

Derecho procesal constitucional en perspectiva histórica

A 200 años del Tribunal de Ario de Rosales

Tomo II

Eduardo FERRER MAC-GREGOR
Juan Antonio MAGAÑA DE LA MORA
Emmanuel ROA ORTIZ

Coordinadores



Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas
Poder Judicial del Estado de Michoacán



Eduardo

FERRER MAC-GREGOR

Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y profesor de la Facultad de Derecho de la misma Universidad. Investigador Nivel III del Sistema Nacional de Investigadores del Conacyt. Presidente de los Institutos Iberoamericano y Mexicano de Derecho Procesal Constitucional. Director de la *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* y de la *Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional*.



Juan Antonio

MAGAÑA DE LA MORA

Magistrado del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Michoacán. Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Ha sido juez de primera instancia y magistrado del Supremo Tribunal de Justicia de Michoacán; procurador de justicia del estado de Michoacán y presidente del Supremo Tribunal de Justicia y del Consejo de la JUDICATURA de la misma entidad federativa. También se desempeñó como vicepresidente de la Zona Centro de la Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos.

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL EN PERSPECTIVA
HISTÓRICA

A 200 años del Tribunal de Ario de Rosales

Tomo II

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Serie DOCTRINA JURÍDICA, núm. 819

COORDINACIÓN EDITORIAL

Lic. Raúl Márquez Romero
Secretario técnico

Lic. Wendy Vanesa Rocha Cacho
Jefa del Departamento de Publicaciones

Ricardo Hernández Montes de Oca
Cuidado de la edición y formación en computadora

Carlos Martín Aguilera Ortiz
Elaboración de portada

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL EN PERSPECTIVA HISTÓRICA

A 200 años del Tribunal de Ario de Rosales

TOMO II

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR
JUAN ANTONIO MAGAÑA DE LA MORA
EMMANUEL ROA ORTIZ
Coordinadores



PODER JUDICIAL |

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MICHOACÁN
MÉXICO, 2018

Primera edición: 30 de abril de 2018

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, 04510 Ciudad de México

Impreso y hecho en México

ISBN obra completa: 978-607-30-0074-1
ISBN tomo II: 978-607-30-0076-5

CONTENIDO

Presentación	XI
Eduardo FERRER MAC-GREGOR	

TOMO I

El <i>amparo Justo Prieto</i>	1
Juan Manuel ACUÑA	
El derecho de réplica: una aproximación teórica	17
Juan Ángel ARROYO KALIS	
La evolución del constitucionalismo y las modulaciones constitucionales	35
Boris BARRIOS GONZÁLEZ	
Reflexiones sobre Emmanuel Joseph Sieyès y su obra <i>Qué es el tercer estado</i> , así como sus otros aportes a la forja del Estado constitucional	63
Ernesto BLUME FORTINI	
El juicio de amparo a través de su jurisprudencia (1936-2017)	117
Edgar S. CABALLERO GONZÁLEZ	
Panorama general de los antecedentes remotos de la esencia del control constitucional de la ley	129
José Miguel CABRALES LUCIO	
La Constitución de Cádiz como fuente del derecho constitucional de Venezuela	149
Jesús M. CASAL H.	

La reforma constitucional en materia de juicio político	177
Edgar DANÉS ROJAS	
Consideraciones sobre la protección no jurisdiccional de los derechos humanos y la figura del Ombudsman en México.....	183
Cuauhtémoc Manuel DE DIENHEIM BARRIGUETE	
La justicia constitucional local y el control constitucional y convencional	205
Sonia ESCALANTE LÓPEZ	
La convencionalización del derecho en la encrucijada: reflexiones en torno a una reciente sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina.....	221
Eloy ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA	
2010: Doscientos años de una nación que no sabe que lo es	235
Rafael ESTRADA MICHEL	
Juicio de amparo mexicano y proceso constitucional de amparo peruano. Sus antecedentes novohispanos: los amparos coloniales ..	253
Gerardo ETO CRUZ	
Sobre el “derecho a la educación” y el “derecho a la salud”. (A propósito de la “interseccionalidad” de la discriminación y de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos).....	273
Eduardo FERRER MAC-GREGOR	
Devaneos de la jurisprudencia constitucional peruana: a propósito de la “sentencia interlocutoria denegatoria”	293
Domingo GARCÍA BELAUNDE	
Selección y revisión de tutela por la corte constitucional: ¿nuevo litigio constitucional?	303
Ana GIACOMETTE FERRER	

TOMO II

Los antecedentes de la doctrina del control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	1
Pablo GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ	
La evolución del control abstracto de constitucionalidad de la ley en México: el nacimiento de la acción de inconstitucionalidad	19
Iván Carlo GUTIÉRREZ ZAPATA	
Historia del derecho procesal constitucional en México: el origen del juicio de amparo en Yucatán en 1840	49
José Ramón NARVÁEZ H.	
Derecho a la jurisdicción, tribunales independientes y jueces imparciales como estándar mínimo de respeto de los derechos de las personas en la Constitución y en el sistema interamericano.	75
Humberto NOGUEIRA ALCALÁ	
La primera sentencia de amparo en México (un antecedente de historia constitucional)	105
José F. PALOMINO MANCHEGO	
Perspectiva histórica de la reforma y la teoría constitucional en México ¿Cómo replantear el camino?.....	117
Isaac DE PAZ GONZÁLEZ	
Retos y perspectivas del derecho procesal constitucional local en México	139
Júpiter QUIÑONES DOMÍNGUEZ	
Notas sobre la justiciabilidad y construcción jurisdiccional del derecho a la protección de la salud en México	155
Laura RANGEL HERNÁNDEZ	

Jueces, derechos humanos y responsabilidad institucional	185
Luis Fernando RENTERÍA BARRAGÁN	
¿Justicia constitucional en Apatzingán y Cádiz?.....	219
Mauro Arturo RIVERA LEÓN	
El juicio de amparo: origen y evolución hasta la Constitución de 1917. Tres casos paradigmáticos que determinaron su configura- ción.....	239
Marcos DEL ROSARIO RODRÍGUEZ	
Dos experiencias constitucionales argentinas sobre la transición ha- cia la democracia.....	255
Néstor Pedro SAGÜÉS	
El brigadier Francisco de Arroyave y Beteta: hombre de rayos y de luces (1766-1814)	267
Alberto SAÍD	
Acceso ciudadano a la jurisdicción constitucional especializada . .	283
Jorge SILVERO SALGUEIRO	
El Supremo Tribunal de Justicia. Un acercamiento a su regulación y a la concepción de la justicia en el Decreto Constitucional para la Libertad de la América Española	299
Elisa SPECKMAN GUERRA	
Evolución de los criterios jurisprudenciales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre la justiciabilidad del juicio político ..	311
Makawi STAINES DÍAZ	
¿Para qué ha servido la acción de inconstitucionalidad (1995- 2015)?.....	232
Alberto Abad SUÁREZ ÁVILA	

LOS ANTECEDENTES DE LA DOCTRINA DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Pablo GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El sentido originario de los artículos 1.1 y 2o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.* III. *El fortalecimiento de la obligatoriedad del artículo 2o. en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.* IV. *La creación de la doctrina del control de convencionalidad.* V. *Conclusión.*

I. INTRODUCCIÓN

El estudio de los antecedentes de la doctrina del control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) debe comenzar con una aclaración: no existe ningún artículo en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (la Convención) que establezca una obligación para todas las autoridades de los Estados parte de la misma de interpretar las normas de derecho nacional de conformidad con los estándares del *Corpus Iuris Interamericano*, o de evitar la aplicación de dichas normas en caso de no ser posible la realización de una interpretación conforme. La creación de la doctrina del control de convencionalidad —y por lo tanto de cada uno de sus componentes— es el resultado de una progresiva e innovadora interpretación realizada por la Corte de los artículos 1.1 y 2o. de la Convención. La progresividad de estas interpretaciones (que constituyen los precedentes jurisprudenciales de la doctrina del control de convencionalidad) comenzaron antes de que el *caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile* (2006) fuera decidido.

* Doctor en derecho internacional de los derechos humanos (Universidad de Notre Dame, Estados Unidos); maestro en derecho internacional (Universidad de Georgetown, Estados Unidos); licenciado en derecho (Universidad Panamericana campus Bonaterra, México); abogado consultor en la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Las sentencias que constituyen los precedentes del control de convencionalidad desarrollaron el contenido de la obligación de respeto y garantía (artículo 1.1), y fortalecieron de manera progresiva las implicaciones normativas del deber de los Estados de adoptar las medidas legislativas o de otro carácter necesarias para hacer efectivos los derechos protegidos por la Convención (artículo 2o.). Estas sentencias modificaron el entendimiento del artículo 2o., de ser concebido como una norma con una naturaleza programática, a ser una norma con una alta fuerza prescriptiva. Esta posición teórica abrió la puerta para que la Corte adoptara la práctica de evaluar la convencionalidad de los actos legislativos de los Estados parte de la Convención en ejercicio de su competencia contenciosa, y en la formulación de la doctrina del control de convencionalidad como una medida —definida por la Corte— para que los Estados pudieran garantizar la efectividad de la Convención y de su jurisprudencia.

El presente artículo busca contribuir al entendimiento de los desarrollos jurisprudenciales previos al surgimiento del control de convencionalidad. Siguiendo la tesis de Laurence Burgorgue Larsen, se argumenta que la sentencia del *caso Suárez Rosero vs. Ecuador* (1997) constituyó el antecedente jurisprudencial más remoto en la creación del control de convencionalidad.¹ En *Suárez Rosero*, la Corte IDH, por vez primera, evaluó en abstracto, y en el ejercicio de su competencia contenciosa, la compatibilidad entre una ley nacional y la Convención Americana. Esta aproximación abrió la puerta para que más adelante declarara, en *Barrios Altos vs. Perú* (2001), la nulidad *ab initio* de una ley de amnistía, y para que comenzara la práctica de ordenar a los Estados la modificación o anulación de normas nacionales inconvenionales. La creación de la doctrina del control de convencionalidad siguió esta línea jurisprudencial, pues la Corte IDH propuso esta doctrina como una “medida de otro carácter” para que los Estados cumplieran con sus deberes establecidos en los artículos 1.1 y 2o. de la Convención.

El tema es abordado de la siguiente forma: en la primera parte se expone el sentido originario de los artículos 1.1 y 2o. de la Convención, tal y como fueron interpretados por la Corte IDH en sus primeras sentencias y opiniones consultivas; en la segunda parte se analiza cómo el artículo 2o. evolucionó a través de las interpretaciones de la Corte IDH, desde *Suárez Rosero*, hasta *La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile* (2001); en la tercera parte se explica cómo estos desarrollos abrieron la puerta para

¹ Cf. Burgorgue Larsen, Laurence y Úbeda de Torres, Amaya, *The Inter-American Court of Human Rights*, Oxford, 2011, pp. 243-269.

la creación de la doctrina del control de convencionalidad en *Almonacid Arellano*; en la última parte se presentan algunas conclusiones finales.

II. EL SENTIDO ORIGINARIO DE LOS ARTÍCULOS 1.1 Y 2o. DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

1. Artículo 1.1: Obligación de respetar los derechos

El artículo 1.1. de la Convención Americana establece el deber de los Estados de “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”.² La Corte IDH ha interpretado este artículo para sostener que la Convención es inmediatamente ejecutable en el plano internacional, de forma tal que los Estados tienen una obligación de derecho internacional de respetar y garantizar los derechos reconocidos en la Convención a todas las personas sujetas a su jurisdicción.³ La consecuencia del incumplimiento de esta obligación es la responsabilidad internacional por la comisión de un hecho ilícito y el deber de reparar. En consecuencia, el artículo 1.1 está íntimamente conectado con el artículo 63.1 de la Convención, el cual le otorga competencia a la Corte IDH en los siguientes términos:

1. 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.⁴

Las implicaciones del artículo 1.1 han sido desarrolladas desde el emblemático caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (1988), el cual fue el primero

² Cf. Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969, artículo 1.1 (1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social).

³ Cf. Corte I.D.H., *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, fondo, sentencia del 29 de julio de 1988, serie C, núm. 4, párrafo 164; cf. Medina Quiroga, Cecilia, *La Convención Americana: vida, integridad personal, debido proceso y recurso judicial*, Universidad de Chile, 2003, p. 16.

⁴ Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 63.1.

resuelto por la Corte IDH en ejercicio de su jurisdicción contenciosa.⁵ En este fallo la Corte IDH explicó que el artículo 1.1 es fundamental para determinar si una violación a los derechos humanos reconocidos por la Convención puede ser atribuible al Estado. Específicamente, estableció que los deberes de respeto y garantía imponen una obligación de naturaleza tal que toda acción u omisión que pueda ser atribuida a una autoridad estatal, conforme a las reglas del derecho internacional, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad internacional.⁶

La obligación de respeto impone una obligación de abstención que requiere a las autoridades *no* violar los derechos humanos establecidos en la Convención. Encuentra su fundamento en que los derechos humanos son “atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado”.⁷ La obligación de garantía no se limita sólo a acciones negativas. Requiere a los Estados tomar medidas positivas de forma tal que éstos organicen todo el aparato gubernamental para ser capaces de asegurar jurídicamente el pleno ejercicio de los derechos humanos, de prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos protegidos por la Convención, y de restablecer los derechos violados o reparar los daños producidos por dicha violación.⁸

En el mismo sentido, desde *Velásquez Rodríguez*, la Corte IDH ha considerado que el deber de garantía implica la obligación de una conducta gubernamental consistente con la Convención.⁹ Esta obligación requiere a las autoridades emprender las acciones necesarias para que aquellas personas sujetas a la jurisdicción del Estado estén en condiciones de ejercer y gozar sus derechos.¹⁰ En consecuencia, los Estados tienen la obligación de prevenir razonablemente las violaciones de los derechos humanos a través de:

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

⁵ *Cfr. Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras*, fondo, *cit.*, párrafo 164.

⁶ *Idem*.

⁷ *Ibidem*, párrafo 165.

⁸ *Ibidem*, párrafo 166.

⁹ *Ibidem*, párrafo 167.

¹⁰ Medina Quiroga, Cecilia, *La Convención Americana: vida, integridad personal, debido proceso y recurso judicial*, *cit.*, p. 16.

sanciones para quien las cometía, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales.¹¹

Las interpretaciones hechas por la Corte IDH en *Velásquez Rodríguez* constituyen una de las piedras fundacionales del derecho en el sistema interamericano de derechos humanos. Estas interpretaciones sentaron las bases de un desarrollo jurisprudencial que respondió a los enormes vicios de algunos sistemas jurídicos en Latinoamérica, en los cuales la protección legal a las personas (en especial a los más débiles) era letra muerta debido a las restricciones impuestas por cuestiones políticas o culturales. El caso de Honduras en el tiempo de la desaparición del señor Velásquez Rodríguez es un buen ejemplo del tipo de simulación de las instituciones en la administración de justicia pues, tal y como lo narra Claudio Grossman, uno de los litigantes del caso ante la Corte IDH, los recursos judiciales provistos por el derecho interno eran ineficientes en casos de desapariciones pues las detenciones ocurrían en secreto y los oficiales ignoraban las peticiones de los abogados de las víctimas.¹² La Corte IDH también encontró que el Poder Judicial era materialmente incapaz de garantizar recursos judiciales efectivos a las víctimas debido a las amenazas e intimidaciones dirigidas a los funcionarios judiciales.¹³

La aproximación en *Velásquez Rodríguez* en relación con el contenido del artículo 1.1 inspiró la jurisprudencia de la Corte IDH en casos posteriores. El lenguaje utilizado en este caso dejó un amplio espacio a los Estados para especificar los medios para cumplir con su deber de garantía, pero en la opinión de algunos autores también abrió la puerta para que la Corte definiera —ya fuera a través del cuerpo de sus sentencias o a través de las reparaciones ordenadas— la forma en que estas obligaciones debían ser cumplidas por los Estados.¹⁴ Este punto es relevante pues, tal y como será analizado más adelante, los argumentos que justifican la doctrina del control de con-

¹¹ Cf. Caso *Velásquez Rodríguez v. Honduras*. Fondo, cit., párrafo 174.

¹² Cf. Grossman, Claudio, “The Velasquez Rodriguez Case: The Development of the Inter-American Human Rights System”, en Noyes, John E. et al. (coord.), *International Law Stories*, Foundations Press, 2007, p. 89.

¹³ Cf. Caso *Velásquez Rodríguez v. Honduras*, fondo, cit., párrafo 74.

¹⁴ Cf. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Pelayo Möller, Carlos, “Obligación de respetar los derechos”, en Steiner, Christian y Uribe, Patricia (coord.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada*, Suprema Corte de Justicia de la Nación-Konrad Adenauer Stifung, 2014, p. 49. Cf. Corte IDH, *Caso Familia Barrios vs. Venezuela*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 24 de noviembre de 2011, serie C, núm. 237, párrafo 124; Corte IDH, *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 16 de noviembre de 2009, serie C, núm. 20, párrafo 287.

vencionalidad reflejan la idea de que el deber de garantía requiere acciones positivas por parte de los Estados, los cuales deben siempre velar por el efecto útil de la Convención y la jurisprudencia de la Corte. En el ámbito judicial estas acciones incluyen —en la teoría de la Corte— que los jueces “controlen” la “convencionalidad” de las normas de derecho nacional.

2. Artículo 2o.: Deberes de adoptar disposiciones de derecho interno

El artículo 2o. establece la obligación de los Estados de “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”.¹⁵ Esta disposición refleja la norma clásica de derecho internacional por la cual un Estado que ratifica un tratado de derechos humanos se compromete a alinear su derecho y prácticas nacionales de conformidad con el tratado.¹⁶ Esta norma se encuentra inspirada en el artículo 2.2 del Pacto de Derecho Civiles y Políticos (1966), y cumple con objetivos similares: complementar el deber de los Estados de respetar y garantizar los derechos humanos protegidos por la Convención —tal y como es requerido por el artículo 1.1— y reforzar la obligación que establece la Convención de que algunos artículos sean protegidos por ley.¹⁷ En este sentido, Héctor Gross Espiel, en su voto concurrente en la Opinión Consultiva OC-7/86 (1986), explicó lo siguiente:

[C]uando se propuso [la inclusión del artículo 2], se aclaró que su único sentido era clarificar y precisar, haciendo más determinante, inmediata y directa la exigencia del cumplimiento de [la obligación del artículo 1.1], pero sin que ello signifique alterar o desconocer el deber esencial que resulta del artículo 1. ...Al respecto no puede olvidarse que la fuente del artículo 2 de la Convención Americana es el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, que tanto por su ubicación como por su letra, constituye, evidentemente, un complemento de la obligación esencial impuesta por el párrafo 1 de dicho artículo 2.¹⁸

¹⁵ Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 2o.

¹⁶ Cf. Burgorgue Larsen, Laurence y Úbeda de Torres, Amaya, *The Inter-American Court of Human Rights, cit.*, p. 250.

¹⁷ Cf. Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 17.5.

¹⁸ Corte IDH, *Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986, serie A, núm. 7, voto concurrente del juez Héctor Gross Espiel, párrafo 6.

La naturaleza del artículo 2o. no fue originalmente concebida con el mismo grado de obligatoriedad que aquella establecida en el artículo 1.1, el cual establece obligaciones exigibles de manera inmediata en el ámbito internacional. En *Velásquez Rodríguez* la Corte IDH estableció que la obligación del artículo 1.1 es “mucho más inmediata que la que resulta del artículo 2”.¹⁹ Este criterio puede responder a la siguiente lógica: mientras que los Estados deben cumplir inmediatamente con su deber de respetar y garantizar los derechos y libertades protegidos por la Convención tal y como están claramente identificados en el texto de la Convención, su deber conforme al artículo 2o. otorga mucha mayor libertad a los Estados respecto a las “medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias” para hacer efectivos dichos derechos y libertades, pues el tratado no define —salvo en acotadas circunstancias— cuáles son las medidas específicas que los Estados deben adoptar. En este sentido, Cecilia Medina Quiroga explica lo siguiente:

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, que podrá ser la incorporación de dichas normas directamente o la dictación 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 aquélla.

17. El que los individuos puedan usar y gozar sus derechos humanos es una responsabilidad primaria de los Estados, que son los que están en mejor posición para asegurarles que ello pueda suceder de manera cotidiana e inmediata; la supervisión internacional siempre es tardía y generalmente *ex post*.²⁰

Es posible que en este espíritu la Corte IDH —en sus primeras decisiones— interprete el artículo 2o. para generar lineamientos muy generales sobre cómo los Estados debían cumplir con su deber de adoptar disposiciones de derecho interno, pero que se abstuviera de evaluar la convencionalidad de normas de derecho nacional; por ejemplo, en la Opinión Consultiva OC-14/94 (1994), la Corte estableció que: “La obligación de dictar las medidas que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos en la Convención, comprende la de no dictarlas cuando ellas

¹⁹ *Cfr. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, fondo, *cit.*, párrafo 168.

²⁰ Medina Quiroga, Cecilia, *La Convención Americana: vida, integridad personal, debido proceso y recurso judicial*, *cit.*, pp. 17 y 18.

conduzcan a violar esos derechos y libertades".²¹ Pero en la misma Opinión la Corte IDH estableció que no tiene competencia para declarar la responsabilidad internacional del Estado por la mera adopción de normas violatorias de la Convención, pues su jurisdicción contenciosa se ejerce con la finalidad de resolver casos concretos de violaciones a los derechos humanos. En palabras de la Corte IDH:

49. La jurisdicción contenciosa de la Corte se ejerce con la finalidad de proteger los derechos y libertades de personas determinadas y no con la de resolver casos abstractos. No existe en la Convención disposición alguna que permita a la Corte decidir, en el ejercicio de su competencia contenciosa, si una ley que no ha afectado aun los derechos y libertades protegidos de individuos determinados es contraria a la Convención. Como antes se dijo, la Comisión sí podría hacerlo y en esa forma daría cumplimiento a su función principal de promover la observancia y defensa de los derechos humanos. También podría hacerlo la Corte en ejercicio de su función consultiva en aplicación del artículo 64.2 de la Convención.²²

La centralidad del artículo 1.1 como fuente de obligaciones exigibles en el ámbito internacional es lo que permite afirmar que, aún en caso de que la existencia de una norma nacional sea la causa de la violación a los derechos y libertades protegidos en la Convención, la Corte sólo tiene competencia para pronunciarse sobre la responsabilidad del Estado por la violación a un derecho en concreto, y no por la mera existencia de dicha norma inconvenencial. Implícita en esta aproximación se encuentra la idea de que la definición e implementación de las medidas específicas (legislativas o de otro carácter) que los Estados deben tomar para garantizar la efectividad de la Convención es una competencia reservada para los Estados. En todo caso, conforme a este criterio, sería la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su función política de promotora de los derechos humanos, la institución facultada por la Convención para recomendar a los Estados adoptar medidas específicas para el cumplimiento de sus obligaciones internacionales.

²¹ Corte IDH, *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención* (artículos 1o. y 2o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994, serie A, núm. 14, párrafo 36.

²² *Ibidem*, párrafo 49.

III. EL FORTALECIMIENTO DE LA OBLIGATORIEDAD DEL ARTÍCULO 2o. EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

El entendimiento de la naturaleza programática del artículo 2o. cambió cuando la Corte IDH comenzó a evaluar la convencionalidad de leyes en abstracto, y cuando comenzó a ordenar a los Estados la modificación de leyes específicas y la adopción de prácticas para cumplir con sus obligaciones conforme al artículo 2o. Burgorgue Larsen explica que este giro en la jurisprudencia sucedió en gran medida por la estrategia de la Comisión Interamericana al alegar de manera conjunta violaciones al artículo 1.1 y 2o.,²³ y por la acción de algunos jueces que argumentaron —al interior de la Corte IDH— la indisolubilidad de los dos artículos.²⁴ Esta aproximación tuvo tres importantes consecuencias en las decisiones subsecuentes de la Corte: primero, el artículo 2o. comenzó a ser utilizado para evaluar la convencionalidad de las normas nacionales, y para ordenar la modificación de leyes inconvenionales; segundo, abrió la puerta para nulificar leyes de amnistía que permitían la impunidad por graves violaciones a los derechos humanos; tercero, derivó en una mayor especificación del tipo de medidas que los Estados debían tomar (como el control de convencionalidad) para garantizar la inaplicación de leyes inconvenionales.

1. *La revisión de la convencionalidad de leyes* in abstracto sobre las bases del artículo 2o.

La primera vez que la Corte evaluó una norma nacional en abstracto, y en ejercicio de su jurisdicción contenciosa, fue en *Suárez Rosero*. La Corte evaluó la compatibilidad entre el artículo 114 bis del Código Penal Ecuatoriano (CPE) y la Convención.²⁵ Este artículo establecía condiciones de liberación para personas detenidas siempre que ciertas condiciones se cumplieran, pero estaban exceptuadas de este beneficio aquellas personas acu-

²³ Corte IDH, *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*, fondo, sentencia del 12 de noviembre de 1997, serie C, núm. 35, párrafo 93.

²⁴ Corte IDH, *Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*, reparaciones y costas, sentencia del 29 de enero de 1997, serie C, núm. 31, voto disidente de A.A. Cançado Trindade, párrafo 6-9; Corte IDH, *Caso El Amparo vs. Venezuela*, reparaciones y costas, sentencia del 14 de septiembre de 1996, serie C, núm. 28, voto disidente de A. A. Cançado Trindade, párrafo 3.

²⁵ Cf. Corte IDH, *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*, fondo, sentencia del 12 de noviembre de 1997, serie C, núm. 35, párrafo 95.

sadas conforme a la Ley sobre Substancias Estupefacientes y Psicotrópicas (LSEP). La Corte IDH evaluó el caso a la luz del artículo 2o., concluyó que la distinción hecha por la LSEP entre aquellas personas acusadas conforme a la LSEP y el CPE era violatoria de la Convención, pues “despoja a una parte de la población carcelaria de un derecho fundamental en virtud del delito imputado en su contra y, por ende, lesiona intrínsecamente a todos los miembros de dicha categoría de inculpados”.²⁶

Para efectos de este artículo la relevancia de esta sentencia viene del párrafo 98, pues la Corte estableció que “esa norma *per se* viola el artículo 2 de la Convención Americana, independientemente de que haya sido aplicada en el presente caso”.²⁷ La Corte IDH implícitamente afirmó su competencia para pronunciarse sobre la inconvenencialidad de una norma nacional independientemente de su aplicación en un caso concreto, contrario a lo que había sostenido en la Opinión Consultiva OC-14/94. La Corte no explicó las razones por las que su criterio cambió en *Suárez Rosero*, pero es en este tiempo que asumió que su competencia contenciosa incluye la autoridad para pronunciarse sobre la inconvenencialidad de normas nacionales. También reafirmó su autoridad de ordenar a los Estados la adopción de medidas específicas para adaptar su derecho interno y sus prácticas de conformidad con sus obligaciones convencionales.²⁸

El voto disidente de A. A. Cançado Trindade (quien era el presidente de la Corte en 1997) en el voto de *El Amparo v. Venezuela* (1996) da indicios sobre las razones que motivaron este cambio jurisprudencial. En *El Amparo* la Corte se “abstiene de pronunciarse en abstracto sobre la compatibilidad del Código de Justicia Militar” y, por lo tanto, concluye que “no cabe ordenar al Estado de Venezuela la reforma solicitada por la Comisión”.²⁹ Cançado Trindade se opuso a esta posición de la mayoría, ya que consideró que la Corte tenía competencia para decidir sobre la convencionalidad del Código venezolano pues dicha ley constituía una “amenaza real” a las personas que enfrentaban una situación creada por su existencia. Por lo tanto, “si fuera necesario aguardar la aplicación efectiva de una ley ocasionando un daño, no habría como sostener el deber de prevención”.³⁰ En opinión del juez brasileño la Corte tiene la obligación de prevenir futuras violaciones a los

²⁶ *Ibidem*, párrafo 98.

²⁷ *Idem*.

²⁸ Cf. Quinché Ramírez, Fernando, “El control de convencionalidad y el sistema colombiano”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 12, 2009, p. 165.

²⁹ Corte IDH, *Caso El Amparo vs. Venezuela*, reparaciones y costas, sentencia del 14 de septiembre de 1996, serie C, núm. 28, párrafo 60.

³⁰ *Ibidem*, párrafo 3.

derechos humanos, por lo que debe ordenarle a Venezuela adoptar medidas específicas que representen una amenaza real a los derechos de las personas sujetas a su jurisdicción. En sus palabras:

Se ha precisado el amplio alcance de tal deber, el cual abarca todas las medidas, legislativas y administrativas y otras, que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las violaciones de estos sean efectivamente tratadas como hechos ilícitos acarreando sanciones para sus responsables. La reparación, como concepto genérico, abarca también estos elementos, además de las indemnizaciones debidas a las víctimas. La reparación plena, que en el presente contexto se configura como la reacción del ordenamiento jurídico de protección a los hechos violatorios de los derechos garantizados, tiene un amplio alcance. Incluye, a la par de la *restitutio in integrum* (restablecimiento de la situación anterior de la víctima, siempre que posible) y las indemnizaciones (a la luz del principio general del *neminem laedere*), la rehabilitación, la satisfacción y —significativamente— la garantía de no repetición de los hechos violatorios (el deber de prevención).³¹

Las garantías de no repetición a las que se refiere Cançado Trindade son, *inter alia*, la modificación de normas inconvenionales. Dos años más tarde, en *Castillo Petrucci vs. Perú* (1999), la Corte IDH determinó que Perú violó el artículo 2o. de la Convención Americana al adoptar las leyes de emergencia núms. 25.475 y 25.259, las cuales fueron promulgadas en el contexto de la lucha contra el terrorismo.³² No es necesario entrar en los detalles del caso. Lo que es relevante es que varias disposiciones de estas leyes permitían que las personas acusadas fueran sentenciadas a cadena perpetua por un tribunal sin rostro, lo cual constituye una violación a varios artículos de la Convención.³³ La Corte IDH determinó la invalidez de los procedimientos conducidos en contra de las víctimas y ordenó al Estado la modificación de las normas núms. 25.475 y 25.259, las cuales fueron encontradas inconvenionales.³⁴ La Corte IDH continuó fortaleciendo el entendimiento de la obligatoriedad del artículo 2o. al establecer que:

El deber general del artículo 2 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

³¹ *Ibidem*, párrafo 6.

³² Cfr. Corte IDH, *Caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 30 de mayo de 1999, serie C, núm. 52, párrafo 207.

³³ *Ibidem*, párrafos operativos 2 al 11.

³⁴ *Ibidem*, párrafo 207.

previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. Evidentemente, el Estado no ha llevado a cabo, en lo que atañe a las disposiciones aplicables al juicio de los inculpados, lo que debiera realizar a la luz del artículo 2 de la Convención.³⁵

Esta aproximación continuó en casos posteriores.³⁶ El caso de *La última tentación de Cristo* es emblemático en este sentido. Este caso se relaciona con la violación al derecho a la libertad de pensamiento y expresión que derivó de la censura a la exhibición de la película “La última tentación de Cristo”. La censura del gobierno chileno se basó en la aplicación del artículo 19 número 12 de la Constitución Chilena y el Decreto Ley 679, los cuales autorizaban la censura previa en la producción cinematográfica.³⁷ En consecuencia, la Corte determinó que “al mantener la censura cinematográfica previa en el ordenamiento jurídico chileno el Estado está incumpliendo con el deber de adecuar su derecho interno a la Convención de modo de hacer efectivos los derechos consagrados en la misma, como lo establecen los artículos 1.1 y 2 de la Convención”.³⁸ La Corte ordenó al Estado chileno la modificación de su derecho interno para así eliminar la censura previa.³⁹

2. *La nulidad ab initio de normas manifestamente violatorias de la Convención Americana*

La última tentación de Cristo muestra qué tan lejos llegó la Corte en su entendimiento de la obligatoriedad del artículo 2o., autorizándola incluso a ordenar a un Estado la modificación de una norma de rango constitucional; sin embargo, el punto más alto en esta línea jurisprudencial llegó en el

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ Cfr. Corte IDH, *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 21 de junio de 2002, serie C, núm. 94, párrafo 113; Corte IDH, *Caso “Instituto de Reeducación del Menor” vs. Paraguay*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 2 de septiembre de 2004, serie C, núm. 112, párrafo 206; Corte IDH, *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 25 de noviembre de 2004, serie C, núm. 119, párrafo 219; Corte IDH, *Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 11 de marzo de 2005, serie C, núm. 123, párrafo 91.

³⁷ Cfr. Corte IDH, *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 5 de febrero de 2001, serie C, núm. 73, párrafo 72.

³⁸ *Ibidem*, párrafo 88.

³⁹ *Ibidem*, párrafo operativo 4.

contexto de casos de justicia transicional. En *Barrios Altos* la Corte estableció que las leyes de amnistía 26.479 y 26.492 —adoptadas durante el gobierno de Alberto Fujimori— eran incompatibles con la Convención. Estas leyes tenían el efecto práctico de exonerar a miembros del ejército, de la policía y civiles que cometieron violaciones de derechos humanos de 1980 a 1995, incluidos los responsables de la matanza de 15 personas en el distrito de Lima llamado “Barrios Altos”.⁴⁰ La existencia y aplicación de estas leyes produjo violaciones a derechos inderogables (derecho de acceso a la justicia, derecho a la verdad y a la reparación) derivadas de la comisión de graves violaciones a los derechos humanos.⁴¹

La Corte concluyó que Perú incumplió con sus obligaciones conforme a los artículos 1.1 y 2o. al adoptar las dos leyes de amnistía que impidieron la identificación de los responsables de serias violaciones a los derechos humanos, que obstruyeron el acceso a la justicia de las víctimas y sus familiares, y que les impidieron conocer la verdad de los hechos y obtener la reparación correspondiente.⁴² La Corte calificó las consecuencias de la expedición de la ley de amnistía concluyendo lo siguiente:

44. Como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las mencionadas leyes 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.⁴³

Esta fue la primera ocasión en que la Corte actuó como una especie de tribunal constitucional. No sólo determinó la incompatibilidad entre una norma nacional y la Convención (como lo hizo en *Suárez Rosero*), o declaró la responsabilidad internacional por la existencia de una norma inconvenencial y ordenó al Estado su modificación (como lo hizo en *La última tentación de Cristo*), sino que declaró la nulidad *ab initio* sobre las bases del derecho internacional y en ejercicio de su jurisdicción contenciosa.⁴⁴ La lectura más

⁴⁰ Cf. Corte IDH, *Caso Barrios Altos vs. Perú*, fondo, sentencia del 14 de marzo de 2001, serie C, núm. 75, párrafo 2.i.

⁴¹ *Ibidem*, párrafo 41.

⁴² *Ibidem*, párrafo 43.

⁴³ *Ibidem*, párrafo 44.

⁴⁴ Cf. Binder, Cristina, “The Prohibition of Amnesties by the Inter-American Court of Human Rights”, *German Law Journal*, núm. 12, 2011, p. 1212.

razonable de esta decisión es que la naturaleza de los derechos que fueron afectados (calificados como no derogables), y la gravedad de las violaciones cometidas por el Estado (una masacre perpetrada por agentes estatales), fue un elemento relevante para la adopción de una posición tan radical. En este sentido, Cançado Trindade sugirió que la nulidad de las leyes de amnistía es resultado no sólo de su manifiesta incompatibilidad con la Convención Americana, sino también porque su vigencia produce violaciones a derechos inderogables que pertenecen al dominio del *jus cogens*.⁴⁵

La aproximación adoptada en *Barrios Altos* parece estar basada en la lógica de que *i)* la consecuencia de la adopción o aplicación de una norma nacional inconvenencial es la responsabilidad internacional del Estado; *ii)* que las consecuencias jurídicas de esa inconvenencialidad siguen a la gravedad de los derechos violentados por su existencia o aplicación, y *iii)* que la Corte está facultada para determinar las consecuencias jurídicas de la existencia o aplicación de dichas normas, y de determinar las medidas específicas que el Estado debe adoptar para evitar futuras violaciones a los derechos humanos producidas. Los puntos *ii)* y *iii)* están alejados de la posición de la Corte en la *OC-14/94* y *El Amparo*, donde expresamente decidió no pronunciarse sobre la incompatibilidad entre una norma nacional y el derecho internacional, y mucho menos establecer consecuencias jurídicas de dicha incompatibilidad.

El *rationale* iniciado en *Suárez Rosero* y que alcanzó su punto más alto en *Barrios Altos* prevaleció en este periodo de la jurisprudencia de la Corte IDH, sobre todo en lo que respecta al tratamiento de leyes de amnistía. En *Almonacid* y en *La Cantuta v. Perú* (2007) la Corte reafirmó su criterio sobre la nulidad de las leyes de amnistía cuando éstas violaban o negaban el derecho de acceso a la justicia, la verdad y la reparación de las víctimas y los familiares de graves violaciones a los derechos humanos;⁴⁶ sin embargo, en *Almonacid* la Corte dio un paso más allá en las implicaciones de los artículos 1.1 y 2o. al establecer que los jueces están obligados a “velar porque la aplicación no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos”.⁴⁷ En otras palabras, el Poder Judicial estaba obligado a realizar un control de convencionalidad

⁴⁵ Cfr. Caso *Barrios Altos vs. Perú*, fondo, voto concurrente del juez A.A. Cançado Trindade, párrafo 11.

⁴⁶ Corte I.D.H., Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 26 de septiembre de 2006, serie C, núm. 154, párrafo 112; Corte IDH, Caso *La Cantuta vs. Perú*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 29 de noviembre de 2006, serie C, núm. 162, párrafo 167.

⁴⁷ Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, *cit.*, párrafo 124.

para evitar la aplicación de normas inconvenionales en la solución de casos concretos.⁴⁸

IV. LA CREACIÓN DE LA DOCTRINA DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

La creación del control de convencionalidad es el último paso tomado por la Corte IDH sobre la presunción de que el artículo 2o. tiene una amplia fuerza prescriptiva, y de que su jurisdicción contenciosa la faculta para determinar las medidas específicas que los Estados deben adoptar para hacer efectivos los derechos y libertades protegidos por la Convención. Esta doctrina establece que así como los jueces nacionales tienen una obligación de respetar y garantizar los derechos humanos (tal y como lo requiere el artículo 1.1), también tienen la obligación de adoptar las medidas necesarias para garantizar la efectividad de dichos derechos. El control de convencionalidad constituye una determinación muy específica sobre el tipo de medidas que los jueces deben adoptar para controlar que leyes inconvenionales no produzcan efectos violatorios. En palabras de la Corte IDH:

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.⁴⁹

La Corte desarrolló la noción que los jueces nacionales deben realizar un control de convencionalidad con el objetivo de remover los obstáculos legales que impiden garantizar la efectividad de la Convención y de sus in-

⁴⁸ *Idem.*

⁴⁹ *Idem.*

interpretaciones. El fundamento de esta doctrina son los artículos 1.1 y 2o. de la Convención y el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.⁵⁰ En la teoría de la Corte es inadmisible que los jueces se abstengan de proteger los derechos humanos de las personas sujetas a su jurisdicción debido a que el Poder Legislativo incumplió con sus obligaciones —conforme al artículo 2o.— al adoptar normas inconvenionales. En *Heliodoro Portugal vS. Panamá* (2008) la Corte explicó que el control de convencionalidad es la medida a través de la cual los operadores de justicia cumplen con su deber de garantizar el efecto útil de la Convención, explicando de esta forma el vínculo entre el artículo 2o. y el control de convencionalidad. En palabras de la Corte:

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 garantías. Precisamente, respecto a la adopción de dichas medidas, es importante destacar que la defensa u observancia de los derechos humanos a la luz de 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.⁵¹

V. CONCLUSIÓN

La doctrina del control de convencionalidad está intimamente ligada con el progresivo fortalecimiento de la fuerza prescriptiva del artículo 2o. de la Convención. La posición asumida por la Corte IDH desde *Suárez Rosero* entendió al artículo 2o. como la fuente de obligaciones exigibles en el plano internacional (no como una norma programática), lo cual abrió la puerta para que comenzara la práctica de evaluar la compatibilidad entre normas nacionales y la Convención, y de ordenar a los Estados las medidas “legisla-

⁵⁰ *Ibidem*, párrafos 123-125.

⁵¹ Corte IDH, *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. sentencia de 12 de agosto de 2008, serie C, núm. 186, párrafo 180.

tivas o de otro carácter” que debían tomar para garantizar el efecto útil de la Convención. El desarrollo progresivo del artículo 2o. derivó en la creación de la doctrina del control de convencionalidad como una determinación del tipo de medidas que los jueces nacionales debían tomar —conforme al artículo 2o.— ante la presencia de una norma inconvenencial, para así evitar que dicha norma fuera la causa de violaciones a los derechos humanos protegidos internacionalmente.

LA EVOLUCIÓN DEL CONTROL ABSTRACTO DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY EN MÉXICO: EL NACIMIENTO DE LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

Iván Carlo GUTIÉRREZ ZAPATA*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La Constitución de Cádiz.* III. *La Constitución de 1824.* IV. *La Constitución de 1836.* V. *El voto particular del diputado Fernando Ramírez y la acción de inconstitucionalidad.* VI. *La Constitución yucateca de 1840.* VII. *La Constitución de 1857.* VIII. *La Constitución de 1917.* IX. *El artículo 105 constitucional y el nacimiento de la acción de inconstitucionalidad.* X. *Las reformas al artículo 105 constitucional.* XI. *Conclusión.*

I. INTRODUCCIÓN

Tras un largo camino de diversas modificaciones a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), finalmente, el 31 de diciembre de 1994 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* un decreto que reformó varios artículos constitucionales¹ en materia de administración y procuración de justicia. Tuvieron que pasar más de 77 años —formalmente, en realidad son más—, para que naciera en México el mecanismo de control abstracto de constitucionalidad de la ley que en la actualidad conocemos como la “acción de inconstitucionalidad”, las líneas precedentes son un breve acercamiento a la evolución de ese nacimiento.

II. LA CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ

La Constitución de Cádiz,² aprobada el 19 de marzo de 1812 —festividad de San José—, conocida por eso como “la Pepa”, fue la primera Constitu-

* Doctor en derecho constitucional por la Universidad Pompeu Fabra; profesor de derecho procesal constitucional, juicio de amparo y derechos humanos en diversas universidades.

¹ Para ser exactos fueron reformados 27 artículos de la Constitución federal.

² Su nombre real es Constitución Política de la Monarquía Española, fue promulgada

ción que estableció un órgano encargado del control de constitucionalidad de ley. En efecto, el primer órgano dotado de competencias para fungir como el encargado de controlar la constitucionalidad de las leyes en la entonces Nueva España, fueron las Cortes.

Las Cortes se organizaban en una Cámara única, pues se temía que el clero y la nobleza consiguieran apoderarse de una Asamblea de Próceres, obstaculizando la renovación política, social y económica que se pretendía operar.

Los diputados a Cortes eran elegidos mediante sufragio indirecto, siendo necesario para ser candidato poseer una renta anual procedente de bienes propios, con lo cual, el parlamento quedaba en manos de las clases económicas con mayores ingresos.

Con todo, el artículo 27 de dicho ordenamiento establecía que las Cortes eran la reunión de todos los diputados que representaban a la nación, nombrados por los ciudadanos.

El artículo 131 establecía en su fracción 1a. lo siguiente:

“Artículo 131.- Las facultades de las Cortes son:

1^a. Proponer y decretar las leyes, e interpretarlas y derogarlas en caso necesario (sic)”.

Tal como se puede apreciar, se trataba de un control político, sin embargo, la atribución constitucional de “interpretar” las leyes constituye un primer acercamiento a los rasgos característicos y finalidades que persigue el control abstracto de constitucionalidad de la ley, ya que del texto transscrito de la fracción 1a. del artículo 131 la Constitución de Cádiz, se desprende que una vez “interpretadas” las leyes, podrían ser derogadas, es decir, eran expulsadas del ordenamiento jurídico tal como acontece en la actualidad cuando en una acción de inconstitucionalidad se determina la inconstitucionalidad de algún precepto legal.

III. LA CONSTITUCIÓN DE 1824

La génesis del control abstracto de constitucionalidad en el recién México independiente, se remonta a la Constitución Federal de 1824, toda vez que los artículos 137 y 165 establecían un sistema de control de constitucionalidad de leyes realizado por un órgano jurisdiccional —la Corte Suprema de Justicia— y por un órgano político —el Congreso General—; la redacción de ambas disposiciones no resulta del todo afortunada; sin embargo, nos per-

en Cádiz el 19 de marzo de 1812, de ahí que sea mejor conocida como la Constitución de Cádiz.

miten arribar a la conclusión arriba citada, tal como se puede apreciar del texto contenido en la “Sección III. De las atribuciones de la Corte Suprema de Justicia”.

En particular, de la fracción V, apartado 6, del artículo 137 es posible apreciar el tipo de control constitucional que era llevado a cabo por la Corte Suprema:

Artículo 137.- Las atribuciones de la Corte Suprema de Justicia son las siguientes:

...

V. Conocer:

...

6. De las causas de almirantazgo, presas de mar y tierra, y contrabandos, de los crímenes cometidos en alta mar, de las ofensas contra la nación de los Estados Unidos Mexicanos, de los empleados de hacienda y *justicia de la federación y de las infracciones de la constitución y leyes generales, según se prevenga por ley.*

De la parte conducente del numeral transcrita se desprende que al hacer alusión a la “justicia de la federación” así como “a las infracciones de la constitución y leyes generales”, el constituyente se refirió, por una parte, a la posibilidad de controlar jurisdiccionalmente la conflictividad competencial entre los niveles de gobierno de la Federación así como al control, también jurisdiccional, de la constitucionalidad de las normas que infringieran el texto constitucional.

Si bien es cierto que el artículo no denota con toda claridad las competencias de la Corte Suprema de Justicia en materia de control constitucional, la norma constitucional hace una referencia clara y objetiva en relación con la justicia de la Federación así como de las infracciones constitucionales que eventualmente generarán las leyes generales; por tanto, se estima que se trataba de un control de constitucionalidad llevado a cabo por un órgano jurisdiccional y no por un órgano político.

Tales premisas nos llevan a concluir que no se trataba como tal de un control cien por ciento de constitucionalidad cuanto de federalidad, desde esta perspectiva, es un tipo de control semejante al que se estableció en las Constituciones de Venezuela y de Suiza de 1858 y 1874, respectivamente.

IV. LA CONSTITUCIÓN DE 1836

La Constitución centralista de 1836 (conocida también como las Siete Leyes) es el documento en el que el legislador estableció con mayor rigor, técnica

legislativa y objetividad material —en comparación con las Constituciones anteriores—, diversos medios de control constitucional, con la particularidad de que el control lo ejercía un órgano político y no un órgano jurisdiccional.

Lo anterior se deduce del artículo 12 de dicho ordenamiento, mismo que establecía lo siguiente:

Artículo 12.- Las atribuciones de este Supremo Poder, son las siguientes:

I. Declarar la nulidad de una ley o decreto, dentro de dos meses después de su sanción, cuando sean contrarios a artículo expreso de la Constitución, y le exijan dicha declaración, o el Supremo Poder Ejecutivo, o la alta Corte de Justicia, o parte de los miembros del Poder Legislativo en representación que firmen dieciocho por lo menos.

II. Declarar, excitado por el Poder Legislativo o por la Suprema Corte de Justicia, la nulidad de los actos del Poder Ejecutivo, cuando sean contrarios a la Constitución o a las leyes, haciendo esta declaración dentro de cuatro meses contados desde que se comuniquen esos actos a las autoridades respectivas.

III. Declarar en el mismo término la nulidad de los actos de la Suprema Corte de Justicia, excitado por alguno de los otros dos poderes, y sólo en el caso de usurpación de facultades.

De la redacción del artículo transcrita, se aprecia que el mismo establecía como medios de control constitucional: *i)* la acción de inconstitucionalidad —por sus características, se trataba de una acción de inconstitucionalidad *sui generis*, tal como tendremos oportunidad de comprobar más adelante—; *ii)* la controversia constitucional, y *iii)* una especie de “cuestión de inconstitucionalidad”, misma que naturalmente no era concebida como en la actualidad —en el ordenamiento constitucional español—.

Por tanto, al existir la posibilidad de plantear —exigir, en términos de lo establecido en la Constitución en análisis— al Supremo Poder Conservador³ por la Suprema Corte de Justicia una declaración de inconstitucionali-

³ Por la importancia que reviste como uno de los primeros órganos políticos de control constitucional nos parece imprescindible destacar los rasgos básicos del Supremo Poder Conservador: “La Constitución centralista conocida como las *Siete Leyes Constitucionales* (1835-1836) creó este órgano político de control de constitucionalidad y de control del poder. La Segunda ley de este documento constitucional de las Siete Leyes, lo instituyó como un “Cuarto Poder” al lado de los tres tradicionales (Legislativo, Ejecutivo, Judicial). El Supremo Poder Conservador fue concebido como un garante del orden constitucional, por ello se le atribuyó resolver los conflictos entre los otros poderes. El Supremo Poder Conservador no tenía responsabilidad política de ningún tipo, su única responsabilidad era ante Dios y la opinión pública. La integración de este poder era colegiada, con cinco individuos propietarios de renovación parcial y bienal, además de tres suplentes. En el proceso de elección inter-

dad, tal como lo hemos mencionado, refleja una aproximación más cercana a las características de una “cuestión de inconstitucionalidad” que de una acción de inconstitucionalidad, la cual como es sabido difiere profundamente de aquélla, ya que la legitimación para ejercitar o solicitar la cuestión de inconstitucionalidad⁴ recae, en forma exclusiva, en los titulares de los órganos jurisdiccionales.

Por tanto, la aportación indiscutible de la Constitución de 1836 radica en que estableció con mayor amplitud la defensa de la Constitución; sin embargo, también se hace notar que el Supremo Poder Conservador, tal como hemos dado cuenta de ello, no fue un órgano jurisdiccional, se trataba, con creces, de un órgano de naturaleza política.⁵

venían los poderes ejecutivo, legislativo y las juntas departamentales (especie de asambleas representativas de los departamentos, bajo el régimen unitario). Las resoluciones se tomarían por mayoría de cuando menos tres de sus integrantes... II. Facultades constitucionales. Las Facultades del Supremo Poder Conservador se señalaban, principalmente, en el artículo 12 de la Segunda Ley Constitucional. Estas facultades pueden clasificarse en: a) De control de constitucionalidad. El Supremo Poder Conservador estaba facultado para declarar la nulidad de una ley o decreto, dentro de los siguientes dos meses a su sanción. La declaratoria de nulidad sería procedente cuando el acto legislativo fuese contrario al artículo expreso de la Constitución. En este caso, la solicitud correspondía al presidente de la República, con acuerdo del Consejo de Gobierno, o bien a la Suprema Corte de Justicia. Una minoría de dieciocho integrantes del poder legislativo, también podía solicitar la declaratoria de nulidad de la ley o decreto. La declaración de nulidad de los actos del poder ejecutivo contrarios a la Constitución y a las leyes, correspondía al Supremo Poder Conservador. En esta facultad se ejercía control de constitucionalidad y de legalidad. La declaración de nulidad podría formularse dentro de cuatro meses, contados a partir de que el acto en cuestión fuese comunicado a cualquier autoridad. El Supremo Poder Conservador tenía la facultad de declarar la nulidad de los actos de la Suprema Corte de Justicia, pero exclusivamente en el supuesto de usurpación de facultades. La declaración correspondiente debía formularse dentro de los cuatro meses siguientes a la comunicación del acto de la Suprema Corte a otra autoridad. La excitativa podía emanar de los poderes ejecutivo o legislativo. El Supremo Poder Conservador, en todos los casos anteriores, tenía la facultad de declarar la nulidad de determinados actos y no de anularlos. Anular implica abrogar, es decir, dejar sin efectos algún acto jurídico. Por su parte, declarar una nulidad es reconocer que un acto jurídico no produce consecuencias de derecho por algún vicio preexistente...”, *Diccionario histórico judicial de México*, t. III, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación-Poder Judicial de la Federación, 2010, pp. 1599-1603.

⁴ Para mayor información sobre la cuestión de inconstitucionalidad véase Corzo Sosa, Edgar, *La cuestión de inconstitucionalidad*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

⁵ Tal y como lo señala el artículo primero de segunda ley constitucional de 1836, que a la letra establece: “Artículo 1.- Habrá un Supremo Poder Conservador que se depositará en cinco individuos, de los que se renovará uno cada dos años, saliendo en la primera, segunda, tercera y cuarta vez el que designare la suerte sin entrar en el sorteo el que o los que hayan sido nombrados para reemplazar. De la quinta vez en adelante saldrá el más antiguo”.

Las facultades relativas a la defensa de la Constitución, de las que conocía el Supremo Poder Conservador, consistían en declarar la nulidad de los actos y leyes contrarias a la Constitución, emanados de alguno de los tres poderes, a solicitud de cualquiera de los otros dos.

Dicho sistema no funcionó en forma adecuada, entre otros motivos, por su inactividad; sin embargo, las siete leyes constitucionales de 1836 tuvieron el mérito de poner de relieve la importancia del control de constitucionalidad de las leyes, además de que sirvió de estímulo para que frente al órgano político —cuyo fracaso fue evidente—, se pensara en el diseño de un órgano judicial, como titular competencial de la defensa de la Constitución.⁶

V. EL VOTO PARTICULAR DEL DIPUTADO FERNANDO RAMÍREZ Y LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

El primer legislador que abordó con seriedad el tema del control de constitucionalidad abstracto de las leyes en México fue el diputado Fernando Ramírez; lo anterior lo plasmó en un voto particular que presentó el 30 de junio de 1840 en un proyecto de reforma a las siete leyes constitucionales de 1836.

El contenido del voto particular del diputado Ramírez resulta un documento imprescindible para quienes se dedican al estudio del génesis de la acción de inconstitucionalidad. La parte conducente del mismo la trascribimos a continuación:

...yo pretendo añadirle (a la Suprema Corte de Justicia de la Nación) otra facultad dentro de su órbita: la idea parecerá a primera vista extraña; pero ni es enteramente nueva, ni carece de sólidos fundamentos, antes se encontrará apoyada en la razón y en la experiencia. 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. Además de que esta experiencia es una prueba de bullo, sobran razones en que apoyarla. Esas corporaciones, como he dicho, están por naturaleza aisladas, y como excéntricas respecto a los negocios públicos: este aislamiento les da necesariamente un carácter de imparcialidad muy importante, o por mejor decir, indispensable para resolver en la calma de las pasiones escuchando solamente la voz de la justicia, las grandes cuestiones cuya resolución muchas veces, equívoca o desarreglada, es la causa de grandes trastornos políticos.

⁶ Cf., Tena Ramírez, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, México, Porrúa, 1997, pp. 494 y 495.

Los diputados, los senadores, los secretarios del despacho, el mismo Presidente de la República, pueden afectarse de sus propios intereses, del de sus parientes y amigos, o de pasiones o caprichos. Es necesaria mucha firmeza de alma, y una virtud no sólo filosófica sino verdaderamente evangélica, para que uno de esos funcionarios no haga, o por lo menos no apoye, una iniciativa de ley que favorezca a sus miras, aun cuando se oponga a algún artículo constitucional.

¡Ojalá y no fuera tan cierto lo que acabo de decir! De aquí proceden las interpretaciones violentas a la Constitución, las soluciones especiosas a argumentos indestructibles, las intrigas para las votaciones, en una palabra, se procura ganar a toda costa. En efecto, se triunfa en la votación; pero este triunfo refluye en daño el prestigio de la Asamblea Legislativa. El público que no se engaña, y conoce bien los artificios con que se dictó la ley, está persuadido de su injusticia y jamás la aprobará en su interior. *¿Qué remedio más a propósito que ocurred a una corporación, que puede llamarse esencialmente imparcial, para que pronuncie su fallo sobre la inconstitucionalidad de una ley?* En verdad que los individuos que componen o deben componer la cabeza del poder judicial pueden afectarse alguna ocasión de aquellos mismos defectos; pero esto sucederá tan rara vez, que en nada perjudicará a esa absoluta imparcialidad que en la mayor parte de ellos existe de hecho, y en los demás racionalmente se presume. Los cortos límites a que debe reducirse un voto particular no me permiten extender sobre este asunto, digno de una disertación académica, perfectamente acabada; pero lo expuesto basta para fundar mi opinión sobre este punto.

Lo que he expuesto acerca de las leyes es por mayoría de razón aplicable a los actos del Ejecutivo. 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, reclaman alguna ley o acto del ejecutivo, como opuesto a la Constitución, se diese a ese reclamo el carácter de contencioso y se sometiese al fallo de la Corte de Justicia.

...(a la Suprema Corte de Justicia) le corresponde: 1o. Iniciar leyes y decretos pertenecientes a su ramo, 2o. Ser oída en las iniciativas que hagan los otros Poderes o las Juntas Departamentales sobre administración de justicia; 3o. Nombrar los magistrados de los tribunales superiores de los Departamentos a propuesta en terna de los gobernadores y Juntas Departamentales, a los que remitirán listas de todos los pretendientes y postulados los tribunales respectivos.

Cuando el Supremo gobierno o la cuarta parte de los diputados, la tercera parte de los senadores presentes que compongan actualmente sus respectivas Cámaras, o la tercera parte de las Juntas Departamentales reclamen alguna ley como anticonstitucional, decidirá la cuestión la Suprema Corte de Justicia en juicio contencioso.

Lo mismo sucederá cuando en los propios términos los diputados, senadores o Juntas Departamentales reclamen algún acto del Ejecutivo.

Una ley fijará las instancias y el modo en que ha de verificarse este juicio.⁷

Entre otras virtudes, se debe destacar que en su voto particular el diputado Ramírez señaló la necesidad de establecer que: *i*) fuese la Suprema Corte de Justicia la encargada de conocer del control abstracto de constitucionalidad de la ley —y, en general de lo contencioso constitucional—; *ii*) que dicho control lo desplegará cuando el ejecutivo, una minoría parlamentaria o las Juntas Departamentales así lo denunciaren ante ella, es decir, definió quienes serían los órganos legitimados para ejercitar la acción de inconstitucionalidad; *iii*) proponía como “objetos susceptibles de control constitucional” a las leyes por una parte y a los actos del ejecutivo por otra; *iv*) señaló que era necesaria la creación de una ley que fijaría el modo en que se llevaría a cabo dicho juicio, es decir, señaló la necesidad de la creación de una ley reglamentaria y, finalmente *v*) se oponía a la existencia del Supremo Poder Conservador, pugnando por su desaparición y por ceder sus competencias a la Suprema Corte.

Desafortunadamente para el constitucionalismo mexicano, las ideas del diputado Ramírez no tuvieron eco en el seno de la asamblea reformadora, sin embargo, constituyen una sólida argumentación que configuran un razonamiento objetivo en torno a concentrar el control de constitucionalidad de la ley en un órgano jurisdiccional así como a la posibilidad de denunciar la presunta inconstitucionalidad de una ley infraconstitucional por determinados órganos y entes legitimados.

VI. LA CONSTITUCIÓN YUCATECA DE 1840

La idea de concentrar en un solo órgano el control de constitucionalidad de las leyes por un órgano jurisdiccional existía desde 1840 en México, varios años antes de que se plasmara en las Constituciones austriaca y checa; inclusive con anterioridad a que fuera establecido en la Constitución Federal Suiza de 1874.

⁷ El voto particular y una versión más amplia del mismo es posible encontrarla en: Tena Ramírez, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, cit., p. 495; quien además menciona con toda razón una tendencia que era clarísima no sólo en el voto del diputado Ramírez, sino en otros actores políticos: “En este tránsito de lo político a lo jurisdiccional, los juristas y políticos mexicanos fueron llevados de la mano por la obra de Tocqueville, *La democracia en América*.

Por ello, resulta por lo menos cuestionable, que no fue sino hasta 1994 cuando el control abstracto de constitucionalidad de la ley se estableció en la CPEUM, con una demora importante frente a otros medios de control constitucional que son competencias propias de tribunales constitucionales o cortes supremas con atribuciones contencioso constitucionales como lo son el juicio de amparo y las controversias constitucionales.⁸

⁸ En efecto los antecedentes históricos de las controversias constitucionales se remontan a lo establecido por la Constitución de 1824, en una breve síntesis podemos afirmar que la evolución desde ese momento hasta la última reforma en la materia, se presentó de la siguiente manera:

- Constitución de 1824: “Artículo 137.- Las atribuciones de la Corte Suprema de Justicia son las siguientes: I.- Conocer de las diferencias que puede haber de uno a otro Estado de la Federación, siempre que las reduzcan 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, o entre particulares, sobre pretensiones de tierras, bajo concesiones de diversos Estados, sin perjuicio de que las partes usen su derecho, reclamando la concesión a la autoridad que la otorgó...”; con ello nace la figura de la controversia constitucional y la competencia de la Suprema Corte para conocer de ella.

- Bases orgánicas 1845: “Artículo 118.- Son facultades de la Corte Suprema de Justicia:... V.- Conocer de la misma manera de las demandas judiciales que un Departamento intentare contra otro, o los particulares contra un Departamento, cuando se reduzcan a un juicio verdaderamente contencioso”; la Corte era competente para conocer de las demandas que un departamento intentara contra otro.

- Constitución de 1857: “Artículo 97.- Corresponde a los tribunales de la Federación conocer: I. De las controversias que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de las leyes federales. II. De las que versen sobre derecho marítimo. III. De aquellas en que la federación fuere parte. IV. De las que se susciten entre dos o más Estados...” y “Artículo 98.- Corresponde a la Suprema Corte de Justicia desde la primera instancia, el conocimiento de las controversias que se susciten de un Estado con otro, y de aquellas en que la Unión fuere parte”; es decir, los tribunales federales eran competentes para conocer de las controversias en las que la Federación fuera parte, y de las que se suscitaran entre dos o más Estados y por otra parte le correspondía a la Corte conocer desde la primera instancia, de las controversias que surgieran de un Estado a otro, y aquellas en las que la Unión fuera parte.

- Constitución de 1917: “Artículo 104.- Corresponde a los tribunales de la Federación conocer: I.- De las controversias... II.- De todas las controversias... III.- De aquellas en que la Federación fuese parte. IV.- De las que se susciten entre dos o más Estados, o en un Estado y la Federación, así como de los que surgen entre los Tribunales del Distrito Federal y los de la Federación o un Estado...” y “Artículo 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 de aquellas en que la Federación fuese parte”; en esta Constitución, los tribunales federales eran competentes para conocer de las controversias en que la Federación fuera parte; de las que surgieran entre dos o más estados, o entre un estado y la Federación, así como de las que surgieran entre los tribunales del Distrito Federal y los de la Federación o los estatales, por otra parte, la Suprema Corte tenía competencia exclusiva para conocer de las controversias que sobre la constitucionali-

La respuesta a ello es sencilla, en aquél México naciente, la concentración

dad de sus actos, surgieran entre: 1.- dos o más estados y 2.- los poderes de un mismo Estado; finalmente también era competente para conocer de los conflictos: 1.- entre la Federación y uno o más estados y 2.- en que la Federación fuese parte.

- Reforma de 1967: “Artículo 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 de aquellas en que la Federación sea parte en los casos que establezca la ley”; esta reforma básicamente estableció que la Corte tenía competencia exclusiva para conocer de las controversias que sobre la constitucionalidad de sus actos, surgieran entre: 1.- dos o más estados y 2.- los poderes de un mismo estado; Asimismo, se le otorgó la competencia para conocer de los conflictos: 1.- entre la Federación y uno o más estados y 2.- en que la Federación fuese parte en los casos que estableciera la ley.

- Reforma de 1993: “Artículo 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 uno o más Estados y el Distrito Federal; entre los poderes de un mismo Estado y entre órganos de gobierno del Distrito Federal, sobre la constitucionalidad de sus actos y de los conflictos entre la Federación y uno o más Estados, así como de aquéllas en que la Federación sea parte en los casos que establezca la Ley”; la única modificación consistió en legitimar al Distrito Federal y a sus órganos de gobierno.

- Reforma de 1994: “Artículo 105.- La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes:

I.- De las controversias constitucionales que, con excepción de las que se refieran a la materia electoral se susciten entre:

a) La Federación y un Estado o el Distrito Federal;

b) La Federación y un Municipio;

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;

d) Un Estado y otro;

e) Un Estado y el Distrito Federal;

f) El Distrito Federal y un Municipio;

g) Dos Municipios de diversos Estados;

h) Dos Poderes de un mismo Estado, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales;

i) Un Estado y uno de sus Municipios, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales;

j) Un Estado y un Municipio de otro 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.

Siempre que las controversias versen sobre disposiciones generales 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) anteriores, y la resolución de la Suprema Corte de Justicia las declare inválidas, dicha resolución tendrá efectos generales cuando hubiera sido aprobada por una mayoría de por lo menos ocho votos.

En los demás casos, las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia tendrán efectos únicamente respecto de las partes en la controversia...”; sin lugar a dudas la más importante de

ción del poder residía en el Poder Ejecutivo, con el Legislativo así como con el Judicial subordinados a él, sobra decir que no existía interés alguno de establecer medios de control constitucional de la ley ni órganos políticos o jurisdiccionales para conocer de ellos.

Fue en el marco del contexto independentista yucateco de 1840 —previo a que Yucatán fuera una República independiente—, el momento en que se creó el juicio de amparo concebido por Mariano Otero y Cresencio Rejón —con ideas de origen europeo y norteamericanas—, ya que fueron quiénes en ese año, sometieron a la consideración del congreso local el proyecto de Constitución estatal,⁹ el cual dotaba a la Corte Suprema de Justicia yucateca de la competencia necesaria para conocer de la presunta inconstitucionalidad de actos de los poderes públicos que pudieran violentar los derechos fundamentales de los ciudadanos.

En relación con el control abstracto de constitucionalidad de las normas, no fue sino hasta 1842 cuando con las reformas a la citada Constitución yucateca, se estableció un mecanismo semejante a la acción abstracta de inconstitucionalidad.

En realidad se trataba de una herramienta de control de constitucionalidad de las leyes en abstracto, pero no desplegado por un órgano de naturaleza jurisdiccional, sino de naturaleza política, toda vez que la Suprema Corte yucateca, era la encargada de “instruir”, únicamente, una especie de “procedimiento” consistente en: *i)* recibir por parte de los órganos legítima-

todas las reformas en materia de controversias constitucionales toda vez que, por una parte, se estableció la competencia exclusiva de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para conocer de dos medios de control constitucional, las controversias constitucionales (fracción I), y las acciones de inconstitucionalidad (fracción II) y por otra, se ampliaron los supuestos de procedencia de las controversias constitucionales.

- Reforma de 2005: “Artículo 105.- La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes:

I.- De las controversias constitucionales que, con excepción de las que se refieran a la materia electoral y a lo establecido en el artículo 46 de esta Constitución, se susciten entre...”; el texto de la norma quedó en los mismos términos, con excepción de que en la fracción I del artículo, se incluyó la prohibición para que la Suprema Corte conozca de las controversias a que se refiere el artículo 46 de la Constitución, es decir los conflictos de límites territoriales entre entidades federativas.

⁹ En dicho proyecto se: “...entrega el control de la constitucionalidad a la Corte Suprema de Justicia para oponerse a las providencias anticonstitucionales del Congreso y las ilegales del Poder Ejecutivo, en las ofensas que se hagan a los derechos políticos y civiles de los habitantes del Estado... La protección de la Constitución se erige únicamente frente al Congreso, pues frente al Ejecutivo sólo queda defendida la legalidad (de esa manera) el Poder Judicial tiene la tarea de proteger en el goce de garantías individuales al oprimido”, en Tena Ramírez, Felipe, *op. cit.*, p. 497.

dos la denuncia de la ley presuntamente constitucional; *ii)* turnarla a las legislaturas de los estados; *iii)* tres meses después recibir el voto o calificación de las legislaturas en el sentido *estricto* de si la ley era o no constitucional, y, finalmente; *iv)* publicar los resultados, pero la última palabra residía en la voluntad de las legislaturas y no en la de la Suprema Corte de Justicia.

Destacamos el término “estricto”, ya que la norma que establecía dicho procedimiento, así lo señala expresamente, por tanto las legislaturas no tenían obligación alguna de razonar o motivar el sentido de su voto, limitándose a expresar su apreciación de constitucionalidad o no.

De ello da cuenta la fracción II del artículo 81, de la Constitución de Yucatán de 1840, que establecía lo siguiente:

Artículo 81.- Para conservar el equilibrio de los poderes públicos y prevenir los atentados que se dirijan a destruir su independencia o confundir sus facultades, la Constitución adopta las siguientes medidas:

...
II. Si dentro de un mes de publicada una ley del Congreso general fuere reclamada, como anticonstitucional, o por el presidente de acuerdo con su consejo, o por diez y ocho (*sic*) diputados, o seis senadores o tres legislaturas, la Suprema Corte, ante la que se hará el reclamo, mandará la ley a la revisión de las legislaturas, las que dentro de tres meses darán su voto, diciendo simplemente si es o no constitucional.

Las declaraciones se remitirán a la Suprema Corte, y ésta publicará los resultados, quedando resuelto lo que diga la mayoría de las legislaturas.

Es evidente que el escrutinio constitucional no era llevado a cabo por la Corte, sino por las legislaturas estatales, quienes se reitera, aún sin razonar el sentido de su voto, si se trataba de la mayoría de ellas, tendrían el enorme poder de determinar la constitucionalidad o no de los productos legislativos federales.

Nótese la última cuestión, el objeto de control eran las leyes federales y no las estatales las que podían ser controladas; a pesar de tratarse de un sistema de control político existía una idea de federalismo más sólida de la que hoy tenemos, por lo menos desde la perspectiva del control constitucional de la ley.

Ello es así, en virtud de que la fracción II del actual artículo 105 de la CPEUM no prevé la posibilidad de que las legislaturas estatales o el Congreso local de la Ciudad de México ejerciten acciones de inconstitucionalidad contra leyes federales; no obstante, el Poder Ejecutivo Federal, a través de la Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal o de la Fiscalía General de

la República, pueden denunciar leyes estatales presuntamente inconstitucionales.

La Federación no podía quedarse atrás, en el acta de reformas de 1847 “redactó” casi en los mismos términos de la Constitución de Yucatán de 1840, lo relativo tanto al juicio de amparo, el cual como se ha dicho era una competencia exclusiva de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante, SCJN), así como el control abstracto de constitucionalidad de las leyes por un órgano político.

La propia SCJN en una de sus publicaciones relativas a la acción de inconstitucionalidad y los orígenes de la misma, señaló que “...ha llegado a establecerse que se han identificado probables antecedentes que se remontan al Acta de reformas de 1847”.¹⁰

En términos generales se trataba del mismo procedimiento establecido en la citada Constitución yucateca, como se puede apreciar de los artículos 22 a 24 de la citada acta de reformas:

Artículo 22.- Toda ley de los Estados que ataque la Constitución o las leyes generales, será declarada nula por el congreso; pero esta declaración sólo podrá ser iniciada en la cámara de senadores.

Artículo 23.- Si dentro de un mes de publicada una ley del congreso general, fuere reclamada como anti-constitucional, o por el presidente, de acuerdo con su Ministerio, o por diez diputados, o seis senadores, o tres legislaturas, la Suprema Corte, ante la que se hará el reclamo, someterá la ley al examen de las legislaturas, las que dentro de tres meses, y precisamente en un mismo día, darán su voto.

Las declaraciones se remitirán a la Suprema Corte, y ésta publicará el resultado, quedando anulada la ley, si así lo resolviera la mayoría de las legislaturas.

Artículo 24.- En el caso de los dos artículos anteriores, el congreso general y las legislaturas a su vez, se contraerán a decidir únicamente si la ley de cuya invalidez se trate, es o no anti-constitucional, y en toda declaración afirmativa se insertarán a la letra la ley anulada, y el texto de la Constitución o ley general a que se oponga.

De lo anterior se desprende que al igual que en el caso yucateco —el lector no debe perder de vista que era el resultado de una transcripción con cambios muy sutiles de la Constitución de Yucatán—, también se trataba

¹⁰ Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la SCJN, *Las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad. Análisis de las fracciones I y II del artículo 105 constitucional, a partir de los criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2011, p. 75.

de un control político, con una intervención mínima de la SCJN, el cambio fundamental consistía, destacadamente en el contenido plasmado en el artículo 22, toda vez que el objeto de control —las leyes que podían ser impugnadas—, se amplió —leyes federales y por supuesto, estatales—, además configuraba un control de constitucionalidad así como de legalidad, ya que también podían ser impugnadas leyes estatales que contravinieran lo establecido en leyes federales, por lo que en esos casos el parámetro de control no era la Constitución, sino la ley federal presuntamente vulnerada.

VII. LA CONSTITUCIÓN DE 1857

El nuevo proyecto de texto constitucional presentado el 16 de junio de 1856 es el que atribuye a los tribunales de la Federación en el artículo 101, fracción I, facultades específicas y exclusivas para conocer vía jurisdiccional, del control constitucional de leyes y actos violatorios de derechos fundamentales.

La balanza en la construcción del sistema de control de constitucionalidad por órgano jurisdiccional fue inclinándose por una especie de difusión en la que exclusivamente los *tribunales de la Federación*, resolverían de las violaciones mencionadas —entre otro tipo de asuntos en los que se fusionaban legalidad ordinaria y constitucionalidad—.¹¹

Dicho ordenamiento concentró en la Suprema Corte la posibilidad de dirimir las controversias que se suscitaran entre un Estado y otro así como

¹¹ De ello dan cuenta los artículos 97 y 101 respectivamente; los tribunales de la Federación podían conocer inclusive de derecho marítimo y aspectos diplomáticos, tal como se puede apreciar a continuación:

“Artículo 97.- Corresponde a los tribunales de la federación, conocer:

I. De todas las controversias que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de las leyes federales.

II. De las que versen sobre derecho marítimo.

III. De aquellas en que la federación fuere parte.

IV. De las que se susciten entre dos o más Estados.

V. De las que se susciten entre un Estado y uno o más vecinos de otro.

VI. De las del orden civil o criminal que se susciten a consecuencia de los tratados celebrados con las potencias extranjeras.

VII. De los casos concernientes a los agentes diplomáticos y cónsules”.

“Artículo 101. Los tribunales de la federación resolverán toda controversia que se suscite:

I. *Por leyes o actos de cualquiera autoridad que violen las garantías individuales.*

II. Por leyes o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados.

III. Por las leyes o actos de las autoridades de éstos, que invadan la esfera de la autoridad federal”.

de aquellas en que la Federación fuese parte; determinar qué tribunal de la Federación era competente para resolver un asunto determinado y fungir como tribunal de apelación, tal como se desprende de los artículos 98, 99 y 100 del citado ordenamiento.¹²

En ese orden de ideas, son varias las razones que otorgan relevancia a la Constitución de 1857. Tres son substancialmente importantes, consisten en que: *i*) eliminó el control político de constitucionalidad de la ley y de los actos; *ii*) perfiló una especie *sui generis* de control difuso para proteger al individuo, dotando a los tribunales de la Federación de un gran número de competencias, y *iii*) concentró en la Corte competencias propias de un Tribunal Constitucional, como lo es el dirimir controversias constitucionales.

La Constitución de 1857, a pesar de los diversos mecanismos de control constitucional que estableció,¹³ no contempló en su articulado alguna referencia relativa al control abstracto de la ley, con ello las ideas del diputado Fernando Ramírez plasmadas en las bases orgánicas de 1843 se fueron disipando, no obstante, esta Constitución fue el inicio “formal” de la *convergencia* entre el sistema difuso y el concentrado en México.

Las expectativas del control abstracto desaparecieron, fueron olvidadas y la actividad de la Suprema Corte se concentró en la resolución de controversias constitucionales, cuyo número de 1917 a 1994 asciende tan solo a 28,¹⁴ lo cual no resulta extraño, —ello sin pasar por alto que existen datos que señalan un mayor número de casos—.¹⁵

¹² “Artículo 98.- Corresponde a la Suprema Corte de Justicia desde la primera instancia, el conocimiento de las controversias que se susciten de un Estado con otro, y de aquellas en que la Unión fuere parte”.

“Artículo 99.- Corresponde también a la Suprema Corte de Justicia dirimir las competencias que se susciten entre los tribunales de la federación; entre éstos y los de los Estados, o entre los de un Estado y los de otro”.

“Artículo 100.- En los demás casos comprendidos en el artículo 97, la Suprema Corte de Justicia será tribunal de apelación, o bien de última instancia, conforme a la graduación que haga la ley de las atribuciones de los tribunales de Circuito y de Distrito”.

¹³ Destacadamente el juicio de amparo y las controversias constitucionales.

¹⁴ De acuerdo a los datos obtenidos en la página electrónica de la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación, el 8 de agosto de 2010, disponible en: <http://www.scdn.gob.mx/2010/actividad/Paginas/ControvConst1917.aspx>.

¹⁵ No obstante lo anterior, el ministro Cossío Díaz señala que: “De las estadísticas proporcionadas por la oficina de Archivo de la Suprema Corte de Justicia, resulta que de 1917 a 1994 se suscitaron cerca de 66 controversias constitucionales, la mayor parte de las cuales no llegaron a resolverse por haber sido planteadas por los municipios quienes, en términos y para efectos del artículo 105, no tenían reconocido el carácter de poderes”, en Cossío Díaz, José Ramón y Pérez de Acha, Luis M. (comps.), *La defensa de la Constitución*, México, Fontamara, 1997, p. 65; en ese orden de ideas existe una discrepancia importante entre los datos

En primer lugar, el número de ellas —28¹⁶—, refleja la casi inexistente conflictividad competencial tanto entre poderes —f federales y estatales—, como entre niveles de gobierno —Federación, estados, municipios y el entonces Distrito Federal (ahora Ciudad de México)—, la posible explicación de ese fenómeno responde a que durante todo ese periodo —aproximadamente, setenta años— existió un solo partido en el poder con presencia en todo el territorio nacional en todos los niveles de gobierno.

En segundo lugar, otra razón por la cual la SCJN no resolvió durante ese periodo las controversias constitucionales que se presentaron, se debió a la inexistencia de una ley reglamentaria que estableciera el proceso correspondiente —con independencia de que pudiese utilizar supletoriamente el Código Federal de Procedimientos Civiles—.

Lo anterior se entiende de los considerandos primero y segundo del “acuerdo asesorio”¹⁷ dictado en la primera controversia constitucional —7/1918— de la que la SCJN tuvo conocimiento, la cual fue ejercitada por el Congreso del Estado de Nayarit contra el Poder Ejecutivo de la misma entidad.

aportados por el alto tribunal en su página electrónica (27) y las estadísticas proporcionadas por la oficina de Archivo de la propia Corte (66), a efectos de la presente investigación y por considerar que la accesibilidad a la página electrónica es mucho mayor, partimos del dato que de esta última se desprende.

¹⁶ Se trata de las siguientes controversias constitucionales; 7/1918, 18/1919, 35/1920, 2/1921, 4/1921, 4/1926, 7/1927, 11/1930, 2/1932, 1/1936, 2/1936, 3/1936, 8/1936, 1/1939, 46/1940, 3/1941, 9/1941, 5/1943, 207/1946, 208/1946, 325/1946, 1/1947, 259/1948, 126/1949, 2/1993, 3/1993, 1/1994 y 2/1994.

¹⁷ Lo transcribimos, en la parte conducente:

“Ciudad de México, Acuerdo Pleno del día once de septiembre de mil novecientos diez y ocho.

Visto el memorial que, con fecha catorce de agosto último y recibido el nueve del actual, dirige a esta Suprema Corte de Justicia el Honorable Congreso del Estado de Nayarit, bajo el número ciento cincuenta y cuatro; vistos los impresos y copias que acompañan a ese memorial; y,

CONSIDERANDO, I: Que, en el supuesto de que, como lo afirman los ciudadanos Diputados Secretarios del Congreso Local del Estado de Nayarit, en su relacionado ocурso, haya surgido realmente una controversia constitucional entre ese propio Congreso y el ciudadano Gobernador del mismo Estado, corresponde a esta Suprema Corte de Justicia de la Nación la competencia para conocer de ese conflicto, atentos los términos claros del artículo ciento cinco de la Constitución Política de la República, invocado por los ocursantes.

CONSIDERANDO, II: *Que, no habiéndose expedido aún la Ley Orgánica de ese artículo ciento cinco constitucional y no siendo posible resolver el conflicto entre dos poderes de un Estado, de plano, sin figura de juicio, y oyendo tan solo a una de las partes, es necesario sujetar el procedimiento que permita el Código Federal de Procedimientos Civiles, única ley procesal aplicable en materias judiciales federales, de la naturaleza de la presente...”, disponible en: http://www.scjn.gob.mx/2010/actividad/Documents/CC_7_18.pdf.*

No habiendo entonces ley reglamentaria o procesal constitucional, las controversias constitucionales terminaban por sobreseerse, el Código Federal de Procedimientos Civiles por más utilidad que pudiera tener, era una norma destinada a resolver litigios entre particulares insuficiente para regular relaciones procesal-constitucionales entre poderes y niveles de gobierno e insuficiente para precisar los alcances del control de constitucionalidad de la ley.

La acción abstracta de inconstitucionalidad tendría que esperar setenta y siete años más para que hiciera su aparición en la arquitectura del sistema de control de constitucionalidad jurisdiccional mexicano.

Como se ha visto, tras todo un largo camino de negación por parte del poder reformador de la Constitución federal para dotar a la SCJN de competencias semejantes o análogas a las de un tribunal constitucional; de una actitud legislativa democrática que pretendiera instrumentar mecanismos de justicia constitucional novedosos, el legislador mexicano de aquellos tiempos destacó, en todo el continente americano, por haber sido uno de los más renuentes durante varias décadas, para establecer un mecanismo de control abstracto de constitucionalidad de la ley con resoluciones dotadas de efectos generales.

Las razones que al respecto se pueden esgrimir estriban en: *i)* un sistema en el que por tantos años se conservó un solo partido en el poder se negaba categóricamente a ser revisado; *ii)* toda ley era negociada por ese partido; *iii)* dicho partido votaba la ley por unanimidad, sin excepciones o abstenciones las normas eran promulgadas y publicadas por los titulares de los ejecutivos federales o locales en turno, que pertenecían, al mismo partido, además, por que no decirlo, con diversas “Cortes Supremas” de su lado. Así se desprende del contenido de las Constituciones “partidistas” citadas, las cuales configuraban un andamiaje perfecto, arquitectónicamente diseñado para que dicho partido no pudiera ser limitado por medio del control abstracto de constitucionalidad de la ley.

Con un escenario político como el descrito, las posibilidades explicativas de la inexistencia de la acción abstracta de inconstitucionalidad de la ley se reducen a dos palabras: era innecesaria.

VIII. LA CONSTITUCIÓN DE 1917

El texto de la Constitución de 1917 se redactó de la misma manera que su antecesora ya que estableció en sus artículos 103 y 105 los medios de control constitucional, juicio de amparo y controversias constitucionales, respectivamente.

El texto de los citados numerales era el siguiente:

Artículo 103.- Los Tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite:

- I. Por leyes o actos de la autoridad que viole las garantías individuales;
- II. Por leyes o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los estados, y,
- III. Por leyes o actos de las autoridades de estos que invadan la esfera de la autoridad federal.

Artículo 105.- Corresponde solo 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 de aquellas en que la Federación fuese parte.

Tal como es posible apreciarlo, el poder reformador de la Constitución en 1917 contempló al juicio de amparo y a las controversias constitucionales, mas no así a la acción de inconstitucionalidad.

IX. EL ARTÍCULO 105 CONSTITUCIONAL Y EL NACIMIENTO DE LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

1994 representa para el derecho constitucional mexicano un año trascendental en la historia de la CPEUM, para nosotros es, con creces, el momento en que se llevó a cabo una de las reformas¹⁸ más importantes a la norma fundamental en materia de control constitucional *abstracto*, por lo menos en las

¹⁸ En este contexto vale la pena destacar que a pesar de que el artículo 135 constitucional establece un mecanismo “rígido” para poder reformar la Constitución federal, en la práctica esto no ha sido así; la Constitución federal ha sido reformada en múltiples ocasiones sin mayor problema —al 6 de febrero de 2017, suman ya 696 reformas, más las que están en marcha— (información disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_art.htm), siendo el artículo 73 constitucional, “Facultades del Congreso de la Unión”, el más reformado. El texto del artículo 135 de la CPEUM en el que se establece el mecanismo de reforma constitucional, es el siguiente: “Artículo 135.- La presente Constitución puede ser adicionada o reformada. Para que las adiciones o reformas lleguen a ser parte de la misma, se requiere que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, acuerden las reformas o adiciones, y que éstas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los Estados.

El Congreso de la Unión o la Comisión Permanente en su caso, harán el cómputo de los votos de las legislaturas y la declaración de haber sido aprobadas las adiciones o reformas”; en contraste, por ejemplo, con la Constitución española, que únicamente tiene dos reformas a los artículos 13.2 y 135, resulta deslumbrante el número de reformas a la Constitución mexicana, sin que ignoremos que la norma española data de 1978 y la mexicana de 1917; no obstante, porcentualmente es impresionante el número de reformas.

últimas dos décadas; lo anterior, sin desconocer que la Constitución federal fue reformada recientemente, con relación al juicio de amparo, modificando la estructura del juicio en temas de capital importancia como lo son la protección de intereses difusos y colectivos, la creación de plenos de circuito con el objeto de unificar jurisprudencia así como el establecimiento de la declaratoria general de inconstitucionalidad,¹⁹ sin embargo, por no ser el espacio para referirnos a tal mecanismo, basta con hacer del conocimiento del lector las reformas aludidas.

En efecto, en 1994 en el multicitado artículo 105 constitucional, finalmente a través del proceso reformatorio necesario, se definieron los supuestos de procedencia de las controversias constitucionales en la fracción I y en la fracción II, se estableció por primera vez la “acción abstracta de inconstitucionalidad”, reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 31 de diciembre de ese año.

La redacción del contenido de la norma fue la siguiente:

Artículo 105. La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes:

I. De las controversias constitucionales que, con excepción de las que se refieran a la materia electoral, se susciten entre:

- a) La Federación y un Estado o el Distrito Federal;
- b) La Federación y un municipio;
- 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;
- d) Un Estado y otro;
- e) Un Estado y el Distrito Federal;
- f) El Distrito Federal y un municipio;
- g) Dos municipios de diversos Estados;
- h) Dos Poderes de un mismo Estado, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales;

En este punto vale la pena recordar que además la citada reforma a la norma fundamental española se realizó como consecuencia de la Declaración del 1o. de julio de 1992 del Pleno del Tribunal Constitucional español, en el requerimiento 1236/1992 del Gobierno de la Nación en relación con la existencia o inexistencia de contradicción entre el artículo 13.2 de la Constitución española y el artículo 8 b, apartado 1, del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea. El texto actual del citado artículo establece: “Artículo 13.-... 2. Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales...”.

¹⁹ No se trata, como pudiera llegar a pensarse, de la “desaparición” del principio de relatividad de las sentencias; la reforma más bien configura una flexibilización del mismo, pero en caso alguno constituye la ausencia total de dicho principio.

- i) Un Estado y uno de sus municipios, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales;
- j) Un Estado y un municipio de otro Estado, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales; y
- k) Dos órganos de gobierno del Distrito Federal, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales.

Siempre que las controversias versen sobre disposiciones generales 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) anteriores, y la resolución de la Suprema Corte de Justicia las declare inválidas, dicha resolución tendrá efectos generales cuando hubiera sido aprobada por una mayoría de por lo menos ocho votos.

En los demás casos, las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia tendrán efectos únicamente respecto de las partes en la controversia.

II. De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución, con excepción de las que se refieran a la materia electoral.

Las acciones de inconstitucionalidad podrán ejercitarse, dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma, por:

a) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, en contra de leyes federales o del Distrito Federal expedidas por el Congreso de la Unión;

b) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes del Senado, en contra de leyes federales o del Distrito Federal expedidas por el Congreso de la Unión o de tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano;

c) El Procurador General de la República, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano;

d) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de alguno de los órganos legislativos estatales, en contra de leyes expedidas por el propio órgano, y

e) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal, en contra de leyes expedidas por la propia Asamblea.

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.

III. De oficio o a petición fundada del correspondiente Tribunal Unitario de Circuito o del Procurador General de la República, podrá conocer de los recursos de apelación en contra de sentencias de Jueces de Distrito dictadas en aquellos procesos en que la Federación sea parte y que por su interés y trascendencia así lo ameriten.

La declaración de invalidez de las resoluciones a que se refieren las fracciones I y II de este artículo no tendrá efectos retroactivos, salvo en materia

penal, en la que regirán los principios generales y disposiciones legales aplicables de esta materia.

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 procedimientos establecidos en los dos primeros párrafos de la fracción XVI del artículo 107 de esta Constitución [énfasis añadido].

Con esa redacción constitucional, finalmente el control abstracto de constitucionalidad de la ley se estableció en una más de las reformas a la Constitución federal.

Sin embargo, fue, a diferencia de otras, una reforma constitucional de gran trascendencia e importancia además de realmente necesaria. No obstante, como podremos percibirnos, el contenido material de tal modificación así como el establecimiento del control abstracto de constitucionalidad de la ley y su regulación legal, dejó abundantes cabos sueltos.

X. LAS REFORMAS AL ARTÍCULO 105 CONSTITUCIONAL

En la práctica, la metamorfosis del nuevo medio de control abstracto de constitucionalidad de la ley y que en apariencia se trataba de una herramienta idónea para tal fin, no ha tenido —ni tendrá, de seguir con la misma configuración constitucional y legal actual—, los resultados esperados por virtud de los múltiples obstáculos que el legislador estableció para su ejercicio, por ello no es casual, que en 1996 y en febrero de 2014, el artículo 105 constitucional tuviera que ser reformado nuevamente.

De manera inexplicable desde la perspectiva constitucional (explicable desde la perspectiva política), la fracción II del artículo 105 constitucional tras la reforma de 1994, establecía como “objetos de control” (leyes impugnables) en sus diversos incisos: las leyes federales, estatales así como tratados internacionales celebrados por el Estado mexicano, sin embargo, excluía posibilidad alguna de que las “leyes electorales” pudieran ser impugnadas.

En otras palabras, cualquier ley federal o estatal en cualquier materia —salvo en la electoral— podría ser sometida a escrutinio constitucional, no importando la materia que regulara, no obstante, si se trataba del entonces Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales así como alguna de las leyes electorales de las entidades federativas, no podrían ser cuestionadas mediante medio de control constitucional alguno a través del cual se pudiera poner en tela de juicio su posible inconstitucionalidad, inclusive en los casos en que tales vicios fueran evidentes.

Resultan más o menos discutibles —como veremos más adelante— los productos normativos en los que el legislador ha determinado qué tipo de normas son o no susceptibles de control constitucional jurisdiccional abstracto; sin embargo, excluir a las leyes electorales de tal control, representó una *lesión* democrática por parte del legislador a un pretendido sistema de justicia de control constitucional integral.

El Pleno de la SCJN, en 1995 se enfrentó a la citada problemática cuando la minoría de los integrantes de la entonces Asamblea de Representantes del Distrito Federal ejercitó una acción de inconstitucionalidad en contra de una norma de carácter electoral. La SCJN no tuvo más remedio —además, no tenía otra salida, toda vez que la Constitución federal así lo disponía—, que declarar la improcedencia de la acción ejercitada.

Ello quedó plasmado en la tesis jurisprudencial aislada P. CXXVI/95, que transcribimos a continuación:

MATERIA ELECTORAL. CONCEPTO DE, PARA LOS EFECTOS DE LA IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. De la interpretación jurídica, armónica y sistemática de lo dispuesto en los artículos 35, fracciones I y II, 36, fracciones II, IV y V, 41, 51, 52, 56, 60, 81, 115, fracción I, 116, fracción I y 122, fracción III, de la Constitución Federal, se infiere que para los efectos de la acción de inconstitucionalidad, establecida en la fracción II del artículo 105 de dicha Carta Fundamental, debe entenderse que son normas de carácter general que tienen como contenido la materia electoral, prohibidas de ser examinadas por la Suprema Corte de acuerdo con el mencionado artículo constitucional, aquellas que establecen el régimen conforme al cual se logra la selección o nombramiento, a través del voto de los ciudadanos y dentro de un proceso democrático, de las personas que han de fungir como titulares de órganos de poder representativos del pueblo, a nivel federal, estatal, municipal o del Distrito Federal.²⁰

La porción normativa del primer párrafo del entonces artículo 105 constitucional, que excluía a las normas electorales del control abstracto de constitucionalidad *dañaba* al sistema de justicia constitucional así como al aparato democrático en su conjunto.

En ella se determinó que la Corte sería incompetente para examinar la constitucionalidad de las leyes electorales, señalaba que la SCJN podría conocer en abstracto de la constitucionalidad de leyes federales, estatales y tratados internacionales “...con excepción de las que se refieran a materia electoral”.

²⁰ *Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, diciembre de 1995, t. II, p. 237.

La “lesión y el daño” al que nos referimos líneas arriba, no es una cuestión menor, por lo menos en un régimen que presuma o pretenda contar con un sistema de control constitucional integral;²¹ ya que las leyes electorales son las encargadas de regular así como establecer las reglas bajo las cuales se llevan a cabo las etapas de los diferentes procesos electorales que se realicen en un país determinado —precampañas, campañas, financiamiento público y privado de los partidos, publicidad en radio y televisión, etcétera—, en síntesis, regulan el “régimen de partidos” en una nación, nada menos y nada más.

Los restos de una Constitución “partidista”²² se hacían evidentes, la presión de diversos sectores del ámbito jurídico así como la incongruencia que por sí sola revelaba la exclusión material del control de constitucionalidad de las leyes electorales era notorio, el legislador no tuvo otro remedio que reformar una vez más la fracción II, del artículo 105 constitucional.

La penúltima reforma a dicha fracción —que no al artículo—,²³ fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 22 de agosto de 1996, que en la parte conducente, establecía lo siguiente:

²¹ Ello con independencia de los medios de control constitucional que el legislador establezca, es decir, no nos referimos a que obligadamente se tenga que contar con la vía abstracta, lo que nos parece fuera de razón es la exclusión material de las leyes electorales, la importancia radica en que pueda ser controlada constitucionalmente mediante alguna herramienta.

²² En el mismo sentido, el ahora ministro, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea —designado por el Senado el 10. de diciembre de 2009—, señaló: “Sin poder profundizar sobre el particular, sino únicamente con la idea de fijar ciertos presupuestos metodológicos, debemos reconocer que durante la mayor parte del siglo XX, México vivió bajo un régimen autoritario —no totalitario— que incluyó a todas las esferas de la vida pública mexicana. La Suprema Corte de Justicia no podía ser la excepción. Así, se constituyó en un elemento más del sistema político mexicano que coadyuvó a la legitimación del régimen priista”, en Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, “Reflexiones sobre la jurisdicción constitucional en México. A doce años de la reestructuración de la Suprema Corte y a propósito de la reforma constitucional de 14 de septiembre de 1996”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, núm. 7, enero-junio de 2007, p. 235.

²³ En efecto, la redacción de la fracción I, del artículo 105, después de las reformas del 31 de diciembre 1994 fue la siguiente: “... I. De las controversias constitucionales que, con excepción de las que se refieran a la materia electoral, se susciten entre:...”; el 8 de diciembre de 2005 se publicaron en el *Diario Oficial de la Federación* diversas reformas al texto constitucional, dentro de ellas se reformó la fracción I, del artículo 105 y su redacción quedó en los términos siguientes: “I.- De las controversias constitucionales que, con excepción de las que se refieran a la materia electoral y a lo establecido en el artículo 46 de esta Constitución, se susciten entre:...”; es decir, se excluyó a la SCJN —parcialmente— de conocer conflictos de límites territoriales entre las entidades federativas, tal como lo establece el artículo 46 de la CPEUM, en los términos siguientes: “Las entidades federativas pueden arreglar entre sí, por

... II. De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución.

Las acciones podrán ejercitarse dentro de los 30 días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma por:

...
f) Los partidos políticos con registro ante el Instituto Federal Electoral, por conducto de sus dirigencias nacionales, *en contra de leyes electorales federales o locales*, y los partidos políticos con registro estatal, exclusivamente en contra de leyes expedidas por el órgano legislativo del estado que les otorgó el registro.

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.

Las leyes electorales federales y locales deberán promulgarse y publicarse por lo menos noventa días antes de que inicie el proceso electoral en que vayan a aplicarse, y durante el mismo no podrá haber modificaciones legales fundamentales.

La única vía para plantear la no conformidad de las leyes electorales a la Constitución es la prevista en este artículo... [énfasis añadido].

No nos extendemos más en el presente apartado con el estudio relativo al control abstracto de constitucionalidad de las leyes electorales, el cual reviste capital importancia, basta con apuntar que la gran mayoría de las acciones de inconstitucionalidad que hasta el momento han sido ejercitadas, son contra normas electorales.

El 14 de septiembre de 2006, también es una fecha significativa para la justicia constitucional en México y en particular, para el Ombudsman²⁴ mexicano. En esa fecha se confirió a tales órganos, legitimación activa para ejercitar acciones de inconstitucionalidad. Al igual que otras omisiones de

convenios amistosos, sus respectivos límites; pero no se llevarán a efecto esos arreglos sin la aprobación de la Cámara de Senadores.

A falta de acuerdo, cualquiera de las partes podrá acudir ante la Cámara de Senadores, quien actuará en términos del artículo 76, fracción XI, de esta Constitución.

Las resoluciones del Senado en la materia serán definitivas e inatacables. *La Suprema Corte de Justicia de la Nación podrá conocer a través de controversia constitucional, a instancia de parte interesada, de los conflictos derivados de la ejecución del correspondiente decreto de la Cámara de Senadores*” (énfasis añadido).

²⁴ En México, como es sabido, no se denomina “Defensor del Pueblo” como en España u “Ombudsman” como tal, su nomenclatura constitucional es “Comisión Nacional de los Derechos Humanos” tratándose de la Federación, en las entidades federativas las constituciones locales les denominan de diversas formas y en el Distrito Federal, de acuerdo al Estatuto de Gobierno se denomina “Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal”, lo anterior de acuerdo a lo establecido por el artículo 102, apartado B), de la CPEUM.

la CPEUM, en cuanto a órganos o entes legitimados para poder ejercitar acciones de inconstitucionalidad, el establecimiento constitucional de la legitimación procesal activa de las comisiones de derechos humanos (sistema del Ombudsman mexicano) era imprescindible.

Transcribimos el decreto al que se ha hecho alusión, el cual consistió en la adición del inciso *g* al artículo 105, fracción II, de la CPEUM, tal como se aprecia a continuación:

... 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. 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.

Con motivo de las reformas constitucionales en materia de derechos humanos²⁵ en el año 2011, el inciso *g*, de la fracción II, del artículo 105, de la CPEUM, fue adicionado en su contenido, ampliando básicamente el parámetro de control.

La reforma consistió en adicionar una pequeña porción normativa al contenido del inciso *g*, la adición estableció: “...y en los tratados internacionales de los que México sea parte”.

