Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aprobado por resolución núm. 448 de la Asamblea General de la OEA, en la Paz, Bolivia (octubre de 1979).

⁹³ Artículo 69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁹⁴ Cfr. artículos 64 de la Convención Americana y 70 a 73 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

⁹⁵ Cfr. artículos 73 y 74 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

términos generales alude a la eficacia *erga omnes* que producen las sentencias del Tribunal de Estrasburgo hacia todos los Estados parte en la Convención Europea que no intervinieron en el proceso internacional, en la medida en que el criterio interpretativo, como lo ha señalado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos «sirve no sólo para decidir sobre los casos que conoce el Tribunal sino en general, para aclarar, proteger y desarrollar las normas previstas en la Convención» (*Caso Irlanda vs. el Reino Unido*, de 18 de enero de 1978)⁹⁶.

61. Este «principio de solidaridad» —en los términos empleados por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa— que se ha venido consolidando en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, fue incluso reconocido por aquel órgano en su importante Resolución 1226 de 28 de septiembre de 2000 sobre la «Ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos»⁹⁷:

«3. *El principio de solidaridad implica que la jurisprudencia de la Corte [Europea de Derechos Humanos] forma parte de la Convención, extendiendo así la fuerza legalmente vinculante de la Convención erga omnes (a todas las otras partes)*. Esto significa que los Estados parte no sólo deben ejecutar las sentencias de la Corte pronunciadas en casos en que son parte, sino también deben tomar en consideración las posibles implicaciones que las sentencias pronunciadas en otros casos puedan tener en sus propios ordenamientos jurídicos y prácticas legales» (cursiva nuestra).

62. El «principio de solidaridad», conjuntamente con la consolidada doctrina jurisprudencial del Tribunal de Estrasburgo sobre la vinculación a sus propios precedentes (por ejemplo, *vid.* el *Caso Mamatkoulov y Askarov vs. Turquía*)⁹⁸, ha ido progresivamente generando convicción y práctica de los propios

⁹⁶ En esta conocida sentencia se establece (§ 154): «*Nevertheless, the Court considers that the responsibilities assigned to it within the framework of the system under the Convention extend to pronouncing on the non-contested allegations of violation of Article 3 (art. 3). The Court's judgments in fact serve not only to decide those cases brought before the Court but, more generally, to elucidate, safeguard and develop the rules instituted by the Convention, thereby contributing to the observance by the States of the engagements undertaken by them as Contracting Parties (Article 19)*» (redonda nuestra). Asimismo, *vid.* la sentencia en el *Caso Opuz vs. Turquía* de 2009 (§ 163): «*...gardant à l'esprit qu'elle a pour tâche de donner une interprétation authentique et définitive des droits et libertés énumérés dans le titre I de la Convention, la Cour doit déterminer si les autorités nationales ont dûment pris en compte des principes découlant des arrêts qu'elle a rendus sur des questions similaires, y compris dans des affaires concernant d'autres États*». También *vid.* la sentencia en el *Caso Rantsev vs. Chipre y Rusia* (párr. 197): «*Les arrêts de la Cour servent en effet non seulement à statuer sur les affaires dont elle est saisie, mais plus généralement à clarifier, sauvegarder et étoffer les normes de la Convention, contribuant ainsi au respect par les États des engagements pris par eux en leur qualité de Parties contractantes*» (§ 197).

⁹⁷ Nota 38 de la Resolución de supervisión de cumplimiento de la sentencia en el *Caso Gelman vs. Uruguay*, a que se refiere el presente voto razonado. El texto original puede verse en <http://assembly.coe.int/ASP/Doc/XrefViewPDF.asp?FileID=16834&Language=EN>: «*Execution of judgments of the European Court of Human Rights*»: «[...] (3. *The principle of solidarity implies that the case-law of the Court forms part of the Convention, thus extending the legally binding force of the Convention erga omnes (to all the other parties). This means that the states parties not only have to execute the judgments of the Court pronounced in cases to which they are party, but also have to take into consideration the possible implications which judgments pronounced in other cases may have for their own legal system and legal practice*)».

⁹⁸ De febrero de 2005, § 121: «*121. Sans que la Cour soit formellement tenue de suivre ses arrêts antérieurs, il est dans l'intérêt de la sécurité juridique et de la prévisibilité qu'elle ne s'écarte pas sans motif valable de ses propres précédents (voir, par exemple, mutatis mutandis, Chapman c. Royaume-Uni [GC], no 27238/95, § 70, CEDH 2001-I, et Christine Goodwin c. Royaume-Uni [GC], no 28957/95, § 74, CEDH 2002-VI). Cependant, il est d'une importance cruciale que la Convention soit interprétée et appliquée d'une manière qui en rende les garanties concrètes et effectives et non pas théoriques et illu-*

Estados sometidos a la jurisdicción del Tribunal a la hora de considerar obligatoria su jurisprudencia como parte de las obligaciones convencionales.

63. Incluso, el propio Tribunal de Estrasburgo se ha referido a la Convención Europea de Derechos Humanos como un *instrument constitutionnel de l'ordre public européen*⁹⁹. De ahí que se hable —cada vez con mayor frecuencia— en el seno de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, de la autoridad interpretativa de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁰⁰; incluso como una necesidad apremiante ante el incremento del número de casos desde que existe acceso directo al Tribunal de Estrasburgo al desaparecer la Comisión por el Protocolo 11 del Convenio Europeo.

64. En este sentido, cabe destacar el reciente voto concurrente del juez Paulo Pinto de Albuquerque de Portugal, en el *Caso Fabris vs. Francia* de febrero de 2013, donde reflexiona sobre *L'effet direct et erga omnes des arrêts de la Cour*¹⁰¹:

«El efecto directo y *erga omnes* de las sentencias de la Corte. A primera vista, el Convenio establece que los efectos de las sentencias de la Corte se limitan a las partes en el caso, es decir, al solicitante (s) y al Estado o a los Estados demandados. Esta primera lectura es engañosa, y requiere de una correcta interpretación del artículo 46 leído conjuntamente con el artículo 1. A la luz de esas disposiciones, leídas conjuntamente, las sentencias de la Corte tienen un efecto directo y *erga omnes*».

65. En una de sus notas al pie de página del referido voto, se hace referencia a una cita del antiguo presidente del Tribunal de Estrasburgo, que señala que «la autoridad de la cosa interpretada por la Corte va más allá de la *res judicata* en sentido estricto»¹⁰². Expresión sobre la «cosa interpretada» que el Tribunal de Estrasburgo en 2010 recoge en la sentencia del *Caso Taxquet vs. Bélgica* citando a la *Cour de Cassation* belga¹⁰³.

