

JURÍDICA IBERO NUEVA ÉPOCA

REVISTA SEMESTRAL DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO
DE LA UNIVERSIDAD IBEROAMERICANA

10





Rector
DAVID FERNÁNDEZ DÁVALOS, S. J.

Vicerrectora
SYLVIA IRENE SCHMELKES DEL VALLE



JURÍDICA IBERO

NUEVA ÉPOCA

REVISTA SEMESTRAL DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO
DE LA UNIVERSIDAD IBEROAMERICANA

Año 5, núm. 10

enero-junio 2021

UNIVERSIDAD IBEROAMERICANA, A. C.

DEPARTAMENTO DE DERECHO

Director

José Luis Caballero Ochoa

JURÍDICA IBERO

Director

Diego García Ricci

Coordinación Editorial

Iván Escoto Mora

CONSEJO EDITORIAL

Mónica González Contró	Gilberto Rita Tamés
José Luis Caballero Ochoa	Juan Federico Arriola Cantero
Olga Sánchez Cordero de García Villegas	Rodolfo Gómez Alcalá
Denise González Núñez	Rogelio Flores
Geraldina González de la Vega	Rosalinda Martínez Jaimes
Arturo Cossío Zazueta	Diego García Ricci

COMITÉ EDITORIAL

Diego García Ricci	Jaime Álvarez Garibay
María del Refugio González	Giovanni Figueroa Mejía
Ariadna Salazar Quiñones	María de Jesús Medina Arellano
Barbara Stepien	Ricardo Alberto Ortega Soriano
César Enrique Olmedo Piña	Iván Escoto Mora
Dulce Alejandra Camacho Ortiz	

JURÍDICA IBERO, año V, núm. 10 es una publicación semestral editada por el Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, A.C. Prol. Paseo de la Reforma 880, Col. Lomas de Santa Fe, Ciudad de México, C.P. 01219. Teléfonos: 5950-5000 ext. 4124. Editor responsable: Diego García Ricci. Número de Certificado de Reserva otorgado por el Instituto Nacional de Derechos de Autor: 04-2016-072816404700-102. Número de Certificado de Licitud de Contenido y de Título: 16843 otorgado por la Comisión Calificadora de Publicaciones y Revistas Ilustradas de la Secretaría de Gobernación. Domicilio de la publicación: Dirección de Publicaciones de la Universidad Iberoamericana. Prol. Paseo de la Reforma 880, Col. Lomas de Santa Fe, Ciudad de México, C.P. 01219. Impresión: Alfonso Sandoval Mazariego, Tizapán 172, colonia Metropolitana Tercera Sección, Nezahualcóyotl, Estado de México. C.P. 57750. Distribución: Universidad Iberoamericana, A.C. Prolongación Paseo de la Reforma 880, Col. Lomas de Santa Fe, Ciudad de México, C.P. 01219. Teléfonos: 55-5950-5000 ext. 7600.

Todo artículo firmado es responsabilidad de su autor. Prohibida la reproducción parcial o total, por cualquier medio o procedimiento, del contenido de la revista, sin autorización previa y expresa, por escrito, de la Universidad Iberoamericana: publica@ibero.mx.

Este número se terminó de imprimir en febrero de 2021, con un tiraje de 300 ejemplares.

ÍNDICE

	Página
<i>Editorial</i>	9
<i>El derecho a la identidad de los afromexicanos y afromexicanas: de la invisibilización a la participación sustantiva.</i>	11
BENJAMIN MULAJI MUKADI	
<i>La crisis del juicio de amparo como recurso judicial efectivo para la defensa de los derechos humanos</i>	37
JUAN CARLOS QUINTERO CORNEJO	
<i>¿Son los jueces constitucionales guardianes sustantivos?</i>	67
JESÚS ÁNGEL CADENA ALCALÁ	

COMENTARIOS

<i>La Convención sobre el Estatuto Jurídico del Mar Caspio</i>	83
RODRIGO LABARDINI	
<i>Contradicción de tesis 204/2016: análisis de su funcionalidad en el campo empírico del derecho</i>	109
JANETH ÁVILA SEPÚLVEDA	

INDEX

	Page
<i>Editorial statement</i>	9
<i>Afromexicans' right to identity: from invisibilization to substantive participation</i> . BENJAMIN MULAJI MUKADI	11
<i>The crisis of the amparo trial as an effective judicial remedy for the defense of human rights</i>	37
JUAN CARLOS QUINTERO CORNEJO	
<i>Are constitutional judges substantive guardians?</i>	67
JESÚS ÁNGEL CADENA ALCALÁ	

ASSESSMENTS

<i>Convention on the Legal Status of the Caspian Sea</i>	83
RODRIGO LABARDINI	
<i>Comparison of the thesis 204/2016: analysis of its functionality in the empirical field of the right</i>	109
JANETH ÁVILA SEPÚLVEDA	

EDITORIAL

Con gran entusiasmo les compartimos el número 10 de *Jurídica Ibero*. En esta ocasión se presenta una amplia reflexión en torno a los derechos humanos, representados desde distintas ópticas: como concepto estudiado desde una perspectiva decolonial; como espacio de cuestionamiento de los procesos judiciales diseñados para su protección; y como objeto teórico y principio práctico vinculado a la actuación de los juzgadores.

La entrega inicia con el texto “El derecho a la identidad de los afroamericanos y afroamericanas: de la invisibilización a la participación sustantiva”, autoría de Benjamin Mulaji Mukadi. El artículo discute en torno al reconocimiento de los derechos de las y los afroamericanos en el contexto de las relevantes reformas de 2019 al artículo 2º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y la conmemoración del decenio de la afrodescendencia impulsado por la Organización de las Naciones Unidas. A través de una revisión histórica, filosófica y jurídica se establece una crítica a los procesos de invisibilización y discriminación a los que han sido expuestos los afrodescendientes en México, lo que permite, hacia el final del trabajo, proyectar una reflexión decolonial respecto del derecho al reconocimiento identitario y a la diversidad cultural.

El segundo trabajo es: “La crisis del juicio de amparo como recurso judicial efectivo para la defensa de los derechos humanos”, de Juan Carlos Quintero Cornejo. El artículo analiza la eficacia del amparo como mecanismo de protección de los derechos humanos, lo que permite al autor plantear la necesidad jurídico-procesal de separar las cuestiones de defensa de derechos humanos de las relativas a la legalidad. La crítica propuesta se funda en la revisión histórica de la institución de amparo, así como en el estudio de los estándares interamericanos para la salvaguardia de derechos, lo que permite al autor proponer algunos parámetros para hacer más efectivo y accesible el juicio de amparo.

El tercer artículo del número se titula: “¿Son los jueces constitucionales guardianes sustantivos?”, de Jesús Ángel Cadena Alcalá. A través de una revisión de la literatura y algunos precedentes judiciales, el autor reflexiona sobre el impacto que ha tenido en el constitucionalismo contemporáneo la inclusión de los tratados internacionales para ofrecer una protección más amplia de las personas y sus derechos. El trabajo centra su análisis en la revisión de tres instituciones desde la perspectiva jurídico-filosófica: “justicia constitucional”, “derechos humanos” y “juez constitucional”. El estudio propuesto caracteriza la idea de justicia a través del concepto “rematerialización constitucional”,

y presenta algunas características clave, tanto formales como materiales, de la función jurisdiccional.

El número cierra con dos comentarios de gran valor teórico. El primero de ellos, “La Convención sobre el Estatuto Jurídico del Mar Caspio”, de Rodrigo Labardini, discute desde una perspectiva histórica y exegética el conjunto de circunstancias prevalentes alrededor de la “cuenca endorreica más grande del mundo” conocida como Mar Caspio, con fronteras que cruzan por Azerbaiyán, Irán, Kazajistán, Rusia y Turkmenistán, y que además conecta comercialmente a Europa con Asia, elementos que preludian la complejidad del análisis de la zona, en términos jurídicos, geopolíticos, económicos y energéticos.

El segundo comentario es la “Contradicción de tesis 204/2016: análisis de su funcionalidad en el campo empírico del derecho”, de Janeth Ávila Sepúlveda. La autora analiza y cuestiona la figura procesal de la “vista al Ministerio Público” dentro del juicio de amparo, lo que permite plantear preguntas sumamente relevantes sobre la eficacia de esa institución, la función social del Ministerio Público dentro de ese juicio e, incluso, la capacidad del Consejo de la Judicatura para sistematizar y hacer accesible la data pública generada en la tramitación de los juicios de amparo.

No me queda la menor duda de que disfrutarán al máximo la lectura de este número.

LA VERDAD NOS HARÁ LIBRES

Prof. Dr. Diego García Ricci
Director de *Jurídica Ibero*

EL DERECHO A LA IDENTIDAD DE LOS AFROMEXICANOS Y AFROMEXICANAS: DE LA INVISIBILIZACIÓN A LA PARTICIPACIÓN SUSTANTIVA

AFROMEXICANS' RIGHT TO IDENTITY: FROM INVISIBILIZATION TO SUBSTANTIVE PARTICIPATION

Benjamin Mulaji Mukadi*

Resumen

El presente artículo trata del derecho a la identidad de los afromexicanos en el contexto particular del “decenio de los afrodescendientes” (2015-2024) decretado por las Naciones Unidas, y la reforma al artículo segundo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Reconstruir dicho derecho exige un trabajo previo que circunscribe la dinámica transatlántica de la esclavitud como causal de la llegada de los negros africanos a las tierras mexicanas. Su condición primigenia de esclavos como referente de su

* Licenciado en Filosofía por la Pontificia Universidad Urbaniana de Roma, licenciado en Teología de la escuela Saint Cyprien de Ngoya, Yaundé, Camerún, afiliada a la Pontificia Universidad Católica Teresianum de Roma. Actualmente cursa la Maestría en Derechos Humanos en la Universidad Iberoamericana de México, Santa Fe. Procedente de la República Democrática de Congo (África), el autor cuenta con quince años de experiencia como misionero católico en Guatemala y México, y se interesa en el tema de los afrodescendientes y los migrantes.

Fecha de recepción: 2 de febrero de 2020.

Fecha de aceptación: 15 de junio de 2020.

nueva identidad se transformaría en el *terminus a quo* de una esquemática destrucción de su cosmovisión, que culmina en una forma de discriminación institucional a través de una completa invisibilidad de la africanía en México. Sin caer en la tradicional nostalgia reivindicativa, se postula una sociedad mexicana incluyente, partiendo de una dinámica de deconstrucción-reconstrucción de una historia común sin fragmentación. Reconstruir la identidad de los afromexicanos supera la simple asequibilidad de algunos derechos sociales a través de medidas de acciones afirmativas, postulando fundamentalmente la construcción de una nueva alteridad partiendo de una dinámica intercultural.

Palabras clave: identidad, invisibilidad, invisibilización, africanía, afromexicanos, afrodescendientes, deconstrucción, reconstrucción.

Abstract

The present article deals with Afromexicans' right to identity in the particular context of the "decade of afro-descendants" (2015-2024) decreed by the United Nations, as well as the reform of the second article of the Political Constitution of the United States of Mexico. Reconstructing this right requires a previous work that circumscribes the transatlantic dynamic of slavery as the cause of the arrival of African negroes in Mexican lands. Their original condition of slaves, as the base of their new identity, will be transformed in the terminus a quo of a schematic destruction of their cosmovision. This destruction culminates in a kind of institutional discrimination by way of a complete invisibility of the Afromexicans in Mexico. Without falling in the traditional protesting nostalgia, the present investigation calls for an inclusive Mexican society. The starting point would be a dynamic of destruction-reconstruction (tearing down and building up) of a common history without fragmentation. The reconstruction of the identity of the Afromexicans goes beyond the simple access to some social rights by way of some measures of affirmative action. It starts from the foundation of the construction of a new otherness starting from an intercultral dynamic.

Keywords: identity, invisibility, invisibilization, Africanness, Afromexicans, Afro-descendants, breaking down, building up.

I. Introducción

La constante vulneración del derecho a la identidad de los afromexicanos está intrínsecamente vinculada al contexto de su brusco aterrizaje sobre las costas del Pacífico mexicano. Su condición primigenia u originaria de esclavos determinaría el marco de su nuevo entorno y se trasformaría en el principal referente de su identidad, dificultando *ipso facto* su aceptación y su integración al nuevo ambiente de vida.

La sobrevivencia a la difícil situación de destierro y de esclavitud mantiene a los nuevos esclavos en una ambivalente encrucijada frente a nuevos desafíos existenciales. De un lado, se les genera un vacío en la vida social, con la persuasión etnocéntrica de la inferioridad de África y de sus descendientes,¹ y del otro, se les coloca en una dinámica de progresiva invisibilización cuya consecuencia es el no reconocimiento constitucional en el que los afromexicanos han permanecido a lo largo de la historia, y cuyo horizonte de salida se vislumbra en la pasada reforma del artículo segundo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM, artículo 2º inciso C), publicada en el *Diario Oficial de la Federación* (DOF) el 9 de agosto de 2019.

Considerando dicha reforma como una oportunidad histórica, el presente estudio tiene como objetivo la participación en la elaboración de modalidades y estrategias para una real integración de los afromexicanos a la vida de la nación en el contexto del decenio de los afrodescendientes (2015-2024). La pretensión va más allá de la tradicional retórica reivindicativa para ser una contribución coyuntural a la construcción del derecho a la identidad de los afromexicanos, percibida como “existencia de un horizonte cultural propio, una matriz cultural propia, en la que existen una serie de símbolos nucleares culturales propios, un modo de ser esenciado, el gusto, el gusto por la vida”.²

El derecho aludido ha sido vulnerado, a partir de los actos de invisibilización a la participación sustantiva como emanación de un proceso episódicamente enraizado en la historia, desde la conquista de México hasta la consolidación de un Estado plenamente democrático y moderno. Se percibe dicha vulneración desde un enfoque histórico-analítico de la vivencia de los afromexicanos, a través de los epifenómenos en la cotidianidad de su existencia como comunidad. De ahí la necesidad de postular una nueva alteridad desde una dialéctica de deconstrucción-reconstrucción de su historia e identidad, en una interacción con todas las comunidades que conforman a México como nación al día de hoy.

El enfoque metodológico parte del análisis básico de algunos documentos en relación con el tema, alimentado con nuestra propia experiencia, desde nuestro ser y nuestro sentir africano en México, así como de nuestra convivencia con algunas aglomeraciones de afromexicanos de Guerrero y de la periferia norte de la Ciudad de México. Así, articulamos la hipótesis del presente trabajo en los términos siguientes: entre menor sea el reconocimiento del derecho a la identidad de los afromexicanos, así como el interés de construir su ser profundo, mayor será la vulneración de sus derechos fundamentales derivada de los actos de invisibilidad a la participación sustantiva. En una correlación con su situación de invisibilidad y la oportunidad de la reforma constitucional, se propone con énfasis algunos elementos que se consideran necesarios para una verdadera visibilidad de las personas de ascendencia africana como grupo diferenciado en México.

¹ Espinoza, Eduardo Luis, *Viaje por la invisibilidad de los afromexicanos*, México, CESOP, 2014, p. 12.

² Fernández Ham, Patricia y Melesio Nolasco, Marisol, en Aguilar León, Norma Inés (coord.), *Estudio especial de la Comisión Nacional de Derechos Humanos sobre la situación de la población afrodescendiente de México a través de la encuesta intercensal 2015*, Ciudad de México 2016, p. 21, disponible en: https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/OtrosDocumentos/Doc_2016_023.pdf.

II. Progresión normativa e integración sesgada

1. De la conquista a la era colonial, un breve recuento histórico

Este primer apartado de nuestra investigación no pretende ofrecer una historiografía de la conquista ibérica, mucho menos de los tres siglos de colonización transatlántica de España. Se trata más bien de ofrecer un sustrato que permita captar la intersección de escenarios expectantes de la presencia de los esclavos traídos de África, para comprender la dinámica de su progresiva invisibilización en el México contemporáneo.

La fuerte aspiración de la conquista sustentada por el descubrimiento del llamado “Nuevo Mundo” constituye el *terminus a quo* de la confrontación entre el occidente, movido por el interés hegemónico de invasión de tierras y extracción de minerales, y las culturas originarias del actual territorio americano.

Las Capitulaciones de Santa Fe del 17 de abril de 1492³ revelan la vertiente teolológica y la inmensa aspiración de un imperio determinado no por el descubrimiento de otros pueblos de la tierra, sino orientado prioritariamente hacia la subyugación de toda la estructura social que encontrarían en las nuevas tierras conquistadas. En Santa Fe de la Vega de Granada, en una junta concertada entre las autoridades de la Corona y Cristóbal Colón, se define el marco jurídico y se ratifica un acuerdo que será una garantía legal para la nueva aventura que conduciría al descubrimiento del nuevo mundo.⁴

El documento formula garantías que protegen la aspiración de la Corona española en la consolidación de su sueño megalómano de la extensión del imperio, pero también define anticipativamente las merecidas retribuciones usufructuarias que convencionalmente adquiriría el conquistador por la “noble” y arriesgada aventura de sometimiento de nuevos territorios. Se trata explícitamente del otorgamiento a Cristóbal Colón de varios títulos deferentes acompañados de inmunidades bajo diversos rostros tales como almirante, virrey o gobernador general, y se establece que las tierras que encontrase en su camino a la India quedarían incorporadas a la Corona de Castilla.⁵

Con la identidad católica de los reyes, la nueva aventura de la conquista conllevará en sus aspiraciones una orientación religiosa y una sustentación católica. Esto otorgaría naturalmente las letras de nobleza a la Santa Sede, transformándola en un actor de relevancia, ya que la práctica jurídica internacional vigente preveía que la conquista de nuevos territorios fuera avalada por el sumo pontífice.⁶

Así se iniciaría el paréntesis histórico y la etapa preparatoria del sometimiento de los naturales de las Américas con la posterior llegada de los colonos españoles en 1521,⁷

³ En referencia a las cláusulas producidas por los Reyes Católicos el 17 de abril de 1492 en las inmediaciones de la ciudad de Granada en España. El documento ofrece los acuerdos alcanzados con Cristóbal Colón, relativos a la expedición que posteriormente realizaría este último, y todos los contornos de su empresa náutica.

⁴ Soberanes Fernández, José Luis, *Historia del derecho mexicano*, 15a. ed., México, Porrúa, 2010, p. 53.

⁵ *Ibidem*.

⁶ *Ibidem*, p. 54.

⁷ Escalante Gonzalbo, Pablo *et al.*, *Nueva historia mínima de México*, México, El Colegio de México, 2008, p. 58.

una etapa marcada por violaciones graves y las guerras injustas⁸ cometidas por los soldados españoles en el no acatamiento de los términos del convenio de los actores al origen de la conquista, y que se extenderían por tres siglos de colonización.

Sin embargo, la euforia generada por las garantías coyunturales dio lugar a la indignación por el desacato a las Letras Alejandrinas.⁹ Éstas fueron ratificadas entre la Santa Sede y la Corona española como marco dentro del cual se mantendría la dinámica de la conquista sin alejarse de la sustentación religiosa. De esta indignación como razón mayor se sumarán razones subsidiarias que conducirían posteriormente a la abolición de la esclavitud de los naturales, lo que abriría las puertas a la trata de los africanos traídos como esclavos.

2. Primicias hacia la abolición de la esclavitud de los naturales

Se trata de un sustrato histórico sin incursión sustancial en los arcanos de la época de la exploración. Sin duda, el encuentro del occidente con los territorios conquistados se construye dentro del marco y de las motivaciones e ideologías que lideran la empresa: el pacto entre los Reyes Católicos, la empresa náutica y la Santa Sede. Si de un lado el sumo pontífice ve en esta empresa una oportunidad de conquista espiritual independientemente de la esencia del cristianismo que no conculca con el objetivo de la conquista, del otro lado las autoridades políticas se mantienen en la espera del despojo o, mejor dicho, del trofeo de la conquista a cualquier precio.

No tardará en revelarse, sin embargo, el carácter incompatible entre las expectativas pontificales y el *modus operandi* de las expediciones en los territorios conquistados. En lugar de las tesis proesclavistas, varias teorías contradictorias con la dignidad humana como fundamento emergerían para poner un término a la exterminación y al trato deshumanizante de los pueblos autóctonos. Entre ellas se mencionan principalmente la tesis teológica y la jurídica discutidas en los círculos influyentes de la corona de Castilla.

En lo jurídico, la esclavitud en España es herencia romana,¹⁰ y su aplicación es la extensión del derecho romano de esclavos.¹¹ Este derecho tenía una especificidad: su presunción de la igualdad natural de todos los humanos. De manera que la raza, la procedencia, la lengua o el idioma son aleatorios y resultan ser parte de lo superfluo de lo que

⁸ El ambiguo concepto de “guerras injustas”, solo se explica en contraposición a las “guerras justas” promovidas y patrocinadas por el imperio de la Castilla, y que podrían ser justificadas bajo tres motivos reconocidos tradicionalmente: ser declaradas por el príncipe, el rey o cualquier autoridad competente, que se diera una causa justa y que hubiera recta intención para la movilización de las tropas.

⁹ La práctica jurídica internacional de la época permite que la autoridad del sumo pontífice de la Iglesia Católica Romana legitime el actuar de los conquistadores en los nuevos territorios. Las *Letras Alejandrinas* hacen referencia al conjunto de los documentos ratificados entre Alejandro VI, Papa entre 1492 y 1503, y la corona española. Los documentos recopilan fundamentalmente los derechos de los reyes de la Castilla sobre las nuevas tierras descubiertas con la exigencia de evangelización de las poblaciones originarias de dichas tierras.

¹⁰ Gallego, José A., “Los argumentos esclavistas y los argumentos abolicionistas: reconsideración necesaria”, *Revista del CESLA*, núm. 7, 2005, p. 67.

¹¹ *Idem*.

constituye la esencia de la persona humana. De ahí la concepción de la esclavitud como un infortunio que afectaba a unos seres humanos, iguales por lo demás a los restantes.¹² Era un contrato parcial que no implicaba disminución alguna en el reconocimiento de la dignidad del siervo como persona.¹³ El no reconocimiento de esta igualdad natural implicaría una aniquilación de la ontología del ser humano, en tanto un ser.

En referencia a la igualdad natural, Louis de Jaucourt la definía como la que existe entre todos los hombres solamente por la constitución de su naturaleza, puesto que esta última resulta ser la misma en todas las personas.¹⁴ Si es del ser en su constitución, no puede ser limitada por otro ser, ni mucho menos otorgada por un ser consubstancial. A esta antropología filosófica subyace una percepción que rechaza toda arbitrariedad hegemónica y la relación de condescendencia que caracteriza la dialéctica del amo y el esclavo. Desde esta lógica se sustenta el principio de igualdad que coloca la esclavitud en la esfera de lo inmoral, descalificando los efectos colaterales de la conquista ibérica en el *Nuevo Mundo*, ya que solo por infortunio alguien caía en la condición de esclavo.

En cuanto al fundamento teológico, la antinomia de la esclavitud con el cristianismo se ubica en la dimensión soteriológica de la doctrina cristiana como una religión liberadora.¹⁵ El cristianismo encarnado, como modo de relacionarse con lo divino, implica una conjugación de la dimensión histórico-soteriológica con la escatológica.¹⁶ Dicho de otra manera, “la encarnación dignificó al ser humano al divinizarlo... estableciéndolo en una postura que lo hace digno de respeto”.¹⁷

Esta percepción considera que la salvación de la persona humana no solo se proyecta en la dimensión trascendente, sino que abarca todas las dimensiones del ser humano en la historia.¹⁸ Esta teología parte de la novedad cristiana que implica el lazo espiritual que caracteriza la comunidad de los bautizados en la persona de Jesucristo, novedad explícitamente presentada por San Pablo en la carta a los gálatas (Gál. 3:26-28), en donde explica la adquisición de la nueva condición de los convertidos y su configuración a la persona de Cristo en los términos siguientes: “De hecho, todos ustedes son hijos de Dios por la fe en Cristo Jesús, porque quienes fueron bautizados en Cristo, de Cristo han sido revestidos. Por tanto, ya no hay distinción entre judío y griego, entre esclavo y libre, entre varón y mujer, porque todos son uno en Cristo Jesús”.¹⁹

Bajo esta perspectiva, el cristianismo establece y construye una comunidad de iguales en la persona de Cristo y se opone a toda estratificación social. Por lo tanto, ningún

¹² *Idem.*

¹³ *Idem.*

¹⁴ Jaucourt, Louis de, “Igualdad natural”, *Encyclopédie. Historia y textos*, trad. de Alejandro Pérez, Soboul, Albert (ed.), Barcelona, Crítica, 1988, disponible en: www.alcoberro.info.

¹⁵ La soteriología es una rama de la teología cristiana que trata de la salvación.

¹⁶ La escatología cristiana trata de las cosas últimas como la muerte, el juicio y el destino final del alma, es decir, lo referente a la vida de ultratumba.

¹⁷ Herrera Aceves, José de Jesús, *Los derechos humanos en la Historia de la salvación, concepto y fundamentación*, IMDO-soc, México, 2002, p. 57.

¹⁸ Haight, R., *Jesús como salvador del hombre y esperanza de la humanidad*, Madrid, Editorial EDICE, 2016, disponible en: http://www.mondonofoferrol.org/cms/media/articulos_archivos/articulos-616.pdf.

¹⁹ Consejo Episcopal Latinoamericano, *Biblia de la Iglesia en América*, Madrid, PPC, 2019.

atributo podría prevalecer como referente para justificar un trato desigual entre las personas humanas de cualquier origen y condición de vida, mucho menos considerando a algunos seres humanos como esclavos de otros.

La idea de fondo es el rescate de los autóctonos con el premio de un progresivo reconocimiento de su humanidad; al mismo tiempo, se consagraba esquemáticamente la bestialidad de los negros africanos, su esclavización y su posterior invisibilización. Si a partir de estas tesis evocadas se vislumbra la creciente conciencia y la consideración de los originarios como seres humanos, se construye también, sin embargo, un discurso discriminatorio de descalificación racial hacia los negros africanos que entran en el juego como nuevos esclavos, transportados a diversas regiones del mundo atlántico para servir de mano de obra en las plantaciones de tabaco, caña, café, algodón y arroz, a las minas de oro y plata o al servicio doméstico.²⁰

Sin ser una fatalidad, mucho menos un error histórico de apreciación en las dinámicas sociales, la invisibilización aparece aquí como consecuencia de una marginación que poco a poco fue anquilosando el imaginario de un pueblo en sus diversas generaciones, hasta conquistar las esferas institucionales de un Estado exento de la colonización.

Otros elementos han sido señalados como adyacentes al ejemplo de la nueva legislación española de 1542 que consagra la abolición de la esclavitud indígena y la declinación demográfica causada por fuertes epidemias.²¹ Los malos tratos y los trastornos culturales, así como la prohibición de esclavizar a los indígenas, fueron causas que propiciaron y justificaron la demanda de personas esclavizadas de distintas regiones de África en la entonces Nueva España.²²

En definitiva, es de notar que la fundamentación y las motivaciones que militan para poner un término a la esclavitud conllevan un sesgo y una contradicción interna. La igualdad defendida en la tesis jurídica entre los seres humanos es ajena a los africanos y genera un estrato inferior al pie del andamiaje, constituido por los esclavos, cuyo infortunio es la pigmentación de su piel. La misma lógica emerge de la tesis teológica que marginaliza la africanía y contradice la doctrina de la universalidad de la salvación en la persona de Cristo Jesús, y por ende, descalifica y desvirtúa toda la obra evangelizadora.

3. Estado liberal mexicano y continuidad histórica de marginación de la africanía

Tradicionalmente se menciona la constitución de Cádiz del 19 de marzo de 1812²³ como uno de los elementos determinantes en el proceso de adhesión de México a la soberanía

²⁰ Velázquez, María Elisa e Iturralde Nieto, Gabriela, *Afrodendientes en México. Una historia de silencio y discriminación*, 2a. ed., México, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, 2016, p. 46.

²¹ Martínez Montiel, Luz María, (coord.), *Presencia africana en México*, México, Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, 1997, p. 32.

²² Velázquez Gutiérrez, María Elisa, "Calidades, castas y razas en México virreinal: el uso de categorías y clasificaciones de las poblaciones de origen africano", *Estudios Ibero-Americanos*, vol. 44, núm. 3, 2018, p. 437.

²³ Soberanes Fernández, José Luis, *Una aproximación a la historia del sistema jurídico mexicano*, México, Fondo de Cultura Económica, 1992, p. 75.

nía nacional. En el artículo segundo de dicha constitución, el constituyente reafirma la configuración de España como una nación libre e independiente, que no es ni puede ser patrimonio de ninguna familia o persona.²⁴

Vale la pena recordar que esta constitución nace en el contexto de la invasión francesa, con la abdicación de Carlos IV, la exaltación al trono de José Bonaparte, la guerra española de independencia²⁵ y otras crisis coralarias. La reafirmación de su independencia y su libertad tiene una repercusión en los círculos independentistas ya activos en México. España se encuentra frente a un dilema, al reafirmar su independencia mientras continúa manteniendo a otros territorios bajo su hegemonía.

Este antecedente de soberanía e independencia al que aspira México se ve reflejado en los elementos constitucionales del 30 de abril de 1812, considerados como su primer intento de ley suprema y elaborados por Ignacio López Rayón.²⁶ El primer punto de dichos elementos constitucionales postula a México como un Estado independiente,²⁷ mientras que su punto sexto expone el ambicioso proyecto de un Estado de derecho que prohíba la esclavitud y la tortura.²⁸

Es más bien en los Sentimientos de la Nación, documento previo a la Constitución de Apatzingán,²⁹ en donde el punto sexto se pronuncia claramente sobre la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley,³⁰ con una prohibición explícita de la esclavitud.³¹ Consciente de la realidad y el contexto en el que emerge el México libre, el documento reserva un espacio muy especial a los derechos fundamentales tradicionales de igualdad, seguridad, propiedad y libertad como fuente de felicidad para el pueblo y para cada uno de los ciudadanos.³² Hay que señalar, sin embargo, que a pesar de la prohibición formal de la existencia de castas y calidades en el México independiente, las distinciones y desigualdades continuaron, y de hecho se incrementaron en ciertos periodos ante las adversas condiciones económicas y el desarrollo del racismo.³³ Los afrodescendientes siguieron formando parte de la nueva nación mexicana, participando en actividades y empresas económicas en el campo y la ciudad como lo habían hecho en la época colonial.³⁴

De lo que antecede, podemos constatar que el nacimiento de México como Estado libre presupone una integración de todas las comunidades presentes sobre el territorio al momento de la independencia. Sin embargo, es posible, por diversos procedimientos, detectar líneas de continuidad de la marginación y la discriminación de los afromexicanos a través del silencio sobre su existencia y otros métodos como el blanqueamiento de

²⁴ La Constitución de 1812, Congreso de los Diputados, disponible en: www.congreso.es.