El siguiente cuadro, permite visualizar la modificación que sufrió el citado inciso:

²⁵ La CPEUM, denomina al Capítulo I —artículos 1o. a 29—, “De las Garantías Individuales”, lo cual ha generado intensas discusiones, ya que por otro lado menciona en diversos artículos como el 105, apartado *g*), que las acciones de inconstitucionalidad se podrán ejercitar en contra de Tratados Internacionales “...que vulneren los *derechos humanos* consagrados en esta Constitución”, entonces se afirma que las denominadas *garantías individuales* son en realidad los mecanismos de protección y tutela de los derechos humanos, ello por una parte y por otra se dice que el Capítulo I, debería denominarse *De los derechos fundamentales*, tal como lo refleja Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, al señalar que: “La Constitución mexicana conserva el anacronismo de denominar garantías individuales a los derechos fundamentales”, en Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, “Reflexiones sobre la jurisdicción constitucional en México. A doce años de la reestructuración de la Suprema Corte y a propósito de la reforma constitucional de 14 de septiembre de 1996”, *cit.*

Texto anterior	Texto actual
(Publicado en el <i>Diario Oficial de la Federación</i> , 14 de septiembre de 2006)	(Publicado en el <i>Diario Oficial de la Federación</i> , 10 de junio de 2011)
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. 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.	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 <i>y en los tratados internacionales de los que México sea parte</i> . 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.

Lo anterior cobra especial relevancia, ya que con ello se podrán esgrimir en el escrito de demanda de acción de inconstitucionalidad, violaciones a los derechos fundamentales contemplados en la CPEUM así como violaciones a los mismos que a pesar de no estar contemplados por aquélla, que se encuentren establecidos en convenciones y tratados internacionales²⁶ de los que México sea parte.

²⁶ Existen ciertos derechos fundamentales que la CPEUM no contempla expresamente, como lo son, entre otros: el derecho al honor (artículos 11 y 14 del Pacto de San José de Costa Rica y 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), el derecho a la vida privada (artículos 10 del Pacto de San José de Costa Rica y 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) y el derecho a una indemnización por error judicial (artículo 10 del Pacto de San José de Costa Rica); México ratificó y se adhirió a la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el 2 de marzo de 1981 y el 15 de marzo de 2002, respectivamente. Con la adición al inciso g, de la fracción II, del artículo 105 de la CPEUM, es claro que los derechos arriba citados podrán ser tutelados en vía abstracta con independencia de que no se encuentren establecidos en ella.

Con posterioridad, el 7 de febrero de 2014 (modificado el 29 de enero de 2016), se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el decreto que adicionó un inciso al artículo 105 en relación con la acción de inconstitucionalidad, otorgando legitimación activa para ejercitarla a los órganos —federal y estatales— garantes del acceso a la información pública gubernamental y protección de datos personales, en esa ocasión fue adicionado el inciso *h* que a la letra establece:

Artículo 105.-

...

II.-

...

h) El organismo garante que establece el artículo 6º de esta Constitución en contra de leyes de carácter federal y local, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren el derecho al acceso a la información pública y la protección de datos personales. Asimismo, los organismos garantes equivalentes en las entidades federativas, en contra de leyes expedidas por las Legislaturas locales...

Como se puede apreciar del contenido del inciso transcrita, se trató de una legitimación de carácter “material”; es decir, consistió en permitir que el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI) así como los órganos análogos estatales puedan ejercitar acciones de inconstitucionalidad contra leyes que vulneren el derecho al acceso a la información pública y la protección de datos personales.

En nuestra óptica, este tipo de legitimación de *carácter material* —es decir, aquella que permite impugnar leyes de una determinada materia, al órgano constitucional autónomo encargado de velar por la misma—, no resultan del todo afortunadas, de ser así, en breve se tendrá que continuar reformando la fracción II del artículo 105, para adicionar incisos en donde encuentre cabida la legitimación del resto de los órganos constitucionales autónomos del Estado mexicano, para que puedan impugnar vía acción de inconstitucionalidad las leyes de la materia que cada uno de ellos se encuentra llamado a regular, entiéndase por tales órganos el INE, Banxico, INEE, IFT y el INEGI.

Ahora bien, la avalancha de reformas al artículo 105 no concluyó el 7 de febrero de 2014; tres días después, el 10 de febrero, se reformó el inciso *c* y se adicionó el inciso *i*, para quedar redactados de la siguiente manera:

Artículo 105.-

...

II.-

...

c) El Ejecutivo Federal, por conducto del Consejero Jurídico del Gobierno, en contra de normas generales de carácter federal y de las entidades federativas;

Artículo 105.-

...

II.-

...

i) El Fiscal General de la República respecto de leyes federales y de las entidades federativas, en materia penal y procesal penal, así como las relacionadas con el ámbito de sus funciones;

En el inciso *c* se otorgó legitimación al consejero jurídico del gobierno, para poder ejercitar acciones de inconstitucionalidad en contra de normas generales de carácter federal y de las entidades federativas; adición que resulta natural, ya que es la vía a través de la cual el Poder Ejecutivo Federal ejerce dicho medio de control abstracto de constitucionalidad de la ley.

Finalmente, en el inciso *i* se otorgó legitimación al nuevo fiscal general de la República —mismo que aún no entra en funciones, y no entrará en tanto el Congreso no haga la declaratoria general por medio de la cual entrará en funciones la nueva Fiscalía General de la República, como órgano constitucional autónomo—, para poder ejercitar la acción de inconstitucionalidad contra leyes federales y de las entidades federativas, en materia penal y procesal penal, así como las relacionadas con el ámbito de sus funciones; es decir, se trata también de una legitimación de carácter material circunscrita al ámbito penal, aquí debemos recordar que la aún existente Procuraduría General de la República todavía puede ejercitar acciones de inconstitucionalidad en cualquier materia, en términos de los artículos transitorios del citado decreto de adición.

XI. CONCLUSIÓN

La génesis del control abstracto de constitucionalidad en México la encontramos en la Constitución Federal de 1824, toda vez que el artículo 137 establecía un sistema de control de constitucionalidad de leyes realizado por un órgano jurisdiccional (la Corte Suprema de Justicia) y por un órgano político (el Congreso General); su redacción nos permite arribar a tal conclusión; si

bien no se trataba como tal de un control cien por ciento de constitucionalidad cuanto de federalidad, por lo tanto, es un tipo de control semejante al que se estableció en las Constituciones de Venezuela y de Suiza, de 1858 y 1874, respectivamente.

Las Constituciones de 1836; el voto particular del diputado Fernando Ramírez; la Constitución de Yucatán de 1840 y la Constitución de 1857, en relación con la acción de inconstitucionalidad, contienen importantes antecedentes que tuvieron como consecuencia las características que hoy tiene la acción de inconstitucionalidad.

Lo hasta aquí relatado constituye la evolución de la acción de inconstitucionalidad en su configuración y diseño plasmado en el artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y su evolución constitucional, con particular énfasis en las reformas a dicho numeral en nuestro máximo ordenamiento que acontecieron desde 1994 hasta 2017; el lector no debe perder de vista que paralelamente se publicó el 11 de mayo de 1995 la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

A pesar de todos los problemas de configuración constitucional, el control abstracto de constitucionalidad de la ley en México ha demostrado en veintidós años de existencia ser una valiosa herramienta de control jurisdiccional constitucional que consolidó a la SCJN como tribunal constitucional y que opera como mecanismo de depuración del ordenamiento jurídico contrario a la Constitución federal y a los tratados internacionales de los que el Estado mexicano es parte así como un medio más para la protección y defensa de los derechos fundamentales de manera recurrente, en una nación que por sus características es necesario optimizar y facilitar el ejercicio de este tipo de control.

HISTORIA DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL EN MÉXICO: EL ORIGEN DEL JUICIO DE AMPARO EN YUCATÁN EN 1840

José Ramón NARVÁEZ H.*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Antecedentes diversos.* III. *Antecedentes campechanos.* IV. *La formación de García Rejón.* V. *El Congreso Constituyente yucateco de 1840-1841.* VI. *La Constitución Política del Estado de Yucatán.* VII. *El juicio de amparo yucateco.* VIII. *El hecho histórico que originó el juicio de amparo.*

I. INTRODUCCIÓN

Podría señalar que sobre el amparo en México se ha dicho casi todo, y, sin embargo, hay tantos vacíos que no pueden explicarse sólo desde la existencia de una ley o reglamento, es necesario encaminarnos hacia una historia social del amparo, en la que podamos echar mano de otras fuentes, en principio de los archivos judiciales, pero tenemos también la prensa y la literatura; cualquier elemento útil para identificar si una institución tuvo o no vida, si fue o no utilizada, será valioso.

Y ya que he sugerido la posibilidad a otras fuentes, es importante también, imprimir un poco más de rigor científico, yo lo llamaría honestidad académica, pues la historia jurídica ha sufrido una influencia perjudicial de un tipo de historia oficial, historia de bronce, una historia exagerada, maniquea, y nacionalista en la cual los juristas son proclives a proclamar primicias, a encumbrar personajes, a declarar orígenes y todo para justificar un sistema que a veces es muy deficiente. Esta falta de honestidad, de objetividad, incide perniciosamente en la valoración crítica de nuestras instituciones jurídicas; una historia social nos permitiría hacer reflexiones más imparciales y, por tanto, más útiles para corregir errores.

De acuerdo a esta honestidad académica, tengo que decir, que este estudio se realizó con base en un expediente en el que algunos campechanos,

* Doctor en teoría e historia del derecho por la Universidad de Florencia.

entre ellos el abogado Esteban Valay (o Balay) se acogen al artículo 8o. de la Constitución de Yucatán, en donde Crescencio Rejón plasmó el “juicio de amparo” que posteriormente sería considerado a nivel federal. En cierto sentido, este documento sería el primer juicio de amparo,¹ claro está, del amparo yucateco, si es que consideramos que el amparo finalmente diseñado por Otero tiene variantes considerables, en relación con el elaborado por Rejón. Aquí entonces, sería conveniente aclarar que una cosa son los orígenes de una institución, y otra sus antecedentes, por ejemplo: la *judicial review* es un claro antecedente del juicio de amparo mexicano, pero el juicio de amparo yucateco es más cercano al origen del amparo mexicano,² y ya en esto, el expediente aquí comentado puede darnos elementos de valoración para establecer esta hipótesis.

En cualquiera de los casos antes expuestos, este recurso y su uso, son un ejemplo de instrumentos procesales para la defensa de derechos fundamentales. En el expediente que analizo se habla de “garantías individuales” (como reconocimiento de derechos) y de “derechos del hombre y del ciudadano”, pero también hay un procedimiento, ante el juez de primera instancia, por lo que el orden jurídico yucateco ha superado el nivel semántico-constitucional y ha pasado a un derecho procesal constitucional, pues ha legislado (y gracias a este expediente sabemos que se ha aplicado) un derecho adjetivo para hacer válida una garantía (que en este periodo se entiende, insisto, sólo como consignación de derechos en la Constitución) en el asunto que nos ocupa, se trata de la garantía de audiencia o de debido proceso, así, aún existiendo la duda sobre la naturaleza de este procedimiento, me queda claro que se trata de un medio procesal para exigir el cumplimiento de un derecho consignado en el catálogo de garantías del artículo 7o. de la Constitución de Yucatán de 1841 y por eso la importancia de este asunto, que por el tiempo en el que se dio, es posible que haya sido el primero, pues la Constitución se promulgó el 31 de marzo de 1841 y el juicio se promovió un año después.

¹ El más reciente estudio sobre el amparo nos revela “no se encuentran expedientes de los litigios realizados en 1841, ni se han localizado juicios de amparo en el periodo inmediatamente posterior a la aprobación de la Constitución estatal. A pesar de ese silencio de las fuentes, no debe desdeñarse la magnífica aportación de Rejón en orden a sentar las bases definitivas del futuro juicio de amparo, consagrado más adelante a nivel federal. Es, pues, la primera manifestación tangible y real de esta indispensable institución mexicana. Lo que se hizo después, sobre la base del trabajo de Rejón, fue limar algunos aspectos de esta figura y extenderla a nivel federal”. Faustino Martínez y José Luis Soberanes en su obra *Apuntes para la historia del juicio de amparo*, México, Porrúa, 2002, p. 235.

² Los antecedentes, son elementos disímbolos anteriores a la institución, el origen es el lugar o fuente del que emerge una institución.

Otra cuestión que es importante mencionar, es que este juicio en cierto sentido es un juicio de amparo local, pues atañe a Yucatán que es Estado libre y soberano, pero que en ese momento no pertenece a México, sé que no existen los “hubieras” en la historia, pero es factible preguntarse (por honestidad académica): ¿hubiera sido posible sugerir un juicio de esta naturaleza, sin contar con la independencia que en principio creó una nueva Constitución y una Corte Suprema independiente? Esta pregunta es oportuna, puesto que objetivamente habrá que decir que nuestro juicio de amparo nació en Yucatán cuando no era parte de México, esta ambigüedad es fruto de la misma postura del constituyente yucateco, que se declara independiente pero sigue considerándose estado libre y soberano, que es la fórmula que se utilizaba y utiliza en México para denominar a las entidades federativas, es decir, hay una muestra de rebeldía parcial hacia el gobierno central, que se manifiesta en la declaración de independencia, pero el Congreso no se atrevió a usar la denominación nación o país, si acaso se decía “el pueblo yucateco”, noción que llevaba a una república y a la constitucionalización de la misma, pero con una salvedad, hay una cláusula con una condición suspensiva, esta situación duraría “entre tanto la Nación mexicana no sea regida conforme a las leyes federales” como decía la declaración de independencia, por lo que podemos suponer que era un gobierno provisional, como muchos de la época.

En relación con la honestidad académica, debo decir que el descubrimiento del expediente es atribuible al doctor Carlos Toledo Cabrera, docente e investigador de la Universidad Autónoma de Yucatán, quien ha prometido publicar no sólo este expediente, sino otros con los que ha entrado en conocimiento gracias a la labor de años y a un nutrido grupo de trabajo.

En cualquier caso se trata de información de gran importancia para entender más profundamente una institución jurídica nacida en México que ya hoy podemos congratularnos, se ha extendido a varios países del mundo.³

II. ANTECEDENTES DIVERSOS

Me he arriesgado en el título diciendo que el amparo yucateco es el origen del amparo mexicano, lo hago apoyado en la doctrina no sólo mexicana y en una función social que cumpliría esta demostración. Respecto de la primera resulta paradigmática la manera en que un instrumento jurídico protector de

³ Cf. Fix-Zamudio, Héctor y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *El derecho de amparo en el mundo*, México, Porrúa-UNAM-Konrad Adenauer Stiftung, 2006.

origen nacional, como lo es el juicio de amparo mexicano, se ha proyectado hacia su implementación en el orden jurídico de otras naciones y a nivel internacional.

Con independencia de los antecedentes remotos en el derecho romano (*homine libero exhibendo*⁴ e *intercessio tribunicia*)⁵, en el inglés (hábeas corpus) y en el español (procesos aragoneses del Medioevo),⁶ se ha considerado por la mayor parte de la doctrina que el amparo constituye una institución genuinamente mexicana, al haberse previsto por primera vez en la Constitución yucateca de 1841 (artículos 8o., 9o. y 62) y acogido a nivel federal, primero en el Acta de Reformas de 1847 (artículo 25) y posteriormente, en las Constituciones de 1857 (artículos 100 y 101) y en la actual de 1917 (artículos 103 y 107), sirviendo como paradigma a diversas legislaciones de Latinoamérica y de España y algunos otros países europeos.

Es cierto que durante la Edad Media aparece, en el Reino de Aragón, una figura encargada de velar por el cabal cumplimiento de los diversos fueros, conocido como el “justicia mayor”, quien en sus resoluciones utilizaba ya la palabra “amparar”, con lo que se considera que es el ordenamiento castellano la vía a través de la cual se introduce dicho vocablo como sinónimo de protección de derechos en la América española.⁷

Asimismo, en Inglaterra surgió el hábeas corpus, en el siglo XVII, como instrumento procesal para proteger el derecho de libertad. Se reguló de manera detallada en el *Habeas Corpus Amendment Act* del 26 de mayo de 1679, por lo que es considerado este ordenamiento el primero en reglamentar en forma meticulosa un proceso constitucional de tutela de derechos fundamentales, el cual se trasladó a las colonias inglesas en Estados Unidos de América, al transplantarse el sistema jurídico del *common law*.

En el caso de México, durante la lucha de independencia, se previó una declaración semejante a la inglesa en el proyecto denominado “Elementos constitucionales”, obra de Ignacio López Rayón en 1812, aunque nunca

⁴ Cfr. La Ley I, lib. XLIII, tít. XXIX del *Digesto*.

⁵ Cfr. Batiza, Rodolfo, “Un pretendido antecedente remoto del amparo”, *Revista Mexicana de Derecho Público*, núm. 4, abril-junio de 1947, vol. I, pp. 429-437.

⁶ Sobre los procesos forales aragoneses y la figura del “justicia mayor” hay amplia bibliografía, dentro de la que destacan las obras de Fairén Guillén, Víctor, *Antecedentes aragoneses de los juicios de amparo*, México, UNAM, 1971; López de Haro, Carlos, *La Constitución y libertades de Aragón y el justicia mayor*, Madrid, Reus, 1926; Bonet Navarro, Ángel, *Procesos ante el justicia de Aragón*, Zaragoza, Guara, 1982.

⁷ Cfr. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *La acción constitucional de amparo en México y España, Estudio de derecho comparado*, pról. de Héctor Fix-Zamudio, 3a. ed., México, Porrúa, 2002, pp. 3-18.

llegó a tener vigencia. En el artículo 31 de ese proyecto se decía: “Cada uno se respetará en su casa como en un asilo sagrado, y se administrará con las ampliaciones y restricciones que ofrezcan las circunstancias”. El actual juicio de amparo mexicano, a partir de su consagración definitiva en la Constitución de 1857, acoge la institución del hábeas corpus, subsumido en el sector que la doctrina ha denominado como “amparo-libertad”.

Durante la etapa de gobierno español, también existió otro mecanismo, bautizado por el historiador y jurista Andrés Lira González como “amparo colonial”, que se configuraba como un interdicto para la protección de derechos personales, que se hacía valer ante los virreyes o capitanes generales. Se trata de un instrumento antecedente del amparo mexicano toda vez que en sus resoluciones los virreyes y otras autoridades superiores “amparaban” en contra de actos de autoridades de inferior rango, o inclusive, contra actos de particulares que se encontraban en situación ventajosa con respecto al protegido, debido a su evidente posición social o poder real dentro de la sociedad novohispana.⁸

Es debido a la influencia del derecho constitucional de Estados Unidos, que en el pensamiento de Manuel Crescencio Rejón se posibilita el surgimiento de este instrumento procesal a través del conocimiento que adquirió de la obra clásica de Alexis de Tocqueville: *La democracia en América*, traducida al español en 1836 por Sánchez de Bustamante,⁹ y en menor intensidad, a través de la obra *El Federalista*, que se conoció de manera fragmentada por traducciones al español, publicadas en periódicos mexicanos entre los años de 1827 y 1830. De ahí la influencia estadounidense de la *judicial review*, pues el producto de ese “trasplante legal” produjo una institución tutelar diversa debido al trasfondo hispánico cultural de más de tres siglos, perteneciente al sistema romano canónico.

III. ANTECEDENTES CAMPECHANOS

El 14 de febrero de 1840, Yucatán tras derrocar a las fuerzas centralistas, proclama su independencia fundándola en el plan de Valladolid. Resulta peculiar que dentro de los reclamos en los que Yucatán justifica su independencia, se encontraría la posibilidad de contar con cierta autonomía respecto de la

⁸ Cfr. Lira González, Andrés, *El amparo colonial y el juicio de amparo mexicano. Antecedentes novohispanos del juicio de amparo*, México, Fondo de Cultura Económica, 1972, p. 7.

⁹ Existe una reimpresión publicada en México en 1855, año en que se convocó al Congreso Constituyente que expidió la Constitución de 1857, que consagró el amparo a nivel federal.

jurisdicción constitucional, el juicio de amparo nacerá de esta premisa autonómica, es decir, se supone descentralizado, aún hacia el interior del mismo estado, cuestión que se refleja en el control difuso dispuesto por García Rejón.

Después de consumado el movimiento, más bien autonomista o federalista *ad hoc*,¹⁰ se pone en marcha un programa jurídico-político que comienza con la instalación de un Congreso Constituyente entre el 21 y el 28 de febrero, el 4 de marzo se declara vigente la Constitución federal de 1824, el decreto agrega que:

...entre tanto la Nación mexicana no sea regida conforme a las leyes federales, el Estado de Yucatán permanecerá separado de ella, reasumiendo su Legislatura las facultades del Congreso general y su Gobernador, las de Presidente de la República, en todo lo que concierne a su régimen particular.¹¹

Sin embargo, un Ayuntamiento no estaba de acuerdo con esta postura, el municipio de Campeche había manifestado abiertamente su inconformidad. Las razones eran muchas: el comercio que sostenía con los departamentos del centro y norte del país, la trayectoria política que lo había vinculado al gobierno de Santa Anna a través de su cuñado Francisco de Paula Toro, comandante general del estado y delegado por el Supremo Gobierno Nacional,¹² queridísimo por los campechanos, y en fin la eterna disputa entre Campeche y Mérida, en donde Campeche jugaba ahora el papel de opositor.¹³

El Congreso yucateco decretó otorgar hasta 40,000 pesos con el fin de sofocar “los ardientes deseos de los campechanos al restablecimiento del régimen federal”,¹⁴ además facultaba a las autoridades a decomisar mercan-

¹⁰ Los ayuntamientos pasarían a formar los departamentos, que de algún modo funcionarían como miembros de la supuesta Federación, este sistema peculiar no es más una de las versiones ya planteadas en 1823, en donde un gobierno central hacía una división artificial para luego imaginar su unión. El jefe político de cada departamento haría las veces de gobernador, pero este era nombrado directamente por el gobernador del estado, que, a su vez, era el primer mandatario de la nueva Federación.

¹¹ Artículo 3o. del Decreto del 4 de marzo de 1840 del Congreso general de Yucatán.

¹² Este personaje estuvo en constante disputa con el gobierno estatal y fue el autor del pronunciamiento campechano de 1834 que estuvo al borde de la guerra civil. Las razones eran también políticas, Mérida había hecho reformas de corte liberal en 1834, cuestión que no agració a Campeche que defendía una postura más conservadora, sobre todo en relación con la secularización de algunos colegios dirigidos por religiosos, que al parecer en Campeche pesaban mucho.

¹³ Lanz, Manuel A., *Compendio de historia de Campeche*, Campeche, Tipografía El Fénix, 1905, p. 206.

¹⁴ Decreto del 12 de marzo de 1840 del Congreso Constituyente de Yucatán.

cías campechanas, a patrullar sus puertos, a destituir y desterrar militares campechanos que no obedecieran órdenes, y otras facultades ligadas al mismo fin: serenar a los campechanos.¹⁵

La resistencia campechana en manos de Rivas Zayas, finalmente cedió el 6 de junio ante los embates de Santiago Méndez, después de que éste secuestrara algunos de los barcos de la flotilla campechana, este hecho es importante dentro de nuestra historia, puesto que el cambio de bando de las tripulaciones de los barcos y el secuestro de los mismos era un elemento fundamental para ganar una batalla, en una plaza como Campeche que se surtía de armas a través de su puerto.¹⁶

Una vez restablecido el gobierno yucateco en Campeche, el gobernador Juan de Dios Cosgaya deja al mando de la plaza al vicegobernador, Santiago Méndez, campechano, quien se apresta a poner en los cargos municipales y de justicia, a personas cercanas a él, entre los cuales nombra a Manuel Bello como juez de 1a. instancia.¹⁷

La escena se traslada a Mérida, pero la alta participación campechana¹⁸ en los días que siguieron a la independencia y al proceso constitucional, dará a la Constitución y su vigencia un matiz plural y bastante rico de apreciaciones.

IV. LA FORMACIÓN DE GARCÍA REJÓN

Sorprende que Manuel Crescencio Rejón no haya sido jurista, nacido durante el periodo virreinal en 1799 en Bolonchenticul, en tiempos de Rejón, jurisdicción campechana, ahora está dentro de los límites de Yucatán. Estudió en el Seminario Conciliar de Mérida, donde se distinguió por sus estudios y terminó la filosofía en 1818. Es electo diputado al Congreso Nacional en 1822 donde defenderá con buena oratoria, sus tesis liberales, federalistas y republicanas, esto le hace ganarse la enemistad de Iturbide que, al disolver

¹⁵ Decreto del 14 de abril de 1840 del Congreso Constituyente de Yucatán.

¹⁶ Lanz, Manuel A., *Compendio...*, cit., p. 209.

¹⁷ *Idem*.

¹⁸ "...eran hijos de Campeche los que integraban la mesa directiva del Congreso" además del presidente y del vicepresidente "Andrés Ibarra León, diputado y presidente del Congreso; José María Celarayn y Andrés María Saury, secretarios" la Constitución fue sancionada por el vicepresidente Méndez y autorizada por don Joaquín García Rejón; Manuel Crescencio Rejón es el autor de la mayor parte del proyecto que sólo cambió en algunos puntos el orden y en muy pocos el fondo, y Andrés Ibarra León es el autor de la "Exposición de Motivos", Lanz, Manuel A., *Compendio de Historia...*, cit., pp. 219-220.

el Congreso, lo manda encarcelar.¹⁹ En sus primeros discursos trasluce su formación filosófica, que deja entrever un criterio jurídico bastante sólido, defendiendo la independencia del futuro máximo tribunal:

Cuando se trató de revocar el decreto en que el Congreso había determinado que el nombramiento de los ministros del Tribunal Supremo de Justicia correspondía a la Representación Nacional, se oyeron resonar en la tribuna discursos sólidos y elocuentes, hasta el extremo de no quedar casi nada que decir. Estas dos proposiciones mutuamente se destruyen, porque son opuestas: “el Congreso nombrará a los individuos del Tribunal Supremo de Justicia sin intervención del gobierno”; “el gobierno los nombrará a propuesta del Congreso”. Venga el más estúpido dialéctico; venga el que apenas hubiese saludado las reglas de la lógica y dígame si estas proposiciones se oponen y, por tanto, se destruyen. Esta, señor, es una verdad tan manifiesta que me avergüenzo de inculcarla; pero lo hago para confusión del señor que me contradijo. Otro punto tengo que desvanecer, y es, en mi juicio, de alguna consideración: se dice que al Poder Ejecutivo corresponde el nombramiento de esos magistrados, no porque así lo establezca la Constitución, sino porque la razón lo dicta y la experiencia. Quisiera que me dijesen y probasen los señores de la Comisión, cómo nace esta facultad de la naturaleza y esencia de dicho poder. Los españoles se la dieron a su rey en sus Cortes Constituyentes; pero esto no quiere decir que sea esencial al gobierno, y si no lo es, puede el Congreso quitársela como se la ha quitado por razones de conveniencia. Si el Emperador nombrase a estos magistrados a propuesta del Congreso, tendrían que agradecerle su nombramiento. Este tribunal ha de hacer efectiva la responsabilidad de los ministros y juzga a los consejeros de Estado. Si estos funcionarios públicos, que tiene mucha influencia en los negocios graves del Estado, por impulso del gobierno faltasen a sus deberes, ¿cómo se portaría el tribunal al tiempo de juzgarlo? Como hechura del poder Ejecutivo, le serviría por su gratitud, comportándose indulgente con los criminales. Esta es una poderosa razón; éste es un inconveniente que debe evitar el Congreso. No hay cosa que más irrite a los monarcas que ponerle restricciones a su poder. Cumplamos con nuestros deberes, y haga el Emperador, si le parece, lo que Gustavo III con el congreso de Suecia. Concluyo, pues, señor, suplicando al Congreso decrete que sobre esta materia no ha lugar a votar, y que se esté a lo determinado. No debe ocupar la atención del Congreso una proposición que querían hacer aprobar unos cuantos miserables por medio de la fuerza, desde las galerías: una proposición que casi, casi, puso a la patria al borde de la anarquía: una cuestión, en fin, que, si no se hubieran tomado las medidas necesarias, hubiera ensangrentado el suelo que pisamos, y que iba a encender

¹⁹ *Diccionario Porrúa. Historia, biografía y geografía de México*, 6a. ed., México, Porrúa, 1995, t. 4, voz: Rejón, Manuel Crescencio, p. 2909.

el fuego de la más espantosa revolución. ¡Quiera el cielo que de ella no nazcan desastres tristes, como preveo!²⁰

En 1823 Crescencio Rejón dijo ante el Congreso Constituyente “ninguna autoridad podrá librar orden para el registro de las casa, papeles y otros efectos de los habitantes de la república, si no es en los casos expresamente dispuestos en la ley... no se usará en ninguna circunstancia, del tormento ni de los apremios”.²¹ Como diputado en 1823, listo para redactar la primera Constitución mexicana, en una de las sesiones opina:

Sí quisiera que el Tribunal Supremo de Justicia no solamente tuviera las atribuciones que le demarca la Constitución española, sino también las que designan las leyes. El Congreso ha dado un decreto mandando al Supremo Poder Ejecutivo que imprima y publique la ley 24 de marzo de 1813 de las Cortes españolas, para exigir la responsabilidad a los funcionarios públicos. Esta da al Tribunal Supremo de Justicia atribuciones que no señala la Constitución. Hay otras leyes que le dan varias atribuciones. Si queremos, pues, que este tribunal obre con toda la energía necesaria y conozca de todo cuanto pertenece al Tribunal Supremo de Justicia de España mientras se forma la Constitución mexicana, dígase en el artículo que tendrá las atribuciones que le señala la Constitución y leyes vigentes.²²

En 1824, Rejón será nombrado diputado a la Comisión de Constitución que preside Ramos Arizpe, funge como redactor del *Acta Constitutiva de la Federación* y posteriormente de la *Constitución* de 1824, dentro de sus aportaciones destacan la garantía de debido proceso: “Ninguna autoridad

²⁰ *Actas del Congreso Constituyente mexicano*, México, oficina de D. Alejandro Valdés, impresor de Cámara del Imperio, 1822, t. II, en: Rejón, Manuel Crescencio, *Discursos parlamentarios (1822-1847)*, México, Secretaría de Educación Pública, 1943, pp. 29-31.

²¹ Citado por Echanove Trujillo, Carlos A., *Correspondencia inédita de Manuel Crescencio Rejón*, México, Secretaría de Relaciones Exteriores, 1948, p. 12.

²² Sesión del 20 de junio de 1823, tomada de *El Sol*, de 25 de junio de 1823, en: Rejón, Manuel Crescencio, *Discursos parlamentarios...*, cit., Carlos Echanove Trujillo, compilador de la obra dice al respecto: “Rejón, en el breve discurso, pidió que a esta proposición se añadiese la frase «y leyes vigentes»

Lo movió a esto el que ciertas leyes, como la española de 24 de marzo de 1813, señalaban nuevas facultades al Supremo Tribunal, de que no hablaba la Constitución. Consiguió D. Crescencio, en la misma sesión, que se aprobase su adición. Lo que tiene de trascendente este episodio es que, por primera vez, aboga Rejón en la tribuna por el engrandecimiento del poder judicial: actitud de que se declarará campeón en adelante, como se verá en muy significativos discursos posteriores. Y no había de detenerse, sino hasta alcanzar la más alta expresión de la supremacía del poder judicial mexicano al fundar, en 1840, el juicio de amparo”.

podrá librar orden para el registro de casas, papeles y otros efectos de los habitantes de la República si no es en los casos expresamente dispuestos en la ley”, la institucionalización de un Poder Judicial independiente: propone el nombre de “Corte” en vez del de tribunal en consonancia con las demás naciones latinoamericanas.²³ En uno de sus discursos podemos leer:

Señor, la Comisión de Constitución, al presentar este artículo redactado en los términos en que está, no hizo más que reducir a él dos del Acta Constitutiva. Yo no extraño la impugnación que ha hecho del artículo el señor Covarrubias porque cree que de ninguna manera debe ponerse entre las partes de esta división al poder judicial. Su señoría divide el Supremo Poder en dos partes, otros la dividen en tres, según la disposición de la cabeza de los hombres. Así hay muchos que lo dividen en legislativo, ejecutivo, judicial y municipal; pero la división más adoptada hasta el día, y la que parece que está demasiado fundada, es la del artículo. Se dice que el poder judicial es una emanación del poder ejecutivo y de ninguna manera debía ponerse entre los dos. En ese caso, el poder ejecutivo también podría decirse que era emanación del legislativo, principalmente cuando el segundo es el que nombra al primero. Si acaso el poder judicial estuviese organizado lo mismo que en la Constitución española o la de los Estados Unidos del Norte podría decirse que el poder judicial era una emanación del legislativo y ejecutivo; pero cuando el poder judicial se arregla de un modo particular en el proyecto que tenemos presentado al Congreso, ya de ninguna manera puede decirse que emana ni mediata ni inmediatamente del poder ejecutivo; porque las legislaturas son las que, en un día que señalará el Congreso, procederán a la elección de ciertas personas que compongan una suprema corte de Justicia. Los individuos nombrados se mandan por una lista cerrada y sellada por las legislaturas al presidente del Congreso general; en éste se examina si algunos individuos han reunido los votos de las dos terceras partes de las legislaturas y, si los reunieren, quedan nombrados magistrados. De aquí resulta que ya el poder judicial de la federación no toma su origen inmediatamente del poder ejecutivo, sino inmediatamente del pueblo de quien también la recibe el poder ejecutivo.²⁴

En 1827 vuelve al Congreso, pero a raíz de una peculiar defensa a favor de Vicente Guerrero que no agració mucho a Bustamante va nuevamente a prisión. Entre 1830 y 1831 se encumbrará como uno de los más valien-

²³ Cabrera Acevedo, Lucio, “Orígenes y primeros años de la Suprema Corte de Justicia”, *La Suprema Corte de Justicia sus orígenes y primeros años (1808-1847)*, México, SCJN, 1986, p. 41.

²⁴ Sesión del 9 de abril de 1824, en Rejón, Manuel Crescencio, *Discursos parlamentarios..., cit.*, pp. 105 y 106. El proyecto de artículo a discusión, decía: Art. 3. La Nación adopta la forma de gobierno de República representativa popular federal, y divide el Supremo Poder de la Federación para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

tes defensores del federalismo, cuestión que lo llevó a exiliarse después en los Estados Unidos. Regresa como senador de Yucatán, pero el triunfo del centralismo lo hace irse a la oposición e involucrarse en el movimiento para separar la península de Yucatán como un acto de protesta a favor del federalismo, a continuación veremos cuál fue su participación.

V. EL CONGRESO CONSTITUYENTE YUCATECO DE 1840-1841

Tras las elecciones convocadas por la nueva legislatura el 2 de agosto, Santiago Méndez es elegido como gobernador y Miguel Barbachano y Tarrazo como vicegobernador, el 6 de septiembre.

El Congreso inicia el 15 de septiembre las reformas a la Constitución de 1824, con la finalidad de adecuarla a las necesidades yucatecas. Para redactar el proyecto el Congreso nombró a una comisión compuesta por los diputados Manuel Crescencio Rejón, Pedro C. Pérez y Darío Escalante, y como presidente de dicha comisión al primero, por cierto, también campechano.

El proyecto, que la mayoría de los autores atribuyen, en gran parte al presidente de la Comisión, don Manuel Crescencio García Rejón,²⁵ contenía en sus artículos 53, 63 y 64 diversos procedimientos para garantizar los derechos contenidos en el artículo 62 sobre las “garantías individuales”.

Para entender los ideales e ideas que movieron a García Rejón a estructurar un juicio que amparara ciertas garantías, es interesante remitirnos al Exordio que acompaña el proyecto. En la sección “Poder Judicial” se dice:

Pasando ahora (a) un poder, que, apoyado en la fuerza moral, que debe darle la justicia de sus fallos, necesita poco de la (fuerza) material para obtener la consideración que se merece. La tiranía procura mantenerlo en la abyección y nulidad a que le hemos visto reducido en el régimen colonial; pero es de la primera importancia, y se le abastece de grandes facultades en los gobiernos libres, en que se tiene cuidado de sustituir, para obtener la obediencia legal del ciudadano, la idea del derecho a la de la fuerza material.²⁶

La idea del poder débil de Hamilton se transforma aquí en la necesidad de un Estado de derecho, a continuación, nos revela el legislador sus influencias:

²⁵ Como lo han demostrado Faustino Martínez y José Luis Soberanes en su obra *Apuntes para la historia del juicio de amparo*, México, Porrúa, 2002, p. 226, nota 53.

²⁶ *Proyecto de Constitución presentada a la legislatura de Yucatán por su Comisión de Reformas para la administración interior del estado*, Mérida, Imprenta de Lorenzo Segni, 1841.

De ahí es que, en los Estados Unidos de Norte-América, la Corte Suprema está encargada de ejercer, no solo atribuciones judiciales, sino también otras que son casi enteramente políticas; y a ella acude el Poder ejecutivo para oponerse a los desafueros del cuerpo legislativo: éste para defenderse de las empresas atrevidas de aquél: el interés público contra el interés privado, y el espíritu de conserva y orden, contra los movimientos tempestuosos de la democracia: en fin, su poder es inmenso, pero siendo de pura opinión, y no descansado en la fuerza brutal de las armas, busca siempre la equidad y la justicia, para no perder el prestigio en que se apoya la sumisión que se le debe.²⁷

La idea de Hamilton es aquí transformada en la necesidad de un poder judicial que basa su autoridad en la equidad y la justicia y no en la coacción.

Por eso os propone se revista á la Corte suprema de justicia de un poder suficiente, para oponerse á las providencias anti-constitucionales del Congreso, y á las ilegales del Poder ejecutivo, en las ofensas que hagan á los derechos políticos y civiles de los habitantes del Estado: y que los jueces se arreglen en sus fallos á lo prevenido en el código fundamental, prescindiendo de las leyes y decretos posteriores, que de cualquiera manera le contraríen. Así se pondrá un dique á los excesos y demasías de las Cámaras, y los ciudadanos contarán con un arbitrio, para reparar las injusticias del ejecutivo del Estado, sin verse en la precisión de exigir responsabilidades contra funcionarios, que tendrán siempre mil medios de eludirlas, y que aun cuando se exigiesen, solo darían por resultado la aplicación de una pena á los transgresores de la ley, y jamás la reparación completa del agravio á la persona ofendida.²⁸

La teoría es muy clara, el Poder Judicial es además un poder que ejerce controles constitucionales sobre los otros dos poderes sin tener que crear un cuarto poder como intentarían las *Siete Leyes*.

Se hará también innecesaria la creación de un poder conservador monstruoso, que destruya las instituciones fundamentales á pretexto de conservarlas, y que revestido de una omnipotencia política sea el árbitro de los destinos del Estado, sin que haya autoridad que modere sus abusos.²⁹

Rejón tiene clara una cosa, el Poder Judicial es el más apto para la protección de los derechos fundamentales:

²⁷ *Idem.*

²⁸ *Idem.*

²⁹ *Idem.*

Por otra parte, dotado así el poder judicial de las facultades indicadas, con mas las de proteger en el goce de las garantías individuales al oprimido por los empleados del orden político, que abusan casi siempre de la fuerza, por el apoyo que les presta el gobierno de que inmediatamente dependen, no queda desnaturalizado sacándosele de su esfera. Tampoco se hace de él un poder temible, cual lo sería si se le encargase de impugnar las leyes de un modo teórico y general; pues que entonces al erigirse en censor del legislativo, entraría abiertamente en la escena política, dando apoyo al partido que le contrariase, y llamando todas las pasiones que pudiesen interesarse en la contienda, con peligro de la tranquilidad del Estado.³⁰

A continuación, los redactores del proyecto de la Constitución yucateca de 1841, entran en pormenores acerca de los antecedentes del derecho procesal constitucional, el Poder Judicial podrá censurar la legislación a través de la Corte Suprema cuando considera que vulnera la Constitución (control concentrado), pero esta facultad deberá ejercitarse de manera “oscura y en casos particulares”, esto se refiere a la prudencia y discreción con la que debe obrar el tribunal. Para lo anterior se basan en Toqueville, que como bien sabemos es un lector agudo del sistema norteamericano al cual van siguiendo:

Así es, que, aunque según el proyecto, se da al poder judicial el derecho de censurar la legislación, también se le obliga a ejercerlo de una manera oscura y en casos particulares, ocultando la importancia del ataque á las miras apasionadas de las fracciones. Sus sentencias pues, como dice muy bien Toqueville, no tendrán por objeto más que el descargar el golpe sobre un interés personal, y la ley solo se encontrará ofendida por casualidad. De todos modos, la ley así censurada no quedará destruida: se disminuirá sí su fuerza moral, pero no se suspenderá su efecto material. Solo perecerá por fin poco á poco y con los golpes redoblados de la jurisprudencia, siendo además fácil de comprender, que encargando al interés particular promover la censura de las leyes, se enlazará el proceso hecho á éstas con el que se siga á un hombre, y habrá de consiguiente seguridad de que la legislación no sufrirá el mas leve detrimiento, cuando no se le deja expuesta por este sistema á las agresiones diarias de los partidos. En fin, multiplicándose por el medio referido los fallos contra las leyes constitucionales, se harán éstas ineficaces, teniendo las Cámaras por lo mismo que derogarlas, y sacándose de consiguiente la ventaja de conservar el Código fundamental intacto, por un antemural el mas fuerte que se ha levantado contra la tiranía de las asambleas legislativas.³¹

³⁰ *Idem.*

³¹ *Idem.*

Para lograr realizar este fortalecimiento del Poder Judicial era necesario “que sea igual a los otros dos”.³²

En resumen, señores, la comisión al engrandecer el poder judicial, debilitando la omnipotencia del legislativo, y poniendo diques á la arbitrariedad del gobierno y sus agentes subalternos, ha querido colocar las garantías individuales, objeto esencial y único de toda institución política, bajo la salvaguardia de aquél, que responsable á sus actos, sabrá custodiar el sagrado depósito que se confía á su fidelidad y vigilancia. Por eso no solo consulta que se le conceda la censura de las leyes en los términos ya indicados, sino también que se le revista de una autoridad suficiente, para proteger al oprimido contra las demasías de los empleados políticos del Ejecutivo del Estado. Un ciudadano privado de su libertad y reducido á la mayor incomunicación por funcionarios que no tengan el encargo de administrar la justicia, ¿no ha de tener derecho para que se le ampare desde luego en el goce de su seguridad personal, cuando es tan común protegerlo en la posesión de bienes, que no merecen acaso el mismo cuidado ni la misma consideración? Y ¿no sería una notoria injusticia dejarlo permanecer por mucho tiempo en aquella penosa situación, otorgándole solamente el costo y dilatado recurso de intentar una acusación solemne contra sus opresores, y enredarse en los trámites de un proceso, que no le remediará el menoscabo de su fortuna, el trastorno de su familia, ni otros males irreparables?³³

En un apartado del *Proyecto* titulado “Prevenciones generales y formación de códigos” se menciona también a Benjamín Constant, respecto de la violación a garantías individuales por parte de subalternos que cumplen órdenes de sus superiores:

¿Deben considerarse como responsables los agentes inferiores, que obedezcan las órdenes arbitrarias de sus superiores? Si se extiende la responsabilidad a los actos ilegales, no podrá menos de resolverse esta cuestión por la afirmativa. La negativa destruiría todas las garantías de la seguridad individual; porque si se castiga solamente al ministro que da una orden ilegal, y no a los subalternos que la ejecutan, la reparación de ella quedará á un grado tan elevado, que muchas veces no podrá alcanzarse. Sería lo mismo que si se obligase a un hombre atacado por otro, a que no dirigiese sus golpes mas que sobre la cabeza de su agresor, bajo el pretexto de que el brazo era un instrumento ciego, y que en la cabeza estaba solamente la voluntad, y por consecuencia el crimen. Sin embargo, de lo expuesto, la teoría no abraza los casos en que

³² Echanove T., Carlos, *Correspondencia de Manuel Crescencio...*, cit. p. 12.

³³ *Proyecto de Constitución...*, cit.

haya un abuso de facultades concedidas por la ley a los superiores, sino solamente aquellos que no están comprendidos en la esfera de su autoridad legal. Lo contrario, dice el referido Constant, traería una confusión de ideas, que pondría trabas á las medidas del Gobierno, é imposibilitaría su marcha. Así que un agente subalterno no tendrá responsabilidad alguna por cumplir una orden del Gobernador, relativa a prender a determinada persona, aunque éste abuse de la facultad que para ello tiene; pero sí quedará en descubierto, si le obedece en una providencia para la cual no tenga ninguna autoridad legal, como la de mantener arrestado por mas de tres días á un habitante del Estado sin entregarlo a su respectivo juez, o la de impedir al Congreso reunirse a ejercer sus atribuciones constitucionales, o la de hacer sufrir a un ciudadano la pena de confinamiento o de extrañamiento del territorio del Estado. Mas á pesar de esta explicación que zanja toda clase de dificultades, salvando por un lado los perjuicios de la obediencia pasiva, y por otro los males que podían resultar del entorpecimiento de la marcha del Gobierno, la comisión todavía ha obrado con mayor circunspección, al consultar que aquella providencia no se extienda á la milicia, cuando opere en las guerras interiores o exteriores. En estos casos la obediencia y la subordinación ilimitada son absolutamente precisas para la consecución de las empresas, que sin duda se desgraciarian, si se exigiese el examen y discusión en los que deben moverse como puros instrumentos.³⁴

En concreto, citan a Constant para justificar la desaparición del fuero militar:

Por otra parte, los juicios militares se prestan tanto á la arbitrariedad y al despotismo, que la tiranía ha encontrado frecuentemente en ellos un arbitrio seguro, para deshacerse de los adversarios que ha querido sacrificar; y las supuestas leyes de 27 de Setiembre de 1823 y todas sus concordantes, con mas la últimamente expedida por las Cámaras oligárquicas de Méjico (*sic*), solicitada y sostenida con tanta obstinación por el denominado gobierno de la República y su ministerio de guerra, son testimonios irrecusables de la facilidad que prestan á los déspotas los juicios de que se trata, para derramar el terror y espanto por medio de sentencias inicuas, que sugieren á sus ciegos servidores. Y en Francia ¿qué otro expediente se ha adoptado por las facciones victoriosas, para exterminar á los que no podían avenirse con sus atroces iniquidades? Benjamín Constant responderá en esta parte por vuestra comisión de reformas. ‘Hemos visto, decía en 1813, durante estos veinte años últimos introducirse una justicia militar, cuyo primer principio era abreviar las fórmulas, como si toda abreviación fuese otra cosa que un sofisma el mas escandaloso. Hemos visto sentarse sin cesar entre los jueces, hombres cuyo

³⁴ *Idem.*

vestido solo anunciaba que estaban enteramente entregados á la obediencia, y no podían por lo mismo ser jueces independientes. Nuestros nietos no creerán, si tienen algún sentimiento de la dignidad humana, que hubo un tiempo en que hombres ilustres sin duda por sus innumerables expediciones y gloriosas victorias, pero criados en las tiendas de campaña é ignorantes de la vida civil, preguntaban á los acusados á quienes eran incapaces de comprender, y condenaban sin apelación a los ciudadanos que no tenían derecho de juzgar. Nuestros nietos no creerán, si es que no llegasen á ser lo mas vil de todos los pueblos de la tierra, que se ha hecho comparecer delante de los tribunales militares á los legisladores, á los escritores y á los acusados de delitos políticos, dando así con una especie de irrisión feroz, por jueces de la opinión y el pensamiento al valor sin luces y á la sumisión sin inteligencia.' Destruyamos al efecto esas funestas excepciones de la jurisdicción ordinaria, concedidas por el despotismo con detrimento positivo de la pronta é imparcial administración de justicia, y que han servido de base á la tiranía, para la destrucción de las garantías civiles y políticas de la República. Ceguemos esas viciosas fuentes, de donde nace la indiferencia de los aforados por la conservación del orden civil, llevándolos frecuentemente hasta á hacer alarde de desconocer las leyes fundamentales del Estado, y disponiéndolos á obedecer las providencias que las atacan. Y en fin, acabemos con esos monstruosos privilegios, inventados por la ambición para reunir á los hombres en cuerpos distinguidos, darles una grande preferencia, volverlos indiferentes ó contrarios á la causa común, é interesarlos en el sostenimiento de una autoridad absoluta, como ha dicho muy bien otro escritor, al examinar las razones en que pueden apoyarse los fueros eclesiástico y militar.³⁵

Esta citación es bastante peculiar, pues aunque existen muchos datos que confirman la lectura de este autor por parte de los pensadores mexicanos, en muchos casos no se le identifica necesariamente con un pensamiento no sólo conservador sino monarquista, *La Jury Constitutionel* es en parte el fundamento para el Supremo Poder Conservador de las *Siete Leyes*; sin embargo, aún los liberales se dan cuenta del grave peligro que supone dejar todo en manos del legislador. En el periódico llamado *El Yucateco Libre* apareció la siguiente referencia a la Constitución yucateca, suscriben dos liberales: "Cuidado con otorgar facultades superiores a la Constitución, porque desde ese momento se entroniza el régimen arbitrario",³⁶ ambos liberales citan a Constant y Voltaire y dicen que de no seguir su consejo la Constitución será sólo "Una ley ilusoria y opresora" por lo que es siempre necesario también plasmar "garantías judiciales" en la misma.

³⁵ *Idem.*

³⁶ *El Yucateco Libre*, de Carlos Florez (*sic*), núm. 25, p. 4, de 6 de octubre de 1841.

VI. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO DE YUCATÁN

El 31 de marzo de 1841, la 8a. legislatura elevó a rango de decreto el proyecto de Constitución presentado por la comisión, que en opinión de Ferrer Muñoz:

Sobresalió por el carácter novedoso de algunas de sus disposiciones, entre las que cabe destacar la inclusión de un capítulo sobre garantías individuales (consagradas como derechos de todos los habitantes del estado, fuesen nacionales o extranjeros), la proclamación de la libertad religiosa, la supresión de los fueros civiles y militares (artículo 73), el jurado popular (artículo 69), la responsabilidad de los funcionarios públicos (artículo 37), la institución de un Consejo de Estado, con funciones similares a las que había desempeñado el Senado en el texto fundamental de 1825 (artículos 51-54). Por encima de esas importantes innovaciones descuella la figura del amparo, que quedó consagrada en virtud del artículo 8o. y de la fracción I del artículo 62. Otro elemento original, que aparecía en el proyecto de Constitución elaborado por Rejón —aunque no fue incorporado al texto final—, era el mandato de que se procediera a la formación de los códigos estatales: una tarea urgente, habida cuenta de que durante el precedente periodo centralista se había paralizado la labor codificadora local, emprendida por decreto de la Legislatura estatal del 20 de febrero de 1832 y nunca acabada en la etapa federal que se cerró en 1836. La peculiar estructuración del Poder Ejecutivo diseñada en el proyecto —un gobernador y dos cónsules— tampoco obtuvo el visto bueno de los constituyentes...Por lo que se refiere a la vertebración de un cuerpo político común a indios, mestizos y blancos, los constituyentes yucatecos se preocuparon por no restringir el derecho de ciudadanía, y lo confirieron a todos los yucatecos “avecindados en algún pueblo del estado”, incluida la gran masa indígena, a la que privaron —sin embargo— de sus tradicionales caciques y repúblicas que habían sido reconocidos, aunque con carácter interino, por el decreto del 26 de julio de 1824. Permanecieron, sin embargo, discretos mecanismos de control de los derechos que otorgaba la ciudadanía, como la ya mencionada exigencia de vecindad en algún pueblo del estado (artículo 2o., fracción I), o la de poseer “domicilio, oficio ó modo de vivir conocido” (artículo 4o., fracción I). Se concedía también el carácter ciudadano a los extranjeros que, con arreglo a las leyes, obtuvieran carta especial de ciudadano (artículo 2o., fracción III).³⁷

En la Constitución Política del Estado de Yucatán, que entraría en vigor el 16 de mayo de 1841, el gobernador Santiago Méndez presenta en su pre-

³⁷ Ferrer Muñoz, Manuel, “Un cuarto de siglo de constitucionalismo en Yucatán (1825-1850), *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, México, UNAM, vol. XIV, 2002, pp. 101-127, 119 y ss.

facio la carta magna al pueblo de Yucatán, “reconocidos a la bondad divina por habernos permitido organizar un Gobierno cual demandan nuestras particulares necesidades, usando del derecho que a todas las sociedades humanas ha concedido el Soberano legislador del Universo”.³⁸ En el apartado “De los yucatecos”, sección “De los ciudadanos”, se exponen las “Garantías individuales” de estos, es el primer documento constitucional en México que contiene un catálogo de derechos, el artículo 8o., que es de interés para nuestro estudio, expresa lo siguiente:

Los jueces de primera instancia ampararán en el goce de los derechos, garantidos por el artículo anterior, a los que les pidan su protección contra cualesquiera funcionarios que no correspondan al orden judicial, decidiendo breve y sumariamente las cuestiones que se susciten sobre los asuntos indicados.

Más adelante, el texto constitucional establece los lineamientos “Del Poder Judicial”, en el artículo 62 que corresponde al apartado “De la Corte Suprema de Justicia y sus atribuciones” dice:

Corresponde a este Tribunal reunido: 1.- 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 al texto literal de la Constitución, o contra de las providencias del Gobernador, cuando en ellas se hubiese 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.

Para que la Constitución no careciera de eficacia, el mismo día se publica el *Reglamento de Administración de Justicia*, en cuyo “Capítulo III: De la Suprema Corte de Justicia” se detallan las facultades “Del Tribunal Pleno”:

Artículo 127. El Tribunal Pleno, con asistencia y voto escrito del fiscal, desempeñara las dos primeras atribuciones que le designa el artículo 62 de la constitución; nombrado con arreglo a la tercera, sus subalternos y dependientes respectivos, y por lo que hace al nombramiento de los Jueces de Primera Instancia, lo verificará del modo siguiente: para cada juzgado formará lista de tres letrados que reúnan las circunstancias legales; la pasará al Gobierno para que excluya uno si lo tuviese por conveniente, y cuando el Supremo Gobierno no la devuelva, elegirá de los que haya quedado libres, calificando gradual y circunstancialmente la aptitud y mérito de cada uno; participará después el nombramiento al Supremo Gobierno, y procederá a recibir el juramento a los previstos.

³⁸ *Constitución Política del Estado de Yucatán sancionada en 31 de marzo de 1841*, Mérida, Imprenta de José Dolores Espinosa, 1841, p. 7.

Acerca de la Corte Suprema habría que decir que la Constitución estableció en su artículo 10 la división del poder público en Legislativo, Ejecutivo y Judicial, como dije, en el apartado del “Poder Judicial”, artículo 59, se ordenó que éste residiera en una Corte Suprema de Justicia, cuya organización y atribuciones se establecían en los artículos del 60 al 66 de la citada Constitución.

La ley reglamentaria del 60 y 66 de la Constitución, del 31 de marzo de 1841, reglamentaba en su capítulo tercero, artículos 115 al 178, la estructura y facultades de la Corte Suprema de Justicia yucateca. Ésta funcionaría en pleno y en tres salas; integrada por tres ministros y un fiscal, los cuales debían ser ciudadanos yucatecos, en el ejercicio de sus derechos, con una residencia continua en el estado de cinco años, tener 35 años cumplidos, ser letrado y haber ejercido esta profesión cinco años cuando menos. Su elección debía ser por el senado de una propuesta en terna realizada por la Cámara de Diputados. De esa terna debía ser elegido también el fiscal, quien en caso de que quedara vacante alguno de los ministerios, pasaba al cargo en propiedad.

El Pleno estaba facultado para:

- Amparar en el goce de sus derechos a los que pidieran su protección contra leyes y decretos de la legislatura que fueran contrarias al texto literal de la Constitución o contra las providencias del gobernador, cuando en ella se hubiese infringido el código fundamental, limitándose en ambos casos, a reparar el agravio en la parte en que la Constitución hubiere sido violada, en este caso debía contar con la asistencia y voto escrito del fiscal.
- Iniciar leyes y decretos para la mejora de la legislación civil y penal, y de los procedimientos judiciales, esta facultad también debía ejercerla con asistencia y voto escrito del fiscal.
- Nombrar a sus subalternos y dependientes respectivos, y a los jueces letrados y asesores, arreglándose a lo que establecieran las leyes.
- Nombrar a los jueces de primera instancia y recibirles juramento.
- Entregar cada año en el mes de enero al supremo gobierno una lista de los abogados que consideraba idóneos para cubrir las vacantes menores a un año de los jueces, originadas por impedimento o inhibición.
- Expedir el título de abogado previa aprobación del examen que les realizaran cinco abogados designados por el tribunal.
- Calificar las dudas de ley que tuvieran los jueces de primera instancia para el solo efecto de remitir su informe, por conducto del gobierno, a la legislatura.

- Formar el proyecto de aranceles que debieran cobrar los jueces, alcaldes, asesores, escribanos y demás curiales del estado, y remitirlo al Congreso.
- Formar el reglamento para su gobierno interior.
- Hacer públicas las visitas generales, que dispusieran las leyes, a la cárcel o cualquier lugar donde hubiere presos, tomando las providencias necesarias. De la visita se levantaba informe que remitía al supremo gobierno.

En otras disposiciones del reglamento de administración de justicia, se establecía el sueldo anual de los magistrados de la misma, es decir, 1800 pesos. Tanto el Pleno como las salas recibirían el tratamiento de excelencia; y sus ministros y fiscal en lo particular, el de señoría. El presidente debía ser electo el día primero de enero de cada dos años, con posibilidad de ser reelegido. Los asuntos de hacienda que antes correspondían al tribunal de circuito correspondiente, y a la Suprema Corte de Justicia de México, se arreglarían de acuerdo a las disposiciones del ramo vigente.

Los ministros que conformaron la Corte Suprema de Justicia yucateca fueron los señores don José Antonio Zorrilla, don José Encarnación Cámara y don José Felipe Estrada, y don Francisco Calero y don Juan Peón, su fiscal y secretario, respectivamente.³⁹ La Constitución yucateca establecía en su artículo tercero transitorio, que integrarían la Corte Suprema de Justicia, sólo por esa ocasión quienes integraban el Tribunal Superior de Justicia.

Todo lo anterior surtirá efectos también en Campeche. En esta ciudad se decreta la publicación de la Constitución yucateca el 19 de abril de 1841, el diario *El Espíritu del Siglo* consigna: “Ella es el monumento consagrado a proteger y garantir los derechos de los hombres y del ciudadano”,⁴⁰ así, independientemente de las pugnas políticas, la Constitución yucateca es acogida en Campeche con beneplácito, buenos ojos y optimismo.

VII. EL JUICIO DE AMPARO YUCATECO

El 5 de marzo de 1841 la administración de justicia comienza a hacer las adecuaciones conducentes para poner en marcha la Constitución, el periódico *El Siglo XIX* publica un informe donde se manifiesta que de las 66 causas pen-

³⁹ Enciclopedia yucatanense, t. III, p. 451

⁴⁰ *El Espíritu del Siglo*, Campeche, José M. Peralta editor, 22 de abril de 1841, núm. 6, p. 4.

dientes en el Tribunal Penal de 2a. instancia, 49 habían sido ya sentenciadas y 17 estaban en trámite.⁴¹

El 31 de marzo de 1841 se promulga el Reglamento de Administración de Justicia para los Tribunales y Juzgados del Estado, en el artículo 52 se dice:

Cualquiera persona que sea despojada o perturbada en la posesión de alguna cosa profana o espiritual ocurrirá al juez ordinario de 1a. instancia para que la restituya o *ampare*, conociendo en estos asuntos recursos por medio del juicio sumarísimo que corresponda, y aun por el plenario de posiciones si las partes los promovieran con las apelaciones a la Suprema Corte de Justicia.

En principio cualquier yucateco puede ocurrir ante juez de primera instancia y solicitar ser amparado, a través de un juicio “sumarísimo”. Los jueces de primera instancia debían ser letrados (artículo 67 de la Constitución). Eventualmente la Corte Suprema podría conocer de estos asuntos por vía de apelación (artículo 52 del Reglamento de Administración de Justicia, arriba citado), por nulidad (artículo 66 de la Constitución) o como segunda o tercera instancia (*idem*). También había la opción de ir con el “respectivo superior” del juez de primera instancia para denunciar “atentados cometidos por los jueces contra los citados derechos”(artículo 9o. de la Constitución), de este modo se preveía un complejo pero completo sistema de contrapesos de justicia constitucional para la defensa de derechos, la existencia paralela de un control difuso y de otro concentrado; de amparo contra leyes, amparo contra actos inconstitucionales del Ejecutivo y amparo contra actos de autoridades que vulneraran garantías individuales contenidas en la Constitución.

VIII. EL HECHO HISTÓRICO QUE ORIGINÓ EL JUICIO DE AMPARO

La convulsiva vida de la península puso de manifiesto en 1840 que la independencia no sería un camino entre almohadas. Los constantes secuestros de bergantines, las diversas batallas entre bandos y cuerpos militares de los que era difícil precisar su origen, llevaron a la desconfianza.

Nuestra historia comienza en octubre de 1840 cuando las autoridades de Yucatán apresaron la barca inglesa *True-Blue* que fue denunciada por contener en su interior un grupo de contrabandistas procedentes de Beli-

⁴¹ *El Siglo XIX*, Mérida, t. I, núm. 29, 5 de marzo de 1841.

ce.⁴² El promotor de la causa es el licenciado Esteban Balay de González,⁴³ el mismo que en febrero de 1834 interpuso queja ante el Congreso por vicios en la elección del alcalde Rafael Montalvo y Sainz.⁴⁴ Ambos hechos son importantes, ya que Balay hacía los mismos movido por intereses políticos que tenían dividido a Campeche respecto de la discusión sobre el federalismo y la conformación de un gobierno, salían a relucir autores como Constant, Montesquieu, Filangieri, Macarel, Rousseau, y Locke. Balay debía pertenecer al grupo de Santiago Méndez, quien lo nombró regidor de Campeche en 1833.⁴⁵ El 7 de diciembre Balay solicita licencia, y lo suple como promotor el licenciado don José María Oliver, el asunto concluyó con una intervención del gobierno hondureño que recuperó el bergantín ayudándose de otro.

En 1841, una vez aprobada la Constitución, y resultando electo gobernador Santiago Méndez, y vicegobernador Miguel Barbachano, comenzaron las pugnas entre estos dos hombres, entre sus seguidores y entre Campeche y Yucatán. La prensa hizo su parte, *El Independiente* era barbachanista y *El Espíritu del Siglo* mendista, este último estaba a cargo de Justo Sierra,⁴⁶ que el 7 de junio de ese año fue nombrado juez de lo criminal de la ciudad de Campeche, junto con Esteban Balay como juez de lo civil.⁴⁷ Para entonces la defensa del estado, contra las fuerzas armadas que había enviado Santa Anna, complicaba las cosas. Méndez solicita permiso para separarse de su cargo e ir a defender la ciudad de Campeche, entra en funciones el vicegobernador Barbachano.

En la noche del 5 de julio de 1842, el bergantín de guerra *Yucateco* “fondeando a corta distancia del muelle de Campeche, y en el radio de acción de la batería del castillo de San Miguel, fue sorprendido y capturado por Don Tomás Marín, jefe de la escuadra mexicana”.⁴⁸

A raíz de este hecho fueron detenidos varios individuos notables de la ciudad de Campeche, aunque el argumento que se esgrimió para su detención fue la de su protección, parecía haber un conflicto político detrás, los detenidos fueron: Esteban Balay de González, José Martí Ponce, Alejandro

⁴² Lanz, Manuel A., *Compendio de historia de Campeche...*, cit., p. 218.

⁴³ *Idem*.

⁴⁴ Flores Escalante, Justo Miguel, *Proyectos de gobierno y procesos electorales en la península de Yucatán, 1829-1839*, (Tesis) Mérida, Facultad de Ciencias Antropológicas de la Universidad Autónoma de Yucatán, 2002, p. 148.

⁴⁵ *Idem*.

⁴⁶ Lanz, Manuel A., *Compendio de historia de Campeche...*, cit., p. 223.

⁴⁷ *Siglo XIX*, t. I, de 7 de junio de 1841.

⁴⁸ Lanz, Manuel A., *Compendio de historia de Campeche...*, cit., p. 225.

Estrada, Miguel Domínguez, Tranquilino Hernández, Telésforo Antonio Rosado, Francisco Nonate, José María Espadas y José Ignacio de Castro. La Constitución de 1841 había acarreado serias críticas al gobierno de Méndez, sobre todo de sus paisanos, pues Campeche en ese momento propugnaba por la defensa de muchos religiosos y las propiedades de estas congregaciones, ocupadas de la educación; parecía un buen momento para apaciguar a uno que otro inconforme.

El juez de la causa será Francisco Campos, y aparece también el apellido Sierra, muy probablemente de don Justo Sierra O'Reilly, como dijimos, juez de lo criminal, en 1839, pero para la fecha del amparo, debía encontrarse comisionado por Méndez en la pacificación del sur del estado.

Los detenidos recurren, decíamos, al juez de primera instancia, basados en el artículo 8o. de la Constitución de Yucatán, que seguramente conocía muy bien Balay como juez que había sido, en una suerte de “positivismo de combate”.⁴⁹ Resulta interesante la estructura de la argumentación: “Se nos ha privado de la 2^a garantía individual que concede a todos los habitantes el artículo 7 de nuestra referida constitución”, a saber “no poder ser detenido sin expresa orden dada y firmada por juez competente que le aprehenda, ni pasar la detención de veinticuatro horas sin recibirle su declaración preparatoria, ni de cuarenta y ocho sin proveer el auto motivado de su prisión”, pareciera que la autoridad se empeña en no cumplir las diversas garantías que la Constitución yucateca les otorgaba, pues los presos se quejan de incomunicación, malos tratos, injustificada prisión, infundada detención, y un largo etcétera que obedece a cuestiones políticas como lo menciona el mismo jefe político y las demás fuentes bibliográficas; de ahí que Balay llegue a descubrir la *apariencia constitucional* en la que puede caer toda Constitución, es decir, el vivir bajo declaraciones de derecho, bajo Constitución pero no bajo un régimen constitucional de operatividad de derechos, se escriben pero no se cumplen, el licenciado en cuestión reclama al juez de primera instancia: “Desgraciado del país en que el ciudadano sólo ve escritas sus garantías”.⁵⁰

⁴⁹ Un término que Pressburger utiliza para denotar aquella actitud cuando a pesar de no estar de acuerdo, se usan los medios legales positivos para subsanar alguna lesión sufrida.

⁵⁰ Véase *infra*. Una precisión, existe en nuestra historia constitucional, una confusión terminológica entre derechos y garantías, este mal entendido surge de una mala lectura del artículo 16 de la *Declaración Francesa de Derechos del Hombre*, que a la letra dice “toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada... no tiene constitución”. Y en una interpretación equívoca, que se volvió histórica, muchos textos constitucionales latinoamericanos regularon los derechos del hombre y del ciudadano, con el nombre de garantías individuales. García Laguardia, Jorge Mario, “Las garantías jurisdiccionales para la tutela

El juez se apresta a solicitar informe de la autoridad responsable que señala el escrito, “el jefe superior político de este departamento”, Joaquín Ruiz de León, antiguo alcalde de la ciudad de Campeche. El alcalde informa que los ha puesto bajo resguardo en la cárcel, para su propia seguridad. El juez dicta su sentencia, a este proceso sumarísimo “no ha lugar a lo pedido por los ocurrientes” con lo que desecha de plano la petición.

Esteban Balay es tozudo, se propone:

Apelar al auto del día de ayer para ante la excelentísima Suprema Corte de Justicia, donde probará hasta la evidencia la nulidad de los hechos que refiere el Sr. Jefe Político en su informe que sirve de fundamento al auto apelado con sobresalto del que contesta; suplicando que otorgándose el recurso libremente y en ambos efectos se elevan las diligencias originales a la superioridad invocada.

Llama la atención el buen uso de los términos jurídicos, Valay es consciente que no existe un superior al cual dirigirse,⁵¹ por lo que irá en apelación al auto, para buscar la nulidad y entonces obtener el anhelado amparo.

El problema es que el abogado que debiera llevar la causa, don Antonio Mediz,⁵² no se ha comunicado con los recluidos, y no se ha logrado extenderle poder, Valay manifiesta que es posible que le estén interceptando las cartas. Solicita al magistrado de la Corte en turno, Juan Peón, presidente interino del tribunal desde el 21 de mayo de 1841. La Corte nombra como defensor de oficio a Joaquín Cetina, distinguido abogado yucateco, miembro del gabinete literario, y candidato a diputado.

Cetina hace una esplendida demanda a nombre de sus defendidos, en la que cita a autores como Constant y Macarel, destacado administrativista francés. El expediente no contiene más documentos, la historia la sabemos por otras fuentes.

El 13 de febrero de 1843 los ánimos se encontraban muy elevados a colación de la entrada del ejército del centro y la derrota de los defensores, lo cual provocó burlas y bromas que también venían de los presos políticos de la cárcel, un grupo comandado por el capitán Miguel Bolio se puso en

de los derechos humanos en Guatemala, hábeas corpus y amparo”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Fix-Zamudio, Héctor, *El derecho de amparo en el mundo*, México, Instituto Konrad-Porrúa, 2006, p 382. Al respecto Javier Espinoza de los Monteros realiza un estudio histórico para México que pronto se publicará.

⁵¹ Por decreto del 11 de diciembre de 1841 el Ministerio de Justicia suprimió los tribunales de circuito y los juzgados de distrito “los gobernadores los emplearán como de 1a. instancia, 2a.” *Decretos del gobierno provisional*.

⁵² También juez, pero él, suplente de lo criminal.

marcha para escarmentar a los “traidores”. El alcaide de la cárcel, don Mariano Mayoral, avisó a los confinados para que escaparan, Esteban Valay se encontraba escondido en una casa contigua al cuartel, en la calle de Toro, número 21 “en la que se hallaba preso por asuntos de la política”⁵³ como lo menciona Lanz, que además narra que “El Sr. Valay sabiendo lo que se le esperaba en su prisión, y protegida su fuga, se trasladó a la casa vecina (Calle de Colón número 9) donde se ocultó; pero denunciando su refugio a sus perseguidores, éstos le asesinaron, mutilaron su cadáver y lo arrastraron por las calles de la ciudad”. La muerte de Valay se atribuye a un tal Pascual Joseph, se supondría de origen italiano, miembro de la brigada de artillería de Campeche. Existen dos posturas en la historiografía local, la barbachanista que atribuye a Méndez la orden para asesinar a estas personas, apoyada sobre todo por Tomás Aznar Barbachano⁵⁴ y una declaración del italiano Pascual Joseph aparecida en el diario *El Censor* del puerto de Veracruz, que trascibía la confesión de Joseph hecha ante el Cónsul de Nueva Orleans y aparecida en un periódico de esa ciudad, en ella el asesino declara que realizó tal obra por instrucciones de Méndez.

La otra postura apoyada por Miguel Bolio, Barqueiro, Lanz y Sotelo Regil atribuye el asesinato a la ira del pueblo, basados en la inexistencia de la declaración de Joseph, del mismo italiano y de una declaración del hermano de Esteban Valay, José Luis Valay:

El día 13 del mismo mes, a la ocho de la noche, estando su hermano el Lic. D. Esteban Valay, preso en el cuartel de artillería, por partidario del supremo gobierno de la República se reunieron como en número de 50 hombres de la plebe, y llegaron a dicho cuartel buscándolo; y habiéndolo encontrado en una de las casas inmediatas, donde se había ocultado, lo asesinaron y lo arrastraron por las calles.⁵⁵

En cualquiera de los casos, el juicio quedó sin materia, con la muerte de los promoventes, pero esto sólo se refiere al segundo juicio, al que debía ser sustanciado ante la Corte en apelación, por lo que hubiera conocido la Primera Sala, facultada para conocer “juicios de nulidad de la 1a. instancia

⁵³ Lanz, Manuel A., *Compendio...*, cit., p. 233.

⁵⁴ Aznar Barbachano, Tomás y Carbó, Juan, *El estado de Campeche*, Campeche, Ediciones “El Espíritu Público”, 1956 “El 13 de febrero de 1843, por la noche, fueron asaltadas las prisiones de varios reos políticos, y éstos matados miserablemente” p. 97

⁵⁵ *Gobierno General. Ministerio de Guerra y Marina. Plaza de Santa Anna de Tamaulipas.- Año de 1843.- Información sobre declaración de un pasajero, procedente de la plaza de Campeche*, en: Sotelo Regil, Luis F., *Campeche en la historia*, México, Imprenta de Manuel León Sánchez, 1963, pp. 417 y 418.

que hubieran causado ejecutoria”. Sin embargo, un juicio lo hay, y es el primero interpuesto ante el juez de primera instancia que dicta sentencia. El amparo por tanto tuvo vida, tal vez hubiera sido más romántico un amparo solicitado por un grupo de henequeneros, pero la realidad, al menos en Yucatán, es que se trata de un experto, es más un antiguo juez que quien lo interpone, resalta el hecho de su confianza en la justicia, porque en el escrito trasluce convicción en los medios procesales, pues por lo que sabemos no recurrió a instancias políticas, hay también una paradoja implícita en estos orígenes del amparo, y es el hecho de que será utilizado por quien menos se espera, es un juicio que nace abierto y accesible y que paulatinamente tendrá que irse complicando y cerrando, ya desde su federalización.

El juicio de amparo será plasmado con la colaboración/distorsión de Mariano Otero en el Congreso Constituyente, sobre el artículo 25 del Acta de Reformas 1847, con lo que se estableció el juicio de amparo a nivel federal, para después pasar en la Constitución Federal de 1857 y 60 años más tarde en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, actualmente vigente en el país. El porqué Rejón no estuvo presente en el nacimiento federal de su juicio para poderlo defender y dejarlo accesible y ambicioso como lo concebía, lo podemos encontrar en la carta dirigida por don José Fernando Ramírez a don Francisco Elorriaga.

El juicio de amparo se convirtió en una figura particular del derecho mexicano muy apreciada por todos los tratadistas del derecho constitucional y que con diversas reformas se ha adaptado a varios países. Muchas de las correcciones que debemos a Ignacio Vallarta, Emilio Rabasa, Narciso Bassols y Mariano Azuela Rivera, pueden ser hoy revalorizadas a la luz de su primera existencia y del estudio de su aplicación eficaz o ineficaz a través de la historia, incluyendo la última reforma y sus efectos.

**DERECHO A LA JURISDICCIÓN,
TRIBUNALES INDEPENDIENTES Y JUECES IMPARCIALES
COMO ESTÁNDAR MÍNIMO DE RESPETO DE LOS DERECHOS
DE LAS PERSONAS EN LA CONSTITUCIÓN
Y EN EL SISTEMA INTERAMERICANO**

Humberto NOGUEIRA ALCALÁ*

SUMARIO: I. *El derecho a la jurisdicción ante el juez natural.* II. *La independencia de los tribunales y la imparcialidad de los jueces.* III. *Algunos estándares interamericanos sobre justicia militar.* IV. *Consideraciones finales.*

I. EL DERECHO A LA JURISDICCIÓN ANTE EL JUEZ NATURAL

Las personas tienen derecho a que el poder público se organice de modo que el acceso a la justicia quede garantizado, lo que se logra con el derecho a la jurisdicción o a la tutela jurisdiccional de los derechos por los tribunales o autoridades competentes.

El derecho a la jurisdicción constituye un instrumento de defensa que el Estado pone en manos de las personas en reemplazo de la autotutela, esta última inaceptable dentro del Estado constitucional y del Estado de derecho, lo que obliga a configurarlo de manera que se establezca en su favor el mayor grado de garantías posibles.¹

* Doctor en derecho por la Universidad Católica de Lovaina La Nueva, Bélgica. Profesor Derecho Constitucional de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Talca. Director ejecutivo del Centro de Estudios Constitucionales de Chile y director del Doctorado en Derecho de la Universidad de Talca.

¹ La autotutela está prescrita por el ordenamiento jurídico y la existencia de un Estado constitucional de derecho, aunque en ciertas oportunidades algunas personas tienen la tentación de ejercerla. La jurisprudencia uniforme de los tribunales superiores de justicia en diversos recursos de protección han rechazado por ilegal y antijurídica dicha perspectiva, sólo a modo ejemplar véase en *Revista Gaceta Jurídica*, núm. 230, agosto de 1999, sentencia de Acción Constitucional de Protección Rol núm. 95-99, del 5 de julio de 1999 de la I. Corte de

Como ha señalado González Pérez:

Sólo impidiendo el ejercicio de la fuerza privada como modo de satisfacer las pretensiones y el reconocimiento de los derechos podrá asegurarse el imperio de la justicia. De un caos en que prevalecía la ley del más fuerte se pasó a un orden jurídico en el que prevalece el criterio de un sujeto imparcial, sustituyéndose la acción directa frente al adversario por la acción dirigida por el Estado, a fin de que órganos especialmente instituidos para ello acogieran y actuaran las pretensiones deducidas por un sujeto frente a otros. La historia de la sustitución de la autodefensa o autotutela por el proceso ha sido, en definitiva, la historia de la sustitución de la ley de la selva por la civilización, la historia del desarrollo social del hombre.²

Este derecho de acceso a la autoridad, órgano o tribunal que tiene competencias jurisdiccionales constituye un derecho de carácter prestacional, el que debe ser configurado por el legislador, aun cuando este último no puede interponer ningún obstáculo a tal derecho esencial sin vulnerar la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos antes aludidos, debiendo siempre respetar el contenido esencial de tal derecho.

El derecho a la jurisdicción o a una tutela judicial efectiva, no es un derecho absoluto ejercitable en todo caso, dicho derecho debe ejercerse dentro del proceso legalmente establecido, cumpliendo los requisitos fijados razonablemente a fin de no limitar o afectar sustancialmente el derecho complementario a la defensa.

El derecho a la jurisdicción o tutela judicial de los derechos impide una perspectiva excesivamente formalista del legislador, la cual *no es admisible a la luz del derecho en análisis, el establecimiento de obstáculos excesivos producto de un formalismo ritualista que no es coherente ni concordante con el derecho a la justicia, las formalidades deben ser sólo aquellas que aparezcan justificadas, legitimadas y proporcionadas conforme a sus finalidades*. Los juicios de razonabilidad y proporcionalidad deben regir y aplicarse en esta materia.

Con tal afirmación no desconocemos que las formas y requisitos procesales cumplen una función importante para la ordenación del proceso, sólo señalamos que no cualquier irregularidad formal puede constituirse en un obstáculo insalvable para la protección jurisdiccional de los derechos. Así los requisitos formales deben interpretarse y aplicarse en forma flexible, atendiendo a su finalidad y procurando que respecto de su incumplimiento

Apelaciones de Concepción, confirmada por Corte Suprema, sentencia Rol núm. 2.525-99, del 3 de agosto de 1999.

² González Pérez, Jesús, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Madrid, Civitas, 1984, p. 20.

no se anuden consecuencias ilegítimas o desproporcionadas respecto al fin de protección de los derechos de las personas.

En tal perspectiva, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha señalado que:

el sistema procesal es un medio para realizar la justicia y... ésta no puede ser sacrificada en aras de meras formalidades. Dentro de ciertos límites de temporalidad y razonabilidad, ciertas omisiones o retrasos en la observancia de los procedimientos, pueden ser dispensados, si se conserva un adecuado equilibrio entre la justicia y la seguridad jurídica.³

El artículo 76 de la Constitución determina que: “La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por ley”.

Asimismo, como lo precisa el texto constitucional, en su artículo 19 núm. 3, inciso 4o.: “Nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que le señale la ley y que se hallare establecido por ésta con anterioridad a la perpetración del hecho”.

La Constitución Política del estado no precisó hasta la reforma de 2005 el *momento* en que debía estar previamente creado el tribunal que conocerá de materia penal. Dicho vacío fue llenado en primer lugar por el artículo 2o. del Código Procesal Penal, el cual determina:

“Nadie puede ser juzgado por comisiones especiales, sino por el Tribunal que le señale la ley y que se hallare establecido por ésta con anterioridad a la perpetración del hecho”.

Luego, la reforma constitucional de 2005 determinó en el artículo 19, núm. 3, inciso 4o., que el tribunal que señale la ley es aquel que haya sido establecido con “anterioridad a la perpetración del hecho”.

De acuerdo con dichas reglas constitucionales quedan prohibidos los tribunales *ad hoc* o comisiones especiales, encargadas de juzgar casos particulares; la misma disposición citada determina que dicho tribunal debe encontrarse establecido por la ley con anterioridad a la perpetración del hecho que será objeto de la decisión jurisdiccional.

El artículo 77 de la carta fundamental, en su inciso primero, a su vez, indica que:

Una ley orgánica constitucional determinará la organización y atribuciones de los tribunales que fueren necesarios para la pronta y cumplida administra-

³ Corte IIDDH, *Caso Bámaca Velásquez*, sentencia del 25 de noviembre de 2000, serie C, núm. 70, párrafo 96.

ción de justicia en todo el territorio de la República. La misma ley señalará las calidades que respectivamente deban tener los jueces y el número de años que deban haber ejercido la profesión de abogado las personas que fueren nombradas Ministros de Corte o jueces letRADOS.

Tales preceptos establecen el derecho al *juez natural* o al “*juez ordinario*”, lo cual exige que el órgano judicial haya sido *creado por la norma legal previamente, que ésta lo haya investido de jurisdicción y de competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial*. Nadie puede ser desviado de la justicia ordinaria, como asimismo, nadie puede ser desviado dentro de la justicia ordinaria del juez natural que conforme a la ley le corresponda objetivamente y que esté determinado previamente.

El Tribunal Constitucional ha reafirmado la garantía constitucional, determinando que:

La garantía evidente de que toda persona sólo pueda ser juzgada por el tribunal que señale la ley y por el juez que lo representa, en los términos que se han referido resulta, así, un elemento fundamental para la seguridad jurídica, pues impide que el juzgamiento destinado a afectar sus derechos y bienes se realice por un tribunal o un juez distinto del órgano permanente, imparcial e independiente a quien el legislador haya confiado previamente esta responsabilidad que se cumple por las personas naturales que actúan en él. La estrecha ligazón entre el principio de legalidad del tribunal y la seguridad jurídica resulta relevante, pues, como ha señalado este Tribunal, “...entre los elementos propios de un Estado de Derecho, se encuentran la seguridad jurídica, la certeza del derecho y la protección de la confianza de quienes desarrollan su actividad con sujeción a sus principios y normas positivas. Esto implica que toda persona ha de poder confiar en que su comportamiento, si se sujeta al derecho vigente, será reconocido por el ordenamiento jurídico, produciéndose todos los efectos legalmente vinculados a los actos realizados.” (Sentencia de 10 de febrero de 1995, Rol N° 207, considerando 67º). En definitiva, y como recuerda el profesor Franck Moderne, la seguridad jurídica, como principio general del derecho público, implica en lo esencial, dos grandes aspectos: “una estabilidad razonable de las situaciones jurídicas y un acceso correcto al derecho”. (Franck Moderne. “Principios generales del Derecho Público”. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, pág. 225) Así, es posible sostener que el respeto a la seguridad jurídica, que supone el cumplimiento estricto del principio de legalidad del tribunal, a través del juzgamiento realizado por el tribunal y por el juez instituidos por la ley, constituye una base fundamental para el pleno imperio del Estado de Derecho.⁴

⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol núm. 499, del 5 de septiembre de 2006, considerando vigésimo segundo.

Un tribunal establecido por una ley, implica asimismo que el legislador también ha establecido su organización, procedimiento e integración. De acuerdo con nuestra carta fundamental, en su artículo 77, es una ley que tiene el carácter de orgánica constitucional la que determina la organización y atribuciones de los “tribunales que fueren necesarios para la pronta y cumplida administración de justicia en todo el territorio de la República”, agregando que: “La misma ley señalará las calidades que respectivamente deben tener los jueces y el números de años que deben haber ejercido la profesión de abogado las personas que fueren nombradas ministros de Corte o jueces letreados”.

Un tribunal es, asimismo, un órgano investido de jurisdicción y competencia, al cual le corresponde decidir acerca de los derechos y obligaciones de las personas o declarar la existencia de unos y otros, sobre la base del derecho vigente y luego de la aplicación de un procedimiento legalmente organizado, toda materia que corresponda a su competencia, adoptando decisiones que obligan a las partes y que no pueden ser alteradas por una autoridad que no sea judicial. El carácter jurisdiccional del órgano es así un criterio necesario para la definición de lo que es un tribunal, como lo precisa también el artículo 76 de la Constitución ya citado.

II. LA INDEPENDENCIA DE LOS TRIBUNALES Y LA IMPARCIALIDAD DE LOS JUECES

La independencia de los tribunales y la imparcialidad de los jueces constituyen un elemento central del concepto mismo de tribunal y de juez, sin los cuales estos no existen conforme al Estado de derecho.

Como dice Morillo: “Independencia e imparcialidad no obstante ser conceptualmente autónomas, se interrelacionan pues la falta de aquella obsta, en los hechos, a la imparcialidad del juicio”.⁵ La independencia e imparcialidad se distinguen porque la primera se conecta con la potestad jurisdiccional, mientras la imparcialidad se predica del ejercicio de la función jurisdiccional, ambas tienen distintos momentos de aplicación, la independencia despliega su eficacia en un momento previo al ejercicio de la función jurisdiccional, mientras que la imparcialidad tiene lugar en el momento procesal, vale decir, en el desarrollo de la función jurisdiccional.⁶

⁵ Morello, Augusto, *El proceso justo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1994, p. 418.

⁶ Jiménez Asencio, Rafael, *Imparcialidad judicial y derecho al juez imparcial*, Navarra, Aranzadi, 2002, p. 70; Gimeno Sendra, V. et al., *Los procesos penales*, Barcelona, Bosch, t. I, p. 472;

Asimismo, al analizar esta materia debemos tener presente las obligaciones jurídicas que implican ser Estado parte de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH).

Es necesario precisar que los derechos y garantías contenidos en el artículo 8o. de la CADH, constituyen un *mínimo exigible* en materia de garantías judiciales a los estados latinoamericanos que son partes de la Convención, siendo deseable que los enunciados constitucionales nacionales superaran dicho piso mínimo.

Los derechos a la jurisdicción y a la independencia judicial, en los términos precisados en la norma convencional interamericana, se constituyen en un deber para los Estados parte de acuerdo con el artículo 1o. de la CADH, ya que ellos “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”, esta norma determina la autoejecutividad de los derechos contenidos en el tratado, sin que para ello se requiera legislación interna, salvo que del propio texto del derecho asegurado en el tratado se contenga un mandato para su desarrollo por el legislador interno.

A su vez, el artículo 2o. de la CADH establece el deber de adoptar “con arreglo a sus procedimientos y las disposiciones de esta convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”. Así los Estados parte tienen el deber de adecuar todo su ordenamiento jurídico, incluida la Constitución, a los deberes contraídos, si aún no lo habían hecho al momento de ratificar la Convención.

La Corte IDH, ha señalado en forma reiterada y uniforme, que las obligaciones antes enunciadas, implican, en síntesis, “el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”,⁷ constituyendo responsabilidad internacional del Estado, “los actos u omisiones de cualquiera de sus órganos o autoridades”.⁸

Picó y Junio, J., *La imparcialidad judicial y sus garantías. La abstención y recusación*, Barcelona, Bosch, 1998, p. 32.

⁷ Corte IDH, Opinión Consultiva núm. 11, párrafo 23. Asimismo, *Caso Vélásquez Rodríguez*, sentencia del 29 de julio de 1988, serie C, núm. 4, párrafo 166; *Caso Godínez Cruz*, sentencia del 20 de enero de 1989, serie C, núm. 5, párrafo 175.

⁸ Véase CIDH, *Caso La última tentación de Cristo*, sentencia del 5 de febrero de 2001, serie C, núm. 73, párrafo 72, que señala: “La responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de

Es necesario precisar también que los Estados latinoamericanos han reconocido la función que la CADH encomienda a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de “promover la observancia y la defensa de los derechos humanos” conforme a las competencias que le son otorgadas por el artículo 41 y siguientes de la CADH; asimismo, se ha reconocido *jurisdicción vinculante y obligatoria a la Corte Interamericana de Derechos Humanos* de acuerdo con el capítulo VIII de la Convención, cuyas sentencias constituyen obligaciones de resultado para el Estado chileno,⁹ que pueden obligar incluso a modificar la Constitución nacional.¹⁰ La jurisdicción de la Corte IDH constituye una jurisdicción coadyuvante o complementaria de la jurisdicción interna.

Es necesario precisar que, en materia de derechos fundamentales, debe aplicarse siempre el postulado o principio *pro homine o favor persona* en su *vertiente interpretativa y normativa*, en la primera de ellas obliga jurídicamente a aplicar aquel enunciado normativo de los derechos fundamentales de acuerdo a la fuente que mejor proteja y garantice los derechos, como lo dispone el artículo 29 de la CADH, literal b, ya sea de fuente interna o de fuente internacional.¹¹

Por último, en forma breve, debemos indicar que el deber de cumplir con las obligaciones emanadas de la CADH y con las recomendaciones y sentencias de sus órganos de interpretación y aplicación, se fundamenta en el principio y regla de *ius cogens* positivada en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, artículos 26 y 31.1, de cumplir las obligaciones de buena fe (*Pacta Sunt Servanda y Bonna Fide*), asimismo, como con la norma del

su jerarquía, que violen la Convención Americana. Es decir, todo acto u omisión, imputable al Estado, en violación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, compromete la responsabilidad internacional de Estado”, *Revista Ius et Praxis*, año 7, núm. 1, pp. 585-648.

⁹ El artículo 68 de la CADH dispone: “1. Los Estados partes de esta Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes. 2. La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de las sentencias contra el Estado”.

¹⁰ Véase sentencia *Caso La última tentación de Cristo*, la cual decidió que el Estado chileno “debe modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa... y debe rendir cuenta a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dentro de un plazo de seis meses a partir de la notificación de la presente sentencia, un informe sobre las medidas tomadas a este respecto”.

¹¹ El artículo 29 de la Convención establece: “Normas de interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: b) Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados”.

artículo 27 que prescribe que el Estado parte no puede poner obstáculos de derecho interno al cumplimiento de sus obligaciones internacionales, normas que sin dejar de ser derecho internacional, constituyen derecho interno por su debida incorporación al ordenamiento nacional, en la forma determinada por la Constitución, siendo de aplicación preferente a las normas de derecho interno que entren en conflicto con ellas, especialmente en el ámbito de los derechos humanos, donde el objeto y fin del tratado es la defensa de la dignidad y los derechos fundamentales y no los intereses contingentes de los Estados, regla que asume directamente el texto constitucional chileno, luego de su reforma constitucional de 2005, en el artículo 54 núm. 1, inciso 5o.

Asimismo, como la Corte IDH constituye el órgano con competencia para determinar la interpretación auténtica y final aplicación de los derechos humanos asegurados por el *corpus iuris* interamericano, conforme determina el artículo 62.3 de la CADH. Por ello, los órganos estatales y los tribunales nacionales tienen el deber de seguir sus pautas interpretativas y aplicativas, lo que evita poner en juego la responsabilidad internacional del Estado por vulneración de derechos humanos, como asimismo otorga seguridad jurídica y estabilidad a las decisiones jurisdiccionales.

En tal sentido, en el análisis de la independencia de los tribunales y la imparcialidad de los jueces, tendremos en consideración la jurisprudencia emanada de la Corte IDH.

1. *La garantía de la independencia de los tribunales*

A. *Consideraciones básicas sobre independencia judicial*

La separación de funciones, propia de un Estado constitucional democrático, exige la manifestación constitucional de un reconocimiento de autonomía recíproca entre los diversos órganos estatales, lo que se manifiesta en una autonomía orgánica y funcional, la que se manifiesta en un estatuto jurídico constitucional y su complementación por ley, el que busca garantizar la independencia e imparcialidad de los jueces, los cuales deben encontrarse libres de injerencias de los otros poderes estatales, desarrollando su función jurisdiccional, lo que constituye la vertiente funcional de la separación de funciones y la distribución del poder estatal.

La independencia del tribunal constituye una traducción institucional del principio de separación de los poderes, expresando el conjunto de condiciones y consecuencias que se impone a sí mismo un Estado constitucional

democrático para garantizar al órgano jurisdiccional frente a todo tipo de presiones, sea que ellas emanen de otros órganos o autoridades del Estado o de cualquier grupo de interés privado o público.

La Corte IDH ha determinado en su jurisprudencia la estrecha vinculación del principio de separación de los poderes públicos con la independencia judicial:

...El Tribunal ha dicho que uno de los objetivos principales que tiene la separación de los poderes públicos es la garantía de la independencia de los jueces. Dicho ejercicio autónomo debe ser garantizado por el Estado tanto en su faceta institucional, esto es, en relación con el Poder Judicial como sistema, así como también en conexión con su vertiente individual, es decir, con relación a la persona del juez específico. El objetivo de la protección radica en evitar que el sistema judicial en general y sus integrantes en particular se vean sometidos a posibles restricciones indebidas en el ejercicio de su función por parte de órganos ajenos al Poder Judicial o incluso por parte de aquellos magistrados que ejercen funciones de revisión o apelación. Adicionalmente, el Estado está en el deber de garantizar una apariencia de independencia de la magistratura que inspire legitimidad y confianza suficiente no sólo al justiciable, sino a los ciudadanos en una sociedad democrática.¹²

La Corte IDH, en la misma sentencia, agrega: “El principio de independencia judicial... debe ser respetado en todas las áreas del procedimiento y ante todas las instancias procesales en que se decide sobre los derechos de la persona... Su alcance debe garantizarse inclusive, en situaciones especiales, como lo es el estado de excepción”.¹³

En efecto, si se busca proteger los derechos e intereses legítimos de las personas contra las actuaciones de terceros, incluido el Estado, es obvio que el órgano jurisdiccional protector de los derechos debe ser *independiente en el ejercicio de la función* de los órganos políticos, especialmente del gobierno. Asimismo, debe ser independiente del poder económico, grupos de presión y de personas. La independencia del Poder Judicial es un elemento básico del Estado de derecho y del constitucionalismo democrático representativo, el cual se estructura sobre la base de la distribución del poder estatal en órganos diferenciados que desarrollan funciones específicas. *La falta de independencia funcional de los tribunales de justicia afecta y vulnera el derecho a un tribunal independiente que exige el bloque de constitucionalidad de los derechos fundamentales.*

¹² Sentencia de la Corte IDH, *Caso Reverón Trujillo*, párrafo 67.

¹³ *Ibidem*, párrafo 68.

Este principio de independencia judicial constituye una categoría funcional que significa ausencia de subordinación jurídica al gobierno y al Congreso o Parlamento en el ejercicio de la función jurisdiccional, como asimismo, la consiguiente imparcialidad de los jueces como terceros ajenos a las partes que resuelven y pacifican el conflicto jurídico sometido a su consideración, el cual está sometido sólo al derecho, otorgando seguridad jurídica y previsibilidad al ordenamiento jurídico.

La independencia que se predica del Poder Judicial lo es en su dimensión de ejercicio de la función jurisdiccional teniendo como fin hacer respetar el derecho emanado del Estado constitucional democrático y pacificando los conflictos a través de sus sentencias motivadas, congruentes y sujetas a las fuentes del derecho vigentes, en los supuestos y en las condiciones que el propio ordenamiento jurídico establece. Esta independencia con este fin y a través de los medios arbitrados por el sistema jurídico, justifica, asimismo, *el establecimiento de responsabilidades* cuando la finalidad no se cumple adecuadamente o se exceden los procedimientos agenciados para ello, todo órgano es responsable por el ejercicio de sus funciones, ningún órgano ni autoridad está exenta de la respectiva responsabilidad configurada en el Estado constitucional democrático.

Asimismo, todos los órganos y autoridades están sometidos a la legítima crítica ciudadana, que se puede manifestar respecto de las resoluciones judiciales, como ocurre asimismo respecto de las decisiones de los otros órganos estatales, el recurso de la crítica ciudadana es un poderoso control que establece el Estado constitucional a favor del pueblo respecto de sus representantes, el cual, muchas veces es más eficaz que las posibles responsabilidades jurídicas en la tarea de supervisión y control de la labor de jueces y magistrados.

Independencia judicial y crítica ciudadana son elementos que integran y deben convivir equilibradamente en un Estado constitucional democrático dentro de determinados límites, lo que exige a la judicatura desembarrazarse de conductas arrogantes y realizar una adecuada y necesaria tarea de acercamiento a la opinión pública.

Es en este contexto que es necesario reflexionar sobre el necesario e imprescindible desarrollo de la *garantía de la independencia judicial*, sin la cual se hace ilusoria la libertad, los derechos fundamentales de las personas y pierden sentido las garantías jurisdiccionales de ellos, las que se transforman en elementos manipulables formalmente sin eficacia y sin cumplir los fines para los cuales fueron instituidos, como asimismo, se afecta centralmente la vigencia efectiva del propio Estado constitucional democrático, en la medida que se afecta radicalmente la seguridad y previsibilidad jurídica y

política, como el mantenimiento de la paz social, condición necesaria del desarrollo de la sociedad en sus diversas dimensiones: política, social, cultural y económica.

La independencia judicial tiene tres manifestaciones: la *dimensión institucional*, la *dimensión organizativa* y la *dimensión individual*, las cuales se encuentran interrelacionadas. La *independencia institucional* es independencia externa frente a los otros órganos estatales, lo mismo ocurre con la *independencia organizacional* ya que está ordenada al afianzamiento de la independencia institucional. Por su parte, la *independencia individual* es aquella que corresponde al órgano judicial en su aspecto funcional y profesional, la que tiene una *vertiente externa* y una *interna*, esta tiene especial importancia en la magistratura del modelo burocrático donde la carrera judicial se acompaña de una cierta jerarquización institucional, lo que favorece la instauración de influencias y relaciones de poder interno. Por tanto, deben examinarse en cada caso concreto tanto los riesgos para la independencia judicial provenientes del exterior como del interior del propio Poder Judicial.

La independencia es una condición indispensable de los tribunales que operan dentro de un Estado de derecho, reconociéndose la especialidad y autonomía con que deben ejercer la función jurisdiccional, sometidos solamente al imperio del derecho vigente.

Así, la independencia del tribunal requiere independencia funcional efectiva, garantías normativas orgánicas, integridad, idoneidad y transparencia, además de adecuada formación jurídica de los magistrados que les permita resolver sin otra sumisión que al imperio del derecho y la propia conciencia iluminada por principios éticos.

La Corte IDH ha señalado la necesidad de *garantizar la independencia de los jueces*, siguiendo los criterios de la Corte Europea de Derechos Humanos ha determinado que ello: “Supone que se cuente con un adecuado proceso de nombramiento, con una duración establecida en el cargo y con una garantía contra presiones externas”.¹⁴

En el caso *Chocrón Chocrón contra Venezuela*¹⁵ la Corte IDH sintetiza su jurisprudencia sobre independencia judicial, ya desarrollada en los casos *Apitz Barbera y otros vs. Venezuela* y *Reverón Trujillo vs. Venezuela*:

97. Al respecto, la jurisprudencia de la Corte ha señalado que el alcance de las garantías judiciales y de la protección judicial efectiva para los jueces debe

¹⁴ Corte IDH, *Caso del Tribunal Constitucional*, sentencia del 31 de enero de 2001, párrafo 75.