66. No debe pasar inadvertido que en el Sistema Interamericano existe una obligación no prevista explícitamente en la Convención de Roma —claramente identificable en el Pacto de San José— como es la necesidad de «adoptar disposiciones de Derecho interno» (medidas legislativas o de otro carácter) para lograr la efectividad de los derechos y libertades, que establece el artículo 2.º de la Convención Americana en los términos analizados (*vid. supra* párrs. 44-50).

soires. En outre, elle est un instrument vivant à interpréter à la lumière des conditions actuelles (voir, par exemple, Tyrer c. Royaume-Uni, arrêt du 25 avril 1978, série A, no 26, pp. 15-16, § 31, et Christine Goodwin, précité, § 75)».

⁹⁹ *Cfr. Caso Loizidou vs. Turquía, Grand Chambre, 23 de marzo de 1995, excepciones preliminares, § 75.*

¹⁰⁰ Por ejemplo, *cfr. Committee on Legal Affairs and Human Rights. Contribution to the Conference on the Principle of Subsidiarity, Skopje, 1-2 October 2010: «Strengthening Subsidiarity: Integrating the Strasbourg Court's Case law into National Law and Judicial Practice»*. Puede consultarse en www.assembly.coe.int/.../2010/20101125_skopje.pdf.

¹⁰¹ G. CHAMBRE, *Affaire Fabris vs. France* (Requête no 16574/08), sentencia de fondo, 7 de febrero de 2013, p. 28.

¹⁰² *Ibid.*, p. 29, nota al pie de p. 6: «...L'autorité de la chose interprétée par la Cour va au-delà de la *res judicata* au sens strict. Une telle évolution ira de pair avec l'«effet direct» de la Convention en droit interne et avec son appropriation par les Etats. Cette idée, inscrite au point 4.c) de la Déclaration d'Interlaken, constitue la pratique des Etats parties (Avis de la Commission de Venise, précité, § 32)» (redonda nuestra).

¹⁰³ G. CHAMBRE, *Affaire Taxquet vs. Belgique* (Requête no 926/05). Sentencia de 16 de noviembre de 2010, § 33.

c) Diferencia en los alcances y grado de vinculación entre la eficacia subjetiva de la sentencia «inter partes» y la eficacia objetiva de la sentencia «erga omnes»

67. En los epígrafes anteriores se analizó la eficacia de la sentencia en dos dimensiones: hacia las partes que intervinieron en el proceso internacional (*res judicata*); y hacia todos los Estados parte de la Convención Americana (*res interpretata*). En ambos casos se produce una «eficacia vinculante» si bien difieren cualitativamente.

68. Cuando existe una sentencia interamericana que involucra la responsabilidad internacional de un Estado en concreto, se produce una eficacia vinculante directa, completa y absoluta por parte de las autoridades nacionales de cumplir en sus términos con el fallo, incluyendo las *rationes decidendi* (vid. *supra* párrs. 34-42), debido a lo establecido en los artículos 67 y 68.1 de la Convención Americana y de la «autoridad de cosa juzgada» (material y sustancial) que adquiere la sentencia.

69. En cambio, diversa eficacia de vinculación produce la sentencia interamericana para los demás Estados parte que no intervinieron en el proceso internacional, al sólo limitarse a la «jurisprudencia interamericana», es decir, a la «norma convencional interpretada» y no así a la totalidad del fallo. Esta eficacia interpretativa es «relativa», en la medida en que se produce siempre y cuando no exista una interpretación que otorgue mayor efectividad a la norma convencional en el ámbito nacional. Esto es así, ya que las autoridades nacionales pueden ampliar el estándar interpretativo; incluso, pueden dejar de aplicar la norma convencional cuando exista otra norma nacional o internacional que amplíe la efectividad del derecho o libertad en juego, en términos del artículo 29 de la Convención Americana. Además, deben considerarse las reservas, declaraciones interpretativas y denuncias en cada caso, si bien en esos supuestos la Corte IDH puede, eventualmente, pronunciarse sobre su validez y adecuada interpretación¹⁰⁴, como lo ha realizado en algunas ocasiones¹⁰⁵.

70. Para el debido cumplimiento de la sentencia en el *Caso Gelman*, el Tribunal Interamericano consideró necesario explicitar el diverso grado de eficacia que producen las sentencias interamericanas, dependiendo si el Estado parte de

¹⁰⁴ La Corte IDH ha establecido que «una reserva que suspenda todo el derecho fundamental cuyo contenido es inderogable debe ser considerado como incompatible con el objeto y el propósito de la Convención y, consecuentemente, incompatible con la misma. La situación podría ser diferente si la reserva solamente restringe ciertos aspectos del Derecho interno inderogable sin privar al derecho de su contenido básico» (*Caso Radilla Pacheco vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de noviembre de 2009, Serie C, núm. 209, párrafo 310. Al realizar esta determinación el Tribunal debe examinar si aun cuando la reserva sólo restringe algunos aspectos de un derecho inderogable, ésta impide darle pleno sentido y efecto útil al tratado. *Cfr. Restricciones a la Pena de Muerte (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de septiembre de 1983*, Serie A, núm. 3, párrafo 61; y *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 26 de junio de 1987, Serie C, núm. 1, párrafo 30.

¹⁰⁵ *Cfr.*, por ejemplo, *Caso Radilla Pacheco vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de noviembre de 2009, Serie C, núm. 209, párrafos 311 y 312.

la Convención ha sido parte material en el proceso internacional¹⁰⁶. Lo anterior es fundamental para distinguir la «eficacia vinculante» que adquiere el fallo para el Estado uruguayo, que comprende la sentencia en su integridad —*res judicata*— (vid. *supra* párrs. 34 a 42); de la diversa «eficacia vinculante» indirecta derivada de la misma sentencia y proyectada hacia todos los Estados parte de la Convención Americana —*res interpretata*— (vid. *supra* párrs. 43 a 66).

71. En la primera no existe posibilidad de interpretación de la norma convencional, en la medida en que todos los órganos, poderes y autoridades del Estado del Uruguay quedan vinculados en su integridad por la sentencia del *Caso Gelman*, precisamente porque el Estado uruguayo participó en calidad de «parte material» en la controversia internacional. Existe una eficacia vinculante directa, completa y absoluta de la sentencia internacional, incluyendo su parte considerativa como ya se estableció. De ahí que el Estado no puede invocar una norma o interpretación constitucional para dejar de cumplir con la sentencia internacional, debido a las obligaciones convencionales previstas en el artículo 68.1 de la Convención Americana, en relación con los preceptos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, incluso cuando conoce y resuelve un medio de «control de constitucionalidad»¹⁰⁷.