²⁵ Soberanes Fernández, José Luis, *Una aproximación...*, cit., p. 76.

²⁶ *Ibidem*, p. 85.

²⁷ *Ibidem*, p. 86.

²⁸ *Idem*.

²⁹ La Constitución de Apatzingán es promulgada el 22 de octubre de 1814 y considerada como la primera Constitución del México independiente.

³⁰ Soberanes Fernández, José L., *Una aproximación...*, cit., p. 88.

³¹ *Idem*.

³² *Ibidem*, p. 92.

³³ Velázquez, María Elisa e Iturralde Nieto, Gabriela, *op. cit.*, p. 90.

³⁴ *Idem*.

la población mediante las políticas eugénicas promovidas posteriormente; el desarrollo de las ideas racistas en auge en el siglo XIX, que enaltecieron al “mestizo” como resultado solo de la unión de “indios y españoles”,³⁵ y las leyes que literalmente proscribieron el acceso a personas de raza negra al territorio mexicano.³⁶ Podemos concluir este punto con una constatación: México nace libre y con deseo de una nación igualitaria; sin embargo, el hiato entre el ideal de un pueblo unido y la realidad de una dinámica interna de no aceptación trascendió las generaciones y construyó un país de deseables e indeseables.

III. México, un pluriculturalismo *sui generis*

Una de las características de la humanidad globalizada es la formación y la constitución de una sociedad abigarrada en todas las dimensiones vitales. La dinámica universal, bajo el impulso de la desenfrenada y arrastrante globalización, va cada día rompiendo la impermeabilidad de algunas castas con la integración más que evidente de diversas culturas. Podemos aquí hacer mención de tratados que regulan los flujos migratorios, estatutos de protección de refugiados y otras convenciones conexas. Así, el pluriculturalismo en una dinámica de interculturalidad se va transformando en un rasgo innegable de todas las naciones del mundo. Esta dinámica intercultural tiene como horizonte el respeto y la convivencia, el dialogo y el aprendizaje mutuo.³⁷

Visto desde la experiencia interna, México reconoce el rostro plural y el carácter pluricultural de su población, y argumenta su pluriculturalidad en el artículo segundo constitucional al definirse como una: “Nación con una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o partes de ellas”.³⁸ Pese a la sustentación en sus pueblos originarios y la ampliación de la pluriculturalidad a los afroamericanos a través de la reforma recién operada al aludido artículo segundo constitucional, la unidad y la mutua aceptación siguen siendo un reto hacia la construcción de una nación sustancialmente intercultural. Es sin duda el trasfondo de reflexiones que aún siguen proyectando un constitucionalismo en flagrante contradicción con la *ratio legis* a la base de la misma reforma constitucional.³⁹

³⁵ *Ibidem*, p. 91.

³⁶ Yankelevich, Pablo, ¿Deseables e inconvenientes? *Las fronteras de la extranjería en el México posrevolucionario*, México, Escuela Nacional de Antropología e Historia, 2011, p. 39.

³⁷ Cruz Rodríguez, Edwin, *Pensar la interculturalidad. Una invitación desde Abya-Yala*, Quito, Abya-Yala, 2013, p. 38.

³⁸ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 2°.

³⁹ En una explicación sobre la esencia de la reforma operada al artículo 2° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en relación con el tema de los afroamericanos, el ministro en retiro, doctor José Ramón Cossío Díaz, cierra su reflexión sobre una nota que desvirtúa el sentido de la lucha por la igualdad de todos los mexicanos cuando afirma: “En los años por venir, habrá que ver cuáles de los contenidos constitucionales les son efectivamente aplicables y cuáles no. Habrá que distinguir lo que es propio de los diversos orígenes, culturas, tradiciones existentes entre unos y otros. También,

Un escrutinio del pluriculturalismo a la mexicana y la situación atípica de invisibilización de la africanía en México hace pensar en una sociedad que por muchos años de su historia ha hecho frente a la realidad del racismo y de la discriminación, y que ha institucionalizado esta última. El sueño de la inclusión y la aceptación por todos del rostro plural de la nación deben ser hoy día una constante en los esfuerzos del Estado hacia la creación de un nuevo paradigma social.

Es en este contexto que Jürgen Habermas, hablando del tema de la inclusión, considera que en razón de su historia y de su cultura política, existen estados cuya autocomprensión nacional debe ser adaptada a la integración de lo que podemos llamar culturas extrañas.⁴⁰ Es sin duda un proceso complejo y cuyos desafíos resultarán mayores cuanto más profundas sean las diferencias de religión o etnia, o las diacronías histórico-culturales que deben ser superadas.⁴¹ Todo eso presupone ineluctablemente una toma de conciencia de la existencia de la discriminación, su comprensión y el reconocimiento de su existencia en las diversas esferas sociales de la nación.

1. ¿*Quid* de la discriminación?

La inconformidad que genera el tema de la discriminación racial ha sido tratada tanto internacionalmente como en los instrumentos regionales y ordenamientos nacionales. Prohibir la discriminación para dichos instrumentos se ha instituido en un principio *erga omnes*, generando interés de protección con el propósito de dar impulso a una cultura de no discriminación e igualdad entre todas las personas humanas por el hecho de ser personas.

En la perspectiva de darle un contenido que abarca todas sus limitantes, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial celebrada el 21 de diciembre de 1965 ofrece una definición del concepto de discriminación racial considerándola como:

... toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el conocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública.⁴²

habrá que discernir si la adición constitucional les garantiza a los afromexicanos la posibilidad y el derecho a reconstruir sus formas tradicionales de ser y de estar, tal como claramente la tienen los indígenas". Véase Cossío Díaz, José Ramón, *El Universal*, 27 de agosto de 2019, disponible en: <https://www.eluniversal.com.mx/opinion/jose-ramon-cossio-diaz/afromexicanos>.

⁴⁰ Habermas, Jürgen, *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, trad. de Juan Carlos Velasco Arroyo y Gerard Vilar Roca, Paidós, Barcelona, 1999, p. 199.

⁴¹ *Idem*.

⁴² Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CERD.aspx>, última consulta, 20 de mayo de 2020.

México, por su parte, integró e incorporó el derecho a no ser discriminado en la reforma constitucional en materia de derechos y cultura indígena aprobada por el Congreso de la Unión en agosto de 2001,⁴³ en la que se establece la obligación de las autoridades de promover, proteger, respetar y garantizar los derechos humanos de las personas, incluyendo los pueblos y comunidades indígenas, atendiendo a los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.⁴⁴

Se deduce de lo anterior que discriminar es vulnerar uno de los principios fundamentales de los derechos humanos, que es la universalidad, y que postula la comunidad humana como una comunidad de iguales, con mismos derechos, consagrados tanto en la Declaración Universal de los Derechos Humanos como en la Convención Americana de las cuales México es parte.⁴⁵

Analizando el proceso discriminatorio y su *modus operandi*, Daniel Solís Domínguez habla de una dinámica que va conquistando paulatinamente la naturaleza misma del ser humano y formando parte de la ontología, de lo más profundo de la persona que discrimina. Dicho en otros conceptos, lo que nació como un hecho aislado frente al descubrimiento de la otredad puede transformarse en parte de la naturaleza de todo un pueblo al volverlo insensible al dolor de los demás y considerar la diferencia como una amenaza.⁴⁶

De tal manera, el proceso de naturalización de la discriminación se elabora mediante diversos mecanismos sociales que pueden ser conscientes, pero generalmente ocurren en el nivel inconsciente, lo que permite su aceptación irreflexiva, así como su presencia en la vida cotidiana.⁴⁷ El riesgo de este proceso puede ser una generalización y una institucionalización de la discriminación que termina comprometiendo a toda una sociedad en una dinámica anquilosante de marginación de todo lo que es diferente. Este mecanismo nos ayuda a entender cómo ha funcionado la invisibilización de los afromexicanos, pero también cómo de forma natural la aversión y la reticencia hacia lo africano se ha transmitido a varias generaciones en completo silencio y sin que esto genera indignación, pasando de ser un hecho subjetivo hasta tocar el imaginario social y la institucionalidad.

2. Afromexicanos, una porción invisibilizada

Con la categoría de “afromexicanos” nos referimos a todas las personas de ascendencia africana presentes en el territorio mexicano, y con mayor concentración en los estados de Guerrero, Oaxaca, Michoacán y Veracruz.⁴⁸ Este concepto global parece más aceptable

⁴³ Fernández Ham, Patricia y Melesio Nolasco, Marisol, *Estudio Especial de la CNDH sobre la situación de la población afrodescendiente de México a través de la encuesta intercensal 2015*, cit., p. 16.

⁴⁴ *Idem*, p. 16.

⁴⁵ Se entiende por “Estado parte” todo Estado que haya ratificado, aceptado y aprobado un instrumento internacional, un tratado o una convención, y que está legalmente vinculado por sus disposiciones.

⁴⁶ Solís Domínguez, Daniel, *Procesos educativos en contextos de desigualdad, discriminación, exclusión y violencia. Perspectivas y prácticas desde los y las estudiantes*, México, Fontamara, 2017, p. 9.

⁴⁷ *Idem*.

⁴⁸ García Hernández, Ariadne, en Peña Martínez, Helen Patricia (coord.), *Afrodescendientes en México. Protección interna-*

hoy que el de afrodescendientes en el caso de México, ya que los grupos y comunidades de diversas regiones dentro del territorio se niegan a ser estandarizados como afrodescendientes, apelativo ajeno a sus cosmovisiones y simpatías.⁴⁹

Hablando de su invisibilidad, la configuración del tejido social mexicano tal como se presenta hoy es producto de procesos de marginación y aceptación de unos, y de rechazo y exclusión de otros. Si está comprobada y exaltada la invaluable contribución de algunas figuras históricas como José María Morelos, Vicente Guerrero o Juan Álvarez, tanto en la causa independentista de México como en su destino como nación, poco o nada se dice sobre su ascendencia africana.⁵⁰

Sin duda, la independencia fue alcanzada con la plena participación de todas las poblaciones presentes en el territorio; no obstante, emerge consecutivamente la preocupación de una redefinición de la identidad mexicana en el nuevo proceso de la construcción de una nación moderna y homogénea,⁵¹ frente al dilema de la diversidad de las comunidades. De ahí resulta la conclusión que establece el perfil de los mexicanos como aquellos que deberían reunir las mejores características de las “razas” que componían su historia, desde la herencia europea y la indígena del pasado prehispánico,⁵² dejando fuera de esta categorización a las personas africanas y afrodescendientes consideradas como indeseables, portadoras de vicios e incapaces de adaptarse al progreso.⁵³

Por consiguiente, el esfuerzo de homogenización de México no tendría otro camino que la invisibilidad de los afromexicanos bajo estos estigmas. Hoy, la invisibilidad de los afrodescendientes en el país facilita la violación de sus derechos y libertades, aumenta su vulnerabilidad y fomenta su exclusión y la discriminación que viven para acceder a sus derechos y mejores oportunidades.⁵⁴

Análogamente, algunos estudios han tratado de sistematizar procedimientos de homogenización que ciertas naciones han manejado, enfrentando frontalmente a las minorías étnicas. Will Kymlicka señala, por ejemplo, la eliminación física de las minorías a través de expulsiones masivas conocidas también como limpieza étnica, el genocidio y la asimilación de las minorías bajo métodos coercitivos, forzándolos a adoptar la cosmovisión dominante.⁵⁵

Kymlicka menciona otro mecanismo sutilmente infligido a las minorías y que se asemeja a la situación de los afromexicanos, que consiste en tratarlos como extranjeros residentes, sometidos a segregación física y discriminación económica, así como a pri-

cional de sus derechos humanos, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2016, disponible en: <https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/cartillas/2015-2016/06-Afrodescendientes-Mexico.pdf>, p. 18.

⁴⁹ Avendaño Villafuerte, Elia, “Los pueblos y comunidades afromexicanas en la Constitución”, *Hechos y Derechos*, núm. 53, septiembre-octubre de 2019.

⁵⁰ Velázquez, María Elisa e Iturralde Nieto, Gabriela, *op. cit.*, p. 88.

⁵¹ *Ibidem*, p. 95.

⁵² *Idem*.

⁵³ *Ibidem*, p. 96.

⁵⁴ García Hernández, Ariadne, *Afrodescendientes en México. Protección Internacional de sus Derechos Humanos*, *cit.*, p. 9.

⁵⁵ Kymlicka, Will, *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*, trad. de Carme Castells Auleda, Barcelona, Paidós, 1996, p. 14.

vación de derechos políticos.⁵⁶ Los afromexicanos nacen en el territorio mexicano y tienen un acta de nacimiento como cualquier ciudadano, sin embargo son inexistentes en la agenda pública del Estado. Dentro de tal panorama, la historicidad de los afromexicanos es la de un pueblo invisibilizado con las consecuencias que tal proceso conlleva, es decir, la destrucción de la dignidad y de la identidad de una comunidad humana, con la subsecuente aniquilación de su potencial de autodeterminación y su conciencia de existir.

La invisibilidad de los pertenecientes a la afrodescendencia en México y la invitación a evidenciar su participación en las cuestiones económicas, culturales y políticas, tal como fue recomendado por el comité de derechos humanos durante el último Examen Periódico Universal de México el 7 de noviembre de 2018 (EPU 2018),⁵⁷ y de las que es cuestión en este trabajo, son sin duda consecuencias de la discriminación por motivo de raza tal como se define en la Convención Internacional arriba mencionada.

En referencia a la composición pluricultural sustentada en la carta magna de la nación, la situación de los afromexicanos desmitifica y pone en tela de juicio un pluralismo de pacotilla, que hipoteca la unidad y la indivisibilidad de la nación. Como hecho relacionado con la historia de la trata de los africanos traídos para la esclavitud, y a la vez una modalidad en la expresión de la discriminación, la invisibilidad es una dinámica de aniquilación y de reducción de toda una comunidad a la nada. Se trata de una de las peores formas de discriminación hacia un pueblo,⁵⁸ y es en esta perspectiva que Eduardo Luis Espinosa ve en ella una manifestación de racismo institucional, que navega entre los recursos de la negación del racismo y de su normalización,⁵⁹ un mecanismo de rechazo que hace imperceptible a un grupo cultural, que está ahí, pero no está.⁶⁰

Esta imperceptibilidad ha implicado la negación de los derechos fundamentales de los afromexicanos y los ha llevado a lo que podemos llamar la inexistencia de todo un pueblo. Es aquí donde surgen las preguntas: ¿cómo y por qué mecanismo el Estado cumplirá el mandato del Comité de los derechos humanos en la perspectiva de la agenda del decenio de los afrodescendientes, dado que ya ha manifestado su disponibilidad a través del reconocimiento constitucional considerada como la etapa determinante en este proceso de inclusión de los afromexicanos? ¿Qué contenido y qué orientación dará el Estado Mexicano a este reconocimiento constitucional con fines de una verdadera sustanciación?

⁵⁶ *Idem.*

⁵⁷ Considerado como el mandato más nuevo del Consejo de Derechos Humanos y conocido como EPU por sus siglas. El Examen Periódico Universal fue creado en marzo de 2006, por la misma resolución 60/251 que estableció el Consejo. Se trata de un procedimiento novedoso que involucra la revisión del cumplimiento de las obligaciones y compromisos de derechos humanos de cada uno de los Estados Miembros de la ONU, en un periodo de cada cuatro años. En la última edición de dicho examen, el Consejo hizo recomendaciones a México en cuanto a la real visibilización de los afrodescendientes en cuestiones económicas, políticas y culturales.

⁵⁸ Fernández Ham, Patricia y Melesio Nolasco, Marisol, *Estudio especial de la CNDH sobre la situación de la población afrodescendientes de México a través de la encuesta intercensal 2015*, cit., p. 3.

⁵⁹ Espinoza, Eduardo Luis, *op. cit.*, p. 14.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 12.

3. Identificación de las faltas del Estado

En una investigación coeditada por Carlos Bravo Regidor y Homero Campa Butrón de abril de 2017⁶¹ se retoman esquemáticamente cuatro faltas de reconocimiento que históricamente han caracterizado la marginación y la discriminación de los afromexicanos. Estas cuatro faltas se plantearon originalmente en el trabajo de Ricardo Antonio Bucio Mújica,⁶² y podrían constituir la base o más bien la ruta para una elaboración de políticas públicas eficientes más allá de la simple asequibilidad de ciertos derechos sociales:

- La falta del reconocimiento histórico: no existe en los libros de texto el hecho de que los afromexicanos están en México desde hace siglos; ni se menciona que se hayan ido del territorio nacional y que hayan desaparecido después de duros trabajos forzados en beneficio de México.
- La segunda falta es el desconocimiento de su aporte cultural a todo lo que México ha desarrollado a lo largo de los años, ignorando su cosmovisión y riqueza cultural en la perspectiva de una mutua valoración intercultural.
- La falta del reconocimiento constitucional, específicamente en el caso del artículo 2º constitucional, que ha sido reformado y solo mencionaba a los pueblos indígenas y a los descendientes de los españoles, haciendo un silencio total sobre más de un millón y medio de afro-mexicanos.
- En último lugar se menciona la falta que fue subsanada a partir de la encuesta intercensal de 2015: el reconocimiento demográfico que lograba dar una idea aproximativa de los afromexicanos presentes en el territorio nacional. En relación a esa última falta, se señala la controvertida metodología empleada en la identificación de los afrodescendientes, no en base de la autodescripción, sino en el de una identidad imputada con base en las precarias condiciones socioeconómicas de los afrodescendientes.⁶³

Tomando en cuenta las motivaciones profundas a la base de la trata transatlántica, y considerando el *statu quo* de las comunidades afromexicanas, su vulneración, su exclusión y su invisibilidad, nos parece evidente que a las cuatro faltas del Estado debe agregarse la falta de la justa retribución, dado que los esclavos africanos vienen específicamente a dar impulso a la economía decadente del territorio conquistado. Estas faltas pueden ser el punto de partida y al mismo tiempo la ruta que puede orientar a México en el proyecto de visibilidad, que el Comité de Derechos Humanos pide al Estado dentro del

⁶¹ Bravo Regidor, Carlos y Campa Butrón, Homero (coords.), “Afromexicanos, la discriminación visible”, *Proceso*, 1 de abril de 2017, disponible en: <https://www.proceso.com.mx/480201/afromexicanos-la-discriminacion-visible>, última consulta: 23 de febrero de 2020.

⁶² Ricardo Antonio Bucio Mújica fungió como presidente del Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, CONAPRED, de diciembre 2009 hasta septiembre 2015. Es politólogo mexicano, servidor público especializado en políticas públicas y derechos humanos, igualdad y no discriminación, y grupos de población vulnerados.

⁶³ Volpato, Tristano, *Del negro mexicano y su identidad, una propuesta teórico-metodológica para el reconocimiento*, Ciudad de México, Universidad Pontificia, 2018, p. 23.

tipo de derechos que han de ser garantizados en el contexto particular del decenio de los afrodescendientes.

Antes de proponer algunos elementos que consideramos fundamentales para cualquier política pública en la perspectiva de las recomendaciones de las Naciones Unidas en el marco del decenio de los afrodescendientes, en el punto que sigue queremos retomar algunos estándares internacionales en relación con las recomendaciones del Examen Periódico Universal (EPU)⁶⁴ en materia de afrodescendientes conforme a lo que ha sido realizado en otros contextos.

IV. Hacia una elaboración de estándares internacionales en materia de afrodescendientes

En el marco del derecho internacional de los derechos humanos, no existen aún, de forma explícita, instrumentos de carácter vinculante en materia de afrodescendientes.⁶⁵ Sin embargo, se mencionan ciertos instrumentos jurídicos pertenecientes al *soft law*,⁶⁶ que progresivamente van fijando estándares que pueden servir en el desarrollo del derecho internacional en esta materia.⁶⁷ Un ejemplo es la Declaración de Santiago,⁶⁸ así como algunas observaciones del grupo de trabajo de expertos sobre los afrodescendientes en Panamá.⁶⁹ Retomaremos aquí unos estándares que encaminan el sentido de la promoción, en cuanto a la participación de los afrodescendientes en el sistema interamericano.

1. En materia económica

La Declaración de Santiago, retomada en la introducción de estándares de protección de los afrodescendientes en el sistema interamericano, reconoce un estrecho vínculo entre la pobreza y el racismo.⁷⁰ Sorprendentemente, todos los grupos minoritarios, y en ese caso los afrodescendientes, en cualquier Estado en el que se encuentren, viven una experiencia fatídica de vulnerabilidad. La brecha entre sus comunidades y el nivel general de

⁶⁴ Examen Periódico Universal.

⁶⁵ Departamento de Derecho Internacional, *Estándares de protección de afrodescendientes en el sistema interamericano. Una breve introducción*, Washington, Organización de Estados Americanos, Secretaría General, 2011, p. 5, disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/publicaciones_estandares_de_proteccion_afrodescendientes_2011.pdf.

⁶⁶ Expresión que se refiere a los instrumentos cuasi legales que no tienen ninguna fuerza legalmente vinculante, o cuya fuerza vinculante es algo más débil que la fuerza vinculante de la ley tradicional.

⁶⁷ Departamento de Derecho Internacional, *Estándares de Protección de Afrodescendientes en el Sistema Interamericano, una breve introducción*, cit., p. 11.

⁶⁸ La Declaración de Santiago fue adoptada en el año 2000 en la Conferencia Regional de las Américas, Preparatoria de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, celebrada del 5 al 7 de diciembre de 2000 en Santiago de Chile.

⁶⁹ El Grupo de Trabajo de Expertos sobre los Afrodescendientes realizó una visita oficial a Panamá del 14 al 18 de enero de 2013.

⁷⁰ Departamento de Derecho Internacional, *Estándares de Protección de Afrodescendientes en el Sistema Interamericano, una breve introducción*, cit., p. 1.

vida de sus connacionales ilustra la idea de la pobreza como una fatalidad y un atributo fundamentalmente relacionado a la pigmentación de su piel y a su historia primigenia de esclavos que los caracteriza, y cuyo destino solo se percibe en una irreversible coexistencia con el sufrimiento y la miseria.

Los estándares en relación con el aspecto económicos propuestos en el sistema interamericano contemplan el compromiso de promover estrategias, políticas públicas y programas, que pueden incluir medidas de acciones afirmativas, para asegurar mayores oportunidades a los afrodescendientes, a fin de que participen en la prosperidad y la riqueza de las naciones.⁷¹

Por lo tanto, las iniciativas incluyentes que el Estado debe inducir de manera clara y con mayor prioridad, podrían sin duda alguna enriquecer y potencializar los sistemas corporativos y los proyectos comunitarios existentes de las zonas costeñas ocupadas mayoritariamente por afrodescendientes como lo proyecta Espinoza, ya que presentan viejas potencialidades económicas.⁷² Eduardo Luis Espinoza plantea en el caso de México, la disponibilidad de fondos para proyectos ya en funcionamiento o por desarrollar.⁷³

2. En materia política

Aquí no se trata únicamente de la participación ciudadana de los afrodescendientes en las obligaciones cívicas, sino, también de la administración directa de la *res publica* en diversos niveles de los gobiernos de sus naciones. En el caso de la visita realizada por el grupo de trabajo de las Naciones Unidas en Panamá en 2013 se señala con satisfacción el hecho de que la ministra de Educación y otros políticos de muy alto nivel eran afrodescendientes, y que seguían plenamente comprometidos con la lucha contra el racismo en el país.⁷⁴ De tal manera que, como estándar para compensar la invisibilidad de los afrodescendientes en varios países, se señala el esfuerzo que se debe realizar en los procesos políticos en pro de una mayor inclusión de todos los ciudadanos sin discriminación.⁷⁵

De modo similar, hablar de los procesos políticos no implica sólo velar por el voto de afrodescendientes como ciudadanos de sus naciones con el gozo de todos sus derechos, sino entrever formalmente su representatividad en las instancias de dirección de las naciones. También significa validar su integración en la administración pública, su promoción a puestos de mando en las instituciones prestigiosas para que su voz sea escuchada y que también se sientan involucrados en las decisiones y políticas públicas de las naciones. Por ello, la participación política de los afromexicanos sigue siendo un reto y una meta que lograr.

⁷¹ *Ibidem*, p. 17.

⁷² Espinoza, Eduardo L., *op. cit.*, p.136.

⁷³ *Idem*.

⁷⁴ Informe del Grupo de Trabajo de Expertos sobre los Afrodescendientes acerca de su 12º período de sesiones. A/HRC/24/52 Add.2, párrafo 43.

⁷⁵ *Ibidem*, párrafo 44.

3. En materia cultural

En este rubro, no solamente se trata de vender el lado folclórico de las tradiciones afrodescendientes bajo una representación exótica, sino considerar y celebrar la cultura como vehículo de valores, así como la ciencia de todo un pueblo. Implica en este caso todo lo que tiene que ver con los valores, la riqueza cultural, los momentos de gloria, pero también la verdadera historia como pueblo.

El documento de introducción a los estándares de protección de afrodescendientes en el sistema interamericano retoma el compromiso de los Estados en la Declaración de Santiago de “establecer, sobre la base de la información estadística disponible, programas nacionales, incluidas medidas de acción afirmativa, que promuevan el acceso de los afrodescendientes a la educación”.⁷⁶

Otro elemento de relevancia señalado por el comité es la ausencia de estadísticas completas en relación a los afrodescendientes⁷⁷ en muchas naciones en donde se encuentran. La idea de fondo es comprometer a los estados a un censo constante, fiable y eficiente de las poblaciones afrodescendientes.

Uno de los compromisos de los Estados en esta Declaración consistió en pedir a las instituciones competentes hacerse cargo de proporcionar información sobre el registro de la población, con objetivo de tener en cuenta de manera explícita su existencia desde los elementos constitutivos de su diversidad.⁷⁸ Un trabajo facilitado por instituciones independientes expertas en estadísticas objetivas encaminaría una proyección y planeación de manera congruente en cuanto a posibles políticas públicas por establecer.

Estos tres estándares brevemente planteados dan una idea de los procesos aplicables desde la realidad de marginación y pobreza en la que los afrodescendientes viven en la mayoría de las zonas dentro del continente americano, y muy notoriamente en México.

El punto que sigue pretende tocar algunas propuestas previas a los estándares arriba mencionados para una radical reversión del *statu quo* de los afromexicanos en esta oportunidad histórica, partiendo desde las faltas que han caracterizado su vida en territorio mexicano.

V. Fundamentos previos, antídotos a las faltas en lo cotidiano de los afromexicanos

Percibido bajo la tutela jurídica clásica, el derecho a la identidad trata del reconocimiento por parte del Estado al nacer y la formalización del nacimiento ante la Ley.⁷⁹ Es bajo

⁷⁶ Departamento de Derecho Internacional, *Estándares de Protección de Afrodescendientes en el Sistema Interamericano, una breve introducción*, cit., p.18.

⁷⁷ *Idem*.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 19.

⁷⁹ Sánchez Lucena, Rosa M., (trad.), *Derecho a una identidad*, disponible en: <https://www.humanium.org>, última consulta: 26 de junio de 2020.

este prisma que el artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su párrafo octavo asume la existencia de cada ciudadano.

Sin embargo, la invisibilidad de los afroamericanos revela claramente que un acta de nacimiento, pese a su valor primordial, no es una garantía de reconocimiento transversal de los derechos fundamentales de los ciudadanos en una nación. Es un ejemplo típico de una simulación que reconoce a los afroamericanos, y consagra al mismo tiempo su inexistencia a través del silencio que ha caracterizado su historia individual y comunitaria. Consideramos por lo tanto que el proceso de concreción de la reforma del artículo 2º constitucional pasa primordialmente por una nueva dialéctica intersubjetiva y una nueva antropología filosófica bajo los criterios que a continuación se exponen.

1. Reconstruir una nueva alteridad como antídoto a la inexistencia

Es cierto que algunos pasos han sido marcados tanto en la perspectiva del reconocimiento y de la inclusión, como en la de la promoción de la visibilidad en diversos ámbitos de la sociedad. Se ha mencionado la creación del Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (CONAPRED), el censo demográfico realizado en 2015 y muy recientemente el reconocimiento constitucional por parte del Senado de la República y su publicación en el *Diario Oficial de la Federación*. Sin embargo, un peligro al que estamos expuestos es el de optar por procesos que no conduzcan a resultados de calidad.

Charles Taylor lo advierte cuando afirma: “el falso reconocimiento equivale a la falta de reconocimiento, y pueden las dos causar daños y transformarse en otra forma de opresión para el sujeto”.⁸⁰ El reconocimiento constitucional es un elemento determinante en el proyecto de la visibilidad de los afroamericanos; sin embargo, falta darle contenido para que realmente conduzca a resultados esperados.

De toda evidencia, “la conexión de africanía y mexicanidad se descuidó en siglos de historia mexicana... hay necesidad de componer símbolos de respeto a la comunidad afroamericana”.⁸¹ Es un trabajo que va más allá de la asequibilidad de algunos derechos a través de la reversión de escenarios de desigualdad, para tomar en cuenta las verdaderas implicaciones transversales en la construcción del nuevo tejido social. Esto trasciende un aparente voluntarismo al ritmo de la coerción generada por los instrumentos internacionales ratificados y el *statu quo* en el marco del decenio de los afrodescendientes, y postula un eficiente compromiso que emerge de la necesidad de una nación reconciliada y comprometida en una convergencia común.

Ya que la historia de los afroamericanos ha sido por siglos vista desde su condición primigenia de esclavos y no considerada en la vertiente de lo que constituye su orgullo, es de suma importancia que cualquier esfuerzo de restauración de los afrodescendientes en su dignidad pase por una nueva dinámica de deconstrucción-reconstrucción de

⁸⁰ Taylor, Charles, *El multiculturalismo y “la política del reconocimiento”*, trad. de Mónica Utrilla de Neira et al., México, Fondo de Cultura Económica, 2009, p. 54.