¹⁵ Corte IDH, *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 1 de julio de 2011, serie c, núm. 227, párrafos 97 y ss.

ser analizado en relación con los estándares sobre independencia judicial. Al respecto, en el caso Reverón Trujillo la Corte precisó que los jueces, a diferencia de los demás funcionarios públicos, cuentan con garantías debido a la independencia necesaria del Poder Judicial, lo cual la Corte ha entendido como “esencial para el ejercicio de la función judicial”. Al respecto, el Tribunal reiteró que uno de los objetivos principales que tiene la separación de los poderes públicos es la garantía de la independencia de los jueces. El objetivo de la protección radica en evitar que el sistema judicial en general y sus integrantes en particular se vean sometidos a posibles restricciones indebidas en el ejercicio de su función por parte de órganos ajenos al Poder Judicial o incluso por parte de aquellos magistrados que ejercen funciones de revisión o apelación.

La inamovilidad de los jueces es una garantía tanto externa frente a los otros órganos políticos del Estado, como una garantía interna frente a eventuales destituciones, suspensiones o traslados fuera de las causales taxativamente señaladas por la Constitución y las leyes dictadas en conformidad con ella.

La independencia interna supone que cada tribunal y juez goza de autonomía en el ámbito de su jurisdicción y competencia para emitir sus resoluciones judiciales con respecto a las de otras instancias jurisdiccionales, aun cuando sus sentencias pueden ser revisadas a través de diversos recursos.

Debemos tener presente que el Poder Judicial está integrado por tribunales de diversas categorías, en diversas instancias, lo que no implica superioridad, cada tribunal ejerce su ámbito de competencia jurisdiccional sólo ajustado a lo que entiende e interpreta que determina el derecho, con autonomía e independencia, sin ser objeto de instrucciones. Cada juez sólo está al servicio de la justicia y tiene como parámetro de control el derecho vigente y su razonamiento jurídico se vierte en la sentencia motivada, congruente y de acuerdo con las fuentes del derecho vigentes.

La desvinculación de las funciones de carácter jurisdiccional y de gobierno del Poder Judicial consideramos que apunta a una potencialización de la eficacia y eficiencia de ambas funciones y robustece la independencia externa e interna del Poder Judicial, mejorando el sistema de nombramientos, disciplina, planificación, gestión y administración. Esta diferenciación de tareas posibilita eliminar un excesivo corporativismo radicado en la Corte Suprema de Justicia y un verticalismo de prerrogativas ajenas a la función jurisdiccional.

La principal independencia e imparcialidad del juez está principalmente dada por el estatus jurídico que le otorga el ordenamiento jurídico y que lo protege de influencias, instrucciones o presiones, tanto externas como

internas. La independencia judicial está constituida por la ausencia de toda subordinación jurídica del juez en el ámbito del ejercicio jurisdiccional de su competencia.

Sin lugar a dudas también hay elementos que condicionan la independencia del juez desde el punto de vista social, como son un *nivel adecuado y justo de remuneraciones*, lo que es indispensable para evitar los fenómenos de corrupción. En algunos países se establece incluso la imposibilidad de disminuir las remuneraciones en su valor real de los jueces. Asimismo, el contar con *infraestructura y servicios adecuados*, es otro elemento que incide en la autonomía e independencia, como asimismo en la eficiencia y eficacia de la labor judicial. Todos estos aspectos están relacionados con recursos, *lo que incide en el tema presupuestario*.

La integración de los jueces en una organización llamada Poder Judicial no afecta en nada el ejercicio de la jurisdicción y competencia encomendada a cada uno de los tribunales y jueces en exclusividad, sino que ordena las diferentes modalidades de recursos que contempla el sistema, además de establecer un estatuto jurídico común para todos los jueces y tribunales que integran institucionalmente un sistema orgánico y administrativo que estructura el principio de unidad de jurisdicción. De esta institucionalidad se excluyen sólo los tribunales que la propia Constitución señala.

Todo el sistema institucional y organizativo del Poder Judicial debe estar al servicio de la función jurisdiccional que ejerce cada juez y tribunal con el objetivo de dar eficacia al derecho, el sistema en su conjunto debe proteger el ejercicio de la facultad de conocer, resolver y hacer ejecutar lo juzgado, todo ello sin interferencias, temores o presiones, en las mejores condiciones posibles, con el máximo de eficiencia y calidad. Esto es lo que debe preservar centralmente la independencia judicial. El sometimiento al derecho y su correcta y justa interpretación y aplicación constituye tanto el fundamento como la limitación de la independencia judicial.

Dicha independencia de tribunales y jueces está asegurada por la Constitución, la CADH, en su artículo 8o., y el PIDCyP de Naciones Unidas, en su artículo 14, determinan derechos que deben ser asegurados a toda persona.

En efecto, la disposición básica de la Constitución en la materia se encuentra en el artículo 76, inciso 1o.:

La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley. Ni el Presidente de la República ni el Congreso Nacional pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes,

revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fencidos.

Dicha regla viene reforzada por la disposición contenida en el artículo 12 del Código Orgánico de Tribunales que señala: “El Poder Judicial es independiente de toda otra autoridad en el ejercicio de sus funciones”. Si nos detenemos un momento en la disposición constitucional citada, puede señalarse que el texto constitucional determina una prohibición absoluta de los órganos Ejecutivo y Legislativo para involucrarse en la función jurisdiccional exclusiva de los tribunales de justicia, al prohibírseles ejercer funciones judiciales propias de los tribunales civiles y criminales, conceptos que engloban otros ámbitos jurisdiccionales ordinarios específicos. La prohibición se refiere también a “avocarse causas pendientes, conociendo de procesos judiciales en curso y que son de competencia de los respectivos tribunales determinados por la ley. Ni el presidente de la República ni el Congreso Nacional o sus ramas pueden revisar el fundamento o contenido de las resoluciones judiciales, lo que implica que ellas no pueden ser modificadas ni alteradas de ninguna forma por dichos órganos estatales. Finalmente, el presidente de la República y el Congreso Nacional tienen prohibido hacer revivir procesos fencidos, vale decir, alterar la sentencia judicial dictada por el tribunal competente que goza de imperio y tiene valor de cosa juzgada.

Debe tenerse presente en esta materia, que el Código Civil, en su artículo 9o., inciso 2, determina que las leyes que “se limitan a declarar el sentido de otras leyes, se entenderán incorporadas en éstas; pero no afectarán de manera alguna los efectos de las sentencias judiciales ejecutoriadas en el tiempo intermedio”, lo que imposibilita a una ley interpretativa de otra ley, que pretende fijar el sentido y alcance de la primera, pueda afectar las resoluciones o sentencias ejecutoriadas y que gozan de valor de cosa juzgada en el tiempo intermedio posterior a la ley interpretada y anterior a la ley interpretativa del precepto legal anterior.

La independencia judicial busca proteger los derechos e intereses legítimos de las personas contra las actuaciones de terceros, incluido el Estado, es obvio que el órgano jurisdiccional protector de los derechos debe ser *independiente en el ejercicio de la función* de los órganos políticos, especialmente del gobierno. Asimismo, debe ser independiente del poder económico, grupos de presión y de personas. La independencia del Poder Judicial es un elemento básico del Estado de derecho y del constitucionalismo democrático representativo, el cual se estructura sobre la base de la distribución del poder estatal en órganos diferenciados que desarrollan funciones específicas, uno de cuyos elementos estructurales es la independencia del Poder Judicial.

El artículo 8o., párrafo primero, de la CADH se refiere a la independencia de los tribunales, determinando:

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.

La Corte IDH ha precisado el sentido y alcance de dicho artículo 8.1, señalando que:

146. El artículo 8.1 reconoce que “[t]oda persona tiene derecho a ser oída... por un juez o tribunal... independiente”. Los términos en que está redactado este artículo indican que el sujeto del derecho es el justiciable, la persona situada frente al juez que resolverá la causa que se le ha sometido. De ese derecho surgen dos obligaciones. La primera del juez y la segunda del Estado. El juez tiene el deber de ser independiente, deber que cumple cuando juzga únicamente conforme a —y movido por— el Derecho. Por su parte, el Estado tiene el deber de respetar y garantizar, conforme al artículo 1.1 de la Convención, el derecho a ser juzgado por un juez independiente. El deber de respeto consiste en la obligación negativa de las autoridades públicas de abstenerse de realizar injerencias indebidas en el Poder Judicial o en sus integrantes, es decir, con relación a la persona del juez específico. El deber de garantía consiste en prevenir dichas injerencias e investigar y sancionar a quienes las cometan. Además, el deber de prevención consiste en la adopción, conforme al artículo 2 de la Convención, de un apropiado marco normativo que asegure un adecuado proceso de nombramiento, la inamovilidad de los jueces y las demás condiciones ya analizadas en el Capítulo VI de la presente Sentencia.¹⁶

Esta independencia y autonomía que se garantiza en el ejercicio de la función jurisdiccional, tienen por finalidad eliminar las interferencias, presiones o revisiones de las resoluciones judiciales por parte de otros órganos del Estado, como el gobierno o el Congreso Nacional, los cuales no pueden modificar ni dejar de cumplir las resoluciones judiciales, ni abocarse el conocimiento de los asuntos entregados a la competencia de los tribunales ni revivir procesos terminados.

En esta perspectiva, el Tribunal Constitucional chileno, ya en la sentencia Rol núm. 53, del 5 de abril de 1988, determinó:

¹⁶ Corte IDH, *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 30 de junio de 2009, serie C, núm. 197, párrafos 146-148.

H) La independencia e imparcialidad no sólo son componentes de todo proceso justo y racional, sino que, además, son elementos consustanciales al concepto mismo de juez.

Este Tribunal está de acuerdo en que todo juzgamiento debe emanar de un órgano objetivamente imparcial, elementos esenciales del debido proceso que consagra toda la doctrina procesal contemporánea. Es más, a juicio de este Tribunal, la independencia e imparcialidad del juez no sólo son componentes de todo proceso justo y racional, sino que, además son elementos consustanciales al concepto mismo de tal.

En el mismo sentido se ha pronunciado también el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en su Observación General núm. 32,¹⁷ párrafo 20: “El requisito de la competencia, independencia e imparcialidad de un tribunal en el sentido del párrafo 1 del artículo 14 es un derecho absoluto que no puede ser objeto de excepción alguna...”.

La Corte IDH, ya en el caso del *caso Tribunal Constitucional vs. Perú*,¹⁸ había acogido lo dicho por la Corte Europea de Derechos Humanos en el *caso Campbell and Fell v. the United Kingdom*,¹⁹ cuyo fallo representa una consolidación de su jurisprudencia con respecto a la independencia del Poder Judicial. En éste la Corte Europea sostuvo que:

Para determinar si un órgano puede ser considerado “independiente” —especialmente respecto del ejecutivo y de las partes del caso...— la Corte ha considerado la forma de nombramiento de sus miembros y la duración en sus cargos... la existencia de garantías contra presiones externas... y si el órgano presenta una apariencia de independencia (*Campbell and Fell*, párrafo 78).

La Corte IDH determinó que la independencia judicial es un atributo básico del debido proceso y debe ser siempre garantizada, incluso bajo estados de excepción constitucional:

68. El principio de independencia judicial constituye uno de los pilares básicos de las garantías del debido proceso, motivo por el cual debe ser respetado en todas las áreas del procedimiento y ante todas las instancias procesales en que se decide sobre los derechos de la persona. La Corte ha considerado que

¹⁷ Comité de Derechos Humanos, Observación General núm. 32, artículo 14: El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia, CCPR/C/GC/32, 23 de agosto de 2007, párrafo 20.

¹⁸ *Caso Tribunal Constitucional v. Perú*, sentencia del 31 de enero de 2001, serie C, núm. 71, párrafos 72 y 75

¹⁹ *Case Campbell and Fell v. the United Kingdom*, judgment of 28 June 1984, párrafo 78.

el principio de independencia judicial resulta indispensable para la protección de los derechos fundamentales, por lo que su alcance debe garantizarse inclusive, en situaciones especiales, como lo es el estado de excepción.²⁰

La Corte IDH, en el *caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*, sistematizó los elementos correspondientes a la independencia judicial en tres garantías, señalando:

70. Conforme a la jurisprudencia de esta Corte y de la Corte Europea, así como de conformidad con los Principios básicos de las Naciones Unidas relativos a la independencia de la judicatura (en adelante “Principios Básicos”), las siguientes garantías se derivan de la independencia judicial: un adecuado proceso de nombramiento, la inamovilidad en el cargo y la garantía contra presiones externas.

i) adecuado proceso de nombramiento

71. Los Principios Básicos destacan como elementos preponderantes en materia de nombramiento de jueces la integridad, idoneidad y formación o calificaciones jurídicas apropiadas. Del mismo modo, las Recomendaciones del Consejo de Europa evocan un criterio marco de utilidad en este análisis al disponer que todas las decisiones relacionadas con la carrera profesional de los jueces deben estar basadas en criterios objetivos, siendo el mérito personal del juez, su calificación, integridad, capacidad y eficiencia los elementos preponderantes a considerar. Esta Corte ha destacado con anterioridad que los diferentes sistemas políticos han ideado procedimientos estrictos tanto para el nombramiento de jueces como para su destitución.

72. El Comité de Derechos Humanos ha señalado que si el acceso a la administración pública se basa en los méritos y en la igualdad de oportunidades, y si se asegura la estabilidad en el cargo, se garantiza la libertad de toda injerencia o presión política. En similar sentido, la Corte destaca que todo proceso de nombramiento debe tener como función no sólo la escogencia según los méritos y calidades del aspirante, sino el aseguramiento de la igualdad de oportunidades en el acceso al Poder Judicial. En consecuencia, se debe seleccionar a los jueces exclusivamente por el mérito personal y su capacidad profesional, a través de mecanismos objetivos de selección y permanencia que tengan en cuenta la singularidad y especificidad de las funciones que se van a desempeñar.

73. Los procedimientos de nombramiento tampoco pueden involucrar privilegios o ventajas irrazonables. La igualdad de oportunidades se garantiza a través de una libre concurrencia, de tal forma que todos los ciudadanos que acrediten los requisitos determinados en la ley deben poder participar en los

²⁰ CIDH. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 30 de junio de 2009, serie C, núm. 197, párrafos 67-68.

procesos de selección sin ser objeto de tratos desiguales arbitrarios. Todos los aspirantes deben concurrir en igualdad de condiciones aún respecto de quienes ocupan los cargos en provisionalidad, los que por tal condición no pueden ser tratados con privilegios o ventajas, así como tampoco con desventajas, en relación con el cargo que ocupan y al cual aspiran. En suma, se debe otorgar oportunidad abierta e igualitaria a través del señalamiento ampliamente público, claro y transparente de los requisitos exigidos para el desempeño del cargo. Por tanto, no son admisibles las restricciones que impidan o dificulten a quien no hace parte de la administración o de alguna entidad, es decir, a la persona particular que no ha accedido al servicio, llegar a él con base en sus méritos.

74. Finalmente, cuando los Estados establezcan procedimientos para el nombramiento de sus jueces, debe tenerse en cuenta que no cualquier procedimiento satisface las condiciones que exige la Convención para la implementación adecuada de un verdadero régimen independiente. Si no se respetan parámetros básicos de objetividad y razonabilidad, resultaría posible diseñar un régimen que permita un alto grado de discrecionalidad en la selección del personal judicial de carrera, en virtud de lo cual las personas escogidas no serían, necesariamente, las más idóneas.

a. inamovilidad

75. Los Principios Básicos establecen que “[l]a ley garantizará la permanencia en el cargo de los jueces por los períodos establecidos” y que “[s]e garantizará la inamovilidad de los jueces, tanto de los nombrados mediante decisión administrativa como de los elegidos, hasta que cumplan la edad para la jubilación forzosa o expire el período para el que hayan sido nombrados o elegidos, cuando existan normas al respecto”.

76. Por otra parte, los Principios Básicos también establecen que “[e]l sistema de ascenso de los jueces, cuando exista, se basará en factores objetivos, especialmente en la capacidad profesional, la integridad y la experiencia”.

76. Finalmente, los Principios Básicos establecen que los jueces “sólo podrán ser suspendidos o separados de sus cargos por incapacidad o comportamiento que los inhabilita para seguir desempeñando sus funciones” y que “[t]odo procedimiento para la adopción de medidas disciplinarias, la suspensión o la separación del cargo se resolverá de acuerdo con las normas establecidas de comportamiento judicial”. De manera similar, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que los jueces sólo pueden ser removidos por faltas de disciplina graves o incompetencia y acorde a procedimientos justos que aseguren la objetividad e imparcialidad según la constitución o la ley. Además, el Comité ha expresado que “[l]a destitución de jueces por el [P]oder [E]jecutivo antes de la expiración del mandato para el que fueron nombrados, sin que se les dé ninguna razón concreta y sin que dispongan de una protección judicial efectiva para impugnar la destitución, es incompatible con la independencia judicial”.

77. Este Tribunal ha acogido estos principios y ha afirmado que la autoridad a cargo del proceso de destitución de un juez debe conducirse independiente e imparcialmente en el procedimiento establecido para el efecto y permitir el ejercicio del derecho de defensa. Ello es así toda vez que la libre remoción de jueces fomenta la duda objetiva del observador sobre la posibilidad efectiva de aquellos de decidir controversias concretas sin temor a represalias.

78. De todo esto se puede concluir que la inamovilidad es una garantía de la independencia judicial que a su vez está compuesta por las siguientes garantías: permanencia en el cargo, un proceso de ascensos adecuado y no despido injustificado o libre remoción. Quiere decir esto que si el Estado incumple una de estas garantías, afecta la inamovilidad y, por tanto, no está cumpliendo con su obligación de garantizar la independencia judicial.

ii) garantía contra presiones externas

79. Los Principios Básicos disponen que los jueces resolverán los asuntos que conozcan “basándose en los hechos y en consonancia con el derecho, sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualesquiera sectores o por cualquier motivo”. Asimismo, dichos principios establecen que la judicatura “tendrá autoridad exclusiva para decidir si una cuestión que le haya sido sometida está dentro de la competencia que le haya atribuido la ley” y que “[n]o se efectuarán intromisiones indebidas o injustificadas en el proceso judicial”.²¹

Por otra parte, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en su Observación General núm. 32,²² en su párrafo 20, señala:

...Los Estados deben adoptar medidas concretas que garanticen la independencia del poder judicial, y proteger a los jueces de toda forma de influencia política en la adopción de decisiones por medio de la Constitución o la aprobación de leyes que establezcan procedimientos claros y criterios objetivos para el nombramiento, la remuneración, el mandato, la promoción, la suspensión y la destitución, y las sanciones disciplinarias en relación con los miembros de la judicatura... Es necesario proteger a los jueces contra los conflictos de intereses y la intimidación. Para salvaguardar su independencia, la ley deberá garantizar la condición jurídica de los jueces, incluida su permanencia en el cargo por los períodos establecidos, su independencia y su seguridad, así

²¹ Corte IDH, *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*, sentencia del 30 de junio de 2009, serie C, núm. 197, párrafos 70-79.

²² Comité de Derechos Humanos, Observación General núm. 32, artículo 14: El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia, CCPR/C/GC/32, 23 de agosto de 2007, pár. 20.

como una remuneración, condiciones de servicio, pensiones y una edad de jubilación adecuadas.

La Corte IDH ha insistido en su jurisprudencia que la provisionalidad de los cargos judiciales debe ser siempre en casos excepcionales:

107. Ahora bien, dado que no se puede igualar un concurso público de oposición a una revisión de credenciales ni se puede aseverar que la estabilidad que acompaña a un cargo permanente es igual a la que acompaña a un cargo provvisorio que tiene condición resolutoria, esta Corte ha sostenido que los nombramientos provisionales deben constituir una situación de excepción y no la regla, ya que la extensión en el tiempo de la provisionalidad de los jueces o el hecho de que la mayoría de los jueces se encuentren en dicha situación, generan importantes obstáculos para la independencia judicial. De otra parte, el Tribunal ha precisado que para que el Poder Judicial cumpla con la función de garantizar la mayor idoneidad de sus integrantes, los nombramientos en provisionalidad no pueden prolongarse de manera indefinida, de tal forma que se conviertan en nombramientos permanentes. Ello es una nueva razón que explica que la provisionalidad sea admisible como excepción y no como regla general y que deba tener una duración limitada en el tiempo, en orden a ser compatible con el derecho de acceso a las funciones públicas en condiciones de igualdad.²³

Asimismo, es necesario determinar que la independencia judicial también se vincula y armoniza con el derecho de acceder a los cargos públicos en condiciones de igualdad y no discriminación, lo que vincula el artículo 8o. con el artículo 23.1.c) de la CADH:

135. Al respecto, la Corte resalta que en los casos Apitz Barbera y otros, y Reverón Trujillo, este Tribunal precisó que el artículo 23.1.c no establece el derecho a acceder a un cargo público, sino a hacerlo en “condiciones generales de igualdad”. Esto quiere decir que el respeto y garantía de este derecho se cumplen cuando “los criterios y procedimientos para el nombramiento, ascenso, suspensión y destitución [sean] razonables y objetivos” y que “las personas no sean objeto de discriminación” en el ejercicio de este derecho. Asimismo, el Comité de Derechos Humanos ha interpretado que la garantía de protección abarca tanto el acceso como la permanencia en condiciones de igualdad y no discriminación respecto a los procedimientos de suspensión y destitución. En este sentido, el Tribunal ha señalado que el acceso en con-

²³ Corte IDH, *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 1o. de julio de 2011, serie C, núm. 227, párrafos 107.

diciones de igualdad constituiría una garantía insuficiente si no está acompañado por la protección efectiva de la permanencia en aquello a lo que se accede, más aún si se tiene en cuenta la estabilidad como componente de la independencia judicial. Además, la igualdad de oportunidades en el acceso y la estabilidad en el cargo garantizan la libertad frente a toda injerencia o presión política.²⁴

En síntesis, la independencia orgánica está destinada a garantizar la independencia funcional de los tribunales en la administración de justicia. Las garantías orgánicas y funcionales de independencia de los tribunales de justicia contribuyen también a garantizar la imparcialidad de los tribunales y jueces, en tal sentido concordamos con la Corte Europea de Derechos Humanos, la que ha determinado que la independencia del tribunal es una condición previa a su imparcialidad.²⁵

B. *La imparcialidad de los jueces*

Por otra parte, los magistrados deben ser *imparciales*, lo que implica ser un tercero neutral y desinteresado entre partes, permaneciendo ajeno a los intereses de ellas como al mismo objeto litigioso, examinando y resolviendo el conflicto ínter subjetivo solamente sometido al ordenamiento jurídico como criterio de juicio.

Heyde ha escrito adecuadamente que “corresponde a la naturaleza de la actividad judicial ser ejercida por tercero imparcial objetiva y personalmente independiente... la neutralidad judicial es presupuesto para la objetividad de la jurisdicción y, en concreto, un rasgo esencial de toda actividad judicial”.²⁶

El juez debe contar con una adecuada formación jurídica, con capacidad de análisis crítico y conciencia ética, lo que requiere preparación y actualización constante, capacidad de someter los hechos y la normativa al indispensable parámetro de los valores y principios básicos del ordenamiento constitucional y los supraconstitucionales de la dignidad humana y los derechos humanos. Un juez debe estar comprometido con la sociedad de que forma parte, pero que toma distancia de las presiones e intereses de las

²⁴ Corte IDH, *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 1o. de julio de 2011, serie C, núm. 227, párrafo 135.

²⁵ Berger, V., *Jurisprudence de la Cour EDH*, 8a. ed., París, Sirey, 2002. Véase caso *Campbell et Fell, c./ Reino Unido*, A. 80.

²⁶ Heyde, W., “La jurisdicción”, en Benda *et al.*, *Manual de derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 1996, p. 803.

personas y de los grupos, buscando ajustarse a la verdad y a la justicia con coraje, sabiduría y prudencia.

Lo anterior no implica desconocer que en toda decisión judicial hay un margen de interpretación, lo que el juez realiza desde sus opciones valorativas. Las resoluciones judiciales no son operaciones lógico-formales de carácter neutro, ellas están condicionadas por las orientaciones valóricas que pone en aplicación aquel que las dicta, por lo que representan un punto de vista dentro de los posibles. El razonamiento jurídico y la correcta aplicación de las fuentes del derecho son elementos que constituyen límites a este espacio de discrecionalidad judicial, lo que se explica en la motivación de la sentencia.

El juez está llamado a dirigir el proceso y a dirimir el conflicto jurídico. Durante el proceso al juez se le exige neutralidad, vale decir, equidistancia entre las partes, evitando pre-juzgamiento, presiones o adulaciones. En el resultado del proceso al juez se le exige imparcialidad, *compromiso con la verdad* de los hechos y corrección de la decisión adoptada conforme al derecho vigente (motivación, congruencia y aplicación correcta de las fuentes del derecho).

La imparcialidad implica que el juez aborde el proceso sin prejuicios, lo que implica que se abstraiga de los elementos extraños a la causa que falsean la balanza de la justicia, sea que estos se encuentren presentes antes de que se abra el análisis del proceso o durante el debate del mismo en forma prematura.

Asimismo, debe distinguirse el *pre-juicio* del *pre-juzgamiento*, en este último caso, son las causas endógenas vinculadas al funcionamiento mismo de la justicia las que afectan la imparcialidad del juez. El proceso se inscribe necesariamente en el tiempo y el mismo juez puede conocer del mismo asunto en diferentes etapas de su desarrollo, siendo las condiciones de intervención del juez que hacen temer que éste se haya forjado ya una opinión sobre el fondo del asunto que debe ser resuelto.

La imparcialidad del juez requiere que éste aborde una causa sin opinión preconcebida, consistente no en demandar al juez que carezca de opiniones personales, sino encontrarse en disposición de ser convencido por un hecho, por un argumento o una interpretación jurídica que una parte puede proponerle. Esta perspectiva intelectual de imparcialidad obliga al juez a emprender el camino de la duda metódica. La parcialidad del juez, el partido tomado por éste en una causa, puede ser la consecuencia de una opinión expresada, desfavorable para una de las partes en el proceso o de una opinión supuesta, encontrándonos con el riesgo de colusión vinculado

a la composición del tribunal, que es lo que se encuentra en este caso en cuestión.²⁷

Todo justiciable tiene derecho a un juez imparcial desde una perspectiva subjetiva, imparcialidad personal del juez o actitud de imparcialidad del juez, siendo esta última la condición misma de la confianza que los tribunales deben asegurar a los justiciables en un Estado constitucional democrático, con especial fuerza en el ámbito del derecho penal. La imparcialidad del juez se presume, quien alega que ella no existe debe probarla, para ello existen las causales de recusación de los jueces. Cuando la opinión expresaada del magistrado constituye una verdadera toma de posición sobre el resultado del proceso sobre el cual debe resolver se constituye una causal de parcialidad y de recusación.

Una causa de parcialidad puede ser un vínculo objetivo de un magistrado con una de las partes o el hecho de que uno o más magistrados del tribunal o del jurado integren una misma corporación o asociación con una de las partes, existiendo una comunidad de intereses entre el juez y dicha parte.

El pre-juicio y el pre-juzgamiento son así la manifestación de una opinión constituida antes del término del debate, prueba y argumentación en una causa, teniendo presente que el prejuicio se forma fuera del análisis de la causa, mientras que pre-juzgamiento implica un conocimiento y toma anticipada de posición del juez, donde está en causa su acción y no su opinión.

La Corte Suprema de Justicia, en su Sala Penal, ha analizado los alcances de la imparcialidad del juez o tribunal, señalando que:

...por la imparcialidad del tribunal, se comprenden tres garantías individuales de que gozan las personas de cara a la organización judicial del Estado, a saber: el derecho al juez independiente, imparcial y natural, referidos principalmente a que los asuntos criminales deben ser conocidos por los tribunales establecidos por la ley con anterioridad a la perpetración del hecho punible, sin que otro poder del mismo Estado pueda avocarse a esa función, y a la forma de posicionarse el juez frente al conflicto, de modo que no medie compromiso con los litigantes o el asunto, desde que en todo proceso penal aparece comprometido el interés público de la comunidad en el esclarecimiento de los sucesos y el castigo de los delitos, como también la absolución del inocente; ese interés debe ser tutelado exclusivamente por el Ministerio Público como órgano establecido por el Estado precisamente con ese propósito, que incluye, por cierto, la exclusiva y excluyente promoción de la acción penal y la carga de probar la culpabilidad del incriminado, al mismo tiempo que el tribunal

²⁷ Milano, Laure, 2006, *Le droit à un tribunal au sens de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, París, Dalloz, p. 426.

debe actuar con neutralidad y objetividad, que no puede conducirlo a abandonar su posición equidistante de las partes y desinteresada en el objeto de la causa.²⁸

La Corte IDH, a su vez, se ha referido a la *imparcialidad de los jueces* en diversas sentencias, entre ellas, *caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*; *caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú*; *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*; *caso Palamara Iribarne vs. Chile*; *caso Almonacid Arellano vs. Chile*; *caso Usón Ramírez vs. Venezuela*.

Así, siguiendo a la Corte Europea de Derechos Humanos,²⁹ la Corte IDH ha sostenido que la imparcialidad tiene aspectos tanto subjetivos como objetivos, a saber:

Primero, el tribunal debe carecer, de una manera subjetiva, de prejuicio personal.

Segundo, también debe ser imparcial desde el punto de vista objetivo, es decir, debe ofrecer garantías suficientes para que no haya duda legítima al respecto. Bajo el análisis objetivo, se debe determinar si, aparte del comportamiento personal de los jueces, hay hechos averiguables que podrán suscitar dudas sobre su imparcialidad. En este sentido, hasta las apariencias podrán tener cierta importancia. Lo que está en juego es la confianza que deben inspirar los tribunales a los ciudadanos en una sociedad democrática, y sobre todo, en las partes del caso.³⁰

En la misma perspectiva, la Corte IDH ha afirmado que: “La imparcialidad del tribunal implica que sus integrantes no tengan un interés directo, una posición tomada, una preferencia por alguna de las partes y que no se encuentren involucrados en la controversia”.³¹

La misma Corte IDH ha agregado que:

El juez o tribunal debe separarse de una causa sometida a su conocimiento cuando exista algún motivo o duda que vaya en desmedro de la integridad del tribunal como un órgano imparcial. En aras de salvaguardar la administración de justicia se debe asegurar que el juez se encuentre libre de todo

²⁸ Sentencia de la Excma. Corte Suprema, Sala Penal, ROL núm. 1369-10, del 18 de mayo de 2010, considerando 21.

²⁹ Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso Piersack c. Bélgica*, sentencia del 10. de octubre de 1982

³⁰ Corte IDH, *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, sentencia del 2 de julio de 2004, serie C, núm. 107, párrafo 170.

³¹ Corte IDH, *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*, sentencia del 22 de noviembre de 2005, serie C, núm. 135, párrafo 146.

prejuicio y que no exista temor alguno que ponga en duda el ejercicio de las funciones jurisdiccionales.³²

La Corte IDH ha resumido la imparcialidad de los jueces, determinando que:

117. ...La imparcialidad del tribunal implica que sus integrantes no tengan un interés directo, una posición tomada, una preferencia por alguna de las partes y que no se encuentren involucrados en la controversia. La imparcialidad personal o subjetiva se presume a menos que exista prueba en contrario. Por su parte, la denominada prueba objetiva consiste en determinar si el juez cuestionado brindó elementos convincentes que permitan eliminar temores legítimos o fundadas sospechas de parcialidad sobre su persona.

118. Consecuentemente, esta Corte ha señalado anteriormente que un juez debe separarse de una causa sometida a su conocimiento cuando exista algún motivo o duda que vaya en desmedro de la integridad del tribunal como un órgano imparcial. En aras de salvaguardar la administración de justicia se debe asegurar que el juez se encuentre libre de todo prejuicio y que no exista temor alguno que ponga en duda el ejercicio de las funciones jurisdiccionales.³³

Sin perjuicio de considerar los aspectos subjetivos, los elementos determinantes de la imparcialidad estarán dados en determinar si las apresiones de la persona afectada pueden ser objetivamente comprobadas o justificadas.

A su vez, se encuentra afectada la *imparcialidad de los jueces*, cuando éstos no tienen únicamente en consideración los hechos en consonancia con el derecho, sin restricciones o alicientes, sin influencias, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualquier sector y por cualquier motivo. Los jueces deben ser personas íntegras, idóneas y con calificación jurídica apropiada, todo lo cual debe garantizarse con un método de selección adecuado, en el cual no se establezcan diferencias arbitrarias o discriminaciones por motivo de raza, sexo, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o condición. Asimismo, debe garantizarse su inamovilidad hasta la edad de retiro o cumplimiento del periodo para el que hayan sido nombrados o elegidos de acuerdo con los preceptos legales respectivos.

³² Corte IDH, *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*, sentencia del 22 de noviembre de 2005, serie C, núm. 135, párrafo 147.

³³ Corte IDH, *Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 20 de noviembre de 2009, serie C, núm. 207.

El derecho a un juez imparcial comprende como uno de sus contenidos el *derecho a hacer efectivas las causales de implicancia y a recusar a los jueces cuando concurren las causales tipificadas* en el ordenamiento jurídico que determinan su falta de idoneidad o imparcialidad. Así una eventual irregularidad en la integración del tribunal por un juez no idóneo o imparcial puede llegar a constituir una infracción al derecho de un juez ordinario predeterminado por la ley e imparcial.

III. ALGUNOS ESTÁNDARES INTERAMERICANOS SOBRE JUSTICIA MILITAR

En el contexto latinoamericano, la Corte IDH y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos han planteado reparos a la justicia militar desde la perspectiva de la exigencia de un tribunal independiente y jueces imparciales.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que:

La justicia militar cuya organización se sostiene en torno a oficiales en servicio activo que dependen de una cadena de mando jerárquico, que carecen de inamovilidad, y en algunos casos, por razones profesionales, de formación jurídica apropiada exigible a un juez, sólo puede justificarse por la naturaleza excepcional de las situaciones en que deben intervenir. Una jurisdicción amplia de estos tribunales más allá del ámbito específico de la materia militar, en tiempos de paz, constituye una extralimitación de sus fines y un menoscabo del derecho a un tribunal objetivo e imparcial (Informe Chile, 1985).

La Corte IDH en el *caso “Castillo Petrucci y otros” contra el Estado del Perú*, ha precisado que:

Los tribunales militares que han juzgado a las supuestas víctimas por los delitos de traición a la patria no satisfacen los requerimientos inherentes a las garantías de independencia e imparcialidad establecidas por el artículo 8.1 de la Convención Americana, como elementos esenciales del debido proceso legal”, determinando la nulidad de una sentencia del Tribunal Supremo Militar, *por violentar el derecho al juez natural (independiente e imparcial) y vulnerar las garantías del debido proceso* contenidas en el artículo 8o. de la CADH.³⁴

³⁴ CIDH, *Caso Castillo Petrucci y otros*, sentencia del 30 de mayo de 1999, serie C, núm. 52, párrafo 132; Nogueira Alcalá, Humberto, “Tres sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con implicancias para Chile”, *Revista Ius et Praxis*, Chile, año 7, núm. 1, 2001, pp. 691-695.

La Corte IDH, en el *caso Palamara*, termina señalando que “cuando 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, encuéntrase íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia. El juzgamiento de civiles corresponde a la justicia ordinaria”.³⁵

La Corte IDH en el *caso “Palamara Iribarne vs. Chile”* ha precisado 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 con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. Por ello, sólo se debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar.³⁶

La Corte IDH ha agregado en el mismo fallo que:

Las normas penales militares deben establecer claramente y sin ambigüedad quiénes son militares, únicos sujetos activos de los delitos militares, cuáles son las conductas delictivas típicas en el especial ámbito militar, deben determinar la antijuridicidad de la conducta ilícita a través de la descripción de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos militares gravemente atacados, que justifique el ejercicio del poder punitivo militar y especificar la correspondiente sanción.³⁷

Luego de tales aseveraciones, la Corte IDH, después de analizar la normativa del Código de Justicia Militar chileno, a la época, determina que ésta se encuentra desorbitada y no se ajusta a los principios jurídicos de un Estado constitucional democrático:

La Corte estima que en las normas que definen la jurisdicción penal militar en Chile no se limita el conocimiento de los tribunales militares a los delitos que por la naturaleza de los bienes jurídicos penales castrenses protegidos son estrictamente militares y constituyen conductas graves cometidas por militares

³⁵ CIDH, *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*, sentencia del 22 de noviembre de 2005, serie C, núm. 135, párrafo 143.

³⁶ CIDH, *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*, sentencia del 22 de noviembre de 2005, serie C, núm. 135, párrafo 124; véase, también, *caso Castillo Petrucci y otros*, sentencia del 30 de mayo de 1999, serie C, núm. 52, párrafo 129.

³⁷ CIDH, *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*, sentencia del 22 de noviembre de 2005, serie C, núm. 135, párrafo 126.

que atentan contra dichos bienes jurídicos. El Tribunal destaca que esos delitos sólo pueden ser cometidos por los miembros de las instituciones castrenses en ocasión de las particulares funciones de defensa y seguridad exterior de un Estado. La jurisdicción penal militar de 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, ésta debe ser mínima y encontrarse inspirada en los principios y garantías que rigen el derecho penal moderno.³⁸

En el caso específico sometido a su jurisdicción, la Corte Interamericana determina:

El tribunal ha señalado que la aplicación de la justicia militar debe estar estrictamente reservada a militares en servicio activo, al observar en un caso que “al tiempo en que se abrió y desarrolló el proceso [en su contra], [la víctima tenía] el carácter de militar en retiro, y por ello no podía ser juzgada por los tribunales militares”. Chile, como Estado democrático, debe respetar el alcance restrictivo y excepcional que tiene la jurisdicción militar y excluir del ámbito de dicha jurisdicción el juzgamiento de civiles.³⁹

La Corte IDH reiteró en el *caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, que: “Cuando 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”.⁴⁰

La Corte IDH llega así a la conclusión que el ordenamiento jurídico chileno en materia de justicia militar vulnera el derecho del artículo 8.1 de la CADH, debiendo el Estado adecuar su ordenamiento jurídico al cumplimiento mínimo exigido en materia de derechos humanos por la Convención:

La Corte concluye que el Estado violó el artículo 8.1 de la Convención, en perjuicio del señor Palamara Iribarne, por haber sido juzgado por tribunales que no tenían competencia para hacerlo, y ha incumplido la obligación general de respetar y garantizar los derechos y libertades dispuesta en el artículo 1.1 de la Convención. Asimismo, al contemplar en su ordenamiento jurídico interno normas contrarias al derecho a ser juzgado por un juez competente

³⁸ CIDH, *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*, sentencia del 22 de noviembre de 2005, serie C, núm. 135, párrafo 132.

³⁹ *Ibidem*, párrafo 139.

⁴⁰ CIDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia del 26 de septiembre de 2006, párrafo 131.

protegido por el artículo 8.1 de la Convención, aún vigentes, Chile ha incumplido la obligación general de adoptar disposiciones de derecho interno que emana del artículo 2 de la Convención.⁴¹

La Corte IDH, en el *caso Almonacid Arellano vs. Chile*, concluye, por segunda vez, que el Estado de Chile, a través de las resoluciones judiciales dictadas por la Corte Suprema que resolvió la contienda de competencia a favor del Juzgado Militar de Santiago y los pronunciamientos del Juzgado Militar y de la Corte Marcial, “violó el artículo 8.1 de la Convención Americana, en conjunto con el artículo 1.1 de la misma, por otorgar competencia a la jurisdicción militar para que conozca del presente caso, ya que esta no cumple con los estándares de competencia, independencia e imparcialidad anteriormente expuestos”.⁴²

El Estado chileno ha dado cumplimiento a las sentencias emanadas de la Corte IDH en los casos *Palamara Iribarne* y *Almonacid Arellano*, cumpliendo con parte de las reparaciones planteadas en las sentencias, en aquellos aspectos estrictamente de carácter jurisdiccional, indemnizaciones y actos simbólicos, como también se ha modificado parcialmente el Código de Justicia Militar; sin embargo, aún quedan aspectos adecuatorios a los estándares mínimos exigidos en la materia para cumplir con una justicia militar que sólo ejerce jurisdicción en delitos de función, cometidos por militares en servicio activo y los jueces que integran dichos tribunales respondan al estándar de jueces independientes e imparciales, materia en la cual el Ministerio de Defensa está trabajando un proyecto de ley sobre la materia.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

El derecho a la jurisdicción es el medio indispensable en una sociedad civilizada para superar la autotutela por la heterotutela entregada a funcionarios estatales que bajo el imperio del derecho pacifican los conflictos y otorgan seguridad jurídica de sus derechos a las personas, lo que exige acciones y recursos jurisdiccionales adecuados, eficaces y sin dilaciones indebidas.

La independencia judicial es la garantía básica de un Estado constitucional democrático para la administración de justicia, encargada a un Poder Judicial, integrado por jueces naturales predeterminados por la ley, que son

⁴¹ CIDH, *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*, sentencia del 22 de noviembre de 2005, serie C, núm. 135, párrafo 144.

⁴² CIDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia del 26 de septiembre de 2006, párrafo 133.

letrados que desarrollan su función jurisdiccional como terceros imparciales, con adecuados procedimientos de nombramiento, inamovilidad y garantía contra presiones externas e internas, que interpretando y aplicando el derecho pacifican el conflicto, conforme con el ordenamiento jurídico vigente, con pleno respeto por los derechos fundamentales, mediante un debido proceso y a través de sentencias motivadas, congruentes y conforme a las fuentes del derecho vigente.

La jurisdicción militar debe ajustarse a los estándares mínimos exigidos por el sistema interamericano de protección de derechos, como asimismo debe ajustarse a los estándares de tribunales independientes y jueces imparciales que sólo conocen de delitos de función militar y juzgan a militares en servicio activo.

LA PRIMERA SENTENCIA DE AMPARO EN MÉXICO (UN ANTECEDENTE DE HISTORIA CONSTITUCIONAL)

José F. PALOMINO MANCHEGO*

SUMARIO: I. *Antecedentes, etapas y situación actual del juicio de amparo.*
II. *Ánalisis de la sentencia.* III. *A modo de conclusión.* IV. *Apéndice.*

I. ANTECEDENTES, ETAPAS Y SITUACIÓN ACTUAL DEL JUICIO DE AMPARO

No cabe duda que sobre el “castizo, evocador y legendario” juicio de amparo mexicano, tildado de esa manera por Felipe Tena Ramírez (1905-1994), se han escrito ríos de tinta desde el siglo XIX hasta nuestros días, estudiándose así profusamente a la “máxima institución procesal” habida en México, como lo ha reconocido Héctor Fix-Zamudio. En esta oportunidad daremos cuenta de la primera sentencia de amparo —casi todos los autores coinciden en este hecho significativo— que fue pronunciada el 13 de agosto de 1848 por el Juzgado del Distrito del Estado (reconocido como tal por la Constitución de 1824) de San Luis Potosí, importante centro minero de la etapa virreinal, fundado en 1576. Años atrás, de 1841 a 1847, el estado había sufrido diversas incursiones de indios bárbaros; además, en su territorio se llevaron a cabo varias revoluciones. Para nuestros propósitos, es útil dar cuenta de estos hechos episódicos.

Empero, nuevas pesquisas realizadas en el Archivo General de la Nación demuestran que el primer amparo —¿supuestos de amparo?— lo suscitó ante la Suprema Corte el periodista y editor de *El Monitor Republicano*, Vicente García Torres en 1847, ante la orden de aprehensión expedida por

* Magister con mención en ciencias penales y doctor en derecho y ciencia política por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, decano (*e*) y director académico de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

el general en jefe del Ejército de Oriente, Antonio López de Santa Anna (1794-1876), quien había vulnerado así la libertad de imprenta¹ en una etapa muy convulsionada debido a la invasión de Estados Unidos.

Sin embargo, no resulta ocioso recordar las tres etapas sucesivas por las que ha pasado el juicio de amparo,² como institución de vanguardia, para poder ubicar mejor a la primera sentencia dentro del contexto histórico del siglo XIX:

- a) El juicio de amparo surgió con este nombre en el artículo 8o. de la Constitución del Estado de Yucatán (entidad federativa) sancionada el 31 de marzo de 1841, como instrumento procesal para proteger a los gobernados (ciudadanos) frente a los actos y leyes de las autoridades. La carta yucateca tuvo su origen en el proyecto suscrito el 23 de diciembre de 1840 por los diputados Manuel Crescencio Rejón (1799-1849), Pedro C. Pérez y Darío Escalante, acentuándose el influjo del primero de los nombrados, a quien se ha considerado con razón como el “padre o mentor principal del amparo”.
- b) En el ámbito nacional, el juicio de amparo fue fincado en el artículo 25 del Acta Constitutiva de Reformas de 18 de mayo de 1847, discutida por el Congreso en corto tiempo (del 5 de abril al 14 de mayo),³ que tomó como fuente de inspiración el artículo 19 del proyecto⁴ —voto particular— redactado por el jurista y orador político jalisciense Mariano Otero (1817-1850), *a fuer*, segundo padre del juicio de amparo. Nace así la fórmula doctrinaria conocida con el nombre

¹ Para mayor detalle, véase González Oropeza, Manuel, *Los orígenes del control jurisdiccional de la Constitución y de los derechos humanos*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2003, pp. 233-279. El autor menciona además otros antecedentes apoyado en fuentes históricas.

² Entre otros, véase Soberanes Fernández, José Luis, “Antecedentes del amparo en México”, *Ius et Praxis*, Lima, núm. 14, 1989, pp. 61-82. Más de pronto, Soberanes Fernández, José Luis y Martínez Martínez, Faustino José, *Apuntes para la historia del Juicio de Amparo*, México, Porrúa, 2010.

³ Para un estudio pormenorizado del Acta de Reforma que se publicó el 28 de mayo de 1847 en el *Diario del Gobierno*, véase el libro *La reforma del Estado federal*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998. Antecede estudio introductorio y compilación a cargo de Manuel González Oropeza.

⁴ Reza literalmente el artículo 19: “Los tribunales de la Federación ampararán á cualquier habitante de la República en el ejercicio y conservación de los derechos que 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 á impartir su protección en el caso particular sobre que verse el proceso, sin hacer ninguna declaración general respecto de ley ó del acto que lo motivare”.

de “fórmula Otero”, cuyo propósito es señalar los efectos particulares —en tanto afecte los derechos del solicitante— del fallo del amparo, en el supuesto en que se impugnara la constitucionalidad de una ley. El carácter casi sacramental de la “fórmula Otero”, como advierte Fix-Zamudio, se reitera posteriormente en el artículo 102 de la carta federal de 1857, y en el artículo 107, fracción II, de la Constitución de 1917. Y, producto de los debates constituyentes de 1856-1857, el modelo original del juicio de amparo se plasma, en definitiva, en los artículos 101 y 102 de la carta federal promulgada el 5 de febrero de 1857, la que fue calificada por Daniel Cosío Villegas como “una marca señalada de la historia patria”.⁵

De manera paralela, luego de haberse dado en orden cronológico el Proyecto de Ley Constitucional de Garantías Individuales del 29 de enero de 1849, el Proyecto de Ley de Amparo del 3 de febrero de 1849 y el Proyecto de Ley Reglamentaria del artículo 25 del Acta de Reformas de febrero de 1852, el 30 de noviembre de 1861 se expidió la primera Ley de Amparo,⁶ con lo cual se reglamentaron, como lo sugirió Mariano Otero, los artículos 101 y 102 antes citados, percibiéndose en su redacción una combinación del procedimiento civil tradicional, y el intento de captar el espíritu de la revisión judicial norteamericana (*judicial review of legislation*). A ella le han seguido la Ley Orgánica de Amparo del 20 de enero de 1869, la Ley Orgánica de Amparo del 14 de diciembre de 1882, el Código de Procedimientos Federales de 6 de octubre de 1897, el Código Federal de Procedimientos Civiles del 26 de diciembre de 1908, la Ley Reglamentaria de los artículos 103 y 104 de la Constitución Federal del 18 de octubre de 1919 y la Ley de Amparo del 10 de enero de 1936, con las reformas correspondientes.⁷

En la actualidad, luego de haberse llevado a cabo un arduo debate sobre el Proyecto de la Nueva Ley de Amparo del 10. de marzo de 2001, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución federal del 5 de

⁵ Cf. Cosío Villegas, Daniel, *La Constitución de 1857 y sus críticos*, 2a. ed., México, Secretaría de Educación Pública, 1973, p. 9. Hay 4a. ed. por el Fondo de Cultura Económica, México, 1998, antecede prólogo de Andrés Lira.

⁶ Para tal fin, véase Barragán Barragán, José, *Primera Ley de Amparo de 1861*, México, UNAM, 1980. Recuerda el autor (pp. 27-34), como antecedente, el Proyecto de Ley de Amparo de 1857 del diputado Domingo María Pérez Fernández, presentado en la sesión del día 16 de noviembre de 1857, poco menos que ignorado por la doctrina.

⁷ Para una visión histórica, incluyendo las reformas hasta la fecha en que se publicó, véase Rojas, Isidro y García, Francisco Pascual, *El amparo y sus reformas*, México, Tipografía de la Compañía Editorial Católica, 1907.

febrero de 1917, elaborado por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y antecedido por una prolífica Exposición de Motivos, entre otros proyectos, como, por ejemplo, el Proyecto de Nueva Ley de Amparo de 2000, surgido a raíz de la Comisión de Análisis de Propuestas para una Nueva Ley de Amparo, creada a finales de 1999, se publicó en el *Diario Oficial* el 2 de abril de 2013 la Nueva Ley de Amparo, entrando en vigencia al día siguiente. Para tal efecto, los juicios de amparo iniciados con anterioridad seguirán tramitándose de conformidad a las disposiciones anteriores, salvo lo referido al sobreseimiento por inactividad procesal, caducidad de la instancia, cumplimiento y ejecución que se les aplicarán las disposiciones de la Nueva Ley de Amparo, tal como reza el artículo tercero transitorio.⁸

Paralelamente, se reformaron otros dispositivos legales que guardan estrecha relación con la institución del amparo, en efecto, en el mismo Decreto Legislativo publicado el 2 de abril se reformó la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos y la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

A propósito, conviene recordar que las fuentes foráneas (influencia externa) para dar nacimiento al juicio de amparo fueron:

- a) La Constitución Federal de Estados Unidos de 1787 (artículo VI), el *Habeas Corpus* angloamericano y la *Judicial Review*.
- b) La influencia española en tanto que la voz “amparo” proviene de antecedentes castellanos —los amparramientos en las Partidas de Alfonso “El Sabio” (1221-1284)— y aragoneses —los procesos forales, en especial el de manifestación de personas, sin olvidar al Justicia Mayor del Reino de Aragón⁹—, en especial de los fueros (recuérdese que México antes de su independencia pertenecía al Virreinato —era virreinal— de la Nueva España).¹⁰

⁸ Entre otros, véase Corzo Sosa, Edgar, *Nueva Ley de Amparo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Sánchez Gil, Rubén, *El nuevo juicio de amparo. Guía de la reforma constitucional y la Nueva Ley de Amparo*, 7a. ed., México, Porrúa, 2014. Antecede Prólogo de Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.

⁹ Por todos, véase Fairén Guillén, Víctor, *Antecedentes aragoneses de los juicios de amparo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1971.

¹⁰ Como antecedentes, véase el libro esclarecedor de Lira González, Andrés, *El amparo colonial y el juicio de amparo mexicano (Antecedentes novohispanos del Juicio de Amparo)*, prólogo de Alfonso Noriega Cantú, México, Fondo de Cultura Económica, 1972.

- c) El influjo francés a través de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (las Constituciones mexicanas, desde sus inicios emplean el término “garantías individuales”), y del Senado Conservador de la Constitución francesa del año VIII (encargado de pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de los actos que le fueran sometidos por el Tribunal o por el gobierno, según las ideas de Emmanuel Joseph Sieyès —1748-1836—,¹¹ verdadero ideólogo de la Revolución francesa) a través del denominado Supremo Poder Conservador introducido en las leyes constitucionales mexicanas de 1836, y además algunos elementos de la casación francesa. A lo anteriormente expuesto, añádase la obra clásica de Alexis de Tocqueville (1805-1859) intitulada *De la democracia en América*,¹² libro de cabecera —publicado en París en 1835, y al año siguiente, 1836, traducido al español— no sólo para los políticos mexicanos, tales como Manuel Crescencio García Rejón y Alcalá y Mariano Otero, sino también para los hombres que forjaron la independencia en Hispanoamérica luchando contra el dominio español.

Por otro lado, resulta preciso señalar que en las actuales circunstancias el juicio de amparo (verdadera y auténtica federación de instrumentos procesales, en palabras de Fix-Zamudio, o también, instrumento procesal de múltiples rostros), catalogado como la institución más prestigiada del derecho mexicano, cumple en dicho país las siguientes funciones protecciónistas y polivalentes, a diferencia de otros instrumentos procesales que operan en los diversos ordenamientos constitucionales de Iberoamérica:¹³

- a) La tutela de la libertad y de la integridad personales (amparo-libertad) de acuerdo con los lineamientos del hábeas corpus angloamericano (tal como se presentó en la primera sentencia materia de análisis: el destierro).

¹¹ Al respecto, véase Pantoja Morán, David (comp.), *Escritos políticos de Sieyès*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993. Y más de pronto, del mismo autor, *Escritos y discursos de la Revolución*, trad. de Ramón Maíz, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2007.

¹² Y, como complemento, es básico consultar a Alexis de Tocqueville, *Discursos y escritos políticos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005. Edición, Estudio Preliminar y Traducción del francés de Antonio Hermosa Andújar.

¹³ A efectos meramente descriptivos, Adolfo Posada —para quien el régimen constitucional mexicano es de tipo predominantemente escrito y formalista, codificado, rígido, de carácter expreso y deductivo— denominó al Juicio de Amparo “complemento muy importante” del régimen jurídico de la personalidad. Cfr. Posada, Adolfo, *Instituciones de los pueblos hispano-americanos*, Madrid, Hijos de Reus, 1900, p. 106.

- b) Como medio de impugnación de las disposiciones legales que se estiman contrarias a la Constitución federal, mediante el denominado “amparo contra leyes”.
- c) Permite también el ataque a la ilegalidad de las resoluciones judiciales tanto de carácter federal como locales, de forma similar al recurso de casación, de ahí que se le ha calificado como “amparo-casación”.
- d) Se emplea como un medio para combatir resoluciones o actos de autoridades administrativas federales y locales, cuando las controversias respectivas no pueden plantearse ante tribunales administrativos o judiciales ordinarios, y como tal es considerado como un “proceso contencioso-administrativo”.
- e) Protege los derechos individuales y colectivos de los campesinos sujetos al régimen de la reforma agraria, de ahí que se le haya calificado como “amparo social agrario”.¹⁴

Tales rasgos definitorios le han dado al juicio de amparo mexicano una presencia activa, y sobre todo, protección efectiva y seguridad a los justicia-

¹⁴ Tal como lo ha precisado Héctor Fix-Zamudio en sus diversos estudios. Entre otros, véase “Breve introducción al juicio de amparo” en su libro del cual hemos tomado valiosos datos *Ensayos sobre el derecho de amparo*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, 1999, pp. 90 y 91. En el caso peruano, el Amparo se introdujo en nuestro ordenamiento jurídico a través del Decreto Ley núm. 20554, dado en el gobierno *de facto* del general Juan Velasco Alvarado (1910-1977): Artículo 1.- Si un propietario estimare que no ha incurrido en causal de afectación o de declaración de abandono, podrá interponer recurso de *Amparo* ante el Tribunal Agrario dentro del término de quince días computados a partir de la notificación del correspondiente Decreto Supremo de expropiación o de extinción de dominio, exponiendo los fundamentos de hecho y de derecho, sin cuyo requisito será denegado. La interposición del recurso será puesta en conocimiento del Poder Ejecutivo por intermedio de la Dirección General de Reforma Agraria y Asentamiento Rural, dentro de dos días recibida. Mientras se resuelva el recurso de *Amparo*, no se interpondrá la demanda de expropiación de las tierras afectadas. Los Decretos Supremos que no sean impugnados dentro del término señalado, causarán ejecutoria. Artículo 2.- La Dirección General de Reforma Agraria y Asentamiento Rural expondrá lo conveniente a nombre del Poder Ejecutivo, remitido al Tribunal Agrario el expediente administrativo original dentro del término de cinco días durante el cual las partes podrán solicitar se las cite para informar oralmente a la visita de la causa lo que deberá realizarse dentro de los ocho días siguientes sin permitir aplazamiento. El Tribunal pronunciará resolución dentro de los seis días siguientes. Si fuera denegado el recurso, la Dirección General de Reforma Agraria y asentamiento Rural interpondrá la demanda de expropiación ante el Juez de Tierras competente. Artículo. 3.- En caso que el propietario o conductor del predio después de interpuesto el recurso de *Amparo* dejare de pagar los salarios a los trabajadores durante dos semanas consecutivas, la Dirección General de Reforma Agraria y Asentamiento Rural pondrá el hecho en conocimiento del Tribunal Agrario, quien lo considerará como causal de denegatoria del *Amparo*.

bles.¹⁵ De ahí que se diga que ha sido parte de la conciencia de la nación mexicana, siendo su función tuitiva fuente de inspiración, con efectos extraordinarios, para las Constituciones en el derecho comparado, donde ya se habla de un “amparo iberoamericano”, tal como se acaba de reafirmar en una reciente publicación.¹⁶

II. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA

Dadas las circunstancias de la época, no se puede decir que estamos frente a una verdadera sentencia constitucional: estimativa o desestimativa, es decir, la decisión de un colegiado de jueces que pone término a un proceso; sin embargo, constituye un esfuerzo para demostrar que la judicatura federal mexicana a mediados del siglo XIX estaba concientizada —así lo demuestra su labor interpretativa— con tan importante instituto procesal: el juicio de amparo.

El fondo del asunto era la orden de destierro, que debía dejarse sin efecto a través del juicio de amparo. Se trata, desde luego, de un amparo-libertad, por cuanto el destierro, que consiste en expulsar a una persona de un lugar o territorio determinado, donde no podrá residir de manera temporal o permanente, se frena con el hábeas corpus. En el siglo XIX el destierro, como sucedió en México, todavía tenía un signo de naturaleza política. El derecho romano reconocía dos instituciones que actuaban como penas limitativas de la libertad de domicilio: *a) la relegatio* (exilio extraordinario) y *b) la deportatio in insulam*,¹⁷ y en la actualidad el derecho penal le ha dado otro tipo de características: el confinamiento y la expatriación forzosa.

En lo que atañe a la sentencia *sub examine*, Ferrer Mac-Gregor sostiene con acierto que posee los elementos que caracterizan el juicio de amparo: 1) quejoso o agraviado: Manuel Verástegui; 2) acto reclamado (acto lesivo): la orden de destierro violatoria de garantías (entiéndase derechos) individuales; 3) fundamento del amparo: el artículo 25 del Acta Constitutiva y

¹⁵ Véase Linares Quintana, Segundo V., *Acción de amparo (estudio comparado con el juicio de amparo de México y el mandato de seguridad de Brasil)*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1960, p. 39.

¹⁶ Nos estamos refiriendo al colectivo, de superlativa importancia, coordinado por Fix-Zamudio, Héctor y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *El derecho de amparo en el mundo*, México, UNAM- Porrúa-Konrad-Adenauer-Stiftung, 2006.

¹⁷ Véase, entre otros, Torres Aguilar, Manuel, “La pena de exilio: sus orígenes en el Derecho Romano”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, Madrid, t. LXIII-LXIV, 1993-1994, pp. 739-751.

de Reformas; 4) autoridad responsable (agresor): el gobernador del estado; 5) otorgamiento del amparo: declarar la protección solicitada teniendo como efectos el no destierro sin previo juicio de autoridad competente; 6) informe justificado: el alegato del gobernador del estado, en el sentido de que no había sido reglamentado el modo y términos que disponía el artículo 25 del Acta Constitutiva y de Reformas; 7) notificación de la sentencia: al quejoso, expidiéndole copia testimoniada si la pidiere, y al supremo gobierno del Estado para el debido cumplimiento (ejecución) del fallo; 8) apercibimiento por incumplimiento: uso de los recursos que la ley señala para hacer cumplir lo ordenado.¹⁸

En línea con las anteriores consideraciones, si bien el objeto de estudio es la sentencia, lo cierto es que no se han conocido las otras piezas del expediente, tales como:

- a) El texto de la demanda de amparo de Manuel Verástegui.
- b) El informe o “comunicación” que dirigió al Juzgado de Distrito el gobernador del estado, Julián de los Reyes.
- c) El texto del “dictamen” que rindió el asesor; tampoco se conoce el nombre del asesor, presumiendo que sea un abogado competente para conocer los efectos y alcances del artículo 25 del Acta Constitutiva y de Reformas,¹⁹ en el cual se basó para hacer el razonamiento.
- d) Si la sentencia de amparo parece firmada por Pedro Zámano, resulta que en las numerosas referencias que se tienen de dicho personaje, antes y después de la sentencia, su apellido aparece escrito como Sámano.

¹⁸ Cfr. el excelente libro de Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *La acción constitucional de amparo en México y España*, 3a. ed., México, Porrúa, 2002, p. 84. Antecede prólogo de Héctor Fix-Zamudio. Incluye, además, la sentencia bajo comentario en las pp. 83-84. También véase, entre otros, Arellano García, Carlos, *El juicio de amparo*, 2a. ed., México, Porrúa, 1983, pp. 120-122.

¹⁹ El Acta Constitutiva y de Reformas a la Constitución Federal de 1824 fue sancionada por el Congreso Extraordinario Constituyente de los Estados Unidos Mexicanos el 18 de mayo de 1847, jurada y promulgada el 21 del mismo año. El famoso artículo 25, sin desmerecer por su contenido a los artículos 5o., 22, 23 y 24, apuntaba lo siguiente: “Los Tribunales de la Federación ampararán a cualquiera habitante de la República en el ejercicio y conservación de los derechos que 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 [de la Federación] a impartir su protección en el caso particular sobre que verse el proceso, sin hacer ninguna declaración general respecto de la ley ó del acto que lo motivare”. Al respecto, véase Tena Ramírez, Felipe, *Leyes fundamentales de México (1808-1999)*, 22a. ed., México, Porrúa, 1999, p. 475.

- e) Se ignora quién era el juez titular del Juzgado de Distrito cuando se dictó la sentencia de amparo suscrita por “Pedro Zámano, primer suplente del Juzgado de Distrito en actual ejercicio por ausencia del propietario”.
- f) Por cuanto Manuel de Arriola, seguramente secretario del Juzgado de Distrito —aun cuando no se dice que lo fuera— en 1844, cinco años antes de la sentencia, fue uno de los que suscribieron el acta de instalación de la “Sociedad Patriótica Potosina”, y que fue “Escríbano Público Nacional” desde 1843 hasta 1857.
- g) De otro lado, Pedro Sámano fue aspirante al gobierno del estado en la elección de 1848, y su contrincante fue Julián de los Reyes, empero, resultó entonces electo Ramón Adame.
- h) Manuel Verástegui, principal autor y director de “La Revolución de la Sierra Gorda”, tenía celebrado un compromiso con Eleuterio Quiroz para invadir el estado de San Luis Potosí hasta llegar a su capital, y colocar en el gobierno a Ramón Adame o a Pedro Sámano.

Así, en suma, las circunstancias antes descritas demuestran de manera clara la amistad íntima y los estrechos intereses en política que tuvieron entre sí Pedro Sámano y Manuel Verástegui, muy poco antes de que este último solicitara la protección de la justicia federal, amparo que le tocó fallar a Pedro Sámano, reciente rival en política del gobernador Julián de los Reyes.²⁰

III. A MODO DE CONCLUSIÓN

- 1) Resulta interesante ver cómo los operadores judiciales en el siglo XIX iban adquiriendo experiencia, de tal forma que el juicio de amparo empezaba a tomar cuerpo en el estado federal de México, producto de coyunturas políticas y constantes agresiones a los derechos constitucionales de las personas. Así, el juicio de amparo, desde la etapa *in status nascendi*, ya cumplía una tarea noble y educadora que

²⁰ Tal y conforme lo sostiene José Francisco Pedraza Montes, “La primera sentencia de amparo en México”, *Órgano informativo del Poder Judicial de la Federación*, San Luis Potosí, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 13 de agosto de 1999, pp. 2 y 3. El texto de la sentencia que va como apéndice al presente ensayo se ha tomado literalmente de dicho órgano informativo.

con el transcurso del tiempo han sabido respetar y admirar los gobernantes y gobernados.

- 2) Por las razones anotadas con antelación, el amparo es, en esencia, un método, un procedimiento, un remedio constitucional; por su forma (es) juicio; por su objeto, en cierto modo, recurso que lleva por finalidad restituir al sujeto quejoso en el goce de las garantías constitucionales (entiéndase derechos fundamentales) cuando por ley o acto cualquiera de autoridad se le lesionan; o que la autoridad federal o las de los estados federados vuelvan a sus respectivas órbitas, cuando mutuamente se invadan.²¹

IV. APÉNDICE

San Luis Potosí, agosto 13 de 1848. Visto el antecedente, Dictamen y teniendo presente que el artículo 25 de la Acta de Reformas impone al Juzgado a mi cargo la obligación de amparar a cualquier ciudadano contra los ataques violentos, ya sea de los Supremos Poderes de la Nación, ya de los Estados; que la circunstancia de no haberse reglamentado el modo y términos en que tal protección debe dispensarse, no es ni puede ser obstáculo para cumplir con ese sagrado deber, porque a nadie puede ocultarse el modo de sustanciar un expediente y que, de no dar cumplimiento al citado Artículo, resultaría una contravención del objeto y fin que los legisladores se propusieron, no menos que una notable infracción; que inconcusamente haría responsable al que la cometiera; que una ley desde el momento que se publica debe ser obligatoria; no expresándose en ella lo contrario, como dice muy bien el asesor, y por lo mismo no se ha podido ni se puede dejar de cumplir con la referida disposición Constitucional, a pesar de las razones que expresa el Sr. Gobernador del Estado en la comunicación que dirigió a este Juzgado el 4 del corriente por conducto de su secretaria, por no ser suficientes para no observar lo que manda la Ley con objeto de proteger las garantías individuales, y siendo como es cierto que el mismo Sr. Gobernador expidió contra D. Manuel Verástegui la orden de destierro que motivó el ocenso que ha dado lugar a la formación de las antecedentes actuaciones, contraviniendo lo dispuesto por el Supremo Gobierno de la Unión a consecuencia de la Ley de 24 de abril del corriente año, y cometiendo un verdadero ataque a las garantías individuales que deben respetarse siempre por cualquier autoridad, por estar afianzadas en la Constitución y ser esto conforme al buen orden y comunal provecho de la

²¹ Así lo ha plasmado con propiedad Rodolfo Reyes en su libro: *Ante el momento constituyente (experiencias y ejemplos americanos)*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Compañía Ibero-Americana de Publicaciones, 1931, p. 55.

sociedad, por tales fundamentos y demás que se contienen en el precitado dictamen a que me refiero, se declara que este Juzgado dispensa a D. Manuel Verástegui la protección que solicita, en conformidad de lo dispuesto en el repetido artículo 25 del Acta de Reformas para que no pueda ser desterrado del Estado, sin que preceda la formación del juicio y pronunciamiento del fallo por la autoridad judicial a que exclusivamente corresponde por la Constitución; debiendo quedar entre tanto en el pleno uso de los derechos y libertad que la misma Carta Fundamental le concede como ciudadano mexicano. Comuníquese esta disposición al interesado para su inteligencia, dándole copia testimoniada de ella si la pidiera.

Hágase igual comunicación por medio de la correspondiente nota al Supremo Gobierno del Estado, para el debido acatamiento de este fallo y sus efectos, manifestándole a la vez que el Juzgado en manera alguna espera se le obligue a usar de los recursos que la Ley ha puesto en sus manos para hacer respetar y cumplir sus disposiciones, estando como se haya dispuesto a conservar la dignidad de este Tribunal, y hacer que sus fallos sean debidamente respetados, y dése cuenta con todo el Supremo Gobierno de la Unión para los efectos a que hubiere lugar. El Señor Pedro Zámano, primer suplente del Juzgado de Distrito en el actual ejercicio por ausencia del propietario. Así lo decretó, mandó y firmó por ante mí, de que doy fe. Pedro Zámano. Manuel de Arriola.

PERSPECTIVA HISTÓRICA DE LA REFORMA Y LA TEORÍA CONSTITUCIONAL EN MÉXICO ¿CÓMO REPLANTEAR EL CAMINO?

Isaac DE PAZ GONZÁLEZ*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El significado doctrinal de Constitución y constitucionalización*. III. *Aporías del poder constituyente y el poder político para decidir lo “constitucional”*. IV. *Qué principios y qué tipo de teoría constitucional*. V. *El principio de permeabilidad*. VI. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

La historia de nuestra Constitución muestra un indicador preocupante: su alta reformabilidad y su inestabilidad como documento normativo fundante y que propicie la cohesión social, el desarrollo y la vida armoniosa entre Estado y sociedad. A 200 años de los primeros textos constitucionales como Los Sentimientos de la Nación, el Acta Solemne de la Declaración de Independencia de la América Septentrional, demandas contemporáneas del pueblo mexicano guardan mucha similitud. Los Sentimientos de la Nación en su artículo 12 señalaban: “12º Que como la buena Ley es superior a todo hombre, las que dicte nuestro Congreso deben ser tales, que obliguen a constancia y patriotismo, moderen la opulencia y la indigencia; y de tal suerte se aumente el jornal del pobre, que mejore sus costumbres, alejando la ignorancia, la rapiña y el hurto”.

Este bagaje social de la Constitución es retomado con más fuerza en la Constitución de 1917. La primera en reconocer la exigibilidad de los dere-

* Profesor-investigador en la Facultad de Derecho (Campus Tijuana) de la Universidad Autónoma de Baja California; miembro del Sistema Nacional de Investigadores y de la *The Society of Legal Scholars* (Reino Unido). Autor de la obra: *Constitucionalismo y justiciabilidad de los derechos sociales: estudio comparado internacional y leading cases a través del juicio de amparo en México*, Porrúa, 2016.

chos de los trabajadores. En este sentido, uno de los rasgos del constitucionalismo mexicano ha sido el intento emancipador para lograr la igualdad y la inclusión de grupos vulnerables; sin embargo, en la actualidad uno de los grandes problemas entre teoría y realidad constitucional es que la alta refor-mabilidad del texto no garantiza su cumplimiento. La reciente publicación de la encuesta de *Cultura constitucional en México* señala:

Esta investigación muestra que existe un gran desconocimiento sobre la Constitución, no obstante, se afirma la necesidad de su observancia y respeto. La percepción del respeto a la constitución en el país es negativa, igualmente lo es su cumplimiento. Destaca la preocupación por efectuar cambios a la Constitución, dado que se considera que ya no responde a las necesidades del país.¹

Así, a pesar de la ambiciosa reforma de derechos humanos que propició la difusión de conceptos jurídicos constitucionales nuevos como la progresividad, interdependencia e indivisibilidad —así como otras garantías— y de todas las directrices, reformas, y reparaciones que se ordenaron en los fallos dictados en contra del Estado mexicano por la Corte Interamericana de Derechos Humanos,² la realidad dista mucho de las aspiraciones de la norma constitucional y de la reforma de 2011.

Si miramos en el panorama histórico de las reformas, tenemos que el actual texto constitucional plantea diversos temas urgentes para mejorar en la cultura constitucional mexicana. La facilidad con que el texto constitucional puede ser modificado representa una clara ausencia de patrones a corto y me-

¹ Esta es una de las conclusiones de la *Segunda Encuesta de Cultura Constitucional* que publica el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y el Instituto Nacional Electoral. Disponible en: <http://historico.juridicas.unam.mx/invest/areas/opinion/EncuestaConstitucion/resultados.htm>.

² Del más reciente al antiguo, el *Caso García Cruz y Sánchez Silvestre vs. México*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 26 de noviembre de 2013; *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*, interpretación de la sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 15 de mayo de 2011; *Caso Rosendo Cantú y Otras vs. México*, interpretación de la sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 15 de mayo de 2011; *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 26 de noviembre de 2010; *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 31 de agosto de 2010; *Caso Fernández Ortega y otros. vs. México*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 30 de agosto de 2010; *Caso Radilla Pacheco vs. México*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 23 de noviembre de 2009; *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 16 de noviembre de 2009; *Caso Castañeda Gutman vs. México*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 6 de agosto de 2008; *Caso Alfonso Martín del Campo Dodd vs. México*, excepciones preliminares, sentencia del 3 de septiembre de 2004.

diano plazo para discernir el futuro constitucional. Desde 1917 hasta agosto de 2016, la Constitución presenta 702 reformas. Se puede afirmar sin duda que es la norma fundamental más flexible del mundo. Por otro lado, esto representa un mensaje de que todo lo que no se cumple se constitucionaliza con esperanza de que dentro del texto constitucional, ahora sí, se obedezca.

En este contexto, el presente trabajo reflexiona sobre la ausencia de metodología de la reforma constitucional y plantea que es necesario reorientar el mecanismo de la reforma constitucional deliberativa. Lo anterior con el objeto de favorecer el raciocinio público sobre los temas de trascendencia constitucional. En este sentido, inicialmente el trabajo plantea que el proceso de reforma debe abrirse a una discusión pública en el poder constituyente. Enseguida se realiza una revisión doctrinal sobre el tema de la reforma constitucional y finaliza con una propuesta metodológica para facilitar mecanismos de discusión constitucional en el contexto mexicano.

Como punto de partida, es necesario señalar qué se ha entendido por “constitucionalización” y por “reforma constitucional”. El *cómo reformar*, no ha sido problema, ya que el propio texto constitucional es bastante laxo y no establece límites formales o materiales en el procedimiento de reforma.³

Un texto constitucional que se reforma tres o más veces al año, es un texto constitucional flexible, como si se tratara de un código o ley infraconstitucional. Esta es la primera señal patológica de la cambiante Constitución mexicana; la variabilidad de las reformas en el texto implica un rezago de los cambios sociales que requieren ser reconocidos en la Constitución como normas vinculantes. Por otra parte, indica que las fuerzas legislativas de la reforma se ponen de acuerdo fácilmente para agregar o suprimir lo que ellos consideren dentro del texto constitucional, sin tener en cuenta mecanismos de deliberación publica —que existen en otros contextos normativos— para definir y crear una interacción entre el Estado y la sociedad que lo conforma, mediante bases que definan estándares y objetivos específicos para crear una Constitución.⁴

³ Eso se debe a la amplitud del artículo 135 constitucional. La inexistencia de cláusulas pétreas en la Constitución mexicana es uno de los problemas fundamentales cuando hablamos de límites al poder reformador. A pesar de que pudiera existir límites implícitos, su falta de claridad —explícita— ha hecho que las reformas se lleven a cabo, únicamente, con el consenso legislativo mínimo.

⁴ En el constitucionalismo anglosajón, como ejemplo de la capacidad deliberativa del Parlamento inglés y su comunicación con la sociedad, desde 2014 se inició un proceso constituyente para definir las cuestiones constitucionales pertinentes para crear una nueva carta magna. El documento del Parlamento Británico señala: At a time of declining membership of political parties and public disillusionment with the political establishment, it is a good

El texto constitucional mexicano ha sufrido reformas en artículos relativos a las decisiones económicas y políticas fundamentales, tales como: la organización de elecciones y los partidos políticos; el modo de adquirir ingresos a través de la concesión de actividades de explotación energética e hidrocarburos; se han creado organismos autónomos de derechos humanos, transparencia y acceso a la información pública. Se han definido bases —una y otra vez— para la organización de las elecciones; se ha insertado la igualdad normativa de derechos humanos de índole internacional, se han reformado los sistemas de justicia penal en torno a la superación del sistema inquisitivo, y se han creado figuras penales de excepción como el arraigo y la intervención de comunicaciones privadas.

Con todo, los cambios constitucionales reflejan una visión empírica con alto índice de mutación formal de la Constitución; sin embargo, la diversidad temática plantea algunas interrogantes: ¿cuál es el sentido de cada reforma? ¿Cuál es la proyección que se pretende? Reforma tras reforma, nuestra Constitución parece un código relativo de conducta institucional que en un “momento político” se necesita. La sagrada del texto constitucional cede ante cualquier atisbo de confrontación política, financiera o demanda social que signifique presión para el gobierno en cualquier tema de urgente atención en la esfera pública.⁵ Los cambios constitucionales, en sí mismos, no pueden ser del todo erróneos, al contrario, los relativos a la exigibilidad de los derechos humanos han demostrado la necesidad de adaptar —por vía de la fuerza legislativa— demandas de la sociedad que pretende construir un derrotero hacia la democracia plena⁶ bajo el imperio de la Constitución.

moment to return to fundamentals, 2014, disponible en: <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm201415/cmselect/cmpolcon/463/46306.htm>.

⁵ Por ejemplo, la discusión del tema de la corrupción y la creación de un Tribunal *ad hoc*. Cuestión que ha suscitado diferendos entre los legisladores. La diputada Zuleyma Huidobro González señaló: En la discusión de las reformas anticorrupción del 26 de febrero de 2015, la diputada Zuleyma Huidobro González señaló: “Gracias, presidente. Ustedes dicen que escucharon a la sociedad civil. Hay una propuesta de México Evalúa que no tomaron en cuenta, y me refiero a la prescripción de los delitos de corrupción. México Evalúa señalaba que debería aprenderse de las mejores prácticas internacionales y ampliar la prescripción de los delitos de corrupción a por lo menos 15 años. Ponían de ejemplo a los países como Canadá e Inglaterra, donde estos delitos no prescriben... Para algunos es un primer paso esta reforma, es muy respetable, pero la mayoría de los ciudadanos allá afuera no se conforman con esto, el que nada debe nada teme. Voluntad política sería que todo mexicano fuera sancionado por actos de corrupción, empezando por el Ejecutivo federal”. Cámara de Diputados (2015, disponible en: http://www.diputados.gob.mx/version_estenografica.htm).

⁶ La democracia entendida en su raíz deliberativa y deliberativa en torno a un sistema racional de poder para la toma de decisiones que conjuguen el bien público con el progreso

Sin embargo, el problema esencial es la falta de una lógica coherente de las reformas constitucionales y la constitucionalización de ciertos temas sin una metodología precisa, con objetivos a corto o mediano plazo medianamente bien definidos. Esto que demuestra que los cambios normativos han sido signos de oportunismo político. Una muestra es la reforma de derechos humanos que ha tenido múltiples enfoques y retrocesos reales en la vida cotidiana de país, basta con analizar el problema de la desaparición forzada o la ausencia de mecanismos directos de participación ciudadana en el desarrollo de la actividad gubernamental, o la carencia de medios legales para controlar el gasto público y su malversación.⁷

Por ello, la insuficiencia de la norma constitucional para propagar una cultura de cumplimiento a los contenidos jurídicos ha quedado expuesta a la voluntad política de los operadores. Así, y a pesar de su exigibilidad jurídica, los avances normativos no reflejan el progreso político o económico que se pregonan como finalidad de las reformas, tampoco se han dado avances positivos en la relación Estado-sociedad. Al contrario, cada vez, parece más frecuente una separación entre el Estado como ente institucional y la sociedad como grupo que reclama decisiones constitucionales distintas, como si se tratara de bloques antagónicos con intereses opuestos (en especial cuando se trata de reformas a la Constitución).⁸

En los últimos cinco años, los temas de la agenda pública constitucional han sido de una variabilidad que da lugar a señalar la falta de adecuación entre la norma y la realidad. Esto ha dado lugar a que cualquier aspecto del texto constitucional sea reformado y adaptado.⁹

de una sociedad. La gobernanza del pueblo y para el pueblo no tiene un sentido electoral, sino de progreso equitativo, de inclusión social como comunidad política que comparte valores comunes y fines comunes.

⁷ Aquí remitimos a los que ha expresado la Auditoría Superior de la Federación. El Informe General de la Cuenta Pública de 2013 detectó: Un sistema ineficaz en materia de aplicación de responsabilidades administrativas, que no actúa como un mecanismo que desincentive las prácticas irregulares en el manejo de los recursos federales transferidos. Las leyes de obra pública y adquisiciones de las entidades federativas, en diversos casos, son laxas o ambiguas y abren espacios de interpretación y opacidad.

Cámara de Diputados, *Informe general, cuenta pública*, disponible en: http://www.asf.gob.mx/uploads/55_Informes_de_auditoria/Informe_General_CP_2013.pdf.

⁸ Una muestra de estas circunstancias ha sido los procedimientos de consulta popular que se han solicitado a partir de la reforma constitucional de 2013 (artículo 27), y la petición sobre el aumento del salario mínimo (interpretación del artículo 35 fracción VIII). Véase Expediente 1/2014, revisión de constitucionalidad de la materia de una consulta popular, y Expediente 2/2014, revisión de constitucionalidad de la materia de una consulta popular.

⁹ Al respecto, también puede verse el análisis y la crítica de los cambios a la Constitución, realizada por Fix-Fierro, quien destaca los aspectos de los nuevos modelos de Cons-

Como hemos señalado, los ejes de la agenda de la reforma constitucional no mantienen una relación temática, tampoco puede advertirse una correlación política y jurídica que ayude a esclarecer el objetivo estructural de los cambios constitucionales. Un análisis historiográfico de las reformas al texto constitucional muestra que existen principios que la sociedad y la opinión pública mexicana demandan, que, inmediatamente, son recogidos por el legislador constitucional para su incorporación al texto,¹⁰ pero el cambio semántico no logra el efecto devolutivo hacia la sociedad, y no se ha logrado que la fuerza normativa de la Constitución sea un eje rector de la vida pública.

Los constitucionalistas Fusaro y Down identifican las presiones en los cambios constitucionales a través de reformas.¹¹ En el caso mexicano, la mayoría de las reformas han sido por factores endógenos (salvo la de 2011, en materia de derechos humanos, que respondió a la presión de las condenas interamericanas) que han funcionado como válvulas de presión intergubernamental que enmarcan algún tipo de problema económico, político o normativo, al que se le quiere dar solución a través de su regulación y expresión en la Constitución. Pero esta inserción de texto constitucional no necesariamente refleja los valores de una sociedad sino del grupo político encarnado en el poder revisor de la norma fundamental.

Los cambios exigidos al poder constituyente —por influencia de las relaciones políticas— pueden ser de origen supra-estatal; en este caso, son una presión de los organismos de gobierno regional a los que se someten los Estados en Europa, en la que el tema económico es bastante influyente en las reformas constitucionales que surgieron entre 2009 y 2012.¹² En otros casos

titución, identidad y cultura constitucional, y enfatiza que los cambios han sido de gran alcance con efectos en los órdenes jurídicos estatales y municipales; el trabajo plantea una serie de pasos a seguir para la reordenación y reducción del texto constitucional. Fix-Fierro, Héctor, *Reformas constitucionales y cultura de la Constitución en México. Reflexiones a propósito de las deformaciones y disfunciones de un texto constitucional casi centenario*, Universidad Nacional de Tucumán- Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Comunicaciones V Congreso, pp. 409, 412, 416 y 426.

¹⁰ El excesivo reformismo tiene múltiples variables: judicial, de finanzas, en el sector educativo, energético, político, electoral, de transparencia y acceso a la información. Llevamos 20 años de reformas y no se ve un panorama claro de sostenimiento en cada renglón que las reformas han intentado seguir.

¹¹ Fusaro, Carlo y Dawn, Oliver, *How Constitutions Change*, Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2011, p. 5.

¹² El estudio de cada contexto constitucional tiene vertientes, tanto políticas como jurídicas, que reflejan las necesidades del espacio social en que surgen y tienen como indicador el entendimiento de procesos democráticos reconstructivos de las decisiones que más importan en una sociedad. En Europa, las preocupaciones de los cambios constitucionales se refie-

la influencia es positiva, como para México lo sería la adaptación armoniosa de las directrices de las normas internacionales de derechos humanos y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

En virtud de que el tema es un factor regional de la mayor importancia económica, la visión jurídica y política de cada nación no debe ser tomada a la ligera. Esta circunstancia reclama la necesidad inaplazable de revalorar el constitucionalismo de cuño estatal, de acuerdo con las necesidades de cada sociedad. Como dije al inicio, tenemos un sustrato histórico progresista, que no debemos perder de vista en el futuro constitucional inmediato.

Uno de los expertos en el renglón de la relación estatal-internacional de las Constituciones es Gunther Teubner, quien pone de manifiesto esta falta de guía para fortalecer la Constitución estatal en el ámbito supranacional, y afirma que aunado a la falta de factores de identidad política y cultural, la realidad del proceso de influencia constitucional, desde el espacio transnacional, carece de suficiente legitimación y soberanía parlamentaria que acusa una debilidad estructural en la inserción de valores supranacionales en las esferas domésticas.¹³ Por mi parte añadiría que todo este panorama se ha oscurecido principalmente por la falta de un rumbo constitucional claro y por la carencia de significado preciso de Constitución y de los temas que deben estar dentro de ese cuerpo normativo y político.

II. EL SIGNIFICADO DOCTRINAL DE CONSTITUCIÓN Y CONSTITUCIONALIZACIÓN

El presente epígrafe tiene por objeto discernir los siguientes cuestionamientos: ¿qué temas tienen viabilidad para su “constitucionalización”? ¿Por qué

ren a la legitimidad y procedimiento de la reforma constitucional para el caso de los topes fiscales de endeudamiento nacional. La reforma a la Constitución de Alemania en 2009 de 29 de julio (artículo 115). En España el 27 de septiembre de 2011, para imponer topes de deuda para la estabilidad presupuestaria; sobre el tema pueden verse, entre otros: Adams, Maurice *et al.* (eds.), *The Constitutionalization of European Budgetary Constraints*, Hart Publishing, 2014; LB and JHR, “The Fiscal Compact and the European Constitutions: ‘Europe Speaking German’”, *European Constitutional Law Review*, vol. 8, Issue 01, febrero de 2012, pp. 1-7, publicado on-line por Cambridge University Press 18 de abril de 2012; Sánchez Barrilao, Juan Francisco, “La crisis de la deuda soberana y la reforma al artículo 135 de la Constitución Española”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLVI, núm. 137, mayo-agosto de 2013, pp. 679-712.

¹³ Teubner, Gunther, *Constitutional Fragments. Societal Foundations and Globalization*, Oxford University Press, 2012, p. 262.

merecen estar dentro de las “decisiones políticas fundamentales”? ¿Cuáles son las formas adecuadas de la “constitucionalización”?

Como lo hemos esbozado en párrafos anteriores, para lograr el consenso de los cambios constitucionales y su contenido, tenemos un primer problema: el abordaje de la terminología del contenido constitucional que debe ser modificada, suprimida o cambiada,¹⁴ ya que el material normativo de la Constitución no puede dejarse al arbitrio de una minoría legislativa, sino que tiene que ser definido con herramientas deliberativas para dar voz a los gobernados.

Por ello, es imprescindible replantear el entendimiento terminológico de lo que se entiende por *constitucional*, sólo a partir de esta primera precisión podremos definir los temas que merecen tener una expresión en la ley fundamental. En primer lugar, son de categoría “constitucional” los temas que se refieran a la forma de Estado y la dirección del gobierno del Estado. Asimismo, las relaciones de poder (incluidos los derechos humanos, que representan las libertades individuales y colectivas de los gobernados frente a las instituciones públicas y privadas del poder) entre órganos constituidos. Tomando en consideración que toda cuestión constitucional parte de la relación de poder entre quienes lo detentan y quienes serán los destinatarios de estas normas, las expresiones constitucionales representan la constitucionalización como proceso de reconfiguración de la teoría política.¹⁵

De esta última acepción, se puede argumentar con firmeza que la definición de la estructura temática constitucional se encuentra arraigada en las decisiones de la sociedad política, como parte de la legitimación originaria y como fuente del sistema jurídico que regirá dicha sociedad. En el entendido de que la Constitución no tiene un sentido meramente legalista, sino político-societario¹⁶ que proviene de la legitimación popular. Por esa razón,

¹⁴ Ello expresa la dinámica constitucional proveniente de los valores universalmente aceptados y expresiones mayoritarias de una pluralidad de tendencias y cuerpos axiológicos que forman un sistema dinámico que incorpore los cambios políticos, sociales e incluso económicos, como un nuevo paradigma constitucional flexible y abierto a los cambios sociales. Torres, Rosa y Jara, Salvador, *La dinámica constitucional: un sistema caótico*, 2012, p. 276.

¹⁵ Loughlin, Martin, “What is Constitutionalisation?”, en Dobner, Petra y Loughlin, Martin (eds.), *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford, Oxford Constitutional Theory, Series Edition, 2010, p. 61.

¹⁶ Como apoyo a esta idea remito a la definición del constitucionalismo societal de Sciulli que se enfoca en especificar aquellas organizaciones e instituciones que contribuyen a los cambios en cualquier dirección y, por otro lado, se trata de señalar cuándo ejercicios específicos de poder colectivo son manifestaciones del control social demostrable de estos actores y grupos.

Sciulli, David, *Theory of societal constitutionalism. Foundations of a no-Marxist critical theory*. Cambridge University Press, 1992, pp. 15, 16 y 54: limitaciones al poder que Sciulli estu-

es necesario establecer un estándar específico del significado de la palabra “Constitución”. Paine señalaba que la Constitución en su sentido moderno tiene cuatro aspectos esenciales: 1) es un documento real y existente; 2) es un antecedente del gobierno, no una decisión de gobierno, sino del pueblo que constituye un gobierno; 3) la naturaleza comprehensiva de la Constitución, esto es, el cuerpo de elementos que contiene los principios de gobierno que debe ser establecido, la manera en que debe ser organizado y 4) como ley fundamental.¹⁷

Por tanto, una de las condiciones esenciales del contenido constitucional es que la voluntad política del pueblo sea reconocida en el texto normativo, su proyección aspiracional como nación y como ente colectivo para modular al poder. Esta precisión terminológica revela que la Constitución en su sentido moderno deriva del pueblo y no del gobierno;¹⁸ sin embargo, la importancia de la validez política, en términos societarios, y la legitimidad de la Constitución, en el sentido moderno, no pueden ser disociadas de la construcción de la nación y la gobernabilidad, ya que ambos constructos son el eje de la dinámica social en la que se halla inmersa la realización de las actividades del Estado.

Dentro de este eje temático, Paine advertía que el gobierno forma sólo una parte de la vida civilizada. Cuando la sociedad evoluciona, el gobierno se disipa, ya que la sociedad civil adquiere más capacidad para regular sus propios asuntos y gobernarse a sí misma.¹⁹

En el constitucionalismo contemporáneo la decisión política de origen social es el punto de partida de las decisiones constitucionales. Así, el gobierno no es otra cosa que un eslabón más de la estructura de una sociedad, no es el más importante, pero su función es esencial en tanto lleva a cabo el cumplimiento de los fines perseguidos por una sociedad, debido a las concepciones culturales de la civilización de la que forma parte. Por esta razón, constitucionalizar no debe ser sinónimo de tematizar cualquier texto dentro

dia: the theory revolves around of the relationship in practice, between the following set of restraints:

- i. Internal substantive restraints on purposeful of collective power.
- ii. Internal procedural restraints on purposeful of collective power.
- iii. Internal substantive restraints on inadvertent or systemic exercises of collective power.
- iv. External procedural restraints on inadvertent or systemic exercises of collective power.

¹⁷ Loughlin, Martin, “What is constitutionalisation?”, *cit.*, p. 49.

¹⁸ *Ibidem*, p. 51.

¹⁹ *Ibidem*, p. 54.

de la carta magna, sino una acción específica que persiga fines políticos y normativos, bien definidos, en torno a la gobernabilidad de un Estado.²⁰

Para Ackerman, el término “constitucionalización” tiene tres sentidos: como proceso legal, objetivación y subjetivación; “constitucionalizar” es establecer procesos legales formales donde los derechos y obligaciones son codificados y donde los mecanismos de autoridad para la adjudicación legal están claramente delineados;²¹ en segundo lugar, significa hacer que una entidad se sujete a la jurisdicción del orden constitucional; finalmente, el término también puede referirse a procesos legales informales y extralegales de solidificación y convergencia normativa.²² Las tres acepciones de Ackerman, examinadas por Wallace Brown, forman un cuadro que representa la relación entre la forma para constitucionalizar y el objetivo de este proceso. Lo más importante, según Wallace Brown, radica en solventar los problemas críticos de la sociedad, de lo contrario, no hay garantía de que más constitucionalización es mejor, porque puede ser el caso de que más constitucionalización sea más de lo mismo.²³

Aunque Wallace Brown ubica estas condiciones del constitucionalismo global, el local también requiere una estructura objetiva entre proceso y fines. La omisión de objetivos claros entre el proceso de constitucionalizar normas políticas, derechos y funciones institucionales rompe la armonía general y la coherencia que debe contener el texto constitucional. La parte más delicada es que en la teoría constitucional y la teoría política del contexto mexicano no existen propuestas que apunten hacia un proceso de constitucionalización que no sea más de lo mismo y se quede encasillado en la dimensión normativa. Por ello, la democratización del proceso de constitucionalización es un factor preponderante en la definición de los contenidos constitucionales. Walker apunta que la “buena política” consti-

²⁰ Esta nueva concepción del constitucionalismo como modelo de Estado propone el fortalecimiento de la democracia y el constitucionalismo como forma de reconciliación de ambos constructos en la búsqueda de la igualdad de oportunidades de participación. Walker afirma que “constitutional thinking and the constitutional process exists only to ensure that political decision-making and the public debate that informs political decision-making is accessible to all interests and preferences on equal terms”.

Walker, Neil, “Constitutionalism and the Incompleteness of Democracy: An Iterative Relationship”, *Working paper series, University of Edinburgh*, núm. 2010/25, disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1650016.

²¹ Según Ackerman (1997), en Wallace Brown, Garreth, *Global Constitutionalism*, vol. 1, “The Constitutionalization of What?”, Cambridge, julio de 2012, pp. 201-228.

²² Wallace Brown, Garreth, “The Constitutionalization of What?”, *cit.*, pp. 205 y 206.

²³ *Idem.*

tucional implica el afán democrático.²⁴ Y aquí surge la primera dificultad, ya que el poder constituyente derivado tiene facultades amplias para cambiar el texto de la norma fundamental, en virtud de la inexistencia de límites claros para acotar la reforma.

Por ello, la suma de reformas ha rebasado el contenido de la Constitución mexicana de 1917 y nuestro constituyente la ha diversificado y deformado mezclando normas políticas y de derechos humanos, categorías procesales, y normas de procedimiento electoral (que no hace falta que estén en el texto constitucional),²⁵ normas de creación de órganos constitucionales autónomos y de derechos humanos;²⁶ de modo que el texto de la *Constitución se ha convertido en una especie de código nacional de muy buenas intenciones pero con resultados de cumplimiento mínimos*, o, como lo aduce Wallace Brown, más de lo mismo.

Por consiguiente, para definir lo constitucional, hace falta establecer diversos parámetros de importancia política, económica, social, deliberativa y dialógica en torno a los temas del control del poder, tanto por los órganos constituidos, como por la sociedad: mecanismos de *democracia participativa y deliberativa para definir la inserción de los temas de “trascendencia constitucional”*; *el tipo de conformación del poder legislativo y sus relaciones devolutivas en la creación, identificación y construcción de los problemas normativos* (así como en la producción normativa); la revisión periódica de los gastos financieros del Estado, tema de importancia estructural, debido a las decisiones de rectoría económica, en el que no se puede argumentar que pertenece a la decisión unilateral del gobierno.²⁷ El tema del impacto de las reformas constitucionales ha sido

²⁴ Walker, Neil, “Constitutionalism and the Incompleteness”, *cit.*, p. 7.

²⁵ Por citar sólo un ejemplo de numerosas normas de este tipo: el artículo 41, fracción II, apartado A. b) “Durante sus precampañas, los partidos políticos dispondrán en conjunto de un minuto por cada hora de transmisión en cada estación de radio y canal de televisión; el tiempo restante se utilizará conforme a lo que determine la ley”.

²⁶ Por ejemplo, el artículo 30. establece el Instituto Nacional de Evaluación de la Educación (INEE), y lo incorpora en un texto donde aparece el derecho a la educación, el proceso educativo y las universidades públicas como entes autónomos; otro precepto es el 28 constitucional que establece el Instituto Federal de Competencia Económica y el Instituto Mexicano del Petróleo. A mi entender estos órganos podrían estar dentro de un bloque de procesos constitucionales, o a manera de normas adjetivas constitucionales de: *i*) transparencia y uso racional de los recursos públicos (IAFI y ASF); *ii*) renovación y participación electoral (INE); *iii*) de control de las actividades productivas (Instituto Federal de Telecomunicaciones, Comisión Nacional de Competencia Económica; *iv*) del proceso educativo (INEE), y *v*) del proceso de cumplimiento de los derechos humanos, la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH).

²⁷ Actualmente, el artículo 35 (fracción VIII, 30.) de la constitución mexicana prohíbe la consulta popular en el tema de los ingresos y gastos del Estado. A contracorriente de las

recientemente estudiado por la teoría constitucional, entre los que destacan la importancia de los efectos constitucionales en la política económica y en el desempeño económico.²⁸

Me he referido a estos temas a manera de mapa general de los temas constitucionales y de la importancia política del empoderamiento popular en la toma de decisiones. Sin lugar a dudas, la reforma constitucional es una verdadera construcción de las decisiones que modularán al poder mediante el control societario que orienta las decisiones del futuro económico inmediato que aliente el desarrollo de numerosos grupos excluidos a través de la fijación y reconocimiento normativo de los derechos socioeconómicos.²⁹

Sólo mediante estas líneas constructivas, y la propagación de la cultura constitucional como medio de participación democrática, puede replantearse una nueva sistematización de cuestiones propiamente constitucionales; de ahí que el fin de la reforma, en primer término, es generar una discusión amplia sobre los temas urgentes e imprescindibles en la constitucionalización. Esto conduce a realizar una verdadera profilaxis constitucional que evite la patología de la reformabilidad a conveniencia de grupos políticos y genere un constitucionalismo dinámico con raíces societarias. Para lograr estos objetivos, debemos reconfigurar la toma de decisiones constitucionales y suprimir el monopolio de su ejecución que actualmente descansa en los órganos legislativos y excluye a la sociedad.

Un primer paso consiste en establecer cláusulas de intangibilidad bajo un constitucionalismo patriótico³⁰ para otorgar *fundamentalidad* a las decisio-

tendencias de la justicia constitucional que urgen el replanteamiento de la regulación de los gastos del estado como parte del control popular y como límite a la corrupción.

²⁸ Torsten y Tobellini señalan la importancia entre el desempeño económico y la democracia: “Both a priori reasoning and casual observation lead us to expect a two-way interaction, with stable democracy promoting the pace of economic development, and economic development promoting the consolidation of democracy”. Torsten, Persson y Guido, Tobellini, *Democratic Capital: the Nexus of Political and Economic Change*, NBER, Working Paper 12175, 2006.