72. En cambio, la sentencia del *Caso Gelman* produce una eficacia vinculante de la jurisprudencia interamericana hacia los demás Estados parte de la Convención Americana. Eficacia que se proyecta sólo en cuanto al estándar mínimo de interpretación de la norma convencional para asegurar el mínimo de efectividad de la misma; lo cual, como ya se estableció (vid. *supra* párr. 69), es una eficacia vinculante «relativa» en la medida en que puede diferir de la jurisprudencia de la Corte IDH cuando se efectivice la norma a través de una interpretación más favorable en sede nacional. En ese sentido, existe un «margen interpretativo nacional» que pueden realizar las autoridades para favorecer con la interpretación nacional la efectividad del derecho o libertad fundamental, siempre y cuando sea para potencializar la efectividad de la norma convencional; circunstancia que no aplica cuando un Estado fue «parte material» en el proceso internacional, quedando vinculado de manera íntegra al fallo en todos sus aspectos, debido a los alcances de la autoridad de la cosa juzgada internacional.

73. En el Sistema Europeo de Protección de Derechos Humanos existe una obligación de los Estados parte de cumplir con la sentencia. La «fuerza obligatoria y ejecución de sentencias» deriva de manera expresa del artículo 46.1 y 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos¹⁰⁸. Aquí se advierte otra de las tras-

¹⁰⁶ Cfr. considerando 67 de la Resolución de supervisión de sentencia del *Caso Gelman vs. Uruguay*, a que se refiere el presente voto razonado.

¹⁰⁷ La Suprema Corte de Justicia del Uruguay estimó que: «Por ello, lo sustentado en el fallo internacional referido [sentencia del *Caso Gelman vs. Uruguay*] no consigue alterar los parámetros preceptivos sobre los cuales corresponde resolver la cuestión de inconstitucionalidad de autos (arts. 256 a 259 de la Carta)». Y se agrega que «Abundando en el tema, reiteran, en el caso a estudio la cuestión a resolver dice relación —exclusiva— con la comprobación o no de la adecuación de la norma legal a los derechos y garantías consagrados en la Constitución Nacional. Y sólo al órgano jerarca del Poder Judicial es a quien corresponde efectuar ese juicio de comprobación». Sentencia núm. 20, de 22 de febrero de 2013, pp. 18 y 19.

¹⁰⁸ «Artículo 46. Fuerza obligatoria y ejecución de las sentencias: 1. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes. 2. La sentencia definitiva del Tribunal se transmitirá al Comité de Ministros, que velará por

centadales diferencias con el Sistema Interamericano, en la medida en que no es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos el encargado de hacer cumplir sus fallos, sino que lo es el Comité de Ministros, como órgano político, el que tiene la competencia de la supervisión de las sentencias. En ese sentido, el Comité de Ministros puede solicitar la intervención del Tribunal de Estrasburgo para que se pronuncie cuando exista un obstáculo en la ejecución de la sentencia definitiva derivado de un problema de interpretación del fallo¹⁰⁹.

74. Cuando la Corte IDH supervisa el cumplimiento de una sentencia, como lo está haciendo ahora en el *Caso Gelman*, puede también advertir que existen obstáculos en su cumplimiento debido a una inadecuada interpretación en sede nacional de la Convención Americana, de la propia sentencia o, en general, del *corpus juris* interamericano. Pareciera que ese es el caso de la sentencia de 22 de febrero de 2013 de la Suprema Corte de Justicia del Uruguay, que le imprime distintas interpretaciones y alcances al fallo de la Corte IDH; y es por ello que en la Resolución de supervisión a que se refiere el presente voto razonado, se precisan y enfatizan los alcances interpretativos de la sentencia en el *Caso Gelman*, la manera en que el fallo de la Suprema Corte de Justicia del Uruguay constituye «un obstáculo para el pleno acatamiento de la sentencia»¹¹⁰, lo que podría producir «un quebrantamiento al acceso a la justicia de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos que se encuentran amparadas por una sentencia de la Corte Interamericana y podría representar un instrumento de perpetuación de la impunidad y el olvido de esos hechos»¹¹¹.

D) Eficacia objetiva de la sentencia como parte del sistema de «garantía colectiva»

75. También se produce una relación directa entre la eficacia de la sentencia (consecuencia de la cosa juzgada internacional) y el sistema de «garantía colectiva» derivada de la propia Convención Americana. Todos los Estados parte del Pacto se encuentran obligados, en su conjunto, a lograr el cumplimiento y eficacia de los pronunciamientos que emite el Tribunal Interamericano en tanto que los Estados parte de la Convención y, en general, todos los Estados que

su ejecución. 3. Cuando el Comité de Ministros considere que la supervisión de la ejecución de una sentencia definitiva resulta obstaculizada por un problema de interpretación de dicha sentencia, podrá dirigirse al Tribunal con objeto de que éste se pronuncie sobre dicho problema de interpretación. La decisión de dirigirse al Tribunal se tomará por mayoría de dos tercios de los votos de los representantes que tengan derecho a formar parte del Comité. 4. Si el Comité considera que una Alta Parte Contratante se niega a acatar una sentencia definitiva sobre un asunto en que es parte, podrá, tras notificarlo formalmente a esa Parte y por decisión adoptada por mayoría de dos tercios de los votos de los representantes que tengan derecho a formar parte del Comité, plantear al Tribunal la cuestión de si esa Parte ha incumplido su obligación en virtud del párrafo 1. 5. Si el Tribunal concluye que se ha producido una violación del párrafo 1, remitirá el asunto al Comité de Ministros para que examine las medidas que sea preciso adoptar. En caso de que el Tribunal concluya que no se ha producido violación alguna del párrafo 1, reenviará el asunto al Comité de Ministros, que pondrá fin a su examen del asunto».

¹⁰⁹ Cfr. artículo 46.3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

¹¹⁰ Cfr. punto resolutivo 2 de la Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia en el *Caso Gelman vs. Uruguay*, a que se refiere el presente voto razonado.

¹¹¹ Considerando 102, *in fine*, de la Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia en el *Caso Gelman vs. Uruguay*, a que se refiere el presente voto razonado

conforman la Organización de Estados Americanos, se encuentran interesados en coadyuvar en el establecimiento de un orden público interamericano que garantice el desarrollo democrático de los pueblos. La Convención Americana establece la posibilidad de garantizar el cumplimiento de las sentencias del Tribunal Interamericano en términos del artículo 65 del Pacto de San José.

76. En este sentido, cobran vigencia las acertadas palabras del antiguo presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Antônio Augusto Cançado Trindade, pronunciadas hace más de una década ante el Consejo Permanente de la OEA ¹¹²:

«El ejercicio de la garantía colectiva por los Estados partes en la Convención no debería ser sólo reactivo, cuando se produjera el incumplimiento de una sentencia de la Corte, sino también proactivo, en el sentido de que todos los Estados partes adoptaran previamente medidas positivas de protección en conformidad con la normativa de la Convención Americana. Es indudable que una sentencia de la Corte es “cosa juzgada”, obligatoria para el Estado demandado en cuestión, pero también es “cosa interpretada”, válida erga omnes partes, en el sentido de que tiene implicaciones para todos los Estados partes en la Convención, en su deber de prevención. Sólo mediante un claro entendimiento de esos puntos fundamentales lograremos construir un ordre public interamericano basado en la fiel observancia de los derechos humanos» (cursiva nuestra).