⁸¹ Espinoza, Eduardo Luis, *op. cit.*, p. 41.

identidades. Esto debe empezar con la identidad negra, entendida como un proceso de creación de igualdad dentro de la comunidad de referencia.⁸²

La dinámica partiría de un desmoronamiento radical de la imagen de inferioridad impuesta e internalizada a través de los siglos de marginación, con la finalidad de captar la incongruencia que, a lo largo de la historia de la humanidad, ha caracterizado la compleja esfera de interacción entre diversas razas y culturas. Se trata de circunscribir los daños generados por la marginación y la invisibilización a través de mecanismos que conduzcan a una total ruptura con las fuentes que alimentan la imagen devaluada de la africanía, ya que la autodepreciación de los mismos afrodescendientes se ha revelado en ciertas circunstancias como uno de los instrumentos más poderosos de su propia opresión.⁸³

La tarea de contemplar este proceso no solamente recae en las víctimas de la historia, sino que debe ser una labor concomitante a la sociedad en su conjunto para una reconfiguración del tejido social y de todo el imaginario de la sociedad mexicana; un ejercicio dialógico que abre a una dinámica de intercambio desde la riqueza cultural de cada grupo en presencia. Se revela aquí el carácter dialectico de la identidad que se sitúa siempre en un juego de influencias con los otros, en un constante movimiento de ida y vuelta, ya que los otros me definen, y yo me defino con relación a ellos.⁸⁴

La promoción de la participación y la visibilidad de los afroamericanos, tomada en esta perspectiva, involucra enseñar a las nuevas generaciones su historia en los programas escolares, así como multiplicar programas culturales para rescatar juntos lo valioso de cada pueblo, inculcando al mismo tiempo una nueva antropología que vaya más allá de rasgos discriminatorios relacionados con los aspectos fenotípicos y la triste historia de esclavitud. Eso será posible si en realidad se enseña a integrar la diversidad cultural como una riqueza y no una amenaza, postulando el valor del ser humano desde otros referentes que nos colocan frente a la insuperable filosofía de la *ipseidad*⁸⁵ de Paul Ricoeur, en el intento de construcción de una nueva alteridad, en una auténtica dinámica intersubjetiva (el otro me alimenta y me construye), una educación para la integración y el reconocimiento de la diversidad cultural que parta de un redescubrimiento de nuestra humanidad común.

2. Promoción “desexotizante” de los afroamericanos como antídoto al desconocimiento de su cultura

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en su análisis de la situación de las personas afrodescendientes en las Américas, exteriorizó su preocupación en

⁸² Volpato, T., *Del negro mexicano y su identidad, una propuesta teórico-metodológica para el reconocimiento*, cit., p. 25.

⁸³ Taylor, Charles, *op. cit.*, p. 54.

⁸⁴ Fernández Quirós, Ester y Hernández Tenorio, Cristina Isabel, “Ensayo sobre identidades”, *Hekademos. Revista Educativa Digital*, año III, núm. 6, agosto de 2010, p. 77-96, disponible en: http://www.hekademos.com/hekademos/media/articulos/06/05_Ensayo_sobre_identidades.pdf.

⁸⁵ Ricoeur, Paul, *Si mismo como otro*, trad. de Agustín Neira Calvo, México, Siglo XXI, 1996.

cuanto a la ausencia de los afrodescendientes en los medios de comunicación sociales. Lo más alarmante en esta observación se refiere a que la visibilidad de los afrodescendientes, cuando se da, es siempre bajo esquemas estereotipados y muy vinculados con la “folklorización” y la “exotización”⁸⁶ de todo lo que tiene que ver con su origen africano. El riesgo que encierra tal exotización es de carácter reduccionista, y tiende a presentar la cosmovisión y la historia de un pueblo para fines lúdicos, además de promover una visión del mundo cuya finalidad es establecer la inferioridad de una cultura frente a otras.

La participación cultural pasa por una restauración y una rehabilitación de la cosmovisión, de la ciencia y de todo lo positivo de los afroamericanos que por muchos años fue relegado a una categoría inferior. Al respecto, es transcendental emprender una verdadera dinámica de inculturación que pasa primordialmente por una decolonialidad de la mentalidad predominante, lo que sentaría las bases para un diálogo de iguales.

No enseñar a las generaciones la historia del afrodescendiente es construir una historia discontinua cuyos episodios son ignorados u omitidos. De ahí la necesidad preponderante de enseñar la historia completa de México en todas sus etapas. Pero esta historia debe incluir la promoción del saber científico, la sabiduría y la cosmovisión africana, lo positivo que caracterizó aquel histórico encuentro entre los africanos y los naturales mexicanos, sin olvidar lo significativo que fue el aporte de los esclavos africanos en el crecimiento económico y su participación en las luchas por la independencia de la nación Mexicana.

3. Ampliación del marco legal como antídoto al desconocimiento constitucional

Entrever la participación de los afroamericanos presupone darles reconocimiento y existencia. La realidad sobre este caso particular es que en México nacían ciudadanos y no lo eran en realidad, ya que considerados ciudadanos de última categoría.

La discriminación y la no visibilidad de los afroamericanos se han movido y protegido dentro de las normas constitucionales. El verdadero combate contra la discriminación va más allá del simple rechazo callejero y de la mirada despectiva a la que son confrontados: a la necesidad de una reforma profunda del ordenamiento legal, para que de hoy en adelante se garantice la progresividad de los derechos para los afroamericanos. Consecutivamente al reconocimiento constitucional ya alcanzado, se requiere garantizar a este grupo el acceso a la justicia, en igualdad de derechos y oportunidades, que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población.⁸⁷ Eso lleva a reconocer y aplicar sus sistemas normativos internos para la resolución de conflictos y para la organización interna de las comunidades.⁸⁸

⁸⁶ Lanza, Edison (relatora), *Mujeres periodistas y libertad de expresión. Discriminación y violencia basada en el género contra las mujeres periodistas por el ejercicio de su profesión*, Organización de los Estados Americanos, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Washington, 2018, p. 27, disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/MujeresPeriodistas.pdf>.

⁸⁷ Fernández Ham, Patricia y Melesio Nolasco, Marisol, *Estudio Especial de la CNDH sobre la situación de la población afrodescendientes de México a través de la encuesta intercensal 2015*, cit., p. 92.

⁸⁸ *Idem*.

La ampliación del marco legal concuerda con uno de los objetivos del decenio de los afrodescendientes, que es la aprobación y fortalecimiento de los marcos jurídicos nacionales, regionales e internacionales de conformidad con la Declaración y el Programa de Acción de Durban⁸⁹ y la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, y asegurar su aplicación plena y efectiva.⁹⁰ Esto se traduce en una voluntad manifiesta de poner un término a la extranjerización y el desarraigo de lo negro, características de la discriminación de los afrodescendientes en Uruguay y México.⁹¹

En su conclusión sobre el racismo judicial en México, Yuri Escalante Betancourt menciona el problema de fondo en estos términos: “no son pues los incidentes callejeros o las frases discriminatorias de gente ignorante o enajenada donde se maquillan las sociedades racialistas, sino en la conformación y disposición de normas, instituciones e ideologías supremacistas reproducidas en el interior de las políticas estatales”.⁹² De tal manera que enfrentar esta situación ayudaría a encaminar una salida hacia una integración efectiva para replantear políticas públicas sustantivas bajo un impulso y una visión diferentes, fundamentados en la universalidad y sustentados en la igualdad que nos recuerdan que natural y moralmente todas las personas deben gozar de los mismos derechos,⁹³ más allá de sus rasgos fenotípicos. Se trata de que el Estado vele por las garantías secundarias que contribuyen a fortalecer el proceso de edificación de una nación verdaderamente incluyente.

4. El trato diferenciado como retribución de una deuda histórica

Las medidas de acción afirmativa bajo la perspectiva reparadora de una deuda histórica o de un derecho vulnerado son comúnmente una salida que muchos gobiernos adoptan en procesos de rendición de justicia. En el particular contexto de la búsqueda de inclusión de minorías, algunas acciones afirmativas tienen por finalidad cambiar el paisaje social de la nación a través de la inédita accesión a puestos de mando de las minorías, mientras que otras aspiran a testimoniar dicha transformación como una forma de progreso en la conquista de derechos.⁹⁴

La búsqueda de la visibilidad y la reconstrucción de la identidad vulnerada de los afroamericanos obliga a observar con particular atención aspectos que tienen origen en la esclavitud. Es menester recordar que la presencia de los africanos en la Nueva España

⁸⁹ En referencia a la Conferencia mundial contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia celebrada en 2001, con sede en Durban, Sudáfrica.

⁹⁰ Decenio Internacional para los Afrodescendientes (2015-2024), disponible en: www.es.unesco.org.

⁹¹ Campoalegre Septien, Rosa y Bidaseca, Karina (coords.), *Más allá del decenio de los pueblos afrodescendientes*, Buenos Aires, Centro de Investigaciones Psicológicas y Sociológicas, 2017, p. 34.

⁹² Escalante Betancourt, Yuri, *El racismo judicial en México Análisis de sentencias y representación de la diversidad*, México, Juan Pablos Editor, 2015, p. 205.

⁹³ Serrano, Sandra y Vázquez, Daniel, *Los derechos en acción. Obligaciones y principios de derechos humanos*, México, Flasco, 2013, p. 23.

⁹⁴ Campoalegre Septien, Rosa y Bidaseca Karina, *Más allá del decenio de los pueblos afrodescendientes, cit.*, p. 59.

no procede de una soberana voluntad de descubrimiento al estilo de los mismos conquistadores, ni emana de una búsqueda de una oportunidad de vida en la dinámica del conocido fenómeno de los flujos migratorios.

En la base de la argumentación y de la fundamentación de la esclavitud negra se encuentran las preocupaciones de una economía progresivamente decadente. La sobrevivencia de la amplia empresa extractiva de minerales y otros productos depende de entrever una alternativa para garantizar la productividad. Ante la falta de rendimiento y la tragedia de mortalidad⁹⁵ de los naturales, lo que se ofrece como solución es la esclavitud de los africanos.

Desde esta perspectiva, varios estudios señalan las diligencias emprendidas desde la Colonia en sintonía con la Corona de Castilla para dar respuesta al problema. Se reporta la correspondencia de Cristóbal de Benavente de 1544, que afirma en términos claros que por la falta de indios esclavos la extracción de oro y la plata había disminuido, por lo que aconsejaba, entre otras cosas, facilitar la entrada de negros, en especial para el trabajo minero, con extensión de derechos de importación.⁹⁶ Esto justifica el incremento, en 1566, del volumen de importación de negros en la Nueva España, a fin de dedicarlos a diversos trabajos especiales como los de desagüe de minas o los de plantaciones e ingenios de azúcar.⁹⁷

El trato diferenciado a través de medidas de acción afirmativa en el contexto del reconocimiento constitucional de los afroamericanos se presenta ante el Estado mexicano no como un favor, sino como una expresión máxima de justicia restaurativa y de compensación en la retribución de una deuda histórica.

El propósito final de dicha reparación no es solo poner término a un estorbo histórico; más bien será el *terminus ad quem* de una dinámica comunitaria que conduzca a una metanoia y al acontecimiento de un Estado con conciencia de su rostro plural, y del rol particular desempeñado por los esclavos africanos en la creación de la riqueza y en la conquista de la independencia de la nación mexicana.

V. Conclusiones

Hablar de la construcción del derecho a la identidad de los afroamericanos lleva a revisar primordialmente las circunstancias que constituyen la base de la vulneración de sus derechos fundamentales, desde el momento en que son trasladados en condiciones inhumanas del continente africano a la Nueva España para ser sometidos a toda clase de servidumbres.

⁹⁵ Velázquez, María Elisa e Iturralde Nieto, Gabriela, *Afrodescendientes en México, una historia de silencio y discriminación*, cit., p. 63.

⁹⁶ Martínez Montiel, Luz María, *Presencia africana en México*, cit., p. 33.

⁹⁷ *Idem*.

Si la razón de su esclavización es el relanzamiento de la decadente productividad, entonces su existencia, entendida como modo de interacción de los esclavos africanos con su nuevo entorno, permanecerá enmarcada y circunscrita dentro de la motivación del origen de su presencia en la Nueva España; es decir, de su condición primigenia de esclavos dependerá a lo largo de los siglos el trato reservado a los esclavos africanos y a su descendencia en México. De ahí la clara explicación de su progresiva marginación y de su invisibilidad en la situación actual de la nación.

Las recomendaciones de Naciones Unidas en el marco del decenio de los afrodescendientes, consecutivamente a las luchas constantes de las comunidades afroamericanas y de los organismos de defensa de derechos humanos, han conducido, en el caso de México, a la reforma del artículo 2º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Esta reforma pone imperativamente a México en una situación de particular privilegio para una deconstrucción-reconstrucción de su memoria histórica asumiendo las sombras y luces de su pasado colonial.

La discriminación por motivo de raza como vector de la invisibilidad que sufren los afroamericanos va más allá de simples actitudes despectivas; para ser considerado como una filosofía política institucional concebida para mantener eternamente en el olvido a esta parte de la historia mexicana encarnada por la presencia de la africanía.

Evidentemente, la promoción de la participación sustantiva de los afroamericanos es una consecuencia lógica de su reconocimiento constitucional, y por ende debe pasar por la consideración de un sinnúmero de políticas públicas a través de diversas medidas de acciones afirmativas que conduzcan a una real voluntad de visibilizar a las personas de ascendencia africana en el México de hoy.

Esta dinámica de visibilización es tan compleja que supera el único ámbito de la asequibilidad de ciertos derechos sociales. Requiere una visión que garantice la progresividad y la transversalidad del abanico de derechos fundamentales consecutivos al reconocimiento constitucional de los afroamericanos y las afroamericanas. Es bajo este supuesto que consideramos que repensar el derecho a la identidad de los afroamericanos pasa prioritariamente por la reconstrucción del *humus* de la persona humana de ascendencia africana, vulnerada en su dignidad. Todo esto supone una dinámica de decolonialidad de nuestro imaginario mental común como pueblo y la consideración de una nueva interacción inspirada por nuevos referentes y bajo la convicción de entrever juntos una nueva convivencia.

En este proceso, apoyados en los Estándares de Protección de Afrodescendientes en el Sistema Interamericano, se observa la necesidad de elaborar políticas públicas adecuadas, acompañadas de medidas de acción afirmativa, para acelerar la normalización y el pleno disfrute de los derechos vulnerados.

Bajo esta circunstancia, todo el proceso del trabajo previo y elemental es un comienzo para enfatizar la necesidad del binomio destrucción-reconstrucción de la historia que conduzca a inventar una nueva antropología, crear una nueva narrativa y postular un nuevo imaginario que integren la diversidad en el diario vivir del pueblo mexicano.

VI. Bibliografía

- Afrodescendientes en México. Protección internacional de sus derechos humanos*, coord. de Helen Patricia Peña Martínez, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2016, disponible en: <https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/cartillas/2015-2016/06-Afrodescendientes-Mexico.pdf>.
- ANDRÉS-GALLEGO, José, “Los argumentos esclavistas y los argumentos abolicionistas: reconsideración necesaria”, *Revista del CESLA*, núm. 7, 2005.
- AVENDAÑO VILLAFUERTE, Elia, “Los pueblos y comunidades afromexicanos en la Constitución”, en *Hechos y Derechos*, núm. 52, septiembre-octubre de 2019, disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/13923/15183>.
- BRAVO REGIDOR, Carlos y CAMPA BUTRÓN, Homero (coords.), “Afromexicanos, la discriminación visible”, *Proceso*, 1 de abril de 2017, <https://www.proceso.com.mx/480201/afromexicanos-la-discriminacion-visible>.
- CAMPOALEGRE SEPTIEN, Rosa y BIDASECA, Karina (coords.), *Más allá del decenio de los pueblos afrodescendientes*, Buenos Aires, Centro de Investigaciones Psicológicas y Sociológicas, 2017.
- COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, *Estudio especial de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos sobre la situación de la población afrodescendiente de México a través de la encuesta intercensal 2015*, coord. de Norma Inés Aguilar León, Ciudad de México 2016, disponible en: https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/OtrosDocumentos/Doc_2016_023.pdf.
- CONSEJO EPISCOPAL LATINOAMERICANO, *Biblia de la Iglesia en América*, Madrid, PPC, 2019.
- CRUZ RODRÍGUEZ, Edwin, *Pensar la interculturalidad. Una invitación desde Abya-Yala*, Quito, Abya-Yala, 2013.
- DEPARTAMENTO DE DERECHO INTERNACIONAL, *Estándares de protección de afrodescendientes en el sistema interamericano. Una breve introducción*, Washington, Organización de Estados Americanos, Secretaría General, 2011, disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/publicaciones_estandares_de_proteccion_afrodescendientes_2011.pdf.
- ESCALANTE BETANCOURT, Yuri, *El racismo judicial en México. Análisis de sentencias y representación de la diversidad*, México, Juan Pablos, 2015.
- ESCALANTE GONZALBO, Pablo et al., *Nueva historia mínima de México*, México, El Colegio de México, 2008.
- ESPINOZA, Eduardo Luis, *Viaje por la invisibilidad de los afromexicanos*, México, CESOP, 2014.
- FERNÁNDEZ HAM, Patricia y MELESIO NOLASCO, Marisol, en Aguilar León, Norma Inés (coord.), *Estudio especial de la Comisión Nacional de Derechos Humanos sobre la situación de la población afrodescendiente de México a través de la encuesta*

- intercensal 2015*, Ciudad de México 2016, disponible en: https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/OtrosDocumentos/Doc_2016_023.pdf.
- FERNÁNDEZ QUIRÓS, Ester y HERNÁNDEZ TENORIO, Cristina Isabel, “Ensayo sobre identidades”, *Hekademos. Revista Educativa Digital*, año III, núm. 6, agosto de 2010, disponible en: http://www.hekademos.com/hekademos/media/articulos/06/05_Ensayo_sobre_identidades.pdf.
- GALLEJO, José A., “Los argumentos esclavistas y los argumentos abolicionistas: reconstrucción necesaria”, *Revista del CELSA*, núm. 7, 2005.
- GARCÍA HERNÁNDEZ, Ariadne, en PEÑA MARTÍNEZ, Helen Patricia (coord.), *Afrodescendientes en México. Protección internacional de sus derechos humanos*, Ciudad de México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2016, disponible en: <https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/cartillas/2015-2016/06-Afrodescendientes-Mexico.pdf>.
- HABERMAS, Jürgen, *La inclusión del otro, estudios de teoría política*, trad. de Juan Carlos Velasco Arroyo y Gerard Vilar Roca, Barcelona, Paidós, 1999.
- HAIGHT, Roger, *Jesús, símbolo de Dios*, trad. de Antonio Pinero, Madrid, Trotta, 1999.
- HERRERA ACEVES, José de Jesús, *Los derechos humanos en la historia de la salvación. Conceptos y fundamentación*, México, Imdosoc, 2002.
- KYMLICKA, W., *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*, trad. de Carme Castells Auleda, Barcelona, Paidós, 1996.
- LANZA, Edison, *Mujeres periodistas y libertad de expresión. Discriminación y violencia basada en el género contra las mujeres periodistas por el ejercicio de su profesión*, Organización de los Estados Americanos, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Washington, 2018, <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/MujeresPeriodistas.pdf>.
- MARTÍNEZ MONTIEL, Luz María (coord.), *Presencia africana en México*, México, Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, 1997.
- RICOEUR, Paul, *Sí mismo como otro*, trad. de Agustín Neira Calvo, México, Siglo XXI, 1996.
- SERRANO, Sandra y VÁZQUEZ, Daniel, *Los derechos en acción. Obligaciones y principios de derechos humanos*, México, Flasco, 2017.
- SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis, *Historia del derecho mexicano*, 15a. ed., México, Porrúa, 2010.
- SOBERANES FERNÁNDEZ, José L., *Una aproximación a la historia del sistema jurídico mexicano*, México, Fondo de Cultura Económica, 1992.
- SOLÍS DOMÍNGUEZ, Daniel, *Procesos educativos en contextos de desigualdad, discriminación, exclusión y violencia. Perspectivas y prácticas desde los y las estudiantes*, México, Fontamara, 2017.
- TAYLOR, C., *El multiculturalismo y “la política del reconocimiento”*, trad. de Mónica Utrilla de Neira et al., México, Fondo de Cultura Económica, 2009.

- VELÁZQUEZ, María Elisa e ITURRALDE NIETO, Gabriela, *Afrodescendientes en México. Una historia de silencio y discriminación*, 2a. ed., México, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, 2016.
- VELÁZQUEZ GUTIÉRREZ, María Elisa, “Calidades, castas y razas en México virreinal: el uso de categorías y clasificaciones de las poblaciones de origen africano”, *Estudios Ibero-Americanos*, núm. 3, 2018, pp. 435-446.
- VOLPATO, Tristano, *Del negro mexicano y su identidad. Una propuesta teórico-metodológica para el reconocimiento*, México, Universidad Pontificia, 2018.
- YANKELVICH, Pablo, *¿Deseables e inconvenientes? Las fronteras de la extranjería en el México posrevolucionario*, México, Escuela Nacional de Antropología e Historia, 2011.

LA CRISIS DEL JUICIO DE AMPARO COMO RECURSO JUDICIAL EFECTIVO PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS*

THE CRISIS OF THE AMPARO TRIAL AS AN EFFECTIVE JUDICIAL REMEDY FOR THE DEFENSE OF HUMAN RIGHTS

Juan Carlos Quintero Cornejo**

Resumen

El presente trabajo busca evidenciar la actual crisis que vive la institución jurídica del amparo como un medio para la defensa de los derechos humanos, y cómo dicha circunstancia ha sido consecuencia tanto de su evolución histórica como de su uso desleal por los operadores jurídicos. Para ello se hace un breve recuento histórico del desarrollo de la institución y de cómo comenzó a contaminarse por efecto del amparo casación como un medio de control de legalidad. Para determinar la eficacia de este juicio como recurso judicial efectivo se señalan las características principales con las que debe contar desde la perspectiva de los estándares interamericanos de derechos humanos, y se contrastan dichos elementos con algunos fenómenos que demuestran que en la actualidad el amparo no cumple con estos requisitos. Finalmente, se enumeran algunas propuestas que podrían solucionar esta situación, haciendo énfasis en la idea de separar por completo las

* El presente artículo se deriva de las ideas planteadas en el trabajo de investigación *Las externalidades del juicio de amparo en la justicia cotidiana: propuestas de mejora al procedimiento de amparo*, presentado para obtener el grado de maestro en Derecho Constitucional y Argumentación Jurídica por parte del Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente (ITESO).

** Licenciado en Relaciones Internacionales y Derecho por el Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente (ITESO), maestro en Derecho Constitucional y Argumentación Jurídica por el ITESO, docente de la materia "Amparo I" en el ITESO, correo electrónico: carlosquintero@iteso.mx.

Fecha de recepción: 28 de febrero de 2020.

Fecha de aceptación: 7 de julio de 2020.

cuestiones de casación y legalidad de la materia del juicio de amparo para fortalecerlo como medio para la defensa de los derechos humanos.

Palabras clave: amparo, recurso judicial efectivo, estándares internacionales, casación.

Abstract

The objective of the following paper is to describe the current crisis of the writ of amparo as a mean for the defense of human rights, and how this crisis is the result of both its historic evolution and the unfair use of it by legal operators. In order to do that, a brief historical review of how the amparo became corrupted by the inclusion of the cassation as a means for legality control is presented. To determine the effectiveness of the writ of amparo as an effective judicial remedy, the analysis then takes into account the main characteristics that it must have from the perspective of the Inter-American standards of Human Rights, contrasting them with some phenomena that prove it does not meet these requirements. Finally, a number of proposals aimed to solve this crisis are listed, emphasizing as a possible solution the separation of the cassation and legality issues from the writ of amparo to reinforce its function as a means for the defense of human rights.

Keywords: writ of amparo, effective judicial remedy, international standards, cassation.

I. Introducción

El juicio de amparo es una de las instituciones más relevantes en el sistema jurídico mexicano y, por ello, siempre ha estado en constante evolución. Su papel inherente como medio de control constitucional enfocado a la defensa de derechos fundamentales ha sido una de sus características definitorias.

Sin embargo, a lo largo de sus ya casi 180 años, esta institución constitucional ha sufrido una serie de cambios que lo han transformado en un ente con una crisis de identidad. Parte del problema es que el amparo incluye cinco procedimientos diferentes que intentan cumplir con tres funciones: 1) un control constitucional, 2) un recurso judicial efectivo para la defensa de los derechos humanos y 3) una forma de control de la legalidad.¹

No obstante, resulta poco probable que una institución pueda cumplir los tres papeles de manera cabal, ya que difícilmente existirá un procedimiento jurisdiccional capaz de enfocarse a resolver los tres problemas sin sacrificar de una u otra forma su eficiencia.

¹ Fix-Zamudio, Héctor, "El juicio de amparo mexicano y el recurso constitucional federal alemán", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 77, mayo-agosto de 1993, pp. 467-469.

De esta forma, el amparo en nuestros días se encuentra en una encrucijada en cuanto a sus fines, la cual lejos de resolverse pronto, cada día se amplía más.

Así pues, ahora más que nunca es momento de replantearnos el papel que debe desempeñar el juicio de amparo en nuestro sistema jurídico y en la sociedad mexicana en general. De continuar con esta tendencia, la institución corre el riesgo de volverse irrelevante en alguna de estas tres funciones, lo cual resultaría preocupante, especialmente, en cuanto a su papel como recurso judicial efectivo.

Para entender cómo se ha llegado a esta crisis y la gravedad de ésta, el presente trabajo se desarrollará en cuatro secciones:

En un primer momento se esbozará un recuento histórico de la institución del amparo y sus funciones, haciendo énfasis en la evolución de los elementos procedimentales del amparo casación como fenómeno que contribuye a que el amparo se encuentre en estado de crisis, así como los cambios que se han suscitado en su conceptualización a partir de las reformas del 6 y 10 de junio de 2011.

En la segunda sección se establecerán, como parámetro de comparación, cuáles son los elementos que debería cumplir cualquier procedimiento jurisdiccional para ser considerado un recurso judicial efectivo desde los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

En una tercera parte se hará una breve descripción y análisis sobre algunas de las prácticas judiciales y obstáculos que han propiciado que en la actualidad el papel del juicio de amparo como recurso judicial efectivo se vea entorpecido.

En la última sección se señalarán algunas posibles formas de remediar esta crisis, entre ellas la eliminación del amparo casación como forma de revisión de la legalidad de las funciones jurisdiccionales y administrativas.

Finalmente, en las conclusiones se establecerá que el cambio más urgente que se debe realizar en materia de amparo es eliminar, en la medida de lo posible, la función parasitaria que cumple como control de legalidad, con lo que se fortalecería su función como mecanismo de defensa de los derechos fundamentales y como derecho humano en sí mismo.

II. Evolución histórica de las funciones del juicio de amparo mexicano

El presente recuento histórico tiene como finalidad dar cuenta de la evolución de las funciones que desempeña el juicio de amparo en dos momentos clave: *a)* el surgimiento del amparo casación y del interés jurídico como forma de control para su procedencia, y *b)* la reforma en materia de amparo y derechos humanos de los días 6 y 10 de junio de 2011 como punto de inflexión en el que el amparo asumió la función de protección de derechos humanos.

1. El surgimiento del amparo casación y el interés jurídico

El juicio de amparo en la actualidad no puede conceptualizarse sin la existencia de su función como procedimiento de casación, ya que su uso como medio para controlar la legalidad de las decisiones jurisdiccionales es de lo más común en el foro del litigio. Sin embargo, este juicio constitucional no siempre fue procedente contra esta clase de actos de autoridad.

La Ley de Amparo de 1869, en su artículo 8º, estableció la improcedencia del juicio de garantías contra actos de autoridad surgidos de negocios judiciales. El objetivo de los legisladores que emitieron esta ley reglamentaria fue evitar el uso de este procedimiento como una cuarta instancia, algo que en aquella época sucedía con bastante frecuencia y retrasaba de forma injustificada la impartición de justicia.²

Esto cambió a partir del caso conocido como “Miguel Vega”, resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en 1869. En este caso, un juez penal de nombre Miguel Vega se encontraba sujeto a un procedimiento sancionador instaurado en su contra por el Supremo Tribunal de Justicia de Sinaloa por haber dictado una sentencia absolutoria en un caso de homicidio en riña, calificándolo como legítima defensa.³

Entre las penas impuestas al juez Miguel Vega se encontraba su destitución del cargo por un año, pero además la prohibición expresa de ejercer la profesión de la abogacía por el mismo periodo de tiempo. Esta penalización era claramente excesiva e inconstitucional, por lo que Vega interpuso una demanda de amparo contra dicha resolución judicial.⁴

La Corte conoció de este asunto a través de la apelación, en la cual resolvió, mediante un ejercicio de control constitucional, que el artículo 8º de la ley reglamentaria era inconstitucional a la luz del artículo 101 de la Constitución Política de 1857, puesto que este último no excluía la procedencia del amparo contra este tipo de actos de autoridad.⁵

A partir de la reiteración de este criterio de interpretación constitucional se consolidó la procedencia del juicio de amparo en negocios judiciales. Esto facultó a los tribunales federales para revisar la constitucionalidad y legalidad de todas las decisiones jurisdiccionales emitidas en el país, incluyendo aquellas dictadas por los juzgados y tribunales locales.

La nueva facultad tuvo detractores importantes, entre los que destaca Ignacio Luis Vallarta, quien, durante su ejercicio como ministro de la Suprema Corte, buscó limitar la procedencia del amparo judicial, específicamente en relación a temas de legalidad en materia civil, mediante una tesis de jurisprudencia.

² Soberanes Fernández, José Luis, “Surgimiento del amparo judicial”, en González Oropeza, Manuel y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (comps.), *El juicio de amparo. A 160 años de la primera sentencia*, Ciudad de México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2019, t. II, p. 465.

³ Rodríguez, Marcos del Rosario, “El juicio de amparo: origen y evolución hasta la Constitución de 1917. Tres casos paradigmáticos que determinaron su configuración”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera, Alfonso (coords.), *El juicio de amparo en el centenario de la Constitución mexicana de 1917*, Ciudad de México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017, t. I, pp. 126-128.