²⁹ En este rubro, juegan un rol preponderante los derechos socioeconómicos como medidas distributivas que generan (especialmente para sectores indígenas, jóvenes y ancianos) acceso a bienes esenciales para el desarrollo: educación, salud, agua potable, empleo, vivienda y seguridad social; la importancia económica de los derechos sociales en la Constitución reside en lo que menciona King: “Stress as the importance of how various state institutions canough to give effect to such obligations, and in particular, the role of legislatures, the executive of adjudicative institutions outside of constitutional law, and of the constitution and constitutional adjudication... the conclusion was that constitutional social rights can play an important role in protecting the social minimum”.

King, Jeff, *Courting Social Rights*, Cambridge University Press, 2012, pp. 322 y 323.

³⁰ A la manera de Alemania y sus *eternity clauses* que imprimen la inmutabilidad de los derechos fundamentales y del federalismo; por otra parte, aquí se corre el riesgo de atar la

nes políticas y económicas originarias, de la fundación de la relación sociedad-Estado. Relaciones que no se pueden modificar con una minoría no deliberativa. Por supuesto, esto implica revisar la representatividad política que obtienen los legisladores (que de facto integran el poder revisor y reformador de la Constitución), que si bien, su representación proviene del voto ciudadano, no menos cierto es que la democracia electoral³¹ no es un cheque en blanco para el legislador o el Poder Ejecutivo. Atar la democracia —como sistema político— a la celebración de elecciones y a los procesos de sustitución de gobernantes significaría soslayar el contenido autoritativo y normativo del proceso democrático y la legitimidad social de las decisiones constitucionales.

III. APORÍAS DEL PODER CONSTITUYENTE Y EL PODER POLÍTICO PARA DECIDIR LO “CONSTITUCIONAL”

Ante las consideraciones expuestas es necesario replantear la comprensión de los cambios que necesita el texto constitucional. Una de las dificultades, aparentemente irresolubles, es la monopolización del procedimiento de reforma en manos del poder constituyente, que, como órgano político deliberativo, carece de mecanismos de inclusión societaria para la toma de sus decisiones y acusa alta discrecionalidad en la decisión de modificar la Constitución. En México, el poder constituyente tiene un marco jurídico y político alejado de la sociedad. Una de las aportaciones del constitucionalismo contemporáneo —con sentido democrático— es el replanteamiento del poder constituyente como fuente de pluralidad política y ente con verdadera legitimidad societaria, sobre el que pueden incidir diversos operadores. Thornhill señala que

Constitución a ciertos postulados ideológicos, para evitar este problema debemos recurrir a la filosofía política de la justicia y los fines que un tipo de Estado persigue; no en vano, el constitucionalismo germano ha logrado superar la etapa posbética de ocupación y reconstruido un liderazgo democrático regional. Sobre el compromiso político del constitucionalismo y su acepción patriótica en las democracias liberales modernas, véase Werner-Müller, Jan, *Constitutional Patriotism*, Nueva Jersey, Princeton University Press, 2007.

³¹ Esta versión de democracia ha favorecido la tiranía absolutista de los partidos políticos como únicos medios de acceso al poder, con profunda raíz dictatorial (grupal); porque no le permite a la sociedad discutir, cuestionar, participar o revocar las decisiones del poder. Un poder sin control es una tiranía, sin deliberación e información pública —y privada— verídica, no se pueden racionalizar o discutir las decisiones de gobierno, entonces, lo que tenemos es un aparato estatal (institucionalmente) sin legitimación societaria y con severos cuestionamientos a su capacidad de gobernar.

los órganos constituidos (o actores) se arrogan facultades de poder constituyente.³²

En efecto, lo que hemos visto en la línea de reformabilidad constitucional la línea divisoria entre poder constituyente y *poder constituido ya no existe —al menos en el contexto mexicano— porque a 100 años de su creación, lo único que no se ha modificado es la relación entre órganos políticos, legislativos y judiciales, pero su estructura ha sido modificada una y otra vez.* Por ello, *de facto*, ha existido una invarrable imposición política del poder legislativo para aprobar cualquier tipo de reforma constitucional.³³ Un entendimiento distinto del poder constituyente es necesario para disipar la problemática de su imposición dictatorial sobre el sistema político y normativo. Así, Thornhill sostiene que el poder constituyente requiere ser visualizado como parte del sistema político y de su estructura funcional.³⁴ De este modo, la relación entre poder constituyente y el desarrollo de la democracia es sistemática y debemos entender que la estructura constitucional sostiene toda la actividad institucional y civilizada, no es la única, pero es la base del Estado y en esto radica la importancia de una conceptualización legítima y democrática.

En este sentido, la fórmula del artículo 135 constitucional otorga una facultad abierta del poder constituyente, y —como poder quasi absoluto— impone mecanismos endógenos para la reforma, que no se discute ni se comunica, no se deliberan los temas de la agenda de reformas, sino que es un procedimiento legislativo formal, cuya deliberación es exclusiva de los grupos de partidos políticos, quienes llevan a cabo los acuerdos para las reformas constitucionales. En esto radica la legitimidad constitucional, como apunta Thornhill: la dimensión de la legitimación constitucional se expresa a sí misma en relación dialéctica con el poder constituyente, y lo más importante es el poder constituyente como elemento interno del aparato político.³⁵

³² Thornhill Chris, “Contemporary Constitutionalism and the Dialectic of Constituent Power”, *Global Constitutionalism*, 1, 374 , Cambridge, 2012, pp. 369-404.

³³ No discutiremos aquí la dogmática versión del procedimiento agravado de la reforma constitucional y de la supuesta rigidez que acusa la Constitución mexicana, en virtud de la supuesta mayoría, es una mayoría simple (se pide el voto de las dos terceras partes de los presentes) requerida en el Congreso de la Unión y por la mayoría de las legislaturas de los estados, para que las reformas se aprueben. Definitivamente, se trata de un procedimiento simple que acusa una flexibilidad de la norma constitucional de acuerdo a la conveniencia legislativa de cada periodo presidencial.

³⁴ Thornhill Chris, “Contemporary Constitutionalism”, p. 376.

³⁵ *Ibidem*, p. 385. As he describes the importance of the societal and political importance, he says that “The concept of constituent power, in sum, was of great significance for the

Desde este primer esbozo teórico, la proyección política del poder constituyente hacia la sociedad es una *necesidad apremiante, más aún, cuando el imperio del derecho está fragmentado³⁶ y se requiere estabilidad política (como en la mexicana) que logre disuadir los problemas estructurales con nuevos pactos sociales y políticos que favorezcan la gobernanza.³⁷* Por ello, la necesidad de otorgar un embalaje social al proceso de la decisión constituyente no sólo es urgente, sino de la mayor importancia política para el sostenimiento de la estructura del ejercicio del poder. Apartar el proceso del cambio constitucional de su génesis social no es la mejor forma de legitimar la cultura constitucional como medio de identidad y articulación dialógica.³⁸

Ahora bien, construir un proceso constituyente con un viraje hacia las fuerzas sociales e institucionales es una nueva forma de reconocer los cambios que han ocurrido en una sociedad y que pueden ser la piedra angular de una nueva Constitución. Los ejemplos contemporáneos de un poder constituyente dialógico se pueden ver en Bolivia (2009), cuyo proceso constituyente fue un medio para afrontar las inequidades políticas y económicas;³⁹ en este caso —a través de una revolución indígena— se construyó una Cons-

historical consolidation of the political system as an autonomous aggregate of actors in a differentiated and complex societal landscape”, p. 390.

³⁶ Nos referimos a la incidencia de problemas de desempleo y crisis económica, libertad de expresión, existencia de muchos partidos políticos, problemas sistemáticos en el cumplimiento de derechos humanos, accesibilidad a los derechos básicos de salud y educación en las esferas administrativas.

³⁷ Bailey, John, *Crimen e impunidad. Las trampas de la seguridad en México*, México, Debate, 2014; realiza un estudio pormenorizado del tema de la criminalidad en México, aduce una falta de contrato social, cuya ausencia limita la confianza pública en las instituciones y el cumplimiento de la ley; estudia, además, el nexo entre la percepción de violencia y la reacción de los ciudadanos como factores de gobernanza, y se refiere a las fallas del sistema político-económico y sus implicaciones con el dinero del narcotráfico. Cf. pp. 33, 80, 258.

³⁸ Tomamos esta idea de lo que Jeffrey define como una visión constitucional de diálogo que no está reservada a un ámbito exclusivo del poder. Jeffrey Jacobsohn, Gary, *Constitutional Identity*, 103, Harvard University Press, 2010.

³⁹ Cuyo proceso constituyente (Asamblea) de trabajo inició en 2006 y culminó en la elaboración de un Estado plurinacional con fuerte influencia del multiculturalismo. Las lecciones de Bolivia muestran, a decir de Asbun Rojas, que los elementos nucleares para los cambios constitucionales fueron las impugnaciones de la sociedad civil en cuanto al modelo económico neoliberal, la privatización de bienes nacionales, la existencia de un sistema cerrado y clientelar de participación política, concentración de la vida estatal en el gobierno central, la falta de reconocimiento a la diversidad y la nacionalización de bienes y recursos naturales que se habían privatizado; demandas que condujeron a la formación de la Asamblea constituyente. Asbun Rojas, Jorge, “El proceso constituyente actual en Bolivia”, en Serna de la Garza, José María (coord.), *Procesos constituyentes contemporáneos en América Latina. Tendencias y perspectivas*, UNAM, 2009, pp. 33 y 34.

titución rematerializada que aglutinó los reclamos de una sociedad multicultural. De un modo distinto —pero con la misma raíz social— Inglaterra propone, desde 2014, la posibilidad de contar con una Constitución escrita a partir de un proceso informativo, argumentativo y abierto, entre el Parlamento y la sociedad.⁴⁰

Entonces, el poder constituyente, según se puede apreciar en distintos ámbitos constitucionales, puede construir un proceso deliberativo para definir las decisiones fundamentales. La teoría constitucional moderna debe superar esta paradoja para lograr que el proceso de cambios y definiciones de temas constitucionales comprenda un consenso societario que legitime el poder del Estado y pueda modular su actividad a favor de la sociedad, y no sólo para cumplir un segmento de reclamos minoritarios.

Mattei y Bailey se ocupan de las paradojas sobre el contrato social de la Constitución y su existencia apriorística, como parte de la dificultad para definir qué fue primero si el Estado o la Constitución;⁴¹ sin embargo, para no entrar en este callejón sin salida, la solución es la búsqueda de que ambos conceptos giren en torno a la inclusión social, para que la constitucionalización tenga un sentido evolutivo que recoja las voces sociales que en cada momento histórico sea necesario reconocer en la Constitución.

Una breve revisión empírica de las disposiciones sobre la participación de la sociedad en la reforma constitucional muestra que es posible replantear el papel del poder constituyente. En Austria toda reforma constitucional está supeditada a un referéndum;⁴² en Perú se exige la discusión y difu-

⁴⁰ Asbun Rojas, Jorge, “El proceso constituyente”.

⁴¹ There is an inherent tautology or “paradox” in this designation, which has perplexed constitutional theory from its origins, and as most legal scholars know, there is a long debate on the controversy stretching from Hobbes, Rousseau, Hume, Bentham, Burke, to name a few, and most recently Hardt & Negri with the concept of “Multitude.” The paradox is often referred to as the problem of the “non foundational foundations of law” and may explain the exclusion of civil society actors as “constituent power” in traditional constitutional theory. This problem of the “non foundational foundations of law” appeared in legal theory in the shift from natural law to positivism, which produced a kind of chicken/egg problem for constitutionalism: what came first the constitution or the state? Constituent power or the constitution? How can the state produce constitutional law when it is the constitution itself which produces the state? How can a “social contract” between the “people” with “government” exist prior to the making of the social contract itself? Part of the difficulty clearly lies in defining and naming the entities between whom the social contract is made, and on which the idea of constitutionalism is founded. Bailey, Saki y Mattei, Ugo, “Social Movements as Constituent Power: *The Italian Struggle for the Commons*”, disponible en: <http://www.uninomade.org/wp/wp-content/uploads/2012/10/Social-Movements-as-Constituent-Power.pdf>.

⁴² Article 44 of Austrian Constitution: (2) Any total revision of the Federal Constitution shall upon conclusion of the procedure pursuant to Article 42 but before its authentication

sión entre la sociedad civil;⁴³ en Suiza la reforma parcial puede ser incoada por la sociedad y su límite es la no violación al derecho internacional;⁴⁴ en Francia la enmienda a la Constitución puede ser sometida a referéndum;⁴⁵ en Italia, el procedimiento de reforma constitucional requiere mayoría absoluta de las cámaras y referéndum popular.⁴⁶ En suma, diversos contextos constitucionales asignan a la población la posibilidad de participar en el procedimiento de reforma constitucional. La consolidación de esta dogmática que informa que la participación no sólo es un ideal político, sino una realidad normativa da un matiz distinto a la discusión pública de las decisiones esenciales para una sociedad políticamente organizada.

IV. QUÉ PRINCIPIOS Y QUÉ TIPO DE TEORÍA CONSTITUCIONAL

Hasta aquí hemos esclarecido algunos conceptos elementales para dar nitidez al sentido de los principios constitucionales que sostengan el armazón de la Constitución. Una norma fundamental no puede tener disposiciones superfluas so pena de producir una inflación de su contenido sin la debida sistematización que hagan de ella un texto jurídico comprensible, dinámico,

by the Federal President be submitted to a referendum by the entire nation, whereas any partial revision requires this only if one third of the members of the House of Representatives or the Senate so demands.

⁴³ Artículo 3. Participación de la sociedad civil: El proceso de *reforma se llevará a cabo promoviendo el más amplio debate nacional, mediante la permanente realización de eventos académicos como fórum, conversatorios*, entre otros actos que tiendan a la difusión y discusión de las propuestas para el cambio constitucional. Ley 27600 del 15 de diciembre de 2001 (Ley que suprime firma y establece proceso de reforma constitucional).

⁴⁴ Article 194, Switzerland Constitution: 1) A partial revision of the Federal Constitution may be requested by the People, or be decreed by the Federal Parliament. (2) The partial revision has to preserve the principle of unity of the subject matter, and may not violate the mandatory provision of international public law.

⁴⁵ French Constitution, article 84:... A Government or a Private Member's Bill to amend the Constitution must be considered within the time limits set down in the third paragraph of article 42 and be passed by the two Houses in identical terms. The amendment shall take effect after approval by referendum.

⁴⁶ Constitution of Italy, article 138. Laws amending the Constitution and other constitutional laws shall be adopted by each House after two successive debates at intervals of not less than three months, and shall be approved by an absolute majority of the members of each House in the second voting. Said laws are submitted to a popular referendum when, within three months of their publication, such request is made by one-fifth of the members of a House or five hundred thousand voters or five Regional Councils. The law submitted to referendum shall not be promulgated if not approved by a majority of valid votes. A referendum shall not be held if the law has been approved in the second voting by each of the Houses by a majority of two-thirds of the members.

ejecutable, exigible y que sea sujeto de la apropiación para el discurso de los operadores y de toda la cultura jurídica.

Para trazar los principios constitucionales es necesario precisar que hay cuestiones sustantivas y procedimentales que deben sostener la estructura constitucional. Los principios elementales de una Constitución societaria descansan en las siguientes categorías: democracia deliberativa en las decisiones públicas, la devolución y diversificación del poder y su ejercicio, la exigibilidad de los derechos humanos a todos los operadores (públicos y privados), los mecanismos para la rendición de cuentas y la buena gobernanza, sustentada en la administración racional de los recursos públicos. Finalmente, no pueden faltar dentro del diseño constitucional los medios de control judicial de la propia Constitución y los procesos de reforma de la Constitución.

Estas categorías necesitan ser definidas al menos en un contexto dado, en el mexicano:

La democracia deliberativa implica que todas las decisiones que implican operaciones políticas, jurídicas, financieras y sociales —de forma estructural— deben tener una identificación previa de objetivos, definición de medios para lograrlo, discusión de la problemática y consenso para tomar la decisión favorable al bien público. Esta connotación tiene varias líneas para reconstruir la discusión pública: la diversificación de espacios de comunicación y discusión social de los temas nacionales, la democratización de los medios de comunicación como vehículos de exposición de los acontecimientos y como complemento de la discusión política de los sucesos cotidianos de una sociedad.

La diversificación del uso del poder y la toma de decisiones tiene que ver con: la adopción de medios directos para la democracia participativa, la sujeción de los operadores privados (empresas y fuentes de ilicitud) a los parámetros normativos. Esto implica un empoderamiento de la sociedad que tiene una dependencia positiva con el grado de disfrute de los derechos socioeconómicos. La educación y la vivienda (por ejemplo) le proporcionan al sujeto un ámbito de socialidad y capacitación para la toma de sus decisiones individuales y su proyección como ente político; pero esta circunstancia normativa y fáctica no es suficiente, hacen falta alternativas procedimentales para que los sujetos participen en las decisiones públicas. El referéndum, plebiscito y la consulta popular son medidas viables para reorganizar una democracia que —en toda la extensión de la palabra— no lo ha sido del todo. Así, con estos instrumentos de discusión pública, las decisiones del poder cumplirán con la legitimidad y el consenso que actualmente no tienen.⁴⁷

⁴⁷ En la actualidad, el texto constitucional mexicano contempla la consulta popular con

El punto anterior se relaciona con la exigibilidad de los derechos a todos los operadores. El crecimiento de la acción de particulares en la esfera pública ha dominado las tendencias de gobernanza gracias a la privatización de múltiples servicios y actividades estatales (telecomunicaciones, transporte, salud, educación, construcción de viviendas, minería, servicios de ferrocarril). La consecuencia de esta situación es que los derechos humanos de trabajadores, consumidores, derechos del medio ambiente y otras cuestiones importantes para la democracia sustancial, como el manejo de la información pública, quedaron sujetas a la acción de las corporaciones. Por esta razón, el derecho público que proviene de la Constitución requiere un cambio de vectores para limitar el poder de los particulares, sujetándolos a la jurisdicción constitucional y no únicamente al derecho privado. De este modo, ningún actor público o privado puede soslayar sus obligaciones de respeto a los derechos humanos como directivas constitucionales.

El concepto no es meramente político, tienen bases normativas concretas para asegurar que el uso del poder no beneficiará a la clase gobernante, sino que tomará en cuenta a las minorías, las necesidades apremiantes por la colectividad; que se hará con parámetros cognoscibles por los gobernados. En suma, la cualidad del imperio del derecho no es un concepto abstracto, sino una serie de actos, controles, normas, garantías, procesos y formas claras de llevar a cabo la función gubernamental bajo el dictado de las normas constitucionales.

Sin embargo, el concepto de buena gobernanza no tiene una dimensión meramente colectiva. Es un derecho que todos los gobernados tienen para modular, participar en su ejercicio y evitar los abusos del poder público y privado, y que finalmente tiene que ver con la creación de nuevos patrones e incluso paradigmas de la colaboración entre sector público y privado⁴⁸ que concilien la actividad pública y privada en torno a los bienes públicos. En este contexto, el derecho constitucional se traduce en un bien público,

un alto grado de restricción, pues la permite “sobre temas de trascendencia nacional” (artículo 35) sin que exista una precisión sobre cuál o cómo se identifica dicha cualidad. Por el contrario, imperan restricciones sobre lo no consultable: derechos humanos, la materia electoral, ingresos y gastos del Estado, etcétera; de tal suerte que desde esta reforma, del año 2012 a la fecha, no ha existido ninguna consulta popular.

⁴⁸ Que podrían implementarse bajo las líneas propuestas por Agere al afirmar que la política debe replantearse en la esfera doméstica, focalizada en las necesidades de la sociedad; liderazgo fuerte y compromisos; balances entre la visión social y la realidad que la gente persigue. Una evaluación realista de las consecuencias sociales: de la disparidad entre riqueza y la pobreza no debe crecer. Se debe garantizar a las personas tener la oportunidad de tener una participación en el desarrollo significativo del servicio público. Cfr. Agere, Sam, *Promoting Good Governance: Principles, Practices and Perspectives*, United Kingdom, Commonwealth Secretariat, 2000, pp. 75-78.

porque puede ser disfrutado por todos, porque a todos compete protegerlo y mejorarlo a través del proceso de reforma y de los cambios que requiere el texto constitucional con la participación de los sectores mayormente involucrados (aquí se pueden crear comités especializados que junto con la sociedad y grupos influyentes como el académico, empresarial, ONG y demás lleven a cabo los procesos deliberativos para reformar la constitución) y al final se puede llevar a cabo el referéndum de las decisiones constitucionales que así lo ameriten.

Por otra parte, la primacía de la Constitución, frente a actos y normas, es de la mayor importancia. Por ello, el guardián de la misma no puede descansar, únicamente, en un poder público. Si tenemos en consideración que deben existir relaciones armoniosas entre las funciones ejecutiva, legislativa y judicial, la descripción de los medios de control constitucional (típicamente conocidos como los instrumentos judiciales y legislativos de índole preventiva y correctiva) debe mantenerse en el texto constitucional para su ejercicio societario e institucional. Ello no significa que el papel de los jueces constitucionales sea la única alternativa para revisar —en forma coercitiva— el cumplimiento de la Constitución.

V. EL PRINCIPIO DE PERMEABILIDAD

Se han establecido los principios para reorientar el papel de la teoría constitucional con miras a la elaboración de un texto constitucional que asuma su carga democrática y cultural; que propicie vínculos de identidad a la manera del patriotismo constitucional alemán o la Constitución viviente del ámbito norteamericano.

Ahora bien, no se debe perder de vista que las Constituciones contienen elementos dinámicos de una sociedad, aquellas normas que no se pueden ceñir a un contenido pétreo (que lo podemos hallar desde el constitucionalismo primigenio de Los Sentimientos de la Nación). Los derechos humanos, por ejemplo, no se pueden modificar en un sentido *regresivo*, esto es, no se pueden suprimir las leyes o normas constitucionales que los han reconocido; mucho menos aminorar los grados de protección de los derechos; pero sí pueden surgir nuevas formas de protección a derechos específicos de grupos vulnerables.

Otros temas que pueden tener una inmutabilidad normativa serían aquellos relativos a la rendición de cuentas de los servidores y los operadores de la función pública, la democracia deliberativa (los procedimientos de consulta popular), las cláusulas económicas en torno a los bienes públicos y los principios de la buena gobernanza.

Sin embargo, la cultura, la identidad y la educación constitucional enraizada en la sociedad y los operadores jurídicos es la mejor fórmula para dotar de coherencia y fuerza vivida a la Constitución. Asimismo, el texto constitucional debe advertir que la sociedad está en constante cambio, motivos de disenso y consenso forjan su devenir. El dinamismo de las Constituciones es su cualidad intrínseca, su cambio constante debe permitir nuevas proyecciones democráticas y de la dignidad humana.

En cambio, si al proceso de reforma constitucional se le agregan los factores que favorezcan su articulación plural y se permite la participación de la mayor parte de la sociedad, sería un proceso exitoso, y contaría con los elementos dinámicos en todos los segmentos de su realización. Lo anterior generaría una gran aceptación social de las reformas y aminoraría la posibilidad de conflictos constitucionales, pues el consenso sería uno de sus elementos de legitimación; ya que el proceso tuvo suficiencia de participación de sectores implicados en los cambios.⁴⁹

VI. BIBLIOGRAFÍA

- AGERE, Sam, *Promoting Good Governance: Principles, Practices and Perspectives*, 75-78, Commonwealth Secretariat, United Kingdom, 2000.
- ASBUN ROJAS, Jorge, “El proceso constituyente actual en Bolivia”, en SERNA DE LA GARZA, José María (coord.), *Procesos constituyentes contemporáneos en América Latina. Tendencias y perspectivas*, México, UNAM, 2009.
- BAILEY, Saki y MATTEI, Ugo, “Social Movements as Constituent Power: The Italian Struggle for the Commons”, disponible en: <http://www.uninomade.org/wp/wp-content/uploads/2012/10/Social-Movements-asConstituent-Power.pdf>.
- Cámara de Diputados, “Informe general, cuenta pública”, disponible en: http://www.asf.gob.mx/uploads/55_Informes_de_auditoria/Informe_General_CP_2013.pdf.
- Cámara de Diputados, “Sesión ordinaria del jueves 26 de febrero de 2015, versión estenográfica”, disponible en: http://www.diputados.gob.mx/version_estenografica.htm.
- FIX-FIERRO, Héctor, *Reformas constitucionales y cultura de la Constitución en México. Reflexiones a propósito de las deformaciones y disfunciones de un texto constitucional casi Centenario*, Universidad Nacional de Tucumán y Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Comunicaciones V Congreso.

⁴⁹ Constitutional arrangements and changes are the product of a multiplicity of institutional and societal actors, *ibidem*, p. 428.

- FIX-FIERRO, Héctor *et al.* (coords.) *Segunda Encuesta de Cultura Constitucional*, México, Instituto Nacional Electoral-Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.
- FUSARO, Carlo y DAWN, Oliver, *How Constitutions Change*, Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2011.
- JEFFREY JACOBSSOHN, Gary, *Constitutional Identity*, Harvard University Press, 2010.
- KING, Jeff, *Courting Social Rights*, Cambridge University Press, 2012.
- LOUGHTLIN, Martin, “What is Constitutionalisation?”, en DOBNER, Petra y LOUGHIN, Martin (eds.), *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford, Oxford Constitutional Theory, Series Edition, 2010.
- SCIULLI, David, *Theory of Societal Constitutionalism. Foundations of a No-Marxist Critical Theory*, Cambridge University Press, 1992.
- TEUBNER, Gunther, *Constitutional Fragments. Societal Foundations and Globalization*, Oxford University press, 2012.
- THORNHILL Chris, *Contemporary Constitutionalism and the Dialectic of Constituent Power. Global Constitutionalism*, 1, 2012.
- TORSTEN, Persson y GUIDO, Tobellini, *Democratic Capital: The Nexus Of Political And Economic Change*, NBER, Working Paper 12175, 2006.
- WALKER, Neil, “Constitutionalism and the Incompleteness of Democracy: An Iterative Relationship”. Working paper series, University of Edinburgh, núm. 2010/25, disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1650016.
- WERNER-MÜLLER, Jan, *Constitutional Patriotism*, Nueva Jersey, Princeton University Press, 2007.

RETOS Y PERSPECTIVAS DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL LOCAL EN MÉXICO

Júpiter QUIÑONES DOMÍNGUEZ*

SUMARIO: I. *Una visión retrospectiva.* II. *Límites e inconvenientes del control constitucional local.* III. *Perspectivas de desarrollo del derecho procesal constitucional local.*

I. UNA VISIÓN RETROSPECTIVA

Si bien sabemos que el constitucionalismo local en los diversos estados de la República mexicana es concomitante al nacimiento de la primera Constitución federal mexicana en 1824, lo cierto es que en las primeras Constituciones particulares de estas entidades federativas no existió ni siquiera de manera formal un derecho procesal constitucional “local”, entendido como la implementación de garantías jurídico-procesales tendentes a la salvaguarda de la supremacía de las cartas constitucionales locales respecto de leyes o actos de las autoridades de la propia entidad federativa de que se trate, es por ello que podemos decir que en materia de justicia constitucional local la evolución legislativa ha tenido un lento pero interesante desarrollo, pues desde el incipiente recurso de queja (por violación de garantías individuales) y la facultad del Supremo Tribunal de Justicia de dirimir los conflictos suscitados entre los poderes legislativos y ejecutivos que contempló la Constitución Chihuahuense de 1921, hasta la moderna redacción de las Constituciones de Veracruz, Coahuila, Tlaxcala, Chiapas, Nayarit, Querétaro, Quintana Roo, etcétera, reformadas a partir del año 2000 a la fecha, encontramos un interesante e innovador desarrollo normativo en esta materia. No obstante lo anterior, consideramos que el análisis se debe realizar desde dos perspectivas a saber: formal y material.

* Profesor e investigador de derecho constitucional, derechos humanos y derecho procesal constitucional de la Universidad Autónoma de Chihuahua.

1. *Formal*

Desde esta perspectiva y sin entrar detalles, dada la extensión de este trabajo, podemos destacar los siguientes puntos:

- Los modelos de justicia constitucional implementados en las Constituciones particulares de los Estados han asumido sistemas mixtos tendientes en mayor medida al modelo concentrado del tipo europeo-kelseniano.
- Es una constante encontrar reguladas las controversias constitucionales entre organismos públicos y poderes de los estados, así como acciones de inconstitucionalidad contra leyes emitidas por las legislaturas locales.
- Encontramos diversos juicios protectores de derechos fundamentales en las Constituciones de Chihuahua, Veracruz, Tlaxcala, Coahuila, Nayarit, Chiapas, Querétaro, y Oaxaca; no obstante, los mismos tienen diferentes denominaciones.¹
- Además, y como una propuesta innovadora respecto a la justicia constitucional en el ámbito federal, encontramos regulados diversos procesos tendientes a restablecer el orden constitucional respecto a alguna omisión legislativa inconstitucional entendida ésta como:

La falta de desarrollo legislativo de un precepto constitucional, ya sea que haya transcurrido el plazo concreto fijado por la Constitución para ello, o que sin existir plazo, la inercia legislativa obstaculice la eficacia de la Constitución en relación a principios esenciales del Estado Democrático y Social de Derecho, en perjuicio de los gobernados o del correcto funcionamiento de los órganos del Estado, en atención a la división y colaboración que debe existir entre los poderes públicos;²

de tal manera que coincidimos con Laura Rangel cuando al explicar su concepto de omisión legislativa nos dice: "...el punto sustancial lo constituye la transgresión que se le causa a la norma fundamental, de tal suerte que no puede desplegar su eficacia; esta

¹ Cf. Rivera Hernández, Juan, "El amparo local en México: análisis procesal constitucional", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Uribe Arzate, Enrique (coords.), *Derecho procesal constitucional local*, México, Porrúa, 2014, p. 188.

² Quiñones Domínguez, Júpiter, "Esbozo sobre la omisión legislativa inconstitucional", *Revista Iberoamericana De Derecho Procesal Constitucional*, núm. 17, enero-junio de 2012, p. 135.

violación es provocada por la inactividad legislativa...”³, es por ello que esta figura ha cobrado especial relevancia en la legislación procesal constitucional moderna, y en este sentido la encontramos en las Constituciones de Veracruz, Tlaxcala, Chiapas, Quintana Roo, Coahuila, Querétaro, Nayarit y Yucatán.

- Lo mismo podemos decir respecto a la figura procesal denominada “cuestión de inconstitucionalidad”, que en palabras de Edgar Corzo consiste, a grandes rasgos, en “el proceso mediante el cual los jueces ordinarios pueden, y deben, acudir ante el TC cuando tengan una duda respecto de la constitucionalidad de la ley que aplicarán para la resolución del caso pendiente ante ellos...”,⁴ esta definición encuadrada en el marco de la legislación española, la podemos complementar con lo que nos dice Giovanni A. Figueroa:

Cuando el órgano jurisdiccional considere que tiene que aplicar en el curso del proceso una norma con rango de ley de cuya constitucionalidad duda, y que no tenga la facultad para dejar de aplicarla, entonces existe un mecanismo de control que permite que el juez ordinario y el juez constitucional se coordinen: la cuestión de inconstitucionalidad.⁵

Esta interesante figura la consideramos de importante trascendencia para el derecho procesal constitucional en el ámbito local, por las razones que más adelante se darán, y podemos decir que hasta el momento sólo las Constituciones de Veracruz, Chiapas, Coahuila y Nayarit la han incorporado.

2. Material

Si bien de una forma somera hemos visto cómo desde el punto de vista formal se han venido desarrollando importantes avances en materia de derecho procesal constitucional local, es lamentable observar cómo materialmente el

³ Rangel Hernández, Laura, “El control de la inconstitucionalidad por omisión legislativa en las legislaciones procesal-constitucionales locales”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Uribe Arzate, Enrique (coords.), *Derecho procesal constitucional local*, México, Porrúa, 2014, p. 18.

⁴ Corzo Sosa Edgar, *La cuestión de inconstitucionalidad*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, p. 30.

⁵ Figueroa Mejía, Giovanni A., “Cuestión de inconstitucionalidad local (Méjico)”, Voz, *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, t. I, Poder Judicial de la Federación, Consejo de la Judicatura, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2014, p. 287.

terreno avanzado es muy poco, pues el ejercicio efectivo de la justicia constitucional en el ámbito local ha sido mínimo en la mayoría de los estados que cuentan con ese sistema, así, por ejemplo, a manera de muestreo podemos decir lo siguiente:

- *Veracruz*. Desde el año 2000 a octubre de 2015 se han realizado: una acción de inconstitucionalidad; una controversia constitucional local; cero juicios de omisión legislativa; 35 juicios de protección de derechos humanos y 31 cuestiones de inconstitucionalidad; lo que nos da un promedio de 4.5 juicios constitucionales por año.
- *Coahuila*. Implantó un sistema de justicia constitucional desde 2001, pero que dio inicio hasta 2005 con la publicación de la Ley de Justicia Constitucional, desde este año y hasta octubre de 2015 se han tramitado 29 acciones de inconstitucionalidad y 43 controversias constitucionales, es decir un promedio de 7 asuntos por año.
- *Tlaxcala*. A partir del 15 de enero de 2002, en que entró en vigor la Ley de Justicia Constitucional, y hasta octubre de 2015 ha conocido de: 173 juicios de protección; 30 juicios de competencia; un juicio de inconstitucionalidad y siete de omisión legislativa inconstitucional; lo que nos arroja un promedio de 15 juicios al año.
- *Querétaro*. De abril de 2010 a octubre de 2015 ha conocido de 9 juicios constitucionales, esto es, en promedio 1.8 por año.

Por lo anterior, es claro que la justicia constitucional local no ha tenido aún el impacto que tal vez se esperaba, pues incluso en el caso de Tlaxcala, que es la entidad más activa en este sentido, encontramos que se han iniciado en promedio 1.25 juicios constitucionales diversos por mes, lo cual todavía se considera bajo. Lo anterior nos parece que surge como consecuencia de un cierto desencanto o, en el peor de los casos, desconfianza respecto a la actuación de los órganos de control constitucional en el ámbito estatal, en razón de que todavía hoy se presentan diversas condiciones que desincentivan en la práctica el uso de los mismos.

II. LÍMITES E INCONVENIENTES DEL CONTROL CONSTITUCIONAL LOCAL

Es indiscutible que toda institución jurídica debe encontrarse regulada e incluso limitada atendiendo a diversos factores prácticos como son las circunstancias políticas, económicas y sociales del conglomerado al que va dirigido,

pues dichas instituciones por ser producto del intelecto humano se constituyen también en entes culturales adaptables a la realidad, de tal forma que, en la medida en que se dé esta adaptación será la calificación de viabilidad de los mismos.

El derecho procesal constitucional no escapa de estas exigencias sociales, y en materia local, atendiendo a nuestro federalismo, se hace más evidente la necesidad de analizar los límites y posibles inconvenientes que se pudieran oponer al desarrollo de la jurisdicción constitucional dentro de nuestras entidades federativas, por ello, en el presente párrafo abordamos algunos de los posibles problemas que dentro de esta tesitura enfrenta el derecho procesal constitucional a nivel local en nuestro país.

1. *Límites*

A. *El régimen federal de la Constitución general de la República*

En primer término, encontramos como limitante al control constitucional local, el orden constitucional de nuestra carta magna de 1917, y en especial lo tocante al pacto federal que se desprende en forma general de los diversos artículos 40, 41 primer párrafo, 108 tercer párrafo, 110 segundo párrafo, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 124 y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Atendiendo a lo anterior, podemos decir que, dado nuestro régimen federal, el derecho procesal constitucional a nivel local siempre tendrá como límite todos los ámbitos de competencia que la Constitución general reserva para la Federación, pues como dice Ulises Schmill, en un Estado federal encontramos al menos tres órdenes jurídicos diversos a saber: el central o federal, aplicable en todo el territorio nacional, el estatal, que se traduce en varios subconjuntos de normas que tienen vigencia sólo en partes del territorio estatal (llámense estados o entidades federativas) y un tercero superior a los dos anteriores y que los condiciona, que es el orden constitucional.⁶

Dentro de estas limitantes impuestas por el orden constitucional cabe resaltar lo prescrito en el artículo 133 de la Constitución que determina que:

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

⁶ Cf. Schmill Ulises, “Fundamentos teóricos de la defensa de la Constitución en un Estado federal”, en Cossío, José Ramón y Pérez de Acha, Luis M. (comps.), *La defensa de la Constitución*, 2a. ed., México, Fontamara, 2000, p. 23.

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 arreglaran a dicha Constitución, leyes y tratados, *a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.*

Esta disposición, además de resaltar la supremacía de la Constitución, tratados y leyes federales, por sobre las Constituciones y leyes de los estados, establece una obligación directa para los jueces locales, dentro de los que, desde luego contamos a aquellos encargados del control constitucional local. En consecuencia, se entiende que dicho precepto establece el principio de supremacía de la Constitución y debe ser interpretado en armonía con los demás preceptos que reservan la jurisdicción constitucional al Poder Judicial de la Federación.

Todo lo anterior hace patente las limitantes que nuestro modelo federal impone a la justicia constitucional local, de tal forma que coincidimos con David Cienfuegos Salgado, cuando señala:

Las entidades federativas mexicanas están transformando poco a poco el modelo federal imperante. Lo hacen desde pequeñas trincheras, con minúsculos avances sobre el terreno minado por una concepción federalista de carácter central, con los desafíos valientes de legislaturas que buscan ir conquistando los derechos elementales que les corresponden como formadoras del ente federal, con concesiones graciosas o urgentes que se dan desde el centro político del país.⁷

B. *El juicio de amparo y las controversias constitucionales a nivel federal*

El amparo se instaura como una limitación real al derecho procesal constitucional local, pues el mismo es el medio por excelencia de que goza cualquier gobernado para impugnar actos o normas generales emitidas por cualquier autoridad de gobierno, incluyendo aquellas que gozan de jurisdicción constitucional en los Estados y que vulneren las garantías de los gobernados que contempla la Constitución general. En este sentido, resulta banal que las Constituciones locales establezcan que las resoluciones de los órganos de jurisdicción constitucional local son “definitivas e inatacables”, pues esa definitividad sólo es concedida por la Constitución federal para resoluciones de determinados órganos y en los casos que la misma determina.

⁷ Cienfuegos Salgado David, “Una propuesta para la justicia constitucional local en México”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, núm. 4, julio-diciembre de 2005, p. 115.

De lo anterior, se puede concluir válidamente que, cuando alguna sentencia de los órganos de control constitucional local afecte intereses de particulares, en la mayoría de los casos el asunto se resolverá de manera definitiva por un juez de amparo, razón por la que se considera que el control de las Constituciones locales, siempre estará limitado por la institución del amparo.

Por estas razones, se considera al juicio de amparo como límite real del desarrollo de la justicia constitucional, y a las mismas se pueden sumar las referidas por Cynthia Chanut Esperón, quien menciona:

...la realidad apunta que el ámbito de justicia local se encuentra —o tal vez, se encontraba— en un orden subordinado y dependiente del ámbito federal... Una primera explicación deriva del centralismo político y económico que el país ha vivido desde antaño... Otra razón que explica el desequilibrio entre jurisdicciones es la forma en que actualmente funciona el *amparo judicial*, como mecanismo mediante el cual la justicia federal tiene la facultad de revisar las resoluciones de los tribunales locales, resolviéndose cuestiones de legalidad y de constitucionalidad local. Esta naturaleza del amparo directo le confiere una connotación de subordinación a la justicia local frente al ámbito federal. Además, establece el problema de la “doble jurisdicción”, que acarrea un elevado costo económico y de tiempo... La existencia de esta subordinación jurisdiccional de los tribunales locales produce distintos efectos en el ordenamiento jurídico y en la organización estatal en su conjunto. Una muy importante es que las entidades federativas no cuentan con las instituciones que auténticamente resuelvan las controversias sobre la aplicación del derecho en última instancia, lo que implica una falta de ejercicio autónomo del poder local y una debilidad institucional ante la imposibilidad de que la interpretación que hagan de su propia Constitución y leyes, prevalezca en definitiva, y de que sus criterios interpretativos impacten en la administración de justicia del Estado, pues están sujetos al “*visto bueno*” de la justicia Federal.⁸

Al igual que el juicio de amparo, consideramos que las controversias constitucionales limitan el desarrollo del derecho procesal constitucional, pues, no obstante que pudiera pensarse que no son las sentencias dictadas en controversias constitucionales (fедерales)⁹ las únicas que resuelven litigios que entre entes públicos estatales pudieran darse, pues las controversias constitucionales locales versan precisamente sobre constitucionalidad local y contemplan sujetos legitimados diferentes a los referidos en la fracción I

⁸ Chanut Esperón, Cynthia, “El Poder Judicial de la Federación y la tutela de la independencia de los poderes judiciales locales”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, núm. 3, enero-junio de 2005, pp. 310 y 311.

⁹ Permitásenos este término para distinguirlas de aquellas contempladas en las Constituciones de los Estados.

del artículo 105, además de que los entes públicos no pueden acudir con este carácter al juicio de amparo; sin embargo, nos encontramos con que existen criterios de nuestro máximo tribunal que contradicen estas ideas, como, por ejemplo, el relativo a la controversia constitucional 31/97.

La citada controversia constitucional plantea la invalidez de un decreto del Congreso del Estado de Morelos en el que se resuelve un conflicto de límites territoriales entre los municipios de Temixco y Cuernavaca, ambos del mismo estado; en dicha controversia constitucional, calificada por el ministro José de Jesús Gudiño Pelayo como “extraordinaria”, sobre todo por la importancia del punto medular a resolver, mismo que consistió en establecer si la Suprema Corte de Justicia debía (y estaba facultada para) resolver vía controversia constitucional cuestiones de mera legalidad (concretamente violaciones a los artículos 14 y 16 de la carta magna), lo cual se resolvió en sentido afirmativo, pues se estableció que la Corte podía revisar y resolver atendiendo a conceptos de invalidez de mera legalidad siempre y cuando con dicha violación se alterará el orden constitucional, el cual está obligada a velar su cumplimiento.¹⁰

Al sustentar dicho criterio, la Suprema Corte de Justicia de la Nación dejó entre abierta la posibilidad para que los entes públicos legitimados por la fracción I del artículo 105 de la Constitución general puedan en un momento dado acudir a plantear una controversia constitucional alegando conceptos de invalidez de legalidad como son las violaciones al debido proceso u otras similares, así, por ejemplo, si en el estado de Veracruz se plantea una controversia entre el Poder Ejecutivo y el Legislativo del estado, de conformidad con lo que establece el artículo 65, fracción I, inciso *c*, de la Constitución local, y al resolver la misma el Tribunal Superior de Justicia falla a favor del Poder Legislativo, el Ejecutivo tendrá expedita la acción de controversia constitucional (artículo 105 constitucional) ya no en contra del Legislativo, sino del propio Tribunal Superior que lo condenó, de conformidad con lo prescrito en la fracción I, inciso *h*, del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; de tal suerte que, al igual que en el juicio de amparo, las controversias constitucionales a nivel federal se instituyen como una limitante al ejercicio del control constitucional local.

2. Inconvenientes

Para hablar de los inconvenientes que encontramos con relación a la actual regulación del derecho procesal constitucional local en nuestro país,

¹⁰ Cf. Gudiño Pelayo, José de Jesús, *Controversia sobre controversia*, México, Porrúa, 2000.

consideramos que los mismos se presentan al menos dentro de dos ámbitos diferentes que son: el económico y, desde luego, el político, a continuación abordamos los inconvenientes dentro de ese orden.

A. Económicos

- a. El establecer tribunales o salas especiales implica un mayor gasto público

En efecto, implementar tribunales autónomos o salas y juzgados especiales trae aparejado un considerable gasto para el Estado, lo cual tal vez no sea justificable hoy en día, pues si bien es cierto que es de gran importancia darle vida y eficacia a las Constituciones locales, también lo es que en la actualidad las entidades federativas de nuestro país afrontan una serie de problemas económicos ante las carencias que imperan en las zonas rurales, y la constante exigencia de más y mejores servicios en las zonas urbanas.

- b. El aumento de las costas judiciales

Es claro que, si como dijimos con anterioridad, el instaurar un juicio o recurso de constitucionalidad local que en la práctica corresponda a una instancia previa al juicio de amparo dilataría la impartición de justicia, como consecuencia de ello se incrementarían los gastos y costas judiciales tanto del Estado como de los particulares justiciables.

B. Políticos

En este sentido, debemos reflexionar con relación a si hoy en día verdaderamente existen las condiciones necesarias para que los poderes judiciales de los estados gocen de una verdadera autonomía política respecto a los otros poderes locales, sobre todo del Ejecutivo local.

Así, es clara nuestra divergencia con lo expresado en su momento por José de Jesús Gudiño Pelayo, quien en forma optimista afirmó: “El pluralismo político y el ejercicio democrático que ahora imperan nada tiene que ver con las luchas caudillegas y los cacicazgos de principios de siglo XX”,¹¹ y más adelante manifiesta: “...las condiciones están dadas para re-

¹¹ Gudiño Pelayo, José de Jesús, *Ingeniería judicial y reforma del Estado*, México, Laguna, 2001, p. 60.

vertir la tendencia centralista y hacer realidad el federalismo en el ámbito de la judicatura, reversión que, en mi concepto, debe concentrarse de manera gradual”.¹²

Más bien nos preocupa la falta de mecanismos reales que garanticen la independencia del juez local, pues aunque se ha avanzado formalmente en este aspecto, consideramos que aún falta por recorrer en este sendero, tal y como lo señala Cynthia Chanut:

Sin embargo, en la práctica, las normas constitucionales y legales no necesariamente garantizan que los juzgadores puedan tener la estabilidad necesaria para ejercer de forma autónoma la función jurisdiccional, pues en ocasiones las tensiones e intereses existentes entre los poderes locales junto con la falta de voluntad política, puede significar un obstáculo para la debida adopción de un régimen de inamovilidad entre los funcionarios judiciales.¹³

Por lo anterior, consideramos necesario el impulso de un constitucionalismo local que refuerce la autonomía de las entidades federativas, pero siempre dentro del marco de respeto al pacto federal y demás derechos y deberes democráticos que impone nuestra Constitución general, ya que no se puede permitir caer en la tentación de instaurar una “soberanía” local que mediante instrumentos constitucionales mal empleados puede tornarse en una autocracia de élites políticas regionales.

No obstante lo anterior, estamos convencidos de que el constitucionalismo local en los albores del siglo XXI es un amplio campo de oportunidad que a continuación se comenta.

III. PERSPECTIVAS DE DESARROLLO DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL LOCAL

Independientemente de si entendemos al Estado federal como un sistema de distribución armónica de la soberanía entre Federación y estados, o como un instrumento de descentralización del poder político mediante el cual se garantiza la autonomía de las entidades federativas y su autodeterminación política, lo que nos queda claro es que en el ámbito interno de los Estados las Constituciones son o deben ser norma fundamental del sistema jurídico, pues, como apunta Marcos del Rosario: “Tienen la característica de ser normas supremas, pues condicionan el accionar jurídico y político en sus

¹² *Ibidem*, p. 67.

¹³ Chanut Esperón, Cynthia, *op. cit.*, p. 316.

respectivas entidades, al establecer la organización y administración política, garantizando de igual forma, la vigencia de los derechos de sus habitantes”.¹⁴

Lo anterior se vuelve más evidente después de las reformas constitucionales de 2011 y de lo resuelto por la Suprema Corte de Justicia en el expediente varios 912/2010 y la contradicción de tesis 293/2011, de donde, según nuestra perspectiva, se desprenden las siguientes consecuencias:

A) La Constitución da la misma fuerza y jerarquía a los derechos humanos contemplados en tratados internacionales que a las diversas normas constitucionales, incluso establece el juicio de amparo como medio de protección de los mismos, lo cual viene a fortalecer la idea de que en México existe un bloque de constitucionalidad-convencionalidad¹⁵ integrado por:

- a) La Constitución del 5 de febrero de 1917 vigente en la actualidad.
- b) Todos los derechos humanos contemplados en instrumentos internacionales (ya sean tratados, convenciones o declaraciones) celebrados por el Estado mexicano.

Ahora bien, esta conclusión se confirma en razón del “nuevo” medio de control constitucional que por vía jurisdiccional se implementa en México, nos referimos al “control difuso de constitucionalidad-convencionalidad” exigido por la sentencia interamericana que condena al Estado mexicano en el *caso Rosendo Radilla Pacheco*.

Efectivamente, en el expediente “varios” 912/2010, la Suprema Corte resolvió:

SÉPTIMO. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD. Una vez que hemos dicho que las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las que el Estado mexicano haya sido parte son obligatorias para el Poder Judicial en sus términos, hay que pronunciarnos sobre lo previsto en el párrafo 339 de la sentencia de la Corte Interamericana que establece 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

¹⁴ Rosario Rodríguez, Marcos del, “Protección, reconocimiento y eficacia de los derechos fundamentales en las constituciones locales”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Acuña, Juan Manuel (coords.), *Curso de derecho procesal constitucional*, México, Porrúa, 2011, p. 530.

¹⁵ Cf. Ferrer Mac-Gregor Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma del juez mexicano”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, México, UNAM, 2011, p. 356.

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.”

En otro aspecto, el diez de junio de dos mil once se publicó en el Diario Oficial de la Federación la reforma al artículo 1o. de la Constitución Federal para quedar, en sus primeros tres párrafos, como sigue:

“En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales en 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...”.

27. De este modo, 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*.

30. De este modo, el mecanismo para el control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos debe ser acorde con el modelo general de control establecido constitucionalmente, pues no podría entenderse un control como el que se indica en la sentencia que analizamos si el mismo no parte de un control de constitucionalidad general que se desprende del análisis sistemático de los artículos 1o. y 133 de la Constitución y es parte de la esencia de la función judicial.

32. Esta posibilidad de inaplicación por parte de los jueces del país en ningún momento supone la eliminación o el desconocimiento de la presun-

ción de constitucionalidad de las leyes, sino que, precisamente, parte de esta presunción al permitir hacer el contraste previo a su aplicación.

Con lo anterior queda claro que el nuevo bloque de constitucionalidad-convencionalidad se integra por la norma constitucional y lo que pudiéramos llamar, con el doctor Fix-Zamudio, los “derechos humanos internos de fuente internacional”,¹⁶ pero aún más, los derechos humanos tanto de fuente constitucional, como de fuente internacional se erigen como el nuevo paradigma constitucional mexicano de acuerdo a lo que establecen los párrafos segundo y tercero del artículo 1o. de la Constitución, de modo tal que podemos hablar ya no de una supremacía de la Constitución, sino de una “supremacía de los derechos humanos”, y en consecuencia, al existir este núcleo “duro” de constitucionalidad, existe la posibilidad de que se presenten lo que Otto Bachhof¹⁷ llama “normas constitucionales inconstitucionales” cuando exista contradicción insalvable entre un precepto de la Constitución y algún derecho humano reconocido por el Estado mexicano.

Por todo lo anterior, consideramos que existe una amplia área de oportunidad para el constitucionalismo local, sobre todo por lo que respecta al reconocimiento y protección de derechos fundamentales, máxime si partimos de que la Constitución general ha posicionado a nivel de norma fundamental los derechos humanos tanto de sede constitucional como internacional, además que, según el artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y la interpretación que del mismo ha realizado la Corte IDH, cuando exista conflicto de leyes en relación con la extensión de un derecho humano, deberá atenderse a la norma que dé mayor protección al derecho de que se trate, independientemente de si se trata de una norma nacional o bien, internamente, de una norma de menor jerarquía.¹⁸ Es por esto que el constitucionalismo local tiene hoy la oportunidad de reivindicar derechos humanos más allá de lo establecido por la propia Constitución general.

Lo anterior sin que se piense en una confrontación entre la Constitución general y las particulares de los estados, pues las controversias en

¹⁶ Fix-Zamudio, Héctor, “La necesidad de expedir leyes nacionales en el ámbito latinoamericano para regular la ejecución de las resoluciones de organismos internacionales”, en Corzo Sosa, Edgar (coords.), *Impacto de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Tirant lo Blanch, 2013, p. 233.

¹⁷ Cf. Bachof, Otto, *¿Normas constitucionales inconstitucionales?*, trad. de Leonardo Álvarez Álvarez, Lima, Palestra Editores, 2008

¹⁸ Cf. Ferrer Mac-Gregor Eduardo, *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad*, cit., pp. 358 y 359.

materia de derechos humanos deben resolverse buscando la armonía entre los mismos, atendiendo a los principios de interpretación conforme y pro persona, ya que como dice Caballero Ochoa:

Digamos que en esto radica la pedagogía de la interpretación conforme: armonizar las tensiones normativas... Se trata de realizar un derecho en la “mayor medida posible” como ha señalado la Primera sala de la SCJN, lo que “dependerá de las otras normas jurídicas que también resulten aplicables en el caso concreto: los principios están indefectiblemente llamados a ser limitados por los otros principios y reglas con los que entren en interacción”.¹⁹

De igual manera se expresa Ferrer Mac-Gregor cuando nos dice:

...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 jurisprudencia convencional (como estándar mínimo), para desechar aquellas “interpretaciones” contrarias o incompatibles al parámetro convencional...²⁰

Pues bien, precisamente este ejercicio de “integración y armonización” también se debe realizar en la tensión que se presente entre una norma de la Constitución federal y una norma de alguna Constitución particular de un estado, ya que es precisamente este pluralismo jurídico que nos llevó a la reforma constitucional de 2011, el que se debe tomar en cuenta para tener a los derechos humanos (independientemente del ordenamiento en que se encuentren) como parámetro de regularidad constitucional, lo que hace posible que el constitucionalismo local sea parte activa en la integración de este nuevo paradigma.

Como corolario podemos decir que el derecho procesal constitucional del siglo XXI requiere para su desarrollo atender las siguientes cuestiones:

- 1) Buscar un fortalecimiento de la definitividad de las resoluciones de los órganos locales de control constitucional, a través de una reingeniería constitucional-judicial en el país, para que al menos, tratándose de resoluciones en materia de constitucionalidad local, no sean

¹⁹ Caballero Ochoa, José Luis, *La interpretación conforme*, 2a. ed., México, Porrúa, 2014, p. 204.

²⁰ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad*, cit., p. 343.

admitidos como “recursos extraordinarios” tanto el juicio de amparo como las controversias constitucionales ante la Suprema Corte de Justicia. Lo anterior sin perjuicio de que se reserve para la Corte, a través de sus salas, diversos procesos de *cerciorati* en relación con asuntos de constitucionalidad local, que pudieran ser de trascendencia e importancia para sentar criterios generales en todo el país.

- 2) Lo anterior sería totalmente inviable si no se garantiza la autonomía judicial en los estados de la República, desde los procedimientos de designación de las magistraturas superiores, donde los nombramientos recaigan en personas de demostrada capacidad sin que se reflejen en cuotas políticas o compadrazgos que impliquen compromiso o sumisión política a los demás grupos de poder. Lo anterior con el reforzamiento de las figuras de garantía judicial para el correcto desempeño de sus funciones, y adecuados programas de capacitación para todos los involucrados en las funciones de control constitucional.
- 3) Ampliar los procesos a cargo de la jurisdicción constitucional local, homologando en la medida de lo posible los mismos en todas las entidades federativas de la República, destacando la necesidad de que se regulen las controversias constitucionales, las acciones de inconstitucionalidad, la omisión legislativa, el juicio protector de derechos humanos, la cuestión de inconstitucionalidad y el control difuso de constitucionalidad-convencionalidad que establecen los artículos 10. y 133 de la Constitución general.
- 4) Respecto al control de constitucionalidad-convencionalidad, se insiste en que el constitucionalismo local tiene la oportunidad de aportar al paradigma del pluralismo jurídico mundial, normas y criterios que impulsen el desarrollo de los derechos fundamentales más allá de los criterios de la Suprema Corte de Justicia o de los tribunales supranacionales, esto desde luego llevando a cabo interpretaciones de conformidad con la Constitución general y los tratados internacionales en esta materia, en clave de integración y armonización de los valores que convergen dentro del discurso de los derechos humanos.

NOTAS SOBRE LA JUSTICIABILIDAD Y CONSTRUCCIÓN JURISDICCIONAL DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD EN MÉXICO

Laura RANGEL HERNÁNDEZ*

SUMARIO: I. *La atención a la salud desde el enfoque asistencial.* II. *La salud a partir de acciones estatales.* III. *La institucionalización del servicio público de salud.* IV. *El reconocimiento del derecho a la protección de la salud en la Constitución mexicana.* V. *La reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos y del juicio de amparo.*

Hoy no quedan dudas respecto de que todas las personas son titulares del derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, así como a su protección y ejercicio efectivo, tanto por su reconocimiento a nivel internacional en los principales instrumentos universales y regionales de derechos humanos, como en una gran cantidad de Constituciones de los Estados; sin embargo, esta convicción no siempre ha tenido el mismo alcance ni grado de cumplimiento, es por ello que hemos seleccionado este tema para participar en este importante evento académico, que goza de una perspectiva histórica.

De esta manera, se abordará brevemente la evolución de este derecho a partir de diferentes momentos en el tiempo, los cuales si bien no se basan en un criterio científico, nos permitirán mostrar su avance.

I. LA ATENCIÓN A LA SALUD DESDE EL ENFOQUE ASISTENCIAL

Existe evidencia de que la salubridad fue un tema importante en los tiempos virreinales, no obstante, debe mencionarse que buena parte de los servicios de salud que existían, se encontraban encomendados a las corporaciones

* Maestra en derecho y en derecho procesal constitucional. Miembro del Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional. Fue titular del Comité de Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales de la Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas.

religiosas y particulares, es decir, no eran prestados de manera directa por instituciones del Estado, el cual, en todo caso, sólo se ocupaba de saneamiento, epidemias, etcétera, de modo que las personas accedían a las atenciones médicas según su capacidad para pagarlas, lo cual, por supuesto, suponía la virtual exclusión de la mayoría de la población de los cuidados médicos o de una atención mínimamente completa. Las únicas medidas de protección general pasaban por medidas de beneficencia, ya fuera por parte del Estado o bien privada.

II. LA SALUD A PARTIR DE ACCIONES ESTATALES

Un poco más adelante se evidencia que el Estado retoma las acciones relacionadas con la salud, con hechos relevantes a destacarse; por ejemplo, en 1841, el entonces presidente Antonio López de Santa Anna, ordenó la creación del Consejo Superior de Salubridad, con atribuciones de higiene pública y policía sanitaria, el cual, además, entre 1903 y 1910 lidió con epidemias, fiebre amarilla, malaria, tuberculosis y enfermedades venéreas, además de que propició pavimentación de banquetas y un adecuado sistema de dotación de agua potable y alcantarillado; inclusive hubo contacto con la Asociación Americana de Salud Pública, creada en 1872 y con la Asociación Médica Americana en 1891.¹ En 1891 se expidió el primer Código Sanitario del México independiente.

III. LA INSTITUCIONALIZACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE SALUD

Una modificación normativa de gran relevancia para el tema que nos ocupa, ocurrió hasta 1908, cuando se reformó la Constitución de 1857 para facultar al Congreso de la Unión para dictar leyes en materia sanitaria.²

¹ Gudiño-Cejudo, María Rosa *et al.*, “La Escuela de Salud Pública de México: su fundación y primera época, 1922-1945”, *Salud Pública de México*, vol. 55, núm. 1, enero-febrero de 2013, p. 82.

² Sánchez Cordero, Olga, Participación en el simposio internacional “Por la calidad de los Servicios Médicos y la Mejoría de la Relación Médico Paciente”, celebrado en el auditorio Jaime Torres Bodet del Museo Nacional de Antropología e Historia en la Ciudad de México, el 9 de octubre de 2000. Colección discursos, núm. 6 Poder Judicial de la Federación, 2000, disponible en: <http://goo.gl/SMGbMP>.

Para un panorama sobre el derecho sanitario véase: Quero Morales, José, Derecho sanitario mexicano, disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/49/dtr/dtr8.pdf>.

Y un poco más adelante, resulta de gran trascendencia señalar que fiel a sus convicciones de carácter social, la Constitución de 1917, que ha sido reconocida mundialmente por ser la primera en contemplar derechos de este tipo, incorpora cierta protección a la salud de las personas en México, a través del artículo 73 que, en su fracción XVI, faculta al Congreso para legislar en materia de salubridad pública, además de establecer el Consejo de Salubridad, con una serie de facultades incluyendo las de carácter extraordinario para legislar; así también en el artículo 123 se consignan referencias a la salud de los trabajadores.

En congruencia, en 1918 se estableció un Departamento de Salubridad dependiente del Poder Ejecutivo, con jurisdicción a nivel nacional; posteriormente, mediante decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* en octubre de 1943 se creó la Secretaría de Salubridad y Asistencia, la cual se transformó en la actual Secretaría de Salud mediante reforma a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 21 de enero de 1985.³

En el ámbito legislativo destaca la publicación de la Ley de Coordinación y Cooperación de Servicios Sanitarios en la República, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 25 de agosto de 1934; el Código Sanitario de los Estados Unidos Mexicanos publicado el 1o. de marzo de 1955, y el Código Sanitario de los Estados Unidos Mexicanos del 26 de febrero de 1973, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 13 de marzo de 1973.⁴

Las anteriores normas fueron abrogadas por la actual Ley General de Salud, que en su versión original fue publicada en la Segunda Sección del *Diario Oficial de la Federación* el 7 de febrero de 1984, y que ha sufrido diversas reformas hasta el texto que conocemos hoy; con esta normatividad se da paso a la conformación del sistema nacional de salud. También cabe mencionar que en 1996 se reestructuró el Sistema Nacional de Salud a través de un proceso de descentralización de dichos servicios, que antes se concentraban en la Secretaría de Salud. Esto implica que los gobiernos locales asumieron la organización y operación de los establecimientos y los servicios de atención médica.⁵

En el ámbito judicial, resulta difícil identificar antecedentes judiciales relacionados con el derecho a la protección de la salud; no obstante, según reporta Mejorado Olaguez, en enero de 1932 la Suprema Corte de Justicia

³ En ambos casos, *cfr. Diario Oficial de la Federación*.

⁴ *Idem*.

⁵ Acuerdo Nacional para la Descentralización de los Servicios de Salud, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 25 de septiembre de 1996.

de la Nación resaltó la dificultad de diferenciar la Salubridad General de la República y las salubridades generales locales, aduciendo que el Poder Judicial no puede invadir funciones del Poder Legislativo.⁶

IV. EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD EN LA CONSTITUCIÓN MEXICANA

El 3 de febrero de 1983 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el Decreto por el que se adiciona con un párrafo penúltimo el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que incorpora el derecho a la protección de la salud.⁷

Aquí cabe mencionar que este reconocimiento, aunque innovador en el derecho mexicano llega tarde en relación con el contexto internacional donde este derecho ya se encontraba reconocido en muchos documentos internacionales. En primer lugar, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre⁸ y en la Declaración Universal de Derechos del Hombre se contenían previsiones sobre la salud;⁹ posteriormente, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas, se reconoce en el artículo 12¹⁰ el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física

⁶ Mejorado Olaguez, Ángel Ismael, “Aspecto Histórico-Jurídicos del derecho a la protección de la salud”, *Revista del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Durango*, núm. 22-23, abril-septiembre de 1986.

⁷ “Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución”. (Texto original del decreto).

⁸ Artículo XI.- Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad.

⁹ Artículo 25. 1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

¹⁰ 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: a) La reducción de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) La creación

y mental. Y posteriormente, en el artículo 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador” se retoma el derecho a la salud.¹¹

Además, vale la pena recordar que el orden jurídico constitucional se quedó anclado al concepto de garantías individuales. A esto había que sumar dos variables:

- La rigidez del juicio de amparo o también llamado “de garantías”, que como su nombre lo dice se constreñía a proteger garantías individuales. En este sentido vale la pena recordar que derechos de carácter social, como lo es la protección de la salud, no fueron considerados como garantías individuales, al considerar que no incluían un derecho subjetivo público específico que pudiera ser exigido y, por tanto, cumplido por el Estado. Esta situación, en el caso particular de la protección a la salud impidió durante mucho tiempo su justiciabilidad.
- La equivocada concepción de que los derechos de tipo social son de carácter programático, lo que los convertía en buenas intenciones sin una obligatoriedad en su cumplimiento.¹² Contra esta concepción se sigue luchando hasta la fecha, aunque, como veremos, hay avances dignos de mencionarse.

Si bien lo anterior constituía la regla general del estado de cosas, en este momento histórico hemos detectado algunos precedentes judiciales relevan-

de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

¹¹ Artículo 10. Derecho a la salud. 1. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social. 2. Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados Partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho: a. La atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad; b. La extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado; c. La total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas; d. La prevención y tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole; e. La educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud, y f. La satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables.

¹² Véase, por ejemplo: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *La justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales*, 2009; Abramovich y Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002, entre otros.

tes que sentaron las bases de la protección jurisdiccional del derecho a la protección de la salud, como por ejemplo:

1. Amparo en Revisión 2231/97. Medicamentos para el sida

En diciembre de 1996 una persona promovió juicio de amparo en contra de diversas autoridades alegando la violación al artículo 4o. constitucional debido a que el Cuadro Básico y Catálogo de Medicamentos del Instituto Mexicano del Seguro Social, para 1996, no contemplaba un medicamento relacionado con el Síndrome de la Inmunodeficiencia Adquirida (sida), por lo cual no learía proporcionado.

El juicio fue radicado ante el juez octavo de distrito en materia administrativa en el Distrito Federal, quien dictó resolución el 21 de mayo de 1997 sobreseyendo y negando el amparo. Inconforme con esta resolución se promovió un recurso de revisión que, finalmente, fue resuelto el 25 de octubre de 1999 por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, aquí se modificó la sentencia recurrida y se reservó jurisdicción al Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito,¹³ para resolver cuestiones de legalidad alegadas en el recurso. Respecto del argumento total que aquí nos preocupa, la Corte determinó que:

Contrariamente a la interpretación directa y errónea en que incurrió el a quo respecto al cuarto párrafo del artículo 4o. constitucional, encontramos que en nuestro ordenamiento jurídico sí existe una norma de derecho que obliga a las autoridades responsables a suministrar a los enfermos los medicamentos que éstos pretendan, siempre y cuando tales medicamentos produzcan los mayores beneficios terapéuticos posibles para la enfermedad concreta de que se trate, siendo precisamente tal norma jurídica el derecho a la protección a la salud, establecido en el multicitado párrafo cuarto del artículo 4o. constitucional, y concomitantemente, el quejoso, al igual que los demás gobernados sí es titular de un derecho subjetivo que lo habilita para recibir en especial determinados medicamentos (con la mayor eficacia terapéutica), esto es, el

¹³ “Lo anterior permite concluir que es fundado el agravio planteado porque el derecho a la protección de la salud sí comprende la recepción de los medicamentos básicos para el tratamiento de la enfermedad, como se encuentra establecido en la Ley reglamentaria de este derecho, a saber, la Ley General de Salud, constituyendo ya una cuestión de legalidad la determinación relativa a cuáles son los medicamentos que deben considerarse como básicos para el tratamiento de enfermedades, en concreto, si los que menciona el quejoso, ahora recurrente tienen tal carácter o no, agravio en torno al cual debe reservarse jurisdicción al Tribunal Colegiado de Circuito que corresponda”.

derecho a la protección a la salud no otorga a los gobernados la prerrogativa de recibir los medicamentos que éstos pretendan de manera arbitraria, pero sí les otorga el derecho a recibir los medicamentos que produzcan los mejores beneficios terapéuticos posibles.

Con lo anterior, se estableció que los, en ese entonces denominados, gobernados sí eran titulares de un derecho subjetivo que los habilitaba para recibir los medicamentos antes indicados. Esto constituye un gran precedente en beneficio de la protección de la salud en nuestro país, toda vez que dio un giro a la forma de comprender este derecho en el marco jurídico nacional.

2. *Amparo Administrativo 1157/2007-II. Caso Mini Numa*¹⁴

Este asunto constituye, sin lugar a dudas, uno de los hitos en materia de protección del derecho a la protección de la salud en nuestro país, en particular debido a que se resolvió desde 2008, es decir, mucho antes de las reformas constitucionales de 2011, tanto de derechos humanos como de amparo que, por un lado, otorga una valoración diferente a los derechos humanos, incluyendo los de carácter social y, por otro, reconoce de manera expresa la procedencia del juicio de amparo respecto de derechos humanos, ya sean de fuente nacional o internacional.¹⁵

Los hechos suceden en el contexto de una pequeña localidad en Guerrero, llamada *Mini Numa*, en el municipio de Metlatónoc, Guerrero, la cual, como muchas otras, no cuenta con servicios médicos. Esto generó la proliferación de enfermedades que al no ser debidamente atendidas al final, derivaron en el fallecimiento de personas, tanto adultos como niños.¹⁶

Preocupados por el mal estado de salud y las muertes de menores, los pobladores se organizaron para solicitar a las autoridades que les construyeran un centro de salud. Para ello, hicieron varios intentos ante las autoridades administrativas, quienes reiteradamente se negaron a atender sus peticiones, por lo cual, promovieron juicio de amparo en contra de un acto

¹⁴ Sobre el caso véase: Gutiérrez Rivas, Rodrigo y Rivera Maldonado, Aline, “El caso *Mini Numa*: un litigio estratégico para la justiciabilidad de los derechos sociales y la no discriminación en México”, disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facder-mx/cont/251/pr/pr5.pdf>.

¹⁵ Más allá de algunas imprecisiones al interior de la resolución, el caso ha sido analizado y reconocido por una gran cantidad de autores en distintos foros y materiales.

¹⁶ En la sentencia se documentaron casos de fallecimiento de niños por enfermedades gastrointestinales infecciosas, así como falta de atención al parto, entre otras, que debieron ser oportunamente curadas.

administrativo concreto,¹⁷ así como contra la “vulneración directa de su garantía social de acceso a la salud, contenida en el precepto 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”.

Seguido el proceso ante el licenciado Luis Almazán Barrera, juez séptimo de distrito en el estado de Guerrero, se dictó sentencia, en la cual se indica que la previsión en materia de salud contenida en el artículo cuarto constitucional “es una norma programática y contiene un derecho subjetivo”. También señala que se trata de una garantía individual, que “permite que este derecho sea reclamable a través del juicio de amparo” y un derecho fundamental que “deriva que el sistema de prestaciones que se establezca para hacerlo realidad, debe tener, por lo menos, las tres siguientes características: universalidad, equidad y calidad”.¹⁸

En el análisis del caso se comprobó que:

En la comunidad cuentan con una casa de salud, pero la Secretaría correspondiente no le proporciona los medicamentos básicos necesarios, por lo que los quejosos tienen que trasladarse al centro de Salud más cercano para recibir atención médica, que está ubicado en la cabecera municipal de Metlatónoc, Guerrero, y éste no cuenta con las instalaciones necesarias, ni servicios básicos y como consecuencia, con los medicamentos necesarios que hagan frente a las necesidades básicas de salud, [toda vez que] el mencionado centro de Salud, no cumple con los Lineamientos del Modelo Integrador de Atención a la Salud (MIDAS), emitido por la Secretaría de Salud, pues sólo existen dos vagones que fueron donados por la fundación “Vamos México”, que no cumplen con las condiciones mínimas (luz, agua, sanitarios); es inexistente la

¹⁷ El acto reclamado lo constituye el desechamiento del recurso de inconformidad hecho valer de acuerdo con la Ley de Salud del Estado, con lo cual se confirmó la determinación del 19 de julio de 2007, en la que la Secretaría de Salud del estado de Guerrero “negó a la comunidad de Mini Numa, proveer en todo lo necesario para que tuviera una unidad médica, con personal capacitado y cuadro básico de medicamento”.

La Secretaría de Salud negó la petición con base en determinaciones de carácter administrativo, argumentando “que acorde a los lineamientos establecidos en el modelo integrador de atención a la salud (MIDAS), para la construcción de un centro de Salud, la localidad debía contar con una población de dos mil quinientos a tres mil habitantes por núcleo básico a una distancia de quince kilómetros y un tiempo de treinta minutos de recorrido al Centro de Salud más cercano y que la comunidad respectiva, no cumplía con tales requisitos”.

¹⁸ Como parte de la argumentación, la sentencia refiere la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Convención Americana de Derechos Humanos, y el Convenio sobre los Derechos del Niño, suscritos por México; además de observaciones generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, la Constitución mexicana y las leyes secundarias en materia de salud. También se analizó el derecho a la igualdad y no discriminación que se encuentra íntimamente relacionado con la protección de la salud.

prestación del servicio durante las veinticuatro horas de los trescientos sesenta y cinco días del año; no cuenta con servicio de radio comunicación, ambulancia o apoyo vehicular; sólo es atendido por un médico que presta sus servicios de lunes a viernes, con un horario de ocho de la mañana a tres de la tarde; por tanto, aún y cuando los habitantes de la comunidad de Mini Numa, tengan que acudir a ese centro de salud, no se satisfacen sus necesidades básicas de atención a la salud.

Con base en lo anterior, se determinó conceder el amparo a los quejosos

a efecto de que las autoridades sanitarias primigenias del estado de Guerrero, Gobernador y Secretario de Salud, cumplan de inmediato con el acceso a la salud a que tienen derecho los aquí quejosos, bajo los siguientes lineamientos: a) que el espacio físico proporcionado por los habitantes de la comunidad de Mini Numa, Municipio de Metlatónoc, Guerrero, para la instalación de la casa de salud, se le proporcionen los elementos básicos o necesarios para su buen funcionamiento (acondicionamiento, mobiliario y medicamentos adecuados); asimismo, se cumpla con la cartera de servicios atinentes a la casa de salud, los cuales se encuentran plasmados en el Modelo Integrador de Atención a la Salud (MIDAS), emitido por las Secretaría de Salud; y b) Como el centro de salud ubicado en Metlatónoc, Guerrero, no cuenta con las condiciones mínimas establecidas en el Modelo Integrador de Atención a la Salud (MIDAS); por ende, es necesario contar con el inmueble adecuado que en realidad funcione como centro de salud, que cuente desde luego, con los elementos y servicios necesarios para su buen funcionamiento (infraestructura, personal adecuado y medicamentos básicos), atendiendo a los lineamientos previstos en el mencionado Modelo Integrador; sin que para el caso las autoridades sanitarias primarias del estado de Guerrero, puedan alegar falta de presupuesto, pues se trata de un motivo injustificable para cumplir con un imperativo constitucional.¹⁹

Es importante señalar que, aunque tardío, se ha dado cumplimiento a esta resolución respecto de la casa de la salud en la comunidad de Mini Numa, Guerrero, toda vez que cuenta con los medicamentos básicos, mobiliario necesario y sistema de comunicación. No obstante, por lo que hace al

¹⁹ Transcripciones de la sentencia dictada por el juez séptimo de distrito en el estado de Guerrero, en el juicio de amparo número 1157/2007-II, del 11 de julio de 2008.

Este caso en particular es de gran importancia, dado que se trata de uno de los poquísimos juicios que versan sobre el contenido esencial del derecho a la salud, además de que se promovió en forma colectiva por la comunidad, cuando el juicio de amparo es netamente individualista, según la construcción constitucional y procesal del mismo, tanto en lo que se refiere al promovente, como respecto de los efectos que tienen las sentencias.

centro de salud en Metlatónoc, en 2011 se terminó su construcción y posteriormente se proporcionó mobiliario y equipo, pero al 18 de septiembre de 2015, fecha de elaboración de este trabajo, no se ha acreditado que cuente de manera definitiva con el personal médico necesario.²⁰

Este caso establece el criterio de que el derecho a la protección de la salud incluye contar con los elementos de infraestructura, personal médico e insumos necesarios para poder atender las afectaciones a la salud, además de reconocer el carácter justiciable de dicho derecho, al otorgarle el carácter de garantía individual que trae inmerso un derecho subjetivo para la población y que, por tanto, debe ser objeto de protección por parte del Estado mexicano.²¹ Estos criterios fueron reconocidos a nivel nacional e internacional como un gran avance en el tema de la justiciabilidad del derecho a la protección de la salud en México, en particular en el momento en que se resolvió el asunto y con el marco jurídico tanto constitucional, como en materia de amparo que se encontraba vigente en dicha temporalidad.

Recordemos también que esta resolución está en consonancia con la interpretación que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas ha realizado respecto del artículo 12 del Pacto Internacional, en la Observación General núm. 14, donde claramente establece que uno de los elementos esenciales del derecho es la disponibilidad que debe existir de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud, además del elemento de accesibilidad física que indica que dichos establecimientos deben encontrarse al alcance geográfico de las personas, incluyendo las zonas rurales, como es el caso; por lo tanto si el Estado no provee de un número suficiente de centros de atención a la salud está violando el derecho, en particular al transgredir sus obligaciones de “cumplir” con el derecho a la salud.

²⁰ Según información que consta en el requerimiento de cumplimiento, realizado en el expediente y obtenido, mediante solicitud de información vía Infomex.

²¹ Resalta el hecho de que a pesar de que en las primeras consideraciones de la sentencia se indica que los efectos del amparo deben recaer únicamente en los quejosos, el resultado final de la resolución implica efectos para toda la comunidad, como ha quedado precisado. También se considera oportuno mencionar que en la resolución se encuentran algunos conceptos contradictorios; como se indicó, se cataloga al derecho como norma programática lo que en sí mismo niega su carácter justiciable, pero posteriormente le otorga la calidad de garantía individual, garantía social y de derecho fundamental de manera que finalmente acepta su procedencia a través del juicio de amparo. También debe destacarse la participación e impulso del Centro de Derechos Humanos de la Montaña “Tlalchinollan” en la consecución de esta resolución histórica.

V. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2011 EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS Y DEL JUICIO DE AMPARO

Sin lugar a dudas, estas reformas son las más relevantes que haya sufrido la Constitución mexicana en la materia y, por tanto, marcan un parteaguas en el orden jurídico mexicano. A través de éstas se centra la actuación gubernamental y del conjunto de las instituciones del Estado mexicano en las personas. Con esto también se institucionaliza la protección de los derechos humanos a través del amparo, y no sólo de aquéllos que están explícitamente señalados en la Constitución, sino también los de fuente internacional, que se encuentran en los tratados internacionales de los que México es parte.

Colateralmente, otro gran acontecimiento que ha favorecido la protección jurisdiccional de los derechos (incluyendo a los de carácter social) fue la determinación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que dejando atrás la postura contraria, permitió el ejercicio del control difuso constitucional y convencional.²² Estos cambios trascendentales han favorecido la

²² Véase expediente 912/2010 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y consultese Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Silva García, Fernando, *Jurisdicción militar y derechos humanos. El caso Radilla ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Porrúa-UNAM, 2011.

Al respecto se han asentado criterios judiciales, no siempre coincidentes, como los siguientes: 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, tesis: I.4o.A.91 K, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXI, marzo de 2010, p. 2927; CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN SEDE INTERNA. LOS TRIBUNALES MEXICANOS ESTÁN OBLIGADOS A EJERCERLO, tesis: XI.1o.A.T.47 K, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXI, mayo de 2010, p. 1932; PARÁMETRO PARA EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS, Tesis: I.5o.C.15 K (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro VIII, t. 2, mayo de 2012, p. 1822; CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. HIPÓTESIS QUE PUEDEN SUSCITARSE EN SU APLICACIÓN EX OFFICIO POR LAS AUTORIDADES JURISDICCIONALES Y FORMA EN QUE EL TRIBUNAL COLEGIADO DE CIRCUITO DEBE PROCEDER EN CADA UNA DE ELLAS, tesis: XXX.1o.2 K (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XI, t. 2, agosto de 2012, p. 1732; CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. PUEDE EJERCERSE RESPECTO DE CUALQUIER ACTUACIÓN U OMISIÓN DEL ESTADO: ACTOS Y HECHOS, tesis: IV.3o.A.11 K (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XV, diciembre de 2012, t. 2, p. 1305; CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. PARÁMETROS PARA EJERCERLO EN EL ÁMBITO JURISDICCIONAL CONFORME A LA EJECUTORIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN DICTADA EN EL EXPEDIENTE VARIOS 912/2010, tesis: VI.3o.(II Región)J/4 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XX, mayo de 2013, t. 2, p. 1092; CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. DIFERENCIAS ENTRE SU EJERCICIO EN SEDE NACIONAL E INTERNACIONAL, entre otros.

protección jurisdiccional de la salud y han permitido el establecimiento de criterios que van construyendo el contenido esencial de este derecho. En este orden de ideas podemos señalar muy brevemente algunas resoluciones judiciales que nos permitirán mostrar la evolución en este sentido.²³

1. *Contradicción de tesis 93/2011.²⁴ Responsabilidad por aplicación negligente de anestesia*

El 26 de octubre de 2011 la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió una contradicción de tesis, cuyo objeto consistió en determinar qué tipo de responsabilidad generan los daños ocasionados por el uso de la anestesia. Los principales criterios derivados de la contradicción son los siguientes:

- Respecto de la responsabilidad en general, reiteró que existen dos clases fundamentales: contractual y extracontractual. Para la primera basta con que se incumpla con la obligación pactada, mientras que la extracontractual puede tratarse de responsabilidad objetiva o subjetiva. Esta última se funda en un elemento de carácter psicológico, ya sea porque existe la intención de dañar o porque se incurre en descuido o negligencia. En cambio, en la responsabilidad objetiva se encuentra ausente el elemento subjetivo.
- La responsabilidad de los profesionales médico-sanitarios va más allá de los deberes contenidos o derivados de una posible relación contractual, ya que están obligados a actuar de acuerdo a los estándares de su profesión. Tales requerimientos pueden provenir tanto de disposiciones legislativas o reglamentarias, como de la *lex artis* de su profesión.
- Los daños generados por el actuar negligente de los profesionales médico-sanitarios generan una responsabilidad de carácter extracontractual porque no son derivados del riesgo inherente a los procedimientos médicos.
- La obligación de los profesionales médicos es de medios no de resultados, toda vez que la obligación del médico no es obtener, en todo caso, la recuperación del enfermo (curarlo), sino hacer todo lo que

²³ Debido a que el análisis enfatiza la evolución de los criterios judiciales, el orden de presentación de los casos corresponde a la fecha en que se dictan las resoluciones respectivas.

²⁴ Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y el Tribunal Colegiado en Materias Civil y de Trabajo del Décimo Circuito.

esté a su alcance para la consecución de dicho objetivo según las exigencias de la *lex artis*.

- Su responsabilidad es de índole subjetivo, cuyos elementos son: el daño, la culpa y el nexo causal entre dicho daño y culpa.
- Para determinarse el deber de indemnización del médico debe analizar por un lado, si la aplicación de la anestesia se realizó de acuerdo a los cuidados que exige la Norma Oficial Mexicana NOM-170-SSA1-1998, para la práctica de anestesiología y al deber de diligencia que le exige la profesión.
- En el caso del suministro de la anestesia, es necesario probar el elemento subjetivo de la conducta, esto es, el actuar negligente de los médicos, es posible señalar al tiempo que la carga de la prueba de la diligencia recae en dichos especialistas y/o instituciones médicas, en atención al derecho de indemnización de la víctima. En el caso del suministro de la anestesia, es necesario probar el elemento subjetivo de la conducta, esto es, el actuar negligente de los médicos, es posible señalar al tiempo, que la carga de la prueba de la diligencia recae en dichos especialistas y/o instituciones médicas, en atención al derecho de indemnización de la víctima.

Este es un caso que si bien no analiza de manera directa el derecho de protección de la salud, los hechos están relacionados con la actuación negligente de los médicos, lo que finalmente tiene efectos en la salud de las personas y sirve para establecer criterios que se podrán utilizar para la reparación del daño por violación del derecho a la protección de la salud a causa de la negligencia médica, de ahí su importancia.

2. *Amparo Directo en Revisión 2357/2010. Libertad prescriptiva de los médicos*

Este asunto surge a partir de un juicio ordinario civil seguido ante el juez vigésimo noveno de lo civil en el Distrito Federal, en el cual, por sentencia del 19 de julio de 2009, se condenó al demandado por haber cometido un hecho ilícito al haber practicado procedimiento quirúrgico a la parte actora sin agotar los estudios médicos exigidos y sin consentimiento informado, además de obrar con negligencia médica, en contravención a lo establecido por la Norma Oficial Mexicana para el tratamiento de la obesidad, condenándosele al pago de los daños causados.

Inconforme con dicha resolución, el médico interpuso un recurso de apelación, pero se declararon infundados los agravios y se confirmó la sen-

tencia impugnada por lo cual se interpuso juicio de amparo, el cual se radicó ante el Décimo Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, que el 22 de septiembre de 2010 dictó sentencia otorgando el amparo solicitado. El médico interpuso recurso de revisión que finalmente fue resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 7 de diciembre de 2011.

En el proceso constitucional se alegó la inconstitucionalidad los artículos 7.2.1 y 7.2.2 de la Norma Oficial Mexicana relacionada con el manejo integral de la obesidad, aduciendo que son violatorias de la libertad de trabajo del profesional médico para prescribir tratamientos. Sobre este particular se otorgó el amparo.²⁵ Se concluye que:

La libertad prescriptiva del médico, como criterio orientador de la práctica de la profesión médica, constituye una parte esencial de la libertad de trabajo. Por ello, el juez constitucional al analizar las restricciones impuestas a la libertad de trabajo y a la libertad prescriptiva, para determinar si éstas son constitucionalmente válidas, debe comprobar que estas satisfagan los tres requisitos referidos: a) que sean admisibles constitucionalmente, b) que sean necesarias, c) que sean proporcionales. Consecuentemente, si alguno de estos requisitos no se cumple, cualquier limitación a la libertad de trabajo no será constitucionalmente válida.

En la resolución se determinó que la libertad prescriptiva es un principio científico y ético que tiene como finalidad orientar la práctica de la profesión médica, otorgando a los profesionales, técnicos y auxiliares de las disciplinas para la salud discrecionalidad en su actuar, siempre y cuando éste sea en beneficio del paciente y tomando en consideración las circunstancias especiales de cada caso.

Por tanto, se afirma que la libertad prescriptiva forma parte del derecho al trabajo de los médicos. Se reconoce que la libertad de trabajo no es absoluta y, como otros derechos fundamentales, admite restricciones, pero sin que éstas impliquen, en la realidad, una cancelación del contenido esencial del derecho. De esta manera se establece que cualquier restricción a la misma, que no se encuentre justificada, lesiona el derecho a la libertad de

²⁵ Para la resolución de este punto, se reiteró que el orden jurídico mexicano tiene dos fuentes cuando se trata de derechos fundamentales, que son aquéllos derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, y todos los derechos humanos establecidos en tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte y que, para el caso de que un derecho esté previsto en ambas fuentes, la elección de la norma que será aplicable, se hará a través de la aplicación del principio *pro homine*.

trabajo de los médicos, quienes, día con día, deben tomar decisiones con base en su criterio médico.²⁶

De este caso rescatamos que, a pesar de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, no es tan sencillo que este nuevo paradigma se aplique de manera generalizada al resolver los asuntos jurisdiccionales, pues si bien se analizó un derecho humano, que es la libertad de trabajo, no se tomó en cuenta el otro derecho en juego que es el de la protección de la salud de los pacientes, es decir, debió hacerse un ejercicio de ponderación de derechos, seguramente si se hubieran tomado en cuenta ambos derechos y sus tensiones, el análisis hubiera sido distinto.

3. Amparo en revisión 117/2012. Violación del derecho a la protección de la salud por particulares

Este asunto remite a un juicio de amparo promovido por dos doctores en contra de un laudo emitido por la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, en el cual se les condenó a pagar ciertos gastos médicos por haberse demostrado mala práctica médica a una paciente que operaron erróneamente.

La demanda de amparo se radicó ante el juez quinto de distrito en materia civil en el Distrito Federal, con el número 501/2011-I,²⁷ quien mediante sentencia del 22 de noviembre de 2011 no amparó a los quejoso y sentó los siguientes criterios:

²⁶ En su voto particular, el ministro Cossío indicó que el hecho de que la libertad prescriptiva sea un criterio orientador de la profesión médica no le da la categoría de derecho humano como se pretende en la resolución. También indicó que el gran ausente en el análisis de fondo del asunto fue el derecho a la salud.

²⁷ El juez de amparo (Fernando Silva García) explicó la “la metodología que siguió para el dictado de la sentencia, la cual consistió en estudiar los planteamientos de inconstitucionalidad expuestos por los quejoso y los derechos fundamentales en juego. Sostuvo que, de conformidad con el artículo 1o. constitucional, los derechos humanos reconocidos en la Constitución y los establecidos en tratados internacionales adoptados por el Estado mexicano lo vinculan directamente. Por lo anterior resolvió el juicio de amparo a la luz de los derechos en juego, fueran o no invocados por las partes, ya que de lo contrario se hubiese generado el riesgo de que su sentencia no observara disposiciones jurídicas que resultan obligatorias para todos los poderes públicos.

En un segundo apartado de la sentencia se refirió a la *ponderación equilibrada de los derechos fundamentales en juego*. En esta parte sostiene que, si bien los quejoso son titulares del derecho al debido proceso ante la Comisión Nacional de Arbitraje Médico y del derecho a la fundamentación y motivación de las resoluciones emitidas por la mencionada autoridad, no es menos cierto que se debe ponderar en forma equilibrada y adecuada el derecho fundamental a la salud, del que es titular la paciente, a fin de que su resolución respete todos los derechos humanos implicados en el presente juicio de amparo”.

- El derecho a la salud impone deberes complejos a todos los poderes públicos dentro del Estado, desde el legislador y la administración, hospitales públicos y su personal médico, hasta los tribunales, pero también a los particulares, tales como los médicos, hospitales privados, empleadores y administradores de fondos de pensiones y jubilaciones.
- El derecho a la salud debe ser respetado por hospitales privados y su personal médico y que a pesar de que el juicio de amparo proceda exclusivamente contra actos de los poderes públicos, ello no implica que los actos de particulares —como una cirugía innecesaria en la que se mutiló parcialmente un órgano en perjuicio de la quejosa— sean ajenos al control del juez constitucional.
- El juez señaló que en aras de proteger y hacer efectivo el derecho a la salud, el Estado mexicano planteó como objetivo brindar servicios de salud eficientes, con calidad, calidez y seguridad para el paciente, mediante la implantación de un sistema de calidad. En cumplimiento de dicho objetivo determinaron la necesidad de impulsar la utilización de guías de práctica clínica y protocolos de atención médica.

Inconforme con lo anterior, los médicos interpusieron un recurso de revisión que correspondió conocer al Décimo Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, pero con posterioridad la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó reasumir su competencia originaria y conocer del asunto, que se resolvió el 28 de noviembre de 2012.

En la revisión se analizó la alegada violación a la libertad prescriptiva de los médicos,²⁸ determinándose que no existía violación a tal derecho, además de que no fue objeto de la sentencia de amparo. En tal sentido, se confirma la sentencia recurrida y se asentaron los siguientes criterios:

- El caso versa sobre violaciones a los derechos fundamentales cometidas por particulares, como son los hospitales y médicos privados, en particular respecto del derecho a la salud. Esto es así porque los actos de particulares —como una cirugía innecesaria en la que se mutiló parcialmente un órgano en perjuicio de la quejosa— no pueden ser ajenos al control del juez constitucional.
- Los hospitales privados no deben privilegiar el lucro empresarial y personal de los médicos mediante cirugías innecesarias e injustifi-

²⁸ Que había sido previamente estudiada por la Sala en diverso amparo 2357/2010.

cadas, porque ello atenta en contra de los derechos humanos a la integridad personal, a la vida y a la salud de los pacientes, lo que actualiza mala praxis médica.

- El derecho fundamental a la salud posee una doble naturaleza, ya que comparte una función subjetiva y una objetiva.

Por una parte, la función subjetiva implica la conformación de los derechos fundamentales como derechos públicos subjetivos, constituyéndose como inmunidades oponibles en relaciones de desigualdad formal, esto es, en relaciones con el Estado. Por otro lado, la dimensión objetiva de los derechos fundamentales los coloca como principios que orientan las actuaciones de todas las autoridades del Estado —de manera preponderante, los legisladores, los miembros de la administración pública y los imparciones de justicia—.²⁹

Este caso es de extraordinaria relevancia porque de manera específica determina que los derechos humanos (como la protección de la salud) también tienen que ser respetados por los particulares y, a la vez, constituyen una obligación para el Estado, aún en los casos en que éste no preste el servicio médico de manera directa, ya que guarda una responsabilidad de supervisión y garantía de los derechos. Este criterio abre la puerta a posteriores análisis y avances en este tema, cuyo acogimiento permitirá elevar el grado de protección de los derechos humanos. También vale la pena señalar que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas ha señalado en la Observación General núm. 14 que los Estados detentan también obligaciones de “proteger” el derecho humano, y por tanto puede transgredirlo por la falta de adopción

²⁹ Las tesis derivadas de este asunto son las siguientes: ACTO MÉDICO. DISTINTAS ETAPAS O FASES QUE LO CONFORMAN PARA EFECTOS DE DETERMINAR LA EXISTENCIA DE UNA POSIBLE MALA PRÁCTICA MÉDICA, tesis: 1a. XXIV/2013 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XVI, enero de 2013, t. 1, p. 621; ACTO MÉDICO. MEJOR DECISIÓN POSIBLE PARA LA DETERMINACIÓN DE LA MALA PRÁCTICA MÉDICA, tesis: 1a. XXV/2013 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XVI, enero de 2013, t. 1, p. 621; DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD. IMPONE DEBERES TANTO A LOS PODERES PÚBLICOS COMO A LOS PARTICULARS QUE SE DEDICAN AL ÁMBITO DE LA SALUD, tesis: 1a. XXIII/2013 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XVI, enero de 2013, t. 1, p. 626; GUÍAS O PROTOCOLOS MÉDICOS EXPEDIDOS POR LA SECRETARÍA DE SALUD O POR LA AUTORIDAD COMPETENTE EN LA MATERIA. SU FUNCIÓN PARA EFECTOS DE DETERMINAR UNA POSIBLE MALA PRÁCTICA MÉDICA, tesis: 1a. XXVI/2013 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XVI, t. 1, enero de 2013, p. 636.

de medidas para proteger a las personas de las violaciones cometidas por terceros.

4. Amparo en revisión 378/2014. Pabellón 13

Un conjunto de personas que viven con VIH/sida promovieron juicio de amparo en contra de diversas autoridades, alegando la omisión de proteger el derecho a la salud, particularmente de los pacientes del Instituto Nacional de Enfermedades Respiratorias “Ismael Cosío Villegas” (INER).

De los hechos del caso se entiende que el INER solicitó autorización al Comité Técnico del Fideicomiso del Sistema de Protección Social en Salud para el desarrollo del proyecto denominado “Remodelación y Equipamiento del Servicio Clínico 4”, la cual fue concedida.³⁰ Con posterioridad, el citado Comité analizó la sustitución del proyecto antes indicado por uno nuevo denominado “Construcción y Equipamiento del Servicio Clínico para pacientes con VIH/sida y Co-infección por Enfermedades de Transmisión Aérea” (conocido como pabellón 13). El cambio se dio porque se consideró que resultaba más conveniente la construcción de un nuevo pabellón, en lugar de remodelar el área ya existente, pues esto implicaría dejar de atender a los pacientes por un año.

El proceso judicial fue radicado ante el juez tercero de distrito en materia administrativa en el Distrito Federal, bajo el número 378/2014, debido a la omisión de ejecutar el último de los proyectos mencionados y la omisión de transferir los recursos necesarios para ello. Previos los trámites de ley se negó el amparo respecto de algunos actos y sobreseyó otros.

En razón de lo anterior, se interpuso recurso de revisión, que se tramitó ante el Décimo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, el cual confirmó la sentencia recurrida y remitió los autos a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, misma que finalmente ejerció su facultad de atracción y conoció del recurso.³¹

³⁰ “El citado comité señaló que de la solicitud formulada por el Instituto Nacional de Enfermedades Respiratorias «Ismael Cosío Villegas», se desprende que es un organismo que «sufre las mayores consecuencias de SIDA. Cada año hospitaliza cerca de 170 pacientes con VIH y complicaciones pulmonares», siendo que los enfermos de VIH/sida permanecen más de cuatro semanas en dicho instituto y «su estado de inmunodeficiencia grave les confiere el doble riesgo para ellos mismos y en relación que existe entre ellos y el personal médico», siendo que por sus características físicas, el instituto «no cumple con las recomendaciones de la Organización Mundial de Salud del CDC de Estados Unidos, El Centro de Control y Prevención de Enfermedades, entre otros organismos»”.

³¹ Resolución de 15 de octubre de 2014.

Debido a la relevancia que guardan para el tema que nos ocupa en cuanto a la configuración de carácter jurisdiccional del contenido esencial del derecho a la protección de la salud, a continuación resaltaremos algunos criterios que se desprenden de la resolución de mérito:

En cuanto a los principios generales sobre el derecho humano al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, se sostiene que “el derecho a la salud se traduce en la obtención de un determinado bienestar general integrado por el estado físico, mental, emocional y social de la persona, del que deriva un derecho fundamental más, consistente en el derecho a la integridad físico-psicológica”. También recordó que la “realización progresiva del derecho a la salud a lo largo de un determinado periodo no priva de contenido significativo a las obligaciones de los Estados, sino que les impone el deber concreto y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia su plena realización”.

Por otra parte, en relación con los efectos particulares de la sentencia de amparo señaló que “en ciertas ocasiones, dar efectividad al amparo implique adoptar medidas que colateral y fácticamente tengan efectos para más personas que las que actuaron como partes en el caso concreto, siempre y cuando tales efectos tengan una relación fáctica o funcional con los de las partes”.³²

Por otra parte, del análisis del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales concluye que: “Del precedente artículo se advierte que el Estado mexicano se encuentra obligado a: (I) adoptar medidas —tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas—; (II) hasta el máximo de los recursos de que disponga; (III) para lograr progresivamente, por

³² DERECHO A LA SALUD. NO SE LIMITA AL ASPECTO FÍSICO, SINO QUE SE TRADUCE EN LA OBTENCIÓN DE UN DETERMINADO BIENESTAR GENERAL, tesis P. LXVIII/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXX, diciembre de 2009, p. 6; DERECHO A LA SALUD. IMPONE AL ESTADO LAS OBLIGACIONES DE GARANTIZAR QUE SEA EJERCIDO SIN DISCRIMINACIÓN ALGUNA Y DE ADOPTAR MEDIDAS PARA SU PLENA REALIZACIÓN, tesis: P. XVIII/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXXIV, agosto de 2011, p. 29; DERECHO A LA SALUD. SU TUTELA A TRAVÉS DEL JUICIO DE AMPARO, tesis: P. XVIII/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXXIV, agosto de 2011, p. 32; DERECHO A LA SALUD. NO SE LIMITA AL ASPECTO FÍSICO, SINO QUE SE TRADUCE EN LA OBTENCIÓN DE UN DETERMINADO BIENESTAR GENERAL, tesis P. LXVIII/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXX, diciembre de 2009, p. 6; DERECHO A LA SALUD. IMPONE AL ESTADO LAS OBLIGACIONES DE GARANTIZAR QUE SEA EJERCIDO SIN DISCRIMINACIÓN ALGUNA Y DE ADOPTAR MEDIDAS PARA SU PLENA REALIZACIÓN, tesis: P. XVIII/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXXIV, agosto de 2011, p. 29.

todos los medios apropiados, la plena efectividad de los derechos humanos reconocidos en la convención”.