77. En efecto, el Tribunal Interamericano ha señalado que los propios Estados americanos han dispuesto un «sistema de garantía colectiva» que significa que los Estados parte del Pacto de San José deben procurar todos los esfuerzos para que abonen al cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH. Así, ha señalado que ¹¹³:

«46. El importante rol de la noción de garantía colectiva para la implementación de las decisiones internacionales de órganos de derechos humanos ha sido resaltada en otros casos emitidos por esta Corte ¹¹⁴, por el Comité de los Derechos Humanos ¹¹⁵

¹¹² 17 de abril de 2012, reproducido dos días después en la Sesión de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, celebrada el 19 de abril de 2012, con motivo de la presentación que como presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos realizó en la reunión conjunta de la Corte IDH y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Presentación denominada «Hacia la consolidación de la capacidad jurídica internacional de los peticionarios en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos».

¹¹³ Supervisión de cumplimiento de sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 23 de noviembre de 2012. *Caso Apitz Barbera y otros («Corte Primera de lo Contencioso Administrativo») vs. Venezuela*, considerandos 46 y 47.

¹¹⁴ «Al respecto, en casos contenciosos como *Goiburú y otros vs. Paraguay*, *La Cantuta vs. Perú*, y *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, la Corte ha aplicado este concepto para establecer que los Estados Partes en la Convención deben colaborar entre sí para erradicar la impunidad de las violaciones cometidas en estos casos, mediante el juzgamiento y, en su caso, sanción de sus responsables. En consecuencia, la Corte declaró que el mecanismo de garantía colectiva establecido bajo la Convención Americana, en conjunto con las obligaciones internacionales regionales y universales en la materia, vinculaban a los Estados de la región a colaborar de buena fe en ese sentido, ya sea mediante la extradición o el juzgamiento en su territorio de los responsables de los hechos de dichos casos».

¹¹⁵ «[T]odo Estado parte tiene un interés jurídico en el cumplimiento por todos los demás Estados partes de sus obligaciones. Esto se deduce del principio de que “las normas relativas a los derechos básicos de la persona humana” son obligaciones *erga omnes* y que, como se indica en el párrafo 4.º del preámbulo del Pacto, existe una obligación estipulada en la Carta de las Naciones Unidas de promover el respeto universal y la observancia de los derechos humanos y las libertades fundamentales». Observación General núm. 31, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, La índole de la obligación jurídica general impuesta, 80.º periodo de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 225 (2004), párrafo 2.

y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹¹⁶. La noción de garantía colectiva también ha sido utilizada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa al valorar el incumplimiento de algunas sentencias¹¹⁷ y constituye uno de los fundamentos de la enmienda del artículo 46 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, establecida en 2009 con el objeto de fortalecer el mecanismo de supervisión e implementación de las sentencias a través de la asignación de nuevas facultades al Comité de Ministros y al Tribunal Europeo¹¹⁸.

47. Al respecto, este Tribunal ha señalado que la Convención Americana, así como los demás tratados de derechos humanos, *se aplican de conformidad con la noción de garantía colectiva y tienen una naturaleza especial, que los diferencian de los demás tratados*, los cuales reglamentan intereses recíprocos entre los Estados partes¹¹⁹. *Dicha noción de garantía colectiva se encuentra estrechamente relacionada con el efecto útil de las sentencias de la Corte Interamericana*, por cuanto la Convención Americana consagra un sistema que constituye un verdadero orden público regional, cuyo mantenimiento es de interés de todos y cada uno de los Estados partes. El interés de los Estados signatarios es el mantenimiento del sistema de protección de los derechos humanos que ellos mismos han creado, y si un Estado viola su obligación de acatar lo resuelto por el único órgano jurisdiccional sobre la materia se está quebrantando el compromiso asumido hacia los otros Estados de cumplir con las sentencias de la Corte. Por tanto, la labor de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos cuando se le presenta un incumplimiento manifiesto por parte de uno de los Estados de una sentencia emitida por la Corte Interamericana, *es precisamente la de proteger el efecto útil de la Convención Americana y evitar que la justicia interamericana se torne ilusoria al quedar al arbitrio de las decisiones internas de un Estado»* (cursiva nuestra).

78. Evidentemente, no estamos en ese supuesto en la Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia que motiva el presente voto razonado. Por el contrario, la Corte IDH ha valorado el esfuerzo y las acciones realizadas por el

¹¹⁶ «A diferencia de los tratados internacionales del tipo clásico, la Convención comprende más que simples compromisos recíprocos entre los Estados partes. Crea, por encima de un conjunto de compromisos bilaterales, mutuos, obligaciones objetivas que, en los términos del Preámbulo, cuentan con una “garantía colectiva”». TEDH, *Caso Irlanda vs. Reino Unido* (No. 5310/71). Sentencia de 18 de enero de 1978, párrafo 239. En igual sentido, TEDH, *Caso Mamatkulov y Askarov vs. Turquía* (No. 46827/99 y 46951/99). Sentencia de 4 de febrero de 2005, párrafo 100. Igualmente, en el *Caso Soering vs. Reino Unido*, el Tribunal Europeo declaró que la Convención Europea debe ser interpretada «en función de su carácter específico de tratado de garantía colectiva de derechos humanos y libertades fundamentales. [...] De este modo, el objeto y fin de la Convención como instrumento de protección de seres humanos exigen interpretar y aplicar sus disposiciones de manera que dicha protección sea práctica y efectiva», TEDH, *Caso Soering vs. Reino Unido* (No. 14038/88). Sentencia de 7 de julio de 1989, párrafo 87. De igual forma, TEDH, *Caso İlhan vs. Turquía* (No. 22277/93). Sentencia de 27 de junio de 2000, párrafo 51; *Caso Glasenapp vs. Alemania* (No. 9228/80). Sentencia de 28 de agosto de 1986, párrafo 48, y *Caso Shamayev y otros vs. Georgia y Rusia* (No. 36378/02). Sentencia de 12 de abril de 2005. Final, 12 de octubre de 2005, párrafo 302».

¹¹⁷ TEDH, *Caso Loizidou vs. Turquía* (No. 15317/89). Sentencia de 23 de marzo de 1995 y Consejo de Europa, Comité de Ministros, Resolución [Res DH (2001) 80] respecto a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 28 de julio de 1998 en el *Caso Loizidou vs. Turquía*, adoptada por el Comité de Ministros el 26 de junio de 2001.

¹¹⁸ «Los Estados parte de la Convención tienen el deber colectivo de preservar la autoridad de la Corte —y por tanto la credibilidad y efectividad del sistema de la Convención— siempre que el Comité de Ministros considere que uno de los Estados parte se rehúsa a cumplir, de manera expresa o a través de su conducta, con la sentencia emitida por la Corte en un caso en el cual es parte». Consejo de Europa, Comité de Ministros, Exposición de motivos del Protocolo 14 al Convenio Europeo. Disponible en <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/194.htm>.