⁴ *Idem*.

⁵ Soberanes Fernández, José Luis, *op. cit.*, p. 465.

En este criterio jurisprudencial, el jurista jalisciense consideró que la violación al artículo 14 constitucional, en relación con la aplicación exacta de la ley en materia civil, no facultaba al gobernado a acudir al juicio de amparo puesto que:⁶

- a. Le sería materialmente imposible a la Corte conocer de todas las causas de amparos civiles en las que no se aplicara la ley con precisión.
- b. La facultad de la corte de revisar los actos de todos los juzgados del país no estaba contemplada en el texto de la Constitución de 1857, lo cual debería estar regulado con precisión.
- c. Si se permitiera lo anterior se estaría violentando el sistema federal, ya que se facultaría a una autoridad de esta índole intervenir en la administración de justicia de los estados, lo que sería equivalente a una invasión de esferas competenciales.
- d. De admitir que procediera el amparo en este tipo de asuntos se confundirían los derechos fundamentales con los derechos de carácter privado, y los segundos estarían regulados por dispositivos y normas locales y no por la Constitución.
- e. Si bien la tesis jurisprudencial de Vallarta fue superada en la práctica, es de reconocerse que sí resonaría en personajes como don Emilio Rabasa, quien manifestó una postura de preocupación ante la procedencia del juicio de amparo en casos civiles por la violación al artículo 14 constitucional durante las discusiones relativas a la inclusión del amparo judicial en la Constitución de 1917.⁷

A pesar de que esta tesis no dio frutos en la práctica judicial, Vallarta sí logró desarrollar y consolidar uno de los conceptos más restrictivos para el acceso al juicio de amparo: el interés jurídico. Con esta figura se buscaba precisamente limitar el acceso libre al procedimiento jurisdiccional con el fin de evitar que el amparo fuera usado como contrapeso judicial al régimen político del Porfiriato, por lo que en realidad éste no fue un concepto que haya nacido junto al amparo, sino que fue obra de la jurisprudencia de la Suprema Corte.⁸

Antes de la introducción del interés jurídico el amparo procedía contra actos de autoridad aunque el quejoso no fuera titular de un derecho subjetivo. Un ejemplo es el caso de un juicio de amparo presentado a nombre de una menor de edad contra la orden de demolición de un pórtico que adornaba la plaza principal de dicha población, y de la cual la quejosa era vecina.⁹

⁶ *Ibidem*, p. 478.

⁷ Fix-Fierro, Héctor, "El Amparo Judicial y la 'Imposible Tarea' del Poder Judicial de la Federación. Perspectivas en el Centenario de la Constitución de Querétaro", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera, Alfonso (coords.), *El juicio de amparo en el centenario de la Constitución mexicana de 1917*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017, t. 1, pp. 482-485.

⁸ Zaldivar Lelo de Larrea, Arturo, *Hacia una nueva Ley de Amparo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 41 y 42.

⁹ *Idem*.

Este amparo tenía como pretensión principal la defensa del patrimonio estético de la población, por lo que la quejosa carecía de interés jurídico, entendido como la afectación de algún derecho subjetivo de su esfera jurídica. Además, la sentencia dictada en dicho juicio de amparo no sólo benefició a la promovente, sino que los efectos de dicha resolución preservaron los derechos de todos los habitantes de la comunidad.¹⁰

Así, la introducción de la figura procesal del interés jurídico por parte de Vallarta vino a limitar el acceso al juicio de amparo, restringiéndolo solo a casos en los que se presentara una violación de los derechos subjetivos del gobernado. Esto implica que se requería de una potestad que permitiera al ciudadano un remedio judicial previo al amparo, lo cual dejaba fuera del alcance de la protección constitucional derechos de índole difuso y colectivo.

2. La conceptualización del amparo como recurso judicial efectivo

Las reformas constitucionales del 6 y 10 de junio del año 2011 introdujeron una serie de figuras procesales y constitucionales que han venido a replantear la función del juicio de amparo. A partir de ese momento se comenzó a considerar dicho procedimiento, no solo como un control de constitucionalidad, sino también como un recurso judicial efectivo para la defensa de los derechos humanos.¹¹

Entre las figuras novedosas que se introdujeron con la referida reforma se encuentran: 1) el bloque de constitucionalidad, 2) la interpretación conforme, 3) el principio pro-persona y 4) el interés legítimo, las cuales, en teoría, debieron fortalecer al juicio de amparo como medio de defensa de derechos humanos.¹² Sobre esto la Relatoría Especial sobre la Independencia de los Magistrados y Abogados de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en México señaló:

El acceso al amparo, una figura jurídica de origen mexicano, debe ser facilitado; debería reconocerse su interés legítimo, permitir el amparo colectivo y, en determinados supuestos, otorgarse efectos generales a las sentencias de amparo y fortalecer el carácter protector de esta figura de los derechos humanos reconocidos en los instrumentos internacionales.¹³

El concepto del bloque de constitucionalidad, también denominado parámetro de control de regularidad constitucional, permite que ahora los jueces y magistrados federales válidamente invoquen normas de derecho internacional de los derechos humanos. No

¹⁰ *Idem.*

¹¹ Martínez Ramírez, Fabiola, “El Juicio de Amparo Mexicano como Recurso Judicial Efectivo”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera, Alfonso (coords.), *El juicio de amparo en el centenario de la Constitución mexicana de 1917*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017, t. II, pp. 101-105.

¹² *Idem.*

¹³ Consejo de Derechos Humanos ONU, *Informe de la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Misión a México*, 18 de abril del 2011, disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2015/10052.pdf?view=1>, consultado el 15 de febrero de 2020, p. 21.

obstante, el criterio emitido por la Suprema Corte en la contradicción de tesis 293/2011 vino a desarticular la naturaleza de este parámetro.¹⁴

Por su parte, la figura del interés legítimo abre la puerta a la defensa de derechos difusos o colectivos, como pueden ser el derecho a un medio ambiente sano, a la salud o a la educación. Ésta es una figura que ha evolucionado a través del desarrollo jurisprudencial, pero que hasta el momento no ha quedado del todo definida, y muchas veces es interpretada de forma restrictiva por los jueces federales.¹⁵

Otro de los elementos novedosos de la reforma es la Declaratoria General de Inconstitucionalidad, la cual ha transformado el amparo en un medio indirecto para lograr la declaración de inconstitucionalidad de normas con efectos *erga omnes*. Aunque, por su configuración, la Declaratoria resulta bastante ineficiente para este objetivo, ya que depende de la voluntad de 8 de los 11 ministros, independientemente de la trascendencia de la inconstitucionalidad.¹⁶

Así, a partir de la introducción de estas figuras en las reformas del 6 y 10 de junio de 2011, se ha conceptualizado que el juicio de amparo también tiene la función de un recurso judicial efectivo en términos de lo establecido en el artículo 25 de la Convención Americana.¹⁷ En este sentido la Suprema Corte de Justicia de la Nación concluyó que el juicio de amparo cumple con los estándares de idoneidad y eficacia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.¹⁸

Sin embargo, la realidad es que esta nueva función se ha visto obstaculizada por una serie de acciones y fenómenos de la práctica judicial, relacionados con el control de la legalidad, que han puesto en crisis la función del amparo como recurso judicial efectivo. Para afirmar que en efecto el amparo presenta esta crisis es necesario definir los límites y alcances que tiene el derecho al recurso judicial efectivo, según han sido establecidos por la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

III. Estándares interamericanos del recurso judicial efectivo

Como se ya se ha señalado, el derecho al recurso judicial efectivo se encuentra estipulado en el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos y establece como dos de sus características definitorias la sencillez y rapidez. Si bien estas caracte-

¹⁴ Guerrero Zazueta, Arturo, ¿Existe un bloque de constitucionalidad en México? Reflexiones en torno a la decisión de la Suprema Corte respecto al nuevo parámetro de control de regularidad, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015, pp. 127-167.

¹⁵ González Oropeza, Manuel y Rodríguez, Marcos del Rosario, “El interés legítimo: naturaleza y alcances”, en Garduño Domínguez, Gustavo y Andreu Gálvez, Manuel (coords.), *La Constitución mexicana de 1917: estudios jurídicos, históricos y de derecho comparado a cien años de su promulgación*, Ciudad de México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2019, pp. 92 y 93.

¹⁶ Rincón Mayorga, César Alejandro, “La Declaratoria General de Inconstitucionalidad, medio ineficaz de control de la constitucionalidad de normas generales”, *Hechos y Derechos*, núm. 37, enero-febrero de 2017, disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/10930/12992>, consultado el 15 de febrero del 2020.

¹⁷ Martínez Ramírez, Fabiola, *op. cit.*, p. 108.

¹⁸ Tesis 2a./J. 12/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, t. 1, febrero de 2016.

rísticas no se encuentran bien delimitadas en dicho numeral, ha sido la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) la que, mediante jurisprudencia, ha definido los alcances de este derecho.¹⁹

Para definir los alcances y características del derecho al recurso judicial efectivo, la Corte IDH ha recurrido a una interpretación que correlaciona el artículo 25 de la Convención con el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva contenido en el diverso numeral 8° del mismo instrumento. Esto es de suma trascendencia, ya que el referido artículo establece límites y alcances muy precisos mediante la incorporación de garantías como la accesibilidad y el plazo razonable, así como la competencia, imparcialidad e independencia de los tribunales. Estas características deben permear los procesos jurisdiccionales de cualquier naturaleza, incluyendo, por tanto, a los que versen sobre la defensa de derechos humanos.²⁰

Cada una de estas características ha sido delimitada y desarrollada a través de la resolución de casos concretos. Muestra de ello es el caso *Cantos vs. Argentina*, donde el tribunal determinó que, para que los Estados garanticen el derecho de acceso a la justicia, éstos deben evitar la imposición de límites o barreras desproporcionadas que impidan al acceso a los tribunales, sean normativos o no.²¹

Así, el acceso a la justicia no se agota con el establecimiento de tribunales, sino que además no deben existir normas que impliquen costos o que, de otra manera, impidan el acceso de los individuos al tribunal y no tengan relación con las necesidades propias de la administración de justicia. Ejemplo de esto último es la existencia de costas judiciales excesivas, o dificultades de acceso al recurso por precisiones técnicas.²²

En otros casos, para determinar el alcance de estas garantías, la Corte IDH ha tenido que adoptar estándares de otros sistemas de derechos humanos como el europeo. Por ejemplo, para determinar si se cumple con el plazo razonable, la Corte ha hecho uso de criterios que surgieron originalmente del caso *Motta y Ruiz Mateos vs. España*, como son: *a)* la complejidad del asunto; *b)* la actuación de los interesados; *c)* la actuación del tribunal y *d)* el nivel de afectación causado por la falta de celeridad.²³

Por tanto, para determinar si un procedimiento se resolvió dentro de un plazo razonable es necesario realizar un estudio pormenorizado del caso concreto, ya que se debe tomar en cuenta que ninguna cuestión jurisdiccional puede ser resuelta de forma inmediata y requiere muchas veces de la preparación de medios de defensa, pruebas y recursos; de ahí que el plazo razonable no puede ser ni muy largo ni muy corto.²⁴

¹⁹ Ibáñez, Juana María, “Artículo 25. Protección Judicial”, en Steiner, Christian y Uribe, Patricia (coords.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada*, México, SCJN y Fundación Konrad Adenauer, 2014, pp. 606-653.

²⁰ *Ibidem*, p. 633.

²¹ Corte IDH, *Caso Cantos vs. Argentina. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas*, 28 de noviembre de 2002, párr. 54.

²² *Idem*.

²³ Ibáñez, Juana María, “Artículo 8. Garantías judiciales”, en Steiner, Christian y Uribe, Patricia (coords.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada*, México, SCJN y Fundación Konrad Adenauer, 2014, pp. 227-230.

²⁴ *Idem*.

En cuanto a la efectividad del recurso, dicha característica implica que no se trate de un recurso ilusorio y conceda verdadera protección de los individuos. Esto es particularmente importante en casos de violaciones sistemáticas y que respondan al contexto interno, o cuando los agentes del estado obstaculicen activamente la interposición de estos medios de defensa.²⁵ Claro está que, al igual que en otros aspectos, lo importante es hacer un estudio individualizado de la situación.

Existen otros puntos en los que estos dos artículos se trastocan. Por ejemplo, la misma Corte IDH ha señalado que, aunque la ejecución de las sentencias está íntimamente relacionada con lo que establece el artículo 25.2 inciso *c* de la Convención en cuanto a la efectividad del recurso, lo cierto es que también debe tomarse en consideración para determinar si por su retraso se puede configurar una transgresión a la garantía judicial del plazo razonable.²⁶

Esta relación entre ambos derechos no es obstáculo para que mediante la interposición de procedimientos para la defensa de los derechos humanos pueda retrasarse la impartición de justicia y por tanto trastocarse las garantías judiciales. En el caso de *Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala*, se determinó que en dicho país existe un abuso en la interposición de los procedimientos de amparo, lo que genera una dilación desproporcionada de los procesos judiciales.²⁷ Al respecto la Corte IDH señala que:

En razón de lo anterior, el Tribunal estima que el recurso de amparo es adecuado para tutelar los derechos humanos de los individuos, siendo éste idóneo para proteger la situación jurídica infringida, por ser aplicable a los actos de autoridad que implican una amenaza, restricción o violación a los derechos protegidos. Sin embargo, en el presente caso la estructura actual del recurso de amparo en Guatemala y su uso indebido ha impedido su verdadera efectividad, al no haber permitido que produzca el resultado para el cual fue concebido.²⁸

Si bien la CIDH ha reconocido que un recurso que permite su interposición indiscriminada no es compatible con el artículo 25.2 de la Convención, lo cierto es que podemos considerar válidamente que además propicia una afectación al derecho de debido proceso en su vertiente de plazo razonable. Esto es, si un Estado permite una situación sistemática como la descrita en los casos citados, se violenta también el diverso arábigo 8 de la Convención Americana.

Cabe señalar que todas las jurisprudencias establecidas por la Corte IDH para el desarrollo de estos elementos son de observancia obligatoria mientras se trate de criterios más favorables para la persona por remisión expresa del artículo 1º constitucional.²⁹ De

²⁵ Ibáñez, Juana María, "Artículo 25...", *cit.*, pp. 606-653.

²⁶ Ibáñez, Juana María, "Artículo 8...", *cit.*, p. 227.

²⁷ Corte IDH, *Caso De la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas*, 24 de noviembre de 2009, párr. 120.

²⁸ *Ibidem*, párr. 121.

²⁹ Tesis P/J. 21/2014 (10.a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, t. 1, abril de 2014.

ahí que estos elementos sean vinculantes para el Estado mexicano si se quiere dar cumplimiento al artículo 25 de la Convención Americana.

Así, en general podemos determinar que, gracias a la relación que existe entre el derecho al recurso judicial efectivo y las garantías judiciales, los medios de defensa de los derechos humanos deben cumplir con los elementos que se señalan en la tabla 1.

TABLA 1: ELEMENTOS DE UN RECURSO JUDICIAL EFECTIVO PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS³⁰

Elementos de fondo	Elementos de forma
Idoneidad	Sencillez
Resuelto por un tribunal competente	Plazo razonable
Resuelto por un tribunal independiente	Accesibilidad
Resuelto por un tribunal imparcial	Ejecutividad

En este sentido existe una serie de fenómenos y obstáculos que, en la actualidad, más que contribuir a que el amparo cumpla con estos requisitos y por tanto tenga este papel como un derecho humano en sí mismo, han entorpecido su desarrollo como un recurso judicial efectivo y lo han configurado casi exclusivamente como una forma de control de legalidad.

IV. Obstáculos a la función del amparo como recurso judicial efectivo

En el siguiente apartado se hará un pequeño recuento de algunos de los fenómenos que en la práctica han logrado minar la capacidad del amparo para cumplir con los requisitos y elementos que debe cumplir un procedimiento para ser efectivo en la protección de derechos humanos. Se trata, pues, de algunas de prácticas y obstáculos que han desvirtuado el fin del juicio de amparo.

Especialmente se presentan circunstancias que demuestran cómo el amparo no cumple con los elementos de sencillez, plazo razonable, accesibilidad y ejecutividad de sentencias. También se plantean las limitaciones del propio amparo como medio idóneo para la reparación de ciertas violaciones de derechos humanos.

³⁰ Elaboración propia con información de Ibáñez, Juana María, “Artículo 25...”, *cit.*, pp. 606-653 e Ibáñez, Juana María, “Artículo 8...”, *cit.*, pp. 207-254.

1. La complejidad del juicio de amparo

Algo que caracteriza al juicio de amparo en nuestros días es su alta complejidad, la cual se ha desarrollado a lo largo de los años al haberse consolidado como una forma de control de legalidad.³¹ Esto ha requerido de la inclusión de elementos altamente técnicos y especializados para la substanciación del procedimiento, mismos que también aumentan dependiendo de la materia y el origen del acto reclamado.³²

Esta alta complejidad es patente si tomamos en consideración que, en realidad, existen muchos tipos de amparo. Según Héctor Fix-Zamudio podemos identificar la existencia de cinco diferentes procedimientos de amparo: 1) el amparo contra leyes, 2) el amparo casación, 3) el amparo administrativo, 4) el amparo *habeas corpus* y 5) el amparo en materia agraria. Cada uno de ellos presenta características técnicas específicas.³³

El *amparo contra leyes*, como su mismo nombre lo indica, es el juicio constitucional que un particular puede interponer en contra de un acto materialmente legislativo en el que se promulgue una norma contraria al texto constitucional. Dicha impugnación puede hacerse, dependiendo de la norma, al momento de su entrada en vigor o con motivo de su primer acto de aplicación.³⁴

Además de esto, a partir de las reformas del 6 y 10 de junio de 2011 encontramos que se ha venido desarrollando una “subespecie” del amparo contra leyes, consistente en el amparo por omisiones legislativas.³⁵ Este tipo de amparo cuenta con reglas especiales para su interposición y surge del reconocimiento de que la omisión por parte de una autoridad, inclusive el legislativo, puede constituir una violación a los derechos humanos.

Por su parte, el *amparo casación* es aquel que se interpone en contra de actos materialmente jurisdiccionales, por lo que se le identifica, por lo general, con la vía directa. Sin embargo, en realidad existen varios supuestos de procedencia en la vía indirecta que también permiten la revisión de este tipo de actos; por ejemplo, los emanados de los tribunales, ya sea fuera de juicio o después de concluido éste.³⁶

En relación con el *amparo administrativo*, su procedencia es clara, ya que se trata de demandas interpuestas con motivo de un acto materialmente administrativo. Este tipo

³¹ Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, p. 485.

³² CIDE, “Diálogos por la justicia cotidiana: diagnósticos conjuntos y soluciones”, *Diagnósticos conjuntos y soluciones*, 29 de abril de 2016, pp. 209-221, disponible en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/79028/Di_logos_Justicia_Cotidiana.pdf, última consulta: 15 de febrero de 2020.

³³ Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, pp. 467-469.

³⁴ Campos Montejó, Rodolfo, *El nuevo juicio de amparo. Elaborado conforme a la reforma constitucional y la nueva Ley de Amparo*, México, Centros Culturales de México, 2014, pp. 91-93.

³⁵ Cruz Razo, Juan Carlos, “Omisiones legislativas y juicio de amparo”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera, Alfonso (coords.), *El juicio de amparo en el centenario de la Constitución mexicana de 1917*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017, t. 1, pp. 549 y 560.

³⁶ “Artículo 107. El amparo indirecto procede... IV. Contra actos de tribunales judiciales, administrativos, agrarios o del trabajo realizados fuera de juicio o después de concluido... V. Contra actos en juicio cuyos efectos sean de imposible reparación, entendiéndose por ellos los que afecten materialmente derechos sustantivos tutelados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte; VI. Contra actos dentro o fuera de juicio que afecten a personas extrañas... VIII. Contra actos de autoridad que determinen inhibir o declinar la competencia o el conocimiento de un asunto”.

de amparos se ventilan en la vía indirecta y, en teoría, deberían ser los que ayuden a la salvaguarda de los denominados derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA), ante el incumplimiento por parte del poder ejecutivo.³⁷

En cuanto al *amparo habeas corpus*, es un procedimiento sumarísimo, contemplado en el artículo 15 de la Ley de Amparo, cuya función es la defensa del gobernado frente a actos que puedan poner en peligro la vida o la libertad personal fuera de procedimiento, o que lo pongan en riesgo de incomunicación, deportación, destierro, extradición, desaparición forzada de personas, tortura, tratos o penas crueles e inhumanos, o incorporación forzosa a las fuerzas castrenses.

Finalmente, el *amparo agrario* es un tipo de procedimiento que contempla amplias prerrogativas procesales a los núcleos de población ejidal y comunal, así como a sus integrantes en los casos que sus derechos se ven en peligro o pueden ser disminuidos. En la Ley de Amparo anterior existía un capítulo expreso dedicado a este amparo, pero en la actualidad se encuentra repartido en diversos artículos.

Esto es un claro ejemplo de cómo el juicio de amparo no es un recurso sencillo, ya que encontramos hasta cinco procedimientos distintos en una sola norma. A estos podríamos agregar otros amparos “especiales”, como los amparos colectivos, que añaden mayores dimensiones de complejidad.

2. Las prácticas desleales y el plazo razonable

En este apartado se describirán dos fenómenos de práctica desleal relacionados con el amparo: 1) uno relacionado con la presentación del amparo casación para dilatar procedimientos jurisdiccionales ordinarios, y 2) otro que consiste en el uso de las herramientas procesales del juicio constitucional para obstaculizar su substanciación.

A. El uso del amparo casación como estrategia dilatoria

El amparo casación es uno de los que más han contribuido a obstaculizar las funciones de este juicio constitucional como medio de defensa de derechos humanos, ya que en la actualidad se ha transformado en una forma de dilatar la impartición de justicia. Así pues, el juicio de amparo sirve a los litigantes prácticamente como una tercera instancia, cuya interposición tiene como objetivo conseguir la dilación de los procedimientos jurisdiccionales.³⁸

La procedencia del juicio de amparo en negocios judiciales ha propiciado, como lo adelantaba Vallarta en su momento, que muchos amparos se interpongan por violaciones de carácter legal y no realmente porque los actos de autoridad generen una afectación

³⁷ Ríos Pimentel, Óscar Fernando, “La reforma constitucional en derechos humanos y amparo, una luz para los derechos económicos, sociales y culturales”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 30, enero-junio de 2014, pp. 285-295.

³⁸ CIDE, *op. cit.*, p. 207.

real a los derechos fundamentales del quejoso. Este fenómeno se produce, en parte, gracias a la interpretación que se ha hecho de los artículos 14 y 16 de la Constitución, los cuales incluyen elementos del principio de legalidad como son la fundamentación y motivación de los actos de autoridad. La gran mayoría de los amparos de tipo casación se presentan invocando la supuesta violación de estos dos numerales.

Esto ha permitido que el amparo casación se use de forma desproporcionada, casi como una “tramitología de la suspensión”, cuyo objetivo es retardar la impartición de justicia.³⁹ Hasta el momento no existen herramientas jurídicas que realmente disuadan a los litigantes de hacer uso del amparo de forma impropia e indiscriminada.⁴⁰

Por ejemplo, existe una estrategia dilatoria muy común en la que la parte demandada en un procedimiento jurisdiccional finge no tener conocimiento del emplazamiento realizado en su contra y solicita el amparo en la vía indirecta como un tercero ajeno al procedimiento por equiparación. Esto se hace por lo general ya terminado el juicio natural; el efecto del amparo en estos casos es la reposición del procedimiento desde el emplazamiento.⁴¹

Otro ejemplo, sumamente común en materia penal, es el uso de amparos denominados vulgarmente como “buscapiés”, los cuales se interponen en contra de posibles órdenes de aprehensión señalando como responsables a una cantidad exagerada de tribunales y otras autoridades ejecutoras. En ellos, el quejoso manifiesta que no tiene conocimiento preciso de la autoridad que ordena o ejecuta el acto reclamado en su contra.

Este tipo de amparos pone en problemas a los tribunales federales, ya que para descartar la existencia o inexistencia del acto reclamado (lo cual no se puede prejuzgar) deben enviarse oficios a todas y cada una de las autoridades señaladas en la demanda de amparo, con miras a que alguna de las señaladas responda afirmativamente el informe justificado o previo, según sea el caso.

El juicio de amparo tiene mucho tiempo realizando una función adicional a las que debería cumplir como garante de la regularidad constitucional y como derecho humano a la defensa jurisdiccional. Se ha transformado en un mecanismo de control de la legalidad que realiza el Poder Judicial de la Federación sobre los actos jurisdiccionales de los órganos judiciales locales.

Prueba de ello es la existencia de todas las tesis jurisprudenciales emitidas por los tribunales federales, en donde se interpretan normas locales, especialmente códigos adjetivos y sustantivos en materias administrativa, civil y penal. Estas tesis muchas veces no tienen un trasfondo de control constitucional y tienen únicamente por objetivo controlar la forma de interpretar o entender estos diversos cuerpos normativos.⁴²

³⁹ Zepeda Lecuona, Guillermo, “El sistema jurídico mexicano frente a la desigualdad”, *Este País*, núm. 315, julio de 2017, p. 27.

⁴⁰ CIDE, *op. cit.*, p. 211.

⁴¹ Tesis 1a./J. 99/2017 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, décima época, t. I, diciembre de 2017.

⁴² Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, p. 483.

El problema, sin embargo, no se encuentra únicamente en el amparo de tipo casación. En otros también podemos encontrar diversos usos desleales que han contribuido a saturar el sistema de impartición de justicia en el nivel federal, con la presentación masiva de amparos frívolos como una forma de estrategia dilatoria.

En este sentido, llama la atención el uso del amparo *habeas corpus* para evitar arrestos administrativos; por ejemplo, los dictados dentro de operativos de alcoholimetría. Esto sucede en el marco de operativos como el denominado “Conduce sin alcohol” del gobierno de la Ciudad de México, en donde unos cuatro de cada diez detenidos presentan un amparo con el fin de que se suspenda la orden de arresto.⁴³

Cabe destacar que el amparo *habeas corpus* puede ser presentado por cualquier persona que conozca de la detención, pero requiere de la ratificación del quejoso una vez que cese la privación ilegal de la libertad, algo que, por lo general, no sucede, ya que la mayoría de los quejosos no acuden posteriormente. Así, este tipo de procedimientos se tienen por no presentados en su mayoría.⁴⁴

Gracias a este tipo de prácticas, el amparo se ha convertido en un recurso más para el litigio desleal, con miras a burlar la impartición de justicia, tanto local como federal. Se trata de una situación muy similar a la descrita por la Corte IDH en el caso *Masacre de las dos Erres vs. Guatemala*. Al mismo tiempo, esto genera una carga de trabajo innecesaria que contribuye a la saturación del Poder Judicial de la Federación.

B. El uso de herramientas procesales para obstaculizar la resolución del amparo

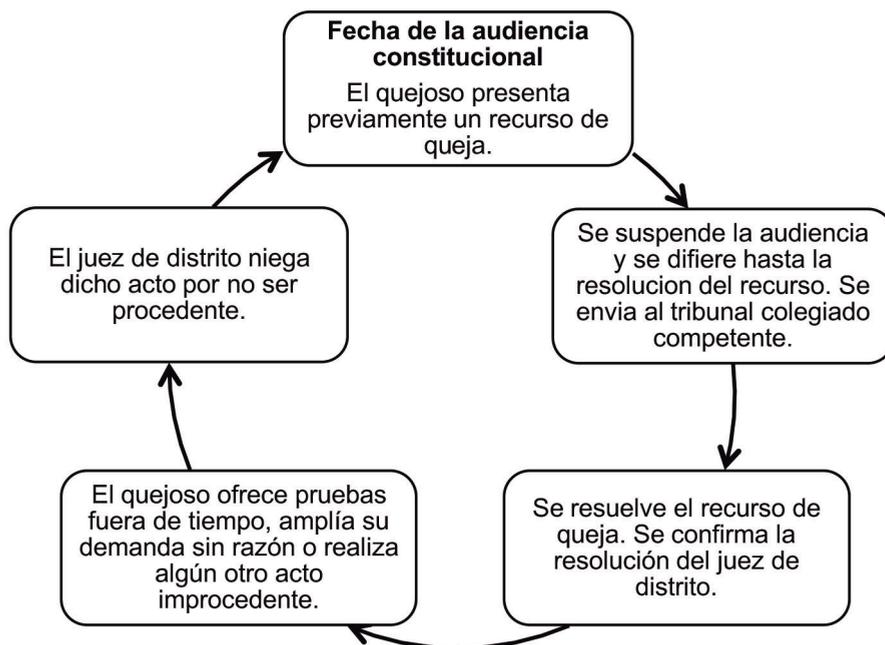
Otro tipo de aspectos que evitan que el amparo pueda asumir su rol como un recurso judicial efectivo tiene que ver con su configuración como procedimiento jurisdiccional complicado. Uno de los principios rectores del amparo es precisamente el de prosecución judicial, el cual señala que se trata de un juicio autónomo y no un mero recurso de impugnación, y como tal su substanciación incluye diversas etapas procesales.⁴⁵

Pero, además de incluir diversas etapas, como casi todo procedimiento jurisdiccional, el amparo también contempla medios de impugnación, incidentes y otras herramientas procesales, las cuales también son usadas de forma desleal por las partes, especialmente por el quejoso, cuando su interés se centra en mantener vivo el juicio de amparo para la suspensión del acto reclamado. Estas herramientas son usadas con mayor frecuencia en el procedimiento de amparo en la vía indirecta.

⁴³ “Diputado propone frenar amparos contra alcoholímetro”, *Forbes México*, 14 de enero de 2020, disponible en: <https://www.forbes.com.mx/diputado-propone-frenar-amparos-contra-alcoholometro/>, última consulta: 15 de febrero de 2020.

⁴⁴ Artículo 15: “Una vez lograda la comparecencia, se requerirá al agraviado para que dentro del término de tres días ratifique la demanda de amparo. Si éste la ratifica por sí o por medio de su representante se tramitará el juicio; de lo contrario se tendrá por no presentada la demanda y quedarán sin efecto las providencias dictadas”.