Al referirse al derecho al nivel más alto posible de salud, en su vertiente de *tratamiento de las enfermedades y creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad*, se concluye que:

Ello implica, entre otras cuestiones, que el Estado mexicano: (I) cuente con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud, *cuya naturaleza dependerá particularmente de su nivel de desarrollo*; (II) que tales establecimientos estén al alcance de la población, en especial los grupos vulnerables o marginados, y; (III) que además de resultar aceptables desde el punto de vista cultural *deberán ser apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad*.

Una vez hecho el análisis en abstracto, se avoca al caso concreto y realiza la aplicación a éste, de los principios generales del derecho al disfrute al nivel más alto posible de salud física y mental y, consecuentemente, la Sala revoca la sentencia recurrida, y consecuentemente ampara y protege a los quejosos en los siguientes términos:

En virtud de lo anterior, esta Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación determina que el Instituto Nacional de Enfermedades Respiratorias “Ismael Cosío Villegas”, en coordinación con el Comisionado Nacional de Protección en Salud y Comité Técnico del Fideicomiso en Protección Social en Salud, deben tomar todas las medidas necesarias para salvaguardar el derecho humano al nivel más alto posible de salud de los quejosos, considerando que son portadores del VIH, motivo por el cual deben recibir tratamiento médico en instalaciones separadas del resto de los pacientes, a efecto de evitar el contagio de alguna enfermedad.

Así, el cumplimiento de la sentencia de amparo implica la posibilidad de que las autoridades responsables consideren qué medida resulta más adecuada para poder brindar a los quejosos un tratamiento médico apropiado a su padecimiento, ya sea mediante remodelación del Servicio Clínico 4, en donde actualmente son tratados; o bien mediante la construcción de un nuevo pabellón hospitalario.

En caso de que se acrede que ninguna de las opciones antes mencionadas resulte compatible con las políticas públicas en materia de salud implementadas por las autoridades responsables, deberán realizar las gestiones que estimen pertinentes para que los quejosos, a satisfacción razonable —calificada por el juzgador—, sean atendidos en algún otro hospital o las clínicas del sector salud en el que puedan recibir su tratamiento en las condiciones

adecuadas e idóneas a su enfermedad, a efecto de garantizarles el ya referido derecho a obtener el nivel más alto posible de salud.³³

Distinto al caso anteriormente presentado, éste representa un gran avance en la justiciabilidad del derecho a la protección de la salud, en torno al cual jugó un papel trascendental el derecho internacional de los derechos humanos; además se centró el análisis en la garantía y ejercicio efectivo del derecho a la protección de la salud y se establecieron criterios relevantes como ya se señaló,³⁴ por lo que habrá que estar pendientes de su cumplimiento.³⁵ Tampoco debe perderse de vista que la atención a las enfermedades como el VIH resultan de carácter prioritario para evitar su propagación y los efectos nocivos en las propias personas que la padecen y el resto de la comunidad, por lo cual inclusive existen grandes esfuerzos a nivel internacional para su atención, como la propia existencia de un organismo como ONUSIDA y los diferentes pronunciamientos al respecto, como la Declaración de Compromiso en la Lucha contra el VIH/sida,³⁶ la Declaración

³³ De este asunto derivaron las tesis siguientes: DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. CUANDO EL ESTADO ADUCE QUE EXISTE UNA CARENCIA PRESUPUESTARIA PARA SU REALIZACIÓN, DEBE ACREDITARLO, tesis: 2a. CIX/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 12, t. I, noviembre de 2014, p. 1190; SALUD. DERECHO AL NIVEL MÁS ALTO POSIBLE. ÉSTE PUEDE COMPRENDER OBLIGACIONES INMEDIATAS, COMO DE CUMPLIMIENTO PROGRESIVO, tesis: 2a. CVIII/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 12, noviembre de 2014, t. I, p. 1192.

³⁴ El caso resultó ser de interés nacional. Véase “La SCJN ampara a pacientes con VIH en juicio contra el INER”, *Proceso.com.mx*, México, <http://goo.gl/wGSRsV> (fecha de consulta: 17 de octubre de 2014). Por su parte, Fundar, Centro de Análisis e Investigación —organización que brindó la asesoría legal y acompañamiento durante la tramitación del juicio de amparo en cuestión— declaró que “la sentencia dictada establece un precedente sumamente relevante al tratarse de un caso que abona en el avance de la justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) en México” y que representa un avance histórico en la interpretación de dichos derechos, en particular del derecho al más alto nivel posible de salud en su relación con el principio de progresividad, el máximo uso de recursos disponibles y el control judicial del presupuesto”. Fundar, “Emite SCJN sentencia histórica en la interpretación y protección del derecho al más alto nivel posible de salud de las personas que viven con VIH/SIDA”, Fundar. Centro de Análisis e Investigación, México, 16 de octubre de 2014, disponible en: <http://goo.gl/QssvsF> (fecha de consulta: 17 de octubre de 2014). Benumea, Iván, “Pabellón 13: Una buena noticia”, *Sinembargo.mx*, México, disponible en: <http://goo.gl/HhVMOX> (fecha de consulta: 20 de octubre de 2014).

³⁵ Cabe señalar que no se ha dado, a la fecha de elaboración de este trabajo, cumplimiento a la resolución. Véase, por ejemplo: <http://www.eluniversal.com.mx/blogs/fundar/2015/08/21/el-desacato-del-iner-en-el-caso-pabellon-13> y <http://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?tag=caso-pabellon-13>.

³⁶ Adoptada en el periodo extraordinario de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre el VIH/sida, del 25-27 de junio de 2001.

política sobre el VIH/sida³⁷ y la Declaración Política sobre el VIH y el sida: Intensificación de Nuestro Esfuerzo para Eliminar el VIH y el sida.³⁸

5. Amparo en revisión 584/2013. Negligencia médica y responsabilidad de los hospitales privados³⁹

En 2010 nació un menor, a quien se le diagnosticó “dificultad respiratoria derivada de una cardiopatía congénita cianógena”. Se le practicó cirugía y al no tener resultados positivos se le trasladó a un hospital del Instituto Mexicano del Seguro Social, donde falleció. Ante tal situación los padres interpusieron una queja ante la Comisión Nacional de Arbitraje Médico (Conamed);⁴⁰ a partir de aquí se inició una batalla legal, que culminó con un nuevo laudo, del 10 de diciembre de 2012, en el que se condenó a los médicos y al hospital a una indemnización.

En contra de este nuevo laudo se promueve juicio de amparo, que finalmente fue resuelto por el Juzgado Quinto de Distrito del Centro Auxiliar de la Primera Región,⁴¹ que negó el amparo solicitado, por lo cual se interpuso recurso de revisión. Previo el trámite correspondiente, la Suprema Corte de Justicia de la Nación decidió ejercer su facultad de atracción y conocer del asunto, finalmente confirmó la sentencia recurrida y por tanto determinó no amparar ni proteger al hospital en contra del laudo impugnado.

En el análisis del caso, la Primera Sala de la Suprema Corte puntualizó que su resolución versará sobre el caso concreto, pero también reconoció que los criterios y resoluciones emitidos sientan precedentes respecto de los de-

³⁷ Resolución aprobada por la Asamblea General de la ONU. 15 de junio de 2006.

³⁸ Resolución aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. 8 de julio de 2011.

³⁹ Sentencia dictada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 5 de noviembre de 2014.

⁴⁰ El proceso arbitral debía determinar si los prestadores del servicio médico actuaron o no con negligencia, impericia o dolo, en la atención proporcionada al paciente o si actuaron correctamente; determinándose la existencia de mala praxis por negligencia; sin embargo, al encontrar que dicha situación no presentaba un nexo causal con la muerte del menor no era procedente condenar al pago de la indemnización solicitada. En tal sentido y al comprobarse un daño patrimonial, solamente se condenó a los médicos a reembolsar los gastos erogados por los padres y al Hospital a condonar el adeudo que se tenía mediante la devolución del pagaré suscrito como garantía.

⁴¹ Con base en un Acuerdo del Consejo de la Judicatura Federal el Juzgado Primero de Distrito en Materia Civil en el Distrito Federal remitió los autos al Juzgado Quinto de Distrito del Centro Auxiliar de la Primera Región para su resolución.

rechos humanos en juego, por ello realiza un análisis amplio y exhaustivo respecto de los alcances del derecho a la salud.⁴²

En este sentido, menciona los tratados internacionales suscritos por el Estado mexicano relacionados con el particular, como son el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Convención Americana sobre Derechos Humanos y su Protocolo Adicional en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño, e inclusive la Declaración Universal de los Derechos Humanos. También retoma la Observación General núm. 14, relativa al derecho a la salud del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU y avances de la Organización Mundial de la Salud. También analiza lo relativo a las obligaciones de los Estados en relación con las normas internacionales de derechos humanos, en particular el desarrollo progresivo y, por supuesto, se fundamenta en el artículo primero de la Constitución mexicana reformado en 2011.

Se toma en consideración que tanto la Ley General de Salud como la Organización Mundial de la Salud entienden que el Sistema Nacional de Salud está constituido, además de las instituciones públicas, por “las personas físicas o morales de los sectores social y privado, que presten servicios de salud”.

También se hace un análisis exhaustivo de la Ley General de Salud en la parte conducente a la atención médica, e inclusive se recuperan diversos estándares internacionales sentados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como, por ejemplo, la “obligación de prevenir que terceros interfieran indebidamente en el goce de los derechos a la vida y a la integridad personal, que son particularmente vulnerables cuando una persona se encuentra bajo tratamiento de salud”⁴³ e igualmente se retoman precedentes nacionales.

⁴² En este sentido, indicó “esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como Alto Tribunal del país, atiende al caso concreto, bajo el conocimiento de que ante tales conflictos jurídicos la solución puede implicar efectos contundentes en los derechos en juego; bajo esa premisa, se precisa que las consideraciones de la presente resolución atienden seriamente el derecho humano a la salud, especialmente en cuanto al acceso y calidad de los servicios para los usuarios, la importante participación de los particulares —que implica una amplia gama de supuestos, desde análisis de laboratorio, consulta particular, pequeños consultorios, dispensarios, pequeñas clínicas, hasta grandes consorcios dedicados a la prestación de servicios de salud, entre otros—, y su sana y necesaria participación en el desarrollo de la salud, así como su valor social”.

⁴³ Al respecto se cita el *caso Ximenes Lopes vs. Brasil*, sentencia del 4 de julio de 2006, serie C, núm. 149, párrafo 89. También en cuanto a otros supuestos se citan Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Sawhomaxa*, sentencia del 26 de marzo de 2006, serie C, núm. 146, párr. 110;

Como resultado del análisis del caso, la Sala concluye que los centros de salud de naturaleza privada, como lo son los hospitales particulares, sí pueden ser responsables civilmente, debido a que “la protección del derecho a la salud, abarca la obligación del Estado de velar para que terceros, —es decir, actores no estatales—, de ningún modo interfieran en el disfrute del derecho a la salud”.

También determina que los hospitales particulares, sí pueden ser objeto de responsabilidad civil por daño y que, además, “puede derivarse la responsabilidad civil para un hospital privado por los actos de los médicos calificados como negligentes”, en atención a que “la responsabilidad de los hospitales se puede actualizar por actos cometidos por personal integrante de éstos, o que se base en una representación aparente, pues basta con considerar el modo de conducirse de la persona que provoca un daño al interior del centro de salud y frente a los usuarios, para que se genere una responsabilidad por parte del hospital”. Cabe señalar que esto sucede cuando los médicos actúan como dependientes o como personal del hospital.

Por otra parte, se analizó la situación de la existencia de un contrato de servicios hospitalarios que “regula las condiciones de prestación de los servicios que se proporcionaron, y que contiene una cláusula que prevé la exclusión de responsabilidad por negligencia de los médicos”; al respecto, se determinó que “la responsabilidad médica rebasa el ámbito de la responsabilidad contractual, por un lado porque existen deberes que van más allá de los que pudieran estar contenidos en el contrato de prestación de servicios, —como son el deber del médico de actuar con la diligencia que exige la *lex artis*— y, por otro, porque no puede aceptarse a través de un contrato, la lesión física o a la vida”.

Visto lo anterior, resulta fácil apreciar la extraordinaria relevancia del presente caso, ya que sienta las bases de la responsabilidad de los hospitales privados respecto de conductas negligentes de los médicos,⁴⁴ lo cual tam-

Corte IDH, *Caso Gómez Palomino*, sentencia del 22 de noviembre de 2005, serie C, núm. 136, párrs. 90 y 91; y Corte IDH, *Caso Palamara Iribarne*, sentencia del 22 de noviembre de 2005, serie C, núm. 135, párr. 89. También se cita al Tribunal Supremo Español y otros tribunales europeos y de *Estados Unidos de Norteamérica*.

⁴⁴ De este asunto se derivaron las siguientes tesis: RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS HOSPITALES PRIVADOS DERIVADA DE LA NEGLIGENCIA DE SUS MÉDICOS. CARGA DE LA PRUEBA”, tesis: 1a. CXVII/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, 2008747, Primera Sala, Aislada, Libro 16, marzo de 2015, t. II, p. 1112.

RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS HOSPITALES PRIVADOS POR ACTOS COMETIDOS POR TERCEROS QUE DESEMPEÑAN FUNCIONES EN SUS INSTALACIONES. SE ACTUALIZA SI EXISTE UNA REPRESENTACIÓN APARENTE, tesis: 1a. CXIX/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 16, marzo de 2015, t. II, p. 1113; RESPONSABILIDAD

bién contribuye en la conformación del contenido esencial del derecho y tiene implicaciones en posibles reparaciones por violaciones al derecho a la salud, tanto a cargo de las personas físicas involucradas, como de las instituciones hospitalarias en donde suceden los hechos.

6. *Amparo 67/2015. Traslado a otra unidad médica a pesar de adeudo económico⁴⁵*

Se trata de un caso en Monterrey, Nuevo León, donde una persona fue hospitalizada a causa de lesiones derivadas de un accidente automovilístico, además de necesitar una operación que no se efectuaba. En tal sentido se promovió juicio de amparo en contra de la alegada mala atención médica y la determinación del hospital de negar el traslado a otra clínica debido a un adeudo económico.

Previos los trámites de ley, el 26 de enero de 2015, el Juzgado Segundo de Distrito en Materia Administrativa en Nuevo León concedió la suspensión provisional solicitada por el paciente y consecuentemente se ordenó al nosocomio diagnosticar si el paciente se encontraba en condiciones para salir de ahí y ser trasladado a otra unidad médica a pesar del adeudo económico con el hospital, tomando en consideración que es prioritaria la atención médica que solicita por medio de su hijo, en otra institución de seguridad social.

CIVIL DE LOS HOSPITALES PRIVADOS. NO SE ACTUALIZA SI SE ACREDITA QUE LA INSTITUCIÓN CUMPLÍÓ CON SUS OBLIGACIONES DE VIGILANCIA Y QUE EL DAÑO CAUSADO AL USUARIO DERIVA ÚNICAMENTE DE LOS ACTOS U OMISIONES DEL PERSONAL MÉDICO QUE INTERVINO, tesis: 1a. CXVIII/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 16, marzo de 2015, t. II, p. 1113; SERVICIOS DE SALUD PRESTADOS POR HOSPITALES PRIVADOS. SUS USUARIOS CONSTITUYEN UN GRUPO EN CONDICIÓN ASIMÉTRICA, AUN CUANDO NO SE IDENTIFIQUE CON UNA CATEGORÍA SOSPECHOSA O UN ESTEREOTIPO, tesis: 1a. CXX/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 16, marzo de 2015, t. II, p. 1118; SERVICIOS DE SALUD. LAS OBLIGACIONES DEL PERSONAL MÉDICO DERIVADAS DE SU PRESTACIÓN EN LOS HOSPITALES PRIVADOS NO SE LIMITAN A LAS DISPOSICIONES DE DERECHO PRIVADO, tesis: 1a. CXXII/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 16, marzo de 2015, t. II, p. 1117; SERVICIOS DE SALUD. LA EXISTENCIA DE UN MÉDICO RESPONSABLE QUE VIGILE EL DESARROLLO DE LOS PROCEDIMIENTOS QUE SE REALICEN DENTRO DE UN HOSPITAL PRIVADO HACE EVIDENTE QUE LA INSTITUCIÓN TRABAJA DE FORMA COORDINADA CON SUS MÉDICOS EMPLEADOS O DEPENDIENTES, tesis: 1a. CXXI/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 16, marzo de 2015, t. II, p. 1116.

⁴⁵ Véase Poder Judicial de la Federación, *Nota informativa*, México, DGCS/NI: 10/2015, 27 de enero de 2015, disponible en: [http://www.cjf.gob.mx/documentos/notasInformativas/2015/notaInformativa10.pdf?utm_content=buffer15aae&utm_medium=social&utm_source=twitter.com&utm_campaign=buffer](http://www.cjf.gob.mx/documentos/notasInformativas/docsNotasInformativas/2015/notaInformativa10.pdf?utm_content=buffer15aae&utm_medium=social&utm_source=twitter.com&utm_campaign=buffer) (fecha de consulta: 29 de enero de 2015).

La importancia de este asunto y su relación directa con el ejercicio efectivo del derecho a la protección de la salud es evidente. Se sienta un precedente respecto de que las instituciones hospitalarias no pueden condicionar el traslado a otra unidad médica a costa de la salud del paciente debido a adeudos económicos; al respecto también hay que recordar que de acuerdo con el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU un elemento esencial del derecho a la salud es la accesibilidad económica o asequibilidad, según el cual los servicios de salud deben considerar que los gastos en salud no sean excesivos y particularmente que no causen grave afectación a las personas menos favorecidas económicamente.

7. Amparo en revisión 136/2015. Obligación de otorgar medicinas prescritas

En mayo de 2013 una persona interpuso un juicio de amparo contra actos que le imputó al Instituto Mexicano del Seguro Social, consistentes en la negativa de proporcionar el medicamento prescrito por el propio Instituto para el padecimiento de cáncer de riñón, con “recurrencia en metástasis a partes blandas, pulmón y mediastino”, bajo la justificación de que el mismo no se encuentra “incluido en el cuadro básico institucional de medicamentos”.

El amparo se radicó con el número 633/2013-III y se resolvió el 9 de febrero de 2015 por el juez tercero de distrito en el estado de San Luis Potosí, quien sobreseyó respecto de algunos actos y negó sobre otros y amparó sobre la realización de gestiones para la inclusión del medicamento en el cuadro básico. Tanto quejoso como autoridad interpusieron recurso de revisión contra la sentencia; se formó el amparo en revisión 136/2015 ante el Primer Tribunal Colegiado del Noveno Circuito, con sede en San Luis Potosí, San Luis Potosí.

Habiéndose comprobado ante la instancia judicial que el quejoso se encuentra afiliado al Instituto Mexicano del Seguro Social, que el médico especialista de dicho Instituto recetó un medicamento específico para tratar su padecimiento y que el mismo recientemente fue incluido en el Cuadro Básico y Catálogo de Insumos del Sector Salud de medicamentos, se concedió el amparo para el efecto de que:

- 1) Realicen las gestiones necesarias para procurar la disponibilidad del mencionado medicamento Inlyta, para suministrar a sus beneficiarios, en especial al quejoso y

- 2) Se le suministre inmediatamente al quejoso el medicamento denominado Inlyta seis miligramos, en la cantidad, calidad y periodicidad en los términos indicados por el médico tratante.⁴⁶

Este caso constituye un avance en la determinación del contenido esencial de este derecho porque confirma la obligación de entrega de medicamentos, como parte de la protección del derecho.

8. Juicio de amparo 1029/2015. Afiliación al seguro popular a persona en situación de internamiento

El juicio fue promovido por una persona privada de la libertad a quien se le negó, por esa causa, la afiliación al Sistema de Protección Social en Salud (Seguro Popular), aduciendo que al encontrarse en estado de reclusión se contaba con la cobertura de los servicios de salud del sistema penitenciario y por ello no era posible otorgar la afiliación al Seguro Popular. Esta determinación afectó de manera directa a la persona, debido a que se le había diagnosticado un padecimiento que requería un tratamiento que requería ser proporcionado por una institución de tercer nivel de atención, por lo cual se le remitió al Instituto Nacional de Cancerología; ahí se le prescribieron procedimientos y medicamentos costosos que no podía cubrir por falta de recursos económicos.

En este sentido, en el juicio se determinó que el servicio brindado por el Sistema Penitenciario del Distrito Federal, o en su caso por el Sector Salud del Distrito Federal, resultó insuficiente para atender el padecimiento que presentaba y, por tanto, “la autoridad responsable en aras de garantizar el derecho a la salud del quejoso, debió afiliarlo al seguro popular, a efecto de permitir tener acceso a un servicio médico que requiere para atender el padecimiento que le fue diagnosticado, con el cual se permitiera la recuperación y conservación de su salud”. Por tal motivo, mediante resolución del

⁴⁶ La tesis aislada que se derivó de este asunto se titula “Derecho humano a la protección de la salud. Para garantizarlo, el Instituto Mexicano del Seguro Social debe suministrar a sus beneficiarios los medicamentos que se les prescriban, aun cuando no estén incluidos en el cuadro básico y catálogo de insumos del sector salud”, tesis IX.1o.1 CS (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Tribunales Colegiados de Circuito, Aislada, Décima Época, registro: 2010052, 25 de septiembre de 2015.

17 de julio de 2015 se otorgó el amparo para el efecto de que se proceda a la afiliación al Seguro Popular.⁴⁷

Resulta evidente aquí la protección y garantía del ejercicio efectivo del derecho, toda vez que como efecto de la determinación judicial se incorporará a la persona al seguro popular y con ello tendrá acceso a los tratamientos y medicamentos requeridos. Al respecto, es importante considerar el papel de garante que tiene el Estado con las personas que están bajo su custodia por encontrarse privadas de libertad, y que por tanto tiene la obligación de proteger y garantizar sus derechos, tal como ha quedado señalado en la Recomendación General núm. 18 sobre la Situación de los Derechos Humanos de los Internos en los Centros Penitenciarios de la República Mexicana, emitida por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos e inclusive en el pronunciamiento hecho por dicho organismo constitucional sobre el derecho a la protección de la salud de las personas internas en centros penitenciarios de la República mexicana.⁴⁸

A manera de conclusión, es preciso recordar que históricamente tanto el reconocimiento como la garantía y protección de los derechos de carácter social, entre ellos el derecho a la protección de la salud, ha enfrentado serios retos jurídicos, ideológicos, e incluso de carácter financiero-presupuestal en la mayoría de los países. No obstante, hemos seleccionado algunos procesos constitucionales de amparo que muestran su evolución, además de la construcción jurisprudencial del contenido esencial de dicho derecho.

Hacemos votos para que este proceso sea cada vez más claro, constante y progresivo, de manera que toda la población que habita en el territorio mexicano pueda hacer efectivo este derecho y lograr, cuando sea necesario, su justiciabilidad a través del juicio de amparo en sede nacional. Y por lo que hace a las instancias internacionales, esperamos que pronto se escuchen las voces como la del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, quien se ha pronunciado en los casos *Suárez Peralta vs. Ecuador*, y *González Lluy y otros vs. Ecuador*⁴⁹ por avanzar en el sistema interamericano de protección de derechos humanos hacia la justiciabilidad directa de los derechos sociales, entre ellos el goce del nivel más alto posible de salud.

⁴⁷ Cabe señalar que, en conexidad con el tema abordado en ese asunto judicial, también se emitió la Recomendación 13/2016 por parte de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, sobre el caso de violación al derecho a la protección de la salud de 17 víctimas en particular y de la población penitenciaria en general, en el centro federal de readaptación social 4, en Tepic, Nayarit.

⁴⁸ Disponible en: http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Informes/Especiales/Pronunciamiento_20160329.pdf.

⁴⁹ Ambas resoluciones disponibles en: <http://www.corteidh.or.cr/>.

Este ejercicio también sirvió para comprobar que si bien el marco normativo se constituye en el faro que guía y dirige el rumbo de la actividad jurisdiccional, también lo es que, en muchos casos, las resoluciones judiciales pueden ser más o menos progresivas, según la formación y vocación del juez constitucional. Nos referimos concretamente a la reforma constitucional en materia de derechos humanos, que debería ser el referente obligado y pauta para la actividad de todo servidor público, y que en el caso particular de los jueces los debería llevar a adoptar criterios más garantistas; no obstante, como hemos mostrado, hay casos en los que antes de la reforma constitucional de 2011 se avanzó de manera importante en la garantía del derecho a la protección de la salud, pero también vemos otros en los que aún después de dicho cambio constitucional no necesariamente caminan en la línea protecciónista.

JUECES, DERECHOS HUMANOS Y RESPONSABILIDAD INSTITUCIONAL

Luis Fernando RENTERÍA BARRAGÁN*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Una noción de responsabilidad institucional*. III. *La justicia como virtud: “lo justo”*. IV. *La justicia como ciencia: “lo jurídico”*. V. *La justicia como institución: “lo justiciable”*. VI. *Derechos humanos y discrecionalidad judicial*. VII. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

Invariablemente, desde que la idea de *decir el derecho* existe en el pensamiento occidental, la práctica jurisdiccional es considerada una función de la más alta responsabilidad. Esta afirmación no es extraña y sobre el tema se ha escrito mucho y desde las más variadas perspectivas. Incluso desde los diversos paradigmas históricos en los que se puede situar la impartición de justicia —y desde los diversos sentidos que se le puede dar a la noción de responsabilidad— la premisa puede continuar sosteniéndose sin mayor controversia: la función de los jueces entraña una responsabilidad propia de esta actividad, una responsabilidad específica, compleja e ineludible que no se espera ni se exige a otros funcionarios del Estado ni mucho menos al resto los ciudadanos. No obstante, el hecho de que el sentido que pudiera enunciarse tanto del concepto de “jurisdicción” como el de “responsabilidad” no variaría en sustancia la afirmación de las primeras líneas, no descarta la necesidad de explorar el sentido y el origen de estos vocablos e inferir sus consecuencias, lo cual en definitiva puede ser de la mayor utilidad, en especial, para quien lo advierta desde un tribunal.

Si la actividad jurisdiccional por sí misma entraña necesariamente un sentido de responsabilidad, también puede afirmarse que esa responsabi-

* Doctor en derecho por la Universidad Panamericana y la Universidad de Palermo.

lidad —cualquiera que sea su significado— debe ser mayor en la medida en que la discrecionalidad para decidir el sentido de los fallos también sea más amplia. Esta afirmación es particularmente oportuna en el contexto en el que se inscribe el ejercicio jurisdiccional actual: el de la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos y la internacionalización de los derechos humanos.

En efecto, el constitucionalismo de la segunda mitad del siglo XX, en el que se encuentran las Constituciones de la posguerra (la de Italia en 1947 y Alemania en 1949), los textos constitucionales de la década de los setenta (con España como el referente más importante) y los textos latinoamericanos adoptados después de las dictaduras sudamericanas y los conflictos armados en Centroamérica, así como los múltiples tratados, convenciones e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos firmados y ratificados por estos países, han modificado por completo —desde luego, no sin resistencias— las prioridades, los desafíos y las perspectivas de la judicatura desde entonces porque, por un lado, se ha depositado en los jueces la facultad de su protección y garantía y, por otro, los derechos contemplados en estos ordenamientos están redactados con base en principios, esto es, normas de carácter abierto que multiplican las posibilidades válidas de decisión en cada caso concreto que se les plantea cotidianamente, por lo que esta discrecionalidad sin precedentes en la historia del Poder Judicial tendría que significar, a su vez, una responsabilidad —ética, jurídica e institucional— de la misma proporción, en particular, porque todavía continúa vigente el añeo cuestionamiento a su legitimidad democrática para decidir al margen de las disposiciones de las mayorías legislativas y, en general, de los poderes elegidos directamente por los ciudadanos.

En este contexto, el objetivo de este estudio es ofrecer un breve panorama histórico y conceptual sobre la responsabilidad de los jueces en sus distintas nociones —ética, jurídica y, particularmente, institucional— a luz del paradigma del constitucionalismo contemporáneo y la internacionalización de los derechos humanos. Para ello, en “Una noción de responsabilidad institucional”, a partir de las ideas sobre el concepto de institución elaboradas por el publicista francés Maurice Hauriou y el profesor italiano Santi Romano, se propone una noción de responsabilidad institucional como atributo del individuo que prevé las consecuencias de sus conductas, distinta de las nociones de responsabilidad jurídica o moral que, normalmente, se identifican con la idea de responder en relación con alguien y de determinada manera por cierta conducta u omisión.

Después, en los apartados siguientes, se esbozará históricamente cada uno de los adjetivos que califican la noción de responsabilidad descrita en

el apartado anterior: en “La justicia como virtud”, se describe el concepto de justicia en sentido estricto, esto es, su tratamiento como noción ética (*iustitia*), y para ello se explica su origen etimológico, su carácter de virtud cardinal, sus elementos y su relación con la prudencia, así como la función del juez en la distribución y la corrección en las relaciones de justicia; en “La justicia como ciencia”, se describe el contexto en el que aparece por primera vez ese personaje clave en esta historia —el jurista— y el método que se empleó para el desarrollo de esa ciencia (*la iurisprudentia*) que, después, con la formación del Estado moderno y la codificación, entrará en un receso que parece prolongarse hasta nuestros días, y en “La justicia como institución”, se hace una breve referencia al nacimiento de la idea medieval de *decir el derecho* (*iurisdictio*) y su función en la sociedad del antiguo régimen, así como el advenimiento de la actividad administrativa del Estado y su incidencia en el ejercicio jurisdiccional.

Finalmente, en “Derechos humanos y discrecionalidad judicial”, se describe el marco teórico del constitucionalismo contemporáneo y la función de los jueces en dicho contexto, lo cual —como acaba de afirmarse— entraña una discrecionalidad verdaderamente amplia en la resolución de los conflictos sometidos al conocimiento de dichos servidores públicos que es susceptible de generar cuestionamientos a la legitimidad democrática de esta actividad, por lo cual una noción de responsabilidad que pueda presentarse como un verdadero contrapeso efectivo al ejercicio de dicha discrecionalidad se vuelve verdaderamente necesaria.

II. UNA NOCIÓN DE RESPONSABILIDAD INSTITUCIONAL

En un sentido amplio, ser responsable significa ser llamado a responder por algo: por una acción, una omisión o un pensamiento.¹ Esta noción que, en principio, parece un producto de la intuición, se encuentra presente en varios autores de indudable influencia en la filosofía del derecho. Así, por ejemplo, para Hans Kelsen, la noción de responsabilidad se refiere a una situación normativa en virtud de la cual un sujeto puede ser sancionado;² para Alf

¹ Rentería Díaz, Adrián, *Discrecionalidad judicial y responsabilidad*, México, Fontamara, 2002, p. 130.

² Cf. Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, México, UNAM, 1986 y *Teoría general del derecho y del Estado*, México, UNAM, 1983. Al respecto, Pablo Larrañaga recuerda que de esta definición de responsabilidad “se pueden resaltar tres características que, aunque son consecuencia de su concepción de la norma jurídica, pueden distinguirse, por motivos expositivos, el carácter normativo, el carácter formal y el carácter interno de la definición de responsabili-

Ross, representa la relación entre las condiciones en las que se realiza un ilícito y la situación normativa en la que alguien es susceptible de recibir una sanción,³ y para H. L. A. Hart, describe tres tipos de criterios que deben de considerarse para imputar sanciones.⁴ De esta forma, si bien es claro que para estos autores el concepto de responsabilidad está muy vinculado al problema de la justificación de la sanción (y, más específicamente, de la sanción en el derecho penal), esto no impide afirmar que estas nociones, en un plano más general, también pueden referirse simplemente a la posibilidad de llamar a alguien a responder por realizar o no un comportamiento.

Asimismo, la noción de responsabilidad —además de la acción de responder por un comportamiento, ya sea de orden jurídico o moral— implica que dicha respuesta se da con relación a alguien y de una determinada manera. En el plano jurídico, el interlocutor principal (esto es, el sujeto a quien se debe responder por un comportamiento en relación con una disposición jurídica) siempre es un órgano autorizado por el ordenamiento para tal fin, por lo general, un tribunal o un juez,⁵ y la determinación de dicha responsabilidad sucede mediante un juicio institucionalizado, esto es, mediante un

dad. La definición de la responsabilidad de Kelsen es normativa porque sólo tiene en cuenta condiciones exigidas y consecuencias estipuladas por normas; es formal porque sólo describe relaciones entre conceptos jurídicos —sanción, ilícito, obligación— sin hacer ninguna referencia a datos empíricos, ya sean psicológicos o causales, y por último es interna al derecho porque sólo se refiere a criterios exigidos por normas jurídicas, sin tener en cuenta las condiciones exigidas por otros sistemas normativos”. Larrañaga, Pablo, *El concepto de responsabilidad*, México, Fontamara, 2004, pp. 191 y 192.

³ Cf. Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 1994. “Tomando como punto de partida el análisis de tres conceptos jurídicos (proceso, acusación, juicio), Alf Ross afirma que la relación entre responsabilidad y proceso explicó cómo el hecho de responsables de una cosa posee dos diversos significados, que se determinan por su relación con dos diferentes fases del proceso: la acusación y el juicio. De esta relación, en efecto, Ross sigue que responsabilidad significa, en primer lugar, ser quien puede ser justamente acusado (es decir, de quien se puede exigir una respuesta, una explicación). En segundo lugar, significa ser quien además satisface las condiciones de culpa y que por ello puede ser justamente condenado”. Rentería Díaz, Adrián, *Discrecionalidad judicial y responsabilidad*, cit., p. 131.

⁴ Cf. Hart, H. L. A., *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, Buenos Aires, Depalma, 1962, pp. 93-138. “La sancionabilidad es una noción más amplia que la de responsabilidad: esta última se refiere específicamente a tres tipos de criterios para imputar sanciones, mientras que la primera abarca otras cuestiones relativas a la exigibilidad de las conductas. La responsabilidad como sancionabilidad, en este sentido, se conforma mediante criterios de tres clases: criterios psicológicos, criterios relativos a la relación causal entre la acción y el ilícito, y criterios relativos a la relación entre el agente y el sujeto sancionable. Larrañaga, Pablo, *El concepto de responsabilidad*, cit., p. 196.

⁵ Rentería Díaz, Adrián, *Discrecionalidad judicial y responsabilidad*, cit., p.139.

proceso.⁶ En cambio, en el ámbito moral, el interlocutor a quien se ha de responder no se encuentra claramente determinado: “En la moral, el foro para el juicio puede ser la conciencia del acusado, el juicio de un espectador o la opinión pública”,⁷ y el proceso carece totalmente de formalidades, “aún cuando, por verificarse de frente a la conciencia de la persona, puede ser tan sutil e inquisitorio como cualquier proceso jurídico”.⁸

Además, la distinción entre responsabilidad jurídica y responsabilidad moral también puede advertirse en el plano de la consecuencia del comportamiento que se enjuicia, esto es, de la sanción. Como ya se ha dicho, el significado de responsabilidad en el ámbito jurídico tiene una íntima relación con las nociones de pena y sanción, las cuales aquí se encuentran perfectamente institucionalizadas y organizadas, y no pueden atribuirse al sujeto responsable mientras no se declaren tanto su autoría como su culpabilidad.⁹ El comportamiento de orden moral, por su parte, si bien no queda exento de un control externo como el jurídico, también puede ser sancionado por el propio agente que ejecutó u omitió la conducta, sanción que desde luego no está predeterminada en cantidad ni en calidad,¹⁰ sino que responde ante todo a las prescripciones propias de cada sujeto que se considera internamente responsable de sus actos u omisiones.

⁶ Así, hay autores como Lawrence G. Sager que destacan las virtudes del proceso judicial sobre el legislativo. La democracia —afirma Sager— tiene dos facetas o modalidades, la electoral y la deliberativa. En la primera, eligen en condiciones de igualdad a sus representantes políticos; en la segunda, “todo miembro de la comunidad tiene derecho... a que quienes deliberan valoren su pretensión en sus propios méritos, sin importar el número de votos que están detrás de él, la cantidad de dólares que puede utilizar a su favor o el grado de influencia que tenga en la comunidad”. De aquí, Sager concluye que, si bien las assembleas son el mejor foro para la faceta electoral de la democracia, los tribunales constituyen el mejor foro para la modalidad deliberativa, pues “lo que importa es la fuerza de su argumento a los ojos de los jueces [...] tiene derecho a obtener una motivación de porqué se considera infundada su pretensión”. Sager, Lawrence G., *Justice in Plainclothes. A Theory of American Constitutional Practice*, New Haven, Yale University Press, 2004, p. 203.

⁷ *Ibidem*, p. 140.

⁸ *Idem*.

⁹ “...en realidad, para que al agente se le pueda aplicar la sanción prevista para determinado acto, es necesario no sólo que se le consideré, en vía de principio, responsable de tal acto (es decir, que lo haya cometido), sino también —y ésta es la cosa más importante— que se le reconozca como culpable. La culpa, entonces, precede lógicamente a la responsabilidad, y por la misma vía también a la sanción. Dicho en otros términos, en modo por demás somero, sin culpa no hay responsabilidad y sin responsabilidad no hay sanción. La misma afirmación, a decir verdad, se puede aplicar en el ámbito de la responsabilidad moral, si bien sus consecuencias más importantes... recaen en el terreno del derecho y en modo particular en el derecho penal”. *Ibidem*, p. 136.

¹⁰ *Ibidem*, p. 141.

Hay, por otra parte, un sentido más del término *responsabilidad* que se usa con frecuencia en el lenguaje común y que puede ser muy útil para este estudio. En efecto, hay expresiones en la conversación cotidiana en las que ser responsable implica una cuestión positiva: el calificativo responsable ahí “expresa la posibilidad de prever los efectos del propio comportamiento y de corregir el comportamiento mismo con base a tales previsiones”.¹¹ Así, bajo esta acepción, una persona responsable es aquélla que “es capaz de valorar sus propios actos de manera que pueda prever sus consecuencias, a fin de evitar aquéllas de sentido negativo”.¹² Esta otra noción del significado de responsabilidad puede ser especialmente útil para describir —más que a la posibilidad de responder jurídica o moralmente por la realización de una conducta— un atributo de la personalidad que tiene relación con esas reglas de comportamiento —formalizadas o no— que se internalizan y se manifiestan en la conducta externa del sujeto con una finalidad bien definida: no atentar en contra de la legitimidad de la institución a la que pertenece y personifica. Éste es el sentido de la noción de responsabilidad institucional que se propone en este estudio, pero antes de describirla con mayor precisión es necesario referirse, al menos brevemente, al concepto de institución.

En la doctrina constitucional, y en el derecho público en general, el concepto de institución se debe a las teorías desarrolladas a partir del siglo XIX principalmente por Maurice Hauriou,¹³ en Francia, y Santi Romano,¹⁴ en Italia. Para los institucionalistas,¹⁵ el derecho es “una forma u organización

¹¹ Abbagnano, Nicola, *Diccionario de filosofía*, México, Fondo de Cultura Económica, 1986. Por su parte, la Real Academia Española, si bien reconoce como responsable a aquél que está “obligado a responder de algo o por alguien”, también atribuye este significado a quien “pone cuidado y atención en lo que hace o decide”. Cf. Real Academia Española, *Diccionario de lengua española*, 22a. ed., Madrid, 2001.

¹² “Este significado corresponde grosso modo a uno de los que señala Hart: responsabilidad-capacidad”. Rentería Díaz, Adrián, *Discrecionalidad judicial y responsabilidad*, cit., p.139.

¹³ Hauriou, Maurice, *La théorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social*, Librairie Bluid & Gay, 1933; *La teoría de la institución y de la fundación (Ensayo de vitalismo social)*, Buenos Aires, Surco, 1947.

¹⁴ Romano, Santi, *L'ordinamento giuridico*, Edizione Sansoni, Firenze, 1946; *El ordenamiento jurídico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1963.

¹⁵ Además de Maurice Hauriou y Santi Romano, deben tenerse en cuenta, dentro del institucionalismo clásico, a Renard, Georges, *La théorie de l'institution. Essai d'ontologie juridique*, París, Sirey, 1930, y *La Philosophie de l'Institution*, París, Sirey, 1939; Gurvich, Georges, *L'idée du droit social*, París, 1932 ; Delos, Joseph, “La théorie de l'institution (La solution réaliste du Problème de la Personnalité Morale et le Droit à fondement objectif)”, *Archives de Philosophie de Droit et de Sociologie Juridique*, 1931, y Schmitt, Carl, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, Hamburg, 1934.

cuyo propósito o finalidad es el orden social”.¹⁶ Las instituciones representan lo duradero, lo permanente en medio de lo cambiante y transitorio, “lo sólido y lo estructural, lo objetivo y lo real en medio de la arbitrariedad y el subjetivismo de las voluntades humanas”.¹⁷ Estas teorías del derecho, como ya ha advertido Rolando Tamayo y Salmorán, “se insertan dentro de aquellas corrientes que pueden reunirse bajo la indicación general de *estilo sociológico*”,¹⁸ y constituyen una reacción en contra de las teorías formalistas, voluntaristas y otras concepciones estrechas del derecho que sostienen una idea unitaria o monista del orden jurídico.¹⁹

Así, independientemente de las mayores o menores diferencias entre los representantes del institucionalismo, su denominador común es el antinormativismo, no porque se les niegue importancia a las normas jurídicas en el ordenamiento sino porque éstas —afirman— se sitúan en un lugar secundario respecto a aquéllas: “el verdadero elemento objetivo del sistema jurídico es la institución... este solo *corpus*, con su idea directriz y su poder organizado, es muy superior en virtud jurídica a la regla de derecho, porque son las instituciones las que determinan las reglas y no las reglas las que crean a las instituciones”.²⁰

Para Hauriou, las instituciones representan, en la historia como en el derecho, “la categoría de la duración, la continuidad y lo real”,²¹ y la operación de su fundación constituye “el fundamento jurídico de la sociedad y el Estado”.²² Para el profesor de Toulouse, una institución es una idea de obra o empresa que se realiza y dura jurídicamente en un medio social. Para la realización de esta idea, se organiza un poder que le procura los órganos necesarios, y entre los miembros del grupo social interesados en la realización

¹⁶ Tamayo y Salmorán, Rolando, “Institución”, *Diccionario jurídico mexicano*, México, UNAM, p.1747.

¹⁷ González Uribe, Héctor, “Alfonso Noriega y la institución del amparo”, *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, núm. 9, julio de 1977, p. 376.

¹⁸ Tamayo y Salmorán, Rolando, “Institución”, *Diccionario jurídico mexicano*, cit., p. 1746.

¹⁹ *Idem.*, p. 1747.

²⁰ Hauriou, *La teoría de la institución y de la fundación (Ensayo de vitalismo social)*, cit., p. 101.

²¹ Ansuategui Roig, Francisco, *El positivismo jurídico neoinstitucionalista (nna aproximación)*, Madrid, Dykinson, 1996, p. 23.

²² “Una idea nueva penetra en las relaciones sociales a través de una conciencia subjetiva. Hay un vidente que la encuentra, o mejor, a quien se revela como una inspiración. Esto no quiere decir que el inventor de la idea la transforme él mismo en una obra social constituyendo una organización de hecho que trascienda al público. El que trasfunde una idea en una obra social es un fundador y éste puede no ser el inventor de la idea. A veces el mismo hombre es justamente inventor y fundador, pero lo más frecuente es que los dos papeles no coincidan”. Hauriou, Maurice, *Principios de derecho público y constitucional*, Madrid, 1927, p. 84.

de esa idea —afirma— se producen manifestaciones de comunión dirigidas por los órganos de poder y reglamentados por procedimientos.²³

En esta construcción teórica existen dos tipos de instituciones: las instituciones-personas (como los Estados, las asociaciones o los sindicatos), en donde el poder organizado y las manifestaciones de comunión de los miembros del grupo se interiorizan en el cuadro de la idea de la obra, y las instituciones-cosas (como, por ejemplo, la regla de derecho), en donde “el elemento del poder organizado y el de las manifestaciones de comunión de los miembros del grupo no están interiorizados en el cuadro de la idea de la obra, y aunque existen en el medio social, permanecen exteriores a la idea”²⁴. Asimismo, las instituciones-personas, que son el centro de atención de Hauriou, están compuestas por tres elementos básicos: la idea de una obra a realizar, un poder organizado puesto a disposición de esa idea para su materialización y la comunión de los miembros del grupo social en torno a esa idea y su realización.

La formulación de la teoría de Santi Romano, a su vez, parte de la necesidad de superar la concepción del derecho que sostiene que éste está compuesto exclusivamente por reglas de conducta. Romano no intenta negar la importancia de las reglas, sino sostener que éstas “son elementos de un ordenamiento más amplio y complejo en el que se apoyan, y que constituye su base necesaria e imprescindible”²⁵. Para ello, desarrolla una teoría del derecho como institución paralela a una teoría de la pluralidad de los ordenamientos jurídicos.²⁶ Así, para el profesor de Turín, la definición de derecho pasa ineludiblemente por la de ordenamiento: “La naturaleza del ordenamiento jurídico no se evidencia en su totalidad y no puede ser aprehendida

²³ *Ibidem*, p. 37.

²⁴ *Ibidem*, p. 38.

²⁵ Romano, Santi, *El ordenamiento jurídico*, cit., p. 192.

²⁶ Sobre la circunstancia de que el libro de Romano se compone de dos teorías que se identifican, precisamente, con las dos partes que dividen el volumen de esta obra, Norberto Bobbio ha afirmado: “Los estudiosos que hasta ahora se han ocupado de la doctrina de Romano se han acostumbrado tanto a considerarla como un todo y a discernir las dos teorías conjuntamente que no se han dado cuenta de que una es independiente de la otra. No hay ningún nexo entre la teoría del ordenamiento y pluralismo, como tampoco entre teoría de la norma y monismo. No hay ninguna incompatibilidad entre teoría del ordenamiento y monismo, como tampoco entre teoría de la norma y monismo, como tampoco entre teoría de la norma y pluralismo. Aunque de hecho las más conocidas doctrinas institucionalistas son también pluralistas, la conjunción entre institucionalismo y pluralismo y entre normativismo y monismo no es una regla”. Bobbio, Norberto, “Teoría e ideología en la doctrina de Santi Romano”, en Ruiz Miguel, Alfonso (ed.), *Contribución a la teoría del derecho: Norberto Bobbio*, Valencia, Artes Gráficas Soler, 1980, p. 157.

cuando se le considera no en su unidad sino en relación con las normas que lo integran: el *quid* que constituye tal unidad es algo distinto a las normas y, al menos hasta cierto punto, algo también independiente a ellas”.²⁷

De acuerdo con Francisco Ansúategui Roig, el concepto de derecho de Santi Romano puede resumirse en estos tres elementos básicos: 1) derecho y sociedad son dos nociones inexplicables la una sin la otra: “Lo que no trasciende en la esfera estrictamente individual y no supera la vida del individuo concreto en cuanto tal no es derecho; a su vez, inversamente, no existe sociedad en el sentido propio del término sin que en ella se manifieste el fenómeno jurídico”;²⁸ 2) el derecho implica la idea de orden social: “El derecho excluye cualquier elemento que pueda relacionarse con la arbitrariedad o con la fuerza material, esto es, con la fuerza no ordenada”,²⁹ y 3) el derecho es entendido como organización “de la sociedad misma en la que se desarrolla y que precisamente el derecho constituye como unidad”.³⁰

Así, “sociedad”, “orden” y “organización” son los tres elementos de la noción de derecho pues para Romano —en palabras de Norberto Bobbio— “existe derecho cuando hay una organización de una sociedad ordenada [...o, bien], una sociedad ordenada por medio de una organización, o un orden social organizado”.³¹ De aquí, teniendo en cuenta estas tres nociones, así como la idea de que sólo se puede alcanzar una noción correcta de derecho a través del concepto de ordenamiento jurídico, Romano desemboca en la fórmula característica de su teoría: “Cada ordenamiento jurídico es una institución e, inversamente, toda institución es un ordenamiento jurídico”.³²

De lo dicho hasta aquí, puede inferirse que, para los teóricos de la institución, *lo institucional* presupone o genera *una forma social que perdura*, que no depende de las voluntades subjetivas de los individuos. Así, en una primera acepción, ser *responsable institucionalmente* significa ser llamado a responder por una acción u omisión que atente contra la permanencia de esa obra social (o institución), la idea que generó su fundación y, en fin, cualquier circunstancia que pudiera impedir o problematizar la renovación de las voluntades que participan en la realización de esa idea. Y en un segundo concepto, ser *responsable institucionalmente* se refiere también a un calificativo que se

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ Ansúategui Roig, Francisco, *El positivismo jurídico neoinstitucionalista (una aproximación)*, cit., pp. 37 y 38.

²⁹ *Ibidem*, p. 38.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ Bobbio, Norberto, *Teoría general del derecho*, Madrid, Debate, 1991, p. 20.

³² Romano, Santi, *El ordenamiento jurídico*, cit., p. 113.

atribuye a una persona que prevé los efectos de su comportamiento y lo corrige en función de tales previsiones con la finalidad de no atentar contra la permanencia de la institución de la que forma parte, esto es, se evita atentar en contra de la legitimidad del fin para el que fue erigida dicha institución.

Esta clase de responsabilidad, la institucional, en tanto atributo personal propio de los integrantes del Poder Judicial, debe distinguirse de otras conductas diversas en las que podrían incurrir en el plano ético y jurídico. En efecto, si se admite que existe una idea objetiva de justicia en tanto virtud de dar a cada quien lo que le corresponde, el juez, al sostener una decisión injusta (por más que “jurídicamente” pueda justificarse, e “institucionalmente” no impacte en la renovación de las voluntades que participan en la realización de la idea del Poder Judicial), está incumpliendo con una obligación de naturaleza ética y estaría llamado a responder moralmente por su decisión. Por otra lado, si el juez, frente a la discrecionalidad para elegir respuestas a los problemas que se le plantean, elige una que puede estimarse jurídicamente “incorrecta” (por más que esa decisión sea aparentemente “justa” e institucionalmente “inofensiva”), indudablemente tendría que responder jurídicamente (esto es, civil, penal y/o administrativamente) por su decisión, en principio, arbitraria. Y, a su vez, una decisión que parece justa y jurídicamente correcta, no está exenta de eventualmente atentar en contra de la institucionalidad del Poder Judicial.

Finalmente, es importante subrayar que las nociones de responsabilidad específicas (ética, jurídica e institucional) no son excluyentes ni autónomas entre sí ya que —incluso— la mayoría de las veces, claramente confluyen y se intersectan, y si bien en ocasiones dicha intersección puede llegar a no ser tan clara, difícilmente un problema de responsabilidad “eminente jurídico” estará exento de alojar, a la vez, una cuestión de naturaleza ética o institucional, y lo mismo puede decirse respecto a los problemas de responsabilidad “estrictamente” éticos o institucionales.

III. LA JUSTICIA COMO VIRTUD: “LO JUSTO”

El sustantivo “justicia” (del latín *iustitia*) proviene del adjetivo “justo” (*iustus*) y de acuerdo con el *Diccionario de la Real Academia Española* se refiere a “una de las cuatro virtudes cardinales que inclina a dar a cada uno lo que le corresponde o pertenece”.³³ Así, la justicia es el término que designa, por un lado,

³³ Este diccionario es prolífico en significados a propósito de la noción de justicia. Así, además de identificarla con la virtud que inclina a dar a cada uno lo que le corresponde, le

cierta cualidad que no incluye en su significación a un sujeto y, por otro, “a la virtud personal que tiene por objeto las realidades informadas por la realidad de «justo» y que mueve a un sujeto a realizar cosas justas”.³⁴ A su vez, lo “justo” se atribuye a quien “obra según [o es arreglado a] justicia”.³⁵ El adjetivo *iustus* procede de *ius* (o *iuris*), esto es, el vocablo con el que se designa desde hace siglos a la ciencia del derecho.³⁶ *Ius* significó en Roma *lo recto, lo derecho*, “lo ajustado en el orden de las conductas en alteridad que se llevaban en el marco de la *civitas*”³⁷ y, por tanto, lo *iustus* era aquello que se cumplía o era conforme a derecho. De ahí que la función originaria de *lo justo* como adjetivo (a diferencia de la justicia, que se limita a designar una cualidad o una virtud personal) fuera la de “calificar conductas, personas o situaciones como adecuadas o conformes a derecho”.³⁸

atribuye, entre otras, las siguientes definiciones: “Derecho, razón, equidad”; “Conjunto de todas las virtudes, por el que es bueno quien las tiene”; “Aquel que debe hacerse según derecho o razón”, “Pena o castigo público”; “Poder judicial”; “Atributo de Dios por el cual ordena todas las cosas en número, peso o medida. Ordinariamente se entiende por la divina disposición con que castiga o premia, según merece cada uno”. Asimismo, se refiere a este concepto cuando va acompañado de los calificativos commutativa (la que regula la igualdad o proporción que debe haber entre las cosas, cuando se dan o cambian unas por otras), distributiva (la que establece la proporción con que deben distribuirse las recompensas y los castigos) y original (inocencia y gracia en que Dios crió a nuestros primeros padres); como locución verbal de administrar (aplicar las leyes en los juicios civiles o criminales, y hacer cumplir las sentencias), de “hacer a alguien” (obrar en razón con él o tratarle según su mérito, sin atender a otro motivo, especialmente cuando hay competencia y disputa) y “oír en” (ser examinados por un juez o tribunal los descargos o excusas del funcionario a quien se impuso alguna corrección) y “pedir en” (poner demanda ante el juez competente). *Cfr.* Real Academia Española, *Diccionario de Lengua Española*, 22a. ed., Madrid, 2001.

³⁴ Véase Massini, Carlos I., *Filosofía del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2005, t. II, pp. 5 y 4; Llamas, Félix Adolfo, *La experiencia jurídica*, Buenos Aires, Instituto de Estudios Filosóficos, 1991, p. 329, y Corominas, Joan, *Diccionario crítico etimológico de la lengua castellana*, Madrid, Gredos, 1954, t. II, p. 1079.

³⁵ Al adjetivo justo, también se le atribuye a quien “vive según la ley de Dios”, a lo “exacto, que no tiene en número, peso o medida ni más ni menos que lo que debe tener” o a lo que es “apretado o que ajusta bien con otra cosa”. También se utiliza como adverbio de modo para significar “justamente, debidamente, exactamente” o “apretadamente, con estrechez”, y como locución adverbial para designar “ajustadamente, con la debida proporción” o “cabalmente, a punto fijo”. *Cfr.* Real Academia Española, *Diccionario de lengua española*, cit.

³⁶ El cual por su parte deriva del arcaico *ious* y el sánscrito *yoh*, *cfr.* Segura Munguía, Santiago, *Diccionario etimológico latino-español*, Madrid, Anaya, 1985, p. 387.

³⁷ La afirmación de que estas conductas debían llevarse a cabo en el ámbito de la *civitas* tiene que ver con la idea de justicia, en la Antigüedad, “pone un especial acento en la politización de las relaciones de justicia; en efecto, sólo en el ámbito de la *polis* se da esa igualdad de derechos entre ciudadanos que hace posible su participación como sujetos de derecho en los bienes comunes de la comunidad autárquica”. Massini, Carlos I., *op. cit.*, pp. 7 y 8.

³⁸ *Idem.*

Para Aristóteles, una virtud es el punto medio que existe entre dos vicios extremos, y la justicia es la virtud que se encuentra entre la posibilidad de cometer una injusticia y la de padecerla, pues ésta implica tener menos y aquélla más de lo que se merece.³⁹ Por tanto, el hombre justo es el que no peca por exceso ni por defecto, sino que mantiene una conducta equilibrada entre estos dos polos opuestos. De esto se sigue que, para el pensador estagirita, la justicia es una virtud relacional, es decir, un acto que sólo se puede medir en función de la relación que guarda una persona con respecto a otra.⁴⁰

En esta misma línea de pensamiento, se afirma que la justicia es una virtud total y perfecta, cuya esencia es la igualdad. La igualdad en la teoría de la justicia tiene dos significados: en primer lugar, la igualdad se pregonó de los sujetos que participan en las relaciones de justicia, pues no puede hablarse de justicia o injusticia entre los que son completamente diferentes;⁴¹ en segundo lugar, la igualdad en estas relaciones se refiere al criterio a partir del cual se distribuyen los bienes, cargas o castigos. No obstante, la igualdad de los sujetos no es la misma que la del criterio para la distribución. Aquélla es una igualdad de principio, de derecho y por tanto absoluta pues, no obstante sus inevitables desigualdades, se reconoce que “quienes participan en ella lo hacen en una medida completamente idéntica”.⁴² La igualdad como criterio de distribución, en cambio, es una igualdad más bien proporcional, relativa, cuyo fin es precisamente mitigar las inevitables desigualdades existentes entre los miembros de una comunidad,⁴³ una igualdad que, en el reparto de

³⁹ Aristóteles, al final del capítulo quinto de la *Ética Nicomaquea*, afirma: “Resulta claro que la conducta justa es un término medio entre cometer la injusticia y padecerla... y la justicia es una especie de término medio, pero no de la misma manera que en las demás virtudes, sino porque es propia del medio, mientras que la injusticia lo es de los extremos. La justicia es la virtud por la cual se dice del justo que practica deliberadamente lo justo”. Aristóteles, *Ética Nicomaquea*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 1133 y ss.

⁴⁰ Además, lo sujetos de las relaciones de justicia, deben ser personas comunes pues “los extremadamente virtuosos como los irremediablemente malvados no son sujetos propiamente de las relaciones de justicia; los virtuosos, que se asemejan a los dioses, porque la superan y se colocan en el ámbito de la amistad; los protertos, que se asemejan a las bestias, porque han de ser excluidos de la sociedad política y, por ende, del ámbito de la justicia”. Massini, Carlos I., *op. cit.*, p. 7.

⁴¹ Entre quienes son desiguales, de acuerdo con el pensador griego, no hay justicia propiamente dicha, pues “quedamos, en efecto, en que esa clase de justicia es según la ley, y en que tienen la ley de un modo natural aquellos que son iguales en el mando y en la obediencia”. Aristóteles, *op. cit.*, p. 1134.

⁴² Massini, Carlos I., *op. cit.*, p. 9.

⁴³ Como ha advertido Carlos I. Massini, nadie sostiene seriamente que el criterio de una distribución justa deba ser absoluto (algo que equivaldría a decir “a cada uno lo mismo”). Por el contrario, normalmente se sostiene que este criterio debe ser *proporcional* y, de ahí, la

bienes, cargas y castigos, pretende materializar una igualdad proporcional entre sujetos que, por naturaleza, son en alguna medida desiguales.

La aplicación del principio de igualdad para la determinación de lo justo lleva a Aristóteles a la clasificación de dos clases de justicia que, desde entonces, son una referencia obligada en cualquier estudio sobre la justicia. Por una parte, la *justicia distributiva*, que se refiere al reparto de honores y bienes que cada uno ha de recibir en función de su propio mérito.⁴⁴ Por otra, la *justicia correctiva*, que es la destinada a restablecer las situaciones de la distribución en aquellos casos en los que una de las partes ha dañado a otra o se ha apropiado de algo que no le corresponde.⁴⁵ Esta relación puede dar origen a obligaciones de dos tipos: las voluntarias y las involuntarias. En las primeras, las voluntades de las partes aparecen recíprocamente vinculadas, como en un contrato o una convención entre particulares; las involuntarias se refieren a las obligaciones que surgen como consecuencia de una conducta delictiva. Así, la justicia correctiva exige que en ambas obligaciones se tengan en cuenta las acciones o el valor objetivo de las cosas para restaurar la igualdad alterada.⁴⁶

En síntesis, la igualdad establecida en las distribuciones de bienes, cargas o castigos que, en condiciones de igualdad, se distribuyen, deberá ser mantenida en el tiempo a través de la justicia correctiva, esto es, un reparto secundario que siempre estará subordinado al reparto proporcional y pri-

autoridad e influencia de la milenaria frase clásica “a cada uno lo suyo”: “aún en autores tan igualitaristas como Karl Marx, la justicia de los repartos no es entendida en el sentido de una igualdad absoluta: en la fase superior de la sociedad comunista —escribe en la *Critica al Programa de Gotha*— cuando haya desaparecido la sumisión esclavizadora de los individuos a la división del trabajo... y fluyan con todo su caudal los manantiales de la riqueza colectiva, sólo entonces podrá rebasarse totalmente el estrecho horizonte del derecho burgués y la sociedad podrá escribir en su bandera: *de cada uno según su capacidad, a cada uno según sus necesidades*”. *Ibidem*, p. 10.

⁴⁴ Como bien ha afirmado Brian Bix, “la mayoría de las discusiones modernas más conocidas acerca de la justicia que usualmente tratan la justicia primordialmente como la estructuración apropiada del gobierno y la sociedad, son básicamente discusiones acerca de la justicia distributiva”. Bix, Brian, *Jurisprudence. Theory and Context*, 3a. ed., Londres, Sweet and Maxwell, 2003, p. 135.

⁴⁵ El criterio para corregir o restituir las cosas a una situación similar a la que se encontraba antes de que tuviera lugar esta alteración es una tarea propia del juez, quien “procura igualar esta clase de injusticia... El juez restablece la igualdad, que es como si de una línea dividida en segmentos desiguales quitara del mayor el trozo que excede de la mitad y lo añadiera al segmento menor. Cuando el todo se divide en dos partes, se dice que cada uno tiene lo suyo siempre que ambas sean iguales, y lo igual sea el término medio entre lo mayor y lo menor según la proporción aritmética”. Aristóteles, *op. cit.*, p. 1132.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 1131.

mero que significa la justicia distributiva. Estos repartos, para que resulten verdaderamente igualitarios, presuponen la imparcialidad de quien los asigna: “Cuando hay discusión, se recurre al juez, e ir al juez es ir a la justicia, pues es él quien restablece la igualdad”.⁴⁷ Esta referencia al juez en la teoría de la justicia clásica para el restablecimiento de la medida de igualdad tiene la finalidad de garantizar que este reparto sea verdaderamente igualitario,⁴⁸ ya que “sólo un tercero no involucrado en la controversia es una garantía de imparcialidad que difícilmente puede esperarse de las partes en disputa”.⁴⁹

En esta misma línea de pensamiento, tradicionalmente se ha afirmado que la justicia es una virtud segunda de una virtud primera que es la prudencia, lo que significa que no se puede ser justo si, antes, no se es prudente. La Real Academia Española define a la prudencia como la virtud que consiste en “discernir y distinguir lo que es bueno o malo para seguirlo o huir de ello”⁵⁰ y, en palabras de Aristóteles, “el conocimiento de lo que es bueno moralmente para el hombre y debe por lo tanto ser buscado, y de lo que es malo, también moralmente, para él y debe por ello evitarse”.⁵¹ Como puede advertirse, en ambas definiciones queda claro que el objeto de la prudencia es establecer y prescribir *lo debido* en la conducta humana, esto es, la prudencia cumple con una función cognoscitiva o intelectual que determina el medio o la medida propia de otras virtudes éticas, en especial, la justicia, ya que “quien ignora cómo son y cómo están verdaderamente las cosas no

⁴⁷ *Ibidem*, p. 1132.

⁴⁸ Massini, Carlos I., *op. cit.*, p. 12.

⁴⁹ Ésta es la razón por la que Rawls, para asegurar la imparcialidad de los principios de justicia que establece en su teoría, “coloca a todos los representantes de los ciudadanos en la condición de terceros no involucrados, en virtud del recurso al velo de ignorancia”. *Idem*. En efecto, Rawls se pregunta “si habría principios universales para aplicar a la estructura básica de la sociedad que hombres libres e iguales consentirían hipotéticamente en condiciones ideales —lo que implica ver la justicia como equidad, o sea, como resultado de un procedimiento equitativo, y para ella imagina una posición originaria: ésta es una situación hipotética en la que seres racionales, libres e iguales, en circunstancias en que es relevante discutir sobre la justicia de las principales instituciones de la sociedad, siendo racionalmente auto-interesados en la obtención para sí de bienes primarios, como las libertades civiles y políticas, ingreso y riqueza, prestigio, etc., pero que están bajo un velo de ignorancia sobre sus circunstancias particulares de raza, religión, inteligencia, condición social, etc., discuten sobre qué principios comprometerse a aceptar para regir la sociedad en la que van a vivir cuando sea levantado ese velo de ignorancia”. Nino, Carlos Santiago, “Justicia”, en Garzón Valdés, Ernesto y Laporta, Francisco J., *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta, 2000, pp. 474 y 475.

⁵⁰ Cfr. Real Academia Española, *Diccionario de Lengua Española*, *cit.*

⁵¹ Aristóteles, *Ética Nicomaquea*, *op. cit.*, p. 1133.

puede obrar bien, pues el bien es lo que está conforme con la realidad”.⁵² Establecer esta medida es la tarea propia de la prudencia, “sin la cual el justo no podrá saber qué cosa es *justa* o el valeroso en qué consiste el *valor* en una situación determinada”.⁵³

Pero la función de la prudencia no se agota en la determinación de lo que es debido en una circunstancia dada sino que, también, es su tarea mover al sujeto a realizar el acto correspondiente.⁵⁴ Dicho en otras palabras, el acto del entendimiento que en un primer momento la conducta prudente produce implica, a su vez, un acto —considerado recto— que debe consumarse en la realidad.⁵⁵ Este paso es imprescindible pues, de lo contrario, la prudencia se reduciría a una mera especulación intelectual sin ninguna consecuencia práctica, y para que la prudencia se realice a plenitud es necesario que el entendimiento mueva a la voluntad o —dicho de otra forma— es necesario que, para que la acción sea prudente, la voluntad se encuentre previamente rectificada y ordenada en función del conocimiento de *lo debido*. Esto, en el ámbito del derecho —como bien advierte Massini— significa, ni más ni menos, “que no podrá ser auténticamente prudente quien no sea justo”.⁵⁶

En síntesis, la prudencia es una virtud formalmente intelectual pero materialmente moral, esto es, que si bien radica en la inteligencia, su objeto de conocimiento son los actos de la voluntad y, más concretamente, los actos de justicia. En este sentido, Álvaro D’Ors ha sostenido que “la justicia es la virtud o el hábito moral que consiste en dar a cada uno *lo suyo* pero presupone un conocimiento de este *suyo* que se debe dar a cada uno. Este conocimiento es el objetivo de la virtud de la prudencia... porque por la primera se inclina el juez a juzgar bien, y por la segunda averigua qué debe juzgar en cada caso para juzgar bien”.⁵⁷ Así, es evidente —advierte Massini— que “quien no conoce qué es *lo suyo* de cada cual, está imposibilitado para ser justo; la prudencia es, entonces, condición de posibilidad de la justicia, es la que le otorga su medida, su medio, la que le proporciona un objeto concreto y determinado al movimiento de la voluntad hacia el bien estrictamente debido a otro”.⁵⁸

⁵² Massini, Carlos I., *La prudencia jurídica. Introducción a la gnoseología del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1983, p. 22.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 84.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 85.

⁵⁶ D’Ors, Álvaro, *Una introducción al estudio del derecho*, Madrid, Civitas, 1999, p. 115.

⁵⁷ Massini, Carlos I., *op. cit.*, pp. 21-30.

⁵⁸ *Ibidem*, pp. 84-86.

IV. LA JUSTICIA COMO CIENCIA: “LO JURÍDICO”

La historia del derecho es un relato que no se identifica con la historia de su ciencia: “Las instituciones jurídicas son una constante en la historia de la humanidad; se revelan, pues, tan antiguas como ella. La ciencia del derecho, en cambio, nació en la época de los siete reyes de Roma, y su historia no fue sin solución de continuidad”.⁵⁹ Esto, en palabras de Carlo Augusto Cannata, significa que la existencia de instituciones jurídicas (normas, tribunales) no implica necesariamente la de juristas y la de un método, “del mismo modo que la existencia de construcciones no implica la de ingenieros, ni la práctica del cálculo la de matemáticos”.⁶⁰ Entre una actividad pragmática y una ciencia existe una diferencia de calidad y cantidad, y “la ausencia de una ciencia relativa a ella no impide el desarrollo empírico de cierta actividad humana: ésta será únicamente diferente y sólo apta para resolver un número más limitado de problemas”.⁶¹

La razón por la que se sitúa el inicio de la historia de la ciencia jurídica en la Roma antigua se debe a que fue ahí donde apareció, por primera vez en la historia de la humanidad, ese personaje que ejerce a título profesional esta actividad: el jurista.⁶² Su función histórica fue nada más y nada menos que la de otorgar a la jurisprudencia de entonces —que ya tenía un objeto (*divnarum atque humanarum rerum notitia*)— un método, una técnica que sustentara las realizaciones prácticas de los operadores jurídicos de la época.⁶³

⁵⁹ Cannata, Carlo Augusto, *Historia de la ciencia jurídica europea*, Madrid, Tecnos, 1996, p. 18.

⁶⁰ “Lo que designamos como ciencia jurídica o jurisprudencia es un conocimiento técnico de la estructura interna de las instituciones jurídicas, y al mismo tiempo un método que permite trabajar sobre ellas y por ellas. Se trata, pues, más bien, de una tecnología”. *Idem*.

⁶¹ *Idem*.

⁶² “La historiografía de la jurisprudencia romana sólo posee una verdadera base documental a partir de la época de las Doce Tablas, que emanaron de los decenios del 451 al 449 a. C., y constituyen la más antigua ley romana de la que tengamos prueba alguna. No obstante, es indudable que existía una jurisprudencia antes de la elaboración de esta ley. Las Doce Tablas mismas, en la medida en que las conocemos, denotan una técnica legislativa avanzada: se expresan en un lenguaje y enuncian una terminología muy maduros. La influencia griega, por otra parte problemática, no basta para explicar la primera de esas características, y no sabría justificar de ningún modo la segunda: incluso puede vislumbrarse un trabajo jurisprudencial de amplio alcance y de gran tecnicismo, que se remonta seguramente a la época monárquica”. *Ibidem*, pp. 27 y 28.

⁶³ “Hoy en día estamos acostumbrados a que abogados y notarios sean juristas o, cuando menos, personas que han recibido una formación jurídica completa... Pero no siempre fue así, especialmente en el mundo antiguo, en el que los legisladores y los magistrados eran sólo hombres políticos; donde los jueces eran cualificados por el mero hecho de ser honrados

Y es precisamente en esta época en la que aparece una de las definiciones más influyentes de nuestra tradición jurídica para la ciencia del derecho, la propuesta por Ulpiano como *divnarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*. Esta sentencia del jurista de origen fenicio se refiere, en primer lugar, a un orden en el que intervienen lo divino y lo humano, una actividad en la que se conoce y discierne sobre las cosas de los dioses y los hombres (*divnarum atque humanarum rerum notitia*), y luego expresa la naturaleza propia de dicha actividad como una *scientia* de lo *iusti* y lo *iniusti*.

Así, desde la Roma clásica, la ciencia de lo justo y lo injusto es un saber de carácter prudencial, una ciencia que busca resolver problemas concretos y reales del ser humano en relación con su mundo. De ahí, uno de los perfiles más característicos del derecho romano: el casuismo como metodología.⁶⁴ Al respecto, Carlos Soriano Cienfuegos ha reconocido que existen autores que identifican esta característica que rige el desenvolvimiento de la jurisprudencia romana con una de incapacidad de estos juristas para alcanzar las cimas del razonamiento abstracto pues, en la actualidad —afirma— “existe una tendencia a considerar lo abstracto como superior a cualquier caso concreto”.⁶⁵ Lo cierto es que, como también sostiene el profesor de la Universidad Panamericana, el derecho romano obedece a un modelo de ciencia que parte de la convicción de que las abstracciones son peligrosas y

notables que poseían la experiencia de los hombres y de las cosas; donde los notarios eran meros escribanos y los abogados expertos en el arte de componer y pronunciar un discurso convincente... El jurista no era ni magistrado, ni juez, ni funcionario, ni siquiera notario o abogado... pero poseía los conocimientos técnicos necesarios para el trabajo jurídico de los magistrados, jueces, funcionarios, notarios o abogados; era un consejero imprescindible, el artesano que proporcionaba la sustancia técnica de sus realizaciones prácticas”. *Ibidem*, pp. 22 y 23.

⁶⁴ El método de la jurisprudencia clásica —de acuerdo con Salvador Cárdenas— recibía el nombre de *inventio*. La invención (cuya raíz, *invenio*, *invenire* significa encuentro, hallazgo o descubrimiento) consistía fundamentalmente en un arte de integración dirigido a encontrar por medio del discurso racional y argumentativo la mejor solución posible para un caso concreto. Para llevarla a cabo, el jurista primero observaba el hecho para plantear el problema. Después, venía el razonamiento conjectural y la argumentación de su mejor solución por elemental juicio lógico y de conveniencia en la interpretación de los hechos. Además, había que revisar los ordenamientos positivos y su posible incidencia y aplicación al caso. Enseguida, debía buscarse los precedentes de los antiguos juristas y discernir su aplicabilidad en el caso presente, para deducir así la mejor solución posible. Por eso, inventar en Roma es, por tanto, un arte o forma de razonar sobre lo justo e injusto a la que los juristas de entonces denominaron “arte de lo bueno y de lo justo”. Cárdenas Gutiérrez, Salvador, *El juez y su imagen pública. Una historia de la judicatura mexicana*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006, p. 4.

⁶⁵ Cf. Soriano Cienfuegos, Carlos, “El casuismo romano como metodología propia del derecho”, *op. cit.*

que, en definitiva, “implican la reducción de una experiencia múltiple a una unidad lógica, en tanto que el proceso sistematizador va de la diversidad empírica a la simplicidad conceptual [...]y de esta forma, la reducción se realiza a costa de la rica variedad que presenta la realidad”.⁶⁶

En esta jurisprudencia, el caso concreto es estudiado directamente, des-de su estructura misma, las personas que lo integran, el tipo de relación que las vincula y la finalidad a la que se dirige esa relación, y no sólo a través del “lente” de la ley como se acostumbra en nuestros días. Para los juristas de la Antigüedad, la ley, si bien tiene injerencia en el quehacer jurisprudencial, su influencia no llega al punto de determinar la decisión, pues entendían que los lineamientos que establece el poder político deben respetarse cuando las circunstancias y la justicia del caso lo ameriten, pero que también pueden dejarse de lado cuando la solución legal, en vez de resolver el conflicto, lo reduce al reconocimiento del derecho de una parte en detrimento de la otra.

Por eso, como ha sugerido Álvaro D'Ors, el sentido del término *ius* en la jurisprudencia clásica puede identificarse con el término español “posición”:⁶⁷ “El contenido del *ius* es el lugar o cierto estatuto que corresponde a cada una de las partes de la relación, y luego hace referencia a una conducta que se realiza de acuerdo a ese lugar o estatuto que se ocupa, tendiente a la obtención de un resultado”.⁶⁸ La determinación de esta posición es tarea del juez, a través de una serie de razonamientos basados en la estructura de la relación que existe entre las partes: “Algunas veces la relación la establecieron por un acuerdo de voluntades, otras veces la relación deriva del *ius gentium* y otras más del *ius naturale*”.⁶⁹ Así, la jurisprudencia clásica, lejos de ser un mero cotejo de requisitos legales, es una tarea destinada a reconocer, establecer o restablecer el orden de la sociedad a través de la determinación del “lugar” o estatuto que le corresponde a cada persona de la

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ La noción del *ius* como posición, de acuerdo Daniel Castañeda Granados, recorre varias de las obras de Alvaro D'Ors, en particular, en *Derecho Privado Romano*: “D'Ors entiende al *ius* como una determinada «posición». Al mismo tiempo, entiende al derecho, o más bien a la *iurisprudentia*, como lo que aprueban los jueces respecto a los servicios personales socialmente exigibles, idea que encuadra en la de «posición» como fin un objeto de aquélla. Parece ser que esta noción de lo jurídico (como posición) subyacía en la jurisprudencia romana, principalmente en la clásica, y que con el paso del tiempo fue sustituida paulatinamente por el concepto de *ius* como «situación», que consiste en colocarse en un supuesto legal”. Castañeda Granados, Daniel, *Filosofía de la jurisprudencia. La recuperación del caso en la vida del derecho*, México, Porrúa-Universidad Panamericana, 2007, p. 249

⁶⁸ Castañeda Granados, Daniel, *Filosofía de la jurisprudencia. La recuperación del caso en la vida del derecho*, cit., p. 249.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 250.

relación de justicia. Por eso, para Daniel Castañeda Granados, el derecho como *posición* es un derecho con historicidad, un derecho invariablemente vinculado a las circunstancias de tiempo y lugar, pues la posición es la expresión más clara de la dimensión temporal del derecho: “Es el *positum*, lo que está puesto ahí frente a nosotros como una realidad asediante”.⁷⁰

En oposición al entendimiento del derecho como posición, puede oponerse la idea del derecho como *situación*,⁷¹ un derecho desvinculado de los casos concretos, de las circunstancias de tiempo y lugar, de la estructura, las partes, la relación, la finalidad del caso y, en fin, un derecho sin historicidad. Así, este derecho “de situaciones” es un derecho que, con el afán de dar unidad y certeza jurídicas, suprime el juicio del intérprete, no admite razonamiento jurídico más allá del texto de la ley y es ajeno a la idea de justicia relacional, pues el quehacer jurisprudencial aquí se reduce a un mero silogismo, a una tarea que se limita a realizar un acto de ubicación dentro de algo que tiene límites claros —mismos que no pueden sobrepasarse—, “un cierto encorsetamiento que sólo es de una manera, y que tiene resultados fatales en donde no hay esa posibilidad de matizar los resultados según la utilidad o la necesidad y, por ende, ya no es una realidad dinámica y vital o humana, sino fosilizada”.⁷² En el mejor de los casos, esta jurisprudencia es una actividad mecánica, “despojada de cualquier tipo de intencionalidad y de cualquier tipo de finalidad práctica”;⁷³ y en el peor de los casos, “la operación del juez, la conducta de las partes y también el mandato superior serán el resultado de caprichos irracionales que van dirigidos al logro de intereses ajenos al bien práctico”.⁷⁴

La consolidación de esta fórmula de determinación de lo jurídico como *situación*, la cual trasciende a la práctica jurídica actual, se identifica claramente con un itinerario histórico, el de la formación del Estado moderno. Se entiende por Estado moderno esa estructura política que monopoliza la producción normativa y reduce la experiencia jurídica a ese instrumento

⁷⁰ *Idem*.

⁷¹ “La concepción del *ius* como *situación*, misma que es establecida por las leyes, tiene fuertes inconvenientes a la hora en que los jueces realizan su trabajo jurisprudencial, es decir, a la hora que deciden los casos con vistas de justicia... Esto lleva no poder hacer justicia, es decir, lleva a que los jueces no puedan realizar la acción tendiente a igualar la relación social en la que están inmersas las partes en conflicto, debido a esto, no a la falta de probidad de los jueces o del sistema, sino a las fallas metodológicas que produce no entender el *ius* o derecho adecuadamente”. *Idem*, p. 135.

⁷² *Ibidem*, p. 249.

⁷³ *Ibidem*, p. 252.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 253.

normativo que se produce desde el propio Estado: el código.⁷⁵ La codificación del derecho, a su vez, se refiere a esa tendencia a reunir varios ordenamientos jurídicos en un solo texto con pretensiones de sistematicidad y totalidad. Se trata de un fenómeno de ruptura y discontinuidad histórica estrechamente vinculado a una ideología política del siglo XVIII que proponía fortalecer el papel del Estado, otorgándole la facultad plena y exclusiva de decir el derecho mediante leyes y decretos derivados de su poder soberano. Desde entonces, el derecho dejó de consistir en un juicio de la razón sobre *lo justo* y *lo injusto* para transformarse en la técnica del mero acomamiento de la norma estatal.

Para el Estado moderno, *lo jurídico* se reduce a la noción de derecho como *situación*, que consiste precisamente en la simplicidad de colocarse en un supuesto legal,⁷⁶ sustituyendo así un mecanismo de solución de controversias milenario —que parte de una visión relacional de lo jurídico— por otro que no es “sino fuerza institucionalizada con máscara de racionalidad”. La nueva ciencia del derecho consiste ahora en crear o construir un nuevo orden jurídico artificial mediante la acción legislativa, y ya no a través del “arte de inventar” o descubrir la solución más adecuada a los problemas, razonando según la particular naturaleza de las cosas. Por eso, desde el siglo XIX, la enseñanza del derecho se redujo a la sola memorización irreflexiva de leyes o, en el mejor de los casos, “a la acumulación de información de criterios que induzcan y orienten el actuar profesional del derecho según el ordenamiento legal”.⁷⁷ A partir de la codificación napoleónica, se impu-

⁷⁵ “...se toma en consideración el Estado moderno europeo como una realidad político-institucional que caracteriza la historia europea en un largo periodo de tiempo, desde el siglo XIV hasta nuestros días, hasta los Estados constitucionales y las Constituciones democráticas de nuestro tiempo. Obviamente, en el curso de estos seiscientos años —los comprendidos entre los siglos XIV y XX— lo que llamamos Estado moderno europeo ha asumido formas distintas, situándose dentro de diferentes experiencias constitucionales... Las diferencias de sobra son conocidas. Es evidente que un señorío territorial del siglo XIV es algo distinto a un Estado de la posterior época absolutista, y menos aún se puede olvidar que dentro de esos seis siglos aparece el gran evento de la Revolución francesa, que también para nosotros representa una auténtica ruptura que da lugar a nuevas formas de Estado, al Estado de derecho y, posteriormente, al Estado constitucional. Y, sin embargo, sostengamos que el desarrollo del Estado moderno europeo, aunque complejo y multiforme, tiene un hilo conductor cuyo comienzo aparece de manera suficientemente clara en la Europa de los siglos de transición entre la Edad Media y moderna, es decir, antes de la fase absolutista situada entre los siglos XVI y XVII”. Fioravanti, Maurizio, “Estado y Constitución”, en *id. (coord.)*, *El Estado moderno en Europa. Instituciones y derecho*, Madrid, Trotta, 2004, pp. 14 y 15.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 249.

⁷⁷ Cárdenas Gutiérrez, Salvador, *El juez y su imagen pública. Una historia de la judicatura mexicana*, cit., p. 16.

so esta práctica en las universidades francesas, y después en las europeas e hispanoamericanas, al grado de que juristas del prestigio de Pierre Bugnet llegaron a afirmar —como implícitamente se sigue afirmando actualmente en la mayoría de nuestros recintos universitarios—: “No conozco el derecho civil, sólo enseño el código de Napoleón”.⁷⁸

V. LA JUSTICIA COMO INSTITUCIÓN: “LO JUSTICIAS”

Para el operador jurídico, la justicia es algo que se identifica con algo muy concreto: la organización judicial, esto es, la institución de la aplicación del derecho por un tercero imparcial a las contiendas entre particulares, entre órganos del Estado o, bien, entre estos y aquellos.⁷⁹ Como se ve, la idea de la administración de justicia está muy ligada a la de jurisdicción, es decir, la acción por la que alguno dice lo que es el derecho, al ejercicio jurisdiccional y, en general, a la labor que desempeñan los jueces con sujeción estricta a la ley en el marco del Poder Judicial; sin embargo, ésta es sólo una versión histórica de esta institución, una visión dominante de los últimos doscientos años que tiene su base en el principio de división de poderes, esa idea de que el poder público se manifiesta a través de tres funciones, cada una atribuida a un poder específico: la ley, cuyo contenido general y abstracto lo establece el parlamento; la sentencia, un mandato particular y concreto que dicta el juez y que garantiza la observancia de la ley, y el acto administrativo, que si bien comparte con la sentencia su carácter particular y concreto, así como su subordinación a la ley, se diferencia de ésta en que dicho acto está dirigido a perseguir el interés de quien lo produce, para realizar los propios fines de esa persona jurídica pública.⁸⁰

Se afirma, pues, que el actual paradigma es una versión histórica de la institución judicial —entre las que han sido— porque —como se sabe— el

⁷⁸ *Idem.*

⁷⁹ “Un juez es una persona preguntada o llamada para que diga quién tiene un derecho determinado, por dos o más personas concretas que se lo disputan, combatiendo o litigando delante de él. Por el hecho de preguntarle, se está admitiendo que se aceptará su respuesta. Y que lo que él diga que es derecho, se admitirá por derecho. Al preguntarle, el juez recibe jurisdicción, o sea, el reconocimiento de su competencia para expresar el derecho. Y todo esto se puede complicar, como de hecho se ha complicado siempre mucho. Pero en esencia es así. Y porque es así, hay un derecho que procede de los jueces, al que podemos llamar *derecho judicial*”. Puy Muñoz, Francisco, *Tópica jurídica*, México, Porrúa, 2006, pp. 57-65.

⁸⁰ Mannori, Luca y Sordi, Bernardo, “Justicia y administración”, en Fioravanti, Maurizio (coord.), *El Estado moderno en Europa. Instituciones y derecho*, Madrid, Trotta, 2004, pp. 65 y 66.

principio de división de poderes apareció como tal hasta finales del siglo XVIII.⁸¹ No obstante esta circunstancia incuestionable, un estereotipo formado a lo largo del siglo XIX y buena parte del XX —como ya han advertido Luca Mannori y Bernardo Sordi— sugiere que la actividad pública predominante en la vida de la comunidad política siempre ha sido la administrativa, pues ésta —se dice— se dirige a la satisfacción de los intereses más inmediatos y esenciales del Estado, “como el mantenimiento del orden o su propia organización... y así resulta natural pensar que también históricamente la administración ha sido la función primera de la vida de los Estados, y que sólo más tarde se ha añadido a ella o se han desprendido de ella la legislación y la jurisprudencia”,⁸² sin embargo, como se verá a continuación, los hechos históricos revelan que, al menos hasta la gran crisis constitucional europea del siglo XVIII, prevaleció la primacía de la jurisdicción, y no de la administración, en el ejercicio del poder público.

En efecto, durante siglos, “la representación dominante del poder público encontró su propio paradigma elemental en el acto de juzgar”.⁸³ Esta función encontró su justificación una vez que se desarrolló el concepto de *iurisdictio* en la antigua Escuela de los posglosadores, en el cual “se le asignó al juez un papel de ordenador de la sociedad que exigía de él, no sólo contar con el criterio jurisdiccional para discernir el *ius* en cada caso concreto sino que, además, debía representar el *ordo iudicarius*, esto es, el conjunto de principios, normas y costumbres conforme a los cuales juzgaba”.⁸⁴

Así, para la cultura jurídica anterior a la Modernidad, el ejercicio del poder fue representado en una única función que se expresaba, precisamente, en la palabra *iurisdictio*, “la composición de conflictos sociales a través del recurso a un derecho ya dado”.⁸⁵ De esta forma, se negó a la política “toda

⁸¹ “Con frecuencia, absolutizando la división trifuncional apenas evocada, se ha terminado por reconducir a sus límites la forma del poder público anterior a la definitiva afirmación del Estado contemporáneo. Aun sabiendo que los tres poderes han aparecido como tales a partir de finales del siglo XVIII, el imaginario jurídico lo ha adornado de una especie de dignidad metahistórica, reduciendo en gran medida la historia de la autoridad y de sus formas a la de su progresiva y en cierto modo inevitable revelación”. *Ibidem*, p. 66.

⁸² “Aquí radica una precomprensión retrospectiva que ha individualizado la esencia del poder en una forma de mandato que tiene más o menos la misma fuerza imperativa que la actual actuación administrativa, aunque sin todas aquellas garantías que rodean hoy el uso de este tipo de autoridad. Con esta premisa, el desarrollo institucional del Estado occidental ha sido interpretado con frecuencia como la progresiva emancipación de las otras dos funciones de este indiferenciado tronco primigenio”. *Idem*.

⁸³ *Ibidem*, p. 68.

⁸⁴ Cárdenas Gutiérrez, Salvador, *El juez y su imagen pública. Una historia de la judicatura mexicana*, cit., p. 13.

⁸⁵ Grossi, Paolo, *El orden jurídico medieval*, Madrid, Marcial Pons, 1996, pp. 144-150.

autonomía con respecto a la justicia”,⁸⁶ lo cual significó para los gobernantes “un inestimable vehículo de legitimación, presentando su mandato como un instrumento neutro y desinteresado, cuya finalidad era explicar y defender un orden jurídico dado”.⁸⁷ Así, la autoridad de la decisión encontraba una doble legitimación, por un lado, en su capacidad de reflejar un derecho ya dado y, por otro, en que dicho acto de imperio emanaba de un proceso: “El derecho procesal, o al menos el núcleo fundamental de sus principios, aparece así como el instrumento indispensable para legitimar el ejercicio de toda autoridad”.⁸⁸

Al respecto, Paolo Grossi ha explicado que la sociedad medieval consideró al rey como una especie de “padre del reino” (*princeps pater*), del que se esperaba amor hacia sus “hijos” pero también justicia y, si era necesario, castigo.⁸⁹ Estas facultades le conferían la función y la imagen de un rey justiciero, la imagen del guardián de un patrimonio consuetudinario profundamente arraigado en la vida corporativa.⁹⁰ Era, pues, ante todo, un custodio de las leyes emanadas de un orden social previo (*custos* y *lator legi*, dice Paolo Grossi) pero nunca productor independiente de un orden jurídico distinto.⁹¹ El orden jurídico medieval está formado por la ley divina, la ley natural y la costumbre del reino, y estas fuentes de derecho son siempre preexistentes al poder del rey. El principal deber del *rex iustus* es por eso conservar aquel orden, no crearlo.⁹²

⁸⁶ Mannori, Luca y Sordi, Bernardo, “Justicia y administración”, *op. cit.*, p. 70.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 69.

⁸⁸ *Ibidem*, pp. 71 y 72.

⁸⁹ Grossi, Paolo, *El orden jurídico medieval*, *cit.*, p 140.

⁹⁰ “La atribución (y función) esencial y tipificadora de este *princeps-iudex* no es una creación del derecho impensable, sino todo lo que el ideario medieval expresa a través del concepto de *iurisdictio*. Un término latino (y no será el único) que, aunque su especificidad lo destinaría a ser irremediablemente traducido por el correspondiente romance «jurisdicción», dejaremos sin traducir no por melindres de tipo cultista, sino porque es realmente intraducible. *Iurisdictio* es, en sentido restringido, la función de juzgar propia del juez ordinario, pero —también y sobre todo— algo más elevado y más complejo: es el poder de aquél —persona física o jurídica— que tiene una posición de autonomía respecto a otros investidos y de superioridad respecto a los súbditos; y no se trata de este o aquel poder (con una visión espasmódicamente fragmentaria que existe entre nosotros, los modernos, pero que no existía entre los medievales), sino más bien una síntesis de poderes que no inspira el temor de versa condensada en un único sujeto. Con esta advertencia fundamental: que en aquella síntesis de poderes la función emergente y tipificadora es la de juzgar, se es príncipe porque se es juez, juez supremo”. *Ibidem*, p. 141.

⁹¹ *Ibidem*, p. 140.

⁹² *Ibidem*, p. 145.

Sin embargo, esta concepción del orden político, “se fue erosionando a lo largo de la Edad Moderna pero también resistió en su núcleo esencial hasta la crisis definitiva del antiguo régimen”.⁹³ En efecto —como también establecen Mannori y Sordi—:

El soberano absoluto, abrumado por las crecientes exigencias fiscales y militares impuestas por la competencia internacional y por las fuertes tensiones internas provocadas por su proyecto de monopolización de la autoridad, habría ido comprendiendo que el tradicional gobierno a través de tribunales no sólo era un mal cauce de decisión sino que podía ser un obstáculo para el triunfo de su empresa,⁹⁴

en particular, porque los magistrados de entonces llegaron a considerar sus oficios como una especie de propiedad estamental, ajena a la disponibilidad incondicional del principio. Por ello, estas monarquías construyeron una organización alternativa “basada ya no sobre el *oficio* sino sobre la *comisión* [...]y la delegación permanente y jurídicamente definida del poder”.⁹⁵ Así, en la división entre la justicia que el soberano delegaba en sus magistrados y la que se reservaba para administrar en primera persona —esto es, entre comisarios y oficiales— surge por primera vez el binomio moderno entre justicia y administración. A esto, sólo habría que agregar la construcción teórica de la separación de poderes (estructurada por Locke, Montesquieu y Blackstone, principalmente), la cual finalmente orilla al monarca “a delegar todo lo referido al ejercicio del poder judicial en jueces independientes”.⁹⁶

Con la visión moderna de la primacía de la función pública de administrar, surge un Estado que ya no tiene la finalidad de la composición de conflictos sino la de la consecución de sus propios intereses a través de la

⁹³ Mannori, Luca y Sordi, Bernardo, “Justicia y administración”, *op. cit.*, p. 70.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 72.

⁹⁵ “A través de un uso sistemático de esta técnica (bien documentado en Francia por el desarrollo de esa ordenada red de intendentes provinciales, que sustraen a las viejas magistraturas muchas funciones políticamente neurálgicas partiendo del reparto del impuesto directo) se estaría constituyendo una rama de la burocracia pública destinada a funcionar según una lógica muy distinta a la del universo jurisdiccional, destinada a realizar una pura y simple voluntad política, y no a actuar normas”. *Ibidem*, p. 74.

⁹⁶ “En concreto, la separación *montesquiuiana* que excluye de raíz la legitimidad de la justicia retenida supone la negación de la monarquía administrativa borbónica, cuya representación ideal viene dada por el tópico del despotismo oriental: la condición mínima para distinguir un Estado monárquico —es decir, monocrático, pero moderado— de uno despótico está construida por la asignación total del poder de juzgar a personas distintas al monarca”. *Ibidem*, p. 84.

administración.⁹⁷ Este hecho histórico, además, se conjugaría con la nueva concepción de la ley como enunciado de la voluntad política y su codificación, a cuyos orígenes y consecuencias ya nos hemos referido. En este contexto, la Revolución francesa culmina la superación del paradigma judicial que inició en la Ilustración, prohibiendo a los jueces interpretar la ley y exigiéndoles total y absoluta sumisión. Además, para garantizar esta circunstancia, se creó el tribunal de casación, cuya función fue precisamente la de ser “el guardián supremo de la ley, el instrumento permanente de control del legislador sobre el Poder Judicial”.⁹⁸ Paralelamente, se terminó de sustituir la vieja organización corporativa del Medioevo por la nueva administración general del Estado, la cual se emancipa por completo del control judicial y, por lo demás, la considera una función inferior frente a ese “Estado que actúa”: “La función administrativa es permanente porque no existe un instante en la vida en el que el ciudadano no esté en relación con el Estado... mientras que la justicia es para el ciudadano algo puramente facultativo en la mayor parte de los casos, un remedio del que bien se puede prescindir”.⁹⁹

Decae así por completo el régimen judicial de derecho. La justicia se convierte, en el mejor de los casos, en la voz que verifica en el caso concreto la norma enunciada en el código. El nuevo Estado es un Estado que ordena sólo a través de la ley, la cual se exige que se aplique con rigor por los cuerpos de jueces y administradores.

VI. DERECHOS HUMANOS Y DISCRECIONALIDAD JUDICIAL

En las teorías jurídicas contemporáneas subsiste el debate de si existe una respuesta correcta para toda cuestión jurídica o, bien, los instrumentos jurídicos no indican una respuesta única, de manera que cada decisión judicial no es sino una entre las diversas respuestas que el juez puede sostener en cada caso concreto.¹⁰⁰ Además, hay autores que, reconociendo la discrecionalidad que existe en el proceso de concreción del derecho por parte de los jueces, emprenden estudios con la finalidad de expulsar o al menos circunscribir estos espacios de maniobra a través de la elaboración de técnicas legislativas específicas o el desarrollo de modelos “racionales” de decisión judicial, bajo el presupuesto de que la discrecionalidad es algo *que se debe y se puede* evitar, esto

⁹⁷ *Ibidem*, p. 85.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 79.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 83.

¹⁰⁰ Rentería Díaz, Adrián, *Discrecionalidad judicial y responsabilidad*, cit., p.15.

es, que la discrecionalidad es algo susceptible de ser eliminado o al menos circunscrito.¹⁰¹ Como quiera que sea, lo cierto es que, salvo la tesis de Ronald Dworkin sobre la *one right answer*,¹⁰² actualmente son muy pocos los autores que están dispuestos a sostener seriamente la tesis de la respuesta correcta.

Más allá del posicionamiento de la tesis de la respuesta correcta y la tesis opuesta, un estudio sobre la cuestión de la responsabilidad de los jueces es pertinente cualquiera que sea la posición doctrinal que se adopte.¹⁰³ En efecto, bajo el primer supuesto (la tesis cognitivista de la decisión judicial), un estudio sobre la responsabilidad del juez está del todo justificado pues se parte de la premisa de que la respuesta de cada caso concreto está presente en ese ordenamiento jurídico completo y coherente, y si ésta no es identificada efectivamente por el juzgador —esto es, si no fue capaz de transmitir a las partes la solución predispuesta por el legislador— es claro que incurre en una responsabilidad específica.¹⁰⁴ Asimismo, también para quienes sostienen el segundo supuesto (la tesis discrecionalista de la decisión judicial), la cuestión de la responsabilidad es de la mayor relevancia, pues si se reconoce que el juez introduce en su proceso de decisión sus propias convicciones y creencias, y que su decisión es sólo una entre las diversas posibilidades que le brinda el ordenamiento, con mayor razón está llamado a responder por la racionalidad de los motivos que la sostienen.¹⁰⁵

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 16.

¹⁰² Cf. Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977.

¹⁰³ Rentería Díaz, Adrián, *Discrecionalidad judicial y responsabilidad*, cit., p. 16.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 17.

¹⁰⁵ Miguel Carbonell, en una muy importante compilación sobre el tema, ha destacado al respecto la presencia de juristas que sostienen que no hay novedad alguna en este paradigma y que, más bien, “se trata de una etiqueta vacía que sirve para presentar bajo un nuevo ropaje cuestiones que en antaño se explicaban de otra manera”, a lo que el citado autor objeta que la novedad no está en sus elementos, sino en su conjunto. Cf. Carbonell, Miguel (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Trotta, Madrid, 2007. Entre los autores que se suele identificar con este paradigma, destacan: Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Planeta-Agostini, 1993; Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 9a. ed., Madrid, Trotta, 2009; *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, y *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 3a. ed., Madrid, Trotta, 2007; Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, CEPC, 2000; Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, 3a. ed., Madrid, Trotta, 1999; Guastini, Riccardo, “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 4a. ed., Madrid, Trotta, 2009, y *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 6a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2004; Prieto Sanchís, Luís, *Constitucionalismo y positivismo*, México, Fontamara, 1997; Tushnet, Mark (ed.), *The Constitution in Wartime. Beyond alarmism and Complacency*, Durham, Duke University Press, 2005, y Tushnet, Mark (ed.), *The Warren Court in Historical and Political Perspective*, Charlottesville, Londres, Virginia University Press,

Este debate sobre la existencia de la discrecionalidad judicial, y la discusión sobre la conveniencia o no de su restricción, si bien también subsiste en el ámbito de la justicia ordinaria, resulta más notable en el plano de los derechos fundamentales, en particular, a partir de las teorías del constitucionalismo contemporáneo. El concepto de *constitucionalismo*, como explicación teórica del Estado constitucional de nuestros días, no posee un significado unívoco, y de él pueden hacerse diversas lecturas debido a que se trata de un fenómeno muy relevante pero de reciente aparición.¹⁰⁶ En síntesis, como bien advierte Luis Prieto Sanchís, el constitucionalismo impulsa una nueva teoría del derecho, cuyos rasgos más sobresalientes cabría resumir en los siguientes cinco epígrafes: más principios que reglas; mayor ejercicio de la técnica de la ponderación que de la subsunción; omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos a favor de la opción legislativa o reglamentaria; omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario, y coexistencia de una constelación plural de valores, a veces contradictorios entre sí, en vez de homogeneidad ideológica en torno a un puñado de principios coherentes entre sí.¹⁰⁷

Asimismo, para Luigi Ferrajoli, uno de los autores de mayor pujanza en esta temática, el constitucionalismo no sólo es el legado más importante del siglo XX sino, además, un programa normativo para el futuro, en el sentido de que los derechos fundamentales establecidos por las Constituciones deben ser garantizados y satisfechos: el *garantismo* es, así, la otra cara del constitucionalismo.¹⁰⁸ Por tanto, para este autor, uno de los criterios más im-

1993; Sunstein, Cass, *Laws of Fear. Beyond the Precautionary Principle*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, y *The Constitution of Many Minds*, Princeton, Princeton University Press, 2009; Ackerman, Bruce, “This is Not a War”, *The Yale Law Journal*, New Haven, vol. 113, núm. 8, 2004, y *Before the Next Attack. Preserving Civil Liberties in an Age of Terrorism*, New Haven, Yale University Press, 2006; Tribe, Laurence, *Abortion. The Clash of Absolutes*, Nueva York, Londres, Norton and Company, 1992; Moreso, José Juan, *La Constitución: modelo para armar*, Madrid, Marcial Pons, 2009.