¹¹⁹ Cfr. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Competencia*, párrafo 96.

Estado uruguayo en el cumplimiento de la sentencia en el *Caso Gelman*¹²⁰; y ha dado por satisfactoriamente cumplidos aspectos muy importantes del fallo (*vid. supra* párrs. 4 y 5)¹²¹. Asimismo, ha considerado relevante «determinadas acciones dirigidas al cumplimiento de los puntos resolutiveos 9 y 11 de la sentencia» (*vid. supra* párrs. 6 y 7)¹²²; advirtiendo también del «obstáculo» para el pleno cumplimiento de la sentencia que supone el fallo de 22 de febrero de 2013 de la Suprema Corte de Justicia del Uruguay (*vid. supra* párrs. 8 y 9)¹²³.

79. En ese sentido, debe destacarse la buena voluntad del Estado del Uruguay para cumplir sus obligaciones internacionales, lo cual se advierte, además, al haber admitido parcialmente la responsabilidad internacional durante el proceso internacional¹²⁴, teniendo «un alto valor simbólico en aras de que no se repitan hechos similares»¹²⁵.

4. AUTORIDAD DE LA «COSA JUZGADA INTERNACIONAL» Y «CONTROL DE CONVENCIONALIDAD»

80. Cuando se produce autoridad de la cosa juzgada internacional debido a la firmeza de la sentencia de la Corte IDH —que implica su carácter «inmutable»— existe una eficacia directa y subjetiva de la sentencia (*res judicata*) hacia las partes en su integridad (*vid. supra* párrs. 34 a 42); y una eficacia interpretativa objetiva e indirecta de la norma convencional (*res interpretata*) hacia todos los Estados parte de la Convención Americana (*vid. supra* párrs. 43 a 66).

81. En la presente Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia, el Tribunal Interamericano realiza una distinción para efectos del adecuado ejercicio del «control de convencionalidad» en sede nacional de la mayor trascendencia para el Sistema Interamericano «dependiendo de si la sentencia ha sido dictada en un caso en el cual el Estado ha sido parte o no. Lo anterior debido a que la norma convencional interpretada y aplicada adquiere distinta vinculación dependiendo si el Estado fue parte material o no en el proceso internacional»¹²⁶.

82. Esto implica dos manifestaciones distintas en el ejercicio del «control de convencionalidad» en sede nacional que involucra directamente a las partes que intervinieron en el proceso internacional (*res judicata*); y de manera indirecta a todas las autoridades de los Estados parte de la Convención Americana (*res interpretata*).

¹²⁰ Considerandos 8, 12, 13, 27, 42, 43, 44, 45, 46, 103 y Punto Declarativo 2 de la Resolución de supervisión de cumplimiento de la sentencia en el *Caso Gelman vs. Uruguay*, a que se refiere el presente voto razonado.

¹²¹ Resolutiveo 1 de la Resolución de supervisión de cumplimiento de la sentencia en el *Caso Gelman vs. Uruguay*, a que se refiere el presente voto razonado.

¹²² *Cfr.* Resolutiveo 2 de la Resolución de supervisión de cumplimiento de la sentencia en el *Caso Gelman vs. Uruguay*, a que se refiere el presente voto razonado.

¹²³ *Cfr. id.*

¹²⁴ *Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C, núm. 221, párrafos 19-31.

¹²⁵ *Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C, núm. 221, párrafo 30.

¹²⁶ Párrafo 67 de la Resolución de supervisión de cumplimiento de la sentencia en el *Caso Gelman vs. Uruguay*, a que se refiere el presente voto razonado.

A) *Res judicata* y «control de convencionalidad»

83. Cuando en una sentencia de la Corte IDH se ha determinado la responsabilidad internacional de un Estado, la autoridad de la cosa juzgada produce, necesariamente, vinculación absoluta en la manera en que las autoridades nacionales del Estado condenado deben interpretar la norma convencional y, en general, el *corpus juris* interamericano aplicado en la sentencia que decide el caso. Esto significa que todos los órganos, poderes y autoridades del Estado concernido —legislativas, administrativas y jurisdiccionales en todos los niveles—, se encuentran obligadas por la sentencia internacional en sus términos, incluyendo los fundamentos, consideraciones, resolutivos y efectos que produce.

84. En ese supuesto, el «control de convencionalidad» constituye una herramienta útil, adecuada y necesaria para lograr el cumplimiento y debida implementación de la sentencia internacional, en la medida en que esta institución permite aplicar no sólo el Derecho Internacional y particularmente el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, sino también posibilita cumplir con la obligación internacional derivada de la sentencia interamericana de conformidad con el artículo 68.1 de la Convención Americana. Lo anterior adquiere especial relevancia cuando el cumplimiento de la sentencia internacional implica «dejar sin efectos» una norma general, en tanto que todas las autoridades y con mayor razón las que realizan funciones jurisdiccionales —en todos los niveles— «tienen la función de hacer prevalecer la Convención Americana y los fallos de esta Corte sobre la normatividad interna, interpretaciones y prácticas que obstruyan el cumplimiento de lo dispuesto en un determinado caso»¹²⁷.

85. De ahí se deriva la importancia que adquiere un adecuado ejercicio y entendimiento del «control de convencionalidad» para el debido cumplimiento de una sentencia interamericana. En la sentencia del *Caso Gelman*, al haberse declarado por la Corte IDH «sin efectos» la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado (Ley 15.848)¹²⁸, todas las autoridades uruguayas —incluyendo sus jueces en todos los niveles— deben «garantizar» que dicha norma no vuelva a representar un obstáculo para la investigación de los hechos, juzgamiento y, si procede, sanción de los responsables de las víctimas del *Caso Gelman*, así como de otros casos de violaciones graves de derechos humanos acontecidos en Uruguay en el periodo de la dictadura militar (1973-1985). Lo anterior, debido a que:

«231. La falta de investigación de las graves violaciones de derechos humanos cometidas en este caso, enmarcadas en patrones sistemáticos, revelan un incumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado, establecidas por *normas inderogables*»¹²⁹.

¹²⁷ Párrafo 73 de la Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia en el *Caso Gelman vs. Uruguay*, a que se refiere el presente voto razonado.

¹²⁸ Por ser contraria a la Convención Americana y a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. En el Resolutivo 6 de la sentencia se declaró que el Estado incumplió la obligación de adecuar su Derecho interno a la Convención Americana [contenido en el art. 2, en relación con los arts. 8.1, 25 y 1.1 de la misma y con los arts. I.b), III, IV y V de la Convención Interamericana sobre Desaparición forzada de Personas], como consecuencia de la *interpretación y aplicación* que le ha dado a la ley de Caducidad Punitiva del Estado respecto de graves violaciones de derechos humanos.