⁴⁵ Campos Montejo, Rodolfo, *op. cit.*, p. 28.

FIGURA 1: DIAGRAMA DEL USO DESLEAL DEL RECURSO DE QUEJA⁴⁶

Un ejemplo de este tipo de estrategias se puede observar en la figura 1, en la cual se describe el proceso mediante el cual se hace uso del recurso de queja en la vía indirecta para diferir constantemente la audiencia constitucional. Para lograrlo, el quejoso solicita la ampliación de la demanda u ofrecimiento de pruebas, pero de forma que el juzgado debe negar la ampliación o las pruebas por presentarse fuera de tiempo.

Posteriormente, el día de la audiencia constitucional, el quejoso presenta formal recurso de queja en contra de la negativa del juzgado de distrito. Gracias a ello, el juez federal “se ve impedido para celebrar la audiencia constitucional, ya que debe suspender el procedimiento y remitir los autos a la vista del tribunal colegiado para la resolución del recurso”.⁴⁷

Esto implica que la audiencia constitucional se difiere hasta que el colegiado dicte una resolución para el recurso de queja. Una vez resuelto este recurso y confirmada la resolución del *ad quem*, “el quejoso tiene carta abierta para repetir dicha estrategia y de

⁴⁶ Elaboración propia con información de la Ley de Amparo.

⁴⁷ Quintero Cornejo, Juan Carlos, *Las Externalidades del Juicio de Amparo en la Justicia Cotidiana: Propuestas de Mejora al Procedimiento de Amparo*, tesis para obtener el grado de Maestría en Derecho Constitucional y Argumentación Jurídica, ITESO, Departamento de Estudios Sociopolíticos y Jurídicos, 2019, p. 25.

esa manera diferir la celebración de la audiencia constitucional las veces que se le antoje, dejando a su arbitrio la duración del juicio de amparo indirecto”.⁴⁸

A este tipo de amparos se les conoce en el argot de la práctica del litigio como “amparos blindaje”, ya que les permite ampliar de forma indefinida su duración y así dejar vigente la medida cautelar de la suspensión del acto de autoridad, “blindando” al quejoso de sus efectos. Esto resulta especialmente grave en los casos en que existen terceros interesados a quienes dicha dilación procesal les genera daños y perjuicios.

Si bien existe el sistema procesal de las fianzas y contrafianzas, éste es un obstáculo salvable, especialmente para quienes tienen más recursos para solventar su exhibición. Además, no existe certeza de que estas cantidades puedan ser cobradas mediante el incidente de daños y perjuicios respectivo, especialmente si el punto toral de esta estrategia es evitar que se resuelva el fondo del asunto y no se dé la oportunidad de llegar a dicha etapa procesal.

Ésta no es la única forma de dilación en el marco del juicio de amparo: también se pueden utilizar las estrategias “clásicas” posibles en casi todo procedimiento jurisdiccional. Por ejemplo, la interposición de incidentes de nulidad de actuaciones, objeciones por falsedad de documentos, recusaciones o el ofrecimiento de material probatorio excesivo, entre otras.

Es importante señalar que muchas de estas estrategias de dilación dentro del juicio de amparo pueden ser usadas tanto en la vía indirecta como en la directa. Un ejemplo es el incidente de falsedad de firma en la demanda de amparo. Este procedimiento incidental, aunque no es de previo y especial pronunciamiento, en la vía directa obliga al tribunal colegiado al desahogo de una prueba pericial en grafoscopia como si se tratara de la vía indirecta.⁴⁹

Otras formas de dilación presentes en la vía directa son los incidentes de falta de personalidad⁵⁰ y de nulidad de notificaciones.⁵¹ Este último incluso permite el ofrecimiento y desahogo de pruebas para demostrar la ilegalidad del emplazamiento realizado por la autoridad responsable al tercero interesado. De forma que el amparo en vía directa también puede ser dilatado.

Por tanto, incluso en su función como control de legalidad, el diseño procesal del amparo es ineficiente. No solo porque permite que se use para entorpecer la administración de justicia ordinaria como una tercera instancia, sino que además el proceso está diseñado de tal forma que puede dificultarse llegar a la resolución del fondo del propio amparo.⁵² De ahí que en la mayoría de los casos no se cumpla con el elemento del plazo razonable establecido en el nivel interamericano.

⁴⁸ *Idem*.

⁴⁹ Tesis P./J. 33/2018 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, t. I, enero de 2019.

⁵⁰ Tesis 1a./J. 108/2011 (9a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, novena época, t. I, enero de 2012.

⁵¹ Tesis 2a./J. 5/2018 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, t. I, julio de 2015.

⁵² CIDE, *op. cit.*, p. 217.

3. Falta de acceso al procedimiento de amparo

Por otro lado, el acceso a este procedimiento constitucional sigue siendo difícil para ciertos grupos de personas. Por ejemplo, debido a que los Tribunales Federales se ubican en las ciudades más pobladas del país, las personas que habitan lejos de los grandes centros de población encuentran un obstáculo en la distancia.⁵³ Por desgracia esto lleva a que muchas personas se vean disuadidas, o de plano imposibilitadas, para iniciar un juicio de amparo.⁵⁴

También resulta importante señalar que, aunque no existen costas judiciales, los juicios de garantías son muy onerosos. Esto se debe a que, por su complejidad, el quejoso requiere de la asesoría de abogados con conocimientos altamente especializados quienes pueden cobrar altas sumas de dinero por sus honorarios. Así pues, quien no cuenta con recursos suficientes de tiempo y dinero no puede soportar las cargas de proseguir un juicio de amparo.⁵⁵

Esto deja en evidencia que las reformas a la ley reglamentaria no lograron ampliar el acceso al juicio de amparo, ya que ninguna de las figuras incluidas a partir de 2013 permite combatir el fenómeno de la desigualdad en el acceso a servicios jurídicos.⁵⁶ Por el contrario, al tener un juicio de amparo más complejo, de cierta forma se ha acrecentado la asimetría procesal entre quienes tienen mayor capacidad económica y quienes cuentan con menos recursos; estos últimos por lo general no pueden siquiera dar inicio o continuidad a los juicios.⁵⁷

Del mismo modo, se ha complicado la obtención de sentencias favorables en los procedimientos de amparo. Por ejemplo, cerca de un 90 por ciento de los amparos indirectos planteados ante los juzgados federales terminan sobreseyéndose.⁵⁸ Esto es trascendente porque implica que la mayoría de los casos terminan con una resolución en la que ni siquiera se estudió el fondo del asunto.⁵⁹

Esto no es sorprendente si se tiene en cuenta que en la Ley de Amparo existen una gran cantidad causales de improcedencia.⁶⁰ Estas se encuentran enumeradas en el artículo 61 de dicho cuerpo normativo, el cual cuenta con veintitrés fracciones, destacándose la última, puesto que se trata de una fracción remisoría que establece la posibilidad de invocar otras causales contenidas en la Constitución y en la propia ley reglamentaria.

⁵³ Campuzano, Adriana, "El juicio de amparo y su impacto en el acceso a la justicia", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera, Alfonso (coords.), *El juicio de amparo en el centenario de la Constitución mexicana de 1917*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017, t. I, p. 219.

⁵⁴ Quintero Cornejo, Juan Carlos, *op. cit.*, p. 16.

⁵⁵ *Idem.*

⁵⁶ *Idem.*

⁵⁷ Zepeda Lecuona, Guillermo, *op. cit.*, p. 27.

⁵⁸ *Idem.*

⁵⁹ Quintero Cornejo, Juan Carlos, *op. cit.*, p. 16.

⁶⁰ Sánchez Gil, Rubén, "La improcedencia del juicio de amparo", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera, Alfonso (coords.), *El juicio de amparo en el centenario de la Constitución mexicana de 1917*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017, t. I, pp. 350 y 351.

También cabe resaltar que las causales de improcedencia, así como las de sobreesimiento, son de estudio oficioso y preferencial. Esto tiene una explicación histórica, ya que estas causales se desarrollaron poco a poco para evitar un uso indiscriminado del juicio de amparo y mantener su carácter de procedimiento extraordinario, así como para abatir el rezago judicial y aparentar una buena función jurisdiccional.⁶¹

Esto nos lleva a que también existen graves deficiencias en relación con la accesibilidad del juicio de amparo, ya que gracias a estas barreras una cantidad importante de gobernados ni siquiera contempla la posibilidad de acudir a este procedimiento para defender sus derechos humanos.

4. Falta de ejecutividad e idoneidad

Ahora bien, la complejidad del juicio, el plazo para su resolución y las posibilidades de acceso son elementos importantes; pero aun solventándolos, queda pendiente el problema del cumplimiento y la ejecución de las sentencias. En este sentido, existe el problema de la dificultad en el primero y lo limitado de los efectos de las sentencias definitivas de amparo.

Éste ha sido un problema observado por el Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Este grupo recomendó al Estado Mexicano el cumplimiento de las sentencias de amparo y el respecto de las suspensiones otorgadas en dichos procedimientos.⁶²

La recomendación emitida en el informe de este Grupo de Trabajo es un claro síntoma de la crisis por la que actualmente atraviesa el juicio de amparo en relación con su efectividad, una de las características esenciales que debe cumplir el proceso judicial para dar cumplimiento a lo establecido en las normas internacionales.

Más preocupante aún es el espectro limitado de efectos que puede tener la sentencia de amparo. En este caso resalta que el artículo 77 de la ley reglamentaria establece como único efecto de las sentencias la restitución al quejoso en el goce del derecho violado y, en caso de una omisión, el cumplimiento por parte de la autoridad. Ésta es una visión muy limitada en cuanto a las medidas que se deben aplicar para reparar ciertas violaciones de derechos humanos.

Estos efectos son bastante limitados si los comparamos con los que contemplan otras normas, como la Ley General de Víctimas, la cual enumera en su artículo 1º, párrafo cuarto, cinco medidas diferentes para la reparación integral del daño: 1) restitución, 2) rehabilitación, 3) compensación, 4) satisfacción y 5) garantías de no repetición. Estas medidas también son las que comúnmente se han reconocido internacionalmente en casos de violaciones a derechos humanos.

⁶¹ *Idem.*

⁶² Consejo de Derechos Humanos de la ONU, “Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas acerca de su misión a México”, *Consejo de Derechos Humanos*, 27 de abril de 2017, disponible en: https://www.hchr.org.mx/images/doc_pub/G1710193.pdf, última consulta: 19 de febrero de 2020.

De estas medidas se puede identificar una más con la que cuenta el juicio de amparo, y es la garantía de no repetición. Aunque se trata de un procedimiento de denuncia que abre de nueva cuenta una especie de *litis constitucional incidental* por la repetición del acto reclamado en la que incluso se le solicita a la autoridad responsable un informe de nueva cuenta. Por tanto, no son medidas preventivas que eviten la repetición, sino que implican una sanción a la autoridad por intentar ejecutar de nueva cuenta el acto reclamado.

Cabe aclarar que, si bien la Ley General de Víctimas abarca todas las medidas para la reparación integral del daño que se han desarrollado internacionalmente, lo cierto es que su efectividad depende de las capacidades económicas de la Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas (CEAV), la cual en últimas fechas ha pasado por aparentes periodos de inestabilidad presupuestal.⁶³ Sin embargo, la Secretaría de Gobernación asegura que el CEAV cuenta con un fondo de cerca de 574, 446,000 pesos para cumplir sus funciones.⁶⁴

Ahora bien, en relación con el juicio de amparo, hay quienes plantean que se puede invocar de forma supletoria la señalada Ley General de Víctimas tomando en consideración su carácter como una *lex specialis* para todo procedimiento en donde se deba realizar la reparación del daño a una víctima, incluyendo los juicios de amparo.⁶⁵

Sin embargo, esta norma no es usada por los juzgadores federales porque la Primera Sala de la Suprema Corte ha señalado, mediante tesis aislada derivada del amparo en revisión 706/2015,⁶⁶ que dicho cuerpo de leyes solamente es aplicable en los casos de cumplimiento sustituto, y no puede invocarse para establecer una medida de reparación en la sentencia definitiva.

Esto es trascendente porque el amparo no es idóneo para la reparación de violaciones de derechos humanos de tipo especialmente grave. Por ejemplo, las ejecuciones extrajudiciales solo pueden ser evitadas, ya que la ley únicamente permite la interposición del amparo *habeas corpus* cuando se encuentre en peligro la vida, no cuando ésta se haya perdido.

Claro que esta proscripción responde al desarrollo de las diversas figuras procesales que han moldeado el juicio constitucional. Así, los familiares no tienen interés jurídico o legítimo para reclamar esta violación porque se trata de un derecho personalísimo, por lo que existe una causal de sobreseimiento en caso de muerte del quejoso, y de improcedencia en los casos de ejecución irreparable del acto reclamado; además de que no se puede restituir el derecho a la vida en este caso.

⁶³ Ángel Mendieta, Arturo, “Colapso en Comisión de Víctimas por recorte: despedirán a 60% del personal y no hay ni para la renta”, *Animal Político*, 2 de junio de 2020, disponible en: <https://www.animalpolitico.com/2020/06/colapso-ceav-recorte-despidos-no-hay-dinero-renta>, última consulta: 20 de julio de 2020.

⁶⁴ Segob, “Recursos asignados a CEAV se mantienen como establece Presupuesto de Egresos de la Federación”, Secretaría de Gobernación, blog, 24 de junio de 2020, disponible en: <https://www.gob.mx/segob/prensa/recursos-asignados-a-ceav-se-mantienen-como-establece-presupuesto-de-egresos-de-la-federacion?idiom=es>, última consulta: 20 de julio de 2020.

⁶⁵ Baltazar Robles, Germán Eduardo, “Efectos de la sentencia que concede el amparo: la reparación integral de las violaciones a derechos humanos”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera, Alfonso (coords.), *El juicio de amparo en el centenario de la Constitución mexicana de 1917*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017, t. II, pp. 385 y 386.

⁶⁶ Tesis 1a. LII/2017 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, t. I, mayo de 2017.

Con el ejemplo anterior queda claro que figuras como el interés jurídico, las causales de improcedencia y sobreseimiento y los efectos limitados de las sentencias de amparo han obstaculizado el desarrollo de esta institución como un procedimiento eficaz encaminado a la reparación y salvaguarda de los derechos humanos.

V. Posibles Soluciones

Que el procedimiento constitucional de amparo no cumpla de forma eficaz su función como procedimiento para salvaguardar los derechos humanos es un problema que vale la pena resolver, porque la existencia de un recurso judicial efectivo contribuye ampliamente al desarrollo del Estado de derecho y de la democracia.⁶⁷

La Corte IDH ha reconocido la trascendental importancia del derecho al recurso judicial efectivo como un pilar básico del Estado de derecho constitucional y democrático.⁶⁸ Por ello es importante encontrar estrategias o reformas que nos permitan el desarrollo y fortalecimiento del amparo como un medio idóneo para la defensa de los derechos humanos.

En el presente apartado se señalan algunas de las propuestas que pueden ayudar a fortalecer el amparo y reencaminarlo a cumplir con su finalidad como recurso judicial efectivo para la defensa de los derechos humanos. Estas propuestas se presentan en función de los problemas abordados en la sección anterior y se dividen en cuatro aspectos principales: *a)* simplificación, *b)* prácticas desleales, *c)* accesibilidad, *d)* idoneidad.

1. Propuestas para simplificar el amparo

La complejidad del amparo es quizás una de las características más complicadas de remediar, ya que proviene de su función como control de legalidad que aplica a casi todas las materias, con la conocida excepción de la materia político-electoral. La razón de esta dificultad es que implica la eliminación de ciertas formas de procedencia del juicio de amparo, específicamente del amparo casación como control de legalidad.

La necesidad de expulsar del juicio de amparo las cuestiones de legalidad no es un tema menor. En fechas recientes el ministro presidente Arturo Zaldívar, a través de una iniciativa del Ejecutivo, propuso al Congreso una reforma constitucional en materia de amparo y carrera judicial. Entre los puntos de la propuesta se destaca precisamente la pugna por la Suprema Corte de deshacerse de la función parasitaria del control de la legalidad que como tribunal constitucional no debería cumplir.⁶⁹

⁶⁷ Ventura Robles, Manuel E., “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de acceso a la justicia e impunidad”, *Corte IDH*, 7 de septiembre de 2005, disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r24428.pdf>, última consulta: 19 de febrero de 2020.

⁶⁸ *Idem*.

⁶⁹ Daen, Arturo, “Nueva escuela de jueces, evaluación y cambio de funciones: la reforma planteada para el Poder Judicial”, *Animal Político*, 13 de febrero de 2020, disponible en: <https://www.animalpolitico.com/2020/02/reforma-poder-judi->

Sin embargo, no es la Corte como órgano del Estado el único que debería replantearse su papel como garante de la constitución. Todo el sistema procesal desarrollado alrededor del juicio de amparo debe fortalecerse y depurarse para así cumplir de forma exclusiva con su papel constitucional en la defensa de los derechos humanos.

Sobre esto, resuena el eco de los legisladores que promulgaron la Ley de Reglamentaria de Amparo de 1869, cuyo objetivo era evitar el uso del juicio de amparo como una nueva instancia. Para ello prohibieron por completo, en el Artículo 8º de dicha ley, la procedencia de este juicio en negocios materialmente judiciales. Con ello, “el juicio de garantías queda reservado para cuestiones relativas a derechos fundamentales y se dejan de lado las cuestiones de legalidad para un recurso diverso”.⁷⁰

Debido a que el amparo casación surgió de forma espontánea y como una necesidad natural a partir del caso Miguel Vega, es posible afirmar que “no fue parte de un diseño normativo bien delimitado. De hecho, durante un tiempo coexistió con la casación establecida en otras legislaciones como el Código Adjetivo en materia Civil con aplicación para el Distrito Federal y el Territorio de la Baja California del 13 de agosto de 1872 y el Código de Procedimientos Federal del 6 de octubre de 1897”.⁷¹

Así pues, y aunque se considera que el recurso de casación fracasó en México, en otros países con sistemas jurídicos parecidos al nuestro como Francia, España, Guatemala, Venezuela, Colombia y Uruguay, éste sigue siendo vigente.⁷² Puede incluso afirmarse que “el fracaso del recurso de casación en nuestro país pudo deberse precisamente a que coexistió con el juicio de amparo”.⁷³

En este sentido es importante determinar si dicho recurso de casación se deja en manos del Poder Judicial de la Federación o de los poderes judiciales locales. La mayoría estaría en desacuerdo con asignar semejante tarea a los tribunales locales, ya que en nuestro país se ha desarrollado una tendencia a desconfiar de la impartición de justicia en este nivel de gobierno.⁷⁴ Pero también es cierto que “dejarlo en manos de los tribunales federales sería alimentar esta desconfianza y retrasar el desarrollo de los poderes judiciales locales”.⁷⁵

De hecho se puede afirmar que gracias a que todas las causas jurisdiccionales del país terminan siendo decididas, en última instancia, por un tribunal federal, existen pocos alicientes para que los poderes judiciales locales busquen mejorar su desempeño en la impartición de justicia. Existe, por tanto, una tendencia de los tribunales locales a entender su función como menor.

cial-puntos-clave, última consulta: 19 de febrero de 2020.

⁷⁰ Quintero Cornejo, Juan Carlos, *op. cit.*, pp. 39 y 40.

⁷¹ *Ibidem*, p. 40.

⁷² Martínez Ramírez, Fabiola y Caballero González, Edgar, “El recurso de casación”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 12, julio-diciembre de 2009, pp. 151-153.

⁷³ Quintero Cornejo, Juan Carlos, *op. cit.*, p. 40.

⁷⁴ Serna de la Garza, José María, “Reseña de algunas opiniones académicas sobre el amparo casación”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Flores Pantoja, Rogelio (coords.), *La Constitución y sus garantías. A 100 años de la Constitución de Querétaro de 1917. Memoria del XI Encuentro Iberoamericano y VIII Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional*, Ciudad de México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017, p. 891.

⁷⁵ Quintero Cornejo, Juan Carlos, *op. cit.*, p. 40.

Esta tendencia podría ser revertida introduciendo procedimientos que pongan de nueva cuenta a los poderes locales como encargados de la defensa de derechos fundamentales. En este sentido, resulta interesante analizar brevemente el caso de la Constitución de la Ciudad de México, que fue materia de una acción de inconstitucionalidad por parte de la entonces Procuraduría General de la República.

En su artículo 36, apartado B, numeral 3, la Constitución Política de la Ciudad de México estableció una acción de protección efectiva de derechos. Esta acción establece un mecanismo de defensa de los derechos humanos contenidos en la constitución local mediante un juicio sumarísimo con características bastante ambiciosas. Por ejemplo, señala términos de resolución de diez días y la aplicación de la suplencia en la deficiencia de la queja en todos los casos.⁷⁶

En su momento, la Suprema Corte revisó la constitucionalidad de esta acción de protección efectiva de derechos a través de la acción de inconstitucionalidad 15/2017 y sus acumuladas.⁷⁷ En esta causa, el Pleno de la Corte consideró que sí es posible para los estados el establecimiento de estos medios jurisdiccionales de defensa constitucional. Esto será así siempre y cuando los operadores de dichos recursos se circunscriban al análisis de normas y actos locales frente a los derechos reconocidos dentro de la constitución local.⁷⁸

Con ello se abre la puerta a que los estados recuperen un papel más activo en la defensa de los derechos humanos y, sobre todo, en el diseño de procedimientos jurisdiccionales más sencillos y eficaces. Claro que esto ocurrirá siempre y cuando se cumpla con las características señaladas por la Suprema Corte en la sentencia de la acción de inconstitucionalidad ya señalada.

Procedimientos como éste son importantes porque surgen como una forma de compensar las deficiencias en la función del juicio de amparo como procedimiento para la defensa de los derechos fundamentales y, al mismo tiempo, fortalecen a las instituciones locales para que tengan un papel activo en la administración de justicia.

Sin embargo, es pertinente matizar el ejemplo anterior, ya que la efectividad del Juicio de Protección Efectiva de Derechos (JPED) queda en tela de duda tomando en consideración que la resolución definitiva que recaiga sobre dicho procedimiento puede ser impugnada mediante el juicio de amparo directo. Esto se debe en gran medida a un mal diseño en relación con la figura del JPED.⁷⁹

⁷⁶ Olmedo Piña, César Enrique, "El juicio de protección efectiva de derechos en la Constitución de la CDMX: sombras del juicio de amparo", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 8, enero-junio de 2019, pp. 42-49.

⁷⁷ SCJN, "Sentencia dictada por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la Acción de Inconstitucionalidad 15/2017 y sus acumuladas 16/2017, 18/2017 y 19/2017, así como los Votos Particulares y Concurrentes formulados por los ministros José Ramón Cossío Díaz y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena; Concurrentes y Particulares de los ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea y Jorge Mario Pardo Rebolledo; Particulares de los ministros Javier Laynez Potisek y José Fernando Franco González Salas y Concurrentes de los ministros Luis María Aguilar Morales, Jorge Mario Pardo Rebolledo y José Fernando Franco González Salas", *Diario Oficial de la Federación*, 25 de abril de 2019, disponible en: https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5558451&fecha=25/04/2019, última consulta: 20 de julio de 2020.

⁷⁸ *Idem*.

⁷⁹ Olmedo Piña, César Enrique, *op. cit.*, pp. 64-67.

Otro punto para tomar en consideración en el caso específico del JPED establecido en la Ciudad de México es que hasta el momento los jueces de tutela no están operando.⁸⁰ No solamente por falta de una norma reglamentaria o infraestructura, sino porque además existe una falta de voluntad política para dar vida al sistema propuesto en la Constitución de la Ciudad de México.

Como ejemplo de esta ausencia de voluntad política, en fechas recientes se formuló una iniciativa de reforma al artículo 36 por parte de la Comisión de Administración y Procuración de Justicia del Congreso de la Ciudad de México, la cual propone derogar la figura del JEPD alegando que se trata de un procedimiento innecesario y redundante al existir otros mecanismos e instancias de protección como la Comisión de Derechos Humanos de la Ciudad de México (CDHCDMX).⁸¹

Así pues, queda claro que, aunque el establecimiento de mecanismos locales para la defensa de Derechos Humanos puede ser una forma de mitigar los vicios en los que ha incurrido el juicio de amparo, para que éstos sean eficaces se requiere de un buen diseño, así como de voluntad política y económica para dotar de vida a dichos recursos jurisdiccionales. De otra forma acabarán cediendo de nueva cuenta a la sombra del juicio de amparo.

2. Propuestas para evitar prácticas desleales

Respecto del uso desleal del amparo y su substanciación, la misma simplificación del procedimiento contribuye a que se reduzca su uso como estrategia dilatoria. Esto es así porque un procedimiento con menos herramientas procesales, recursos, incidentes o pruebas intrascendentes puede resolverse con mayor agilidad. Asimismo, con procedimientos más cortos y simples se disuadiría la presentación frívola de juicios constitucionales, ya que la duración de la suspensión sería mucho menor.

Esto es probable si se toma en cuenta que las estrategias de dilación procesal existen precisamente con el objetivo de mantener viva la suspensión del acto reclamado el mayor tiempo posible. Por lo que, si el amparo se configurara como lo hace el JPED de la Ciudad de México, poca utilidad se le puede encontrar como herramienta de litigio desleal; más aún si se le depura por completo de su función como un control de legalidad.

Por otro lado, y aunque el tema rebasa el objetivo del presente trabajo, es importante señalar brevemente que la existencia de este tipo de prácticas desleales no nace únicamente de un mal diseño procesal, sino que es reflejo de la ausencia de controles éticos en la práctica de la abogacía. Por ello el mejoramiento en el ejercicio de los litigantes es también un aspecto trascendente para mejorar la eficacia del juicio de amparo.⁸²

⁸⁰ Becerril, Andrés, "Abortan defensa en DH; tribunales no tienen oficinas ni personal", *Excelsior*, 10 de febrero de 2020, disponible en: <https://www.excelsior.com.mx/nacional/abortan-defensa-en-dh-tribunales-no-tienen-oficinas-ni-personal/1363180>, última consulta: 20 de julio de 2020.

⁸¹ *Idem*.

⁸² Fix-Fierro, Héctor, *op. cit.*, pp. 499 y 500.

3. Propuestas para hacer más accesible el amparo

En cuanto a la falta de acceso al juicio constitucional, la estrategia es clara: es necesario aumentar el número de juzgados y, al mismo tiempo, dotarlos de más y mejor personal.⁸³ Esto contribuiría a ampliar el acceso a la justicia constitucional para la población y descongestionar el sistema de impartición de justicia en el nivel federal.

Más que un simple aumento de capital humano e infraestructura, se necesitan estrategias que permitan que no sean las personas quienes se acerquen a los tribunales, sino que sean los propios juzgados los que se aproximen a las poblaciones más vulnerables. Esto se puede lograr mediante la implementación de un programa permanente de tribunales itinerantes, los cuales se podrían instalar en centros de población estratégicos.

El Poder Judicial de la Federación no es ajeno a este tipo de estrategias, ya que en 2003 implementó los juzgados itinerantes, pero con un enfoque muy distinto, ya que estos se formaron con la finalidad de combatir el rezago laboral y no para ampliar el acceso a la jurisdicción.⁸⁴ Sin embargo, se pueden tomar experiencias de otros órganos jurisdiccionales que han implementado este tipo de programas con éxito, como los Tribunales Agrarios.⁸⁵

En este mismo sentido, es importante mejorar la eficiencia de la administración de los tribunales, ya que esto permitiría que los juzgados invirtieran más tiempo realizando su labor adjudicativa y menos en tareas burocráticas o que impliquen un alto gasto de recursos.⁸⁶ Una propuesta interesante es la del establecimiento de una central de notificación, la cual permitiría agilizar esta labor que absorbe gran cantidad de tiempo y recursos humanos.⁸⁷

Otra propuesta interesante es el uso de sistemas de inteligencia artificial. Por ejemplo, en Colombia se desarrolló un sistema denominado “Prometea”, el cual tendría la capacidad de analizar las acciones de tutela presentadas para priorizar la resolución de casos según su urgencia. Con esto se facilitaría a los tribunales determinar cómo distribuyen sus cargas de trabajo.⁸⁸

Si bien “Prometea” aún se encuentra en una etapa experimental y no se sabe la eficiencia de su sistema, este esfuerzo sigue teniendo un alto potencial. Especialmente porque, de ser exitoso, permitiría descongestionar tribunales, permitiéndoles concentrar sus recursos en causas prioritarias y poner especial atención en casos complicados.⁸⁹

⁸³ Ramírez Villaescusa, Rafael, “Transparencia, litigiosidad y racionalidad económica”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 256, septiembre-diciembre de 2011, pp. 238-239.

⁸⁴ Avilés, Carlos, “Crean Juzgados Itinerantes para combatir rezagos”, *El Universal*, 27 de junio de 2003, disponible en: <https://archivo.eluniversal.com.mx/nacion/98736.html>, última consulta: 19 de febrero de 2020.

⁸⁵ Tribunales Agrarios, “Programa de Administración de Justicia Itinerante de los Tribunales Agrarios” *Tribunales Agrarios de México*, s.f., disponible en: https://www.tribunalesagrarios.gob.mx/ta/?page_id=791, última consulta: 19 de febrero de 2020.

⁸⁶ Ramírez Villaescusa, Rafael, *op. cit.*, p. 239.

⁸⁷ Quintero Cornejo, Juan Carlos, *op. cit.*, pp. 34 y 35.

⁸⁸ Giraldo Gómez, Johanna, “Prometea: ¿debe rediseñarse el proceso de selección de tutelas en la Corte Constitucional?”, *Legis. Ámbito Jurídico*, 12 de abril de 2019, disponible en: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/informe/constitucional-y-derechos-humanos/prometea-debe-redisenarse-el-proceso-de>, última consulta: 19 de febrero de 2020.

⁸⁹ Quintero Cornejo, Juan Carlos, *op. cit.*, p. 35.

Claro está que la implementación de estas políticas judiciales implica aumentar los costos de operación. Además, no pueden ser las únicas estrategias, ya que si bien fortalecen la accesibilidad del amparo, también es necesario combatir otros fenómenos como su uso desleal.