¹⁰⁶ García Figueiroa, Alfonso, “La teoría del derecho en tiempos del constitucionalismo”, en Carbonell, Miguel (coord.), *Neoconstitucionalismos*, Madrid, Trotta, 2003, p. 160.

¹⁰⁷ Prieto Sanchís, Luís, *Constitucionalismo y positivismo*, México, Fontamara, 1997, p. 198.

¹⁰⁸ Sin embargo, es importante precisar que neoconstitucionalismo y garantismo presentan algunas diferencias: “La más elemental es que el garantismo es, en primera instancia, una teoría que surge en el ámbito del derecho penal y que, sólo después, en respuesta a las transformaciones de los modelos constitucionales, da el salto al ámbito más amplio del derecho y la justicia constitucionales. El neoconstitucionalismo, en cambio, es una categoría conceptual inventada por los miembros de la escuela genovesa con la finalidad de ofrecer una dominación común a un conjunto de concepciones que tienen presupuestos y propuestas tan próximos que pueden considerarse como parte de una misma aproximación teórica.”

portantes para responder qué derechos deben ser garantizados como fundamentales es el papel de los mismos como leyes del más débil, en contraste con la ley del más fuerte que regiría en su ausencia: en primer lugar, el derecho a la vida, contra la ley de quién es más fuerte físicamente; luego, los derechos de inmunidad y de libertad, frente al arbitrio de quien es más fuerte políticamente, y, finalmente, los derechos sociales, que son derechos de supervivencia contra la ley de quién es más fuerte social y económicamente.¹⁰⁹

Paradójicamente, el tribunal constitucional (que es precisamente el órgano a través del cual hoy normalmente se protegen y garantizan estos derechos) es obra de un formalista convencido, de un defensor a ultranza del legislador democrático frente al activismo judicial. La función del órgano de control concentrado ideado por Hans Kelsen —a diferencia del sistema de control difuso norteamericano o *judicial review*—, es la de un legislador negativo que garantiza únicamente el proceso de creación normativa establecido en la Constitución y, por tanto, lejos de entrar en conflicto con el parlamento, le complementa. En el primitivo modelo de justicia constitucional del jurista austriaco, la constitucionalidad de una ley, esto es, su validez, se restringe a un criterio meramente formal.¹¹⁰

Luigi Ferrajoli, consciente de la trascendencia del criterio sustancial, introduce una escisión en el concepto positivista de validez: distingue validez formal (vigencia) de validez material (validez en sentido estricto). Para el profesor italiano, una norma es vigente si no adolece de vicios formales, es decir, si fue creada por el sujeto competente y a través del procedimiento jurídicamente previsto en la Constitución; en cambio, una norma es válida si no adolece de vicios materiales o sustantivos, es decir, si no contradice una norma del ordenamiento jerárquicamente superior. Validez, bajo este supuesto, significa validez material, y el concepto de vigencia se refiere a una validez formal. Así, mientras los juicios sobre la vigencia de las normas

Y, precisamente por ello, cuando se habla del neoconstitucionalismo es menester reparar en las diferencias que cruzan a las obras de los autores que, no sin cierta arbitrariedad, reunimos bajo esa categoría: desde Dworkin hasta Zagrebelsky, pasando por Nino y Alexy, hasta algunas voces en América Latina como Miguel Carbonell o Carlos Bernal Pulido”. Salazar Ugarte, Pedro, “El garantismo y el neoconstitucionalismo frente a frente. Algunas claves para su distinción”, *Ponencia presentada en el VIII Congreso Mundial de Derecho Constitucional*, México, 2010, p. 4.

¹⁰⁹ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 4a. ed., Madrid, Trotta, 2004, p. 36.

¹¹⁰ García Figueroa, Alfonso, “La teoría del derecho en tiempos del constitucionalismo”, *op. cit.*, p. 164.

requieren sólo una averiguación empírica para su resolución, los de validez son juicios de valor y, por tanto, opinables.¹¹¹

Esta distinción ha permitido la operatividad de las denominadas *Constituciones principalistas*, esto es, Constituciones redactadas con base en principios (valores, derechos fundamentales, directrices a los poderes públicos) que, lejos de ser coherentes entre sí, incorporan postulados contradictorios, en coherencia con el pluralismo que caracteriza a las sociedades contemporáneas.¹¹² A partir de los principios, es posible expandir el ámbito de influencia de la Constitución pues, si detrás de cada precepto legal existe una norma constitucional que lo confirma o lo contradice, todo conflicto jurídico encuentra una o más orientaciones, lo que tiene como consecuencia que todo el ordenamiento jurídico se encuentre impregnado de un texto fundamental efectivamente omnipresente.¹¹³

Los principios (en oposición a las reglas) precisan de un método interpretativo distinto a la subsunción. Cuando dos reglas entran en conflicto, una de ellas no es válida u opera como excepción de otra. En cambio, cuando la contradicción se entabla entre principios constitucionales, ésta no puede resolverse mediante los criterios de jerarquía, cronología o especialidad, pues ello implicaría declarar el predominio de uno sobre otro, estableciendo una jerarquía que no está dada en la Constitución.¹¹⁴ El juicio de ponderación (o principio de proporcionalidad) es el método alternativo a la subsunción. Ponderar equivale a formular un enunciado de preferencia condicionada bajo la orientación “cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”,¹¹⁵ sin que esto excluya que en otro caso distinto pueda prevalecer el principio, en este caso concreto, derrotado.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 167.

¹¹² *Ibidem*, p. 168.

¹¹³ La Constitución “ofrece un denso contenido material compuesto por valores, principios, derechos fundamentales, directrices a los poderes públicos, etcétera, de manera que es difícil concebir un problema jurídico medianamente serio que no encuentre alguna orientación y, lo que es más preocupante, en ocasiones distintas orientaciones en el texto constitucional: libertad, igualdad —formal, pero también substancial—, seguridad jurídica, propiedad privada, cláusula del Estado social, y así una infinidad de criterios normativos que siempre tendrán alguna relevancia. Es más, cabe decir que detrás de cada precepto legal se adivina siempre una norma constitucional que lo confirma o lo contradice”. Prieto Sanchís, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, cit., p. 132.

¹¹⁴ García Figueroa, Alfonso, “La teoría del derecho en tiempos del constitucionalismo”, *op. cit.*, 161.

¹¹⁵ Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, p. 118.

Dicho de otra forma, las normas constitucionales están redactadas a base de principios —tal como lo plantea Riccardo Guastini— porque son normas fundamentales (es decir, son normas que caracterizan al sistema jurídico y que brindan una justificación ético-política a las otras normas del sistema) y porque estructuralmente son indeterminadas (es decir, son normas derrotables y genéricas).¹¹⁶ Las normas legales, en cambio, están redactadas como reglas, como normas que no caracterizan genéricamente al sistema jurídico sino que regulan una materia en particular, y que no se presentan como axiomas sino que, por el contrario, precisan de una justificación ético-política que les da, precisamente, los principios.¹¹⁷ Además, las reglas tienen la pretensión de establecer de manera completa y exhaustiva los hechos a partir de los cuales se produce la consecuencia jurídica que establece, y pretende ser precisa, esto es, una norma inmediatamente susceptible de aplicación a los casos concretos.¹¹⁸

Dadas sus particularidades, la ponderación constituye una tarea esencialmente judicial. De lo anterior se desprenden importantísimas consecuencias para el juez constitucional quien, desde ahora, debe desempeñar una función crítica y valorativa de la ley. Si la Constitución condiciona las decisiones de la mayoría, el protagonismo fundamental no puede corresponder al legislador y, así, el constitucionalismo se resuelve en *judicialismo*.¹¹⁹ Además, la distinción entre vigencia y validez como conceptos separados sugiere importantes transformaciones para la ciencia jurídica: en virtud del concepto de vigencia, el juez puede aplicar validamente las leyes vigentes (porque existe una presunción de validez de éstas) pero, a partir del de validez, no tiene la obligación jurídica de aplicar leyes inválidas aunque estén vigentes.¹²⁰ El reconocimiento de esta disociación “desvanece la presunción de legitimidad... jacobina y puramente política de la democracia” convirtiendo a los jueces, según la expresión de Gustavo Zagrebelsky, en los señores del derecho.¹²¹

Así, es tal la discrecionalidad de la que gozan los jueces para la resolución de los casos sometidos a su consideración —en particular, los que involucran derechos fundamentales— que no extraña la existencia de claros opositores teóricos a la intervención judicial. Asimismo, frente a la ob-

¹¹⁶ Guastini, Gustavo, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Madrid, Trotta, p. 115.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 122.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 123.

¹¹⁹ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, p. 86.

¹²⁰ *Idem*, p. 15.

¹²¹ *Idem*, p. 36.

jeción democrática de la función jurisdiccional —como ya ha advertido Víctor Ferreres Comella—, se han construido teorías que argumentan que los tribunales son instituciones más adecuadas que las asambleas legislativas para interpretar y garantizar los derechos.¹²² Hay otros autores, además, que han intentado restarle relevancia a la objeción democrática de la discrecionalidad judicial, argumentando que cuando un tribunal acierta a invalidar una decisión de la mayoría se produce un beneficio y no un coste democrático,¹²³ afirmando que las leyes tienen menores credenciales democráticas que una Constitución,¹²⁴ o bien, apelando a las virtudes del proceso judicial.¹²⁵

Como quiera que sea, lo que definitivamente no puede negarse es que los principios a partir de los cuales hoy la judicatura resuelve las causas proporcionan un grado de discrecionalidad verdaderamente amplio que, como ya se afirmó al inicio de este estudio, debe traducirse en una responsabilidad proporcional: una responsabilidad jurídica y moral, en función de que hoy más que nunca los jueces están obligados a responder por las determinaciones de sus fallos, y una responsabilidad institucional como atributo personal interiorizado en cada miembro de la judicatura, que evite atentar, en lo posible, en contra de la finalidad más relevante de la institución judicial actual: la protección y la garantía de los derechos de las personas.

VII. CONCLUSIONES

1. En un sentido amplio, ser responsable significa ser llamado a responder por algo: por una acción, una omisión o un pensamiento. La noción de responsabilidad —ya sea de orden jurídico o moral— implica que dicha respuesta se da con relación a alguien y de una determinada manera. En el plano jurídico, el interlocutor principal siempre es un órgano autorizado por el ordenamiento para tal fin, por lo general, un tribunal o un juez, y la determinación de dicha responsabilidad sucede mediante un proceso. En el ámbito moral, en cambio, el interlocutor no se encuentra claramente determinado y el proceso carece totalmente de formalidades. Asimismo, en el plano de la sanción en el ámbito jurídico, ésta se encuentra perfectamente institucionalizada y organizada; pero en el comportamiento de orden moral, la sanción puede ser

¹²² Cfr. Ferreres Comella, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, CEPC, 2007.

¹²³ *Ibidem*, p. 358.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 456.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 272.

determinada por el propio agente que ejecutó u omitió la conducta, la cual no está predeterminada en cantidad ni en calidad.

Otro sentido del término responsabilidad que se usa con frecuencia en el lenguaje común es el que “expresa la posibilidad de prever los efectos del propio comportamiento y de corregir el comportamiento mismo con base en tales previsiones”. Por su parte, para los teóricos de la institución, *lo institucional* presupone o genera una forma social que perdura, que no depende de las voluntades subjetivas de los individuos, una obra social ejecutada a partir de una idea que recluta y renueva voluntades para su realización. En este contexto, ser *responsable institucionalmente* se refiere a un calificativo que se atribuye a una persona que prevé los efectos de su comportamiento y lo corrige en función de tales previsiones con la finalidad de no atentar contra la permanencia de la institución de la que forma parte, esto es, que evita atentar en contra de su legitimidad.

2. El objeto de la justicia en sede antigua —lo debido, lo justo— no sólo nos habla del origen del término, sino —más importante aún— de una noción que permanece sin variaciones sustanciales a lo largo de los siglos, en tanto virtud de dar a cada uno lo suyo. El derecho tiene una función social que parte de la observación de que las relaciones entre las personas necesariamente precisan de mecanismos que restituyan las cosas que indebidamente están en poder de otros o que son atacadas o dañadas. Este acto de justicia, para que además sea prudente, no puede agotarse en la determinación de lo que es debido, sino que también debe de mover a la persona a realizar dicho acto que se estima justo. Por ello, la justicia es siempre una virtud relacional, es decir, un acto que sólo se puede medir en función de la relación que guarda una persona con respecto a otra.

Durante el antiguo régimen, la ciencia jurídica se identificó con el término “posición”: el lugar o cierto estatuto que corresponde a cada una de las partes de una relación. La determinación de esta posición es tarea del juez, a través de una serie de razonamientos basados en la estructura de la relación que existe entre las partes. Así, la jurisprudencia en sede clásica, lejos de ser un mero cotejo de requisitos legales, es una tarea destinada a reconocer, establecer o restablecer el orden de la sociedad a través de la determinación del “lugar” o el estatuto que le corresponde a cada persona. En oposición al entendimiento del derecho como *posición*, puede oponerse la idea del derecho como *situación* propia de la Modernidad, un derecho desvinculado de los casos concretos, de las circunstancias de tiempo y lugar, de la estructura, las partes, la relación, la finalidad del caso y, en fin, un derecho sin historicidad que, con el afán de garantizar unidad y certeza jurídicas, su-

prime el juicio del intérprete, no admite razonamiento jurídico más allá del texto de la ley y, en consecuencia, es ajeno a toda idea de justicia relacional.

Contraria a la impresión dominante en la actualidad, que sostiene que el poder público históricamente se ha manifestado principalmente a través de la administración, durante siglos su representación dominante fue el acto de juzgar. Esta función, que se expresaba a través del concepto de *iurisdictio* desarrollado por los posglosadores, le asignó al juez un papel de ordenador de la sociedad, la responsabilidad de la composición de conflictos sociales a través del recurso a un derecho ya dado. Esta concepción del orden político se fue erosionando a lo largo de la Edad Moderna, y en particular desde la codificación, que construye un paradigma en el que prima la función pública de administrar, una visión de Estado que ya no tiene la finalidad de la composición de conflictos, sino la de la consecución de sus propios intereses como sujeto de derecho público. Así, la justicia se convirtió, en el mejor de los casos, en la voz que verifica en el caso concreto la norma enunciada por el poder público y no ya en la determinación de lo justo en cada caso concreto.

3. El constitucionalismo es una explicación teórica del paradigma jurisdiccional que predomina actualmente en nuestros ordenamientos, en el que prevalecen los principios sobre las reglas; el ejercicio de la técnica de la ponderación sobre la subsunción; la omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes; la omnipotencia judicial en lugar de la autonomía del legislador ordinario, y la coexistencia de una constelación plural de valores, a veces contradictorios, en vez de una homogeneidad ideológica en torno a un puñado de principios coherentes entre sí. En este modelo, es claro el amplio margen de discrecionalidad que se reconoce a los jueces para resolver las controversias, discrecionalidad que —como ya se citó— debe venir acompañada de una responsabilidad ética, jurídica y, sobre todo, institucional de la misma proporcionalidad.

Hoy, la función jurisdiccional apunta claramente hacia un modelo abierto y plural que no se identifica más con el paradigma del juez autómata ni con la idea de que es posible prever en un código toda la problemática social de forma completa y coherente. La actividad cotidiana de los jueces, en particular desde la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos, ha significado una recuperación del derecho como cosa concreta, histórica, real, singular y diferenciada, un derecho que vuelve a vincularse a los casos concretos, a las circunstancias de tiempo y lugar y, en fin, un derecho que vuelve a recuperar la imagen del juez como ordenador de la sociedad, como guardián, protector y garante del patrimonio más preciado de las personas de este tiempo: los derechos.

¿JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN APATZINGÁN Y CÁDIZ?*

Mauro Arturo RIVERA LEÓN**

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *¿Justicia constitucional en Apatzingán y Cádiz?* III. *Conclusiones.* IV. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

La historia del derecho constitucional muestra con gran precisión la lucha por el control del poder,¹ por la aspiración de libertad y derechos, la lucha de las ideas sobre la fuerza. En la convulsa historia de las Constituciones mexicanas podemos encontrar el *iter* de un pueblo en su aspiración por consolidar el Estado de derecho. Este ideario ha estado presente en la historia del constitucionalismo en México desde el juramento de la Constitución de Cádiz y posteriormente las primeras Constituciones enteramente mexicanas, hasta la vigente Constitución de 1917.

A raíz de la creación jurisprudencial del *judicial review* norteamericano en *Marbury vs. Madison* (1803) y el paradigmático diseño kelseniano de un tribunal constitucional,² la justicia constitucional ha adquirido un papel trascendental en el constitucionalismo moderno. El debate Kelsen-Schmitt sobre el guardián de la Constitución fue resuelto por el tiempo en favor del profesor vienés. Particularmente, tras la Segunda Guerra Mundial, el periodo de posguerra vio con frecuencia la creación de tribunales constitucionales.

* Este texto es una reelaboración parcial que parte de mi trabajo “De Apatzingán a Kelsen: tras las sombras de la justicia constitucional en México”, en Andrews, Catherine et al. (coords.), *Miradas a la historia constitucional de México*, México, CIDE-CESOP, 2015, pp. 221-242.

** Doctor en derecho por la Universidad Complutense de Madrid.

¹ Sobre el control del poder como fenómeno histórico es clásico: Valadés, Diego, *El Control del Poder*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, pp. 137 y ss.

² Kelsen, Hans, “La Garantie Juridictionnelle de la Constitution”, *Revue de Droit Public et de la Science Politique*, París, 1928, pp. 197 y ss.

les como garantes de la constitucionalidad, los derechos fundamentales, la democracia y la división del poder.

Recientemente, en términos históricos (1994), se ha modificado el sistema de justicia constitucional mexicano basado en el amparo, para transformar a la Suprema Corte en un tribunal constitucional material que conozca de procesos propios de un modelo concentrado de justicia constitucional kelseniano. De igual manera, a raíz de la reforma constitucional de 2011 y la resolución del expediente varios 912/2010, se ha modificado sustancialmente nuestro sistema de control de constitucionalidad y convencionalidad. En los últimos 20 años hemos sido testigos vivientes de profundas transformaciones de nuestra justicia constitucional y su parámetro de control.

El largo periodo de funcionamiento del juicio de amparo en el sistema mexicano nos ha llevado a centrar en esta institución el estudio de los antecedentes de nuestro modelo de control constitucional o a recurrir frecuentemente al método comparado. Ello ha fomentado que, en cierta medida, otras instituciones en nuestro constitucionalismo histórico no hayan sido analizadas desde la potencial óptica de antecedentes de control. Una revalorización de momentos históricos concretos puede aportar herramientas útiles para comprender mejor el camino que ha sido recorrido en la consolidación de la forma en que entendemos nuestro constitucionalismo y justicia constitucional en la actualidad.

La búsqueda de antecedentes de control que expliquen la evolución de la justicia constitucional se ha hecho, en cierta medida, respecto a la Constitución de Cádiz de 1812. Diversos autores han intentado buscar antecedentes o esbozos de control constitucional en el texto gaditano; por ejemplo, Escobar Fornos ha hablado de un “sistema de autocontrol de la constitucionalidad de las leyes por las Cortes”,³ Sánchez Agesta⁴ y Ramos Quiroz⁵ han estudiado instituciones específicas de la Constitución gaditana en búsqueda de antecedentes de control.

Partiendo de este tipo de estudios históricos, el presente trabajo se dirige a la búsqueda de antecedentes de justicia constitucional en la Constitución de Apatzingán, primera Constitución mexicana. Dada la indudable

³ Escobar Fornos, Iván, “La Constitución de Cádiz, modelo del constitucionalismo”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, núm. 16, 2012, p. 179.

⁴ Sánchez Agesta, Luis, *Historia del constitucionalismo español (1808-1936)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, pp. 77 y 78.

⁵ Ramos Quiroz, Francisco, “El control constitucional en la Carta Gaditana de 1812 y su influencia en Michoacán en el Siglo XIX”, en López, Eduardo y Soberanes, José Luis (coords.), *La Constitución de Cádiz de 1812 y su impacto en el occidente Novohispano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, pp. 331 y ss.

influencia de la Constitución de Cádiz en el Constituyente de Apatzingán, recurriremos frecuentemente a la comparación en la búsqueda de esbozos de mecanismos de control constitucional.

Como pondrá de relieve este análisis, la distancia permite encontrar elementos primitivos de control en el *iter* de nuestro pensamiento jurídico hacia la fuerza normativa de la Constitución.⁶

Dado que este artículo se centra en las potenciales instituciones de control, ya sean propias o derivadas de la influencia gaditana en Apatzingán, no abordaremos el análisis de otros notables antecedentes históricos de control constitucional como el Supremo Poder Conservador creado por las Siete Leyes (1836). No puedo omitir señalar, sin embargo, que el Poder Conservador, diseñado por Sánchez de Tagle,⁷ tiene influencias del Poder Moderador de Constant⁸ y del *Jury Constitutionnaire* de Sieyès,⁹ aunque no puede considerarse simple réplica de ninguno de los dos.¹⁰ Como he afirmado con anterioridad,¹¹ a pesar de las posibles semejanzas a un tribunal constitucio-

⁶ Cf. Hesse, Konrad, *Die Normative Kraft der Verfassung*, Tübingen, C.B. Mohr, 1959, pp. 12 y 13. También García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1981, pp. 49 y 50.

⁷ El discurso de Sánchez de Tagle frente al Congreso defendiendo la creación del Poder Conservador puede consultarse en Noriega, Alfonso, “Sánchez de Tagle y el Supremo Poder Conservador”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, núm. 112, 2009, pp. 283-295, donde alude a la creación de un “poder neutro” (pp. 283 y 288).

⁸ La concepción de Constant nace del intento de determinar la naturaleza del poder del rey que es, en sus propias palabras “le droit de maintenir ce qui existe, droit qui appartient nécessairement au pouvoir royal, et qui le constitue comme je l'affirme, autorité neutre et préservatrice”, así que “Toute puissance arbitraire est contre la nature du pouvoir royal”. Constant, Benjamin, *Cours de Politique Constitutionnelle*, París, Didier, 1839, pp. 185 y 190. Sobre la idea del poder moderador, véase Vega, Pedro de, “El poder moderador”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 116, abril-junio, 2002, pp. 7-24.

⁹ El diseño y opinión de Sieyès sobre la *Jury Constitutionnaire* en Pantoja Morán, David (comp.), *Escritos políticos de Sieyès*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993, pp. 257-269. El jurado constitucional, compuesto por 108 miembros, tendría como misión 1) velar por la guardia del depósito constitucional; 2) ocuparse de las propuestas de reforma a la Constitución y 3) ofrecer un recurso de equidad cuando no haya un mecanismo de defensa ante la jurisdicción ordinaria (p. 258).

¹⁰ No pretendo terciar en el debate sobre cuál es la mayor influencia en Sánchez de Tagle. Parece que tanto las ideas de Constant como de Sieyès son apreciables en cierto grado en el proyecto. Noriega opina que existe influencia notable de ambos; Cf. Noriega, Alfonso, *Las ideas políticas en las declaraciones de derechos de las Constituciones Políticas de México*, México, UNAM, 1984, p. 135. Exclusiva influencia de Sieyès afirma Martínez, Manuel, “Sieyès en México: acerca de las fuentes del Supremo Poder Conservador”, *Revista Jurídica Jalisciense*, Guadalajara, año 6, núm. 3, 1996, p. 264.

¹¹ Rivera León, Mauro Arturo, “De Apatzingán a Kelsen: tras las sombras de la justicia constitucional en México”, *op. cit.*, pp. 43 y 44.

nal en sus competencias, la carencia de un método jurídico propio le concedía más una naturaleza de complejo guardián del equilibrio institucional que de órgano de control. Este segundo ejemplo, empero, sí resulta indicario de que quizás existe una necesidad de replantear el entendimiento que tenemos de nuestras instituciones mediante la revalorización de distintos antecedentes históricos.

II. ¿JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN APATZINGÁN Y CÁDIZ?

1. *El liberalismo gaditano y su manifestación en Apatzingán*

La Constitución de Apatzingán es unánimemente reconocida como la primera Constitución mexicana.¹² Su ausencia de vigor ha contribuido a una inexplicable falta de estudio del documento que representa, sin duda alguna, la culminación ideológica de la lucha independentista. Durante mucho tiempo, diversos constitucionalistas mexicanos sostuvieron reiteradamente que la Constitución de Apatzingán carecía de otro interés que no fuera el histórico.¹³

A pesar de que el Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana haya sido dictado en circunstancias políticas complejas y con un Congreso reducido, representa una Constitución en el sentido moderno de la palabra. Contiene instituciones claramente delineadas, separación de poderes y derechos constitucionalmente reconocidos. Intentaremos en las líneas sucesivas determinar si existía un concepto normativo de la Constitución de Apatzingán que hubiese sido reflejado en instituciones destinadas a su garantía, tutela y protección.

¿Podían los autores de la Constitución de Apatzingán tener la intención consciente de establecer mecanismos de control? ¿Hasta qué grado era intención de los autores dotarla de *fuerza normativa*?

Mucho se ha discutido sobre la autoría de la Constitución de Apatzingán. El texto constitucional consagra una serie de 13 firmantes y cinco colaboradores; sin embargo, se ha dado un fuerte debate sobre la autoría material de la Constitución; por ejemplo, Macías sostiene que de los documentos

¹² Lamonte, Ernesto, “La Constitución de Apatzingán: primera carta magna mexicana”, en varios autores, *Congreso Internacional sobre el 75 Aniversario de la Promulgación de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, México, UNAM, 1993, p. 418. En el mismo sentido Burgoa, Ignacio, *Derecho constitucional mexicano*, México, Porrúa, 1973, p. 92.

¹³ Coronado, Mariano, *Elementos de derecho constitucional mexicano*, México, Bouret, 1906, p. 9.

del Congreso de Chilpancingo se deduce que sólo estuvieron regularmente presentes en el tiempo de la redacción Manuel de Alderete, José Sixto, José Sotero, José Manuel de Herrera, José María Liceaga, José María Ponce, Andrés Quintana, Antonio Sesma y Ortiz de Zárate.¹⁴ De igual forma, a pesar de ser signatario, el propio Morelos declaró tras su captura no haber participado en las sesiones de la Comisión redactora y haber apoyado en la redacción de la Constitución sólo facilitando una copia de la Constitución de Cádiz y una edición de *El Espectador Sevillano*.¹⁵ El antecedente de Cádiz es perceptible incluso en los documentos de trabajo que emplearon los constituyentes.

La Constitución de Apatzingán tiene clara influencia de las ideas de la Revolución francesa, la Constitución gaditana y, en menor medida, del constitucionalismo estadounidense.¹⁶ Se encuentra cargada de un importante bagaje de ideas propias del liberalismo y es heredera de la discusión iniciada por los Elementos Constitucionales de López Rayón,¹⁷ y los Sentimientos de la Nación de Morelos. Nótese que los Elementos Constitucionales preveían en su punto 31 la aplicación del hábeas corpus inglés, esto implica directamente que en los propios precedentes internos de la Constitución de Apatzingán se había discutido ya la inclusión de elementos de control constitucional presentes en el derecho comparado. La propuesta no debe ser tomada a la ligera. La función de garantía del hábeas corpus como institución de control denota la familiaridad con tales instituciones por lo que no hubiera resultado descabellado que otras medidas en la Constitución tuvieran un control análogo por objeto.

Las influencias teóricas del decreto son fácilmente identificables. El capítulo segundo del Decreto Constitucional representa un claro anclaje de las distinciones pactistas de la soberanía presentes en Rousseau.¹⁸ Ello se ma-

¹⁴ Macías, Anna, “Los autores de la Constitución de Apatzingán”, *Historia Mexicana*, vol. 20, núm. 4, 1971, p. 512. De ello, Macías deduce que los autores probables hayan sido sólo Quintana y Herrera por ser quienes conocían mejor los acontecimientos constitucionales de España, Francia y, en menor grado, Estados Unidos (p. 514).

¹⁵ Periódico de corte político redactado por Alberto Lista que dio seguimiento a los principales acontecimientos de la España en la época.

¹⁶ Influencias similares pueden apreciarse en la Constitución federal de 1824: Andrews, Catherine, “Una alternativa para el modelo gaditano: La presencia del pensamiento Constitucional anglosajón en México, 1821-1830”, en Luna, Adriana et al., *De Cádiz al Siglo XXI*, México, Taurus, 2012, p. 67.

¹⁷ López Rayón, Ignacio, “Elementos Constitucionales”, en Tena Ramírez, Felipe, (comp.), *Leyes fundamentales de México: 1808-1957*, México, Porrúa, 1957, p. 31.

¹⁸ Rousseau mantiene la idea de un pacto social propio a la formación de un cuerpo político con poder de “maintenir la constitution, sans aller jusqu'à la changer”. Rousseau,

nifestaba con claridad en su artículo quinto que declaraba al pueblo como titular de la soberanía ejercida a través de la representación nacional. Por su parte, el artículo 12 consagra con gran nitidez la moderna división de poderes de Locke¹⁹ y Montesquieu²⁰ que se encuentra presente no sólo en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, la Constitución gaditana y la Constitución de Estados Unidos, sino claramente en los Sentimientos de la Nación de Morelos. En el caso gaditano, nótese que las ideas de Rousseau y Montesquieu sobre la división de poderes fueron tan fuertes que la Constitución de Cádiz llegó frecuentemente a emplear sus palabras textuales.²¹

2. La división de poderes como garantía implícita en Apatzingán

La división de poderes es un principio de control orgánico que logra también —sometiendo a los órganos y autoridades a un marco competencial— constituir una garantía contra potenciales abusos de derechos. Dividir el poder es controlarlo, y un enrejado orgánico bien construido y delimitado podría considerarse un mecanismo de defensa de la Constitución.

A diferencia de Filadelfia con los *checks and balances*, en Apatzingán y Cádiz²² se consagró una *fórmula prácticamente rígida* de la división de poderes con preeminencia del legislativo. Tal preeminencia resulta una consecuencia

Jean-Jacques, “Discours sur L’origine et les Fondements de L’inégalité Parmi les Hommes”, *Collection Complete des Oeuvres de J.J. Rousseau*, Génova, 1782, t. 1, p. 116. La idea del pacto social en su *Contrato Social* viene en el mismo volumen (pp. 202-205).

¹⁹ Véase las ideas de Locke sobre la división de poderes y la tríada “legislativo, ejecutivo y federativo”. Locke, John, *Two Treatises of Government*, Nueva York, Everyman’s Library, 1924, p. 190.

²⁰ Aunque Montesquieu no sea el autor único de la teoría, sí se le atribuye el gran mérito de haberla formulado con claridad. Así “Cuando el poder legislativo y el ejecutivo se reúnen en la misma persona o el mismo cuerpo de magistrados, no hay libertad... No hay tampoco libertad si el poder judicial no está separado del legislativo y el ejecutivo”. Montesquieu, Charles Louis de Secondat, *El espíritu de las leyes*, Madrid, Librería General Victoriano Suárez, 1906, p. 227. No resulta extraño que el propio D’Alembert sostuvo en su prólogo a la edición de 1784 que: “C’est de la distribution légitime et de la répartition convenable de ces différentes espèces de pouvoirs que dépend la plus grande perfection de la liberté politique, par rapport à la constitution”. D’Alembert, Jean le Rond, “Analyse de L’Esprit des Lois”, en Montesquieu, Charles Louis de Secondat, *L’Esprit des Lois*, París, Chez Sanson et Compagnie, 1784, p. 110.

²¹ Balaguer Callejón, María Luisa, “La división de poderes en la Constitución de Cádiz de 1812”, *Revista de Derecho Político*, núm. 83, 2012, pp. 29.

²² García Roca, Javier, “El legado liberal de Cádiz en Iberoamérica”, artículo inédito, UNAM, 2014, p. 15.

natural del concepto de soberanía pues si la representación nacional era la única que podía ejercer la potestad soberana de la cual era titular el pueblo, esta voluntad debía ser prevalente y definitiva. Una formulación rígida para Vile, lo constituiría la tripartición del poder con una función identificable a cada rama. Los tres poderes estarían confinados a ejercer únicamente su función sin interferir con las funciones de otras ramas. Finalmente, las personas que integran cada poder deben ser distintas, siendo imposible que un individuo pertenezca a más de una rama.²³

Aunque la consagración de la división de poderes no es *per se* un mecanismo de control constitucional sí representa una protección política. La sola inclusión de una prístina separación de poderes²⁴ es motivo indicario de que el Constituyente de Chilpancingo trataba de dotar de vigencia real a la declaración de derechos.²⁵

Fix-Zamudio afirma que de igual forma puede considerarse una protección política la existencia de un ejecutivo colegiado,²⁶ es decir, una ulterior forma de dividir el poder dentro de la rama ejecutiva. En efecto, la Constitución de Apatzingán disponía en su artículo 132 un triunvirato cuya presidencia se alternaba por cuatrimestres. Este mecanismo partía de la base de que la subsecuente división del ejecutivo dificultaría comportamientos autoritarios de mayor propensión en el caso de ejecutivos unipersonales.

Como bien apunta Fix-Zamudio, hay antecedentes en el derecho comparado que pudieron haber sido considerados en este diseño.²⁷ Cruz Barney afirma que la inspiración del ejecutivo colegiado recae en las Constituciones francesas de 1795 y especialmente en la de 1799²⁸ en la que inclusive se em-

²³ Vile, Maurice, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, Oxford, Clarendon Press, 1967, p. 13. Iguales elementos ofrece la caracterización de Eisenmann, Charles, “La pensée constitutionnelle de Montesquieu”, en varios autores, *Le pensé politique et constitutionnelle de Montesquieu: Bicentenaire de L'Esprit des Lois*, París, Recueil Sirey, 1952, p. 137.

²⁴ Breña sostiene que la forma de consagración de la división de poderes en Apatzingán es influencia directa gaditana. Breña, Roberto, “La Constitución de Cádiz y la Nueva España: cumplimientos e incumplimientos”, *Historia Constitucional*, vol. 13, 2012, p. 373.

²⁵ “...para una efectiva protección de la libertad es más importante una organización del Estado basada en la división de poderes que contar con catálogos de derechos humanos elaborados hasta sus últimos detalles y espléndidamente formulados”. Starck, Christian “Logros de la cultura jurídica”, *Revista de Derecho Político* núm. 87, 2013, p. 138.

²⁶ Fix Zamudio, Héctor, “La defensa de la Constitución en el Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana”, en varios autores, *Estudios sobre el Decreto Constitucional de Apatzingán*, México, UNAM, 1957, p. 600.

²⁷ *Ibidem*, p. 603

²⁸ Cruz Barney, Oscar, “El Poder Ejecutivo en la Constitución de Apatzingán”, en Ortiz, Serafín y Soberanes, José Luis, *La Constitución de Apatzingán: edición crítica (1814-2014)*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, p. 178.

plea la exacta conformación numérica de la que posteriormente hará uso el Constituyente de Chilpancingo. Basta, sin embargo, una somera comparación con las competencias que la *Constitution du 22 Frimaire* otorgaba a los cónsules y la distinción que hacía respecto al primer cónsul para encontrar que si bien la integración es coincidente hay diferencias notables.

3. Cuatro elementos de control constitucional en Apatzingán

Empero, prescindiendo de los debates aquí mencionados sobre la división de poderes que bien puede considerarse un elemento típico del liberalismo: ¿se tenía la noción de una garantía constitucional? ¿Podía haber obtenido el constituyente de Chilpancingo tal noción del constitucionalismo comparado? ¿Había previsto Cádiz elementos indiciarios de control que pudieran reflejarse en Apatzingán?

Recordemos que para 1814 Marshall ya había formulado (*Marbury vs. Madison*, 1803) los contornos definidos de las consecuencias de la supremacía constitucional para la *Judicial Review*; es decir, por lo menos en Estados Unidos, ya existía la noción de control constitucional y la inaplicación de la ley como consecuencia de su inconstitucionalidad apreciada judicialmente.

Empero, es generalmente aceptado que la doctrina jurídica estadounidense tuvo una influencia menor en la Constitución de Apatzingán²⁹ y, por tanto, parece aún menos probable que la construcción jurisprudencial de Marshall fuese un elemento de peso en la formulación de alguna especie —siquiera intuitivo— de principio de supremacía constitucional especialmente tomando en cuenta las consideraciones a que hemos hecho referencia respecto a la concepción de la soberanía en el texto mexicano. Tampoco Francia y la concepción de Montesquieu del juez como *bouche de la loi* producto de la supremacía parlamentaria, ofrecen garantías constitucionales que pudieran haber sido conocidas y tomadas en consideración por el constituyente de Chilpancingo. El eco de la voz judicial resonaba con la

²⁹ De hecho, hay autores que niegan tajantemente la más mínima influencia como García Álvarez, Juan Pablo, “Antecedentes de la Constitución de Apatzingán”, en varios autores, *Memoria del Simposium Nacional de Historia sobre la Constitución de Apatzingán*, México, Sociedad Mexicana de Geografía y Estadística, 1965, p. 374. La influencia norteamericana es admitida por Burgoa, *Las garantías individuales*, cit., p. 69. Una opinión similar podría inferirse en Rabasa, Emilio, *L'Évolution historique du Mexique*, París, Librairie Félix Alcan, 1924, p. 35. También afirma influencia norteamericana Torre, Ernesto de la, “El decreto constitucional de Apatzingán y sus fuentes legales”, *Estudios de Historia Jurídica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994, pp. 76 y ss.

ley ordinaria, no con la Constitución en su calidad de norma fundante del ordenamiento.

Es en Cádiz en donde encontramos antecedentes claros de control constitucional que, sin duda, influyeron en los mecanismos que ulteriormente prevería el Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana.³⁰ De acuerdo con Sánchez Agesta, en Cádiz es posible identificar dos mecanismos: *a) la diputación permanente y b) el derecho a representar a las cortes o al rey para reclamar la observancia de la Constitución*.³¹ A nuestro juicio, a las anteriores consideraciones debe agregarse la existencia de un sistema de responsabilidad funcional que también se trasplantó a Apatzingán que podría considerarse como una garantía represiva, es decir, el uso directo del derecho penal como represión y consecuencia de las actuaciones inconstitucionales. Analicemos con mayor detalle tales instituciones.

En primer lugar, la Constitución de Cádiz (artículo 160.1) preveía una diputación permanente³² que tenía encomendada “velar sobre la observancia de la Constitución y de las Leyes para dar cuenta a las próximas Cortes de las infracciones que hubiera notado”. Esta *insinuación del futuro sistema de garantías individuales*³³ era un órgano que, entre otras cosas, fungía como relatoría de infracciones constitucionales en los períodos de receso legislativo. Sostiene Battaglini que la diputación permanente: “Rappresenta un tentativo di controllo costituzionale sull’attività legislativa del parlamento, dopo che questo era stato disiolto”³⁴.

Sin embargo, la diputación permanente se limitaba a informar al parlamento de las violaciones notadas y no a reparar la infracción.³⁵ Aunque su naturaleza de órgano de garantía constitucional ha sido señalada reite-

³⁰ Barragán ha señalado que la Constitución gaditana llegó a tener vigencia real en México. Barragán, José, “Sobre la vigencia de la Constitución española de Cádiz de 1812”, *Revista de Derecho Político*, núm. 84, 2012, pp. 386-433. Por tanto, el antecedente gaditano resulta aún de mayor interés.

³¹ *Op. cit.*, pp. 77 y 78.

³² La creación de una diputación permanente es señalada por varios académicos como una de las ideas claves de la Constitución doceañista. Por ejemplo, Torres del Moral, Antonio, “La apuesta constitucional gaditana”, en Franco Ferrari, Giuseppe (coord.), *La Costituzione di Cadice nel bicentenario della sua promulgazione*, Turín, Giappichelli Editore, 2013, p. 52.

³³ La terminología se toma de Sánchez, Enrique, *Constitución Española Comentada*, Madrid, Paraninfo, 1979, p. 19. Posada incluye a la diputación permanente en su epígrafe de defensa jurisdiccional de la Constitución. Posada, Adolfo, *La reforma constitucional*, Madrid, Preciados, 1931, p. 171.

³⁴ Battaglini, Mario, *Contributi alla storia del Controllo di Costituzionalità delle Leggi*, Milán, Giufrè, 1957, p. 114.

³⁵ Cf. Pérez Serrano, Nicolás, “La diputación permanente de Cortes en nuestro Derecho Constitucional histórico”, *Escritos de Derecho Político*, Madrid, INAP, 1984, pp. 182-183.

radamente, no es del todo claro el verdadero significado de esta actividad veladora.³⁶ La diputación permanente no tuvo eco en la Constitución de Apatzingán y no apareció en ella ninguna institución similar.

En segundo término, la representación ante las cortes o el rey sobre la observancia de la Constitución tenía un fuerte componente de control al establecerse un procedimiento intuitivo de infracciones constitucionales de legitimación ciudadana. Eran los ciudadanos los que compareciendo ante el Poder Ejecutivo o Legislativo coadyuvaban a visibilizar el rompimiento con el texto.

Como puede verse, los controles en Cádiz no se dirigían a la actividad parlamentaria ni a la legislación concretamente. La Constitución gaditana “no tenía necesidad de imponerse sobre el poder legislativo, cuya voluntad siempre se presumía recta y racional”.³⁷ Es decir, la supremacía del Parlamento desaconsejaba en Cádiz un control constitucional de la legislación pues el Parlamento era la expresión verdadera de la soberanía nacional. Dada la indudable preeminencia del Poder Legislativo en Apatzingán creamos que esta noción también podría haber sido compartida por el Constituyente de Chilpancingo; sin embargo, nótese que, como a continuación mencionaremos, existía un indicio de garantía represiva en Apatzingán por la firma de decretos inconstitucionales (control represivo de la constitucionalidad de la Constitución). A pesar de compartir el ideario de soberanía nacional por ejercicio del parlamento,³⁸ los decretos inconstitucionales eran considerados una irregularidad que debía ser combatida, incluso mediante el aparato punitivo del Estado.

Este es el contexto ideológico y jurídico en que fue promulgada la Constitución de Apatzingán, influenciada por las ideas del liberalismo francés y la noción de la preminencia del legislativo ¿Existen en ella indicios claros de control constitucional?

Burgoa afirma que en Apatzingán se encontraban positivizados derechos inmersos en los principios jurídicos y filosóficos de la declaración francesa, pero se carecía de mecanismos jurídicos para garantizar su eficacia —ausencia de control constitucional de derechos—.³⁹ Podríamos afirmar

³⁶ Alonso de Antonio, Ángel, “La diputación permanente en la Constitución de Cádiz o el intento frustrado de crear un órgano con funciones de garantía constitucional”, *Revista de Derecho Político*, núm. 83, 2012, p. 186.

³⁷ Así Fernández Sarasola, Ignacio, *La Constitución de Cádiz: origen, contenido y proyección internacional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011, p. 127.

³⁸ En el propio artículo quinto se establecía: “...la soberanía reside originariamente en el pueblo, y su ejercicio en la representación nacional compuesta de diputados elegidos por los ciudadanos bajo la forma que prescriba la Constitución”.

³⁹ Burgoa, Ignacio, *El juicio de amparo*, México, Porrúa, 1950, p. 99.

que ha sido común para la academia mexicana el compartir una noción de ausencia de control constitucional en el Decreto para la Libertad de la América Mexicana.⁴⁰

Sin embargo, a nuestro juicio, de la misma forma que se ha hecho con Cádiz⁴¹ es posible encontrar en la Constitución de Apatzingán algunas sólidas sombras indicarias de elementos de justicia constitucional, a saber: *a) controles represivos contra actuaciones inconstitucionales de funcionarios* (artículos 29 y 145); *b) facultad de reclamación de derechos constitucionales ante la autoridad pública* (artículo 37); *c) solución parlamentaria de conflictos orgánicos de atribuciones* (artículo 107), y *d) actio popularis transitoria respecto a la forma de gobierno*.

Las primeras dos formas de control se destinan directamente a asegurar los derechos de los ciudadanos, mientras que las últimas dos tienen incidencia en la protección orgánica del texto constitucional. En ninguno de los dos casos existe una intervención jurisdiccional sobre la actuación concreta (la intervención judicial en las garantías represivas se da sobre la persona y no sobre el acto concreto).

Respecto al primer elemento, podemos decir que Apatzingán preveía el proceso penal como un arma disuasoria de la actuación inconstitucional de los funcionarios. El artículo 29, por ejemplo, establece que los magistrados que actúen en contravención a las formalidades de la ley (garantías de seguridad jurídica consagradas en los artículos 25-28 y 30-35) serán depuestos y castigados. Si bien no es un proceso jurisdiccional que analice la constitucionalidad del acto, evidentemente la represión *a posteriori* de la actuación inconstitucional representa una garantía para la vigencia de la Constitución.

Igualmente interesante resulta la garantía represiva de responsabilidad personal prevista en el artículo 145 contra los secretarios del Supremo Gobierno. Allí se les hace responsables por los “decretos, órdenes y demás” que firmen en vulneración de la Constitución. No debe confundirse la contravención de la Constitución con la contravención de las leyes. El artículo 145 es bastante claro cuando literalmente dispone “...que autoricen contra el tenor de este decreto o contra las leyes mandadas observar y que en adelante se promulgaren”. Es decir, el texto constitucional de Apatzingán distingue visiblemente las dos hipótesis de vulneración (Constitución *versus* ley ordinaria).

⁴⁰ A pesar de la generalizada ausencia de estudios sobre los visos de control constitucional en Apatzingán existe la notable excepción de Fix Zamudio, Héctor, “La defensa de la Constitución en el Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana”, en varios autores, *Estudios sobre el Decreto Constitucional de Apatzingán*, México, UNAM, 1957, pp. 586-616.

⁴¹ *O.p. cit.*, pp. 31 y ss.

ria) aunque con posterioridad no asigne a las diversas vulneraciones resultados distintos. Empero resulta notable que un texto basado en la primacía del legislativo distinga cualitativamente, siquiera a efectos conceptuales, la Constitución de la ley como objeto diferenciado.

Previa autorización del Congreso, se procedía a la formación de la causa ante el Supremo Tribunal de Justicia y la suspensión inmediata del secretario en cuestión. De tal suerte, tenemos un caso en donde directamente la firma de un “decreto inconstitucional” podía tener como consecuencia la cesación del mandato de un alto funcionario, aunque la Constitución haya sido omisa en prever la nulidad del decreto.

Kelsen sostenía que la constitucionalidad de la legislación podía garantizarse por la responsabilidad personal del órgano que ha dictado la norma o la inaplicación de la norma inconstitucional.⁴² De tal suerte, el jurista vienesé distingue entre garantías de la regularidad “preventivas” y “represivas”.⁴³ Mientras que las garantías preventivas tienden a evitar la realización de los actos irregulares, las garantías represivas buscan su punición. Así, los individuos asociados al gobierno o ministros “pueden estar sujetos a responsabilidad por inconstitucionalidad de las leyes, sobre todo cuando la Constitución dispone que éstas asumen por la promulgación o por su refrendo, la responsabilidad de la constitucionalidad del procedimiento legislativo”.⁴⁴

Para Kelsen, por tanto, aun cuando pensase que tales garantías represivas pueden ser insuficientes (por no atacar la obligatoriedad del acto irregular) la disposición de Apatzingán sería una especie de control constitucional pues establecía una forma de responsabilidad personal. La influencia de Cádiz es aquí decisiva pues estamos en presencia de un trasplante del juicio de residencia gaditano;⁴⁵ sin embargo, como bien apunta Barragán, existían algunas diferencias entre ambas instituciones.⁴⁶ Aunque la residencia tenga por objetivo claro la efectiva exigencia de la responsabilidad de los funcionarios públicos, podía tener también visos represivos respecto a actos inconstitucionales. La residencia gaditana (asumida por la Constitución de Apatzingán) es, en cierta medida, un sistema de defensa constitucional que

⁴² Kelsen, Hans, “Judicial Review of Legislation”, *The Journal of Politics*, vol. 4, núm. 2, 1942, p. 184.

⁴³ Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, pp. 49 y ss.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 51.

⁴⁵ Barragán, José, *El juicio de responsabilidad en la Constitución de 1824*, México, UNAM, 1978, p. 99.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 101. Sobre todo respecto a quién sustancia las causas de diputados, la composición del Tribunal, el tipo de delitos que conoce, etcétera.

complementariamente se ejerce en la modalidad de responsabilidad funcional.⁴⁷

El segundo elemento de potencial control constitucional lo constituía la prohibición expresa del artículo 37 para coartar la facultad de los ciudadanos a “reclamar sus derechos ante los funcionarios de la autoridad pública”. Aquí la elección de las palabras del Constituyente de Chilpancingo es interesante. No nos encontramos simplemente ante una variación distinta del derecho de petición, en tanto se ha introducido el matiz de una acotación a finalidad concreta.⁴⁸ La tajante formulación del texto (*reclamación*) nos induce a pensar que la Constitución preveía un mecanismo de exigencia ciudadana de un derecho y no la simple posibilidad de formular solicitudes. Por tanto, a *contrario sensu*, existía en Apatzingán un derecho constitucionalizado de exigir el respeto a los derechos ante la autoridad pública.

En tercer lugar, hemos afirmado que Apatzingán preveía un rudimentario mecanismo de defensa de la división de poderes. En efecto, el artículo 107 facultaba al Supremo Congreso para “resolver las dudas de hecho y de derechos que se ofrezcan en orden a las facultades de las supremas corporaciones”. En este sentido, si se presentaba una disputa entre el Poder Ejecutivo y el Judicial, por ejemplo, respecto a quién le corresponde realizar determinada función, sería el Congreso el responsable de asignar la competencia en cuestión determinando al titular de la función. De tal suerte, correspondía al Parlamento la delimitación y garantía del orden constitucional de competencias. Existía, así, un instrumento específicamente previsto en caso de haber conflictos de atribuciones. Este mecanismo, empero, tenía una naturaleza política y no jurisdiccional en tanto no era necesario emplear un método jurídico para su resolución. No se preveía un procedimiento especial intra-parlamentario para tales casos y ciertamente dista mucho de asemejarse a la *Staatsgerichtsbarkeit* delineada en el constitucionalismo de Weimar.⁴⁹ A diferencia de los mecanismos modernos como la controversia constitucional o los distintos conflictos entre órganos, las dudas sobre la esfera competencial eran dilucidadas directamente por el Parlamento en Apatzingán, pues a través de él ejercía su soberanía el pueblo y manifestaba su voluntad auténtica.

⁴⁷ Esta es la opinión Barragán, José, *Actas Constitucionales Mexicanas*, México, UNAM, 1980, p. 51.

⁴⁸ Sin embargo, Cienfuegos lo califica de antecedente del derecho de petición en México. Cienfuegos Salgado, David, *El derecho de petición en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, p. 8.

⁴⁹ Es decir, la judicialización de conflictos políticos respecto al orden de competencias. Cf. Cruz Villalón, Pedro, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 128.

En cuarto lugar y finalizando, el artículo 237 de la Constitución de Apatzingán consagraba una especie de *actio popularis* en tanto garantizaba a cada ciudadano el derecho de reclamar las infracciones a la Constitución que notare. Tal reclamación tenía dos acotaciones: por una parte, era temporal, pues estaba circunscrita al tiempo que mediara entre la promulgación de la Constitución y la convocatoria de la representación nacional; por otro lado, se circunscribía concretamente a la forma de gobierno.

Aquí se muestra con claridad la probable influencia gaditana, pues la Constitución de Cádiz de 1812 posibilitaba (artículo 373) a todo español a “representar a las Cortes o al Rey para reclamar la observancia de la Constitución”. Esta disposición no constituía un derecho de petición ordinario,⁵⁰ sino un intento de darle efectividad y eficacia al texto constitucional. Ello puede deducirse del hecho de que existe una constrección del objeto de los recursos a las infracciones a la Constitución y una correlativa obligación de las Cortes a responder.⁵¹ En ausencia de tal obligación, no habría forma de distinguir el mecanismo con un carácter diferenciado fuera de la simple entrega de una petición directa al Congreso. El carácter necesario de la respuesta, en cambio, nos perfila un mecanismo que por lo menos garantiza la consideración —no reconocimiento— de las pretendidas violaciones hechas valer por el ciudadano.

En este aspecto, ambas Constituciones, tanto la gaditana de 1812 como la de Apatzingán de 1814, emplean una terminología propia distinta de la que la Constitución francesa de 1791 utiliza para consagrar el derecho de petición,⁵² marcando una diferencia conceptual. De hecho, la propia Constitución española de 1837⁵³ introduce con posterioridad el derecho de peti-

⁵⁰ Una opinión contraria en Artola, Miguel, *Partidos y Programas Políticos (1808-1936)*, Madrid, Aguilar, 1974, t. 1, p. 148.

⁵¹ Lorente Sariñena, Marta, *Las infracciones a la Constitución de 1812*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1988, p. 33.

⁵² El Título I de la Constitución francesa de 1791 dispone textualmente: “La Constitution garantit pareillement, comme Droits naturels et civils... la liberté d'adresser aux autorités constituées des pétitions signées individuellement”. Una reconstrucción del derecho de petición en Francia desde la Constitución de 1791 en Illaire, Martine, “Les pétitions aux assemblées de la Révolution à 1958”, *La Revue Administrative*, núm. especial, 2008, pp. 10 y ss.

⁵³ Aunque previamente debe mencionarse la expedición de la Ley del 12 de febrero de 1812 que establecía el derecho de petición. El decreto puede ser consultado en Ferrer y Jou, Narciso, *Primera recopilación de los Decretos y Órdenes generales de las Cortes*, Madrid, Imprenta José Palacios, 1837, p. 85. Tal reglamentación no incluía una acotación a infracciones constitucionales. En los debates sobre la ley, la propia Comisión redactora marcó diferencias notables respecto al mecanismo de infracciones constitucionales del artículo 373. Cf. Lorente Sariñena, Marta, *op. cit.*, pp. 42-47.

ción⁵⁴ con una redacción de notable influencia gala, lo que robustece la idea del carácter distintivo del mecanismo de infracciones a la Constitución que probablemente inspiró a su homólogo mexicano de 1814.

No queda del todo claro en el texto constitucional de Apatzingán cómo sería el funcionamiento de este instrumento; sin embargo, en Cádiz llegó a tener una notable operatividad a través de una Comisión parlamentaria de infracciones constitucionales y la propia Comisión de Justicia y no resultó poco habitual la denuncia de tales infracciones que eran estudiadas por la comisión parlamentaria.

Tomando en cuenta los elementos mencionados, es posible afirmar que en la Constitución de Apatzingán se previeron ciertos elementos indiciarios de control constitucional pero no de *control jurisdiccional* de la legislación.

III. CONCLUSIONES

A modo de conclusión podemos afirmar que en el Decreto para la Libertad de la América Mexicana se presentan esbozos notables de control constitucional de corte similar a algunos previstos en su homóloga gaditana. No sólo existía una garantía implícita al establecer un sólido principio rígido de la división de poderes, sino que además se establecieron mecanismos de defensa concretos.

En la Constitución de Apatzingán, se puede identificar éstos en la forma de controles represivos, queja constitucional ciudadana (ambas garantías de derechos), solución de conflictos de la división de poderes y una *actio popularis* transitoria acotada a la forma de gobierno prevista (ambas garantías orgánicas).

Quizá sería demasiado aventurado el proclamar libremente que la Constitución de Apatzingán presuponía un concepto normativo de Constitución. Más bien, como se ha intentado mostrar, establecía mecanismos de control político que distaban notablemente del control jurisdiccional propio del *Judicial Review*.

Ello, sin embargo, no implica que no debamos considerar que tales mecanismos pretendían garantizar el texto y ejercer un cierto tipo de control por influencia de las ideas arquetípicas del liberalismo francés bebidas a través del brebaje constitucional gaditano. Lo anterior puede llevarnos a

⁵⁴ Concretamente en su artículo 3, “...derecho de dirigir peticiones por escrito a las Cortes y al Rey, como determinen las leyes”. Ibáñez no incluye el artículo 373 como antecedente del derecho de petición. Cf. Ibáñez García, Isaac, *Derecho de petición y derecho de queja*, Madrid, Dykinson, 1993.

ver a la Constitución de Apatzingán como un peldaño anterior de gran importancia en la historia de nuestro control constitucional.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO DE ANTONIO, Ángel, “La diputación permanente en la Constitución de Cádiz o el intento frustrado de crear un órgano con funciones de garantía constitucional”, *Revista de Derecho Político*, núm. 83, 2012.
- ANDREWS, Catherine, “Una alternativa para el Modelo gaditano: la presencia del pensamiento constitucional anglosajón en México, 1821-1830”, en LUNA, Adriana *et al.*, *De Cádiz al Siglo XXI*, México, Taurus, 2012.
- ARTOLA, Miguel, *Partidos y programas políticos (1808-1936)*, Madrid, Aguilar, 1974.
- BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa, “La división de poderes en la Constitución de Cádiz de 1812”, *Revista de Derecho Político*, núm. 83, 2012.
- BARRAGÁN, José, “Sobre la vigencia de la Constitución española de Cádiz de 1812”, *Revista de Derecho Político*, núm. 84, 2012.
- BARRAGÁN, José, *Actas constitucionales mexicanas*, México, UNAM, 1980.
- BARRAGÁN, José, *El juicio de responsabilidad en la Constitución de 1824*, México, UNAM, 1978.
- BATTAGLINI, Mario, *Contributi alla storia del Controllo di Costituzionalità delle Leggi*, Milán, Giufrè, 1957.
- BREÑA, Roberto, “La Constitución de Cádiz y la Nueva España: cumplimientos e incumplimientos”, *Historia Constitucional* vol. 13, 2012.
- BURGOA, Ignacio, *El juicio de amparo*, México, Porrúa, 1950.
- BURGOA, Ignacio, *Derecho constitucional mexicano*, México, Porrúa, 1973.
- CIENFUEGOS SALGADO, David, *El derecho de petición en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.
- CONSTANT, Benjamin, *Cours de Politique Constitutionnelle*, París, Didier, 1839.
- CORONADO, Mariano, *Elementos de derecho constitucional mexicano*, México, Bouret, 1906.
- CRUZ BARNEY, Oscar, “El Poder Ejecutivo en la Constitución de Apatzingán”, en ORTIZ, Serafín y SOBERANES, José Luis, *La Constitución de Apatzingán: Edición crítica (1814-2014)*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad*.

- lidad*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987.
- D'ALEMBERT, Jean le Rond, "Analyse de L'Esprit des Lois", en MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, *L'Esprit des Lois*, París, Chez Sanson et Compagnie, 1784.
- EISENMANN, Charles, "La pensée constitutionnelle de Montesquieu", en varios autores, *Le pensé politique et constitutionnelle de Montesquieu: Bicentenaire de L'Esprit des Lois*, París, Recueil Sirey, 1952.
- ESCOBAR FORNOS, Iván, "La Constitución de Cádiz, modelo del constitucionalismo", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, núm. 16, 2012.
- FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio, *La Constitución de Cádiz: Origen, contenido y proyección internacional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011.
- FERRER Y JOU, Narciso, *Primera recopilación de los Decretos y Órdenes generales de las Cortes*, Madrid, Imprenta José Palacios, 1837.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, "La defensa de la Constitución en el Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana", en varios autores, *Estudios sobre el Decreto Constitucional de Apatzingán*, México, UNAM, 1957.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, "La defensa de la Constitución en el Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana", en varios autores, *Estudios sobre el Decreto Constitucional de Apatzingán*, México, UNAM, 1957.
- GARCÍA ÁLVAREZ, Juan Pablo, "Antecedentes de la Constitución de Apatzingán", en varios autores, *Memoria del Simposium Nacional de Historia sobre la Constitución de Apatzingán*, México, Sociedad Mexicana de Geografía y Estadística, 1965.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1981.
- GARCÍA ROCA, Javier, "El legado liberal de Cádiz en Iberoamérica", artículo inédito, UNAM, 2014.
- HESSE, Konrad, *Die Normative Kraft der Verfassung*, Tübingen, C.B. Mohr, 1959.
- IBÁÑEZ GARCÍA, Isaac, *Derecho de petición y derecho de queja*, Madrid, Dykinson, 1993.
- ILLAIRE, Martine, "Les pétitions aux assemblées de la Révolution à 1958", *La Revue Administrative*, núm. especial 2008.
- KELSEN, Hans, "Judicial Review of Legislation", *The Journal of Politics*, vol. 4, núm. 2, 1942.
- KELSEN, Hans, "La Garantie Juridictionnelle de la Constitution", *Revue de*

- Droit Public et de la Science Politique*, París, 1928.
- LAMONTE, Ernesto, “La Constitución de Apatzingán: Primera Carta Magna mexicana”, en varios autores, *Congreso Internacional sobre el 75 Aniversario de la Promulgación de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, México, UNAM, 1993.
- LISTA, Alberto, “Del espíritu público de las naciones”, *El Sevillano*, núm. 20, 21 de octubre de 1810.
- LOCKE, John, *Two treatises of Government*, Nueva York, Everyman’s Library, 1924.
- LÓPEZ RAYÓN, Ignacio, “Elementos Constitucionales”, en TENA RAMÍREZ, Felipe (comp.), *Leyes fundamentales de México: 1808-1957*, México, Porrúa, 1957.
- LORENTE SARIÑENA, Marta, *Las infracciones a la Constitución de 1812*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1988.
- MACÍAS, Anna, “Los autores de la Constitución de Apatzingán”, *Historia Mexicana*, vol. 20, núm. 4, 1971.
- MARTÍNEZ, Manuel, “Sieyès en México: acerca de las fuentes del Supremo Poder Conservador”, *Revista Jurídica Jalisciense*, Guadalajara, año 6, núm. 3, 1996.
- MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, *El espíritu de las leyes*, Madrid, Librería General Victoriano Suárez, 1906.
- NORIEGA, Alfonso, “Sánchez de Tagle y el Supremo Poder Conservador”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, núm. 112, 2009.
- NORIEGA, Alfonso, *Las ideas políticas en las declaraciones de derechos de las Constituciones Políticas de México*, México, UNAM, 1984.
- PÉREZ SERRANO, Nicolás, “La diputación permanente de Cortes en nuestro Derecho Constitucional histórico”, *Escritos de derecho político*, Madrid, INAP, 1984.
- POSADA, Adolfo, *La reforma constitucional*, Madrid, Preciados, 1931.
- RABASA, Emilio, *L'Évolution historique du Mexique*, París, Librairie Félix Alcan, 1924.
- RAMOS QUIROZ, Francisco, “El control constitucional en la carta gaditana de 1812 y su influencia en Michoacán en el siglo XIX”, en LÓPEZ, Eduardo y SOBERANES, José Luis (coords.), *La Constitución de Cádiz de 1812 y su impacto en el occidente Novohispano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015.
- RIVERA León, Mauro Arturo, “De Apatzingán a Kelsen: tras las sombras

de la justicia constitucional en México”, en ANDREWS, Catherine *et al.* (coords.), *Miradas a la historia constitucional de México*, México, CIDE-CE-SOP, 2015.

ROUSSEAU, Jean-Jacques, “Discours sur L’origine et les Fondements de L’inégalité Parmi les Hommes”, *Collection Complete des Oeuvres de J.J. Rousseau*, Génova, 1782.

SÁNCHEZ AGESTA, Luis, *Historia del constitucionalismo español (1808-1936)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

SÁNCHEZ, Enrique, *Constitución Española Comentada*, Madrid, Paraninfo, 1979.

SIEYÉS, Emmanuel-Joseph, *Escritos políticos de Sieyès*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993.

STARCK, Christian “Logros de la cultura jurídica”, *Revista de Derecho Político* núm. 87, 2013.

TORRE, Ernesto de la, “El decreto constitucional de Apatzingán y sus fuentes legales”, *Estudios de historia jurídica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994.

TORRES DEL MORAL, Antonio, “La apuesta constitucional gaditana”, en FRANCO FERRARI, Giuseppe, (coord.), *La Costituzione di Cadice nel bicentenario della sua promulgazione*, Torino, Giappichelli Editore, 2013.

VALADÉS, Diego, *El control del poder*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998.

VEGA, Pedro de, “El poder moderador”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 116, abril-junio de 2002.

VILE, Maurice, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, Oxford, Clarendon Press, 1967.

EL JUICIO DE AMPARO: ORIGEN Y EVOLUCIÓN HASTA LA CONSTITUCIÓN DE 1917. TRES CASOS PARADIGMÁTICOS QUE DETERMINARON SU CONFIGURACIÓN

Marcos DEL ROSARIO RODRÍGUEZ*

SUMARIO: I. *Orígenes del juicio de amparo.* II. *El amparo Miguel Vega.* III. *Las cuestiones políticas no justiciables en los casos: Morelos, León Guzmán y Salvador Dondé.* IV. *Amparo Justo Prieto.* V. *Consideraciones finales.*

I. ORÍGENES DEL JUICIO DE AMPARO

La historia del control constitucional en México surgió a partir de la entrada en vigor de la Constitución de 1836, ya que previo a ésta ninguna otra había dispuesto algún medio de defensa,¹ con lo cual la salvaguarda de la vigencia de los derechos de las personas, así como la supremacía del orden constitucional, resultaba poco eficiente.

La aportación más importante de la Constitución centralista de 1836 fue el haber creado un órgano de control político,² denominado Supremo

* Secretario de tesis en la Sala Superior Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, e investigador nivel 1 en el Sistema Nacional de Investigadores.

¹ Cf. Noriega Cantú, Alfonso, “El Supremo Poder Conservador”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 69-70, enero-julio de 1968, pp. 255-296.

² La locución “control constitucional” conlleva tres vertientes conforme a la teoría constitucional contemporánea: control político, control jurisdiccional y control social. El político fue el primero de los controles previstos en los marcos constitucionales. Fue en la Constitución estadounidense de 1787 donde se estableció una serie de frenos recíprocos entre los poderes públicos, con el fin de evitar cualquier ejercicio extralimitado de facultades, y de esta forma, garantizar un balance en la actuación de dichos órganos. Los controles políticos están orientados a fungir como factores de equilibrio, conservando la vigencia del principio de división de poderes. Fue en Francia, en el seno de la Constitución del año VIII (1799), en donde se creó

Poder Conservador,³ como su nombre lo señala, tenía como finalidad el preservar y conservar el orden constitucional, de cualquier intromisión o invasión por parte de cualquier otro órgano de poder.

El control de constitucionalidad de tipo político ejercido por el Supremo Poder Conservador, se hace manifiesto en el artículo 12 de la segunda ley, en las fracciones I, II y III, donde se le facultaba declarar la nulidad de todo acto procedente de los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, que fuese en contra de algún precepto constitucional.⁴ Si bien este órgano de control poseía diversas inconsistencias, como la irresponsabilidad que tenían sus miembros sobre sus actos, o bien, facultades extraordinarias del todo desproporcionadas, como declarar la incapacidad física o moral del presidente,⁵ o suspender las sesiones del Congreso y de la Corte Suprema,⁶ sentó las bases para la protección y control constitucional en nuestro sistema.

El control jurisdiccional de la Constitución en México surgió en Yucatán en 1841, a través de la creación de un instrumento de protección de derechos humanos denominado juicio de amparo, siendo hasta ese entonces el primer medio de tutela diseñado *ex profesa*, para reparar cualquier afectación producida, por el actuar indebido de una autoridad.

Fue durante 1840 que, mediante un movimiento revolucionario, Yucatán se separó del Estado mexicano, en razón de las siguientes causas: debido al establecimiento del pago de derechos aduaneros que desde la guerra con Texas se había impuesto a todo el país, la imposición de contingentes de sangre sobre el pueblo yuáteco y, principalmente, por haberse instaurado una forma de Estado centralista en 1836.

Con la entrada en vigor de la Constitución de 1836, en el estado de Yucatán, influenciado por federalistas, arguyeron que se había vulnerado el pacto federal establecido en 1824, por tal motivo la soberanía cedida a la Federación fue retrotraída para ser asumida por los poderes locales, y constituirse en un país independiente.

La Constitución de 1841 destacó, entre otras cosas, por establecer por primera vez, el sufragio popular directo, la responsabilidad política de los

el primer ente encargado de mantener la vigencia del orden constitucional, el cual fue denominado Senado Conservador. Rosario Rodríguez, Marcos del, “Control de constitucionalidad”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo *et al.* (coords.), *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*, México, Consejo de la Judicatura-UNAM, 2014, t. I, p. 222.

³ Barragán Barragán, José, “Breve comentario sobre las leyes constitucionales de 1836”, en Galeana, Patricia (comp.), *México y sus Constituciones*, México, Fondo de Cultura Económica, 2003, p. 120.

⁴ Tena Ramírez, Felipe, *Leyes fundamentales (1808- 1999)*, México, Porrúa, 1999, p. 210.

⁵ *Idem.*

⁶ *Idem.*

servidores públicos (*impeachment*), así como la integración colegiada del Poder Ejecutivo;⁷ sin embargo, las aportaciones más trascendentas atribuidas a Rejón son: la incorporación de un catálogo de derechos humanos, y la instauración del juicio de amparo, como medio de protección de tales derechos.

El artículo 53 del Proyecto Constitucional recogió el pensamiento de Rejón, al establecer que le correspondía a la Suprema Corte de Justicia del Estado de Yucatán amparar en el goce de sus derechos a toda persona que pidiere su protección, en contra de las normas emanadas por la Legislatura, así como de los actos del Ejecutivo que sean contrarios a la Constitución. Limitándose en ambos casos a reparar el agravio producido.

Rejón estimó que el amparo tendría dos vertientes. Una de estas sería un juicio ante los tribunales de primera instancia, con objeto de proteger las garantías individuales. La segunda, sería un juicio planteado de forma directa ante la Suprema Corte del estado, contra las leyes del Congreso o actos del Poder Ejecutivo que vulneraran el orden constitucional. Como lo denota Manuel González Oropeza, surgió por primera ocasión un instrumento judicial de control de la constitucionalidad de las leyes y actos de autoridad: “Esta naturaleza del amparo, de un juicio propio y no de un recurso subsidiario dentro de otro juicio, le dio la característica que hasta la fecha tiene, por lo que, en opinión de Emilio Rabasa, esta peculiaridad fue obra de Rejón”.⁸

El juicio de amparo fue instaurado en el Acta de Reformas de 1847. Como se señaló, desde los debates del Constituyente de 1842, Mariano Otero elaboró un voto particular, en el que proponía un modelo de estado liberal, federal y garantista; sin embargo, su influencia quedaría plasmada en la citada Acta de Reformas, y a la postre, en la Constitución de 1857, la primera en reconocer al amparo como medio de protección de los derechos del hombre.

Es importante advertir algunos aspectos que ponen de manifiesto los rasgos distintivos del pensamiento de Mariano Otero, en cuanto al deber ser del juicio de amparo, entre estos está la tendencia a fortalecer el federalismo, mediante la consolidación del Poder Judicial, lo que evidencia su desconfianza para que los estados reconocieran y tutelaran los derechos humanos. En la noción de Otero, la Unión podría correr riesgo de desaparecer, si se dispensa a los Estados cualquier facultad que pudiere llevar a una

⁷ González Oropeza, Manuel, *Constitución y derechos humanos. Orígenes del control jurisdiccional*, México, Porrúa-CNDH, 2009, p. 155.

⁸ *Ibidem*, p. 170.

separación. De ahí que la Federación debía asumir el control constitucional y la tutela de los derechos humanos. Situación que a la postre ocurriría, a partir del *caso Miguel Vega*, y el establecimiento formal del control concentrado de constitucionalidad en el Poder Judicial, a partir de la Constitución federal de 1917.

Además de analizar la trascendencia y contribución del *caso Miguel Vega*, en la configuración del juicio de amparo como instrumento de tutela constitucional, en el presente artículo se analizará el *amparo Justo Prieto*, mediante el cual se definió con precisión, la naturaleza y función del control difuso de constitucionalidad, y el papel del juicio de garantías en el ejercicio efectivo de dicho control.

Pero también, se hará mención de una serie de asuntos conocidos como los amparos *Morelos*, *León Guzmán* y *Salvador Dondé*, que fueron determinantes en lo relativo a las cuestiones políticas y su justiciabilidad. El conocimiento de estos amparos resulta determinante para advertir por qué la tutela del amparo no se extiende al ámbito de los derechos políticos, cuando en su diseño de origen sí estaba previsto que su protección abarcara cualquier derecho humano que hubiera sido vulnerado.

Sin duda, estos juicios deben ser estudiados para comprender cómo, a través de decisiones judiciales, el amparo ha delineado su naturaleza y alcances, como un medio de protección único en el mundo.

II. EL AMPARO MIGUEL VEGA

A partir de la célebre resolución del *caso Miguel Vega*, fue que el juicio de amparo se concebiría como procedente en contra de negocios judiciales, y no de actos derivados de autoridades administrativas y legislativas. Además de lo anterior, el caso en cuestión permitió que la Suprema Corte ejerciera una revisión judicial efectiva sobre los actos del Poder Legislativo que transgredieran el orden jurídico, por vía de la interpretación constitucional de las leyes, lo cual, como se ha advertido, resultaba imposible, aun cuando en las discusiones de la ley de amparo de 1869 se habían mostrado las bondades de la figura norteamericana del precedente judicial, y la interpretación constitucional del juez, derivado principalmente como se refirió, de los alcances normativos de la artículo 101 constitucional.

El caso del *amparo Miguel Vega* surge de un asunto de índole penal. José Bañuelos, cargador de oficio, apuñaló al jornalero Benito Prado en Culiacán, derivado de una riña que estos sostuvieron. Miguel Vega, juez de letras

con asiento en Culiacán, Sinaloa, conoció de la causa criminal, dictando sentencia el 18 de diciembre de 1868.

En su resolución, el juez Vega valoró que José Bañuelos actuó en legítima defensa, por lo que impuso como pena dos meses y medio de presión. Por vía de apelación, el Tribunal Superior de Justicia de la entidad al conocer de la impugnación, consideró que la sentencia era contraria a derecho, por lo que decidió revocarla.

En cuanto al juez Miguel Vega, el Tribunal Superior consideró que había dictado una sentencia, en la que no se valoró adecuadamente los hechos y la responsabilidad del agresor, por lo que decidió sancionarlo con fundamento en las leyes de Cádiz de 1813, las cuales se encontraban en vigor en aquel entonces en todo el territorio,⁹ en las que se disponía en los artículos 7o. y 8o. que, cuando un tribunal revocaba el fallo del inferior y estimaba que si por ignorancia o descuido el juez había fallado contra ley expresa, se debía privar de su cargo por un año. En consecuencia fue separado del cargo por ese lapso de tiempo.¹⁰ Pero no fue la sanción dictada por el Tribunal Superior de Justicia local, la cual se encontraba debidamente fundada y motivada, la que generaría un agravio al juez Miguel Vega, sino una sanción adicional, misma que consistió en prohibir el ejercicio de la profesión de abogacía durante el periodo de un año, lo que implicaba la vulneración de su derecho a la libertad de trabajo.¹¹

Como consecuencia de dicha sentencia, Miguel Vega interpuso una demanda de juicio de amparo, aun cuando en la Ley de Amparo de 1869, en el artículo 8o., se establecía que no era admisible el recurso de amparo en negocios judiciales, tal y como se ha mencionado. El juez de distrito del estado de Sinaloa, basándose en la prohibición expresa de la norma, no dio entrada a la demanda, desechándola de plano.

El juez Vega interpuso un recurso de apelación ante la Suprema Corte, lo que implicó la revocación del auto del juez de distrito. Para llegar a tal decisión, en un primer momento, la Corte discutió la naturaleza material del acto emitido por el Tribunal Superior de Justicia, es decir, si efectivamente se trataba de un acto judicial, o bien, de un acto de carácter administrativo. En opinión del ministro Miguel Auza, que a la postre sería la posición que imperaría en la sentencia, se precisó que el acto poseía las cualidades de un acto administrativo. Fue a León Guzmán, como fiscal de la Suprema Corte, a quien le correspondió pedir al Pleno del máximo tribunal la revocación

⁹ Cabrera Acevedo, Lucio, *La Suprema Corte de Justicia. La República y el Imperio*, México, SCJN, 1988, p. 195.

¹⁰ *Idem*.

¹¹ *Idem*.

de la sentencia del juzgado de distrito, para que de esta forma procediera el amparo y la tutela del derecho vulnerado al juez Miguel Vega.

El Tribunal Superior de Justicia se negó a rendir el informe a la Suprema Corte, así como cumplimentar la sentencia del 20 de julio de 1869, basándose en lo dispuesto por el artículo 8o. de la Ley de Amparo, así como por el hecho de que la sentencia revocada ya había causado efecto, y siendo cosa juzgada, resulta improcedente su modificación sin que se incurriera en una responsabilidad. Por tanto, el Tribunal Superior fue deferente con el legislador, y optó por el principio de presunción de constitucionalidad de la ley, aplicando lo previsto por el referido artículo, y desvinculándose de lo interpretado y resuelto por la Suprema Corte.

La motivación del Tribunal Superior se basó en el razonamiento prevalente en aquella época, como ya se ha expuesto en el presente trabajo, de que la interpretación de la ley correspondía sólo a quien la elaboraba. Por tanto, si el Congreso de la Unión estableció que los negocios judiciales no eran susceptibles de ser revisados por vía de amparo ¿cómo podía justificar una atribución en una materia que resultaba del todo improcedente?

La Suprema Corte señaló con relación a la queja interpuesta por el juez Vega ante la jurisdicción de amparo, en relación con la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia del Estado de Sinaloa, que:

Al salirse de la prescripción legal ha violado clara y terminantemente la garantía consignada en el Art. 4o. de la Constitución Federal, según el cual a nadie se puede impedir el ejercicio de su profesión sin ser juzgado y sentenciado en la forma regular, cuando ataca los derechos de tercero, o gubernativamente conforme a la ley, cuando ofende los de la sociedad.¹²

En su resolutivo, la Suprema Corte de Justicia amparó y protegió a Miguel Vega contra la providencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia del Estado de Sinaloa de suspenderlo por un año en el ejercicio de su profesión de abogado, lo cual vulneraba en su persona el derecho reconocido en el artículo 4o. constitucional.¹³

En su resolución, la Suprema Corte no sólo garantizó de forma efectiva el derecho a la libertad de trabajo a favor de Miguel Vega, previsto en el artículo 4o. de la Constitución federal, sino que desarrolló un ejercicio de interpretación jurídica garantizando la supremacía del texto constitucional sobre una norma inferior, a través de la declaración implícita de inconstitucionalidad.

¹² *Ibidem*, p. 197

¹³ *Idem*.

cionalidad del artículo 8o. de la Ley de Amparo, cuyo contenido limitaba la eficacia del juicio de amparo y de una tutela efectiva.

III. LAS CUESTIONES POLÍTICAS NO JUSTICIALES EN LOS CASOS: MORELOS, LEÓN GUZMÁN Y SALVADOR DONDÉ

Con la instauración del amparo en negocios judiciales, a partir del *caso Miguel Vega*, el amparo alcanzó una plenitud integral y amplia, como medio de tutela de derechos humanos y de control constitucional, ya que ningún acto de autoridad, que vulnerara a algún derecho, fuera de índole municipal, local o federal, podía evadir la revisión judicial.

Si bien el amparo en los años setenta del siglo XIX era un instrumento mediante el cual se protegía cualquier tipo de derecho, con una ductilidad en el acceso que lo hacía un verdadero medio de tutela social y democrático, hacia 1882, los alcances de su protección se verían restringidos, debido a que se declararía su improcedencia para conocer de cuestiones políticas y electorales. Lo anterior debido a que el 11 de abril de 1874 la Suprema Corte de Justicia de la Nación, encabezada en aquel entonces por José María Iglesias, resolvió un asunto conocido como el *amparo Morelos*, mediante el cual se fijó un criterio que operaría en los años siguientes, denominado *incompetencia de origen*.

Los hechos del caso se suscitaron cuando un grupo de hacendados de origen español, asentados en el estado de Morelos, solicitaron la protección de la justicia federal, presentando un juicio de amparo, en contra de la Ley de Hacienda, promulgada el 12 de octubre de 1873, tomando como argumento el hecho de que el Congreso y el gobernador de la entidad, general Francisco Leyva, eran autoridades que se encontraban ocupando su cargo de forma ilegítima. Toda vez que unos de los legisladores llamado Vicente Llamas, había sido electo diputado, sin haber dejado el cargo de jefe político de uno de los distritos gubernamentales del estado, por lo que ejercía de forma simultánea dos cargos públicos. A su vez, el general Leyva fue reelecto gobernador, desatendiendo la prohibición de reelegirse, consagrada en la Constitución morelense.¹⁴

En la sentencia del amparo en cuestión, José María Iglesias como presidente de la Suprema Corte acepta el agravio expuesto por las partes, y lo establece en sus consideraciones, asumiendo a partir de ese momento que

¹⁴ Cf. Moctezuma Barragán, Javier, *José María Iglesias y la justicia electoral*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994, pp. 86-90.

cualquier acto emanado por una autoridad, cuya elección o designación haya sido ilegítima, se considera que carece de competencia desde su origen, trayendo consigo que todo acto realizado por ellos resultaría invalido. Por ende, se puede decir que, por competente debía entenderse no sólo aquella dotada de facultades legales para expedir las normas o los actos impugnados, sino que tenía que haber sido electa o designada de forma legítima; es decir, la competencia no sólo era funcional, sino también originaria: incompetencia de origen o subjetiva.¹⁵

No fue sino hasta la llegada a la Suprema Corte del gran jurista jalisciense, Ignacio L. Vallarta, que se removió el criterio de la incompetencia de origen. Lo anterior por una razón política. Las cuestiones políticas como no justiciables, fueron sostenidas por Ignacio L. Vallarta, en los amparos *León Guzmán* de agosto de 1878 y *Salvador Dondé* del agosto de 1882.

El amparo León Guzmán de 1878 se generó, cuando Guzmán, en su calidad de quejoso, promovió amparo en contra del Gran Jurado del Congreso del Estado de Puebla, quien pretendía seguirle un juicio de responsabilidad, en su carácter de presidente del Tribunal Superior de Justicia.

El juicio en cuestión fue interpuesto por haberse negado a reconocer a la legislatura y al gobernador de dicho estado, por considerarlos usurpadores, además no se alcanzó la mayoría requerida de diputados para iniciar el procedimiento. En su voto particular, Vallarta sostuvo que el artículo 16 constitucional hablaba sólo de autoridad competente y no de autoridad legítima. Finalmente, se le otorgó el amparo por la mayoría de los ministros, aduciendo que los diputados que pronunciaron el veredicto no eran la mayoría del Congreso.

El pensamiento de Vallarta se impuso sobre la mayoría en 1881, en la resolución del amparo promovido por Salvador Dondé. El quejoso presentó su demanda en contra del tesorero del estado de Campeche por el cobro de impuestos, los cuales consideró inconstitucionales, ya que el funcionario no había sido nombrado por el gobernador constitucional de la entidad, sino por una autoridad de *facto*, carente de legitimidad.¹⁶ Para combatir la tesis de la incompetencia de origen, Vallarta recurrió a doctrina comparada, particularmente la estadounidense, en la cual no se encontraba antecedente para decidir cuestiones políticas. Uno de los aspectos más importantes en la sentencia fue el establecimiento de la improcedencia del juicio de amparo en cuestiones políticas, invocando el *self restraint* ejercido por la Suprema Corte norteamericana en asuntos políticos (*Luther v. Borden, 1849*).¹⁷

¹⁵ *Ibidem*, pp. 95-99.

¹⁶ *Ibidem*, pp. 236-239.

¹⁷ González Oropeza, Manuel, "La protección de los derechos políticos en los Estados

Vallarta decidió negarle el amparo al promovente en cuanto al argumento de la ilegitimidad de origen de la autoridad, pero sí le otorgó la protección respecto a la naturaleza de los impuestos impugnados, ya que implicaban una invasión a la competencia federal, al ser aplicados por una autoridad local.

A partir de este caso, Ignacio L. Vallarta dejaría sin efectos el criterio de la incompetencia de origen. El criterio de Vallarta quedó plasmado en la tesis de jurisprudencia número 163.¹⁸ La tesis en cuestión estableció los siguientes criterios esenciales:

- La autoridad judicial no debe intervenir en cuestiones políticas que incumben a otros poderes.
- El amparo no debe juzgarse sobre la legalidad de la autoridad.
- Prejuzgar la legitimidad de las autoridades, llevaría a atacar la soberanía de los estados.
- Es decir, sólo se debe revisar la constitucionalidad objetiva.

Con la tesis jurisprudencial en cuestión, se expulsó formalmente de la competencia del amparo las cuestiones políticas, lo cual trajo consigo que los derechos políticos durante más de 114 años estuvieran sin algún tipo de tutela y, por ende, las personas en un completo estado de indefensión.

IV. AMPARO JUSTO PRIETO

El juicio de amparo solicitado contra los actos del Tribunal de Chihuahua, por el cual se procesó al asesor Justo Prieto por haber calificado una ley estatal como inconstitucional, recomendando al juez del caso su inaplicación, resulta de suma trascendencia para entender la naturaleza y alcances del control difuso de constitucionalidad, previsto en nuestro marco jurídico desde la Constitución Federal de 1857.

Este histórico amparo fue resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en 1881, cuando dicho órgano era presidido por el célebre Ignacio L. Vallarta. Entre las múltiples aportaciones del jurista jalisciense, una fue advertir la importancia del control difuso de constitucionalidad como medio de defensa del orden constitucional, en aquellos supuestos donde exista la posibilidad de que se aplique una disposición normativa que pudie-

Unidos y México desde una perspectiva del Derecho Comparado”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, núm. 38, 2014, p. 69.

¹⁸ Apéndice al *Semanario Judicial de la Federación 1917-1988*, p. 272.

ra ser contraria a la ley fundamental, y, por ende, poner en riesgo la vigencia de su supremacía.

El caso en cuestión se suscitó cuando el licenciado Justo Prieto, fungiendo como asesor del Juzgado de Hidalgo, recomendó al juez local que debía poner en libertad a unos sirvientes prófugos, quienes huyeron para no estar más al servicio de su amo. Dichos sirvientes fueron juzgados conforme a una ley local, la cual no resultaba conforme a lo dispuesto por la Constitucional Federal, de ahí que se recomendara su inaplicación. El tribunal local estimó que, en el dictamen, el asesor utilizó un lenguaje inadecuado, por lo que procedió a suspender al asesor en sus funciones por dos meses, turnando los autos a la 1a. Sala, para que ésta determinara si el funcionario había consultado contra ley expresa. Una vez comprobado lo anterior por parte de la autoridad jurisdiccional, fue consignado como responsable a la 2a. Sala para ser juzgado por la conducta delictiva antes descrita.

Por lo resuelto, Justo Prieto interpuso un juicio de amparo ante el juez de distrito, en contra de los actos del tribunal estatal, por estimarlos violatorios de sus derechos y garantías individuales. El juez accedió a conceder el amparo por algunos de los agravios esgrimidos por el quejoso, situación que conllevó a que presentara un recurso de revisión ante la Suprema Corte, y de esta manera se considerara lo vertido en la resolución del juez de distrito.

Sobre el amparo en cuestión, Ignacio L. Vallarta fundó su voto en las siguientes consideraciones. Para el jurista jalisciense, el juez de distrito al conceder parcialmente la tutela judicial, no tomó en cuenta lo dispuesto por el artículo 126 de la Constitución Federal. En su proyecto Vallarta se preguntó: ¿puede una ley secundaria erigir en delito la obediencia de los jueces al artículo 126 de la Constitución, que los obliga a arreglarse a ella, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los estados?¹⁹ ¿Comete un delito el juez o asesor, que falla contra ley que juzgan anticonstitucional? ¿Se puede penar el deber de observar de preferencia la Constitución sobre cualquier ley que la contradiga?²⁰

Respecto al contenido del artículo 126, Vallarta señala que: “De semejante absoluto precepto, se deriva de un modo fuertemente lógico, necesariamente jurídico, la ineficacia de toda ley, que a la Constitución contrarie”.²¹

Se advierte la racionalidad y lógica del análisis de Vallarta, en el que hace ver la incongruencia de parte del tribunal local, al pretender sancionar y restringir la actuación jurisdiccional del asesor, cuya intención fue man-

¹⁹ Vallarta, Ignacio L., *Obras completas*, 6a. ed., México, Porrúa, 2005, ts. III y IV, p. 390.

²⁰ *Ibidem*, p. 391.

²¹ *Ibidem*, p. 394.

tener la vigencia del texto constitucional, ante cualquier disposición que comprometa la primacía normativa de ésta.

La justificación de inaplicar toda norma que pudiera restringir el contenido de la Constitución, subyace precisamente, como se analizó anteriormente, en la idea de los padres fundadores por salvaguardar la Constitución de toda pretensión del legislador, cuyas acciones deben estar limitadas por los principios y reglas emanadas de la ley suprema.

Lo anterior sería tanto como pretender que los tribunales apliquen las leyes sin ningún análisis lógico o racional, aun cuando existan indicios evidentes de que contradice a la Constitución. En palabras de Vallarta, equivaldría a que esa ley fuese estimada como superior al texto constitucional, y que los jueces no reconocieran su supremacía. Esto es, que el Poder del Congreso es mayor al del pueblo, y que basta la voluntad de aquel para modificar principios y reglas constitucionales. De ahí que los límites impuestos al legislador se encuentren plenamente justificados, en aras de hacer prevalecer el orden constitucional.²²

Basándose en lo dicho por Hamilton en *El Federalista*, Vallarta refiere que si entre las leyes fundamentales y secundarias hay alguna contradicción difícil de ser armonizada, aquella que posea un grado de primacía mayor, y por ende de fuerza y validez, debe ser preferida; en pocas palabras advierte que la Constitución se antepone en todo momento a la ley secundaria, esto es igual a la prevalencia de la voluntad del pueblo sobre la de sus representantes.²³

Se puede concluir que los tribunales tienen el deber de respetar a la Constitución, y si ésta es la norma suprema, superior a toda ley secundaria, la Constitución, y no la ley secundaria debe aplicarse al caso concreto.²⁴

Pese a no existir en el *Diario de Debates* del Constituyente de 1857 ningún tipo de justificación respecto a la razón de ser del artículo 126 de la Constitución Federal, Vallarta aludió que esto no era necesario, ya que los constituyentes al haber incorporado la cláusula de supremacía aceptaron las nociones y teorías que dieron vida a dicha cláusula, emanadas del modelo constitucional norteamericano.²⁵

²² *Ibidem*, pp. 396 y 397.

²³ *Ibidem*, p. 398.

²⁴ *Ibidem*, pp. 400 y 401.

²⁵ “No habrá, pues, en lo de adelante y siempre que se trate de leyes o actos anticonstitucionales, ya en la Federación, ya en los Estados, aquellas iniciativas... en que se ultrajaba la soberanía federal o de los Estados... ni aquellas reclamaciones públicas y oficiales que muchas veces fueron el preámbulo de los pronunciamientos: habrá sí, un juicio pacífico y tranquilo... que prepare una sentencia, que si bien deje sin efecto en aquel caso la ley de que se apela, no ultraje ni deprima al Poder Soberano de que ha nacido, sino que lo obligue por

Una vez solventado el tema relativo al deber de todo órgano de poder y autoridad de respetar la Constitución, por ser la ley suprema que dota de validez y eficacia al régimen jurídico, Vallarta fue enfático en exponer su tesis principal:

...solamente es nula la ley contraria a la Constitución, porque ésta es la suprema de toda la Unión, a pesar de las disposiciones posteriores contrarias, sino porque el Congreso federal, las legislaturas de los Estados carecen de poder y autoridad para derogar un solo texto constitucional, fuera del modo que previenen el artículo 126. Estas conclusiones en tesis general me parecen inatacables.²⁶

Como se puede observar, las consideraciones expresadas por Vallarta giran en torno del control difuso, cuya incorporación a nuestro sistema jurídico se dio en la Constitución de 1857, nunca había sido sujeto de un análisis sobre sus alcances, hasta el caso en cuestión.

En la perspectiva del jurista jalisciense, no sólo es una obligación conferida a todo juez, sino que debe ser entendida como una máxima, el hecho de juzgar conforme a la ley fundamental, y de esta manera no aplicar aquella norma que sea contraria a lo dispuesto por ésta. La Constitución por ser suprema, exige que sea obedecida por todos, de ahí que Vallarta refiera una regla de la jurisprudencia romana: “*Judex non de legibus, sed secundum leges judicare debet*”.²⁷

En sus consideraciones, resalta la importancia del juez proactivo, rechazando toda pasividad que implique alguna permisión para no aplicar una disposición normativa contraria a la supremacía constitucional. La omisión del juez en la labor de vigilancia y observancia constitucional puede traer consigo una merma sensible a la vigencia de la Constitución.

Para Ignacio L. Vallarta la Suprema Corte está facultada para conocer todas las cuestiones constitucionales que surjan en el Estado mexicano, por ser ésta la última instancia y, en consecuencia, fungir como intérprete del texto constitucional; sin embargo, en aquel tiempo era cada vez más recurrente la aparición de conflictos de constitucionalidad a nivel local, lo que llevaba a los jueces de primera instancia a inaplicar todo aquel dispositivo normativo que fuese considerado como contrario a la Constitución Federal, sin que la Suprema Corte pudiera conocer del asunto en cuestión.

medios indirectos, á revocarla por el propio ejercicio de su autoridad”. *Historia del Congreso*, t. 1, p. 462.

²⁶ Vallarta, Ignacio L., *Obras completas*, cit., ts. III y IV, p. 405.

²⁷ *Ibidem*, p. 407.

Para el jurista jalisciense resultaba de suma importancia garantizar el adecuado funcionamiento del sistema constitucional, la existencia en la ley orgánica del Poder Judicial, de algún recurso jurisdiccional, semejante al *writ of error*, el cual garantiza que, ante cualquier inaplicación hecha por un juez local, su decisión necesariamente es revisada por un órgano que cuenta con facultades de control constitucional; de esta manera se salvaguarda la integridad del sistema jurídico.²⁸

Debe advertirse que la inaplicación de una norma, cuando se estima aparentemente como inconstitucional por parte de un juez local, no lleva que sea expulsada del sistema jurídico; esto sólo se da hasta que es declarada formalmente como inválida por el órgano encargado de ejercer control de constitucionalidad en última instancia.

Un aspecto a considerar era que la Suprema Corte en varias ejecutorias ya se había pronunciado respecto a que los tribunales estatales no podían dejar de atender la interpretación efectuada por el máximo tribunal, respecto a cuestiones relativas a la Constitución Federal. Por tanto, Vallarta consideró que era ilícito considerar como delito y hacerlo materia de un juicio, el deber que el artículo 126 de la Constitución impone a los jueces de los Estados; deber con el que cumplió el asesor de Hidalgo, no aplicando la ley de sirvientes, conforme a la interpretación que se hiciera del artículo 5º. de la fundamental.²⁹

Por tanto, se concluyó que no existió delito alguno que castigar, sino que la actuación del asesor salvaguardó el orden constitucional, evitando la aplicación de una ley notoriamente contraria a lo dispuesto por aquella.

Uno de los razonamientos expuestos por Vallarta consistió en referir lo lógico que resultaba, que no puede haber delito en donde no existe pena, ni proceso, ni prisión, ni molestia alguna.³⁰ Particularmente tomando en cuenta lo que reza el artículo 14 constitucional, al reconocer la validez de leyes expedidas con anterioridad, siempre y cuando esas leyes se encuentren conforme a la Constitución. El abogado Justo Prieto, lejos de haber cometido un desacato contra las órdenes de su superior jerárquico, cumplió con un deber que le impone la ley suprema, deber que se extrae de cualquier imputación penal o de otra índole.³¹

Dentro de las consideraciones expuestas, la sentencia de la Corte expresamente hace alusión a la ley suprema de toda la Unión, a la que deben

²⁸ *Ibidem*, p. 415.

²⁹ *Ibidem*, p. 418.

³⁰ *Ibidem*, p. 419.

³¹ *Ibidem*, p. 422.

arreglarse los jueces de cada Estado, a pesar de las disposiciones en contrario, que pueda haber en las Constituciones o leyes de los estados:

“La Suprema Corte decidió amparar y proteger a Justo Prieto, contra la resolución del Tribunal Supremo de Chihuahua, motivados por el dictamen que extendió el quejoso, como asesor del Juez 1º del Cantón Hidalgo, consultándole pusiese en libertad absoluta a los sirvientes del Tomás Núñez”.³²

V. CONSIDERACIONES FINALES

Desde su origen, el juicio de amparo tuvo como objetivo garantizar de forma efectiva los derechos humanos de las personas ante alguna vulneración perpetrada por parte de alguna autoridad. Como es lógico, este instrumento fue adecuándose a las exigencias políticas, sociales e históricas de su momento, evolucionando a un estatus de mayor eficacia, y así cumplimentar de mejor forma su fin.

El papel del juez constitucional ha sido determinante en la evolución del amparo, ya que, a través de la interpretación judicial, se extendieron los alcances de su tutela, tal y como lo advertimos en el *caso Miguel Vega*, en el que, gracias a la decisión progresiva de la Suprema Corte, los actos emanados de los órganos jurisdiccionales pudieron ser sujetos de revisión judicial, con lo cual se vino a corregir un déficit de origen que limitaba la eficacia del amparo como auténtico medio de defensa constitucional.

De igual forma, gracias a una interpretación congruente y progresiva, en el *caso Justo Prieto*, Ignacio L. Vallarta delineó con precisión la naturaleza y razón del control difuso de constitucionalidad, cuyo contenido no había sido explicado, ni por el Constituyente cuando lo incorporó en el texto constitucional de 1857, ni por el legislador posteriormente. Sin duda sus razonamientos deben ser revisados y estudiados por los jueces de la actualidad, para entender de mejor forma cómo debe ser aplicado el referido control, y conocer a fondo su naturaleza y alcances.