¹²⁹ Cfr. *Caso Goiburú y otros*, *supra* nota 23, párrafos 93 y 128; *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, *supra* nota 9, párrafos 61 y 197, y *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia)*, *supra* nota 16, párrafo 137.

232. Dada su manifiesta incompatibilidad con la Convención Americana, las disposiciones de la Ley de Caducidad que impiden la investigación y sanción de graves violaciones de derechos humanos *carecen de efectos jurídicos* y, en consecuencia, *no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos del presente caso y la identificación y el castigo de los responsables, ni pueden tener igual o similar impacto respecto de otros casos de graves violaciones de derechos humanos consagrados en la Convención Americana que puedan haber ocurrido en el Uruguay»*¹³⁰ (cursiva nuestra).

86. Las autoridades y especialmente los jueces uruguayos que estén investigando las violaciones graves a los derechos humanos durante el periodo de dictadura militar (1973-1985), tienen la obligación, para poder cumplir con la sentencia interamericana, *de aplicar directamente las consideraciones que la fundamentan*. En este sentido, las *rationes decidendi* que fundamentan los puntos resolutive de la sentencia del *Caso Gelman* resultan indispensables para su adecuado entendimiento y lograr el debido, efectivo e íntegro cumplimiento de la misma.

87. Lo anterior significa que para el adecuado ejercicio del control de convencionalidad *ex officio*, las autoridades y especialmente los jueces uruguayos de todos los niveles, deben considerar, en términos de la sentencia internacional donde la República Oriental del Uruguay fue parte material y, por tanto, obliga en sus términos:

i) Que la Ley de Caducidad fue declarada «sin efectos jurídicos» por su incompatibilidad con la Convención Americana y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en cuanto puede impedir la investigación y eventual sanción de los responsables de graves violaciones de derechos humanos en el *Caso Gelman* y de otros casos de graves violaciones de derechos humanos ocurridos en Uruguay en el mismo periodo¹³¹.

ii) Que los efectos de la Ley de Caducidad o de normas análogas, como las de prescripción, caducidad, irretroactividad de la ley penal u otras excluyentes similares de responsabilidad o cualquier interpretación administrativa o judicial al respecto, no se constituyan en un impedimento u obstáculo para continuar las investigaciones¹³².

iii) Que la sentencia de la Suprema Corte de Justicia del Uruguay de 22 de febrero de 2013 «constituye un obstáculo para el pleno acatamiento de la sentencia» del *Caso Gelman*¹³³.

iv) Que las violaciones graves a los derechos humanos —como lo es la desaparición forzada de personas, entre otras— resultan «imprescriptibles» al cons-

¹³⁰ Cfr. *Caso Barrios Altos. Fondo*, supra nota 288, párrafo 44; *Caso La Cantuta vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de noviembre de 2006, Serie C, núm. 162, párrafo 175, y *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia)*, supra nota 16, párrafo 174.

¹³¹ Cfr. *Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C, núm. 221, párrafos 246, 253 y punto resolutive 11.

¹³² Cfr. *Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C, núm. 221, párrafo 254, y considerando 104 de la Resolución de la Corte Interamericana de 20 de marzo de 2013, relativa a la supervisión de cumplimiento de sentencia del *Caso Gelman vs. Uruguay*, a que se refiere el presente voto razonado.

¹³³ Punto declarativo 2 y considerandos 54, 55, 56, 57, 90 y 103 de la Resolución de la Corte Interamericana de 20 de marzo de 2013, relativa a la supervisión de cumplimiento de sentencia del *Caso Gelman vs. Uruguay*, a que se refiere el presente voto razonado.

tituir, por su propia naturaleza, una violación de normas *jus cogens*, amparadas en normas de Derecho internacional de carácter inderogable¹³⁴.

v) Que la desaparición forzada de personas constituye un delito permanente o continuado¹³⁵.

vi) Que el *Caso Gelman* «es un caso de graves violaciones de derechos humanos, en particular desapariciones forzadas, por lo que es ésta la tipificación que debe primar en las investigaciones que corresponda abrir o continuar a nivel interno. Como ya se ha establecido, por tratarse de un delito de ejecución permanente, es decir, cuya consumación se prolonga en el tiempo, al entrar en vigor la tipificación del delito de desaparición forzada de personas, la nueva ley resulta aplicable, sin que ello represente su aplicación retroactiva»¹³⁶.

vii) Que la desaparición forzada de María Macarena Gelman García Iruretagoyena, resulta como consecuencia de la sustracción, supresión y sustitución de su identidad¹³⁷.

viii) Que el deber de «garantizar» que la Ley de Caducidad no vuelva a representar un obstáculo para la investigación de los hechos, juzgamiento y eventual sanción de las violaciones graves a derechos humanos, se refiere no sólo a los responsables de las víctimas del *Caso Gelman*, sino también de otras graves violaciones de derechos humanos similares acontecidas en Uruguay en el mismo periodo¹³⁸.

88. El adecuado ejercicio del control de convencionalidad por las autoridades uruguayas resulta fundamental para el debido e integral cumplimiento de la sentencia en el *Caso Gelman* y no puede quedar supeditado a la interpretación constitucional que realice un órgano nacional, ni siquiera invocando una norma constitucional o el ejercicio propio de su competencia al ejercer «control de constitucionalidad». Lo anterior, debido al carácter vinculante que tienen las sentencias de la Corte IDH en los términos del artículo 68.1 y de las reglas previstas en los artículos 26¹³⁹ y 27¹⁴⁰ de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

89. Los principios de Derecho internacional público de *buena fe* y *effet utile*, que involucra a su vez al principio *pacta sunt servanda*, constituyen fundamentos internacionales para que los tratados internacionales sean cumplidos por parte de los Estados nacionales y han sido reiterados de manera constante por la jurisprudencia del Tribunal Interamericano. La obligación del cumplimiento

¹³⁴ Cfr. *Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C, núm. 221, párrafos 99, 183, 225 y 254.

¹³⁵ Cfr. *Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C, núm. 221, párrafos 71, 72, 73, 78, 233, 236 y 240.

¹³⁶ *Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C, núm. 221, párrafo 236.

¹³⁷ Cfr. *Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C, núm. 221, párrafos 60, 120, 13, 163, 230, 235 y 252.

¹³⁸ *Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C, núm. 221, párrafos 232 y 253.

¹³⁹ «Artículo 26: *Pacta sunt servanda*. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe».

¹⁴⁰ «Artículo 27. *El Derecho interno y la observancia de los tratados*. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su Derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46».

del Derecho convencional obliga a todas las autoridades y órganos nacionales, toda vez que el Estado responde en su conjunto y adquiere responsabilidad internacional ante el incumplimiento de los instrumentos internacionales que ha asumido.