Un obstáculo para sortear en relación con esta propuesta es el enfoque de austeridad que caracteriza al gobierno federal en la actualidad. Uno de los objetivos de la federación es canalizar la mayor cantidad de recursos públicos a temas de desarrollo social e infraestructura, dejando de lado otros rubros como el fortalecimiento de la impartición de justicia.⁹⁰

En ese sentido, un primer paso para ampliar la accesibilidad del juicio de amparo es su simplificación, ya que al depurarlo de cuestiones de legalidad y hacerlo mucho más sencillo y sumario, se permitirá la eliminación de muchas de las complicaciones que evitan que el común denominador de la gente pueda solicitar protección constitucional.

4. Propuestas para mejorar la idoneidad del amparo

En el caso de la idoneidad del juicio de amparo, si los efectos de este procedimiento se siguen limitando a la restitución en el goce del derecho violado, pero no se contemplan otras medidas para la reparación de violaciones de derechos humanos de diversas índoles, poco habrá mejorado, por más eficiente que sea el procedimiento.

Al respecto, resultaría muy útil la aplicación supletoria de la Ley General de Víctimas para establecer efectos más amplios a las sentencias constitucionales y de esa forma permitir la presentación de demandas en contra de todo tipo de actos, incluso, de aquellos que hayan sido consumados de modo irreparable.

Esto sería mucho más congruente con el papel del amparo como recurso judicial efectivo, ya que en la referida Ley General de Víctimas se consideran que son materia de dicha ley las acciones u omisiones del Estado que violenten derechos humanos. En estos casos se considera como víctima a quien sufra un daño a partir de dichos actos u omisiones. De ahí que sea del todo incongruente que no exista una vinculación entre ambas normas, si el artículo 103 de la Constitución establece con toda claridad que la función primordial del juicio de amparo es resolver controversias que se susciten por la violación de derechos humanos.

⁹⁰ SFP, “Austeridad republicana es eliminar gastos excesivos y canalizar recursos para los más necesitados: Función Pública”, Secretaría de la Función Pública, blog, 30 de mayo de 2019, disponible en: <https://www.gob.mx/sfp/articulos/conferencia-de-prensa-austeridad-republicana>, última consulta: 28 de febrero de 2020.

VI. Conclusiones

Como quedó plasmado a lo largo del presente trabajo, el juicio de amparo se encuentra en una crisis puesto que no está cumpliendo con su función como recurso judicial efectivo a la luz del artículo 25 de la Convención Americana. Esto resulta particularmente trascendente porque, a partir de las reformas del 6 y 10 de junio de 2011, el juicio de garantías tiene como función central la defensa de los derechos humanos.

Las razones de esta crisis, que se describieron a lo largo del texto, tienen que ver principalmente con la contaminación del procedimiento constitucional por la procedencia de los amparos en materia de casación y legalidad, lo cual históricamente llevó a la implementación de figuras procesales restrictivas como son el interés jurídico, las causales de improcedencia y los efectos limitados de las sentencias de amparo.

Así, el amparo casación ha abierto la puerta al estudio de cuestiones de legalidad, pero al mismo tiempo ha limitado la posibilidad de reclamar gran cantidad de actos violatorios de los derechos humanos a través del procedimiento de amparo. A su vez, esto ha permitido que se desarrollen diversas barreras y prácticas desleales que han obstaculizado su función como recurso judicial efectivo.

Como se señaló en su momento, una de las posibles estrategias para combatir estos fenómenos y fortalecer la función del juicio de amparo como medio de defensa para los derechos humanos es deshacerse de su función de control de legalidad y de casación para hacerlo más sencillo, accesible y efectivo. Lo anterior también traería como efecto una disminución en su uso como herramienta de litigio desleal.

Otra de las soluciones propuestas tiene que ver con la ampliación de los efectos que puede tener la sentencia de amparo. Para ello se señaló como posible estrategia el uso de la Ley General de Víctimas de forma complementaria a la Ley de Amparo, que permitiría una verdadera reparación integral del daño causado por violaciones a los derechos humanos.

Cabe señalar que, si no se replantean las funciones del juicio de amparo, éste puede quedar relegado a un segundo plano y convertirse en un procedimiento intrascendente para la defensa de los derechos fundamentales. Con ello se le estaría condenando a fungir meramente como una tercera instancia y, por ende, como un simple instrumento del litigio desleal.

En ese caso, si se logra la implementación y funcionamiento de nuevas formas de control constitucional local como el propuesto en la Ciudad de México, estos medios de defensa serían los que vendrían a cumplir la función del recurso judicial efectivo para la defensa de los derechos humanos en nuestro país.

Claro está que éste no sería un escenario desagradable, puesto que fortalecería la impartición de justicia en el nivel local y permitiría tener tribunales más accesibles. Por el contrario, el peor escenario es que estos medios jamás se desarrollen y el amparo continúe con estas graves deficiencias, dejando a México sin un verdadero procedimiento constitucional para la defensa de los derechos humanos, situación en la que el único perjudicado sería el pueblo.

VII. Bibliografía

- BALTAZAR ROBLES, Germán Eduardo, “Efectos de la sentencia que concede el amparo: la reparación integral de las violaciones a derechos humanos”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y HERRERA, Alfonso (coords.), *El juicio de amparo en el centenario de la Constitución mexicana de 1917*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017, t. II.
- CAMPOS MONTEJO, Rodolfo, *El nuevo juicio de amparo. Elaborado conforme a la reforma constitucional y la nueva Ley de Amparo*, México, Centros Culturales de México, 2014.
- CAMPUZANO, Adriana, “El juicio de amparo y su impacto en el acceso a la justicia”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y HERRERA, Alfonso (coords.), *El juicio de amparo en el centenario de la Constitución mexicana de 1917*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017, t. I.
- CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS DE LA ONU, “Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas acerca de su misión a México”, *Consejo de Derechos Humanos*, 27 de abril de 2017, disponible en: https://www.hchr.org.mx/images/doc_pub/G1710193.pdf, consultado el 19 de febrero de 2020.
- CRUZ RAZO, Juan Carlos, “Omisiones legislativas y juicio de amparo”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y Herrera, Alfonso (coords.), *El juicio de amparo en el centenario de la Constitución mexicana de 1917*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017, t. I.
- FIX-FIERRO, Héctor, “El amparo judicial y la ‘imposible tarea’ del Poder Judicial de la Federación. Perspectivas en el centenario de la Constitución de Querétaro”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y HERRERA, Alfonso (coords.), *El juicio de amparo en el centenario de la Constitución mexicana de 1917*, Ciudad de México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017, t. I.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, “El juicio de amparo mexicano y el recurso constitucional federal alemán”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 77, mayo-agosto de 1993.
- GIRALDO GÓMEZ, Johanna, “Prometea: ¿debe rediseñarse el proceso de selección de tuteladas en la Corte Constitucional?”, *Legis. Ámbito Jurídico*, 12 de abril de 2019, disponible en: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/informe/constitucional-y-derechos-humanos/prometea-debe-redisenarse-el-proceso-de>, consultado el 19 de febrero de 2020.
- GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel y RODRÍGUEZ, Marcos del Rosario, “El interés legítimo: naturaleza y alcances”, en GARDUÑO DOMÍNGUEZ, Gustavo y ANDREU GÁLVEZ, Manuel (coords.), *La Constitución mexicana de 1917: estudios jurídicos, históricos y de derecho comparado a cien años de su promulgación*, Ciudad de México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2019.

- GUERRERO ZAZUETA, Arturo, *¿Existe un bloque de constitucionalidad en México? Reflexiones en torno a la decisión de la Suprema Corte respecto al nuevo parámetro de control de regularidad*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015.
- IBÁÑEZ, Juana María, “Artículo 8. Garantías judiciales”, en STEINER, Christian y URIBE, Patricia, (coords.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada*, México, SCJN y Fundación Konrad Adenauer, 2014.
- IBÁÑEZ, Juana María, “Artículo 25. Protección judicial”, en STEINER, Christian y URIBE, Patricia, (coords.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada*, México, SCJN y Fundación Konrad Adenauer, 2014.
- MARTÍNEZ RAMÍREZ, Fabiola, “El juicio de amparo mexicano como recurso judicial efectivo”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y HERRERA, Alfonso (coords.), *El juicio de amparo en el centenario de la Constitución mexicana de 1917*, Ciudad de México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017, t. II.
- MARTÍNEZ RAMÍREZ, Fabiola y CABALLERO GONZÁLEZ, Edgar, “El recurso de casación”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 12, julio-diciembre de 2009.
- OLMEDO PIÑA, César Enrique, “El juicio de protección efectiva de derechos en la Constitución de la CDMX: sombras del juicio de amparo”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 8, enero-junio de 2019.
- QUINTERO CORNEJO, Juan Carlos, *Las externalidades del juicio de amparo en la justicia cotidiana: propuestas de mejora al procedimiento de amparo*, tesis para obtener el grado de Maestría en Derecho Constitucional y Argumentación Jurídica, ITESO, Departamento de Estudios Sociopolíticos y Jurídicos, 2019.
- RAMÍREZ VILLAESCUSA, Rafael, “Transparencia, litigiosidad y racionalidad económica”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 256, septiembre-diciembre de 2011.
- RINCÓN MAYORGA, César Alejandro, “La Declaratoria General de Inconstitucionalidad, medio ineficaz de control de la constitucionalidad de normas generales”, *Hechos y Derechos*, núm. 37, enero-febrero de 2017, disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/10930/12992>, consultado el 15 de febrero de 2020.
- RÍOS PIMENTEL, Óscar Fernando, “La reforma constitucional en derechos humanos y amparo, una luz para los derechos económicos, sociales y culturales”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 30, enero-junio de 2014.
- RODRÍGUEZ, Marcos del Rosario, “El juicio de amparo: origen y evolución hasta la Constitución de 1917. Tres casos paradigmáticos que determinaron su configuración”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y HERRERA, Alfonso (coords.), *El juicio de amparo en el centenario de la Constitución Mexicana de 1917*, Ciudad de México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017, t. I.
- SÁNCHEZ GIL, Rubén, “La improcedencia del juicio de amparo”, en FERRER MAC-GRE-

- GOR, Eduardo y Herrera, Alfonso (coords.), *El juicio de amparo en el centenario de la Constitución mexicana de 1917*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017, t. I.
- SERNA DE LA GARZA, José María, “Reseña de algunas opiniones académicas sobre el amparo casación”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y FLORES PANTOJA, Rogelio (coords.), *La Constitución y sus garantías. A 100 años de la Constitución de Querétaro de 1917. Memoria del XI Encuentro Iberoamericano y VIII Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017.
- SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis, “Surgimiento del amparo judicial.”, en González Oropeza, Manuel y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (comps.), *El juicio de amparo. A 160 años de la primera sentencia*, Ciudad de México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017, t. II.
- VENTURA ROBLES, Manuel E., “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de acceso a la justicia e impunidad”, *Corte IDH*, 7 de septiembre de 2005, disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r24428.pdf>, consultado el 19 de febrero de 2020.
- ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo, *Hacia una nueva Ley de Amparo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.



¿SON LOS JUECES CONSTITUCIONALES GUARDIANES SUSTANTIVOS?

ARE CONSTITUTIONAL JUDGES SUBSTANTIVE GUARDIANS?

Jesús Ángel Cadena Alcalá*

Resumen

Analizar las cualidades sustantivas del juez constitucional en el constitucionalismo contemporáneo no es una tarea sencilla; sin embargo, representa un estudio de suma importancia y valía para el Estado constitucional de Derecho. La actuación primigenia en la protección integral de normas sustantivas, el efecto reparador *in integrum* ante posibles violaciones y la visión expansiva y maximizadora para una tutela integral de derechos fundamentales, son solo algunos aspectos que renuevan el estatus del juez constitucional.

Por otro lado, la creación de nuevos derechos en la judicatura constitucional a través de la interpretación evolutiva y el actuar interamericano del juez constitucional a partir de la constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos, son dos elementos distintivos de su conformación contemporánea y de su labor de protección integral por cuanto hace al ejercicio de derechos fundamentales.

Por tanto, es válido presumir que el juez constitucional adquiere un enfoque preferente en los sistemas jurídicos contemporáneos, dado que representa el trascendental

* Maestro en Derecho Constitucional y Derechos Humanos, especialista en Justicia Constitucional por la Universidad de Castilla La Mancha y en Justicia Constitucional y Tutela de los Derechos Fundamentales por la Universidad de Pisa, Italia. Profesor de la Universidad Nacional Autónoma de México, de diversas universidades en México y de las Casas de la Cultura Jurídica de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Actualmente Secretario de Apoyo en la Escuela Judicial del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

Fecha de recepción: 17 de febrero de 2020.

Fecha de aceptación: 3 de agosto de 2020.

agente encargado de velar por el cumplimiento irrestricto y efectivo de los derechos, libertades y principios reconocidos en el constitucionalismo contemporáneo

Palabras clave: creación de nuevos derechos, derechos fundamentales, interpretación evolutiva, juez constitucional, garantías de protección, derecho internacional de los derechos.

Abstract

Analyzing the substantive qualities of the constitutional judge in contemporary constitutionalism is not an easy task; however, it represents a study of great importance and value for the constitutional rule of law. The primary action in the integral protection of substantive norms, the reparative effect in integrum before possible violations and the expansive and maximizing vision for an integral protection of fundamental rights, are only some aspects that renew the status of the constitutional Judge.

On the other hand, the creation of new rights in the constitutional judiciary through the evolutionary interpretation and the inter-American action of the constitutional judge on the basis of the constitutionalization of international human rights law are two distinctive elements of its contemporary composition and its work of comprehensive protection in terms of the exercise of fundamental rights.

Therefore, it is valid to assume that the constitutional judge takes a preferential approach in contemporary legal systems since he represents the transcendental agent responsible for ensuring the unrestricted and effective fulfilment of the rights, freedoms and principles recognized in contemporary constitutionalism.

Keywords: *creation of new rights, fundamental rights, evolutionary interpretation, constitutional judge, protection guarantees, international rights law.*

I. Introducción

El presente trabajo tiene por objeto analizar las cualidades esenciales de la figura del Juez constitucional en el constitucionalismo contemporáneo, a razón del reconocimiento de derechos fundamentales causantes de su estatus primigenio y de su calidad de guardián sustantivo de la Constitución.

Diversas interrogantes son las que se pretenden resolver, como ¿quiénes son los jueces constitucionales?, ¿cuál es su labor dentro de la protección efectiva de los derechos fundamentales?, ¿cómo actúan ante un acto de violación al ejercicio de derechos fundamentales? y ¿a qué conlleva su deber de reparación integral?

Sin duda son múltiples y heterogéneos los factores que constituyen la labor de los jueces constitucionales. Sin embargo, un aspecto preponderante es la protección efectiva y eficaz de los derechos fundamentales, reconocidos tanto de manera explícita como implícita en los textos constitucionales.

Dicha protección conlleva un entendimiento no taxativo de las constituciones contemporáneas, ya que además de nutrirse por las normas sustantivas del derecho internacional, es decir, aquellas que *prima facie* reconocen un derecho humano; también se complementan de las interpretaciones que realizan los órganos jurisdiccionales especializados, llámese tribunal constitucional o tribunales supranacionales en materia de derechos humanos, a través de la creación de nuevos derechos o derechos no enumerados.

En ese contexto, es claro que existen diversas tareas u obligaciones a las que se enfrenta el juez constitucional en su quehacer jurisdiccional, todas ellas destinadas a una protección integral de los derechos fundamentales. Por lo que, es importante preguntarnos si el juez constitucional debe concebirse también como un juez interamericano y de qué mecanismos de protección procesal debe allegarse para resolver cuestiones constitucionales-convencionales.

Finalmente, es necesario indicar que el presente texto no pretende construir aseveraciones absolutas, en cambio, lo que busca es dar una aproximación de los factores que en el constitucionalismo contemporáneo sitúan al juez constitucional como el agente preponderante en la protección del ejercicio integral de los derechos fundamentales.

II. El juez constitucional y las garantías de protección al ejercicio de derechos fundamentales

El juez constitucional en el Estado constitucional de Derecho adquirió un papel principal en la protección de los derechos fundamentales; y, por ende, en su deber de protección y reparo ante las eventuales violaciones que se propician por parte de los poderes públicos y privados (doble eficacia de los derechos fundamentales).¹

Si bien, es puntual asumir que las normas de contenido sustantivo constitucional gozan de una aplicación directa, y con ello no demandan *per se* un desarrollo legislativo accesorio para que resulten realizables y exigibles, lo cierto es que requieren de ciertas garantías de protección para su materialización constitucional.

Es así como la efectividad de los derechos fundamentales depende en gran medida de la efectividad de las garantías de protección, formándose una relación de proximidad y necesidad. Bajo esa apreciación es menester cuestionarnos qué son las garantías-protección y cómo actúan en la protección de los derechos fundamentales.

En primera instancia, debemos entender por garantía a los diversos mecanismos implementados por el Estado para satisfacer el pleno ejercicio de los derechos fundamen-

¹ Nogueira Alcalá, Humberto, *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2018, pp. 83 y 84.

tales. En conjunto, la conformación de deberes, obligaciones, prohibiciones o medios para lograr la satisfacción de los derechos, como bienes constitucionales verdaderamente realizables.²

Luigi Ferrajoli sostiene que las garantías de protección son correlativas a los derechos y a los intereses constitucionalmente establecidos, así como a la separación entre poderes que impidan sus confusiones o concentraciones.³ En tanto que dichas garantías satisfacen el desarrollo integral de los derechos y principios que se reconocen en el orden constitucional y dotan de competencias o atribuciones armonizadas a los poderes públicos para lograr su satisfacción.

Bajo esa impresión, expresamos una diferencia específica entre garantías primarias y secundarias (garantías de protección).

Las garantías primarias consisten en: “las obligaciones y prohibiciones inmediatamente correlativas a los derechos establecidos en las constituciones”,⁴ es decir, son aquellos deberes, prohibiciones u obligaciones que impositivamente propone la Constitución para que sean protegidos por todas las autoridades.

Por su parte, las garantías secundarias se conciben como la reparación judicial de las violaciones a las garantías primarias,⁵ siendo aplicadas por los Jueces constitucionales⁶ para revertir una actividad irregular que propicie un menoscabo en el ejercicio de los derechos fundamentales.

En el mismo tenor, Humberto Nogueira Alcalá puntualizó que las garantías jurisdiccionales se conciben como “la piedra angular de la defensa de los derechos esenciales...”. Sólo cuando existe tal control puede sostenerse la existencia de una protección de los derechos.⁷ Por tanto, gozan de una naturaleza principal para responder al amparo efectivo de los derechos fundamentales en los Estados constitucionales de Derecho.

Así, caracterizadas las garantías debido a su adecuada clasificación, es preciso preguntarse cómo operan las garantías de protección en el constitucionalismo contemporáneo.

Para dar respuesta al cuestionamiento anterior, es necesario rescatar que las garantías de protección operan como reglas constitucionales, pues son imperativos cerrados que implican un determinado actuar por parte de los poderes públicos para satisfacer la cobertura que ofrecen en los derechos fundamentales (contenido esencial);⁸ y que a su

² Pino, Giorgio, *El constitucionalismo de los derechos. Estructura y límites del constitucionalismo contemporáneo*, Lima, Zela, 2018, p. 94.

³ Ferrajoli, Luigi, *La democracia a través de los derechos. El constitucionalista garantista como modelo teórico y como proyecto político*, Madrid, Trotta, 2014, pp. 56 y 57.

⁴ *Ibidem*, p. 62.

⁵ *Idem*.

⁶ El juez constitucional se aprecia como el agente encargado de la protección y estabilidad de la Constitución, ya sea por ser el encargado para desahogar procesos constitucionales; o bien, porque está sometido a su cumplimiento y observancia, en aras de salvaguardar integralmente su contenido.

⁷ Nogueira Alcalá, Humberto, *Teoría y Dogmática de los derechos fundamentales*, cit., p. 121.

⁸ Fernando Silva García menciona que “La noción de contenido esencial guarda íntima relación con el objeto del derecho fundamental: aquello que garantiza. Todo derecho fundamental es un ámbito de plena inmunidad frente a la coacción del Estado o de terceros, con el propósito de asegurar al individuo o a los colectivos en los que se integre una determinada expectativa de conducta. Sólo de ese modo la Constitución garantiza la disponibilidad de los derechos fundamentales para su titular”, véase Silva García, Fernando, *Deber de ponderación y principio de proporcionalidad en la práctica judicial*, Ciudad de México, Miguel Ángel Porrúa, 2012, p. 19.

vez, son correlativos a las actuaciones del derecho privado, en virtud de la dimensión objetiva (de la Constitución).⁹

La referida protección multidireccional es entendida debido a la titularidad y ámbito de incidencia (supuesto de hecho), en la que se desenvuelve el derecho fundamental, de ahí que exista una vinculación entre el ámbito de exención del derecho y su debida disponibilidad a través de la protección que brinda una garantía de protección.

Ejemplo de ello, es la prohibición —garantía primaria— de discriminación, como elemento de protección preponderante del derecho a la igualdad. Misma que la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha establecido que goza de una doble eficacia, como imperativo vinculante tanto en el ámbito público como en las relaciones entre particulares.¹⁰

Otras sentencias que hacen hincapié en esta cobertura de doble funcionalidad para las garantías de protección, son las emanadas del amparo directo en revisión 3886/2013 y del diverso amparo en revisión 338/2012; en donde la Primera Sala de la SCJN denotó la doble eficacia de la garantía primaria prohibitiva para acceder a las comunicaciones privadas (inviolabilidad de las comunicaciones), salvo que exista un conocimiento expreso por parte de su titular¹¹ o medie una orden judicial¹² que permita la obtención de datos almacenados en los dispositivos móviles.

Una clara demostración es la sentencia dictada por el Tribunal Pleno en el expediente varios 1396/2011, donde se refirió que la prohibición de actos de tortura como garantía primaria, vincula a todas las autoridades a su deber de protección efectivo y predominante a razón de salvaguardar el derecho fundamental a la integridad personal, tanto en el ámbito público como en el desarrollo de las relaciones *inter privados*.¹³

Definida su operatividad y ámbito de vigencia entorno a la eficacia *erga omnes* de los derechos fundamentales, es esencial sujetar su actuación con la operatividad por parte del juez constitucional.

Ahora bien, como sabemos, las garantías de protección son vinculantes para los poderes públicos, ya que son los entes encargados de velar por el ejercicio adecuado de los derechos fundamentales; sin embargo, existe una especificidad propia del enfoque primigenio del juez en el Estado constitucional de Derecho. En tesitura de que la aplicación de las garantías secundarias corresponde por excelencia a la función jurisdiccional.

⁹ Los derechos fundamentales tienen efectos *erga omnes*, siendo vinculantes como principios objetivos tanto para las autoridades como para los particulares, por lo que la garantía de su vigencia no se limita a que sean ejercidos por las personas, sino que deben ser asumidos y protegidos por el Estado. *Ibidem, op. cit.*, supra nota 2, pp. 84 y 85.

¹⁰ Tesis aislada XX/2013 de la Primera Sala, de rubro: “DERECHOS FUNDAMENTALES DE IGUALDAD Y DE NO DISCRIMINACIÓN. GOZAN DE EFICACIA EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro XVI, t. I, enero de 2013, p. 627.

¹¹ Tesis: 1a. CCLXXX/2016 (10a.) de la Primera Sala, de rubro: “COMUNICACIONES PRIVADAS. EL HECHO DE QUE UNO DE LOS PARTICIPANTES DÉ SU CONSENTIMIENTO PARA QUE UN TERCERO PUEDA CONOCER SU CONTENIDO, NO IMPLICA UNA TRANSGRESIÓN AL DERECHO FUNDAMENTAL A SU INVOLABILIDAD”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro 37, t. I, enero de 2016, p. 363.

¹² Tesis: 1a. CCCXXV/2015 (10a.) de la Primera Sala, de rubro: “COMUNICACIONES PRIVADAS. DEBE EXISTIR UNA AUTORIZACIÓN JUDICIAL PARA INTERVENIRLAS, AUN EN CASOS DE INVESTIGACIÓN SOBRE DELINCUENCIA ORGANIZADA”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro 24, t. I, noviembre de 2015, p. 960.

¹³ Tesis: P. XXIII/2015 (10a.) del Tribunal Pleno, de rubro: “ACTOS DE TORTURA. SU NATURALEZA JURÍDICA”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro 24, t. I, septiembre de 2015, p. 234.

Con relación a lo descrito cabe preguntarnos ¿cuándo se activa una garantía secundaria?, ¿cuál es la imperiosa finalidad que debe concebir el juez constitucional en su aplicación?, ¿debe preferir una eventual restitución material o formal al derecho fundamental lesionado?

Desde el momento en que existe la disminución en la aplicación de una garantía primaria, y en consecuencia la transgresión al contenido esencial de un derecho fundamental cobra vigencia la aplicación de las garantías secundarias, como mecanismos para exigir y justiciabilizar las actuaciones irregulares o ilícitas por parte de los poderes públicos o privados.

Dividiéndose éstas en garantías ordinarias y constitucionales, mismas que al margen de sus posibles diferencias connaturales buscan en esencia proteger al orden jurídico en su conjunto y con ello la estabilidad del texto constitucional, derrotando al acto, omisión o enunciado normativo que lo contradiga. Es preciso señalar que la Constitución además de proteger derechos subjetivos, tiene una vigencia normativa objetiva que irradia en todo el orden normativo y por ende, sujeta en su actuación a todos los órganos jurisdiccionales con independencia de su función especializada.

Por tanto, la tarea del juez constitucional es y será buscar pormenorizadamente una reparación material al contenido orgánico y sustantivo de la Constitución, cuando éste es lesionado; en aras de establecer la anulabilidad del acto o enunciado normativo que no superó el tamiz de validez y que, por ende, deja de cobrar vigencia y efectos jurídicos. Tratándose de normas sustantivas debe valorar el restablecimiento del contenido esencial del derecho fundamental y la idoneidad de la medida adoptada en sede jurisdiccional; desde luego dicha reparación bajo el criterio *in integrum*.¹⁴

III. El juez constitucional como creador de nuevos derechos fundamentales. Un acercamiento a la Suprema Corte de Justicia de la Nación

La *rematerialización constitucional*¹⁵ que se generó a la culminación de la Segunda Guerra Mundial en la mayoría de los países de occidente y posteriormente en América Latina, representa un hito para una visión renovada del constitucionalismo contemporáneo (internacionalización del derecho constitucional).

¹⁴ Miguel Carbonell sostiene que la “reparación que en cada caso se determine debe ser idónea y congruente. La idea es que las medidas reparatorias sean adecuadas tomando en cuenta el tipo de afectación de que se trate, se determinarán las oportunas medidas reparatorias”, véase Carbonell, Miguel, *El ABC de los derechos humanos y del control de convencionalidad*, 2a. ed., Ciudad de México, Miguel Ángel Porrúa, 2016, p. 34.

¹⁵ Al respecto Luis Prieto Sanchís sostiene que existe una rematerialización constitucional, esto es, la incorporación al texto no solo de normas formales, de competencia o procedimientos destinados a regular el ejercicio de los poderes y la relación entre los mismos, sino también y sobre todo de normas sustantivas que pretenden trazar límites negativos y vínculos a lo que dichos poderes están en condiciones de decidir legítimamente, véase Prieto Sanchís, Luis, *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de Filosofía Jurídica*, Madrid, Trotta, 2013, p. 26.

Dicha renovación vislumbra la conformación de diversos derechos fundamentales reconocidos de manera explícita e implícita, esta última postura (reconocimiento implícito) parte de una cláusula constitucional abierta que comprende el descubrimiento y declaración de ciertas normas sustantivas posterior al lanzamiento de la Constitución y confeccionadas por el juez constitucional.¹⁶

La tesis de los derechos no enumerados presume: 1) un sistema que no se cierra u agota taxativamente y que permite la inclusión de nuevas cláusulas sustantivas derivado de los principios de apertura y elasticidad;¹⁷ y 2) la conformación de esos derechos por obra de la interpretación evolutiva—creativa que realiza el juez constitucional.

Bajo esa tesitura, resulta relevante establecer que la relación entre el juez constitucional y la protección efectiva de los derechos fundamentales, como binomio indisoluble se forja a razón de la necesidad que tiene el Estado de incitar a que no existan actos arbitrarios que pongan en riesgo la permanencia constitucional.

Desde luego que esta posición sitúa al juez constitucional como “la imagen de la confianza social, y de que sigamos teniendo esperanza de recibir justicia cuando se afectan nuestros derechos más preciados”.¹⁸ Tomando en consideración que el accionar de la judicatura constitucional se legitima a través de sentencias coherentes y racionales, así como de la apreciación primigenia que le otorga la sociedad como garante del contenido total de la Constitución¹⁹ y de su control jurídico.²⁰

Bajo esta apreciación: ¿qué papel juega el juez constitucional contemporáneo en una protección total de los derechos fundamentales?

La cuestión planteada implica advertir a dicho agente jurisdiccional no únicamente como un mero ejecutor de la ley²¹ o intérprete de ésta para controlar el poder político del legislador democrático;²² sino que también es indispensable advertir su visión creadora del derecho,²³ que con base en exigencias sociales²⁴ busca actualizar su contenido y cimentar un piso sólido para el desenvolvimiento de los derechos fundamentales.

¹⁶ Sagüés, Néstor Pedro, “Los tribunales constitucionales como agentes de cambio social”, *Diálogo Político*, núm. 4, 2010, p. 9.

¹⁷ Bidart Campos, Germán J., *Teoría general de los derechos humanos*, Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1989, p. 424.

¹⁸ Caballero González, Édgar S., *El diálogo jurisprudencial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación con los Tribunales Constitucionales y Regionales*, Ciudad de México, Miguel Ángel Porrúa, 2019, p. 42.

¹⁹ Pérez Tremps, Pablo, *Sistema de Justicia Constitucional*, España, Thomson Reuters, 2010, p. 151.

²⁰ Sagüés, Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la constitución. De la Constitución nacional a la Constitución convencionalizada*, Ciudad de México, Miguel Ángel Porrúa, 2013, p. 6.

²¹ Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, trad. de Siro García del Mazo, Madrid, General de Victoriano Suárez, t. I, 1906, p. 237.

²² Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución*, trad. Rolando Tamayo y Salmorán, Ciudad de México, Centro de Estudios Carbonell, 2017, pp. 40 y 41.