De igual forma, en el *amparo Justo Prieto* se denota la importancia del juicio de amparo, para dotar de fuerza al control difuso, una vez que se ha ejercido, ya que, una vez que ha sido aplicado por un juez local, el juez constitucional revisa que haya sido conforme a los parámetros constitucionales. Aunque es importante señalar que, en sus consideraciones, Vallarta se inclina por la creación de un medio distinto al amparo, encargado de verificar el adecuado uso del control difuso por parte de los jueces menores,

³² *Ibidem*, p. 429.

tal y como ocurre en los Estados Unidos de América, o en España con la cuestión de constitucionalidad.

Sin duda, estos casos poco explorados por el foro y la doctrina jurídica mexicana fortalecieron al amparo como un medio de control jurisdiccional efectivo.

Si bien, la interpretación judicial ha incidido positivamente en la conformación del amparo, en el tema relativo a las cuestiones políticas, los efectos fueron negativos, ya que, debido a la posición de Vallarta al respecto, se dejó por más de cien años, en estado de indefensión, a los ciudadanos y sus derechos políticos. No sería, sino hasta la instauración del juicio para la protección de los derechos político-electORALES del ciudadano, que los derechos políticos contaron con un medio de protección ante cualquier posible violación.

La intención de revertir un criterio tan poco favorable para la seguridad jurídica, como lo fue el de la incompetencia de origen, trajo consigo efectos más negativos, ya que se restringieron los alcances del amparo, negando la protección a los derechos políticos, desvirtuó la esencia y fines del juicio de amparo que en los años previos se habían edificado. La noción de las cuestiones políticas no justiciables se convirtió, a partir del caso en comento, en una característica propia del amparo; de ahí que resulta determinante conocer de los casos que formaron el criterio referido.

El diseño actual del amparo tiene su base en el modelo esgrimido por sus fundadores; sin embargo, como se ha referido, gran parte de su esencia fue construida mediante las resoluciones dictadas en los casos paradigmáticos anteriormente analizados.

DOS EXPERIENCIAS CONSTITUCIONALES ARGENTINAS SOBRE LA TRANSICIÓN HACIA LA DEMOCRACIA

Néstor Pedro SAGÜÉS*

SUMARIO: I. *Introducción. El concepto de transición política.* II. *Argentina. El retorno a la democracia en 1973 y en 1983.* III. *Típología de ambas transiciones. Visualización constitucional.* IV. *La transición de 1973.* V. *Fin de la transición de 1973. Extinción del Estatuto Fundamental.* VI. *La transición política de 1983.* VII. *Condicionamientos extraconstitucionales.* VIII. *La consolidación, en 2005, de la transición instaurada en 1983.* IX. *Síntesis. Similitudes y diferencias.*

I. INTRODUCCIÓN. EL CONCEPTO DE TRANSICIÓN POLÍTICA

El concepto de “transición política”, que implica una variante del “proceso político”, tiene varias acepciones, y es conceptualmente muy discutido. En este trabajo se entenderá por “transición” el pase de un régimen (“A”), a otro (“B”). Como bien apunta Artemio L. Melo, la transición tiene un punto de partida y un punto de llegada.¹ Tal transformación involucra al menos tres etapas:

- a) La *programación* de la transición. Por ejemplo, si se trata de reemplazar un sistema autoritario por otro democrático, la programación implica el reconocimiento de una serie de derechos políticos fundamentales (libertad de expresión, sufragio, conformación libre de partidos políticos), y la realización de ciertos actos esenciales, como

* El presente trabajo se incluye en el programa de investigaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, de la Universidad Católica Argentina.

¹ Melo, Artemio Luis, *La transición política argentina 1982-1983*, Rosario, Universidad Nacional de Rosario, 1989, pp. 74 y ss., a quien seguimos en parte. El autor realiza un valioso análisis del concepto y modalidades de la transición. Nos remitimos a su texto y bibliografía.

las elecciones. La etapa de programación se desarrolla generalmente bajo el régimen “A”. Implica también instrumentar los actos preparatorios de la fase de instauración.

- b) La *instauración* del nuevo régimen (“B”), con la asunción de sus autoridades ejecutivas, legislativas y jurisdiccionales.
- c) La *consolidación* del nuevo régimen (“B”): refiere a su efectiva capacidad de gobernabilidad y de mando, y de obediencia a sus decisiones. Implica la estabilidad funcional de “B”, y requiere un tiempo mínimo de experiencia positiva.

Naturalmente, estos tres segmentos de la transición no se encuentran aislados. En particular, la programación influye en la instauración y en la consolidación de un régimen.

Conviene alertar que de vez en cuando, pero no siempre, la transición acarrea un cambio del sujeto titular del poder constituyente. En otras palabras, en el régimen “A” el poder constituyente puede ser uno, y en el régimen “B”, otro.

II. ARGENTINA. EL RETORNO A LA DEMOCRACIA EN 1973 Y EN 1983

Las dos últimas experiencias argentinas en materia de transición hacia la democracia ocurrieron en 1973 y en 1983. Desde entonces, el régimen se mantiene formalmente democrático, aunque fue sacudido por reducciones en el tiempo (no siempre constitucionales) en los períodos presidenciales, en 1989 y en 2001/2. De todos modos, los golpes militares y los gobiernos *de facto* concluyeron en diciembre de 1983.

- a) El penúltimo régimen militar se autodenominó “Revolución Argentina”, y nació el 28 de junio de 1966, removiendo al gobierno constitucional cuyo presidente era Arturo Umberto Illia.² Concluyó el 25 de mayo de 1973, con la asunción del presidente constitucional Héctor José Cámpora.
- b) El último régimen militar se autodenominó “Proceso de reorganización nacional” (vulgarmente se le llama “el proceso”), y nació el 24

² Conviene hacer la salvedad de que el presidente Illia y el Congreso fueron electos en comicios donde el partido peronista (probablemente entonces mayoritario en el país), fue proscripto, circunstancia que tiñó de ilegitimidad y de inestabilidad sistémica al nuevo gobierno. Véase sobre el tema Kruse, Hernán, *La transición política*, Buenos Aires, Depalma, 1987, pp. 121 y ss., en especial 127.

de marzo de 1976, deponiendo al gobierno constitucional encabezado por la presidenta María Isabel Martínez de Perón. Dura hasta el 10 de diciembre de 1983, oportunidad en la que asume como presidente *de jure* Raúl Ricardo Alfonsín.

III. TIPOLOGÍA DE AMBAS TRANSICIONES. VISUALIZACIÓN CONSTITUCIONAL

Tanto en 1973 como en 1983, las dos transiciones fueron de las llamadas “evolutivas”, en el sentido que concretaron el pase de un sistema autoritario, concentrado en las fuerzas armadas, hacia uno distinto, de tipo democrático-constitucional. Significaron, por ende, en principio, un supuesto de avance de desarrollo político.³

En este trabajo nos interesa detenernos, en ambas transiciones, básicamente en uno de sus aspectos, como es su dimensión constitucional. La transición, en cualquiera de sus etapas (programación, instauración y consolidación), es un proceso político complejo, que involucra básicamente actos u omisiones relativos al cambio en el poder. Una de sus manifestaciones es de tipo jurídico, ya que aquellas mutaciones, a menudo, se retratan en sustituciones de normas, constitucionales y subconstitucionales. Se dan, al respecto, situaciones singulares:

- a) Algunas veces, reglas jurídicas de nivel constitucional dictadas por el régimen saliente (“A”, *de facto* y autoritario, en nuestro caso), penetran y persisten en el nuevo sistema democrático (“B”), conservando vigencia, total o parcial, durante el mismo. Puede hablarse, en tal sentido, de una “herencia de nivel constitucional” condicionante.
- b) En otros, el aparato jurídico constitucional dictado por el régimen saliente (“A”) desaparece íntegramente cuando se instaura el nuevo (“B”).
- c) En determinadas ocasiones, el nuevo régimen (“B”), en su fase de consolidación, tiene que adoptar ciertas normas a favor de autoridades del anterior régimen saliente (“A”), a fin de salvaguardar su persistencia, como producto de un estado sistémico de necesidad.

En los casos bajo examen aparecerán episodios como los descritos.

³ Kruse, Hernán, *La transición política, cit.*, p. 127.

IV. LA TRANSICIÓN DE 1973

1. *La sanción del Estatuto Fundamental*

Nueve meses antes de concluir su gestión, el régimen militar entonces imparable dictó, por la Junta de Comandantes en Jefe de las fuerzas armadas, e invocando explícitamente el “ejercicio del Poder Constituyente”, el llamado Estatuto Fundamental, del 24 de agosto de 1972.

Se trataba de un documento interesantísimo para examinar el ejercicio *de facto* del poder constituyente. El Estatuto comienza afirmando que en ejercicio del “poder revolucionario”, la Junta de Comandantes “se ha propuesto restituir la soberanía al pueblo y asegurar una democracia representativa, auténtica y estable”. Prescribe al respecto una serie de “disposiciones temporarias” para “corregir la crisis de funcionalidad de los órganos de gobierno del Estado”, sin afectar el capítulo de declaraciones, derechos y garantías de la Constitución nacional. Y aclara que será el pueblo, en definitiva, quien decidirá sobre la suerte final del Estatuto.

Su artículo 4o., en efecto, previó un curioso y sibilino, si no kafkiano, tiempo de vigencia del Estatuto. Señalaba que debía regir hasta el 24 de mayo de 1976, pero que si una convención constituyente no decidiera acerca de su incorporación definitiva al texto constitucional, o su derogación total o parcial, antes del 25 de agosto de 1976, su vigencia quedaba prorrogada hasta el 24 de mayo de 1981.

El Estatuto Fundamental modificaba los artículos 42, 45, 46, 48, 55, 56, 67 inc. 7, 77, 81, 86 incisos 11 y 12, 87 de la Constitución nacional de 1853/60, vigente antes del golpe de Estado de 1966, y agregaba texto a los artículos 6o., 69, 71, 96 y 105. Entre otras enmiendas, establecía las siguientes: *a*) un cupo de tres senadores por cada provincia, en vez de dos, integrados por dos de la mayoría y uno de la primera minoría; *b*) duración de los senadores por períodos de cuatro años, en lugar de seis; *c*) facultad de las cámaras legislativas de autoconvocarse en sesiones ordinarias el 1o. de abril de cada año, y de disponer su prórroga por treinta días corridos; *d*) modificación del *quórum* para sesionar y votar; *e*) reducción del periodo presidencial a cuatro años, como posibilidad de una sola reelección; *f*) elección popular del presidente y vicepresidente de la nación, con *ballotage* si una fórmula no obtuviese mayoría absoluta de los votos válidos emitidos; *g*) iniciativa de las leyes de presupuesto y ministerios exclusivamente por el Poder Ejecutivo; *h*) trámite de tratamiento urgente de leyes, a requerimiento del Poder Ejecutivo. Los proyectos no rechazados por el Congreso dentro de ciertos plazos

(*v. gr.*, treinta días por cada cámara), se tendrían por aprobados fictamente; *i)* discusión y aprobación de determinados proyectos de ley por delegación de las cámaras del Congreso, en sus comisiones internas; *j)* remoción de jueces federales inferiores a la Corte Suprema, por un Jurado de Enjuiciamiento, en vez del Congreso mediante el juicio político.

¿Qué había políticamente detrás de la fachada jurídica del Estatuto Fundamental? En su discurso legitimatorio, la Junta de Comandantes justificó la reforma constitucional *de facto* en una mayor funcionalidad, representatividad, estabilidad y perfeccionamiento del sistema constitucional. En términos reales, el propósito era fortalecer al Poder Legislativo y reducir al Ejecutivo, partiendo de la conjetura de que este último podría ser ganado en las próximas elecciones donde se restauraba la democracia, por el partido justicialista (peronista), no bien visto por el gobierno militar, en tanto que, en el Congreso, el peso político de dicho partido podría no ser tan hegemónico. La programación de un tercer senador por cada provincia, asimismo, podría aminorar el vigor político del justicialismo, en el supuesto de que obtuviera triunfos electorales en las provincias: al menos, en el Senado, por cada una de ellas habría un representante de otras fuerzas políticas.

Existían, de cualquier manera, cláusulas que agilizaban el proceso político y modernizaban el anterior esquema constitucional (que provenía, como se dijo, de 1853), mediante, por ejemplo, la sanción ficta de leyes o por medio de comisiones parlamentarias. Y se sinceraba la elección del presidente, al programarla para que se realizara directamente por el pueblo, en lugar de los vetustos “colegios electorales” (o de elección presidencial de segundo grado), contemplados en la vieja Constitución preexistente.

2. *La vigencia real del Estatuto*

El retorno a la democracia, el 25 de mayo de 1973, se realizó conforme a las reglas del Estatuto Fundamental. Las nuevas autoridades fueron elegidas de acuerdo a sus prescripciones, y los poderes Ejecutivo y Legislativo se integraron según ellas. En lo demás, renacía la Constitución de 1853/60, preexistente al golpe de Estado de 1976.

Puede entonces afirmarse, de tal modo, que hubo una “herencia constitucional” del régimen militar en el régimen constitucional subsiguiente, y que las normas del Estatuto penetraron, invadieron y regularon gran parte de los actos del gobierno democrático constitucional restaurado. El firmamento constitucional, por ende, era complejo: se integraba con la Constitu-

tución de 1853/60,⁴ ahora reimplantada, y con las reglas reformatorias del Estatuto, que en principio primaban sobre las normas de la Constitución preexistente.

La transición política de 1973 no importó, pues un regreso liso y llano a la Constitución democrática cuya vigencia, parcialmente, había suspendido el golpe de Estado de 1966: al 25 de mayo de 1973, constitucionalmente, coexistían dos productos normativo-constitucionales diferentes: uno, la Constitución de 1853/60, sancionada por los “representantes del pueblo”, según decía su Preámbulo, y el otro, el *Estatuto Fundamental*, sancionado por la Junta de Comandantes en Jefe de las fuerzas armadas, operando “en ejercicio del Poder Constituyente”.

Pero en la experiencia concreta esa convivencia de poderes y productos constituyentes de tan distinta factura no fue tan simple. De hecho, a partir de mayo de 1973, algunas de las reglas del Estatuto se cumplían al pie de la letra, pero otras no. Entre las incumplidas, estaba por ejemplo la erección del “Jurado” de Enjuiciamiento de los jueces federales inferiores a la Corte Suprema, que en la práctica se efectivizaba conforme al procedimiento de remoción previsto por la Constitución de 1853/60 (mediante el “juicio político”), apartándose así del Estatuto. Otras de sus reglas, como la aprobación de leyes por comisiones parlamentarias, estaban de hecho desactivadas.

Esa llamativa y esquizofrénica aplicación, en algunos casos, y no aplicación, en otros, de las cláusulas del Estatuto (dictado por la Junta Militar, conviene recordarlo, en ejercicio del poder constituyente), no tiene explicación teórica, sino fáctica. Así, las autoridades democráticas elegidas según el Estatuto no podían —materialmente— autodestruirse y disolverse por autoconsiderarse mal constituidas (de haberse observado la Constitución de 1853/60), declaración que hubiera importado un suicidio sistémico; pero sí estaban en condiciones de inaplicar las reglas del *Estatuto* que no compartieran. Solamente quienes entienden que el derecho constitucional, además de su dimensión estrictamente normativa tiene otra, fáctica o existencial, y que ésta determina, de hecho naturalmente, a la primera, todo ello más un tercer espacio axiológico, pueden explicar con alguna argumentación tal singular e incoherente simbiosis entre las normas y las realidades.⁵

⁴ En rigor, se trataba de la Constitución nacional de 1853, con las reformas de 1860, 1866, 1898 y 1957. Con posterioridad, fue reformada en 1994. La constitución nacional de 1949 fue derogada por una “Proclama” de un régimen militar, en 1956.

⁵ Sobre la concepción tridimensional del derecho constitucional nos remitimos a Sagüés, Néstor Pedro, *Teoría de la Constitución*, Buenos Aires, Astrea, 2004, pp. 125 y ss.

V. FIN DE LA TRANSICIÓN DE 1973. EXTINCIÓN DEL ESTATUTO FUNDAMENTAL

El 24 de marzo de 1976 hubo un nuevo golpe de Estado, protagonizado por las fuerzas armadas. *El acta fijando el propósito y los objetivos básicos para el proceso de Reorganización Nacional* invocó, al respecto, la necesidad de “restituir los valores esenciales que sirven de fundamento a la conducción integral del Estado, enfatizando el sentido de moralidad, idoneidad y eficiencia”, a más de erradicar la subversión y promover el desarrollo económico de la vida nacional, a fin también “de asegurar la posterior instauración de una democracia republicana, representativa y federal”.⁶

La Junta Militar, integrada por los comandantes generales del Ejército, la Armada y la Fuerza aérea, se constituyó como “órgano supremo de la Nación”, y en explícito ejercicio del poder constituyente, sancionó el Estatuto para el Proceso de Reorganización Nacional, cuyo artículo 14 dispuso que “Los gobiernos nacional y provinciales ajustarán su acción a los objetivos básicos que fijó la Junta Militar, al presente Estatuto y a las constituciones Nacional y Provinciales en tanto no se opongan aquéllos”. Otro documento, el Acta para el Proceso de Reorganización Nacional, declaró caducos los mandatos del presidente de la nación, de los gobernadores y vicegobernadores provinciales y disolvió el Congreso nacional y las legislaturas provinciales (artículos 2o., 3o. y 4o.).

Con estas decisiones, y aunque no se lo mencionara expresamente, quedó tácitamente derogado, en silencio, sin pena ni gloria, el Estatuto Fundamental de 1972. Resulta curioso que éste, sancionado por la Junta de Comandantes en Jefe y en representación de las fuerzas armadas, que invocó el ejercicio del poder constituyente, quedara implícitamente abolido, cuatro años después, pero sin mención expresa alguna, por otro acto de las fuerzas armadas, actuando también en ejercicio del poder constituyente. Todo ello implicó, abruptamente, el aborto de la transición política iniciada en 1973.

VI. LA TRANSICIÓN POLÍTICA DE 1983

El 5 de diciembre de 1983, cinco días antes de la asunción del nuevo gobierno democrático presidido por Raúl Ricardo Alfonsín, la Junta Militar,

⁶ Esas declamatorias apelaciones a la moralidad, la idoneidad y la eficiencia resultan fuertemente paradójicas si se tiene en cuenta la metodología violatoria de los derechos humanos empleada por el régimen, o su desastrosa articulación de la “guerra de Malvinas”.

invocando una vez más de modo expreso el ejercicio del poder constituyente, resolvió autodisolverse y derogar ciertas partes del Estatuto para el proceso de reorganización nacional. Puntualizó también que el 10 de diciembre cesaría la vigencia del Estatuto, y de su reglamentación.

Esta decisión significó una diferencia fundamental, desde el punto de vista constitucional, con relación a la transición de 1973. Esta última, en efecto, “heredó” un producto constitucional (el Estatuto Fundamental), confeccionado por el régimen militar establecido en 1966, que modificaba numerosos artículos de la Constitución de 1853/60 y que regulaba aspectos importantes del comportamiento de los poderes del Estado (en particular, del Ejecutivo y del Legislativo). En verdad, esa dependencia constitucional del gobierno democrático en 1973, respecto del mencionado Estatuto, no le produjo problemas políticos de magnitud, dado que las normas del mismo no entorpecieron gravemente, por lo común, el comportamiento del gobierno constitucional; pero de todos modos, evidenciaba una suerte de vasallaje del gobierno popularmente elegido, con relación a decisiones de las anteriores autoridades *de facto*, e implicaba reconocer que éstas podían ejercer un poder constituyente propio (el militar), que obligaba, prolongándose en el tiempo, aun después de haber concluido el régimen castrense, a los nuevos gobernantes democráticamente electos.

En cambio, en 1983, el poder constituyente militar, en una especie de *hara kiri* normativo, declaró que su legislación con rango constitucional se autoextingüía para el 10 de diciembre, fecha en la que asumió el gobierno constitucional popularmente electo. Este último, entonces, entraba en acción con sus manos (constitucionalmente) libres.

En síntesis: si la transición democrática iniciada en 1973 fue *constitutionalmente condicionada* por el anterior régimen *de facto*, la de 1983 resultó *constitutionalmente incondicionada*.

Es cierto que el régimen *de facto* había dictado una ley de “autoamnistía”, 22.924, exculpatoria de los delitos cometidos por las fuerzas de seguridad durante su periodo, con motivo de la lucha antisubversiva, pero esta norma, de rango infraconstitucional, no importó obstáculo alguno para que el régimen *de jure* la derogara, por ley del Congreso.

VII. CONDICIONAMIENTOS EXTRACONSTITUCIONALES

Pero en el terreno de las realidades políticas, y en particular, en el ámbito de la política agonal (es decir, de la relación de lucha y confrontación fáctica) la transición democrática comenzada en 1983 sí tuvo serios condicionamientos,

producto, principalmente, de la necesidad de sancionar a los culpables de las violaciones a los derechos humanos perpetradas durante la llamada “guerra sucia” que envolvió al país, de modo más significativo, entre 1975 y 1980. La serie de atentados, torturas, desapariciones forzadas, secuestros de niños y ejecuciones (infinidad de ellas clandestinas) consumados por agentes estatales o paraestatales (situación que generó un terrorismo de Estado) y, en otros casos, los atentados y muertes perpetrados por grupos insurgentes armados,⁷ implicó un serio desafío, de tipo sistémico, para el régimen constitucional, a fin de encontrar soluciones judiciales y políticas adecuadas a la magnitud del tema.

Se suma a lo expuesto que en algunos sectores de las fuerzas armadas, la tradición golpista, muy presente en la historia argentina, persistía. Muchos de sus cuadros, paralelamente, entendían inaceptable que fuesen citados ante los tribunales para someterse a procesos que juzgaban impropios para quienes debieron cumplir, sin discusión, órdenes de sus superiores.

Más de tres años después de haberse iniciado el régimen democrático, esto es, ya superada su etapa de instauración, pero al parecer no concluida la de su consolidación, y encontrándose condenados por la justicia los miembros de las Juntas de Comandantes en Jefe del anterior gobierno militar (hecho que implicó un novedoso y aplaudible gesto de justicia, ante las violaciones de derechos humanos por las que fueron sentenciados), el estado de insatisfacción de miles de efectivos inferiores de las fuerzas armadas, sobre los cuales podían desarrollarse nuevos procesos judiciales, generó actitudes de rebelión que incluyeron movimientos de tropas, insubordinaciones y autoacuartelamientos en diferentes sedes militares, algunas veces bajo el rótulo de “operativo dignidad”, que hicieron eclosión en la semana santa del 15 al 17 de abril de 1987. La insurrección parecía militarmente irreprimible, y de hecho era así.

No obstante que el presidente constitucional de la nación, Raúl Ricardo Alfonsín, manifestó en el Congreso que “no hay nada que negociar”, y que “no he de hacer concesiones”,⁸ a más de afirmar ante una multitud reunida en la histórica Plaza de Mayo, Buenos Aires, después de reunirse con los militares insurrectos, que “la casa está en orden”, deseando al pueblo “buenas pascuas”, lo cierto es que fueron sancionadas por el Poder Legislativo dos leyes vitales para calmar a las fuerzas de seguridad. Una, la de “punto final” (23.492), ya aprobada a fines de 1986, establecía un término de sesenta

⁷ Véase al respecto el prólogo de *Nunca Más. Informe de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas*, 8a. ed., Buenos Aires, Eudeba, 2006, p. 11.

⁸ Cf. Vidal, Armando, *El Congreso en la trampa*, Buenos Aires, Planeta, 1996, p. 23.

días para presentar denuncias contra integrantes de las fuerzas de seguridad implicados en la violación de derechos humanos. Vencido el plazo, se extinguía la acción penal. La norma protegía también a los particulares implicados en actos de violencia. Otra, la de “obediencia debida” (23.521), eximía de responsabilidad a los agentes militares (incluso oficiales) y de fuerzas de seguridad que hubiesen actuado, en la comisión de tales delitos, cumpliendo órdenes, y salvo algunas excepciones. De hecho, eran normas de amnistía encubierta.

La sanción de estas leyes no fue tarea fácil: incluso dentro del partido oficialista existieron serias resistencias a aceptarlas, por entender que implicaban una suerte de premio de impunidad. Al aprobarse una de estas normas, un destacado legislador dijo, gráficamente, que “es hora de tragarse sapos”.⁹

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en “Camps”, consideró constitucionales a las leyes referidas, teniendo en cuenta la facultad del Congreso para regular normativamente a los delitos.¹⁰

VIII. LA CONSOLIDACIÓN, EN 2005, DE LA TRANSICIÓN INSTAURADA EN 1983

Con el tiempo, las leyes de “punto final” y “obediencia debida” registraron cada vez más cuestionamientos en la clase política. Se sumaba a ello la presión del derecho internacional de los derechos humanos: la Corte Interamericana, con sede en San José, Costa Rica, declaró en reiteradas ocasiones violatorias de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a leyes de amnistía parecidas a las argentinas 23.492 y 23.521.

Fue así que el Congreso Nacional, en 1998, esto es, ¡once años después de haberlas sancionado! las derogó por ley 24.952, y en 2003, por ley 25.739, las declaró nulas. Volver a reputar nulas, mediante una ley, a unas leyes ya derogadas por el propio Poder Legislativo, era algo jurídicamente incorrecto y anacrónico, aunque políticamente se justificaba para, al considerarlas nulas, dar efecto retroactivo a su reputación de invalidez, considerándolas prácticamente inexistentes. En ambos casos, el Congreso entendió que aquellas leyes que había sancionado en 1987, eran inconstitucionales e inconvenionales (violatorias de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o Pacto de San José de Costa Rica).

⁹ *Ibidem*, pp. 32 y ss., en p. 35.

¹⁰ Corte Suprema de Justicia de la Nación, caso “Camps”, *Fallos de la CSJN*, Buenos Aires, 1987, 310:1162.

La Corte Suprema de Justicia juzgó en 2005 (caso “Simón”), por mayoría de votos y cambiando su jurisprudencia ya mencionada en el caso “Camps”, que la ley nulificatoria 25.739 era constitucional, tanto porque las leyes 23.492 como la 23.521 eran violatorias del derecho internacional de los derechos humanos, que no admitía indultos o amnistías en delitos de lesa humanidad, como porque la declaración de nulidad del Congreso no privaba a los jueces, por ejemplo, la decisión final sobre el asunto, en torno a si esa nulificación tenía o no efectos retroactivos.¹¹

Con estas resoluciones, legislativas y judiciales, puede reputarse *consolidada* la transición democrática de 1983. El nuevo régimen republicano, desprendido ya de condicionamientos fácticos que venían del anterior gobierno *de facto* militar, podría considerarse establecido y funcionalmente operativo. Pero fueron necesarios veintidós años para que ello ocurriera.

IX. SÍNTESIS. SIMILITUDES Y DIFERENCIAS

- 1) La transición política es un proceso político más, generalmente importante, algunas veces incluso con cambio del sujeto titular del poder constituyente. Importa sustituir un régimen por otro. Y tiene tres etapas clave: programación, instauración y consolidación.
- 2) En 1973 y 1982 Argentina experimentó dos transiciones “evolutivas”: el paso de un régimen *de facto*, autoritario y militar, a uno *de jure*, democrático. En ambos casos medió un cambio del poder constituyente: de las fuerzas armadas, al pueblo.
- 3) La transición de 1973 estuvo constitucionalmente condicionada por un instrumento constitucional, el Estatuto Fundamental, dictado en 1972 por el régimen militar, invocando el ejercicio del poder constituyente. Sus normas rigieron en gran medida durante el régimen *de jure* democrático posterior.
- 4) Durante la transición de 1983, en cambio, el régimen militar no sancionó reglas constitucionales que limitaran al gobierno *de jure* democrático y que perdurasen durante el mismo; sin embargo, este último tuvo condicionamientos fácticos muy significativos, en particular para sancionar penalmente a miembros de las fuerzas armadas acusados de violaciones a los derechos humanos, perpetradas durante el periodo *de facto*. Ello motivó la sanción por el Congreso de un par

¹¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Caso “Simón”*, Buenos Aires, 2005, Fallos, 328:2056; ver también *caso “Martínez”*, Buenos Aires, 2008, Fallos, 331:1432.

de leyes de amnistía, que recién fueron derogadas y anuladas por otras leyes, sancionadas también por el Congreso, mucho tiempo después. En 2005, la Corte Suprema reputó constitucionales las normas de derogación y de nulificación. Recién entonces puede considerarse cerrada y consolidada la transición instaurada en 1983.

EL BRIGADIER FRANCISCO DE ARROYAVE Y BETETA: HOMBRE DE RAYOS Y DE LUCES (1766-1814)

Alberto SAÍD*

SUMARIO: I. *Agradecimientos y liminar.* II. *Orígenes familiares y primeros años.* III. *En Europa.* IV. *En la Nueva España.* V. *Primera fase de su vida en el bando insurgente.* VI. *Libertadores de Leona Vicario.* VII. *El Congreso de Anáhuac le otorga un nombramiento, y Rosains le forma un sumario y fusila a Arroyave en Tehuacán el 21 de diciembre de 1814.*

I. AGRADECIMIENTOS Y LIMINAR

En primer lugar manifiesto el que corresponde a mi dilecto amigo el doctor Eduardo Ferrer Mac-Gregor, pues por muchos años a pesar de ser cuatro años mayor que él, he recibido por aluvión un constante y permanente apoyo en labores de investigación. A fines de 1993 concursamos para obtener la plaza de secretario de estudio y cuenta en el Tribunal Electoral. Ambos la obtuvimos y desde entonces estamos en un diálogo incesante. Extiendo mi gratitud a todas las instituciones que patrocinan este acto académico internacional, con especial énfasis al Poder Judicial de Michoacán y su presidente el magistrado-presidente, licenciado Juan Antonio Magaña de la Mora.

La primera justificación-explicación que ofrezco para aludir al brigadier es la existencia de la calle Francisco Arroyave¹ en el fraccionamiento Leona Vicario, aquí en Morelia. No es una feliz coincidencia, tenemos fondos y lazos explicativos: su relación con José María Morelos y Pavón.

* Investigador en la Universidad Panamericana.

¹ Véase: <http://google.com.mx/maps/place/Leona+Vicario+Morelia+Mich/19.6694743-101.2149179> (fecha de consulta: 2 de octubre de 2015).

II. ORÍGENES FAMILIARES Y PRIMEROS AÑOS

Pertenece a una familia con hidalgía² probada por sus cuatro apelativos que por su orden son: de Arroyave y Beteta, Arana, Fernández de Córdoba, y Valle.

Sobre ellos, el Marqués de Vistabella, Edgar Juan Aparicio y Aparicio dejó esta constancia:

Arroyave y Beteta, Ventura de.- Originario de la ciudad de Segovia. Casó en Guatemala en 1701 con doña Petronila Fernández de Córdoba. Obtuvo certificación de armas y nobleza en 1712. Con sucesión en las familias Arroyave y Beteta, que formaron líneas distintas... *Arana, Tomás de.-* Vino de oidor de la Real Audiencia de Guatemala, y, fue alcalde de Corte. Con sucesión en

² Este asunto de las hidalgías no era baladí pues en sus tiempos no se podían ocupar puestos públicos incluidos los militares sin certificaciones de hidalgía, derivado de la condición que se llamó “limpieza de sangre”. Albert A. Sicriff señaló: “Este estudio sobre las controversias a que dieron lugar los estatutos de limpieza de sangre en España, especialmente sobre su aplicación a los conversos de origen judío, se publica ahora en castellano más de veinticinco años después de su redacción original. Como puede verse desde las primeras frases del primer capítulo, los datos que reuní para escribir el libro me impresionaron fuertemente por lo paradójico de la preocupación española respecto a los judíos y sus descendientes convertidos al cristianismo. Porque, habiendo sido España el país europeo que más luchó para ‘purificarse’ de su presencia —con motines populares, bautismos forzados, exageradas investigaciones genealógicas, inquisiciones y expulsiones—, no logró otra cosa sino perpetuar lo que tanto anheló borrar, hasta el punto de sufrir la infamia de ser tenida en Europa por una nación de judíos.

Si me sorprendió entonces lo contraproducente de las medidas empleadas en España durante tres siglos para borrar las huellas judaicas de su existencia, no me asombró luego menos ver que el propósito que no pudo lograrse en la realidad del país, sí se cumplió en la historiografía española. La extraordinaria eficacia con que los conversos fueron eliminados de ella ha sido asignada en nuestros días por Antonio Domínguez Ortiz cuando, a propósito de su primer encuentro con documentos sobre los estatutos de limpieza de sangre, declaró qué por primera vez me revelaron la importancia que en la sociedad española del Antiguo Régimen tenía una cuestión que después llegó a ser absolutamente olvidada. Y luego, describiendo el efecto que le causó su descubrimiento, ese historiador tocó, con una rectitud de percepción que por desgracia no todos han imitado al tratar este asunto, el nervio sensible de su hallazgo:

Más que como fuentes históricas me impresionaron como documentos humanos; gracias al milagro incomparable de la palabra escrita... revivían sentimientos y pasiones que parecían irrevocablemente muertos. Aquellos pliegos marchitos destilaban sangre y hiel; eran gritos de seres humanos que se revolvían con odio, con ira, contra el destino que les impónía un pecado de origen en el que su voluntad no había tenido parte. Para mí aquello era algo nuevo y desconocido; de acuerdo con las vagas y sucintas nociones que suelen correr en los manuales, creía que en la España Imperial, eliminados los judíos y moriscos, se había conseguido la perfecta unidad espiritual: *Unum ovile et unus pastor*”. En Sicriff, Albert A., *Los estatutos de limpieza de sangre, controversias entre los siglos XV y XVII*, Madrid, Taurus, 1985, p. 377.

los Arroyave, Pi y Baral y otros... *Fernández de Córdoba y Rosas, José*. Nació en el castillo de San Juan de Ulúa, Veracruz, Méjico, y pertenecía a una noble familia de Málaga. Fue general, contador de las Cajas Reales de Guatemala, alcalde mayor de las minas de Tegucigalpa y corregidor de Quetzaltenango. Casó en el año de 1671 con doña Manuela de Cevallos y Ayala, con descendencia en los de su apellido y Lara Mogobrejo, Arroyave, Ruiz de Bustamante y los Ortiz de Letona.³

Francisco Arroyave nació en Guatemala el 24 de marzo de 1766 y fue bautizado el 2 de junio de ese año por el doctor Miguel de Cilieza y Velasco. Él llegó a ser rector de la Real y Pontificia Universidad de San Carlos. Sabemos que el joven Francisco tuvo un temperamento inquieto, rijoso y agresivo en los primeros años de su vida. José Montúfar y Aparicio⁴ nos relata algunos de los pormenores de su comportamiento:

Al fallecimiento de don Diego Arroyave y Beteta, su padre, se encontró un memorial de su puño y letra, en el que dispuso que su hija María Pepa viviese con otra hija suya: Catarina de Arroyave Mencos, casada con don Ignacio Muñoz y Barba; “hasta que Dios le elija el estado [civil o religioso] que pueda tomar...”. El mismo día de fallecimiento del capitán Arroyave, María Pepa fue llevada a casa de su media hermana.

Pero la madre de María Pepa: Teresa Arana de Valle, viuda de don Diego, y madrastra de Catarina de Arroyave de Muñoz, no se conformó con esta situación, pues cuando se encontraban madre e hija, esta última apenas la miraba. Con tal razón intentó, sin conseguirlo, que los jueces le devolvieran a María Pepa. Teresa entonces decidió hacerse justicia por su propia mano; así se presentó a casa de los Muñoz Arroyave, a las nueve horas del día 18 de mayo de 1783. Iba acompañada de sus hijos Francisco (17 años) y Tomás (16 años), el primero, armado con un sable; el segundo, con un machete. A este grupo también se unió Gertrudis Arana, hermana de Teresa.

Esta “embajada” fue recibida amablemente por el dueño de la casa: Ignacio Muñoz; a pesar de ello, las Arana le espetaron la razón de su presencia: venían por María Pepa, así tuviera que ser por la fuerza. Ignacio mandó llamar al alcalde Pedro de Beltranena, a un escribano y a un vecino, e intentó cerrar la puerta principal de la casa “para evitar escándalos; y al llegar a ésta se le avanzó a forcejear con él don Francisco [Arroyave] Bete-

³ Aparicio y Aparicio, Edgar Juan, *Conquistadores de Guatemala y fundadores de familias guatemaltecas*, México, Edición del autor, pp. 35, 43 y 23 respectivamente.

⁴ Montufar Aparicio, José Manuel, “El señor licenciado don Tomas Ignacio de Arana, o el singular sino de los oidores de la Real Audiencia de Guatemala”, *Revista de la Academia Guatemalteca de Estudios Genealógicos, Heráldicos e Históricos*, Nueva Guatemala de la Asunción, núm. 9, 1987, pp. 976 y ss.

ta a quien pudo volver afuera con la ayuda de don Ignacio Gameros". El escándalo provocó la llegada de curiosos, quienes entraron en la casa Muñoz: Francisco gritaba que su tío el Alguacil Mayor los mandaba por María Pepa. Por fin se presentaron el alcalde Beltranena y los hermanos Ventura y Teresa Nájera, amigos de las Arana, gracias a su mediación en el conflicto, salieron –sin la niña– las dichas Arana y los jóvenes Arroyave. Este incidente provocó un largo expediente judicial. El joven Francisco actuó de una manera impulsiva en todo este incidente en el que blandió un sable "con empuñadura de plata".

Francisco Arroyave fue hijo de Diego de Arroyave y Beteta, alcalde mayor en Nicoya, Tegucigalpa, Sololá, Atitlán, Tecpán y Huehuetenango. Su abuelo Ventura fue alcalde ordinario de Santiago de Guatemala y teniente de capitán general y capitán de las milicias españolas. Amén de sus actividades en cargos públicos sus afanes vinculados con la ganadería y el comercio le permitieron poseer un importante capital económico. El padre de Francisco contrajo dos matrimonios, además de haber tenido una relación extramatrimonial. En total tengo registrados como su sucesión a veintiocho hijos,⁵ por esa razón creo que los cuantiosos bienes de su padre no fueron disfrutados por Francisco ante la repartición del caudal en muchas personas.

Francisco tenía sólo 15 años cuando falleció su padre. El matrimonio de sus progenitores no fue avenido. Don Diego vivía en ciudad distinta (Antigua) a la morada de su mujer y sus hijos, incluido Francisco. La madre sólo recibía tres pesos diarios para el sostentimiento de siete hijos de su matrimonio. Doña Teresa no tuvo buen carácter. Los problemas con sus hijastros y con la familia política de don Diego fueron muchos. Eso sí, a sus hijos los defendió a capa y espada. En cierta forma llegó al extremo de no querer ver los defectos y errores de sus hijos.

El joven Francisco Arroyave pleiteó en más de una ocasión. Así se formó un mal concepto de él; por ejemplo, don Marcelo de Salomón del comercio de la ciudad de Guatemala, quien declaró que el joven don Francisco Arroyave "no tenía ni aplicación ni destino que haga concebir esperanzas".⁶

III. EN EUROPA

Por causas que no nos son conocidas Francisco Arroyave decidió seguir la carrera militar y para ello emprendió un viaje a España; esto ocurrió en algún

⁵ Notas genealógicas de la familia Arroyave Beteta, por el doctor Fences Redish y Martínez, Del Sobral, Enrique, en mimeo, Archivo de Alberto Saíd.

⁶ Montufar y Aparicio, *op. cit.*, p. 981.

momento previo a 1790 (año en el que se encuentra ya en Burgos). Al tomar esa decisión —y sobre todo al ejecutarla— tal vez no supuso que jamás volvería a su Guatemala natal, ni a ver a su madre, ni a sus hermanos que fueron muchos. Es seguro que tampoco sabía que tendría un lugar en la historia de México: “Mártir laico de su independencia”. No hay registro o constancia de que Francisco haya realizado estudios universitarios como sí lo hizo su hermano Pedro, quien llegó a ser abogado.

1. *Vida militar en España*

No localizamos el expediente militar de servicios de nuestro personaje en el Archivo General Militar de Segovia. En tal repositorio lo que se haya es una licencia que como teniente del regimiento de dragones de España solicitó al rey para poderse casar, a ella aludiremos más adelante. Sabemos que fue primer subteniente del regimiento de infantería de Burgos, y que contrajo una deuda —para ayudar a sus hermanos— en Génova cuando se evadió de Francia. El empleo de alférez de dragones de España lo obtuvo hasta 1796. De cualquier forma, con los pocos datos que tenemos, podemos inferir que sus conocimientos militares no sólo fueron teóricos sino prácticos y que en algún momento se “evadió” de Francia. Estos datos no son menores pues como insurgente en la Nueva España, Francisco Arroyave es de los pocos militares independentistas que se formaron en España y que tenía experiencia militar de carácter internacional.

IV. EN LA NUEVA ESPAÑA

1. *Arribo a la Nueva España y las elecciones constitucionales en la Ciudad de México (1812)*

El 20 de marzo de 1799, el gobernador de Veracruz, García Dávila informa a don Miguel José Azanza⁷ que en el bergantín el Sandoval ha venido desde La Habana el teniente de regimiento de Nueva España don Francisco Arroyave en compañía de dos militares más. Francisco llegó a la Nueva España a los 33 años de edad, con experiencia militar como ya la hemos referido. Si califica-

⁷ Saíd, Alberto, *El caso de la familia Beteta (1653-1997)*, México, edición del autor fuera de comercio, 1998.

mos su edad con criterios modernos diremos que era un hombre joven, pero conforme a la época sin duda que el aserto no es aplicable.

En 1807 según consta en el expediente matrimonial al que he aludido,⁸ Francisco Arroyave inició un largo procedimiento donde solicitó la licencia correspondiente para casarse con doña María Ignacia Ruiz y Rivera. En principio la concedió el virrey de la Nueva España con fundamento en la Real orden del 21 de junio de 1778, pero éste a su vez pidió la aprobación real. Fue el virrey José de Iturriigaray quien concedió la primera licencia. Desde 1806 el pretendiente había entregado carta de dote por 3,000.00 pesos, a favor de su futura consorte, la citada María Ignacia Francisca Ruíz. El padre de ella había realizado en la ciudad de Puebla un engoroso trámite de información de legitimidad y limpieza de sangre. Aportó como pruebas partidas de bautizo, y otros documentos y el desahogo de testimoniales. A los testigos se les preguntó, entre otros puntos: “Si saben y les consta que así yo como mis padres y abuelos y los de mi esposa, no hemos ejercitado oficios viles ni mecánicos, ni en otros algunos que hayan hecho menos valer nuestras personas”. Otra pregunta era de este tenor: “Si saben y les consta o han oído que somos limpios de toda mala raza de moros, judíos, mulatos o de otra casta infecta”. De igual forma se pidió: “Declararan los testigos si a su familia le daban el tratamiento de nobles” y que “si saben y les consta que todos han sido españoles de solares y casas conocidas, cristianos viejos, y no de los nuevamente convertidos a nuestra santa fe católica”. Aprobada que fue la información pudo formar parte del expediente de solicitud. Francisco no presentó probanzas pues ya lo había hecho para obtener cargos en la milicia. De cualquier forma reitero que su abuelo don Ventura de Arroyave y Beteta no sólo tenía su certificación de limpidez de sangre e hidalgía,⁹ sino que ingresó en la junta de nobles linajes de Segovia en 1712.¹⁰ Por su madre pertenecía a la noble familia vizcaína de Arana y era bisnieto de un oidor de Guatemala. Finalmente, el rey otorgó la licencia para contraer matrimonio.

⁸ Sección: Expediente matrimonial, legajo A2497. Archivo General Militar de Segovia, fotocopiado en 1998.

⁹ En: A.1.29, Legajo 4694 – Exp. 40586, año de 1810. Información de Legitimidad, Hidalguía y Nobleza a favor de don Joachín Gálvez, hijo legítimo de don Mariano Gálvez Corral y doña Juana Arroyave y Beteta [esta última es nieta de don Ventura en cuyo favor expidió la certificación de 1712] Archivo General de Centroamérica y en la Biblioteca Nacional de Madrid bajo este título: Chirino y Loaysa Miguel. Escudo de Arroyave y Nieva – 11.894./ La relación la elaboró don Jesús de Madariaga y Martínez de Pinilla y fue publicada en la *Revista Hidalguía*, mayo-agosto de 1986, núms. 196-197. Número extraordinario dedicado a la ciencia genealógica, y como toda la serie es editada en Madrid.

¹⁰ Ceballos Escalera y Gila, Alfonso, *Nómina de los Caballeros recibidos en la Junta de Nobles Linajes de la ciudad de Segovia (1558-1983)*, Madrid, Hidalguía, 1983.

V. PRIMERA FASE DE SU VIDA EN EL BANDO INSURGENTE

En el mismo año de su matrimonio (1812) entró en vigor la Constitución de Cádiz, por virtud de la cual se convocó a elecciones —indirectas— para elegir a los integrantes de los ayuntamientos de la América Española. Por lo que hace a estas elecciones en Centroamérica, formó parte del primer ayuntamiento de Guatemala, fruto de una votación, el licenciado Miguel Ignacio Asturias y Arroyave, hijo de María Arroyave Beteta, media hermana de Francisco. En cuanto a la Nueva España, Francisco Arroyave Beteta resultó elegido —el 29 de noviembre de 1812— por la Parroquia de Santa Catarina Mártir,¹¹ como elector para designar el nuevo ayuntamiento de México.¹² Reiteramos que las elecciones fueron un éxito para el partido criollo independentista.

La planilla completa de electores triunfadores por parroquias (la “geografía electoral” de esos tiempos hacía coincidir a los “distritos electorales” con la circunscripción territorial de las parroquias) es:

Por el *Sagrario*, doctor José María Alcalá, canónigo; Jacobo de Villaurrutia, alcalde de la corte de la Audiencia de México; Dr. José Julio García Torres, eclesiástico; y Antonio López Matoso, abogado; por *San Miguel*, José Manuel Santorio, eclesiástico; y Carlos María Bustamante, abogado; por

¹¹ La Constitución de Cádiz fue promulgada y jurada en la Nueva España el 30 de septiembre de 1812, era virrey de estas tierras, Venegas. La Constitución fue leída por uno de los miembros del Ayuntamiento al pie de la estatua ecuestre de Carlos IV, “El Caballito” debida al arquitecto y escultor Manuel Tolsá, en aquellos ayeres ubicada en la Plaza Mayor, que cambió su nombre por el de la Plaza de la Constitución en honor a la Constitución gaditana.

“En este cuerpo legal se estableció la elección popular de electores, quienes a su vez nombrarían a las autoridades del nuevo Ayuntamiento. Los electores fueron elegidos el domingo 29 de noviembre de 1812. Según el censo de la capital debían nombrarse veinticinco electores, los candidatos americanos, muchos de ellos independentistas, fueron los triunfadores. La votación fue entusiasta, desordenada y ruidosa. El cómputo terminó a las ocho y media de la noche de aquel célebre domingo. Apenas se supo el triunfo, estalló el júbilo y alegría del “partido criollo”. Al día siguiente, se celebraron en las parroquias misas de gracias con *Té Deum*, a que asistieron los electores nombrados en cada una de ellas, colocándose en el lugar preferente. El pueblo esperaba a las puertas del *Sagrario* a don Jacobo de Villaurrutia, que era uno de los nombrados en ella, y al montar en su coche este distinguido ciudadano, la multitud quitó las mulas y tiró del carro hasta dejarlo en su casa; igual demostración se hizo al canónigo Alcalá; y a don Carlos María de Bustamante y al doctor Sartorio, electores nombrados por la Parroquia de San Miguel; se les tributaron ruidosas manifestaciones de aprecio”. *Méjico a través de los siglos*, México, Cumbre, s.f., t. V, p. 365.

Al virrey Venegas no lo hizo feliz semejante situación y persiguió o presionó a los electores. También suspendió la vigencia de la Constitución de Cádiz en materia electoral.

¹² Voz onomástica “Arroyave, Francisco”, Miguel I. Berges, José María, *Diccionario de insurgentes*, México, Porrúa, 1980.

Santa Catarina Mártir, Juan de Dios Martínez y *Francisco Arroyave*, militar; por *Santa Veracruz*, Pedro Cárdenas, abogado y Luciano Castorena, eclesiástico; por *San José*, Juan de Dios Alanís, eclesiástico y abogado; y Juan Antonio Mendoza, de igual profesión que el anterior; por *Santa Ana*, Ignacio Sánchez Hidalgo, eclesiástico, por *Santa Cruz*, Don José María Villalobos y Blas de las Fuentes; por *San Sebastián*, Manuel Víctor Texo, abogado y José Terradas, particular. Por *Santa María*, José Norzagaray, eclesiástico, por *San Pablo* Mariano Leca, eclesiástico, y Marcos Cárdenas de igual profesión. Por *Acatlán*, Francisco Galicia, ex gobernador de Indios; por el *Salto del Agua*, José María Torres, eclesiástico, y Mariano Orellana; por *Palma*, Dionisio Cano y Moc-tezuma, ex gobernador de Indios; y por *San Antonio de las Huertas*, el Conde de Jala, eclesiástico.¹³

Como se observa, otro de los electores que triunfaron fue don Carlos María Bustamante, el político, periodista, historiador y escritor que participó activamente en todos los órdenes de la vida nacional las primeras cuatro décadas del siglo XIX. Francisco trabó cercana amistad con Bustamante.¹⁴ Los electores Bustamante y Arroyave decidieron participar en la lucha armada después de los problemas que surgieron con Venegas por su triunfo electoral. Francisco fue uno de los tantos criollos que pensaron que ya no era posible continuar con la dependencia política con España, que resultaba injusta para los americanos.

Primero se fugó Bustamante a Zacatlán, de allí se dirigió a Oaxaca para reunirse con Morelos. Francisco aguardó en la Ciudad de México para auxiliar a los insurgentes a salir de esa ciudad y para informar a los “fugados de las instrucciones del gobierno”.¹⁵

Francisco Arroyave Beteta, antes de unirse a las fuerzas militares, formó parte de “Los Guadalupes”, sociedad secreta que formaron los insurgentes “no beligerantes” en varias ciudades novohispanas para prestar toda clase de auxilios a los insurgentes combatientes. El nombre de esta sociedad es una clara alusión a “La virgen de Guadalupe”, símbolo de los insurgentes y sus partidarios.¹⁶ En ella también participaron los electores Jacobo de Villaarrutia y don Carlos María de Bustamante. “Los Guadalupes”, una y otra vez, sirvieron de correos, de apoyo económico y moral a los insurgentes.

¹³ Hernandez y Dávalos, J. E., *Historia de la Guerra de Independencia en México*, México, Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana, t. IV, pp. 675 y 676.

¹⁴ Miquel I. Verges, José María, *Diccionario de los Insurgentes*, voz: Francisco Arroyave, México, Porrúa, 1980.

¹⁵ Guedea, Virginia (introducción y notas), *Prontuario de los Insurgentes*, México, UNAM, 1995, p. 10.

¹⁶ Voz “Guadalupes, Los”, *Enciclopedia de México*, México, 1977, t. 6.

Este grupo, como lo diremos inmediatamente, participó en la liberación de Leona Vicario; muchos de ellos pasaron del auxilio, al campo beligerante.

Dice Bustamante que al recibir Morelos la misiva¹⁷ donde le comunicó su ingreso a la insurgencia, la mandó archivar en el Ayuntamiento de Oaxaca “como testimonio de honor que daba un oajaqueño (*sic*) a su patria, y me respondió —en palabras del propio Bustamante— de una manera digna de la magnanimidad de su corazón, y no de mi mérito. Acompañándome el despacho de inspector de la caballería del Sur con grado de brigadier”.

Francisco Arroyave, por sus méritos personales y militares, tuvo la simpatía y apoyo de Morelos, Bustamante, del matrimonio Quintana Roo-Vicario, y del propio Congreso de Chilpancingo; pero también tuvo enemigos, algunos mortales: nos referimos al licenciado Juan N. Rosains.

Sobre sus protectores mencionamos que Morelos alguna vez escribió a Bustamante: “Siempre serán obsequiadas las propuestas de vuestra Señoría para oficiales, pero ahora no conviene remitirle los títulos, Arroyave me agrada para comandante... Acapulco, 7 de agosto de 1813”.¹⁸

La simpatía de don Andrés Quintana Roo y Leona Vicario la obtuvo Francisco al liberar a esta última de su cautiverio en el convento de Belén de las Mochas el 26 de abril de 1813.¹⁹

VI. LIBERTADORES DE LEONA VICARIO

La narración del hecho nos la ofrece Genaro García:²⁰

Como quiera que haya sido, diversos hombres comenzaron á rondar el Colegio de Belén, desde el 20 de abril, y á tomar informes de ‘por donde se entraba para el torno de arriba;’ de esos individuos, uno andaba á caballo, con ‘manta de xerga’, y otro á pie, con capa obscura, ora de color, y en la copa del sombrero, ‘dos galoncitos de plata y en el medio uno de oro, con escarapela.’ Se sabe que el día 22, eran seis los hombres que rondaban el Colegio, montados todos á caballo; uno llevaba capote; tres, mantas moradas, y dos, manta de jerga. Al siguiente día, estos mismos, armados y bajo las órdenes

¹⁷ Salado Alvarez, Victoriano, *La vida azarosa y romántica de Don Carlos María Bustamante*, México, JUS, 1968, p. 121.

¹⁸ Gueda, Virginia, “Introducción y notas”, *Prontuario de los Insurgentes*, México, UNAM, 1995, p. 102.

¹⁹ Quintana Roo, Andrés, “Declaración”, en García, Genaro, *Documentos históricos mexicanos*, México, Instituto de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana, 1985, t. V, p. 265.

²⁰ México, Gobierno del Estado de México, 1980, pp. 111 y ss. Por ser tan viva y clara la descripción se hace tan larga transcripción.

del Coronel Arroyave, se estacionaron frente al costado norte del edificio, y ‘junto á los Arcos de la Cañería,’ como á las cinco de la tarde, María Ventura Medina, que los vio allí, todavía á la hora de oraciones, se acercó á ellos, en compañía de su cuñada, pensando que pertenecían á la Acordada; pero al verlas, uno desenvainó el sable, ‘y, con ademán de darles, les dijo que se fueran para su casa, antes que las volaran de un balazo’, amenaza que obligó á las dos mujeres á alejarse á toda prisa.

Al anochecer, tres de aquellos hombres se dirigieron hacia las rejas del Colegio, y los otros tres permanecieron junto á los arcos, cuidando de los caballos. De los tres primeros, uno, alto, traía capote ó ‘capingón’ y sombrero negros y paño de sol, y dos, chaparros, usaban mantas de jerga ó rayadillo obscuro, paños de sol y botas camperas. Uno de éstos se apostó en la puerta para dar á sus compañeros la voz de alarma en caso necesario. Los otros dos penetraron en la portería, á las siete menos cuatro, precisamente cuando vieron que iban á cerrarla; pusieron á las porteras las pistolas sobre el pecho, y les dijeron que matarían á la que se moviese; uno se quedó allí vigilándolas, mientras el otro, que era sin duda el jefe, siguió para el patio y se introdujo en la pieza que habitaba Leona. Una vez dentro, cogió de un brazo á una de las señoritas Salvatierras, y le preguntó: ¿U. es?; ella contestó: no, señor, no soy yo; él volvió á decirle, porque sin duda no conocía á Leona: sí, U. es; entonces aquella señora cubrió á Leona con su cuerpo para que no la viese, pero él, asomándose por encima del hombro de la señora, preguntó á Leona: ¿U. es?, y como seguramente Leona respondió que sí, la tomó de un brazo y la sacó de la pieza, sin que bastara á impedirlo la señora que se esforzaba por detener á Leona del otro brazo, y decía á su raptor con suma congoja: ‘por amor de Dios que no se la lleve U’. Al llegar a la portería, el hombre que allí estaba se unió á su jefe. En medio de ellos, Leona salió á la calle ‘con bastante risa.’ Su extracción no había dilatado ‘ni dos minutos.’

Leona tuvo que sentir un placer inmenso cuando se vio liberada así, después de cuarenta y dos días de rigurosa prisión, por un pequeño grupo de insurgentes, que, como ella, luchaban por su patria, y á quienes desde un principio había llamado sus hermanos.

Sus salvadores la condujeron hasta los arcos; montáronla allí ‘en un caballo que llevaban á prevención;’ montaron á su vez ellos y sus compañeros en sus propios caballos; la pusieron en el centro, y violentamente partieron hacia uno de los barrios de la ciudad donde ocultaron á Leona; era imposible extraerla luego por alguna de las garitas ya cerradas.

Tampoco pudieron sacarla de la Capital durante los días siguientes, porque desde la misma noche de la evasión se dictaron órdenes severas para que se detuviera en las garitas á toda persona que no fuese ‘notoriamente conocida y de confianza,’ y para que los cabos de policía practicaran ‘las más activas y eficaces diligencias,’ á fin de averiguar el paradero de Leona...

Leona se vio obligada á permanecer oculta ‘mucho tiempo’ en la Capital; hubiera sido una temeridad loca tratar de burlar ‘la vigilancia multiplicada’ que las autoridades realistas desplegaban por reprenderla.

Pero cuando al fin esa vigilancia disminuyó un tanto, Leona salió para el Sur, custodiada por los mismo insurgentes que la habían extraído del Colegio de Belén, quienes caminaban disfrazados de arrieros y conducían un atajo de burros, cargados unos con huacales de frutas y legumbres ó con cueros de pulque, montados otros por varias mujeres, entre ellas una negra ‘haraposa,’ sentada sobre ‘dos huacales,’ que era Leona. Antes de salir así, don Luis Alconedo le dijo, al darle la pintura para que se ennegreciera: ‘Señorita, va U. á quedar horrible.’ Y ella contestó al punto: ‘No importa: aunque parezca una furia infernal, como logre contribuir á la felicidad de mi patria’.

El grupo libertador tan lleno de colorido iba mandado por el coronel don Francisco Arroyave, Teniente Coronel que había sido de los Dragones en España, y formaba parte de él don Antonio Vázquez Aldama, antiguo Sargento Mayor de las milicias de Campeche, y don Luis Alconedo, el famoso orfebre, perseguido desde 1808 por su adhesión a la causa independiente.

Fuera de la Ciudad de México los “fugados” trasladaron a Leona Viario a Oaxaca donde fue protegida por Morelos.²¹ Sobre este hecho se informó al ministro de la Gobernación de Ultramar, el 31 de mayo de 1813: “Ahora acaba de decirse que se ha marchado el elector don Francisco Arroyave, y antes lo verificó el licenciado don Carlos María de Bustamante, otro de los electores”.²²

En 1814²³ fue comisionado por el Congreso para hacer un reconocimiento del Fuerte de Acapulco, el informe fue desfavorable,²⁴ por ello, el mencionado Congreso que apreció el dictamen de Francisco mandó a Acapulco a Liceaga (quien fue firmante de la primera Acta de Independencia), con total autoridad para disponer de los medios de defensa de aquella plaza.

Acudimos a la autoridad de don Carlos María Bustamante²⁵ para ilustrarnos sobre esta comisión:

²¹ Sosa, Francisco, *Biografías de Mexicanos Distinguidos*, México, Porrúa, 1985, p. 636.

²² Torre, Ernesto de la, *Los Guadalupes y la Independencia*, México, Porrúa, 1995, p. 39.

²³ Miguel I. Verges, José María, *op. cit.*, p. 52

²⁴ Guedea, *op. cit.*, pp. 438 y 439.

²⁵ *Cuadro histórico de la Revolución mexicana de 1810*, México, Fondo de Cultura Económica, 1984, t. III, p. 7.

El 3 de enero de 1814, Patricio Fernández Girales decía a Morelos: “Mañana pasan los señores Arroyave e Irrigaray al Veladero para transar su fortificación, y en caso que sea preciso, que sea el refugio de esta miserable guarnición”. Finalmente Morelos dictó un bando el 26 de enero de ese año en el que anunció el abandono de Acapulco. En Lemoine, Ernesto.

Desde principios de este mes [enero de 1814] el Congreso mandó a Vázquez, que en unión de D. Francisco Arroyave, marchasen a Acapulco e hiciesen un reconocimiento exacto del estado de esa fortaleza y de su fuerza, motiva esta resolución al hallarse Armijo a las orillas de Mescala, amagando con penetrar a aquél rumbo. En breve regresaron ambos oficiales diciendo al Congreso que en el Castillo no había víveres ni municiones bastantes para una defensa, pues aquéllos se habían consumido, y éstas se las había llevado Morelos a Valladolid. Que la guarnición estaba descontenta con la moneda de cobre que le era pagada, y que el intendente Ayala cuanto les vendía era por dinero en plata, que casi había desaparecido.

VII. EL CONGRESO DE ANÁHUAC LE OTORGA UN NOMBRAMIENTO, Y ROSAINS LE FORMA UN SUMARIO Y FUSILA A ARROYAVE EN TEHUACÁN EL 21 DE DICIEMBRE DE 1814

El clímax de la carrera independentista de Francisco, fue paradójicamente la causa de su muerte. Nos explicamos: para julio de 1814 las diferencias entre López Rayón y Rosains eran muchas, por ello el Congreso decidió que Francisco Arroyave tomara el mando de las fuerzas de Puebla. Rosains decía de Rayón:

Él con sus confidentes se descara, ya propagando que el Congreso se compone de locos, delincuentes e ignorantes, servilmente adheridos al despotismo del Sr. Morelos: y por este tenor irá de día en día discurriendo nuevos embusteros ardides, fraguados en el conciliáculo de los Bustamantes, de los Aguilares, los Arroyo, los Pérez, los Vázquez y Arroyave, como que todos se habían soñado unos régulos, y ven sus esperanzas frustradas, fórmán entre sí horribles conciertos que ponen en disonancia la agradable armonía del orden y la subordinación.²⁶

Esta fractura en el grupo de independentistas, mucho preocupaba a sus líderes, Bustamante, por ejemplo, le pidió a Rosains que no pusiera por escrito, en misivas, sus desavenencias con Rayón: “Nuestras diferencias —decía don Carlos María— jamás deben anunciarse por escrito porque pueden caer las cartas en manos del enemigo y aumentar su regocijo en mengua nuestra y perjuicio de la Nación”.²⁷ Por su parte, Morelos recriminó a Ra-

Morelos, su vida revolucionaria a través de sus escritos y de otros testimonios de la época, México, UNAM, 1991.

²⁶ Hernández y Dávalos, J. E., *op. cit.*, t. I. p. 886.

²⁷ Hernández y Dávalos, J. E., *op. cit.*, t. V. p. 319.

yón sobre los conflictos de este último con otros líderes independentistas: “Quiera Dios no siga el cáncer, que es lo que desea el enemigo”.²⁸

Francisco fue a Zacatlán para encontrarse con ellos, los contendientes Rosains y Rayón;²⁹ sin embargo, sólo se reunió con el primero, y la orden del Congreso fue desobedecida.³⁰

El 14 de julio, Pedro de Bermeo le escribió a Rayón:³¹

Excelentísimo señor: Han sido muy desagradables a su Majestad las desavenencias de vuestra excelencia con Rosains, por eso su Majestad ha comisionado al licenciado José Sabino Crespo y don Carlos María Bustamante para que procedan a sumariar al dicho Rosains entre tanto le suspende del ejercicio de sus facultades, sustituyendo en su lugar al brigadier don Francisco Arroyave, para la provincia de Puebla... Tripatío, 24 de julio de 1814.

Rosains se negó a entregar el mando a Arroyave, además ordenó su aprehensión y le inició “una sumaria” para juzgarle. Francisco Arroyave se encontraba en San José de Ixtapa y preso fue conducido a Tehuacán.

El delito que Rosains le imputó fue “el de intrigas en su contra para quitarle el mando”, se le olvidó a Rosains que Francisco traía órdenes del Congreso para sustituirlo en el mando y que este último lo procuró vencer “ya que no podía con razones, con la astucia y con la fuerza, como todo comisionado lo hace en tal caso”.³²

Bernardo María de Portas, teniente coronel del Regimiento de Infantería de Orizaba, inició el “proceso” en contra del brigadier Arroyave el 18 de noviembre de 1814.³³

La primera declaración la rindió el teniente coronel Ignacio Luna. Manifestó que Arroyave le había dicho que había sido tratado mal por Rosains

²⁸ Gonzalez y Gonzalez, Luis, *La magia de la Nueva España*, México, Clio-Consejo Nacional de la Cultura y las Artes, 1995, p. 177.

²⁹ Oyarzabal (secretario de Rayón) anotó en su *Diario de Operaciones Militares*, el 25 de agosto de 1814: “Llegó el brigadier don Francisco Arroyabe con las contestaciones de Tlalpujahua. Vino comisionado por el Congreso para la comandancia general de Puebla... sustituyendo ambos al delincuente Rosains”, en Rayon, Ignacio hijo et al., *La independencia según M. Ignacio Rayón*, México, SEP, 1985, p. 204.

³⁰ Paula Arrangoiz, Francisco de, *México desde 1808 hasta 1867*, México, Porrúa, 1985, p. 138.

³¹ Guedea, *op. cit.*, p. 167.

³² Bustamante, *op. cit.*, t. III, p. 58.

³³ Todos los documentos de la sumaria fueron consultados en Hernández y Dávalos, J. E., *Historia de la Guerra de Independencia de México*, México, Instituto de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana, 1985, t. V, pp. 756 y ss. El original lo custodia el Archivo General de la Nación, del que tiene en mano copia el autor del presente escrito.

y que con tal razón se quejaría con el Supremo Congreso; siguió el testimonio de Felipe Calderón, dueño de la Hacienda del Carnero, quien no hizo acusaciones graves en contra de Arroyave; el tercer testigo fue don José María Bustamante que relacionó a las fuerzas de Arroyo con el brigadier Arroyave, quien —según su dicho— venía a tomar el mando de las armas de esa plaza por orden del general Rayón; el cuarto testimonio lo ofreció Antonio Goradiano Bolaños, su declaración fue inocua. La prueba “confesional” a cargo de Francisco Arroyave, efectuada el 2 de diciembre de 1814, fue del siguiente tenor:

Dijo ser natural de Guatemala, a vecindado en México antes de salir a la insurrección, de cuarenta y cinco años (en realidad cuarenta y ocho años), católico y Brigadier del Ejército Americano y que aunque había recibido una carta de Rosains en la que le ofrecía la seguridad de su persona, no le dio posesión del cargo que le había fiado el Congreso. También explicó que estuvo en Zácatlán con el general Rayón pero que no se concertó ningún plan en contra de Rosains y que no conocía al Sr. Arroyo. Insistió en que Rosains no le entregó el mando que le correspondía. Francisco de Arroyave y Beteta externó que el “Lic. Argüelles le regaló una camisa y un chaleco porque ya se lo comían los piojos... y que habiendo salido con tal indigencia de Tehuacán que tuvo que vender por [medio de] uno de sus asistentes, una capa de grana”.

No negó haber ofrecido a Rayón —tras su derrota en Zácatlán— asilo en la fortaleza de Tehuacán. Tampoco negó haber conferenciado con el coronel Terán para ganarlo a su bando. Después desmintió afirmaciones que Luna le imputaba: todo este enredo tenía mucho de chismes. No aceptó haber recibido orden del Congreso para matar a Rayón o Rosains.

Pero el 10 de diciembre de ese año cae en manos de Rosains esta carta que Arroyave dirigió al intendente de Puebla, el 18 de octubre:

Ayer a las cuatro de la mañana logré evadirme de Tehuacán donde me tenía en clase de arresto el pérrido Rosains, de resultas de haberle presentado el título de Comandante General de la Provincia de Puebla que con fecha once de agosto último tuvo a bien conferirme el Supremo Congreso Gubernativo, dicho título no ha tenido de Rosains su debido cumplimiento, oponiéndose enteramente al cumplimiento de las disposiciones de S.M. cuya rebeldía aviso a V. S. para que como uno de los principales jefes de la provincia nos asociemos y tratemos de ver como se le corta la cabeza a este monstruo, por quien tanto daño está resintiendo la patria.

Yo soy del parecer de que V.S. me dé a reconocer por comandante de la Provincia en todos los pueblos y haciendas y comandancias de armas de la

jurisdicción, haciendo ver la rebeldía de Rosains, y para cuando llegue el caso darle un golpe con las armas; cuento con las de Arrollo, Luna, Montiel y otros individuos que procuraré atraer al Partido de la Justicia.

Rosains, atropellando a la Jurisdicción de V. S. ha nombrado subdelegado de la jurisdicción de Tecamachalco como V. S. verá por la adjunta.

Dios guarde a V. S. muchos años. Ixtapa 18 de octubre 1814.

La misiva fue la sentencia de muerte para Arroyave, pues al conocerla, sin esperar resolución del “Tribunal”, Rosains ordenó el fusilamiento de Francisco, que se produjo el 21 de diciembre de 1814, en la “Palma del Terror”, lugar favorito del mencionado Rosains, para realizar ejecuciones, en el Cerro del Colorado. En su personalísimo estilo Bustamante comparó “la Palma del Terror con la guillotina en tiempos de Robespierre³⁴ que provocó *la cólera y el anatema del cielo*”.

Así, Rosains —en palabras de Carlos María Bustamante— se convirtió “de reo presunto, en agresor muy criminal del que por órdenes Superiores venía [Arroyave Beteta] a relevarte del mando”.³⁵

En febrero del año siguiente, el licenciado Bustamante lloró la muerte de Arroyave, y apersonado en Tehuacán mandó decir unas misas en el Calvario, por el alma de Francisco, eso le valió que Rosains lo arrestara, por fortuna Bustamante pudo fugarse de Tehuacán³⁶ quien temió por su vida dado el macabro gusto de fusilar del licenciado Rosains.

El Congreso amonestó a Rosains por la muerte de Arroyave, quien siempre adujo que Francisco fue un español antindependentista.³⁷

Bustamante³⁸ el abogado, político, escritor, diputado, periodista y firmando del Acta de Independencia de México, dejó estas palabras en honor de Francisco de Arroyave y Beteta:

Cuando hablé del descubrimiento del Cerro Colorado por el mariscal Co-
rrera, manifesté... las ventajas de este local, que habrían sido mayores si hu-
biera servido de asilo de la libertad. ¡Oh; si en él se hubiesen acogido todos
los americanos perseguidos!, ¡si donde se veía con espanto la llamada ‘Palma
del Terror’ por las ejecuciones multiplicadas allí se hubiese plantado el árbol
de la libertad!... Los extranjeros le visitarían en nuestros días entusiasmados,

³⁴ Cuadro Histórico..., cit., t. III, p. 416

³⁵ La Constitución de Apatzingán, México, Impresos Editoriales, 1960, pp. 68 y 69.

³⁶ Bustamante, Carlos María, 1816, México, Impresos Editoriales, S. A., 1961, p. 50.

³⁷ Alamán, Lucas, Historia de México, desde los primeros momentos que prepararon su independencia en 1808 hasta la época presente, México, Fondo de Cultura Económica, 1985, t. IV, pp. 196 y ss.

³⁸ Bustamante, 1816, cit., pp. 61 y 62.

y le rendirían un homenaje de gratitud, tributo que tarde o temprano reciben los seres benéficos, por el contrario, todos se estremecen al contemplar que en él fue inmolado el brigadier Arroyave, oficial que renunció a una fortuna brillante en el Palacio del virrey Venegas; que con mano fuerte arrancó de las garras de la tiranía a la célebre Doña Leona Vicario, extrayéndola del colegio de Belén; que por el abandono de su familia por seguir la causa de la libertad, desoyendo la voz de su esposa y de sus hijos [?], mereció el aprecio de los buenos; y finalmente, que destinado por el Congreso a relevar a Rosains³⁹ de su puesto como ejecutor de sus mandatos, era digno cuando no de ser obedecido, a lo menos de ser conservado; pero ¡ay! Que tal vez esta suerte tan injusta como indigna de aquel hombre servirá para que las generaciones sucesivas lo admiren, y registren su nombre en el ilustre catálogo de los verdaderos mártires de la libertad mexicana. Suspiro último de Arroyave, ¡tú te haces oír ahora en el fondo de mi alma!, recibe este recuerdo, ora por desagravio, ora por testimonio de mi constante amistad ¡subiste al Cielo sin la nota de traidor, y con tu sangre se sellaron eternamente tus servicios a la patria!

Años después, Rosains sería fusilado⁴⁰... cumpliéndose así el proverbio que dice: “El que a hierro mata, a hierro muere”.

³⁹ Juan Nepomuceno Rosains, el antagonista de Francisco Arroyave Beteta y Arana, ha sido tratado por los historiadores Bustamante, Alamán, Dromundo y Arrangoiz como una de las figuras más obscuras del bando de independentistas.

⁴⁰ Rosains abandonó la insurgencia; solicitó y obtuvo su indulto, él que había llegado a ser “el segundo de abordo” de Morelos. Pagó con su fusilamiento —efectuado en Puebla el 27 de septiembre de 1830— el haber conspirado en contra del general Anastacio Bustamante.

ACCESO CIUDADANO A LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL ESPECIALIZADA

Jorge SILVERO SALGUEIRO*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Desarrollo constitucional conceptual e histórico.* III. *Acceso a la jurisdicción en el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad.* IV. *Reflexiones finales.*

I. INTRODUCCIÓN

En primer lugar, quisiera agradecer a los organizadores en la persona del licenciado Juan Antonio Magaña de la Mora, magistrado presidente del Supremo Tribunal de Justicia del Poder Judicial de Michoacán. Es para mi un honor participar en este magnífico Congreso y una gran satisfacción estar en Morelia, esta ilustre ciudad a la cual siento un poco mía pues es Patrimonio de la Humanidad. Así que mi deber también es cuidarla. Quisiera saludar especialmente al juez de la Corte Interamericana, doctor Eduardo Ferrer, dado que gracias a su iniciativa estamos hoy aquí presentes. Su capacidad *multitasking*, como juez y académico es encomiable. Asimismo, es un gusto enorme compartir esta mesa con tan distinguidos colegas.

El panel que se inicia esta mañana trata sobre “Acciones de Inconstitucionalidad y Controversias Constitucionales”, que son dos de las acciones procesales que entre otras como el amparo, el hábeas corpus y el hábeas data son conocidas en México y Latinoamérica como garantías constitucionales, cuya función general es restablecer el orden constitucional en caso de que haya sido infringido. Tanto la “inconstitucionalidad” como la “controversia” tienen la característica que se inician ante la Suprema Corte de Justicia y que entre los sujetos legitimados para presentarla no se encuentran

* Jurista paraguayo, LL.M. (Heidelberg). Ex investigador visitante en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Miembro del New York City Bar Association.

los ciudadanos. Esto es entendible, pues ambas acciones tratan problemas suscitados al interior del Estado entre sus diversos organismos de gobierno. Si una minoría calificada de diputados federales en México tiene dudas acerca de la constitucionalidad de una ley aprobada por la mayoría puede acudir a la Suprema Corte de Justicia gracias a que tiene abierta la vía de la acción de inconstitucionalidad. O en su caso, si una entidad federativa por medio de su gobernador entiende que una norma oficial emitida por el Poder Ejecutivo mexicano no cumple con aquello que la Constitución estableció en materia de distribución de competencias puede presentarse ante la Suprema Corte de Justicia en busca de justicia para sus pretensiones. Estos casos, entre otros, revelan que claramente los organismos de gobierno sean locales, estatales o federales cuentan con un acceso directo a una jurisdicción constitucional especializada, entendida esta como el ámbito jurisdiccional reservado en exclusividad para dirimir conflictos de constitucionalidad.

La pregunta que surge es: ¿los ciudadanos también podrían tener el privilegio de acceder a una jurisdicción constitucional especializada? El planteamiento es relevante no por un mero acrecentamiento de privilegios ciudadanos sino porque una jurisdicción constitucional especializada está en mejores condiciones de optimizar una protección eficiente y eficaz de derechos humanos. En efecto, si se tiene en consideración que es en esta jurisdicción donde con autoridad y en forma última y definitiva se expresa lo que la Constitución garantiza, entonces, es aquí donde se libra la batalla final y decisiva sobre los derechos de las personas.

Quienes desde la máxima jurisdicción asumen el rol de defensores de la Constitución deberían, asimismo, consagrar gran parte de sus funciones a la defensa de los derechos de los ciudadanos, o mejor dicho, de toda persona humana. En este sentido, los ciudadanos tendrían que tener en sus manos el derecho de acceso a la jurisdicción constitucional especializada; por ejemplo, un caso paradigmático en México sobre ponderación y concretización de derechos humanos es *La Jornada vs. Letras Libres*¹ donde estaban en juego el derecho al honor *vs.* la libertad de expresión que recayó en la Corte Suprema de Justicia porque la misma ejerció su facultad de atracción, la cual queda a su discreción sin que las partes tuvieran derecho alguno a acceder a la máxima instancia jurisdiccional. Este derecho a ser oído por

¹ Amparo directo 28/2010, véase: Decisiones relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, núm. 68, *Libertad de expresión y de imprenta. Caso La Jornada vs. Letras Libres*, México, 2013, disponible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3584-decisiones-relevantes-de-la-suprema-corte-de-justicia-de-la-nacion-num-68-libertad-de-expresion-y-de-imprenta-caso-la-jornada-vs-letras-libres>.

jueces constitucionales especializados si bien no es considerado irrestricto y, por supuesto, está sujeto al cumplimiento de requisitos procesales previos, no deja de cobrar sentido que sea incorporado sobre todo cuando en el contexto político de fortalecer la democracia lo relevante para los ciudadanos es que desde una jurisprudencia constitucional fluya una teoría de derechos fundamentales que explique el contenido, alcance y límites de sus derechos. El acceso a la jurisdicción es una pieza clave del acceso a la justicia, la cual es entendida como “una de las condiciones para profundizar en la democratización de la sociedad mexicana y en la vigencia del Estado de derecho”.²

Mi ponencia reflexionará sobre los obstáculos y las posibilidades del acceso ciudadano a la jurisdicción constitucional especializada. Para ello ahondaremos primeramente en una breve evolución histórica de cómo se van desarrollando las Constituciones desde un ámbito jurisdiccional. Seguidamente, señalaremos algunas incidencias de relevancia del acceso a la jurisdicción en los sistemas de control constitucional y convencional a fin de demostrar el empuje que puede tener el accionar ciudadano en el fortalecimiento de mejores sistemas constitucionales. Posteriormente, concluiremos con unas reflexiones donde desde ya se puede adelantar que la pretensión final del trabajo es favorecer un debate sobre la apertura de la jurisdicción constitucional especializada a las personas a fin de hacer realidad una Constitución de los derechos humanos.

II. DESARROLLO CONSTITUCIONAL CONCEPTUAL E HISTÓRICO

En términos conceptuales, es conveniente recordar la forma en que operan las Constituciones, dado que ello nos dará información de la forma en cómo funcionan para lograr su cometido de realización de derechos. Así, por un lado, las Constituciones consagran derechos, pero esta idea de declarar, de enumerar derechos por sí sola no es suficiente para lograr la vigencia de los mismos. Por eso, por el otro lado, las Constituciones contienen un sistema de protección de derechos, como las garantías constitucionales citadas, pues los derechos deben ser reparados en caso que sean conculcados. En el mismo sentido, las Constituciones establecen competencias y atribuciones entre los diversos organismos de gobierno componentes del sistema federal y político, y en caso de conflictos les garantizan acciones procesales para atender sus reclamos. Por tanto, las Constituciones prevén conflictos sobre sus normas,

² Fix Fierro, Héctor y López Ayllón, Sergio, “El acceso a la justicia en México. Una reflexión multidisciplinaria”, en Valadés, Diego y Gutiérrez Rivas, Rodrigo (coords.), *Justicia. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 2001, p. 135.

por dicho motivo en forma precavida establecen, además, vías jurisdiccionales para la solución de dichos conflictos constitucionales. En eso consiste el Estado de derecho —en una de sus múltiples facetas—, en atender conforme a derecho los conflictos acerca de la Constitución en el ámbito institucional jurisdiccional previsto para ello. Todo ello partiendo de la concepción fundamental de que la Constitución del Estado de derecho es una Constitución jurídica, no política, que desarrolla toda su fuerza normativa vinculando de modo expreso y directo a cualquier instancia de gobierno y a cualquier sujeto, individual o jurídico.³

En términos históricos, cuando México en 1994 reformó su Constitución para introducir la acción de inconstitucionalidad en su ordenamiento jurídico fue un momento transcendental porque de esa manera la Suprema Corte de Justicia de México se diferenció de su antiguo modelo referencial: la Corte Suprema de Estados Unidos, y empezó a asemejarse al tribunal constitucional alemán, entre otros tribunales constitucionales europeos. El modelo de justicia había cambiado en aquella oportunidad, pues no se trataba de la introducción de una mera acción procesal más, sino de incorporar un control abstracto de constitucionalidad que no requería de un caso concreto. Ello significó que no se necesitaba llegar hasta la aplicación de la ley considerada inconstitucional y que produjera un perjuicio o daño, sino que su sola publicación enervaba a la Constitución y, en consecuencia, los actores legitimados para ello podían demandar su inconstitucionalidad. De esta forma, se fortalecía el sistema de defensa de la Constitución. México se decidió en aquel entonces por sumarse a esa distinción que es propia de los Tribunales constitucionales europeos, y de la cual carece la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, instancia que requiere siempre de un caso concreto para tratar temas de inconstitucionalidad. México, además, afianzó este camino cuando en 1996 le dio la oportunidad a los partidos políticos de demandar la inconstitucionalidad de leyes electorales. Posteriormente, en 2006 cuando se decidió otorgar a la Comisión Nacional de Derechos Humanos la posibilidad de impugnar leyes que consideraba inconstitucionales en materia de derechos humanos. Por tanto, en esos años, el control de constitucionalidad estaba indiscutiblemente de moda.

México contaba entonces, con una Constitución soberana y una Suprema Corte de Justicia, que sin abandonar su antiguo rol de máxima Corte

³ “En nuestro país la Constitución no es ya sólo un documento de carácter político, sino una norma jurídica vinculante”, sentencia del 17 de junio de 2009, Amparo directo en revisión 2044/2008, Suprema Corte de Justicia de México, Primera Sala, véase: *Diálogo Jurisprudencial*, México, julio-diciembre de 2008, p. 229.

de Justicia en materia de legalidad asumía uno nuevo, el de defensor de la Constitución en una jurisdicción especializada y exclusiva, y que era y es la última instancia en materia constitucional. En todo esto fue decisiva la ampliación del acceso a la jurisdicción constitucional por medio de nuevas acciones procesales.

Pero faltaba todavía un cambio importante, y México también lo realizó. En 2011 se produjo la reforma constitucional más significativa pues se adoptó en la Constitución un concepto de derechos humanos acorde al derecho internacional de los derechos humanos. Atrás quedó el concepto de “garantías individuales” y sólo de fuente jurídica nacional. Ahora los mexicanos y las mexicanas, ya sin cuestionamientos cuentan con derechos humanos de fuente nacional, regional y universal, que pueden hacer valer ante sus propias jurisdicciones nacionales. En teoría, y si las cosas funcionan bien, no se necesitaría llegar hasta una corte internacional, pues cualquier juez mexicano podría reparar los derechos humanos que en su caso se hubieran violados. En términos técnicos, se denomina “control de convencionalidad” a este mecanismo que conecta lo mejor de dos mundos, los derechos compartidos regionalmente en el sistema americano y su aplicación local, nacional, ahí donde las personas tienen su juez natural.

Entonces, el derecho procesal constitucional ha evolucionado de una manera increíble en los últimos 25 años. Si bien, aquí sólo señalamos breves etapas mexicanas pero también otros países latinoamericanos comparten esta evolución caracterizada por el fortalecimiento del sistema de control de constitucionalidad y la adopción del control de convencionalidad en su modalidad interna, realizada por los jueces nacionales. Pero, ante esta realidad surgen algunas cuestiones: ¿estos dos sistemas de control, el de constitucionalidad y el de convencionalidad, están bien acoplados? ¿Se complementan sin mayores dificultades? ¿Qué más necesitan las Constituciones para su defensa y los ciudadanos para su protección de derechos? ¿Se requieren acaso nuevas acciones procesales o, sencillamente, mejorar las existentes para adaptarlas al mejor funcionamiento de ambos sistemas de control? ¿Hasta aquí llegó la evolución del derecho procesal constitucional? ¿Es el fin de los tiempos con el estado actual de ambos sistemas de control? ¿Y de manera gloriosa?

III. ACCESO A LA JURISDICCIÓN EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Una primera respuesta, espontánea e intuitiva, a las cuestiones anteriores es que queda mucho camino por andar. Pienso que si bien, ambos sistemas de

control tratan cosas aparentemente diferentes, el uno sustentado y referido a la Constitución, el otro enfocándose en la Convención Americana de Derechos Humanos, en los demás tratados regionales sobre dicha materia, y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el fondo están muy unidos pues en ambos sistemas de control, constitucional o de convencionalidad, se podrían lograr la vigencia y reparación de un mismo derecho, aunque ajustados a sus particularidades y requisitos procesales.

Asimismo, al control de constitucionalidad lo caracteriza que se desenvuelve en el ámbito de sus propias acciones procesales contempladas en una Constitución con sujetos determinados que gozan de legitimidad para iniciar esas acciones y materias concretas y seleccionadas sobre las cuales se dirimen los conflictos constitucionales. Mientras tanto, el control de convencionalidad se aplica en cualquier proceso, constitucional o legal, vale decir que no es propio y exclusivo de un proceso o de un grupo determinado de procesos judiciales. En ese sentido, el control de convencionalidad tiene la característica que permea a todo tipo de procesos judiciales, actuales y aun a los que se introdujeran en el futuro, pues lo que el control de convencionalidad reclama es que, ahí donde haya una persona, un proceso y un juez siempre se respeten los derechos humanos de esta persona. Por ello, el punto principal y fundamental es: ¿cómo una persona humana accede a un juez? Pues ése es el momento decisivo, la oportunidad final que la persona tiene en un Estado de derecho para reclamar la vigencia y reparación de su derecho que considere está siendo conculado. Y si las vías procesales para acceder a una jurisdicción están resentidas, el control de constitucionalidad y de convencionalidad pierden en eficacia.

Sin embargo, el hecho de que el sistema de control de constitucionalidad es absolutamente dependiente de las acciones procesales destinadas a ese fin, hace que este sistema sea más sensible a deterioros en el acceso a la jurisdicción constitucional, como veremos más abajo en el caso mexicano de amparo contra leyes. Si bien cabe destacar que el juicio de amparo sufrió importantes transformaciones con la reforma constitucional mexicana de 2011 y la promulgación de una nueva Ley de Amparo en 2013 a fin de adecuarlo al nuevo paradigma constitucional vigente de derechos humanos quedaría pendiente la evaluación de si la misma no quedó atrapada en cuestiones de legalidad antes de servir como un medio altamente idóneo en materia de reparación de derechos constitucionales conculcados.

En términos comparados, en Alemania, la Constitución de Bonn contempla una acción procesal denominada *Verfassungsbeschwerden*, reclamo o queja de constitucionalidad en una traducción literal, pero técnicamente es una acción de inconstitucionalidad dada a los ciudadanos para ejercer la

defensa de sus derechos ante el tribunal constitucional. Basta que el ciudadano alegue que le violaron sus derechos constitucionales y que cumpla con los requisitos procesales, esto es, que agote las vías procesales que en su caso tenga a su disposición. Vale decir, los alemanes tienen un derecho de acceso a una jurisdicción constitucional especializada. El Tribunal Constitucional alemán recibe por año alrededor de 6,000 demandas de constitucionalidad, para ser precisos, en 2014 recibió 6,606. Esta cifra representa el 96% de todos los casos que trata al año. Además, el 65% de estas demandas de constitucionalidad se tramitan y finalizan en un año, el 21% en dos años y el 7 % llega a cuatro años. Los datos están en la página de Internet del tribunal citado.⁴ Conviene decir que con estas estadísticas de su labor, se puede expresar que el Tribunal Constitucional alemán se ocupa mayormente de los ciudadanos y de sus derechos, ahí invierten su tiempo y sus recursos, debatiendo la mejor forma de realización de los derechos constitucionales. Por ello, tampoco es casualidad que dicho tribunal sea una de las instituciones más prestigiosas de su país.⁵

Entonces, a mi entender, cualquier sistema de control de constitucionalidad y de convencionalidad debe ser optimizado en ese sentido, a favor de los ciudadanos y sus derechos. Recientemente, un ciudadano austriaco demandó a Facebook en Irlanda, donde esta compañía norteamericana tiene su sede para Europa, porque entendió que Facebook no le garantizaba la protección y privacidad de sus datos, pues la compañía supuestamente compartía estos datos con el gobierno americano. El caso llegó hasta el Tribunal de Justicia Europeo con sede en Luxemburgo que le dio la razón al ciudadano austriaco y obligó a la Unión Europea a que negocie un nuevo acuerdo de privacidad y protección de datos con Estados Unidos y consideró a este país como un “puerto inseguro” en la comunicación de datos. El ciudadano austriaco basó su demanda en las revelaciones de Edward Snowden acerca de Facebook y de otras compañías que colaboraron con el programa de espionaje Prism de la Agencia de Seguridad Nacional (NSA) de Estados Unidos.⁶

⁴ Véase las estadísticas del Tribunal Constitucional alemán, disponible en: <http://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Verfahren/Jahresstatistiken/Archiv/Archiv.html>.

⁵ Asimismo una de las obras alemanas más difundidas en Iberoamérica es la *Teoría de los derechos fundamentales* de Robert Alexy referida a los derechos de la Constitución de Bonn, pero haciendo hincapié que “lo que hoy son los derechos fundamentales es definido, principalmente, sobre la base de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal”, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 23.

⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de octubre de 2015 en el asunto C-362/14 (Schrems).

Este es un claro ejemplo del poder de las acciones individuales en manos de los ciudadanos. Se agradece el fortalecimiento del control de control de constitucionalidad y de convencionalidad, pero también se agradece que los ciudadanos tengan siempre una vía idónea para reclamar aquello que ellos sienten que está mal y afecta sus derechos.

En el caso mexicano si preguntamos: ¿cuál es la acción procesal que tienen las personas para demandar la inconstitucionalidad de una norma? Tendríamos que la primera respuesta es el así denominado “amparo contra leyes”; sin embargo, en la propia literatura mexicana sobre el tema se encuentran cuestionamientos a su eficacia. Justamente, el colega y amigo Rubén Sánchez Gil, en especial, denuncia que “abstrusos conceptos”⁷ como el de interés jurídico aplicados en ese juicio obstaculizan el buen desempeño de la acción. Entre otras cosas se refiere, además, a:

La irreflexiva aplicación del criterio de “individualización (in)condicionada” [que] en el campo del amparo, en el mejor de los casos ha ocasionado incertidumbre sobre la naturaleza autoaplicativa o heteroaplicativa de una norma general, y con ello sobre la procedencia de su impugnación mediante el juicio de amparo (y la controversia constitucional en su caso); y en el peor [de los casos], produce la indefensión del gobernado.⁸

Sánchez Gil entiende que en el amparo contra leyes existen problemas que:

Obstaculizan a los gobernados el acceso a la justicia constitucional; en segundo término, y pese a las limitantes del juicio de amparo en este aspecto, impiden depurar el ordenamiento jurídico mediante la señalización y/o eliminación de disposiciones contrarias a la ley fundamental. Estos motivos bastan, en nuestra opinión, para reconsiderar el criterio de “individualización (in) condicionada” en sus actuales términos.⁹

Sánchez Gil sigue enunciado otros problemas para luego concluir que:

Tal situación constituye un importante obstáculo al derecho fundamental de acceso a la justicia constitucional, tutelado por los artículos 17 de la ley suprema, y 2, 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos,

⁷ Sánchez Gil, Rubén, “La aplicabilidad de normas generales y su impugnación en amparo”, en González Oropeza, Manuel y Ferrer Mac Gregor, Eduardo, *El juicio de amparo. A 160 años de la primera sentencia*, México, UNAM, 2011, p. 396.

⁸ *Ibidem*, p. 370.

⁹ *Idem*.

además de los que específicamente prevén el juicio de amparo. Ello obstaculiza la posibilidad de que los justiciables puedan plantear efectivamente una acción constitucional contra una norma general.¹⁰

Dicho de otro modo, pareciera que en el amparo contra leyes el debate judicial gira mayormente sobre la aplicación de la ley y, no tanto, sobre la violación del derecho, entonces, el debate no estaría centrado en defender los derechos de los ciudadanos, lo cual tendría que ser la tarea principal en el juicio. Asimismo, las objeciones procesales hacen de esta acción una vía accidentada y llena de obstáculos para acceder a la jurisdicción. En el mismo sentido, Jaime Cárdenas considera: “Si queremos que el amparo proteja efectivamente a los derechos fundamentales y la supremacía de la Constitución estamos obligados a ampliar los supuestos del interés legítimo y simple y, reducir los supuestos del interés jurídico”.¹¹

Por eso, estimo que el desarrollo de las garantías constitucionales en México pasa por la mejora de ese tipo de amparo y que en términos funcionales se convierta más en una acción de inconstitucionalidad, como la alemana, acción que abre la justicia constitucional a los ciudadanos simplemente con expresar: “Me violaron mi derecho constitucional y fue de ésta forma”.¹²

Por otro lado, cabría preguntarse qué tanto acceso tienen las personas a la Suprema Corte de Justicia, no en su calidad de máximo tribunal en lo civil, penal, etcétera, sino a la Suprema Corte de Justicia en su calidad de tribunal constitucional. Si bien se podría decir que hay varias formas procesales de acceder, quisiera llamar la atención sobre una de ellas: la facultad de atracción, que fue introducida con la reforma constitucional de 1987/88. Esta facultad es técnicamente un auto de avocación. Es similar a la petición de *certiorari* de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, pues depende de la Corte si la ejerce o no, es discrecional. En ese sentido, no garantiza a las personas un acceso a la jurisdicción constitucional especializada. En Estados Unidos la Corte Suprema de Justicia recibe un promedio de 10,000 peticiones de *certiorari* por año, pero sólo alrededor de 80 casos son seleccionados.

¹⁰ *Ibidem*, p. 390.

¹¹ Cárdenas, Jaime, “La nueva Ley de Amparo”, *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 29, julio-diciembre de 2013, p. 386.

¹² Véase el artículo 93 de la Ley Fundamental de Bonn: “Competencia del Tribunal constitucional alemán: 4a. sobre los recursos de amparo que pueden ser interpuestos por toda persona que se crea lesionada por el poder público en uno de sus derechos fundamentales o en uno de sus derechos contenidos en los artículos 20, apartado 4, 33, 38, 101, 103 y 104”.

nados por la Corte para darle trámite y dictar sentencia.¹³ La alta selectividad de los casos no favorece a que importantes demandas sobre derechos constitucionales sean atendidos. En ese sentido, es un contraste enorme con el tribunal constitucional alemán mucho más abierto a las personas.

En materia de acceso a la jurisdicción constitucional especializada el sistema interamericano de derechos humanos cuenta con un caso de relevancia. En *Castañeda vs. México*¹⁴ la Corte Interamericana resolvió que el Estado mexicano violó en perjuicio del señor Jorge Castañeda Gutman, el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, no concediéndole al demandante, sin embargo, violación alguna a su derecho político a ser elegido reconocido en el artículo 23.1.b de la Convención Americana, que era la primera y principal demanda del actor. Lo notable fue que esta condena al Estado mexicano ocurrió a pesar de que las autoridades actuaron con base en la legalidad existente, sin aparente arbitrariedad ni abuso. El problema entonces no estuvo en negar a un ciudadano un derecho político, sino en que el sistema de constitucionalidad no contemplaba un acceso procesal, una vía adecuada para que el ciudadano discutiera ante jueces constitucionales lo que él consideraba era una violación a un derecho constitucional, que terminó no siendo.

Los antecedentes judiciales del caso en México muestran el contraste que pese a que el señor Castañeda recorrió una serie de instancias judiciales y su caso llegó hasta la máxima instancia, la Suprema Corte de Justicia, sin embargo, aún así el Estado mexicano le violó su derecho a la protección judicial del artículo 25 de la Convención Americana citado. Esto se explica porque en todas las instancias judiciales el debate se centró en la legalidad, si las autoridades violaron algún precepto normativo, y no tanto en atender el reclamo de inconstitucionalidad que el demandante estaba haciendo sobre la legalidad existente. El sistema procesal no estaba preparado para ello. He aquí el recuento de pasos jurisdiccionales.

Solicitud de inscripción. El 5 de marzo de 2004 el señor Castañeda presentó al Consejo General del Instituto Federal Electoral (IFE) una solicitud de inscripción como candidato independiente al cargo de presidente de los Estados Unidos Mexicanos para las elecciones del 2 de julio de 2006.

Rechazo de la solicitud. Mediante escrito del 11 de marzo de 2004, notificado al día siguiente, la Dirección Ejecutiva de Prerrogativas y Partidos Políticos, Dirección de Partidos Políticos y Financiamiento del IFE, informó

¹³ Véase: <https://www.supremecourt.gov/publicinfo/year-end/2014/year-endreport.pdf>.

¹⁴ Sentencia del 6 de agosto de 2008, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.gfm?nId_Ficha=298.

al señor Castañeda Gutman que “no [era] posible atender su petición en los términos solicitados”. Como fundamento de dicha decisión, el IFE citó, entre otras disposiciones, el artículo 175 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales (Cofipe) que establece que “corresponde únicamente a los partidos políticos nacionales el derecho de solicitar el registro de candidatos a cargos de elección popular”.

Presentación de amparo. Contra dicho pronunciamiento del Instituto Federal Electoral, el señor Castañeda presentó el 29 de marzo de 2004 una demanda de amparo ante el Juzgado Séptimo de Distrito en Materia Administrativa del Distrito Federal.

Declaración de improcedencia del amparo. El 16 de julio de 2004 el Juzgado Séptimo de Distrito en Materia Administrativa del Distrito Federal resolvió declarar improcedente el juicio de amparo interpuesto por la presunta víctima en virtud de:

La improcedencia constitucional que se deriva del 105 Constitucional, fracción II, párrafo tercero, [que] establece... que la única vía para plantear la no conformidad de las leyes electorales a la Constitución es la acción de inconstitucionalidad; disposición que... guarda armonía con la improcedencia legal contenida en el artículo 73, fracción VII, de la Ley de Amparo.

Recurso de revisión. El 2 de agosto de 2004 el señor Castañeda Gutman interpuso un recurso de revisión contra la decisión del Juzgado Séptimo. Como dicho recurso planteaba cuestiones legales y constitucionales, el Décimo Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, al que correspondió el conocimiento del recurso, resolvió mediante sentencia del 11 de noviembre de 2004 las cuestiones legales y planteó que la Suprema Corte de Justicia ejerciera su facultad de atracción sobre las cuestiones constitucionales.

Improcedencia del amparo en revisión. Los días 8 y 16 de agosto de 2005 el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación confirmó la sentencia recurrida y resolvió declarar improcedente el amparo en revisión respecto de los artículos 175, 176, 177, párrafo 1, inciso e, y 178 del Cofipe, cuya constitucionalidad cuestionaba la presunta víctima, sin entrar a analizar el fondo de la cuestión.