90. Eso implica que derivado del *Caso Gelman*, todas las autoridades uruguayas (incluyendo los órganos de administración de justicia y jueces en todos los niveles) quedan vinculadas directamente por la sentencia internacional, que ha adquirido la autoridad de cosa juzgada en los términos analizados (*vid. supra* párrs. 26 a 30). En consecuencia, todas las autoridades uruguayas deben, dentro de sus respectivas competencias, cumplir y aplicar de manera «directa» lo establecido expresamente en los puntos *Declarativos 2 y 3 de la Resolución de 20 de marzo de 2013 relativa a la supervisión de cumplimiento de sentencia* a que se refiere el presente voto razonado; así como con los puntos *Resolutivos 9, 10, 11, 15 y 16 de la sentencia del Caso Gelman vs. Uruguay de 24 de febrero de 2011*, sobre los aspectos pendientes de cumplimiento, teniendo en cuenta, además, la parte considerativa que fundamenta dichos resolutivos. En este sentido, la obligación de ejercer adecuadamente «control de convencionalidad» en este caso donde existe cosa juzgada internacional resulta esencial para el debido cumplimiento de la sentencia interamericana.

B) *Res interpretata* y «control de convencionalidad»

91. En cambio, la segunda manifestación del ejercicio del «control de convencionalidad» en sede nacional, se produce aplicando la jurisprudencia interamericana derivada del presente caso —incluyendo la de su cumplimiento— por los demás Estados parte del Pacto de San José. En este sentido, adquiere eficacia interpretativa la norma convencional hacia los demás Estados parte de la Convención Americana (*res interpretata*). La eficacia vinculante de la «norma convencional interpretada» —como explícitamente se advierte de los considerandos 67, 69 y 72 de la presente Resolución de cumplimiento a que se refiere el presente voto razonado— constituye una obligación convencional derivada de los artículos 1.º y 2.º de la Convención Americana en los términos previamente analizados (*vid. supra* párrs. 43 a 66).

92. La Corte IDH consideró en la Resolución de supervisión de cumplimiento a que se refiere el presente voto razonado, que el «control de convencionalidad» constituye «una obligación» de toda autoridad de los Estados parte de la Convención de garantizar el respeto y garantía de los derechos humanos, dentro de las competencias y regulaciones procesales correspondientes¹⁴¹. En este sentido, el fundamento de esta obligación deriva de la eficacia jurídica de la propia Convención, fundamentalmente de las obligaciones convencionales de «respeto», «garantía» y «adecuación» (normativa/interpretativa) previstas en los artículos 1.º y 2.º del Pacto de San José, en relación con el artículo 29 del mismo Pacto, con la finalidad de lograr la mayor efectividad del derecho humano involucrado.

¹⁴¹ Considerando 72 de la Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia en el *Caso Gelman vs. Uruguay*, a que se refiere el presente voto razonado.

93. Así, la segunda manifestación del ejercicio del «control de convencionalidad», en situaciones y casos en que el Estado concernido no ha sido parte en el proceso internacional en que fue establecida determinada jurisprudencia, por el solo hecho de ser parte en la Convención Americana, toda autoridad pública y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas¹⁴², jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están obligados por el tratado, lo cual les obliga a ejercer *ex officio* un control de convencionalidad, teniendo en cuenta el propio tratado y la interpretación que del mismo ha realizado la Corte Interamericana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, sea «en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos»¹⁴³.

94. La eficacia interpretativa de la norma convencional interamericana resulta relativa, en la medida en que en todo caso las autoridades nacionales podrán efectivizar la norma convencional mediante una interpretación más favorable de conformidad con el principio *pro personae* que establece el artículo 29 del Pacto de San José (*vid. supra* párrs. 52 a 55).

95. No debe pasar inadvertido que la Corte IDH se ha pronunciado con anterioridad sobre la incompatibilidad a la Convención Americana respecto de leyes de amnistía o auto amnistía que involucran la responsabilidad internacional de otros Estados en particular¹⁴⁴. En esos supuestos concretos, evidentemente, estamos en la primera manifestación del «control de convencionalidad» al vincular directamente la sentencia interamericana a las partes que intervinieron en el proceso internacional, al adquirir el fallo la autoridad de la cosa juzgada.

¹⁴² «La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un control de convencionalidad, que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial. En este sentido, la Suprema Corte de Justicia ha ejercido, en el *Caso Nibia Sabalsagaray Curutchet*, un adecuado control de convencionalidad respecto de la Ley de Caducidad, al establecer, *inter alia*, que “el límite de la decisión de la mayoría reside, esencialmente, en dos cosas: la tutela de los derechos fundamentales (los primeros, entre todos, son el derecho a la vida y a la libertad personal, y no hay voluntad de la mayoría, ni interés general ni bien común o público en aras de los cuales puedan ser sacrificados) y la sujeción de los poderes públicos a la ley”. Otros tribunales nacionales se han ido también a los límites de la democracia en relación con la protección de derechos fundamentales» (sentencia del *Caso Gelman vs. Uruguay*, párr. 239).

¹⁴³ Considerando 69 de la Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia en el *Caso Gelman vs. Uruguay*, a que se refiere el presente voto razonado.

¹⁴⁴ *Caso Barrios Altos vs. Perú. Fondo*. Sentencia de 14 de marzo de 2001, Serie C, núm. 75; *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C, núm. 154; *Caso La Cantuta vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de noviembre de 2006, Serie C, núm. 162; *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2010, Serie C, núm. 219; *Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C, núm. 221; y *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de octubre de 2012, Serie C, núm. 252.

96. Además, en más de veinte casos contenciosos el Tribunal Interamericano se ha pronunciado sobre diversos aspectos del «control de convencionalidad» en sentencias que involucran la responsabilidad internacional de trece Estados distintos: Argentina¹⁴⁵, Barbados¹⁴⁶, Bolivia¹⁴⁷, Brasil¹⁴⁸, Chile¹⁴⁹, Colombia¹⁵⁰, Guatemala¹⁵¹, México¹⁵², Panamá¹⁵³, Paraguay¹⁵⁴, Perú¹⁵⁵, Uruguay¹⁵⁶ y Venezuela¹⁵⁷; lo que significa más de la mitad de los Estados parte de la Convención que han reconocido la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH. Desde el *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México* de 2010¹⁵⁸, la Corte IDH ha venido ejemplificando la manera en que tribunales de la más

¹⁴⁵ *Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina. Fondo, reparaciones y costas.* Sentencia de 29 de noviembre de 2011, Serie C, núm. 238, párrafos 93, 94 y 113; y *Caso Furlan y Familiares vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 31 de agosto de 2012, Serie C, núm. 246, párrafos 303 a 305.

¹⁴⁶ *Caso Boyce y otros vs. Barbados. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 20 de noviembre de 2007, Serie C, núm. 169, párrafo 79.

¹⁴⁷ *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 1 de septiembre de 2010, Serie C, núm. 217, párrafo 202.