²³ María Isabel Lorca Martín de Villodres precisa que la actividad del juez y su desempeño jurisdiccional no se limita a una actividad técnica, deductiva y silogística, sino que también cumple con una visión creadora del derecho. En Lorca Martín de Villodres, María Isabel, “Interpretación jurídica e interpretación constitucional: La interpretación evolutiva o progresiva de la norma jurídica (El derecho como instrumento de cambio social)”, véase Narváez, José Ramón y Espinoza de los Monteros, Javier (coords.), *Interpretación jurídica: modelos históricos y realidades*, Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, p. 244.

²⁴ Guastini, Riccardo, *Ensayos escépticos sobre la interpretación*, trad. César E. Moreno More, Lima, Zela, 2018, p. 200.

Esta visión que esquematiza la función del juez constitucional se justifica a razón de la evolución en el tiempo y la necesidad de adaptar el contenido de los derechos fundamentales a nuevos desafíos instrumentales. La consolidación de estos caminos (creadores) surgen únicamente por la producción de nuevos derechos, o no enumerados que se enmarcan en el constitucionalismo contemporáneo y que justifican la interpretación como una herramienta de cambio social.

Es así como dicho accionar, denota la apertura hacia un extenso transitar normativo de naturaleza sustantiva, cuyo objetivo se personifica a través de las sentencias constitucionales que dotan de nuevo contenido *prima facie* a los derechos fundamentales.²⁵

Al respecto, la Primera Sala de la SCJN al resolver el amparo directo 6/2008 instituyó el contenido esencial del derecho fundamental no enumerado al libre desarrollo de la personalidad,²⁶ como una libertad residual que contempla las acciones que realizan las personas en el ejercicio de su autonomía personal. Lo anterior conlleva aspectos que en principio, sólo incumben a la persona que busca materializarlos para un beneficio propio.

Dicho asunto analizó la relación de este nuevo derecho fundamental con el diverso a la identidad en sus vertientes personales, sexuales y de género, pues a partir de éstos, el sujeto se proyecta frente a sí mismo y dentro de una sociedad. Esta expresión de la individualidad de la persona influye notoriamente en su proyecto de vida y en todas sus relaciones sociales.

Asimismo, otro caso emblemático es donde la propia Primera Sala al resolver el amparo directo en revisión 1200/2014, creó el derecho fundamental a un nivel de vida adecuado.²⁷ Estableciendo su relación con la obligación de recibir alimentos, así como su doble eficacia de protección, ya que, si bien en un primer momento es exigible al Estado, es evidente que el mismo permea y se encuentra presente en ciertas relaciones que se entablan entre los particulares, especialmente en lo que se refiere a las obligaciones de filiación.

Diversa sentencia emblemática de nuestra SCJN es la que resuelve el amparo en revisión 1368/2015; a partir de la cual, se configuró el derecho fundamental a una vida independiente por parte de las personas con discapacidad.²⁸ Denotando que el contenido esencial de este derecho implica que la persona con discapacidad pueda contar con la

²⁵ Robert Alexy precisó que “Los principios ordena que algo debe ser realizado en la mayor medida posible, teniendo en cuenta las posibilidades jurídicas y fácticas. Por lo tanto, no contienen mandatos definitivos sino sólo *prima facie*”, véase Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales de Madrid, 1993, p. 99.

²⁶ Tesis: P. LXIX/2009 de la Primera Sala, de rubro: “REASIGNACIÓN SEXUAL. ES UNA DECISIÓN QUE FORMA PARTE DE LOS DERECHOS AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. XXX, diciembre de 2009, p. 17.

²⁷ Tesis: 1a. CCCLXI/2014 (10a.) de la Primera Sala, de rubro: “ALIMENTOS. LA OBLIGACIÓN DE OTORGARLOS A CARGO DE LOS ASCENDIENTES, DESCENDIENTES, HERMANOS O PARIENTES COLATERALES HASTA EL CUARTO GRADO DERIVA DE UN PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD FAMILIAR”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro 11, t. I, octubre de 2014, p. 590.

²⁸ Tesis: 1a. CCCXXV/2015 (10a.) de la Primera Sala, de rubro: “PERSONAS CON DISCAPACIDAD. LA NEGACIÓN DE SU CAPACIDAD JURÍDICA CONSTITUYE UNA BARRERA PARA EJERCER SU DERECHO A UNA VIDA INDEPENDIENTE”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro 66, t. II, mayo de 2019, p. 1262.

libertad de elección, la capacidad de control sobre las decisiones que afecten su vida y los mecanismos necesarios para tomar opciones sobre cómo ejercer el control sobre su vida y adoptar las decisiones que le afecten.

Finalmente, en el amparo directo en revisión 2766/2015, la Primera Sala de la SCJN conformó la creación del derecho fundamental a la reproducción asistida,²⁹ como un derecho tanto del hombre como de la mujer a decidir de manera libre, responsable e informada, sobre el número y el espaciamiento de sus hijos. En ese contexto, la decisión de tener hijos a través del empleo de las técnicas de reproducción asistida pertenece a la esfera más íntima de la vida privada y familiar de una pareja,³⁰ y en la autonomía de la voluntad de las personas.

Con base en las sentencias referidas, es claro que el juez constitucional incorpora a los textos constitucionales derechos no enumerados,³¹ los cuales, pertenecen a la esfera del imperante cambio social que viven los Estados constitucionales de Derecho. Siendo así indispensable, la actualización de las normas de contenido sustantivo —no taxativas— que buscan el establecimiento de derechos y libertades básicas, inherentes e indispensables para las personas.

IV. ¿Quién es el juez constitucional interamericano? Concordancia práctica entre los derechos fundamentales nacionales e interamericanos en el sistema jurídico mexicano

La reforma constitucional del 10 de junio de 2011 incorporó a rango constitucional las normas de fuente internacional que reconocen derechos y libertades para las personas,³² lo que conlleva además de un reordenamiento jurídico; la impresión diferenciada de las funciones que realiza el juez constitucional. La concordancia práctica entre el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos se debe a la pormenorización sustantiva que ofrece un amplio catálogo de derechos fundamentales para las personas.

²⁹ Tesis: 1a. LXXVI/2018 (10a.) de la Primera Sala, de rubro: “DERECHO A LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA. FORMA PARTE DEL DERECHO A DECIDIR DE MANERA LIBRE, RESPONSABLE E INFORMADA, SOBRE EL NÚMERO Y EL ESPACIAMIENTO DE SUS HIJOS, PREVISTO EN EL ARTÍCULO 40. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro 55, t. II, junio de 2018, p. 957.

³⁰ Tesis: 1a. LXXXVII/2019 (10a.) de la Primera Sala, de rubro: “DERECHO A LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA. LO TIENEN LAS PAREJAS DE MATRIMONIOS HOMOSEXUALES”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro 71, t. II, octubre de 2019, p. 1157.

³¹ Los derechos no se agotan con un catálogo escrito, sino que, existen derechos no enumerados o implícitos que deparan hospedaje constitucional, en la medida en que el sistema axiológico sea democráticamente generoso. En Bidart Campos, Germán J., “Los derechos ‘no enumerados’ en su relación con el derecho constitucional y el derecho internacional”, en Méndez Silva, Ricardo (coord.), *Derecho internacional de los derechos humanos*, Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p. 104.

³² Caballero Ochoa, José Luis, *La incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en España y México*, Ciudad de México, Miguel Ángel Porrúa, 2009, p. 46.

En ese sentido, la llamada *constitucionalización* del derecho internacional de los derechos humanos³³ propicia la creación de un diálogo de convivencia normativa, a la luz del principio de preferencia sustantiva, así como una convergencia interpretativa³⁴ dentro de la función jurisdiccional.

El impacto que genera la inclusión en el principio de supremacía de las normas sustantivas de fuente internacional conlleva preguntarnos: ¿el juez constitucional se configura ahora en un juez interamericano?

El Pleno de la SCJN al resolver el expediente varios 912/2010,³⁵ precisó que el juez constitucional está vinculado a la aplicación de las normas de fuente internacional que reconozcan un derecho humano, así como a los criterios que al efecto emita la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aplicándolos de la manera más protectora para la persona.

Esa impresión fue complementada por lo resuelto en la contradicción de tesis 293/2011,³⁶ donde el Tribunal Pleno vinculó al juez constitucional a la aplicación de todos los criterios emitidos por la Corte IDH, aunque el Estado mexicano no haya sido parte en el conflicto respectivo, siempre y cuando se observe una interpretación más benéfica o menos restrictiva en atención al principio *pro persona*.

La complementariedad existente a la luz del *principio de interacción*, ha llevado a sostener que la interpretación en sede interamericana también goza de primacía constitucional en el sistema jurídico mexicano, debido a que forma parte integrante del llamado *parámetro de control de regularidad constitucional*.³⁷ En ese sentido, es claro que el juez constitucional también es un guardián interamericano, debido a la integración en sede constitucional del derecho internacional de los derechos humanos.

Sobre esas premisas, es entonces que ¿el juez constitucional realiza un control de constitucionalidad por convencionalidad?

La respuesta a dicha pregunta solo puede contestarse bajo la consideración de que el juez constitucional al encontrarse obligado a respetar los estándares que surgen del sistema interamericano de derechos humanos, debido a que son parte del texto constitucional, debe de realizar una especie de control constitucional por convencionalidad.³⁸

³³ Eduardo Ferrer Mac-Gregor precisa que: “La incorporación de los derechos humanos de fuente internacional al catálogo de los derechos fundamentales en las constituciones nacionales, implica un bloque de constitucionalidad, sirviendo como parámetro de control de la constitucionalidad de las leyes y demás actos que violen dichos derechos”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Panorámica de derecho procesal constitucional comparado*, Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México-Marcial Pons, 2013, p. 671.

³⁴ “La constitucionalización de los tratados internacionales de derechos humanos, abre la posibilidad de un control de convencionalidad ejercicio por los jueces de tribunales nacionales. Dada la interacción entre los órdenes jurídicos internacional y nacional en el presente dominio de protección de los derechos humanos”, véase Rubio Mandujano, Saúl, *Control de convencionalidad y convergencia interpretativa*, Ciudad de México, Tirant Lo Blanch, 2018, p. 63.

³⁵ Sentencia emitida en sesión del 14 de julio de 2011, por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 4 de octubre del mismo año.

³⁶ Resuelta en sesión del 3 de septiembre de 2013, por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 5 de abril de 2014.

³⁷ Tesis: 1a. CCCXLIV/2015 (10a.) de la Primera Sala, de rubro: “PARÁMETRO DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL. SE EXTIENDE A LA INTERPRETACIÓN DE LA NORMA NACIONAL O INTERNACIONAL”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro 24, t. 1, noviembre de 2015, p. 986.

³⁸ Tesis: 1a./J. 18/2012 (10a.) de la Primera Sala, de rubro: “CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y DE CONVENCIONALIDAD

Este examen de regularidad de un acto, omisión o enunciado normativo a la luz de las normas sustantivas de fuente internacional conlleva enjuiciar al propio texto constitucional en su amplia dimensión, dado el reconocimiento del derecho internacional de los derechos humanos, en términos de los párrafos primero y segundo del artículo 1° de la Constitución General.

Así lo sostuvo nuestro Máximo Tribunal al resolver la contradicción de tesis 350/2013 derivado del planteamiento de constitucionalidad-convencionalidad del artículo 174 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito con relación a la prohibición de usura prevista en el artículo 21.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.³⁹

Por tanto, es claro que el juez constitucional realiza exámenes de control de convencionalidad⁴⁰ en sede nacional, tanto de manera difusa como concentrada,⁴¹ con el fin de garantizar los elementos conformados de nuestro texto constitucional a la luz del *parámetro de control de regularidad constitucional*.

Finalmente, ¿a qué retos se enfrenta el juez constitucional en la aplicación del control de constitucionalidad por convencionalidad?

En el momento en que nuestro máximo tribunal resolvió la contradicción de tesis 293/2011, a la que hemos hecho referencia y dotó innecesariamente de primacía constitucional al texto de nuestra Constitución general y las restricciones expresas al ejercicio de derechos fundamentales que ésta prevé,⁴² complicó totalmente la actividad del juez constitucional respecto de la aplicación y vigencia del derecho internacional de los derechos humanos.

Se asevera lo conducente, porque en caso de que un acto o enunciado normativo guarde relación directa con una restricción expresa de orden constitucional al ejercicio de un derecho fundamental, el juez constitucional únicamente puede tener como *parámetro de validez* lo dispuesto en la Constitución general y en la jurisprudencia que al efecto emita el Poder Judicial de la Federación.⁴³ Cerrando las puertas al control de

(REFORMA CONSTITUCIONAL DE 10 DE JUNIO DE 2011)”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro XV, t. I, diciembre de 2012, p. 420.

³⁹ Tesis: 1a./J. 46/2014 (10a.) de la Primera Sala, de rubro: “PAGARÉ. EL ARTÍCULO 174, PÁRRAFO SEGUNDO, DE LA LEY GENERAL DE TÍTULOS Y OPERACIONES DE CRÉDITO, PERMITE A LAS PARTES LA LIBRE CONVENCION DE INTERESES CON LA LIMITANTE DE QUE LOS MISMOS NO SEAN USURARIOS. INTERPRETACIÓN CONFORME CON LA CONSTITUCIÓN [ABANDONO DE LA JURISPRUDENCIA 1ª./J. 132/2012 (10ª) Y DE LA TESIS AISLADA 1ª.CCLXIV/2012 (10ª)]”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro 7, t. I, junio de 2014, p. 400.

⁴⁰ Juana María Ibáñez Rivas, menciona que: “la relevancia del control de convencionalidad ha tenido como correlato un significativo esfuerzo de la Corte Interamericana por precisar su contenido y alcances hasta posicionarlo en el centro de las obligaciones que vinculan a los Estados Parte de la Convención Americana en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.” En Ibáñez Rivas, Juana María, “El control de convencionalidad y la consolidación del *Ius Commune* interamericano”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *et al.* (coords.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro-Max Planck Institute, 2017, p. 387.

⁴¹ Tesis: 1a. CCLXXXIX/2015 (10a.) de la Primera Sala, de rubro: “CONTROL CONCENTRADO Y DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD. SUS DIFERENCIAS”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro 23, t. II, octubre de 2015, p. 1647.

⁴² Tesis: P./J. 20/2014 (10a.) del Pleno, de rubro: “DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUELLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro 5, t. I, abril de 2014, p. 202.

⁴³ Tesis: 2a./J. 38/2016 (10a.) de la Segunda Sala, de rubro: “MIEMBROS DE LAS INSTITUCIONES POLICIALES. LA PROHIBICIÓN

convencionalidad, a la aplicación del criterio de preferencia normativa a la luz del principio *pro persona*⁴⁴ y vedando así la renovación del juez constitucional como agente de protección interamericano.

Así, el reto mayor en la aplicación de la perspectiva interamericana por parte del juez constitucional-interamericano es asumir que las normas de fuente nacional e internacional que reconozcan derechos fundamentales no deben entenderse en términos jerárquicos; en cambio son susceptibles de aplicarse de manera armónica y atendiendo a la interpretación más favorable. En tal sentido, el control constitucional por convencionalidad, tratándose del ejercicio de derechos fundamentales, es un mecanismo procesal no sectorizado, idóneo y necesario para verificar la regularidad de los actos, omisiones o enunciados normativos que pongan en peligro el desarrollo integral del *parámetro de regularidad constitucional*, del cual es guardián por excelencia en sede nacional el juez en su doble vertiente (constitucional-interamericano).

V. Conclusiones

¿Por qué son los jueces constitucionales guardianes sustantivos? Ante el nuevo paradigma de producción sustantiva a nivel constitucional, los jueces constitucionales primigeniamente tienen a su cargo velar por el ejercicio integral de los derechos fundamentales y su defensa adecuada.

¿Qué implica el “deber de reparación integral” de los jueces constitucionales? Presupone que ante un actuar ilícito por parte de los poderes públicos o privados, tienen el deber de restituir formal y materialmente a la persona en el goce y ejercicio del derecho fundamental lesionado, a la luz de los criterios constitucionales y del derecho internacional de los derechos humanos.

Así, la densidad en los aspectos de cambio que representa la función jurisdiccional de los jueces constitucionales, en esencia, debe ser comprendida por el esquema de “protección integral” que supone el “ejercicio integral” de los derechos fundamentales.

Bajo ese contexto, el avance en la concepción del juez constitucional, conlleva no solo concebirlo como un mero ejecutor o anulador de los actos y disposiciones normativas que contravengan el orden constitucional. En cambio, a través de la interpretación evolutiva, también pueden crearse nuevos derechos que se adapten a las circunstancias y exigencias sociales con relación a la fórmula tiempo-constitución.

DE REINCORPORARLOS AL SERVICIO CONSTITUYE UNA RESTRICCIÓN CONSTITUCIONAL NO SUSCEPTIBLE DE REVISIÓN”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro 29, t. II, abril de 2016, p. 1204.

⁴⁴ Fernando Silva García y Fernando Gómez Sámano sostienen que las restricciones expresas de orden constitucional y el principio *pro persona* deben de coexistir mutuamente, ya que las restricciones no son objetos metaconstitucionales absolutos que puedan prescindir de la interpretación hermenéutica y con ello vaciar el contenido de los derechos, libertades o garantías consideradas en el parámetro de regularidad constitucional, véase Silva García, Fernando y Gómez Sámano, José Sebastián, “Principio *pro homine* vs. restricciones constitucionales: ¿es posible constitucionalizar el autoritarismo?”, en Carbonell, Miguel *et al.* (coords.), *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, t. IV, pp. 714 y 715.

Este juez constitucional creativo se debe a la correcta protección de los derechos fundamentales que en múltiples ocasiones rebasan al contenido expreso de los textos constitucionales, susceptibles de actualizarse.

Sobre esa premisa, ¿qué posición juega en el constitucionalismo contemporáneo el juez constitucional?; es claro que éste, además de allegarse de nuevos cánones interpretativos (evolutivos), también debe concebirse como un auténtico juez interamericano, pues es el ente encargado de velar por el eficaz ejercicio de los derechos humanos de fuente internacional, los cuales han presenciado un proceso de constitucionalización; posicionándose en una primacía de protección preferente (constitucional).

VI. Bibliografía

- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales de Madrid, 1993.
- BIDART CAMPOS, Germán J., “Los derechos ‘no enumerados’ en su relación con el derecho constitucional y el derecho internacional”, en MÉNDEZ SILVA, Ricardo (coord.), *Derecho internacional de los derechos humanos*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.
- BIDART CAMPOS, Germán J., *Teoría general de los derechos humanos*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1989.
- CABALLERO GONZÁLEZ, Édgar S., *El diálogo jurisprudencial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación con los tribunales constitucionales y regionales*, México, Miguel Ángel Porrúa, 2019.
- CABALLERO OCHOA, José Luis, *La incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en España y México*, México, Miguel Ángel Porrúa, 2009.
- CARBONELL, Miguel, *El ABC de los derechos humanos y del control de convencionalidad*, México, Miguel Ángel Porrúa, 2016.
- FERRAJOLI, Luigi, *La democracia a través de los derechos. El constitucionalista garantista como modelo teórico y como proyecto político*, Madrid, Trotta, 2014.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *Panorámica de derecho procesal constitucional comparado*, Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México-Marcial Pons, 2013.
- GUASTINI, Riccardo, *Ensayos escépticos sobre la interpretación*, trad. César E. Moreno More, Lima, Editorial Zela, 2018.
- KELSEN, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, Ciudad de México, Centro de Estudios Carbonell, 2017.
- LORCA MARTÍN DE VILLODRES, María Isabel, “Interpretación jurídica e interpretación constitucional: La interpretación evolutiva o progresiva de la norma jurídica (El derecho como instrumento de cambio social)”, en NARVÁEZ, José Ramón y ESPINOZA DE LOS MONTEROS, Javier (coords.), *Interpretación jurídica: modelos históricos y*

- realidades, México*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas 2011.
- MONTESQUIEU, *El espíritu de las leyes*, trad. de Siro García del Mazo, Madrid, Editorial General de Victoriano Suárez, 1906, t. 1.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2018.
- PÉREZ TREMPES, Pablo, *Sistema de Justicia Constitucional*, Navarra, Civitas, 2010.
- PINO, Giorgio, *El constitucionalismo de los derechos. Estructura y límites del constitucionalismo contemporáneo*, Lima, Editorial Zela, 2018.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de Filosofía Jurídica*, Madrid, Trotta, 2013.
- RIVAS, Juana María “El control de convencionalidad y la consolidación del Ius Commune interamericano”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo *et al.* (coords.), *Ius constitutionale commune en América Latina*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro-Max Planck Institute, 2017.
- RUBIO MANDUJANO Saúl, *Control de convencionalidad y convergencia interpretativa*, México, Tirant Lo Blanch, 2018.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro, “Los tribunales constitucionales como agentes de cambio social”, *Diálogo Político*, núm. 4, 2010.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la Constitución. De la Constitución nacional a la Constitución convencionalizada*, México, Miguel Ángel Porrúa, 2013.
- SILVA GARCÍA, Fernando y GÓMEZ SÁMANO, José Sebastián, “Principio pro homine vs. restricciones constitucionales: ¿es posible constitucionalizar el autoritarismo?”, en CARBONELL, Migue *et al.* (coords.), *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015. t. IV.
- SILVA GARCÍA, Fernando, *Deber de ponderación y principio de proporcionalidad en la práctica judicial*, México, Miguel Ángel Porrúa, 2012.

COMENTARIOS



LA CONVENCION SOBRE EL ESTATUTO JURÍDICO DEL MAR CASPIO

CONVENTION ON THE LEGAL STATUS OF THE CASPIAN SEA

Rodrigo Labardini*

I. Introducción

El 12 de agosto de 2018, el Mar Caspio —la cuenca endorreica más grande del mundo— recibió por primera vez en la historia un estatuto jurídico. En esa fecha, después de más de veinticinco años de negociación y cinco cumbres presidenciales, Azerbaiyán, Irán, Kazajistán, Rusia y Turkmenistán (los “5-Caspio”), suscribieron en Aktau, Kazajistán, la Convención sobre el Estatuto Jurídico del Mar Caspio (“la Convención”).¹ El Mar Caspio es un cuerpo de agua que conecta a Asia con Europa y que igualmente les divide. La Convención incorpora al derecho internacional (regional), prácticas y principios de los cinco Estados ribereños del Mar Caspio adoptados antes y después de la extinción de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS).

¹ Al final se incluye un anexo con la versión en inglés del texto original en idiomas azerbaiyano, iraní, kazajo, ruso, turkmeno e inglés disponible en: <http://en.kremlin.ru/supplement/5328>. Al citar artículos sin incluir el cuerpo normativo, me estaré refiriendo a la Convención.

* Maestro en administración pública por el Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, licenciado en Derecho por la Universidad Iberoamericana; ORCID: 0000-0002-2547-0549, correo electrónico: rodrigo.labardini@live.com.mx y rodrigo@labardini.net. Las opiniones expresadas son de la exclusiva responsabilidad del autor y no representan las de cualquier entidad o institución con la que pueda estar asociado o vinculado. Este comentario forma parte de un proyecto de doctorado en Khazar University, sobre Mar Caspio/Cáucaso y los proyectos regionales contemporáneos de infraestructura que constituyen el gozne que abre la puerta entre Asia y Europa.

II. Antecedentes

1. El Mar Caspio

Ubicado al Este de las Montañas del Cáucaso y al Oeste de la vasta estepa de Asia Central, el Mar Caspio es el cuerpo de agua interior más grande del mundo.² Es una cuenca endorreica, es decir, no cuenta con salida de agua hacia el océano. Tiene una figura elongada de más de 1,200 km de Norte a Sur, con un ancho promedio de 320 km, y una costa de 6,500 km.³ Debido a su gran tamaño y sus aguas salobres se le ha referido como mar; pero, como cuenca endorreica se le considera lago —dependiendo de quien geopolíticamente controla sus aguas—.⁴ Involucra diversos ejes culturales, étnicos, religiosos y civilizaciones.⁵ El Mar Caspio recibe aguas de 130 ríos,⁶ aunque 88% proviene de tres ríos: Kura, Terek y Volga, este último representa 80% del ingreso total de agua,⁷ lo que explica que las aguas del norte sean más dulces que las del sur. En la actualidad, el Mar Caspio se encuentra conectado a los océanos a través del Mar Azov-Mar Negro-Mar Mediterráneo, así como con el Mar Báltico y el Mar Blanco, mediante diversos canales construidos en territorio ruso utilizando los ríos Volga, Don, Neva y Svir.

El Mar Caspio ha recibido gran atención debido a los recursos de hidrocarburos que contiene. Se estima que la cuenca del Caspio contiene reservas probadas de 48 mil millones de barriles de petróleo y reservas de 8.76 trillones⁸ de metros cúbicos de gas natural.⁹

² Con una superficie de 386,400 km², es más grande que Japón o Alemania, aunque un poco más chico que California. Es casi cinco veces más grande que el Lago Superior, una y media veces la superficie conjunta de los Grandes Lagos, y más grande que la superficie conjunta de los siguientes siete lagos más grandes del mundo (Superior [Canadá y EE.UU.], Victoria [Uganda, Kenya y Tanzania], Hurón [Canadá y EE.UU.], Michigan [EE.UU.], Tanganyika [Burundi, Tanzania, Zambia y Rep. Dem. del Congo], Baikal [Rusia] y Gran Oso [Canadá]).

³ Azerbaiyán 800 km, Irán 900 km, Kazajistán 2,000 km, Rusia 1,100 km y Turkmenistán 1,700 km. Véase Heydar Aliyev Foundation, “Caspian Sea/Nature/Formation and Physiography of the Caspian Sea”, 2011, disponible en: http://www.azerbaijan.az/_Geography/_Caspian/_caspien_e.html?caspien_02, recuperado el 25 de noviembre de 2018.

⁴ Raczka, W., “A sea or a lake? The Caspian’s long odyssey”, *Central Asian Survey*, vol. 19, núm. 2, 2000, p. 197, doi: 10.1080/713656182.

⁵ Involucra pueblos persas, eslavicos y túrquicos; dos cosmovisiones religiosas: cristianismo e islamismo. En esta última abarca dos interpretaciones divergentes: sunnita en Kazajistán, Turkmenistán, y las costas dagestani (rusas), y shiita prevalente en Irán y Azerbaiyán. Véase Pheiffer, E., “Caspian: Sea or Lake?”, *The Business Year*, 4 de Julio de 2018: disponible en: <https://www.thebusinessyear.com/five-countries-debate-caspian-sea-or-lake-russia-kazakhstan-turkmenistan-azerbaijan-iran/focus>, recuperado el 10 de noviembre de 2018.

⁶ Huseynov, S., “Fate of the Caspian Sea”, *Natural History Magazine*, enero de 2011, recuperado el 11 de mayo de 2018, disponible en: <http://www.naturalhistorymag.com/features/112161/fate-of-the-caspian-sea>.

⁷ United Nations Environment Programme, *Global International Waters Assessment*, Herndon, United Nations Publications, 2006, recuperado el 13 de agosto de 2018, disponible en: <https://shop.un.org/books/global-intl-waters-assess-caspian-36474>.

⁸ En inglés: “trillion” o en español: “billón”. Es decir 1 x 10¹².

⁹ Indeo, F., “Settling the Caspian Issue and Realizing the Trans-Caspian Energy Corridor”, *The Diplomat*, 10 de julio de 2018, disponible en: <https://thediplomat.com/2018/07/settling-the-caspian-issue-and-realizing-the-trans-caspian-energy-corridor/>, recuperado el 25 de septiembre de 2018.

Debido a que se estima que contiene entre 10% y 16% de las reservas mundiales de gas y petróleo¹⁰ se le considera “otro Golfo Pérsico”.¹¹

Su ubicación geoestratégica impacta en el trasiego de bienes y recursos naturales y energéticos de los centros de producción a los mercados en Asia y Europa. En tanto los bienes que viajan de China a Europa por los océanos tardan 60 días,¹² vía el continente toman 12-15 días.¹³ Los proyectos energéticos regionales compiten por los mercados. El gasoducto Southern Gas Corridor, con costo de USD\$ 45 mil millones ha sido desarrollado por seis países para transportar gas del Mar Caspio a Europa,¹⁴ pero Rusia invierte USD\$ 55 mil millones en otro gasoducto para entregar gas a China.¹⁵ Todas las rutas terrestres entre Oriente y Occidente tienen que transitar por una de tres posibilidades: Rusia, Irán o el Mar Caspio/Cáucaso. Un motivo más para la relevancia geoestratégica del Mar Caspio.

2. Antecedentes Jurídicos

El régimen jurídico del Mar Caspio comprende diversos instrumentos internacionales incluyendo tratados, declaraciones, comunicados conjuntos y varios más.¹⁶ Ninguno alude a fronteras o sectores nacionales ni delimitación o demarcación del lecho de este cuerpo de agua. No obstante, en 1970, utilizando una línea media, el Ministerio de la Industria del Petróleo y Gas de la URSS dividió el área soviética del Mar Caspio en sectores que pertenecían a las Repúblicas Socialistas Soviéticas de Azerbaiyán, Kazakh, Federación Rusa y Turkmenistán. Tras el colapso de la URSS, las divisiones heredadas estuvieron recíprocamente reconocidas como fronteras de los nuevos estados independientes.¹⁷

¹⁰ 10% de reservas mundiales de gas y petróleo [Penkova, T., “Russia in the Caspian Region: An Attempt to Preseve an Inherited Role”, en Frappi, C. y Garibov, A., *The Caspian Sea Chessboard. Geo-political, geo-strategic and geo-economic analysis*, Institute for International Political Studies (ISPI) and Center for Strategic Studies (SAM), 2014, p. 113.], 15% [O’Neil, B. *et al.*, “National Security & Caspian Basin Hydrocarbons”, IAAE Energy Forum, 2011, Second Quarter, p. 10] o 16% de reservas mundiales de petróleo [Hays, J., *The Caspian Sea*, 2016, disponible en: http://factsanddetails.com/russia/Nature_Science_Animals/sub9_8a/entry-5055.html, recuperado el 19 de agosto de 2018].