Agotados los recursos judiciales en México, el señor Castañeda recurrió al sistema interamericano de protección de derechos humanos siendo acogida su petición por la Comisión Interamericana que decidió llevar su caso ante la Corte Interamericana.

Así, el 21 de marzo de 2007, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 51 y 61 de la Convención Americana, la Comisión Interamericana

de Derechos Humanos sometió a la Corte una demanda en contra de los Estados Unidos Mexicanos, la cual se originó en la petición presentada el 12 de octubre de 2005 por Jorge Castañeda Gutman. Según indicó la Comisión, la demanda “2. se relaciona con la inexistencia en el ámbito interno de un recurso sencillo y efectivo para el reclamo de la constitucionalidad de los derechos políticos y el consecuente impedimento para que el señor Jorge Castañeda Gutman... inscribiera su candidatura independiente a la Presidencia de México”¹⁵ para las elecciones que se celebraron en julio de 2006.

Entre los hechos traídos al proceso interamericano se observa que:

115. La Comisión [Interamericana] señaló que el fundamento del acto administrativo del IFE por el que se rechazó la inscripción de la presunta víctima era la aplicación del artículo 175 del COFIPE, por lo que la única forma de declarar la inaplicabilidad de dicho artículo al caso concreto era mediante el examen de su constitucionalidad. Es decir para declarar inaplicable dicho artículo al caso particular era preciso considerarlo contrario a la Constitución. Sin embargo, el sistema legal mexicano no contemplaba un mecanismo para que los particulares como el señor Castañeda Gutman pudieran realizar cuestionamientos constitucionales de las leyes electorales. Según la Comisión, la decisión negativa de la Suprema Corte sobre el amparo cerró de manera definitiva la aspiración de la presunta víctima a una determinación oportuna de sus derechos [El número inicial marca el párrafo de la sentencia citada].

Por su parte, a la hora de resolver el caso entre las consideraciones que la Corte Interamericana realizó cobra relevancia este comentario sobre las vías procesales que estaban a disposición del demandante:

107. En el presente caso, la presunta víctima reclamó una violación a su derecho político de ser elegido, en virtud de que una ley de carácter electoral imponía como requisito para ser candidato el ser postulado por un partido político. La Corte deberá determinar si el juicio de protección [de derechos políticos-electorales] era un recurso accesible para la presunta víctima. Como se observó, el amparo era un recurso improcedente en razón de la materia (*supra* párr. 91) y por otra parte la acción de inconstitucionalidad tampoco estaba disponible para una persona particular como el señor Castañeda Gutman, ya que se trata de un recurso extraordinario limitado, entre otros aspectos, en su legitimación activa (*infra* párr. 128).

De ahí que la Corte Interamericana concluyó:

¹⁵ Véase, párrafo 2 de la sentencia del 6 de agosto de 2008.

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 ineffectividad del juicio de protección [de derechos político-electorales] 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 lo 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.

Cabe observar que si bien el Estado mexicano actuó rápidamente y antes de que concluyera el proceso ante la Corte Interamericana y se dictara sentencia procedió a realizar una reforma del artículo 99 de la Constitución en el año 2007 permitiendo que las salas del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación tengan competencia en declarar la inaplicabilidad de leyes electorales contrarias a la Constitución con efecto al caso concreto.¹⁶ De esta forma, la sola interposición de una demanda en sede jurisdiccional interamericana ya motivó un debate constitucional al respecto y dio pie a una reforma constitucional.

Finalmente, la Corte Interamericana entre sus puntos resolutivos decidió:

6. El Estado debe, en un plazo razonable, 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 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, en los términos de los párrafos 227 a 231 de la presente Sentencia.

IV. REFLEXIONES FINALES

Las reformas constitucionales de los años noventa y primera década de este siglo se caracterizaron por mejorar el control de constitucionalidad ponien-

¹⁶ Véase la reforma constitucional de 2007 al artículo 99 en materia electoral, disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_art.htm.

do en el centro la defensa de la Constitución, eso fue así tanto en México como en Latinoamérica; sin embargo, en México las acciones procesales que se introdujeron o se perfeccionaron con ese fin estuvieron mayormente relacionadas con entidades de gobierno, grupos parlamentarios o partidos políticos. Por tanto, la facultad de activar judicialmente la defensa de la Constitución no recayó mayormente en los ciudadanos según el diseño de dichas reformas, salvo aquellas iniciativas dadas a la Comisión Nacional de Derechos Humanos. Detrás de estos cambios estaba la idea de la necesidad de transformar la Suprema Corte de Justicia mexicana y convertirla en un tribunal constitucional a fin de que actuara como árbitro en las disputas de poder dejando siempre a salvo la supremacía de la Constitución en dicha tarea. Con ello, todo resabio de autoritarismo decaería y así se contribuiría a consolidar la democracia. En esa línea el presidente de la Suprema Corte de Justicia, Guillermo Ortiz Mayagoitia, destacaba que “la relación causal entre la jurisdicción constitucional y la consolidación de la democracia” era un núcleo central de estudio, donde había que entender “en qué medida y de qué forma los tribunales constitucionales inciden en la consolidación de la democracia de un país”.¹⁷

Ahora bien, en años recientes la evolución del control de constitucionalidad está poniendo en el centro la defensa de los derechos humanos. Basta recordar la reforma constitucional mexicana de 2011 en esa materia, como un hito histórico que obliga a todas las autoridades en el ámbito de sus competencias a garantizar la protección de los derechos humanos. A ello se suma la adopción del control de convencionalidad que refuerza la idea de que los reclamos de violación de derechos deben ser atendidos prioritariamente, ahí en la instancia jurisdiccional donde ocurra. Todo esto plantea que el siguiente paso en la reforma del derecho procesal constitucional sea revisar y fortalecer el acceso ciudadano a la jurisdicción constitucional especializada a fin de mantener activa la tendencia por una vigencia plena de los derechos humanos. Evidentemente, se puede consagrar un derecho de acceso a una jurisdicción constitucional especializada o mejorar los existentes, aunque le corresponderá al derecho procesal constitucional arbitrar los medios, donde cumpliendo ciertos requisitos la máxima instancia jurisdiccional esté a disposición de las personas.

En ese sentido, sería un cambio fundamental en el rol de una Corte Suprema de Justicia en su calidad de tribunal constitucional que ocupe la mayor parte de su tiempo en atender los reclamos de los ciudadanos sobre

¹⁷ Ortiz Mayagoitia, Guillermo, “Presentación”, en Suprema Corte de Justicia, *Tribunales constitucionales y consolidación de la democracia*, México, 2007, pp. X y XI.

derechos humanos, de esa forma la democracia a consolidar sería una democracia de derechos humanos poniendo en el centro el respeto a los derechos de cada persona humana.¹⁸

¹⁸ Definitivamente, después de su gran obra *Tribunales constitucionales y consolidación de la democracia*, a la Suprema Corte de justicia de México le faltaría una que podría titularse “Tribunales constitucionales y derechos humanos”, donde se asiente una teoría de derechos humanos basada en la jurisprudencia constitucional.

EL SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTICIA.
UN ACERCAMIENTO A SU REGULACIÓN
Y A LA CONCEPCIÓN DE LA JUSTICIA EN EL DECRETO
CONSTITUCIONAL PARA LA LIBERTAD
DE LA AMÉRICA ESPAÑOLA

Elisa SPECKMAN GUERRA*

SUMARIO: I. *Las leyes que regían a la justicia.* II. *Las facultades del tribunal.* III. *La integración del tribunal.* IV. *Reflexiones finales.*

En este trabajo analizaré la regulación del tribunal que se instaló en Ario de Rosales, en la Intendencia de Valladolid, el 7 de marzo de 1815 para funcionar, en diferentes sedes, hasta diciembre del mismo año.¹

El Supremo Tribunal de Justicia fue creado por los constituyentes reunidos en Apatzingán, para comprender su carácter es preciso considerar también las prevenciones en torno a la justicia contenidas en el ordenamiento. Tres capítulos atañen al tribunal y, en general, a la justicia: el XVII que, como su nombre lo indica, se refiere a las leyes que debían observarse en la administración de justicia; el capítulo XV, que como también lo indica su nombre, contempla las facultades del Supremo Tribunal de Justicia, y el XIV, que contiene las disposiciones relativas a la integración del tribunal.

Además de estudiar dichos artículos en forma conjunta, creo importante analizarlos a la luz de la cultura jurídica y de las prácticas judiciales de

* Instituto de Investigaciones Históricas de la UNAM, e Instituto Nacional de Ciencias Penales.

¹ Sesión, por ejemplo, en Santa Clara del Cobre, Pátzcuaro, Uruapan, Puruándiro, Panandícuaro, Huetamo o Malacatepec. González Oropeza, Manuel, “Importancia jurídica y política de la Constitución de Apatzingán. Base fundamental de la justicia, la igualdad y la representatividad en México”, en Báez Silva, Carlos y Enríquez Perea, Alberto (coords.), *La Constitución de Apatzingán y la libertad de la América mexicana*, México, TEPJF-UNAM, 2016, p. 60.

la época. Ello permitirá valorar tanto las novedades como los alcances del tribunal que hace 200 años fuera creado.

I. LAS LEYES QUE REGÍAN A LA JUSTICIA

El capítulo XVII del Decreto Constitucional para la Libertad de la América Española, referido a las leyes que deberían regir la administración de justicia, contiene un solo artículo (211), que establece:

“Mientras que la Soberanía de la Nación forma el cuerpo de leyes que han de sustituir a las antiguas, permanecerán éstas en todo su rigor, a excepción de las que por el presente y otros decretos anteriores se hayan derogado, y de las que en adelante se derogaren”.

Del artículo se desprenden cuatro puntos que considero esenciales:

- 1) La vinculación entre soberanía y nación o la idea de que la soberanía recae en la nación (en singular).
- 2) La idea de que a esta Nación le corresponde formar el cuerpo de leyes.
- 3) La idea de que este nuevo cuerpo de leyes debería sustituir a las leyes anteriores (es significativo el punto de la sustitución, aunque también resulta revelador que cuando se vislumbra el futuro se use el concepto de cuerpo de leyes en singular y para el pasado se hable de leyes en plural).
- 4) La contemplación de una etapa de transición o de un periodo en que las leyes antiguas conservarían su vigencia en tanto se expediera el cuerpo de leyes formado por la nación, así como la advertencia sobre la existencia de leyes mexicanas que para ese año ya habían dejado sin vigencia a normas hispanas.

Los cuatro puntos responden a una visión de la sociedad y del orden jurídico que puede denominarse como moderna o liberal y que resulta diferente a la que entonces prevalecía, es decir, a la concepción tradicional o propia de un Estado jurisdiccional. Y, junto con los artículos que a continuación mencionaremos y, en general, al ordenamiento en su conjunto, abrieron en México una etapa de convivencia entre dos diferentes órdenes jurídicos.

En la concepción tradicional, no se consideraba que el hombre constituyera su entorno político o social, su misión era preservar un orden de

creación divino.² El monarca no era entendido como un supremo legislador, sino como un supremo juez, que como a todo juez le correspondía otorgar a cada uno lo que le pertenecía en este orden preexistente e integrado por cuerpos diferentes y que, por tanto, ocupaban un diverso lugar y cumplían una distinta misión en la sociedad.³ De ahí que no se pensara en la igualdad jurídica ni en el hecho de que todos los individuos deberían recibir un trato similar ante la justicia, sino que se aceptara la coexistencia de derechos, con legitimidades y contenidos disímiles, sin que existiera entre ellos un orden de prelación ni una lógica de sustitución. Si bien los monarcas, sobre todo los borbones, buscaron que el derecho real estuviera por encima de otros derechos (común, eclesiástico, derechos locales), no pretendieron que éste fuera exclusivo y el pluralismo normativo subsistió hasta el triunfo de las revoluciones liberales (incluyendo en ellas a las independencias americanas).⁴ Hasta entonces los jueces contaban con un amplio margen de arbitrio, pues debían elegir entre estos y otros derechos no escritos la norma que consideraran más propicia para resolver el conflicto que se les presentaba.⁵

En la Ilustración estas premisas cambiaron. Con base en la idea del contrato social, se presumió la posibilidad de los hombres de constituir un orden político y social y a los asociados se les entendió como iguales entre sí y como poseedores de idénticos derechos. Por ende, se consideró que en ellos recaía la soberanía. Y se partió de la idea de que la voluntad del conjunto se expresa a través de la ley, que debe regir la actuación de los actores sociales, incluyendo a los jueces.⁶

² Hespanha, Antonio Manuel, *Cultura jurídica europea. Síntesis de un milenio*, Madrid, Tecnos, 2002, pp. 59 y 62, y Aguero, Alejandro, “Las categorías básicas de la cultura jurisdiccional”, en Lorente Sariñena, Marta (coord.), *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870*, Madrid, 2006, p. 25.

³ Aguero, *op. cit.*, pp. 26 y 28-31; Garriga, Carlos, “Orden jurídico y poder político en el Antiguo Régimen”, *Istor*, año IV, num. 16, primavera de 2004, pp. 36-37; Hespanha, *op. cit.*, p. 64; Grossi, *Mitología jurídica de la modernidad*, Madrid, Trotta, 2003, p. 31, y Mannori, Luca y Sordi, Bernardo, “Justicia y administración”, en Fioravanti, Maurizio (ed.), *El Estado moderno en Europa*, Madrid, Trotta, 2004, p. 68.

⁴ Fioravanti, Maurizio, “Estado y Constitución”, en Fioravanti, Maurizio (ed.), *El Estado moderno en Europa*, *cit.*, pp. 17-22; Garriga, *op. cit.*, pp. 34-35; Grossi, *op. cit.*, pp. 24-29; Mannori y Sordi, *op. cit.*, p. 69.

⁵ Alonso Romero, María Paz, “Las reglas de juego: herencia procesal y constitucionalismo”, en Lorente Sariñena, Marta (coord.), *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870*, Madrid, 2006, p. 215; Aguero, *op. cit.*, p. 47, y Bravo Lira, “Arbitrio judicial y legalismo. Juez y derecho en Europa continental y en Iberoamérica antes y después de la codificación”, *Revista de Historia del Derecho Ricardo Levene*, núm. 28, 1991.

⁶ Fioravanti, *op. cit.*, pp. 23-27; García Ramírez, Sergio, *Los reformadores. Beccaria, Howard*

Los hombres que vivieron la independencia de México y que participaron en la redacción de la Constitución de Apatzingán nacieron en la Nueva España, aprendieron e incluso comenzaron a ejercer dentro de este orden jurídico plural; sin embargo, el artículo 211 y otros artículos del documento constitucional redactado en 1814 dan cuenta de la lógica ilustrada. En los artículos primero y segundo los constituyentes de Apatzingán caracterizan a la soberanía como “imprescriptible, inajenable, e indivisible” y la definen como “la facultad de dictar leyes y de establecer la forma de gobierno que más convengan a los intereses de la sociedad”. Para después, como ya se dijo, depositarla en la nación y, en consecuencia, considerar que a la nación le corresponde crear las leyes que la rigen (artículo 211).

Por otra parte, los constituyentes partieron de la división del ejercicio del poder en tres ramas —Ejecutivo, Legislativo y Judicial—. Víctor Gayol sostiene que, como resultado de esta separación, surgió “un órgano encargado exclusivamente de lo judicial”, lo cual vislumbra como sumamente innovador.⁷ José Barragán y Barragán agrega: el Supremo Tribunal de Justicia es una pieza fundamental de la teoría de la división del poder en la organización del Estado moderno.⁸

Ahora bien, respetando el modelo francés, en esta división de tareas los diputados de Apatzingán le otorgaron un lugar privilegiado al Poder Legislativo.⁹ “La buena ley es superior a todo hombre”, escribió José María Morelos en Los Sentimientos de la Nación o en los puntos que redactó para ser leídos en la apertura del Congreso Constituyente. En concordancia con esta aseveración, los diputados reunidos en Apatzingán justificaron esta superioridad al considerar a la legislación como “expresión de la voluntad general en orden a la felicidad común” (artículo 18). Existiendo una voluntad

y el derecho penal ilustrado, México, México, Tirant lo Blanch-UNAM-Inacipe, 2014, pp. 53-55 y 67-69, y Hespanha, *op. cit.*, pp. 42-46.

⁷ Gayol, Víctor, “El Decreto constitucional de Apatzingán y la administración de justicia insurgente”, en *Bicentenario de la Constitución de Apatzingán 1814- 2014*, México, Senado de la República-Quinta Chilla ediciones, 2014, p. 164.

⁸ Barragán Barragán, José, “Importancia del Supremo Tribunal de Justicia en la Constitución de Apatzingán”, *El Supremo Tribunal de Justicia para la América Mexicana. A 200 años de su instalación*, México, SCJN, 2015, p. 127.

⁹ En el predominio del Poder Legislativo sobre el Poder Judicial insisten Josafat Cortez Salinas y Ricardo Hernández Montes de Oca, quienes consideran que lo anterior reducía el margen de actuación del Supremo Tribunal de Justicia, convirtiéndolo en órgano revisor de sentencias y dejándolo fuera de la posibilidad de controlar la constitucionalidad, tarea que se depositó en el Supremo Congreso Mexicano. (“Visión del Supremo Tribunal de Justicia y el control de constitucionalidad en la Constitución de Apatzingán en 1814”, en Báez Silva, Carlos y Enríquez Perea, Alberto (coords.), *La Constitución de Apatzingán y la libertad de la América mexicana, cit.*).

general expresada en un cuerpo de leyes (en singular), ya no tuvieron cabida otros derechos (en plural) y el primero, expedido por la nación-Estado, derogó al resto.¹⁰ Lo anterior significa que los jueces deberían “administrar” justicia exclusivamente con base en la legislación (como se enuncia explícitamente en los artículos 21 y 31 del decreto constitucional).

Sin embargo, como lo señalé en el cuarto de los puntos a los que me referí al inicio de este inciso, el pluralismo normativo o el pluralismo de derechos se sustituyó al iniciar la vida independiente por un pluralismo legislativo o por un pluralismo de leyes. Como se puede leer en el ya mencionado artículo 211 de la Constitución de Apatzingán, se determinó que las antiguas leyes conservarían su vigencia mientras no fueran derogadas por el cuerpo de leyes expedido por la nación. Por tanto, para regular los aspectos no contemplados por los legisladores mexicanos, subsistían los cuerpos hispanos. Este principio se reafirmó repetidamente. Como ejemplo, una norma legal dictada en 1837 y referida directamente a la organización de los tribunales y las bases de la impartición de justicia, que dispuso que los jueces debían ajustarse a las leyes constitucionales y a la propia ley de 1837, pero en lo que éstas leyes no contemplaban podían observar las normas que previamente existían, específicamente, antes de la Constitución de 1824.¹¹

Por ende, al conducir el proceso y al dictar sentencia los jueces debían atender lo dictado por el Decreto Constitucional de 1814 y otras leyes expedidas a partir del estallido de la Independencia, pero en los puntos no contemplados por estos ordenamientos debían recurrir a cuerpos hispanos. Esta situación se extendió por casi medio siglo, pues la codificación fue tardía y solamente los códigos pudieron completar el periodo de sustitución del derecho vigente en la etapa virreinal.¹²

En consecuencia, en los primeros 50 años de vida independiente, convivieron dos órdenes jurídicos, el tradicional y el moderno o liberal, y por supuesto, las instituciones y prácticas judiciales que de ellos derivan. La configuración del Supremo Tribunal de Justicia y sus atribuciones se tiñen de este tono de convivencia.

¹⁰ Fioravanti, *op. cit.*, p. 24; Grossi, *op. cit.*, pp. 34 y 44, y Arenal, Jaime del, *El derecho en Occidente*, México, El Colegio de México, 2016, pp. 167 y 168.

¹¹ Ley sobre arreglo provisional de la administración de justicia en los tribunales y juzgados del fuero común, 23 de mayo de 1837, artículo 145.

¹² Como sostiene María del Refugio González, con la promulgación de los códigos terminó el periodo de transición en su sentido amplio, entendido como la modificación y transformación de un modo de ver el derecho, iniciada en el siglo XVIII y que sobrevivió a la Independencia. *El derecho civil en México (Apuntes para su estudio)*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1988, pp. 115-137.

II. LAS FACULTADES DEL TRIBUNAL

El Supremo Tribunal de Justicia se inserta en este contexto legislativo y cultural. Sus facultades están contempladas en el capítulo XV del Decreto Constitucional para la Libertad de la América Española, que le encarga:

- 1) La resolución de conflictos o juicios derivados de la actuación de altos empleados y funcionarios públicos:
 - Juicios de residencia de empleados públicos.
 - Causas que involucraban a altos funcionarios (secretarios del Supremo Gobierno, generales de división, intendente general de Hacienda, entre otros).
- 2) La resolución de conflictos derivados de competencias, decisiones judiciales o actuación de funcionarios judiciales:
 - Recursos de fuerza de los tribunales eclesiásticos.
 - Problemas por la determinación de competencias entre tribunales.
 - Juicios de funcionarios del propio tribunal supremo (fiscales y secretarios).
 - Deposición de empleados públicos.
- 3) La revisión de sentencias dictadas por tribunales de primera instancia:
 - Revisión de sentencias de muerte o destierro.
 - Resolución en segunda o tercera instancia de causas civiles y criminales.

Me parece importante referirme de forma más amplia a dos asuntos: el recurso de fuerza y la revisión de las sentencias de primera instancia.

El recurso de fuerza se vincula con la delimitación de jurisdicciones y la subsistencia de fueros; por tanto, con el tema de la igualdad jurídica. En un bando dictado en 1810 y después en Los Sentimientos de la Nación, José María Morelos se refirió a la abolición de la esclavitud y de las castas o diferencias por nacimiento. En el mismo sentido, los constituyentes de Apatzingán establecieron: “La ley debe ser igual para todos, pues su objeto no es otro que arreglar el modo con que los ciudadanos deben conducirse en las ocasiones en que la razón exija que se guíen por esta regla común” (artículo 19); sin embargo, no eliminaron fueros o tribunales especiales. Contemplaron la existencia de tribunales eclesiásticos y el nombramiento de jueces eclesiásticos encargados de conocer las faltas criminales y civiles cometidas

por miembros del clero (artículo 209). Hicieron lo mismo que dos años antes habían hecho los constituyentes de Cádiz y lo que harían los constituyentes mexicanos reunidos en 1824 y 1836, a saber, contemplaron la existencia de un solo fuero para negocios civiles y criminales, pero preservaron los fueros eclesiástico y militar. En otras palabras, incluyeron la igualdad por nacimiento, pero no la igualdad jurídica, que hubiera exigido terminar con los derechos especiales. El hecho de respetar el fuero y los tribunales eclesiásticos significaba lo siguiente: los miembros del clero eran juzgados por sus propios tribunales aun cuando cometieran un delito común, y los civiles podían ser procesados por tribunales eclesiásticos si cometían delitos contra la fe.

Sin embargo, los constituyentes de Apatzingán determinaron que, en tanto se consumara la Independencia, los jueces eclesiásticos serían nombrados por el Supremo Gobierno (artículo 211). Asimismo, la preservación del recurso de fuerza, encargado al Supremo Tribunal de Justicia, da cuenta del esfuerzo por colocar a la jurisdicción estatal por encima de la eclesiástica y por proteger a los civiles de posibles abusos cometidos por autoridades y jueces eclesiásticos. Dicho recurso estaba pensado para evitar irregularidades cometidas por los jueces, entre ellas: que conocieran causas que no les correspondían, que en el proceso desvirtuaran leyes o costumbres, o que no accedieran a peticiones del litigante.¹³ En este orden de ideas, también resulta interesante lo previsto por José María Morelos en el Reglamento del Congreso: los miembros del clero regular y secular serían juzgados por sus respectivos prelados, pero con la posibilidad de apelación al Poder Judicial del Estado.¹⁴ Por ende, si bien los constituyentes de Apatzingán conservaron los fueros eclesiástico y militar, avanzaron hacia la igualdad jurídica y buscaron reafirmar la jurisdicción estatal.

También resulta interesante analizar la función que le confiaron al Supremo Tribunal de Justicia al conocer en segunda o tercera instancia las causas civiles o criminales. Lo primero que hay que señalar es que los dipu-

¹³ Lira, Andrés, “Jurisdicción eclesiástica y potestad pública en México, 1812-1860”, en Casas, Juan Carlos y Mijangos, Pablo (editores), *Por una Iglesia libre en un mundo liberal: la obra y los tiempos de Clemente de Jesús Munguía, primer arzobispo de Michoacán*, México, Universidad Pontificia de México-El Colegio de Michoacán (en prensa), pp. 2-3, 7 y 9; y “Administrar justicia sin constitución. Continuidades e innovaciones bajo la dictadura de Santa Anna, 1853-1855”, *Los caminos de la justicia en México, 1810-2010*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010, pp. 128-130.

¹⁴ Herrejón, Carlos, “La administración de justicia en la insurgencia antes del Supremo Tribunal”, *El Supremo Tribunal de Justicia para la América Mexicana. A 200 años de su instalación*, México, SCJN, 2015, p. 70.

tados reunidos en 1814 no contemplaron la existencia de tribunales superiores estatales (los cuales sólo se instituyeron en el periodo centralista y a partir de 1855), por lo que el recién creado tribunal cubriría a todo el país. Por otra parte, cabe preguntarse sobre la finalidad de su actuación. Debían revisar, de oficio, las sentencias de muerte o destierro. Y fungir como segunda o tercera instancia de causas civiles o criminales. Para entonces, las instancias no estaban encargadas de verificar la legalidad de las sentencias. Ello no se desprende de la Constitución de Apatzingán pero es necesario mencionar que otras Constituciones y leyes de tribunales expedidas hasta 1853 establecieron que en todo juicio debían existir al menos dos instancias (pues las sentencias de pena corporal debían ser revisadas de oficio) y no más de tres (las partes podían interponer el recurso de apelación si consideraban que la sentencia era gravosa o demasiado benigna, y ante la resolución podían interponer el recurso de suplicación). Como puede leerse en la *Curia Filípica Mexicana*, el recurso de apelación tenía como finalidad lograr que “los tribunales superiores repararan las injusticias que por ignorancia, malicia, inadvertencia u opinión” infirieran los jueces de primera instancia.¹⁵ Así, se trataba más bien de un mecanismo de control de los jueces. El único recurso que servía para controlar el apego de los jueces a los trámites y exigencias procesales era el de nulidad, y era un recurso extraordinario que sólo podía solicitarse contra sentencias definitivas, siempre y cuando no procediera la apelación o la súplica.

En lo anterior también se nota el carácter de convivencia, pues si bien se ordenó que los jueces procedieran y sentenciaran con base en leyes, las instancias no se idearon como caminos para verificar el respeto de las leyes de forma y de fondo.

III. LA INTEGRACIÓN DEL TRIBUNAL

En el capítulo XIV (artículos 181-183 y 186), los constituyentes de Apatzingán determinaron que el Supremo Tribunal de Justicia debía estar integrado por cinco miembros que tendrían idénticas facultades (aunque el Congreso podía contemplar un aumento en el número de integrantes). Debían ser electos por el Congreso y renovarse periódicamente, por lo que solamente durarían tres años en el cargo sin existir posibilidad de reelección. Lo anterior, de nueva cuenta, refleja el papel predominante que se concedió al Poder Legis-

¹⁵ *Curia Filípica Mexicana*, Edición facsimilar de la primera edición de 1858, México, Porrúa-UNAM, 1991, p. 321.

lativo, encargado de nombrar a los jueces y, como se verá más abajo, de dictar las leyes que deberían regular no solamente su actuación sino sus sentencias.

Los miembros del tribunal fueron José María Sánchez de Arriola, José María Ponce de León Fernández Aguado, Mariano Tercero Téllez de Lara, Antonio de Castro y Elorza, y Rafael Arguelles Rendón.¹⁶

La presidencia del Tribunal sería rotativa. El primer presidente fue José María Sánchez Arriola. En los pocos meses la rotación se dio, siendo José María Ponce de León Fernández Aguado el segundo presidente.

Para ser miembro del tribunal era necesario contar con más de 30 años, “buena reputación y patriotismo acreditado con servicios positivos” y “tener luces no vulgares para desempeñar las augustas funciones del empleo” (artículos 52 y 182). No se exigía que tuvieran formación jurídica. Con ello el documento revela también su pertenencia a este momento de transición o de convivencia. El sometimiento de los jueces a la ley derivaría en un requerimiento de formación en el derecho. Para 1814 esta formación no se demandó y se seguían privilegiando la reputación y la capacidad o conocimiento general, como sucedía en un orden jurídico en el cual, para la confianza en el procedimiento judicial, contaba mucho la “calidad de los jueces”.¹⁷

No obstante lo anterior, al menos sus dos primeros presidentes sí tenían el título de abogados. Como ejemplo José María Sánchez Arriola, quien nació en 1783 y estudió en el Real Colegio de San Nicolás Obispo (Latinidad, Retórica y Artes) y en la Real y Pontificia Universidad de México (derecho canónico y civil), obteniendo el título de abogado hacia 1808 para formar parte del Ilustre y Real Colegio de Abogados a partir de 1809.¹⁸ Cabe señalar que además de sus estudios de derecho civil conocía el derecho canónico y contaba con una amplia formación en las humanidades. Así, tenía un acervo cultural propio de un hombre que podía actuar en un escenario de pluralismo normativo.

Regresando al Decreto Constitucional para la Libertad de la América Española, cabe señalar que los diputados determinaron que los miembros del Supremo Tribunal solamente se sujetarían al juicio de residencia y en

¹⁶ González Oropeza, *op. cit.* p. 60, y Guzmán Pérez, Moisés y Eva Elizabeth Martínez Chávez, *José María Sánchez de Arriola. El juez insurgente*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010, p. 57.

¹⁷ Para los elementos que legitimaban el proceso judicial Alonso Romero, *op. cit.*, pp. 217-222, y Martínez, Fernando, *Entre confianza y responsabilidad. La justicia del primer constitucionalismo español (1810-1823)*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, pp. 50 y 51.

¹⁸ Guzmán Pérez, Moisés y Martínez Chávez, Eva Elizabeth, *José María Sánchez de Arriola. El juez insurgente*, *cit.*

el tiempo de su comisión a los juicios promovidos por la comisión de algún delito (artículo 194). Al igual que la revisión de sentencias, no tenía como objeto central cuidar la legalidad, tampoco era central la responsabilidad por aplicación de la ley (lo cual fue tardío, al principio existía sólo para el cohecho y la prevaricación).

Por último, los constituyentes determinaron que en el Supremo Tribunal de Justicia no se pagarían derechos (artículo 202). Esta idea se relaciona en cierta forma con el principio de gratuitad e introduce a un nuevo tema, los derechos procesales.

En los artículos 4o. y 24 de la Constitución de Apatzingán se incluyen las siguientes máximas:

La felicidad del pueblo y de cada uno de los ciudadanos consiste en el goce de la igualdad, la seguridad, la propiedad y la libertad. La íntegra conservación de estos derechos es el objeto de la institución de los gobiernos y el único fin de las asociaciones políticas [y] el gobierno no se instituye por honra o interés particular de ninguna familia, de ningún hombre ni clase de hombres, sino para la protección y seguridad general de todos los ciudadanos unidos voluntariamente en sociedad.

Como puede observarse, los constituyentes de Apatzingán compartieron principios propios del iusnaturalismo y del contractualismo, en concreto, la idea de que los hombres nacen con una serie de derechos y que con el fin de lograr su respeto crearon las instituciones sociales.¹⁹ El fin primordial del Estado es, por tanto, garantizar derechos preexistentes. Siguiendo esta premisa, los diputados reunidos en 1814 reconocieron y protegieron la igualdad, la seguridad, la propiedad y la libertad. También contemplaron aspectos propios del proceso penal. José María Morelos, en Los Sentimientos de la Nación, consideró que debía suprimirse el tormento judicial. Lo anterior no figuró dentro de la Constitución de 1814, pero se incluyeron otros principios igualmente relevantes:

- Dos artículos que restringen los alcances del derecho penal, pues establecen que “debe reprimir la ley todo rigor que no se contraiga precisamente a asegurar las personas de los acusados” y que “la ley debe contemplar solo penas muy necesarias, proporcionales de los delitos y útiles a la sociedad” (artículos 22 y 23).

¹⁹ Del Arenal, *op. cit.*, p. 168; García Ramírez, *op. cit.*, pp. 50 y 51.

Es notable la influencia de los autores ilustrados, como César Beccaria y Jeremy Bentham, quienes sostuvieron la necesidad de pena exclusivamente actos que lesionaran bienes sociales, imponiendo penas proporcionales al delito y eficaces para reprimirlo.²⁰

- Dos que remiten al tema de la legalidad: el primero establece que ningún individuo “debe de ser juzgado ni sentenciado sino después de haber sido oído legalmente”, y el segundo que ordena que “solo las leyes pueden determinar los casos en que debe ser acusado, preso o detenido algún ciudadano” (artículos 21 y 31). La Ilustración apostó por una justicia regida por la ley y aplicada a todos los procesados por igual, reduciendo el arbitrio judicial y rechazando la interpretación, la analogía o la búsqueda de la equidad.²¹
- Uno que alude a la presunción de inocencia y ordena que todo ciudadano debía ser considerado como inocente mientras no fuera declarado culpable (artículo 30).
- Y por último, uno que contempla la inviolabilidad del domicilio, que podría violarse para “los objetos del procedimiento criminal” pero siempre y cuando se observaran los “requisitos prevenidos por la ley” (artículo 32).

La inclusión de derechos de inculpados y procesados refleja una diferencia respecto a la justicia del Antiguo Régimen: perdieron peso la calidad del juez o el respeto a elementos propios de la doctrina o de la costumbre como elementos para lograr la legitimidad y la confianza en el proceso, y cobró fuerza la tendencia a enlistar derechos procesales, listado que en la Constitución de Apatzingán era reducido pero que se fue ampliando al paso del siglo.

IV. REFLEXIONES FINALES

El Decreto Constitucional para la Libertad de la América Española permite entrever los problemas, los proyectos y las ideas de los hombres que estaban ideando la nueva nación mexicana. También permite acercarse a su cultura o culturas jurídicas.

²⁰ García Ramírez, *op. cit.*, pp. 75-83, y Prieto Sanchís, Luis, *La filosofía penal de la Ilustración*, México, Inacipe, 2003, pp. 26-29 y 35-38.

²¹ García Ramírez, *op. cit.*, pp. 55-59, y Prieto Sanchís, *op. cit.*, pp. 42-46.

Refiriéndose a José María Morelos, sostiene Rafael Estada Michel que resulta imposible concebir que el cura poseyera, casi por iluminación, un sentido moderno de la justicia, cuando se había formado y experimentado en una sociedad tradicional. Para más adelante escribir: “Sorprende, sin embargo, lo precoz del acercamiento del Morelos insurgente a la teoría de la división de poderes, con su Poder Judiciario cabalmente diferenciado de Ejecutivos y Legislativos revolucionarios y pretensamente «soberanos»”. Efectivamente, se notan precoces acercamientos de Morelos y los constituyentes de Apatzingán a un ideario moderno, pero también se notan sus herencias tradicionales. Como concluye el autor, el Supremo Tribunal de la América Mexicana se situaba entre dos universos mentales: el de la tradición jurisdiccional y el de la modernidad precodificada.²²

En lo que toca a la justicia, los constituyentes de Apatzingán conocían y compartían aspectos de la propuesta de los constituyentes gaditanos y de los pensadores ilustrados. Dieron pasos importantes para la implementación de una justicia liberal o moderna. Sostiene Carlos Herrejón que la Constitución y el Supremo Tribunal jugaron un papel importante en el planteamiento de un nuevo Estado nación, cuyos habitantes fueran conscientes de sus derechos y se sentaran bases sólidas para su ejercicio.²³ Asimismo, avanzaron hacia la legalidad de la justicia (exigir a los jueces que sentenciaran con base en leyes preexistentes dejando fuera otros derechos), la igualdad jurídica (con la supresión de fueros, con excepción del militar y el eclesiástico) y el garantismo (con la inclusión de derechos procesales).

Hablo de avances, pues faltaba mucho, tanto a nivel legislativo como a nivel de instituciones y prácticas, para que pudiera pensarse en la supresión de fueros, en una justicia ceñida a leyes o en un proceso respetuoso de las garantías.

En suma, en el ordenamiento y a partir del diseño de instituciones como el Tribunal de Ario, los constituyentes de Apatzingán abrieron un periodo de convivencia entre dos órdenes jurídicos; un periodo de convivencia con tono de transición, pues al paso del tiempo iban imponiéndose los elementos del primero y se iba avanzando hacia una legislación que cumpliría con las exigencias esenciales de la justicia moderna o liberal.

²² Estrada Michel, Rafael, “La justicia en el ideario político de Morelos”, *El Supremo Tribunal de Justicia para la América Mexicana. A 200 años de su instalación*, México, SCJN, 2010, pp. 3, 5 y 31.

²³ Herrejón, *op. cit.*, p. 125.

EVOLUCIÓN DE LOS CRITERIOS JURISPRUDENCIALES DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN SOBRE LA JUSTICIABILIDAD DEL JUICIO POLÍTICO

Makawi STAINES DÍAZ*

El objeto del presente trabajo es analizar la evolución de los criterios jurisprudenciales de la Suprema Corte a partir de la Novena Época, sobre el poco pacífico tema del control judicial del juicio político.

Se trata de un instrumento parlamentario de control constitucional, cuyo origen se encuentra en la figura del *impeachment* inglés,¹ introducido posteriormente en la Constitución de los Estados Unidos de América,² en el cual un órgano esencialmente político juzga a funcionarios de alto nivel.

En México, este medio de control se encuentra previsto a nivel federal en el artículo 110 constitucional para hacer efectiva la responsabilidad política de los servidores públicos de alto rango como los senadores, diputados, ministros, consejeros de la judicatura, secretarios de Estado, diputados de la Asamblea del Distrito Federal, el jefe de gobierno, el fiscal general, el procurador de justicia del Distrito Federal, magistrados de circuito y jueces de distrito, magistrados y jueces del fuero común del Distrito Federal, de los consejeros de la judicatura del Distrito Federal, los consejeros y el secreta-

* Maestra en derecho constitucional y administrativo por la UNAM. Despacho Staines Abogados.

¹ Véase Hidalgo, Enrique, *Controles constitucionales sobre funcionarios y magistrados: Un estudio sobre el juicio político y el Consejo de la Magistratura en la República Argentina*, Buenos Aires, Depalma, 1997, p. 14, en cuya obra señala que se trataba de un juicio de carácter penal, cuyo primer caso se remonta a 1376, en el cual ante “la acusación por la Cámara de los Comunes, generalmente a funcionarios cercanos a la corona o señores poderosos, la Cámara de los Lores ejercía jurisdicción plena sobre el acusado, gozando la facultad de imponer libremente toda clase de penas, actuando —con libre apreciación de los hechos— como tribunal judicial: el más alto del reino”.

² González Oropesa, Manuel, “El juicio político como medio de protección de la Constitución mexicana”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2003, t. II, pp. 1319-1326.

rio ejecutivo del Instituto Nacional Electoral, los magistrados del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, los integrantes de los órganos constitucionales autónomos, los directores generales y sus equivalentes de los organismos descentralizados, empresas de participación estatal mayoritaria, sociedad y asociaciones asimiladas a éstas y fideicomisos públicos. Es importante resaltar que el presidente de la República no se encuentra en el listado, pues no es sujeto a juicio político durante el desempeño de su mandato. Para el ámbito estatal, los gobernadores, diputados locales, magistrados de los tribunales superiores de justicia locales, miembros de los consejos de las judicaturas locales y los órganos constitucionales autónomos locales.³

En nuestro sistema, el juicio político tiene como finalidad sancionar a los funcionarios públicos de la Federación que en el ejercicio de su labor incurran en actos u omisiones que redunden en perjuicio de los intereses públicos fundamentales o de su buen despacho (artículo 109, fracción I), y las sanciones consistirán en la destitución del servidor público y en su inhabilitación para desempeñar funciones, empleos, cargos o comisiones de cualquier naturaleza en el servicio público.

Por su parte, los servidores públicos estatales podrán ser sujetos de juicio político por violaciones graves a esta Constitución y a las leyes federales que de ella emanen, así como por el manejo indebido de fondos y recursos federales, pero en este caso la resolución será únicamente declarativa y se comunicará a las legislaturas locales para que, en ejercicio de sus atribuciones, procedan como corresponda (artículo 110, segundo párrafo).

Este juicio sólo podrá iniciarse durante el periodo en el que el servidor público desempeñe su cargo y dentro de un año después, lo que según se advierte de la iniciativa que dio lugar a la reforma de 1982, se consideró un plazo razonable para exigir responsabilidades políticas.

Asimismo, y probablemente derivado del carácter subjetivo de valoración, se establece un candado adicional a la prescripción para iniciar el juicio político, consistente en que las sanciones deben aplicarse en un periodo no mayor de un año a partir de iniciado el procedimiento, lo que reduce la posibilidad de que este medio de control pueda utilizarse como una forma de presión política de forma indefinida.

A nivel federal es un procedimiento complejo en el que participan las dos cámaras del Congreso de la Unión. La Cámara de Diputados procederá a la acusación respectiva ante la Cámara de Senadores, previa declaración de la mayoría absoluta del número de los miembros presentes en sesión de

³ Todas las referencias a la Constitución federal, son al texto vigente al mes de octubre de 2015.

aquella Cámara, después de haber sustanciado el procedimiento respectivo y con audiencia del imputado. La Cámara de Senadores, erigida en Jurado de sentencia, aplicará la sanción correspondiente, siendo necesaria una mayoría calificada de las dos terceras partes de los miembros presentes en sesión.

Para los estados no existe una fórmula constitucional única; por lo que hay entidades, en las que el Congreso actúa como instructor e impone las sanciones, y otras, en las que se configura un órgano complejo, integrado por la Cámara de Diputados y por el Tribunal Superior de Justicia del Estado, y cada una de las etapas es desarrollada por uno de estos poderes en forma separada, pero de manera sucesiva, dentro del mismo procedimiento.

El juicio político tiene características particulares que lo distinguen claramente de los procedimientos de carácter jurídico, pues es independiente de los procedimientos de responsabilidad administrativa y/o penal.

Siguiendo a Manuel Aragón,⁴ estas diferencias pueden clasificarse de la siguiente manera:

- El control político tiene un carácter subjetivo en cuanto que no existe un canon predeterminado de valoración, sino que existe una libertad de apreciación por parte del órgano que lo realiza, “el parámetro es de composición eventual y plenamente disponible”. Por su parte, el control jurídico es objetivo, el parámetro es un conjunto normativo, preexistente y no disponible para el órgano que lo ejerce.
- El objeto sometido a control está basado en razones políticas de oportunidad, por el contrario, en los procedimientos jurídicos el control se apoya en razones jurídicas sometidas a reglas de verificación.
- El control político es de carácter voluntario, pues el órgano o el sujeto controlante es libre para ejercer o no el control y, de ejercerse, el resultado negativo de valoración no implica, necesariamente, la emisión de una sanción. Mientras que el control jurídico es de carácter necesario, el órgano competente debe ejercerlo cuando se dan los supuestos para ello, y la sanción es la consecuencia de la constatación de la actualización de los supuestos jurídicos legalmente previstos.
- La última diferencia radica en la naturaleza del órgano que lo ejerce. El control político está a cargo de sujetos u órganos políticos,

⁴ Aragón, Manuel, *Constitución, democracia y control*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 136 y 137.

a diferencia de los medios de control jurídicos que son realizados por órganos imparciales, independientes, dotados de conocimiento técnico jurídico.

No es intención de este trabajo profundizar en la figura del juicio político, sino sólo dejar de manifiesto su naturaleza y su clara distinción en cuanto a los procedimientos de carácter meramente jurídicos encaminados a sancionar a los servidores públicos por el incumplimiento de sus responsabilidades.

Como se adelantó, el tema de la justiciabilidad no es de resolución unánime, pretorianamente se creó el concepto de “cuestiones políticas”, conforme con el cual, los tribunales, mediante un ejercicio de autocontención, se limitaban a conocer respecto de ciertos conflictos que estimaban tenían un alto componente político, más que jurídico, en el cual no les era dable intervenir. Esto no es nuevo, los primeros precedentes se atribuyen a tribunales ingleses en los que era reconocido que materias relacionadas con la monarquía no deberían ser juzgadas por el Judicial.

El precedente más comúnmente citado como origen de la elaboración de las cuestiones políticas no justiciables es *Marbury vs. Madison* en el que la Suprema Corte de los Estados Unidos decidió no intervenir en cuestiones que consideró de la competencia exclusiva del Poder Ejecutivo.

En general, puede afirmarse que la limitación al Poder Judicial estaba basada en el principio de división de poderes, por lo que aquél no podía conocer de conflictos que versaran sobre temas privativos del Congreso y del presidente, pues se entendía que estaban referidos a juicios de valor de sustancia política, no jurídica; sin embargo, el alcance de las cuestiones políticas se ha ido modificando a través del tiempo, como consecuencia de la expansión de la justicia constitucional y de la concepción del Estado constitucional de derecho, paradigmas bajo los que no existe norma o acto que pueda situarse fuera de la Constitución, y en esa medida ha evolucionado la concepción de los tribunales constitucionales sobre su papel en el Estado, por lo que las decisiones o actos que quedan fuera de su órbita de análisis son cada vez menores y su definición es casuística.

Como evidencia de este desarrollo, cabe mencionar la resolución de la Sala Constitucional de la Corte de Justicia de Costa Rica, en 2004, en el *caso “Zamora Bolaños y otros”* realizó una evaluación judicial sobre el acto de adhesión del Poder Ejecutivo en torno al conflicto bélico desarrollado en Iraq que permitió que Costa Rica fuera incluida en la lista de los países que con-

forma la Coalición que realiza operaciones armadas en aquél país;⁵ ello no obstante que materias relativas al reconocimiento de naciones y gobiernos extranjeros, la soberanía nacional, la dirección de las relaciones diplomáticas, la existencia de un estado de guerra o beligerancia, o la intervención del Estado en un conflicto, o lo concerniente en general a tratados, resultaban por antonomasia materias no revisables judicialmente.

Antes de analizar los criterios jurisprudenciales en relación con la justiciabilidad del juicio político, es necesario tener presente lo siguiente:

- El artículo 110 de la Constitución federal en el último párrafo establece: Las declaraciones y resoluciones de las Cámaras de Diputados y Senadores son inatacables.
- Para efectos del juicio político local, todas las Constituciones estatales reproducen esa limitación.
- La Ley de Amparo tanto en la actual ley (61, VII), como en la anterior (73, VIII), establece la improcedencia del juicio en contra de las resoluciones o declaraciones del Congreso Federal o de las cámaras que lo constituyen, de las Legislaturas de los estados o de sus respectivas comisiones o diputaciones permanentes, en declaración de procedencia y en juicio político.

Como consecuencia de esto, en amparo prácticamente siempre se ha sobreseído por aplicación directa de la causal de improcedencia. Por ello, sólo hay dos precedentes recientes de la Suprema Corte, interpretando en el segundo de ellos que no todo acto relativo al juicio político está vedado a la revisión judicial:

En el primero, la contradicción de tesis 31/2006-PL, los criterios giraban en torno a determinar si la resolución de un Tribunal Superior de Justicia actuando como jurado de sentencia dentro de un procedimiento de juicio político, es impugnable vía amparo.

Al respecto, la Primera Sala, por unanimidad de votos, estimó que al tratarse de un acto dentro de un procedimiento calificado por la Constitución estatal como discrecional y soberano en su totalidad, no es procedente el juicio de amparo.

Este criterio se plasmó en la tesis de jurisprudencia 1^a./J. 37/2010, que señala:

⁵ Documento de adhesión a la “Alianza Internacional contra el Terrorismo” y la posterior “Coalición Internacional Antiterrorista”. Fallada el 8 de septiembre de 2004.

JUICIO POLÍTICO. LA RESOLUCIÓN DICTADA POR EL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE UN ESTADO, ACTUANDO COMO JURADO DE SENTENCIA, CONSTITUYE UN ACTO DE NATURALEZA POLÍTICA, POR LO QUE SE ACTUALIZA LA CAUSAL DE IMPROCEDENCIA ESTABLECIDA EN LA FRACCIÓN VIII DEL ARTÍCULO 73 DE LA LEY DE AMPARO. La resolución que emita el tribunal superior de justicia de un estado actuando como órgano de sentencia dentro de un juicio político es de naturaleza política ya que se encuentra inscrita en un procedimiento que en su totalidad participa de las características de un sistema de control político: a) responden a un criterio de oportunidad política, b) se controlan actos y personas, no normas o productos normativos, c) el parámetro de control es político o surge de la misma voluntad política del órgano que controla, y finalmente d) el resultado es una sanción de carácter político: destitución o inhabilitación en el cargo. En este sentido, el que la autoridad que ejerza el control político sea alguno de los tribunales superiores de justicia de los estados o que éstos tengan alguna participación en el proceso de atribución de responsabilidades políticas, no es razón válida para catalogar su actuación como jurisdiccional, toda vez que aun cuando es costumbre o regla general entender como coincidentes el carácter formal y material de las atribuciones de los órganos del Estado, lo correcto es atender a la naturaleza de la función. En consecuencia, dada la naturaleza del procedimiento y de las actuaciones de las autoridades que participan en él, cuando las constituciones correspondientes las califiquen como decisiones soberanas y discrecionales, se actualiza la causal de improcedencia establecida en la fracción VIII del artículo 73 de la Ley de Amparo.⁶

En el segundo, la contradicción de tesis 364/2012-PL, el Pleno de la Suprema Corte analizó las resoluciones de dos tribunales que ante la presencia de los mismos hechos, habían resuelto en forma distinta, en ambos casos diversos ciudadanos presentaron denuncias de juicio político ante el Congreso del Estado, sin que éste hubiera dado trámite a los procedimientos planteados, pues en uno de los casos omitió dictar resolución mientras que en el otro desechó; ante dichas actuaciones, se promovieron juicios de amparo ante juez de distrito.

Al resolver, por mayoría de siete votos,⁷ se consideró que cuando un Congreso decide no dar trámite a una denuncia de juicio político, por la

⁶ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, 1a. Sala, t. XXXI, junio de 2010, p. 94.

⁷ En contra votaron los ministros Franco González Salas y Cossío Díaz; el primero de ellos por considerar que sí se actualiza la causa de improcedencia del artículo 73, fracción VIII, de la Ley de Amparo, y el segundo, por estimar que no existe contradicción de tesis, según se advierte de sendos votos particulares.

causa que sea, no se manifiesta la facultad soberana y discrecional para conocer de las responsabilidades políticas de los funcionarios, pues no resuelve sobre la suspensión o remoción del servidor público denunciado, ya que en esa fase únicamente verifica los requisitos básicos de procedibilidad, por lo que no se actualiza la causa del improcedencia respecto del juicio de amparo.

Esta contradicción dio lugar a la tesis de jurisprudencia P/J. 40/2013 (10^a):

JUICIO POLÍTICO. LA DETERMINACIÓN DEL CONGRESO ESTATAL DE NO DAR TRÁMITE A LA DENUNCIA RESPECTIVA, NO CONSTITUYE EL EJERCICIO DE SU FACULTAD SOBERANA O DISCRECIONAL SOBRE LA REMOCIÓN O SUSPENSIÓN DE SERVIDORES PÚBLICOS, PARA EFECTOS DE LA PROCEDENCIA DEL AMPARO (LEGISLACIÓN DE LOS ESTADOS DE SINALOA Y QUINTANA ROO). Si bien es cierto que las Constituciones Políticas de los Estados de Sinaloa y Quintana Roo otorgan a sus Legislaturas la facultad de resolver de manera soberana o discrecional sobre la responsabilidad política de los servidores públicos sujetos a juicio político y, por ende, sobre su remoción o suspensión, también lo es que el ejercicio de esa facultad no se manifiesta cuando deciden no dar trámite a la denuncia de juicio político, pues en esa fase no se realiza pronunciamiento alguno sobre la existencia de los hechos atribuidos al servidor público denunciado, ni respecto de su probable responsabilidad, sino que sólo se verifica que éste sea sujeto de juicio político y que la conducta por la cual se formula la denuncia sea de aquellas que generen una responsabilidad política, en términos de las normas constitucionales respectivas. En ese tenor, la causal de improcedencia prevista en la fracción VIII del artículo 73 de la Ley de Amparo, vigente hasta el 2 de abril de 2013, no se actualiza cuando en el juicio de amparo indirecto se reclama la determinación del Congreso Estatal de no dar trámite a la denuncia de juicio político, ya sea porque la deseche o porque omita acordarla.⁸

Como se sabe, al ser un criterio proveniente de una contradicción de tesis ya no se remedian los casos que le dieron origen; sin embargo, sientan un criterio obligatorio para el futuro.

Ahora, no obstante las restricciones constitucionales para la revisión de las resoluciones dictadas en los procesos de juicio político a que se hizo referencia, la Suprema Corte al conocer en controversia constitucional, ha considerado que no puede una Constitución estatal restringir la competen-

⁸ *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 2, enero de 2014, t. I, p. 95.

cia establecida —a favor de ese Tribunal— en la Constitución federal, con lo que abrió la puerta a la impugnación de juicios políticos locales.

Como consecuencia de dicho criterio, durante un largo periodo (1997 a 2004) hubo una considerable cantidad de promociones, sin embargo, no hay demasiadas resoluciones de fondo, en atención a que la evidencia refleja que en nuestro país, el juicio político ha sido utilizado más como una amenaza entre distintos grupos de poder que como una herramienta real de control y sanción política, por lo que en general se sobreseían por falta de definitividad.

Lo anterior, en virtud de que se impugnaban los procedimientos con motivo de la declaración de procedencia, sin una resolución de sanción y esta nunca llegaba a dictarse. Los juicios se mantenían abiertos pero paralizados como una estrategia de forcejío político.

Durante los primeros años, el mayor número de planteamientos provenían de integrantes de tribunales superiores de justicia por juicios políticos que les eran iniciados, lo que también daba lugar a sobreseer por falta de legitimación activa, pues atendiendo a su naturaleza y a las reglas aplicables, esta sólo puede ser promovida por los poderes u órganos del estado que resientan una afectación en su esfera regulada directamente en la Constitución federal, por lo que no basta la promoción del servidor afectado.

La controversia constitucional más relevante sustantivamente es la 19/1997, promovida por el Poder Judicial del Estado de Jalisco, fallada el 29 de junio de 1998, pues en ella se estudiaron de fondo de los actos el Congreso, sentándose los criterios que posteriormente se siguieron aplicando.

En ese caso, se promovió la controversia constitucional en contra de la instauración del juicio político ordenada por el Congreso estatal, en contra de los magistrados integrantes de la Sexta Sala Penal del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Jalisco y del Juez Sexto Penal de Primera Instancia del Primer Partido Judicial, por negar la formal prisión de los inculpados en una causa penal, como se advierte, se enjuició un acto meramente jurisdiccional.

Al dictar sentencia, la Suprema Corte invalidó todo el procedimiento de juicio político seguido a los magistrados, esto es, la resolución de procedencia y la resolución definitiva, bajo la consideración de que el Congreso había vulnerado los principios de autonomía, reserva de decir el derecho y de división de poderes, lo cual constituye una invasión a la esfera competencial del Poder Judicial de la propia entidad federativa al atribuirse facultades que no le corresponden, instaurando juicio político en un caso no previsto ni, por tanto, autorizado por la Constitución ni por la Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos del Estado de Jalisco, los cuales son de

carácter excepcional y se encuentran condicionados a la salvaguarda de valores colectivos.

Este primer criterio no fue del todo pacífico, fue aprobado por mayoría de nueve votos,⁹ con dos en contra.¹⁰ El ministro Gudiño Pelayo, en general,¹¹ se pronunció en contra de la procedencia de la controversia constitucional respecto de los juicios políticos locales, como se advierte de sus votos particulares, en gran parte su disenso descansaba en razones históricas y apelaba a la autorrestricción que la Suprema Corte debía imponerse para conocer de cuestiones políticas. Además, consideraba, a diferencia del resto de sus compañeros, que la inimpugnabilidad establecida en las Constituciones locales era oponible también para ese Tribunal, en respeto al federalismo, pues de otra forma la Suprema Corte se constituiría en un suprapoder, como se advierte del siguiente fragmento:

La controversia constitucional no fue pensada para que la Suprema Corte se convirtiese en juez y padre (no es un *lapsus calami*) de los poderes públicos, ni de los federales ni de los locales, y tampoco va con su naturaleza hacerlo; fue pensada para que juzgara y determinara si hubo lugar o no a una invasión o restricción de ámbitos de competencia entre estos órganos y niveles de gobierno y, en su caso, invalidar los actos indebidos, mas no para determinar si el acto reclamado en vía de controversia se ajusta o no a su propio *criterio*.

La controversia constitucional tampoco fue pensada para que la Suprema Corte se convirtiese en un tribunal ante el cual se ventilaran procesos extraordinarios en los que se reclamara la reinstalación de funcionarios públicos que, *por virtud del ejercicio de una prerrogativa y mandato constitucional, han sido removidos previa la consideración del órgano competente de que su conducta lo hace indigno de ejercer el cargo* y tampoco va con su naturaleza hacerlo; *ni la controversia constitucional es un recurso de reinstalación, ni la Corte debe asumir el papel de reinstaladora de servidores públicos legalmente destituidos por quien tuvo facultades para hacerlo.*

Admitir que la Corte, en vía de controversia constitucional, tiene facultades de revisión de las decisiones tomadas en juicios políticos locales, implica admitir que la Suprema Corte tiene la *última* palabra en materia de *control político*. Y esto, para mí, desde la perspectiva del control constitucional, es in-

⁹ Vicente Aguinaco Alemán, Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Mariano Azuela Güitrón, Juventino Castro y Castro, Juan Díaz Romero, Genaro David Góngora Pimentel, Humberto Román Palacios, Olga Sánchez Cordero y Juan Silva Meza.

¹⁰ Guillermo Ortiz Mayagoitia, por considerar que se surtía la causa de improcedencia consistente en la cesación de efectos del acto impugnado y José de Jesús Gudiño Pelayo, por las razones anotadas en el texto.

¹¹ El único precedente en el que no votó por la improcedencia, sino por la invalidez de los actos impugnados, fue en la controversia constitucional 106/2004, resuelta el 4 de octubre de 2005 por el tribunal Pleno.

aceptable. Es evidente que en materia de responsabilidad política de funcionarios locales el constituyente federal determinó, en forma contundente que sean las propias autoridades locales las que los resuelvan y no los órganos federales. También es evidente que la controversia constitucional en lo esencial, es un instrumento de control constitucional que tutela, de modo básico, el sistema federal constitucionalmente impuesto, y ello hace que resulte absurdo que esta figura se utilice precisamente para pisar las autonomías estatales.¹²

De manera consistente, aunque no de manera unánime, la Suprema Corte ha sostenido los criterios sentados en la controversia antes señalada, reconociendo la procedencia de la controversia constitucional en contra de juicios políticos estatales, como se advierte de las siguientes tesis:

CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. PROcede EN CONTRA DE RESOLUCIONES DICTADAS EN UN JUICIO POLÍTICO SEGUIDO A SERVIDORES PÚBLICOS ESTATALES.¹³

JUICIO POLÍTICO SEGUIDO A MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL ESTADO DE YUCATÁN. ES PROCEDENTE LA CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL Y NO EL JUICIO DE AMPARO CONTRA LA ABSTENCIÓN DEL CONGRESO DE DECLARAR LA CADUCIDAD Y CONTINUAR CON AQUÉL.¹⁴

JUICIO POLÍTICO. EL ARTÍCULO 93, PÁRRAFO ÚLTIMO, DE LA CONSTITUCIÓN LOCAL DEL ESTADO DE BAJA CALIFORNIA, AL DISPONER QUE CONTRA LA RESOLUCIÓN QUE EN LA MATERIA DICTE EL CONGRESO LOCAL NO PROCEDERÁ MEDIO DE DEFENSA ORDINARIO O EXTRAORDINARIO ALGUNO, NO VIOLA LOS ARTÍCULOS 103, 105, 107 Y 110 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.¹⁵

Esta última tesis deriva de la controversia constitucional 32/2007, resuelta el 20 de enero de 2009, y la validez del citado artículo constitucional local se hizo descansar en que se trataba de una norma local relacionada únicamente con su régimen interno, por lo que la limitación a la procedencia contra esas resoluciones de los medios de defensa ordinarios o extraordinarios, se ceñía a los establecidos en los distintos ordenamientos secundarios del estado de Baja California, pero no podía entenderse que se refiriera a los

¹² El voto de la controversia constitucional 26/1997, es consultable en http://www2.scjn.gob.mx/ministrogudino/documents/votos/vp_jalisco.pdf, pp. 82 y 83.

¹³ P.J. 53/2004, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XX, agosto de 2004, p. 1155.

¹⁴ P.J. 14/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXV, mayo de 2007, p. 1644.

¹⁵ P.J. 119/2009 *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXX, diciembre de 2009, p. 1244.

medios de control constitucional o que se invadió la esfera de competencia del Poder Legislativo Federal para desarrollar tales supuestos de improcedencia.

Otras controversias constitucionales de interés, en el tema que nos ocupa son la 21/1999 y la 106/2004, que enseguida explicamos. La primera de ellas fue promovida por el Congreso del Estado de Morelos en contra de la resolución del Tribunal Superior de Justicia del Estado actuando como jurado de sentencia dentro del juicio político seguido al gobernador de la entidad, en la cual consideró que dicho funcionario no era sujeto de responsabilidad. El Pleno de la Suprema Corte, al resolver, declaró la invalidez de dicha resolución:

Para el efecto de que el referido órgano jurisdiccional, prescindiendo de la consideración de que la citada persona no puede ser sujeto de juicio político, dé trámite a la acusación presentada por el Congreso de la entidad, y para que su Presidente decrete el arraigo a que se refiere el artículo 17 de la Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos de dicho Estado.

El criterio señalado, se plasmó en la tesis jurisprudencial P./J. 2/2000, que dice:

JUICIO POLÍTICO. EL GOBERNADOR DEL ESTADO DE MORELOS ES SUJETO DE RESPONSABILIDAD OFICIAL, EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 135 DE LA CONSTITUCIÓN DE ESA ENTIDAD, EN RELACIÓN CON LOS ARTÍCULOS 109 Y 110 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.¹⁶

La segunda es la controversia constitucional 106/2004, promovida por el Poder Ejecutivo del Estado de Morelos (ya con otro titular) en contra de la resolución del Congreso estatal actuando como jurado de declaración, mediante la cual lo suspendía del cargo hasta en tanto el Tribunal Superior de Justicia, como jurado de sentencia emitiera su fallo. La Suprema Corte, por mayoría de siete votos,¹⁷ consideró que dicho acto era inconstitucional, pues si bien la afectación personal era subsanable, en tanto que de obtener un resultado favorable, sería reintegrado de inmediato en su cargo, con efectos retroactivos respecto del sueldo y emolumentos, no ocurría lo mis-

¹⁶ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Pleno, t. XI, febrero de 2000, p. 515.

¹⁷ De los ministros Aguirre Anguiano, Azuela Güitrón, Gudiño Pelayo, Luna Ramos, Ortiz Mayagoitia, Valls Hernández, Sánchez Cordero; en contra Cossío Díaz, Díaz Romero, Góngora Pimentel y Silva Meza.

mo con el órgano de gobierno afectado por la medida, pues el tiempo de no ejercicio del cargo de elección popular con motivo de la suspensión no es recuperable.

Lo anterior, se encuentra plasmado en la siguiente tesis aislada, pues la decisión no fue tomada por la mayoría calificada de ocho votos que exige la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 constitucional:

JUICIO POLÍTICO EN EL ESTADO DE MORELOS. LA SUSPENSIÓN DECRETADA EN LA RESOLUCIÓN CONDENATORIA DICTADA POR EL CONGRESO DE LA ENTIDAD COMO JURADO DE DECLARACIÓN PUEDE SER ANALIZADA EN CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL.¹⁸

De los criterios que se han referido, es claro que la Suprema Corte ha realizado una interpretación que le ha permitido revisar juicios políticos seguidos en los estados; sin embargo, cabe preguntarse qué pasaría en caso de un juicio político a alguno de los servidores públicos federales respecto de los cuales expresamente el artículo 110 señala que las declaraciones y resoluciones de las cámaras de Diputados y Senadores son inatacables.

No intento dar una solución definitiva, ni debe tomarse esto como una afirmación de que la figura del juicio político sea nocivo en sí mismo, pero de conformidad con el nuevo marco de derechos humanos que rige en nuestro país de conformidad con el artículo 1o. constitucional y los tratados internacionales suscritos por el Estado mexicano, es insostenible que una persona, independientemente de su cargo, pueda ser juzgada por un poder que actúa de manera “soberana y discrecional” sin parámetros claros de valoración, como instancia definitiva.

Retomando la idea sustantiva de la existencia del juicio político, bajo el prisma actual de los derechos fundamentales, la parcela de lo no judicializable debe circunscribirse a la materia política, esto es, sólo a la conducta sustantivamente sancionada, pero de ninguna manera puede comprender la posibilidad de perpetuar violaciones al debido proceso, por lo que en esos casos, la Suprema Corte está facultada para comprobar la observancia de las normas procesales aplicables.

¹⁸ P. LVII/2005, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIII, enero de 2006, p. 2066.

¿PARA QUÉ HA SERVIDO LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD (1995-2015)?

Alberto Abad SUÁREZ ÁVILA*

SUMARIO: I. *La AI como medio para procesar conflictos entre actores políticos relevantes.* II. *La AI como medio de protección jurisdiccional de los derechos humanos.* III. *Datos empíricos sobre el uso de la acción de inconstitucionalidad 1995-2015.* IV. *Conclusiones.*
V. *Bibliografía.*

El jurista mexicano Felipe Tena Ramírez decía que la facultad de investigación de violaciones graves de la Suprema Corte era como un aerolito que había caído en la Constitución, porque nadie sabía de dónde venía, ni por qué se encontraba en ésta (Tena Ramírez, 1972). Con el tiempo, a pesar de los importantes esfuerzos que durante la Novena Época se realizaron para darle un sentido funcional que permitiera usarla a favor de la protección de los derechos humanos, dicha facultad de investigación terminaría por desaparecer y renacer dentro de las nuevas competencias de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, sin que nunca, ni la Suprema Corte ni la academia, atinara a precisar realmente los alcances que esta figura tuvo (o pudiera haber tenido) dentro de nuestro sistema de medios de control de constitucionalidad.

Empiezo estas líneas de esta forma porque es importante preguntarnos sobre el origen de las figuras procesales contenidas en la Constitución, sobre todo las orientadas a hacer un control de la constitucionalidad, para aclarar el sentido de su existencia, su utilidad y, desde esta posición, elaborar indicadores respecto a la eficacia en la persecución de los fines que la figura contiene.

Una historia de 170 años de contar con el juicio de amparo como el medio de control de constitucional más relevante en el país, nos muestra

* Investigador y coordinador del Área de Sociología del Derecho del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Investigador Nacional Nivel I, e-mail: abad@unam.mx.

el intenso, profundo y bien detallado trabajo que han hecho tanto la academia como el foro jurídico para reconstruir muchos de sus objetivos (por ejemplo Fix-Zamudio, 1964; Ferrer, 2000; Zaldívar, 2002) aunque ciertamente aún nos falta trabajo para generar muchos de los indicadores adecuados que nos permitan conocer el impacto que tiene en la protección de los derechos humanos.

A partir de las reformas constitucionales de 2011 se ha dado un renovado impulso a la discusión de las finalidades de los medios de control de constitucionalidad, así como a la creación de indicadores para medir el impacto de dichas reformas, principalmente respecto de la inclusión del control de constitucionalidad difuso *ex officio* como medio de control de la constitucionalidad que se deduce de la reforma constitucional al párrafo tercero del artículo primero. En el Congreso de Derecho Procesal Constitucional en Morelia, Michoacán, para el cual se elaboró esta ponencia, así como en los artículos que integran la obra colectiva donde se insertan estas líneas, es posible dar cuenta de dicha realidad.

Pero respecto de otras figuras y medios de control de la constitucionalidad tenemos mucho menos trabajo y, sobre todo, en general desconocemos los alcances y los objetivos para los cuales se encuentran dentro de nuestro sistema constitucional. Dado que gran parte de mi tarea hasta el momento la he dedicado a reconstruir la forma en la cual la Suprema Corte de Justicia de la Nación protegió los derechos humanos en México desde la Novena Época (Suárez Ávila, 2014) me gustaría hacer algunas reflexiones sobre la eficacia que ha tenido la acción de inconstitucionalidad (AI) para alcanzar los objetivos para los que fue creada.

A veinte años de su uso dentro del sistema constitucional mexicano es posible establecer algunas apreciaciones respecto a los objetivos para los que fue incorporada y la consecución de los mismos hasta el momento. Me permito decir que su incorporación tuvo dos objetivos específicos: *a)* que la AI funcionara como un medio para resolver conflictos entre actores políticos relevantes y *b)* que la AI funcionara como un medio de control para la protección de los derechos humanos. En las próximas líneas presento algunas conclusiones respecto de cómo la AI ha funcionado más como un medio para resolver conflictos entre actores políticos relevantes, que como medio de control para la protección de los derechos humanos. La base empírica del estudio se toma de los datos proporcionados por la misma Suprema Corte de Justicia de la Nación a través de su base de datos *@lex* consultable en medios electrónicos.

I. LA AI COMO MEDIO PARA PROCESAR CONFLICTOS ENTRE ACTORES POLÍTICOS RELEVANTES

Previo a la integración de la AI al elenco de medios de control de la constitucionalidad mediante la reforma del 31 de diciembre de 1994, se abrió un debate respecto a la pertinencia de traer a México una figura de control de constitucionalidad externa, utilizada para el diseño institucional de los primeros tribunales constitucionales europeos de la posguerra como una herramienta de las minorías legislativas en contra de posibles abusos legislativos de las mayorías y posteriormente difundida a otras jurisdicciones de Europa y América Latina (Brage, 2005).

La llegada de la AI al sistema constitucional mexicano se impuso a otras posibilidades de reforma judicial, como la de fortalecer el sistema de control tradicional de constitucionalidad en México mediante la anhelada reforma al juicio de amparo, situación que se retrasaría hasta 2011, a pesar de las autorizadas voces que desde hace tiempo clamaban por la misma (Tamayo, 1998; Zaldívar, 2002).

La gran pregunta que surge entonces es: ¿por qué optar por una figura ajena a la tradición mexicana para el ejercicio del control de la constitucionalidad, en lugar de fortalecer el juicio de amparo como lo habían solicitado importantes voces? La literatura da algunas respuestas, de las cuales la más acertada parece ser la preferencia de trasplante de un medio de control de constitucionalidad propio de los tribunales constitucionales europeos de la primera generación, mediante el cual a través de una legitimación restringida se pudiera realizar la declaratoria general de inconstitucionalidad de una norma, antes que modificar el principio de relatividad de la sentencia en el juicio de amparo, desapareciendo la llamada *fórmula Otero* (Magaloni, 2009).

La inclusión de la AI en el artículo 105 de la Constitución Política emerge como una negociación entre quienes pugnaron por un medio jurisdiccional de control de la constitucionalidad capaz de expulsar normas del sistema constitucional y aquellos que históricamente habían negado la posibilidad de que a través del juicio de amparo se llevara a cabo esta función. Bajo esta lógica, la AI aparece como un punto intermedio entre ambas posturas: por una parte, permite declarar la inconstitucionalidad de una norma con efectos generales, pero por la otra, cierra la puerta de entrada del proceso a una legitimación restringida a unos cuantos sujetos públicos legitimados por la misma ley (Ferrer y Sánchez Gil, 2009).

Varios autores han analizado los motivos principales para emprender una reforma como tal al Poder Judicial en México. Dentro de los trabajos

que analizan el papel de la Suprema Corte dentro del proceso de transformación democrática de las organizaciones públicas mexicanas, se le atribuye a un agotamiento del sistema presidencialista de partido hegemónico la necesidad de crear nuevas formas institucionales de resolución de conflictos (Ríos Figueroa, 2007; Domingo, 1999).

En esta lógica, dado que el presidente de la República no puede ser más el árbitro máximo de las disputas entre actores políticos relevantes, debido a que no existe más una dinámica de disciplina corporativista entre estos y el presidente de la República, se optó por promover dentro del Poder Judicial medios a través de los cuales se pudieran desahogar este tipo de conflictos en un contexto de gobiernos divididos (Ríos Figueroa, 2007). En consecuencia, con la inclusión de la AI, la SCJN se convierte en una suerte de tribunal de élite que atiende conflictos entre actores políticos relevantes.

Entre los elementos del diseño institucional que apoyarían esta versión se encuentra en primer lugar la legitimación restringida de la AI. En su origen, en 1994 dicha legitimación estuvo limitada a cierto tipo de sujetos públicos con una base estrecha que con el tiempo se ha ido ampliando. Entre los sujetos legitimados originales se encontraban las minorías legislativas que representarán la tercera parte del órgano legislativo federal o local y la Procuraduría General de la República. Es importante recordar que la idea inicial de la AI como medio de control de constitucionalidad es proporcionar una herramienta jurídica a las minorías legislativas para poder combatir abusos y violaciones en las legislaciones aprobadas por las mayorías.

Con el tiempo dicha legitimación ha ido ampliándose, para incluir también a los partidos políticos con registro nacional y local en el caso de leyes electorales (1996), a las comisiones nacional y locales de derechos humanos (2007), y más recientemente a una batería de organismos autónomos de reciente creación. Aún con el ensanchamiento de la base de sujetos legitimados, la puerta de entrada a la AI sigue siendo restringida a sujetos públicos exclusivamente, a diferencia de lo que sucede en otros países con una figura similar como Colombia o Brasil (Brage, 2005).

Otra de las reglas que sustenta la tesis de que la AI sirve para la resolución de conflictos entre actores políticos relevantes, es la de su instrucción y votación dentro del Pleno, con la obligación de una mayoría calificada de ocho de once ministros para poder declarar la inconstitucionalidad. De los miles de asuntos que la SCJN resuelve año con año, solamente unos cientos se sustancian y votan por el Pleno, por lo que el hecho de que sea éste quien resuelva la AI habla de la importancia que se le dio en la distribución de carga de trabajo entre las distintas áreas del máximo tribunal.

II. LA AI COMO MEDIO DE PROTECCIÓN JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Considerar a la AI como un medio de protección de los derechos humanos, conforme a la teoría constitucional debería ser prácticamente una obviedad. En el texto clásico de Hans Kelsen (2001), *La garantía jurisdiccional de la Constitución*, la idea de un medio de control jurisdiccional a través del cual se pueda expulsar una norma del sistema jurídico por medio de un procedimiento concentrado llevado adelante por un Tribunal Constitucional, se justifica en términos de dotar a las minorías legislativas de herramientas jurisprudenciales para combatir vía el derecho violaciones a los derechos humanos que puedan realizarse a través de la acción política.

El renacimiento de la AI en los tribunales constitucionales europeos de primera generación como los tribunales de Alemania e Italia, justamente tuvo esta orientación como centro de su diseño institucional (Magaloni, 2009). Cuando esta figura se movió a nuevos sistemas constitucionales como el establecido en España o en Brasil, conservó dicha naturaleza. La idea de una minoría capaz de promover acción judicial en contra de una norma violatoria de los derechos humanos se encuentra incluso en el centro de toda la idea de supremacía constitucional y revisión judicial. Un medio capaz de combatir a facciones mayoritarias capaces de violar derechos es la naturaleza epistemológica de la figura.

Pese a lo anterior, la redacción final de la fracción II del artículo 105 muestran que desde su diseño se limitaron varios de los elementos relevantes para que la AI fuera utilizada efectivamente como un medio de protección de las minorías. La regla que limita de mayor forma la posibilidad de que se protejan derechos humanos de las minorías es justamente la legitimación tan restringida que mantiene al día de hoy la AI ante la SCJN. En países como Venezuela o Colombia la legitimación es universal, si bien sus reglas para la declaratoria general se parecen más a las del amparo contra leyes que a la AI mexicana. En otros países, como España, se le ha dado una legitimación activa a sujetos públicos como el Defensor del Pueblo para iniciar el procedimiento, situación que en México se reconocería sólo hasta 2007. En países como Brasil la legitimación también se extiende a Colegios de abogados y a organizaciones defensoras de derechos humanos de la sociedad civil.

La legitimación a las minorías legislativas en México está reconocida, pero tiene un porcentaje muy alto que debe cubrir aquella minoría que quiera accionar este medio. El requisito que establece la Constitución es el

de una minoría integrada por la tercera parte de la legislatura. Este requisito es mucho más alto que otras regiones en donde el requisito se encuentra entre un 10 y un 25% del órgano legislativo. El requisito es el más alto de todos los sistemas conocidos hasta el momento.

Una de las legitimaciones más polémicas que contempla la AI es la del procurador general de la República. El origen de esta legitimación es considerar al ministerio público como representante público en el derecho, calidad con la que comparece en otro tipo de procedimientos como el juicio de amparo; sin embargo, la Procuraduría General de la República en México tiene una historia de mucha cercanía con el presidente de la República y por lo tanto podría considerarse intuitivamente que no necesariamente tendrá una agenda de protección de los derechos humanos, más bien, de reaseguro de las políticas públicas del Ejecutivo Federal. Otra de las grandes críticas que se le puede hacer a esta legitimación es su amplitud respecto de los temas sobre los que puede accionarse.

III. DATOS EMPÍRICOS SOBRE EL USO DE LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 1995-2015

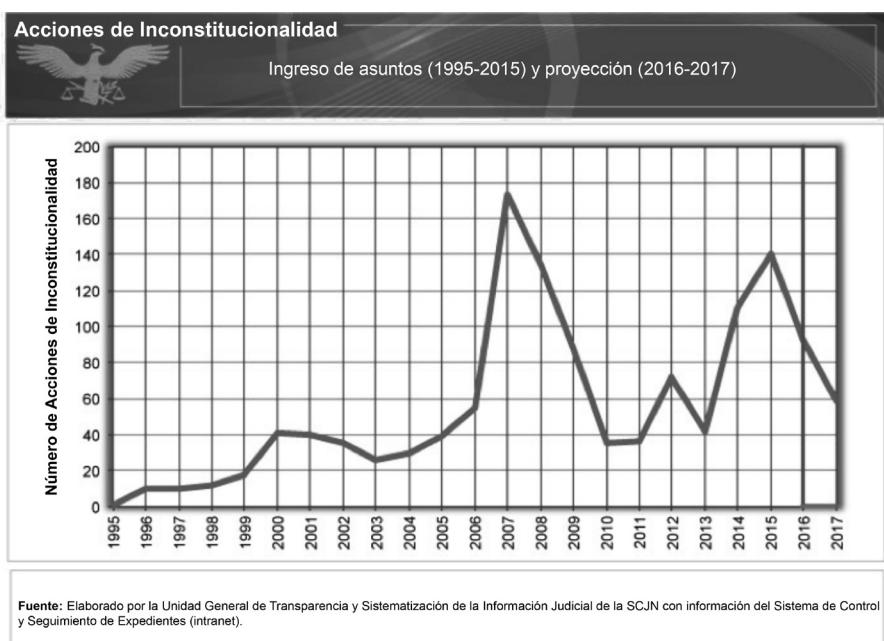
La Unidad General de Transparencia y Sistematización de la Información Judicial de la SCJN tiene disponible para la consulta pública su base de datos *@lex* en donde concentra mucha de la información estadística relevante de su labor (<http://www.internet2.scjn.gob.mx/alex/>). En las siguientes líneas analizaré algunos de los datos más relevantes que se han revisado respecto de los usos que ha tenido la AI en sus primeros veinte años de funcionamiento.

1. *Ingreso anual*

En la gráfica 1 se puede observar el ingreso de asuntos anual. Durante los primeros diez años la incidencia anual no superó las cuarenta AI iniciadas. A partir de 2006 se dio un importante incremento en la cantidad de procedimientos resueltos por la SCJN hasta 2009. En 2010 y 2011 se regresó a números anuales menores a cuarenta asuntos. De 2012 en adelante se han observado algunos picos en la atención, destacándose los años 2014 y 2015 en donde se han superado de nueva cuenta la centena de AI iniciadas por ciclo.

¿PARA QUÉ HA SERVIDO LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD (1995-2015)? 329

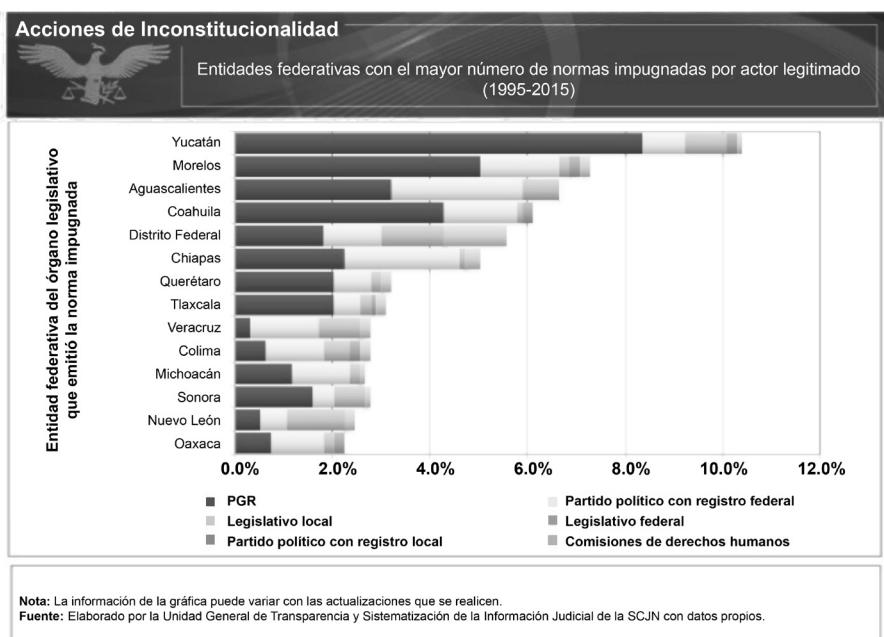
GRÁFICA 1



2. Órgano legislativo emisor de la norma impugnada

La gran mayoría de los asuntos iniciados se dio en contra de normas generales de carácter local. En la gráfica 2 se observa la distribución de los asuntos iniciados conforme a los catorce órganos legislativos principales que emitieron leyes frente a los cuales se interpuso AI. En estos primeros lugares no aparece el Congreso de la Unión, y la lista como se observa está integrada únicamente por entidades federativas. Yucatán acumula más del 10% de las AI interpuestas, seguida de Morelos, Aguascalientes, Coahuila, Distrito Federal y Chiapas. Todas estas entidades federativas acumulan entre 5 y 8% de los números totales. Esta tabla nos sirve para observar que la AI se ha dado principalmente como una herramienta para combatir normas estatales.

GRÁFICA 2

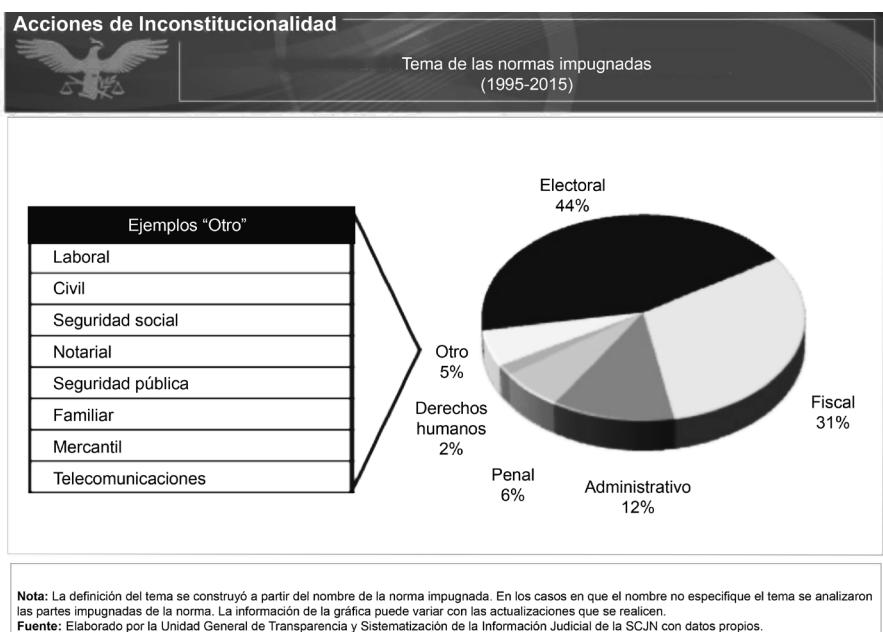


3. Materia de la norma impugnada

La materia más impugnada a través de la AI es la materia electoral (44%), seguida de la fiscal (31%) y administrativa (12%). De acuerdo con la estadística de la Suprema Corte solamente el 2% de los asuntos refirió a temas de derechos humanos. Este número es sumamente discreto, sin embargo, hay que tomarlo con cautela debido a que muchos de los temas sobre los que se iniciaron las AI tienen contenido de derechos humanos aunque se les clasifique bajo otras categorías como penal (5%) o incluso las mismas categorías dominantes ya señaladas. Pese a lo anterior, es innegable que dado que entre la materia electoral (44%) y la fiscal-administrativa (43%) acumulan la gran mayoría de la carga de trabajo de la AI podemos afirmar que el centro del trabajo respecto de la AI no está en los derechos humanos, sino en temas “orgánicos”, es decir, relativos a la parte constitucional que regula no los derechos, o por lo menos no directamente, sino las organizaciones. Estos números ayudan a explicar la teoría de la AI como medio para los actores políticos relevantes ya que los temas que se han tratado no son

los temas de derechos del ciudadano, sino cuestiones más de distribución de poder y competencia electoral.

GRÁFICA 3

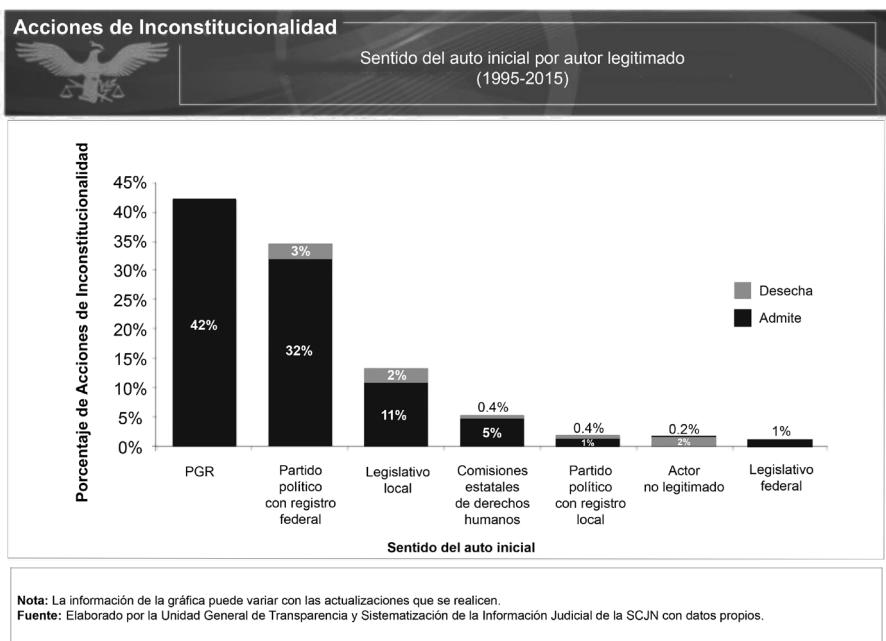


4. Frecuencia y admisión de sujetos legitimados

La gráfica 4 nos muestra quiénes son los que han acudido a la SCJN a iniciar un proceso de AI. Sobre esta gráfica pueden establecerse también importantes conclusiones sobre los usos que ha tenido la AI. Como principal promovente de la AI se encuentra la PGR con un total de 42%; le siguen los partidos políticos con registro nacional con el 35% y las minorías legislativas con el 13%. Las comisiones de derechos humanos han interpuesto el 5.4% de las acciones.

Esta gráfica refleja una dura realidad de la AI, al revelar que sólo una de cada ocho acciones ha sido iniciada por una minoría legislativa. Si cruzamos esta gráfica con la anterior, no resulta difícil observar por qué la alta incidencia del tema electoral, fiscal y administrativo frente a los demás. Sin temor a exagerar es posible señalar que la regla de 33% de las minorías legislativas ha desnaturalizado a la figura de la AI con lo que se privilegia otro tipo de litigante.

GRÁFICA 4

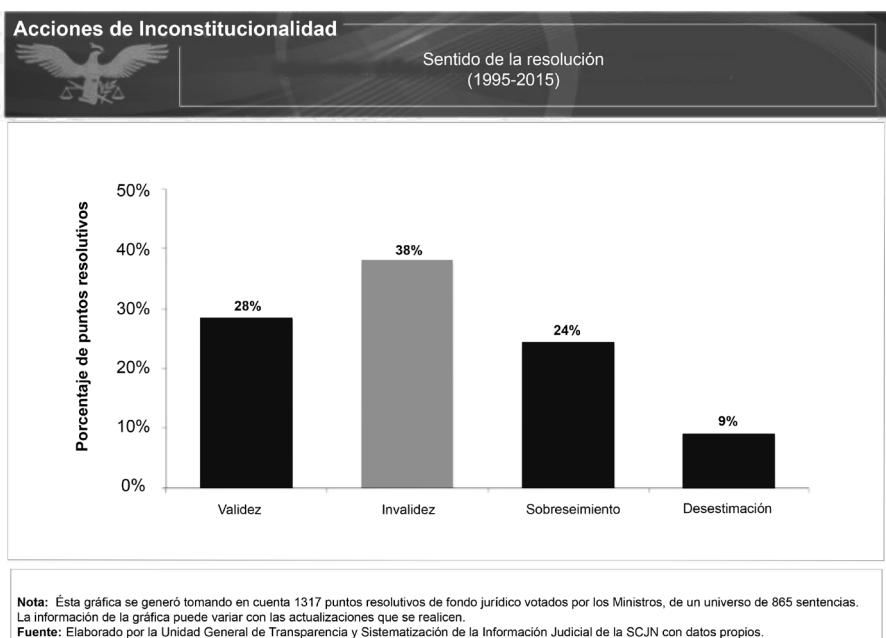


5. Sentido de la resolución

La última gráfica que se utiliza para este estudio nos muestra la resolución de asuntos ordenada en porcentajes. Se han sobreseído 24% de las AI iniciadas; se ha declarado la validez de la norma impugnada en 28% de los casos y se ha declarado la invalidez de la norma en 38% de los mismos. Este último indicador es similar a, por ejemplo, el número de amparos que se otorgan por el Poder Judicial de la Federación. Esta última gráfica nos muestra que las AI son eficaces en un alto porcentaje para la consecución de la invalidez de una norma impugnada por su inconstitucionalidad.

¿PARA QUÉ HA SERVIDO LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD (1995-2015)? 333

GRÁFICA 5



IV. CONCLUSIONES

Los usos observados de la AI en sus primeros veinte años de existencia, muestran que se ha establecido con mayor éxito como un medio de resolución de conflictos entre actores políticos relevantes que como un medio de protección de derechos humanos, los cuales han sido observados como sus objetivos principales para formar parte del sistema constitucional mexicano. El hecho de que sea mayormente litigada por la Procuraduría General de la República y los partidos políticos, antes que por las minorías legislativas o las Comisiones de Derechos Humanos, así lo demuestra. También refuerza esta idea el hecho de que el 87% de los asuntos haya sido catalogado por la misma SCJN como de contenido electoral (44%) o fiscal y administrativo (43%) frente a solamente un 2% que ha sido etiquetado tal cual como derechos humanos.

Algunas de las causas de este desempeño durante los primeros veinte años son las siguientes: por ejemplo, no fue sino hasta el año 2007 que las comisiones de derechos humanos fueron dotadas de legitimación activa para la interposición de la AI, por lo que el bajo porcentaje de inicio de asuntos tendrá una tendencia a incrementar rápidamente. El hecho de que

se haya incluido a la materia electoral a través de este medio de control de constitucionalidad permitió a los partidos políticos contar con un medio de impugnar la constitucionalidad de las normas electorales por primera vez en la historia, después de que fuera una materia excluida del juicio de amparo. El hecho de haber dado una legitimación tan amplia a la Procuraduría General de la República para iniciar procedimientos también orientó mucho del sentido de la AI. Con la reforma constitucional que transforma la Procuraduría General de la República en Fiscalía General de la República esta facultad amplia pasa a la competencia de la Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal, previéndose que exista un uso similar de la legitimación por este actor.

Sin embargo, la principal razón de que la AI no haya servido hasta el momento para una protección más intensa de los derechos humanos es que la legitimación es demasiado estrecha. Se debe disminuir el requisito legal para que las minorías legislativas accedan a ella. El treinta y tres por ciento de la legislatura como requisito resulta demasiado alto y, en los hechos, es más una “acción de arrepentimiento” de las mayorías legislativas ante una decisión legislativa que *ex post* se considera errónea, que efectivamente una puerta de acceso a las minorías (el ejemplo más claro de esto es la AI 26/2006). Se debe abrir la legitimación también para otro tipo de sujetos no públicos como organizaciones no gubernamentales en defensa de derechos humanos y colegios de abogados, como sucede en lugares como Brasil.

La AI ha demostrado su utilidad como un proceso que permite a la Suprema Corte una función de árbitro de conflictos entre actores políticos relevantes. Su gran deuda pendiente esta en convertirse en un medio adecuado para perseguir la protección de los derechos humanos.

V. BIBLIOGRAFÍA

- BRAGE, Joaquín (2005), *La acción abstracta de inconstitucionalidad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- CARPIZO, Jorge (2005), “Nuevas reflexiones sobre la facultad de investigación de la Suprema Corte a 33 años de distancia”, *Cuestiones Constitucionales*, México, núm. 13, julio-diciembre.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (2000), *La acción constitucional de amparo en México y España*, México, Porrúa.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y SÁNCHEZ-GIL, Rubén (2009), *Efectos y contenidos de las sentencias de acción de inconstitucionalidad. Análisis teórico referido a la Ley de Medios*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

¿PARA QUÉ HA SERVIDO LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD (1995-2015)? 335

FIX-ZAMUDIO, Héctor (1964), *El juicio de amparo*, México, Porrúa.

KELSEN, Hans (2001), *La garantía jurisdiccional de la Constitución*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, .

MAGALONI, Ana Laura (2009), “¿Por qué la Suprema Corte no ha sido instrumento para los derechos fundamentales?”, en FERRER, Eduardo y ZALDÍVAR, Arturo, *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional: Estudios en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, t. II, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

RÍOS FIGUEROA, Julio (2007), “Fragmentation of Power and the Emergence of an Effective Judiciary in Mexico”, *Latin American Politics and Society*, Spring, vol. 49, núm. 1.

SUÁREZ ÁVILA, Alberto Abad (2014), *El comportamiento de la Suprema Corte en la protección de los derechos fundamentales en la Novena Época*, México, Porrúa.

TAMAYO SALMORÁN, Rolando (1998), “El poder y la judicatura”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 63.

TENA RAMÍREZ, Felipe (1972), *Derecho constitucional mexicano*, 6a. ed., México, Porrúa.

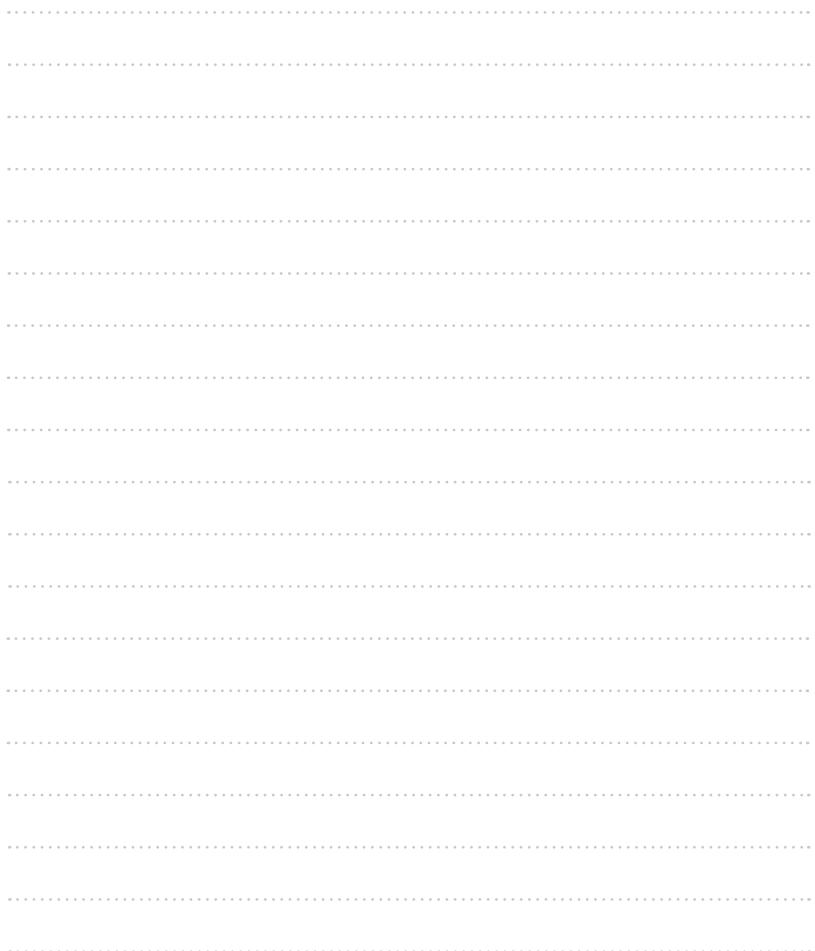
ZALDÍVAR, Arturo (2002), *Hacia una nueva Ley de Amparo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Derecho procesal constitucional en perspectiva histórica, tomo II, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 30 de abril de 2018 en los talleres de Desarrollo Gráfico Editorial, S. A. de C. V., Municipio Libre 175-A, colonia Portales, delegación Benito Juárez, 03300 Ciudad de México, tel. 5601 0796. Se utilizó tipo *Baskerville* en 9, 10 y 11 puntos. En esta edición se empleó papel *cream book* de 70 x 95 de 60 gramos para los interiores y cartulina couché de 250 gramos para los forros. Consta de 1500 ejemplares (impresión *offset*).

Fecha: / /

No olvidar...





Emmanuel

ROA ORTIZ



Director del Instituto de la Judicatura del Consejo del Poder Judicial del Estado de Michoacán. Maestro en Derecho Comunitario Europeo por la Universidad Autónoma de Madrid; profesor de la licenciatura y de la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, así como de la Universidad Latina de América. Ha sido jefe de la División de Estudios de Posgrado de la Universidad Michoacana (2001–2005).

La presente obra reúne los trabajos de autores nacionales y extranjeros presentados en el VII Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, en el marco de los festejos conmemorativos de los doscientos años del Supremo Tribunal de Justicia de la América Mexicana, con sede en Ario de Rosales, Michoacán, considerado el primer tribunal federal del país.

Momento de reflexión sobre el devenir histórico de la jurisdicción y las garantías constitucionales en nuestro país y en otras latitudes, así como para advertir los nuevos contornos y desafíos que enfrenta el derecho procesal constitucional de nuestros días.