¹⁴⁸ *Caso Gomes Lund y Otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas.* Sentencia de 24 de noviembre de 2010, Serie C, núm. 219, párrafos 49 y 106.

¹⁴⁹ *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y costas.* Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C, núm. 154, párrafo 124; y *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile. Fondo, reparaciones y costas.* Sentencia de 24 de febrero de 2012, Serie C, núm. 239, párrafos 282 a 284.

¹⁵⁰ *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones.* Sentencia de 26 de mayo de 2010, Serie C, núm. 213, párrafo 208, nota al pie 307; y *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones.* Sentencia de 30 de noviembre de 2012, Serie C, núm. 259, párrafos 142 a 144.

¹⁵¹ *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 4 de septiembre de 2012, Serie C, núm. 250, párrafo 262; y *Caso Gudiel Álvarez y otros («Diario Militar») vs. Guatemala. Fondo Reparaciones y Costas.* Sentencia de 20 noviembre de 2012, Serie C, núm. 253, párrafo 330.

¹⁵² *Caso Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 23 de noviembre de 2009, Serie C, núm. 209, párrafo 339 y nota al pie 321; *Caso Fernández Ortega y Otros vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 30 de agosto de 2010, Serie C, núm. 215, párrafos 236 y 237; *Caso Rosendo Cantú y Otra vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 31 de agosto de 2010, Serie C, núm. 216, párrafos 219 y 220; y *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 26 de noviembre de 2010, Serie C, núm. 220, párrafos 21 y 225 a 233.

¹⁵³ *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 12 de agosto de 2008, Serie C, núm. 186, párrafo 180; y *Caso Vélez Loor vs. Panamá. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas.* Sentencia de 23 de noviembre de 2010, Serie C, núm. 218, párrafo 287.

¹⁵⁴ *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C, núm. 214, párrafo 311.

¹⁵⁵ *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 24 de noviembre de 2006, Serie C, núm. 158, párrafo 128; *Caso La Cantuta vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 29 de noviembre de 2006, Serie C, núm. 162, párrafo 173.

¹⁵⁶ *Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones.* Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C, núm. 221, párrafos 193 y 239.

¹⁵⁷ *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 1 de julio de 2011, Serie C, núm. 227, párrafos 164, 165 y 172; y *Caso López Mendoza vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 1 de septiembre de 2011, Serie C, núm. 233, párrafos 226 a 28.

¹⁵⁸ *Cfr. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 26 de noviembre de 2010, Serie C, núm. 220, párrafos 226 a 232.

alta jerarquía en varios Estados de la región se refieren al carácter vinculante de las sentencias del Tribunal Interamericano y la manera en que han recibido o aplicado el control de convencionalidad teniendo en consideración la jurisprudencia interamericana, como ahora se realiza en la presente Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia, a que se refiere el presente voto razonado, citando los casos de Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Guatemala, México, Panamá, Perú y República Dominicana¹⁵⁹. Asimismo, el propio Tribunal Interamericano retoma jurisprudencia nacional para fundamentar y conceptualizar en sus resoluciones la violación de la Convención Americana¹⁶⁰.

97. La sentencia del *Caso Gelman vs. Uruguay* de 24 de febrero de 2011, constituye un precedente de la mayor importancia para el Sistema Interamericano y en el carácter evolutivo de la jurisprudencia interamericana sobre la doctrina del «control de convencionalidad», toda vez que con claridad explicitó que este tipo de control debe realizarse *ex officio* por todas las autoridades nacionales —incluyendo las instancias democráticas— «en las cuales también debe primar un “control de convencionalidad”, que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial»¹⁶¹. En esta misma línea se estableció en el *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia* de noviembre de 2012, que todas las autoridades y órganos de un Estado parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un «control de convencionalidad»¹⁶².

98. Así, se ha generado un «control dinámico y complementario» de las obligaciones convencionales de los Estados de respetar y garantizar derechos humanos, conjuntamente entre las autoridades nacionales (que tienen la obligación primaria y fundamental en la garantía de los derechos y de ejercer «control de convencionalidad») y las instancias internacionales —en forma subsidiaria y complementaria—¹⁶³; de modo que los criterios de decisión pueden ser confor-

¹⁵⁹ Considerandos 74 a 86 de la Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia en el *Caso Gelman vs. Uruguay*, a que se refiere el presente voto razonado.

¹⁶⁰ Considerando 71 de la Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia en el *Caso Gelman vs. Uruguay*, a que se refiere el presente voto razonado.

¹⁶¹ *Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C, núm. 221, párrafos 193 y 239.

¹⁶² *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 30 de noviembre de 2012, Serie C, núm. 259, párrafo 142.

¹⁶³ Cfr. *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 30 de noviembre de 2012, Serie C, núm. 259. En el considerando 142 se expresa: «La responsabilidad estatal bajo la Convención sólo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de declarar la violación y reparar el daño ocasionado por sus propios medios. Esto se asienta en el principio de complementariedad (subsidiariedad), que informa transversalmente el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el cual es, tal como lo expresa el Preámbulo de la misma Convención Americana, “coadyuvante o complementario de la [protección] que ofrece el Derecho interno de los Estados americanos”. De tal manera, el Estado “es el principal garante de los derechos humanos de la personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y, [en su caso,] reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano, lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantías de los derechos humanos”. *Esas ideas también han adquirido forma en la jurisprudencia reciente bajo la concepción de que todas las autoridades y órganos de un Estado parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un “control de convencionalidad”*» (cursiva nuestra).

mados y adecuados entre sí¹⁶⁴, mediante el ejercicio de un control «primario» de convencionalidad por parte de todas las autoridades nacionales y, eventualmente, a través del control «complementario» de convencionalidad en sede internacional. En todo caso, no debe perderse de vista que el Estado «es el principal garante de los derechos de las personas» y tiene la obligación de respetarlos y garantizarlos.

99. Lo anterior está produciendo un nuevo entendimiento del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos al concebirse ahora como un «sistema integrado», debido a que involucra no sólo a los dos órganos de protección a que se refiere la Convención Americana —Comisión y Corte IDH—, sino ahora comprende con particular intensidad y de manera concomitante a todas las autoridades nacionales de los Estados parte del Pacto de San José, al deber participar activamente en la garantía efectiva de los derechos humanos, sea en su dimensión nacional o internacional a manera de un «sistema integrado» de protección de derechos.

100. En definitiva, transitamos hacia un «Sistema Interamericano Integrado» —con un «control de convencionalidad» dinámico y complementario—, lo que está forjando progresivamente un auténtico *Ius Constitutionale Commune Americanum* como un núcleo sustancial e indisoluble para preservar y garantizar la dignidad humana de los habitantes de la región.

¹⁶⁴ Considerando 71 de la Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia en el *Caso Gelman vs. Uruguay*, a que se refiere el presente voto razonado.