¹¹ Altunisiik, M., “The Political Economy of Caspian Oil”, *Jahrbuch für internationale Sicherheitspolitik*, Federal Ministry of Defence, Austria, 1999, disponible en: http://www.bundesheer.at/pdf_pool/publikationen/03_jb99_32.pdf, recuperado el 14 de agosto de 2018.

¹² Shahbazov, F. “The Trans-Caspian International Transit Route is set to reinvigorate regional economic growth”, *The Diplomat*, 16 de febrero de 2018, disponible en: <https://thediplomat.com/2018/02/china-to-europe-by-way-of-azerbaijans-trans-caspian-gateway/>, recuperado el 8 de noviembre de 2018.

¹³ Agayev, Z., “A New Asia-to-Europe Railway Route Is Opening Up”, *Bloomberg*, 30 de octubre de 2017, disponible en: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2017-10-30/azerbaijan-to-open-railway-planned-as-new-europe-china-corridor>, recuperado el 11 de agosto de 2018.

¹⁴ Véase Southern Gas Corridor, disponible en: <https://www.sgc.az/en>, recuperado el 12 de mayo de 2019.

¹⁵ Foy, H., “Russia’s gas exports to Europe rise to record high”, *Financial Times*, 13 de enero de 2018, disponible en: <https://www.ft.com/content/7b86f4be-f08e-11e7-b220-857e26d1aca4>, recuperado el 18 de agosto de 2018.

¹⁶ Incluyendo las convenciones y tratados de San Petersburgo (1723), Resht (1729), Golestan (1813), Turkmenchai (1828), Reglamentación de la Frontera Oriental del Mar Caspio (1881), Amistad y Cooperación (1921), Pesquerías (1927), tres sobre Comercio y Navegación (1931, 1935 y 1940), Rusia-Kazakhstan (1998), Azerbaiyán-Kazakhstan (2001), Rusia-Azerbaiyán (2002), Rusia-Azerbaiyán-Kazakhstan (2003), Convención Marco sobre Protección del Ambiente Marino (2003), y Acuerdo para la Cooperación en Materia de Seguridad en el Mar Caspio (2010).

¹⁷ Rauf, F. O., “The Legal Regime of the Caspian Sea: Views of the Littoral States”, *Prism*, vol. 7, núm. 6, 30 de junio de 2001, disponible en: <https://jamestown.org/program/the-legal-regime-of-the-caspian-sea-views-of-the-littoral-states/>, recuperado el 24 de junio de 2018.

Cinco cumbres presidenciales del Mar Caspio se han efectuado para definir su estatuto jurídico, una en cada estado ribereño.¹⁸

Analistas y documentos oficiales se han enfocado principalmente en definir si el Mar Caspio es un lago o un mar y —cuasi-axiomáticamente— su consecuente definición jurídica. Se consideraba que si quedaba definido como mar, la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CONVEMAR)¹⁹ debía aplicar²⁰ a pesar de que sólo dos de los Estados del Caspio son parte de CONVEMAR: Rusia (1997) y Azerbaiyán (2016). Si quedaba definido como lago, se estimaba debían aplicar los usos de cursos de agua navegables y no navegables²¹ o normas de regímenes lacustres, suplementados por el derecho consuetudinario internacional. El régimen legal quedaría en manos de los 5-Caspio ya que los lagos limítrofes son parte de las aguas interiores de un Estado²² o no quedaban sujetos a alguna convención internacional en particular.²³ Las discusiones subrayaban que este debate resultaba fundamental para el futuro de la región,²⁴ incluso dentro del contexto del imperialismo.²⁵ Pocos señalaron que las convenciones internacionales²⁶ aluden al “derecho consuetudinario del mar como queda reflejado” en CONVEMAR y que varios cuerpos judiciales internacionales, como la Corte Internacional de Justicia y el Tribunal Internacional del Derecho del Mar, han establecido que algunos temas han quedado reconocidos como derecho consuetudinario internacional: derecho de paso inocente, mar territorial, zona contigua, zona económica exclusiva, inmunidad de buques de guerra, estrechos utilizados para navegación internacional, plataforma continental y cables submarinos.²⁷ Los analistas perdieron de vista que los 5-Caspio podían diseñar

¹⁸ Ashgabat, Turkmenistán (2002), Teherán, Irán (2007), Bakú, Azerbaiyán (2001), Astrakhán, Rusia (2014) y Aktau, Kazajistán (2018). Las Cumbres evolucionaron de establecer puntos generales de negociación, *ex.gr.*, ninguna fuerza militar extranjera permitida en el Mar Caspio, junto con temas estratégicos que podrían facilitar o dificultar el diálogo, *ex.gr.*, temas ambientales como esenciales en el Caspio y que sólo por consenso de los 5-Caspio podría permitirse que algo ocurriera en el Caspio.

¹⁹ Montego Bay, 10 de diciembre 1982, No. 31363, 1833 UNTS 396, entrada en vigor el 16 noviembre de 1994. *UN Treaty Collection*. Al 25 julio de 2020: Azerbaiyán se adhirió el 16 junio de 2016, Irán firmó el 10 diciembre de 1982, Rusia ratificó el 12 de marzo de 1997, y Kazajistán y Turkmenistán no habían firmado.

²⁰ Sciolino, E., “The World. It’s a Lake! It’s a Sea! No. It’s a Pool of Oil”, *The New York Times*, 21 de junio de 1998, disponible en: <https://www.nytimes.com/1998/06/21/weekinreview/the-world-it-s-a-sea-it-s-a-lake-no-it-s-a-pool-of-oil.html>, recuperado el 9 de septiembre de 2018.

²¹ Vinogradov, S. y Wouters, P., “The Caspian Sea: Quest for a New Legal Regime”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 9, 1996, p. 90.

²² Janusz-Pawletta, B., *The Legal Status of the Caspian Sea: Current Challenges and Prospects for Future Development*, Berlin, Berlin Center for Caspian Region Studies Environmental Policy Research Centre, 2015, p. 23.

²³ Karataeva, E., “Can the Caspian Sea Survive Its Own Oil. Environmental Regulation of the Offshore Oil and Gas Industry in the Caspian Sea”, *The International Journal of Marine and Coastal Law*, vol. 29, núm. 3, 2014.

²⁴ Coffey, L., “A Secure and Stable Caspian Is in America’s Interest”, *Backgrounder*, 4 de diciembre de 2015, p. 17, disponible en: <http://report.heritage.org/bg3070>, recuperado el 3 de julio de 2018.

²⁵ Zimnitskaya, H. y von Geldern, J., “Is the Caspian Sea a sea; and why does it matter?”, *Journal of Eurasian Studies*, vol. 2, núm. 1, enero de 2011, p. 12, doi: 10.1016/j.euras.2010.10.009.

²⁶ *Ex.gr.*, artículo 15, International Convention on the Control of Harmful Anti-Fouling Systems on Ships, 5 de octubre 2001, disponible en <https://www.state.gov/documents/organization/208110.pdf>; artículo 16, Agreement on Cooperation on Marine Oil Pollution Preparedness and Response in the Arctic, 15 de mayo de 2013, disponible en: <https://oaarchive.arctic-council.org/handle/11374/529>, y artículo 16, International Convention for the Control and Management of Ships’ Ballast Water and Sediments, 13 de febrero de 2004, disponible en: <http://library.arcticportal.org/1913/1/International%20Convention%20for%20the%20Control%20and%20Management%20of%20Ships%27%20Ballast%20Water%20and%20Sediments.pdf>.

²⁷ Roach, J. A. “Today’s Customary International Law of the Sea”, *Ocean Development & International Law*, vol. 45,

cualquier régimen que pudieran imaginar y que el derecho consuetudinario internacional aplicaría a dicho régimen, sea que fuere un mar, un lago o diverso.

La antigua Unión Soviética avanzó la altamente controvertida doctrina de mar “encerrado” (*closed sea*)²⁸ por la cual sus mares fronterizos debían quedar reguladas por reglas especiales y excepcionales de derecho internacional;²⁹ teoría con la cual pretendía restringir el acceso de buques de guerra extranjeros,³⁰ y que fuera derruida con la desaparición de la URSS. Basándose en los tratados soviético-iranés de 1921, 1935 y 1940, tanto la URSS como Irán propugnaron un régimen de condominio —que solo aplica en el Golfo de Fonseca—,³¹ cuerpo de agua diferente al Caspio pues Fonseca había estado bajo un solo soberano. Este condominio requiere del consentimiento “claro y convincente” de las partes contratantes sobre su existencia.³² El principio de condominio fue argüido por Rusia e Irán en la década de 1990, pero su práctica se opuso a dichos asertos.³³

III. La Convención

La Convención comprende 11 párrafos preambulares y 24 artículos. Subraya que el Mar Caspio es de “vital importancia” para los cinco Estados ribereños. La Convención entrará

2014, DOI: 10.1080/00908320.2014.929460.

²⁸ En oposición a mar “cerrado” (*enclosed sea*). “... por «mar cerrado o semicerrado» se entiende un golfo, cuenca marítima o mar rodeado por dos o más Estados y comunicado con otro mar o el océano por una salida estrecha, o compuesta entera o fundamentalmente de los mares territoriales y las zonas económicas exclusivas de dos o más Estados ribereños” [en inglés: “«*enclosed* or semi-*enclosed sea*» means a gulf, basin or sea surrounded by two or more States and connected to another sea or the ocean by a narrow outlet or consisting entirely or primarily of the territorial seas and exclusive economic zones of two or more coastal States”], artículo 122-CONVEMAR (énfasis añadido).

²⁹ Darby, J., “The Soviet Doctrine of the Closed Sea”, *San Diego Law Review*, 23, 1986, p. 688, recuperado el 24 de abril de 2018.

³⁰ Bradshaw, R., “The Politics of Soviet Maritime Security: Soviet Legal Doctrine and the Status of Coastal Waters”, *Journal of Maritime Law and Commerce*, 1979.

³¹ *Land, Island and Maritime Frontier Dispute, El Salvador and Nicaragua (intervening) v Honduras*, I.C.J. Reports 1992, Judgment, Merits, 11 Sep. 1992, 351-598, f. para 400. También véase *Convention of Gastein* (1865); *Cromer-Ghali Agreement* (1899); *Anglo-Egyptian Condominium of Sudan* (1898-1955); *Anglo-French Condominium of New Hebrides* (1914-1980).

³² *Lake Lanoux Arbitration Case*, 24 Int’l L. Rep. 101 (1957) (Spain v. France).

³³ De haber existido un principio de condominio, habría implicado posesión y desarrollo conjuntos. La URSS comenzó a explorar petróleo en el Mar Caspio en 1949 sin cooperación de Irán. Años más tarde, Irán comenzó a extraer petróleo sin consultar a la URSS. El libro de referencia jurídico-internacional naval soviético de 1966 declaraba que los recursos pertenecían a la URSS e Irán “dentro de los límites de sus respectivas áreas del mar” (*within the limits of its respective area of the sea*), véase Gizzatov, V., “Negotiations on the legal status of the Caspian Sea 1992-1996: view from Kazakhstan”, en S. Akiner, *The Caspian. Politics, energy and security*, Routledge Curzon, 2004, p. 46. La frontera oficial URSS-Irán fue dibujada en 1956 uniendo el pueblo de Astara en Azerbaiyán con Hasankuli, Turkmenistán, lo que en la práctica se volvió en la línea no oficial de demarcación, véase Abilov, S. “Legal Status of the Caspian”, *Hazar Raporu / Caspian Report*, 2013, p. 126, disponible en: https://www.academia.edu/4919798/Legal_Status_Of_The_Caspian, recuperado el 18 de junio de 2018. El acuerdo de aviación URSS-Irán confirmó la línea Astara-Hasankuli como una frontera aeroespacial y fuertemente vigilada por URSS, que requería permiso de sobrevuelo de las autoridades soviéticas, véase véase Gizzatov, V., *op. cit.*, p. 46. El ex primer ministro ruso Viktor Chernomyrdin confirmó la división en 1993. En julio de 2001, un avión de la fuerza aérea iraní cruzó la línea Astara-Hasankulu, “the sea border between Iran and the Soviet Union”, y sobrevoló dos buques azerbaiyanos de exploración de petróleo, exigiendo que se movieran cinco millas hacia el norte, véase Haghayeghi, M., “The Coming of Conflict to the Caspian Sea”, *Problems of Post-Communism*, vol. 50, núm. 3, p. 35, DOI: 10.1080/10758216.2003.11656037.

en vigor cuando Kazakhstán, en función de depositario, reciba el quinto instrumento de ratificación (artículo 20).

La Convención regula en forma extensa la columna de agua, con cuatro bloques: aguas internas, aguas territoriales de 15 millas incluyendo construcciones portuarias permanentes pero no instalaciones costa afuera ni islas artificiales, zonas de pesca exclusiva de 10 millas y un espacio marítimo común (artículos 1, 5 y 7). Los Estados con costas adyacentes deben efectuar la delimitación de aguas internas e internacionales mediante acuerdo. En tanto CONVEMAR dispone que las radas quedan incluidas en el mar territorial (artículo 12), la Convención no alude a ellas. El espacio marítimo común (artículos 1 y 5) queda libre para uso de “todas las Partes”.

Las “Partes” en la Convención son los “Estados litorales del Caspio” (*Caspian littoral States*). El uso divergente de “Parte costera” y “Parte” en la Convención podría impactar en el period *lege ferenda* entre su firma y su entrada en vigor. La Convención entrará en vigor con el quinto instrumento de ratificación (artículo 22). Sin embargo, con su firma, los 5-Caspio están obligados a no frustrar el objeto y fin de la Convención.³⁴ En consecuencia, cualquier Estado costero no podría libremente regular/utilizar los recursos vivos debido a las obligaciones contenidas en la Convención hacia los otros “Estados costeros”, incluyendo los “recursos biológicos acuáticos compartidos” (*shared aquatic biological resources*) que deben ser administrados conjuntamente por las Partes (*jointly managed by the Parties*). Diecisiete principios regulan la conducta de las Partes en el espacio del Mar Caspio (artículo 3). Se refieren a derecho internacional, paz y seguridad, temas militares, navegación y sobrevuelo, medio ambiente e investigación científica. Las actividades deben llevarse a cabo de conformidad con: 1) la Convención, 2) otros acuerdos entre las Partes consistentes con la Convención y 3) su legislación nacional (artículo 4). Podría inquirirse si “otros acuerdos entre las Partes” consistentes con la Convención se refiere a acuerdos celebrados entre *todas* las Partes o sólo algunas de ellas.

En forma por demás pragmática, los redactores no definieron si el Mar Caspio es un lago o un mar. El hecho evidente es que el “Mar Caspio” es el denominador actual³⁵

³⁴ Artículo 18, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23 de mayo de 1969, No. 18232, 1155 UNTS 331 (1980), entrada en vigor 27 enero de 1980; adhesión por Azerbaiyán el 11 de enero de 2018; Kazakhstán, el 5 de enero de 1994; Rusia, el 29 de abril de 1986, y Turkmenistán, el 4 de enero de 1996; firmada por Irán el 23 de mayo de 1969. La práctica internacional sobre esta obligación, una vez firmado un tratado, quedó demostrada cuando EUA anunció el 6 de mayo 2020 que no tenía intención de convertirse en parte del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y consecuentemente carecía de obligación jurídica alguna derivada de su firma el 31 de diciembre de 2000. Israel (2002), Sudán (2008) y Rusia (2016) también retiraron sus firmas.

³⁵ A lo largo de la historia, ha recibido varias denominaciones. En ruso, kazajo y otros idiomas occidentales se le denominó por la antigua tribu Caspi, mencionada por primera vez por Herodoto en el v siglo A.C., véase Pfeiffer, *op. cit.* Otras referencias incluyen el Mar Hyrcanio, lago árabe musulmán, lago árabe, lago mongol, lago ruso [Coffey, *op. cit.*, p. 5] o lago soviético [Raczka, *op. cit.*, pp. 191-197]. Nombres persas incluyen Daria-E-Khazar (Mar Khazar), Daria-E-Mazandari (Mar Mazandari), Mar Khorezm, Mar Gurgian, véase Colribi Law, “Legal Status of the Caspian Sea”, *Natural Gas Europe*, 6 de agosto de 2013, disponible en: <http://www.naturalgaseurope.com/legal-status-of-caspian-sea>, recuperado el 17 de septiembre de 9 2018. Azerbaiyanos, turkmenos e iraníes le denominan hoy en día Khazar por el Imperio Turco Empire que gobernó el Cáucaso y el bajo Don Bass entre los siglos VII-X; véase Pfeiffer, *op. cit.* También se la ha referido como un lago, mar cerrado, mar encerrado, mar interior, mar y “un cuerpo de agua único” o el Mar Soviético-Iraní (utilizado en los tratados de 1935 y 1940 [Mehdiyoun, K., “Ownership of Oil and Gas Resources in the Caspian Sea”, *American Journal of International Law*, vol. 94, núm. 1, 2000, p. 179, disponible en: <http://www.jstor.org/stable/2555242>] o propiedad común [Abilov, *op. cit.*, p. 133] de los 5-Caspio.

para el cuerpo de agua ubicado entre los contemporáneos Azerbaiyán, Irán, Kazajistán, Rusia, y Turkmenistán. En consecuencia, quedó estipulado que el Mar Caspio se encuentra rodeado por los territorios de los 5-Caspio y definido e identificado en tres cartas náuticas del Departamento General para Navegación y Oceanografía del Ministerio de Defensa de la Federación Rusa en San Petersburgo (artículo 1). Cinco de seis acuerdos adicionales, que se suscribieron en Aktau en la misma fecha que la Convención, incluyen una disposición común: “Nada en este Acuerdo [Protocolo] será interpretado [considerado] que predetermina el estatuto jurídico del Mar Caspio”.³⁶ En consecuencia, la Convención es definitoria en la materia. A partir de dicha estipulación, la Convención se esmera por evitar inferencias jurídicas hacia lago o mar.

Sin embargo, en ocasiones semeja un lago, pues es “el cuerpo de agua rodeado por los territorios de las Partes” (artículo 1),³⁷ con “aguas territoriales” —que no mar territorial (artículos 1 y 6)—, y sus disposiciones se refieren a las aguas del Mar Caspio y el “territorio afectado por la proximidad del Mar [Caspio]”.³⁸ Por otra parte, la Convención alude al mareógrafo Kronstadt (*Kronstadt sea-gauge*) (artículo 1), establece “corredores marítimos” [artículo 11(11)] y utiliza “cinturón de mar” y “cinturón marino” para las aguas territoriales y zonas pesqueras (artículos 1 y 6).³⁹ Más aún, la Convención menciona al “agua marina” (artículo 1), conexiones a “otros mares y el océano” [artículos 3(10) y 10(4)], prevención de “contrabando de migrantes por mar” (artículo 17) y en siete ocasiones se refiere al “lecho marino” [artículos 1, 2(2), 4, 6, 8(1), 12(3), y 13(2)].⁴⁰

En adición a CONVEMAR, otros instrumentos internacionales regulan y protegen recursos y ambiente marinos. El Mar Caspio está incluido en el Programa Regional de Mares (RSP) bajo el Programa del Medio Ambiente de ONU (UNEP) desde 1999. RSP fue el ímpetu detrás de la *Convención Marco para la Protección del Ambiente Marino del Mar Caspio* (la Convención de Teherán).⁴¹ El Mar Caspio se encuentra en la misma categoría que otros mares regionales en RSP, como el Mediterráneo, el Negro y el Báltico. Todos estos son mares cerrados o semi-cerrados regulados por CONVEMAR. El desarrollo de la Convención de Teherán requirió de significativa asistencia de la Organización Marítima Internacional (OMI).⁴² Los estándares de OMI también se encuentran referidos en el

³⁶ “Nothing in this Agreement [Protocol] shall be interpreted [considered] as predetermining the legal status of the Caspian Sea”. Acuerdos 1) *On Prevention of Incidents in the Caspian Sea*, 2) *among the Governments of the Caspian littoral States on Trade and Economic Cooperation*, 3) *among the Governments of the Caspian littoral States on Cooperation in the Field of Transport*, y Protocolos al *Agreement on Cooperation in the Field of Security in the Caspian Sea of November 18, 2010*, 4) *on Cooperation in Combating Terrorism in the Caspian Sea*, 5) *on Cooperation in Combating Organized Crime in the Caspian Sea*, y 6) *on Cooperation and Interaction among Border Authorities*. Véanse artículos 9-Trade and Economic Cooperation, 7-Transport Agreement, 13-Terrorism Protocol, 17-Organized Crime Protocol, y 13-Border Authorities Protocol.

³⁷ “...the body of water surrounded by the land territories of the Parties”.

³⁸ “...with its provisions affecting the Caspian Sea waters and the «land affected by the proximity of the [Caspian] Sea»”.

³⁹ Respectivamente: “Kronstadt sea-gauge”, “sea lanes”, “belt of sea”, “sea belt”.

⁴⁰ Respectivamente: “sea water”, “to other seas and the Ocean”, “smuggling of migrants by sea”, “seabed”.

⁴¹ *Framework Convention for the Protection of the Marine Environment of the Caspian Sea* (Teherán, 4 noviembre de 2003, en vigor el 12 agosto de 2006, 44 ILM 1).

⁴² OMI, *Implications of the United Nations Law of the Sea Convention on the International Maritime Organization*, LEG/MI sc/3/Rev.i, 6 de enero de 2003.

Protocolo a la Convención de Teherán Relativo a Preparación, Respuesta y Cooperación Regional para Combatir Incidentes de Contaminación por Petróleo.⁴³

La Convención trata extensamente sobre navegación. Formalmente no incluye “paso inocente” pero utiliza el mismo fraseo que los artículos 17 y 18(1)-CONVEMAR, y alude al derecho de “buques de enarbolar las banderas de las Partes”.⁴⁴ Si bien esto pareciera impedir la presencia de buques de Estados no Parte, el artículo 11(16)(b), al utilizar *verbatim* el artículo 24 —CONVEMAR—, permite la presencia en el Mar Caspio de “buques enarblando las banderas de otras Partes o *buques llevando carga*”.⁴⁵ Más aún, dispone normas sobre la cooperación con personas naturales o jurídicas de Estados no Parte o de organizaciones internacionales (artículo 16), que previsiblemente tendrán buques ondeando banderas de Estados no Parte en la Convención.

La Convención reconoce que las Partes “tienen el derecho de libre acceso desde el Mar Caspio hacia otros mares y el océano y de retorno” [artículos 3(10) y 10(4)],⁴⁶ con lo que pueden utilizar el territorio de las Partes de tránsito; si bien los términos y procedimientos deben ser determinados bilateralmente conforme a la legislación de esta última. En consecuencia, Rusia retiene completo control sobre sus canales aunque formalmente los abrió a las otras Partes de la Convención.⁴⁷

La Convención expresamente prohíbe en el Mar Caspio la presencia de fuerzas armadas de Estados No Parte [artículo 3(6)]. En tanto las Partes tienen prohibido proveer su territorio “a otros Estados para cometer agresión y llevar a cabo otras acciones militares contra cualquier Parte” [artículo 3(7)],⁴⁸ esta prohibición sólo abarca a las Partes en la Convención. En forma similar al artículo 19-CONVEMAR, la Convención dispone que el paso inocente no debe ser perjudicial a la paz, el buen orden o la seguridad del Estado ribereño, e incluye expresamente la amenaza o uso de fuerza contra la soberanía, integridad territorial o independencia política de un Estado costero o en violación de los principios de derecho internacional reflejados en la Carta de ONU, así como el ejercicio o práctica con armamento, actos de propaganda, contaminación intencional y grave, y actividades de pesca. La Convención expande a CONVEMAR al incluir en conductas excluidas el embarque o desembarque de cualquier persona contraria a las leyes y reglamentos del Estado ribereño, llevar a cabo exploración hidrográfica, poner a flote, sumergir o llevar a bordo cualquier dispositivo militar y control sobre el mismo, así como “control” del lanzamiento, aterrizaje o llevar a bordo cualquier aeronave o dispositivo militar [artículo 11(6) (*g, j, f, y e*, respectivamente)].⁴⁹ Esta inclusión seguramente es en referencia

⁴³ *Protocol Concerning Regional Preparedness, Response and Cooperation in Combating Oil Pollution Incidents* (Aktau, 12 de agosto de 2011, en vigor el 25 julio de 2016), disponible en: www.tehranconvention.org.

⁴⁴ “...ships flying the flags of the Parties”.

⁴⁵ “...ships flying the flags of other Parties or ships carrying cargoes” (énfasis añadido).

⁴⁶ “...the right to free access from the Caspian Sea to other seas and the Ocean, and back”.

⁴⁷ Azerbaiyán ha botado al menos tres naves en Bakú utilizando para ello los canales rusos. La *Brower*, antigua corbeta de la Guardia Costera de EUA, fue entregada oficialmente a Azerbaiyán 20 de septiembre de 2003. Dos corbetas menores de la Guardia Costera de EUA fueron entregadas a Azerbaiyán en 2000. Fueron piloteadas a través del Mar Negro y el Mar de Azov, utilizando el Canal Volga-Don hacia el Mar Caspio y a Bakú.

⁴⁸ “...to other States to commit aggression and undertake other military actions against any Party”.

⁴⁹ Respectivamente, “boarding or disembarking”, “hydrographic survey”, “putting afloat, submerging or taking on board any

al lanzamiento de misiles desde buques en el Caspio,⁵⁰ aunque sólo aplica cuando el lanzamiento tiene lugar en las aguas territoriales de otra Parte.

En su zona pesquera, cada Parte tiene el derecho exclusivo de cosechar los recursos biológicos acuáticos. Los Estados costeros adyacentes deberán conjuntamente determinar el máximo de captura permitido de recursos biológicos acuáticos *compartidos* y dividirlo en cuotas nacionales [artículo 9(3)], lo que podrá presentar dificultades ya que los bancos migratorios no se restringen a los sectores nacionales. Existe una importante diferencia entre CONVEMAR y la Convención. Cuando una Parte no es capaz de utilizar toda su cuota en las áreas de pesca exclusiva, el dar acceso a otras Partes es obligatorio para el Estado costero conforme al artículo 62(2)-CONVEMAR (*it shall ...give access*),⁵¹ en tanto que en el artículo 9(4) de la Convención es una prerrogativa (*it may grant access*).

Un importante tema involucrado en la adopción de la Convención fue la posibilidad de colocar tuberías submarinas. El tema ha estado impulsado por diversas propuestas para colocar un ducto que transporte hidrocarburos del Asia Central hacia Europa vía el Mar Caspio. Conforme a la Convención, para colocar infraestructura en el lecho del Mar Caspio se requiere el acuerdo de la Parte cuyo sector habrá de ser utilizado [artículos 14(3)] siempre que cumpla con estándares ambientales y acuerdos internacionales incluyendo la Convención de Teherán y sus protocolos [artículos 14(1) y (2)]. Hasta el momento de suscribir la Convención y con posterioridad, Rusia e Irán han argüido en contra de cualquier ducto submarino.

Varios temas quedan para el futuro. Entre otras, la demarcación fronteriza, debido a que la metodología deberá ser acordada por todas las Partes (artículo 1). Además, definir si el Mar Caspio es un bien común y recurso transfronterizo —con diversas cuencas fluviales⁵² y más de 130 ríos—,⁵³ porque las disposiciones de la Convención inciden en sus aguas y el “territorio afectado por la proximidad del Mar [Caspio]” (artículo 1).⁵⁴

military device and controlling it”, y “controlling”.

⁵⁰ El Ministro de Defensa Sergei Shoigu declaró que Rusia lanzó 26 misiles basados en el mar hacia 11 objetivos del Estado Islámico en Siria desde cuatro buques de guerra rusos en el Mar Caspio, a unos 1,500 km. de distancia, véase “Russian missiles «hit IS Syria from Caspian Sea””. BBC News, 7 de octubre de 2015, disponible: <https://www.bbc.com/news/world-middle-east-34465425>, recuperado el 11 de noviembre de 2018.

⁵¹ “...Cuando el Estado ribereño no tenga capacidad para explotar toda la captura permisible, dará acceso a otros Estados el excedente de la captura permisible ...”, artículo 62(2)-CONVEMAR.

⁵² Esta puede convertirse en una labor en extremo compleja debido al número de países que podrían y habrían de quedar involucrados. Cuencas – Río Volga: Rusia; Río Kura/Araz: Turquía, Georgia, Armenia, Irán, Azerbaiyán y Rusia; Río Terek: Georgia y Rusia; Río Atrek: Irán y Turkmenistán; Río Ural: Rusia y Kazajistán; Río Emba: Turkmenistán (en años de precipitación), véase “Caspian Sea/Nature/Gulfs, Rivers and Harbors”, 2016, disponible en: http://www.azerbaijan.az/_Geography/_Caspian/_caspian_e.html?caspian_04, recuperado el 3 de septiembre de 2018.

⁵³ United Nations Environment Programme, *Global International Waters Assessment*, cit.

⁵⁴ Como ejemplo baste señalar que, entre otras causas, debido al cambio climático, sequías y usos agrícolas e industriales, el nivel del Río Kura ha bajado a tal grado que las aguas del Mar Caspio ahora se meten a la desembocadura del Río, provocando escasez de agua, véase “Kura River in Azerbaijan so shallow that the bottom is visible. Who’s to blame – farmers or the gov’t?”, *JAMnews*, 2 de julio de 2020, disponible en: <https://jam-news.net/kura-river-dries-up-irresponsible-farming-in-mingachevir-reservoir-in-azerbaijan/>, recuperado el 6 de julio de 2020.

Después del acuerdo de diciembre de 2017 Turkmenistán-Azerbaiyán para conjuntamente desarrollar sectores del Mar Caspio y de la visita del Presidente de Irán Rouhani a Bakú, 28-29 de marzo de 2018, hubo claros signos de que los tiempos habían cambiado. Un acuerdo (Memorandum of Understanding on Joint Development of Relevant Blocks in the Caspian Sea) fue altamente relevante para el régimen legal del Mar Caspio. En ellos, Irán aceptó aprovechar los recursos del Mar Caspio sin demarcar las fronteras. Ambos países debían *conjuntamente* desarrollar los recursos. El día previo a su visita a Bakú, Rouhani firmó en Turkmenistán acuerdos similares sobre temas energéticos y económicos.⁵⁵ El desarrollo conjunto de campos (de hidrocarburos y piscícolas) parecería significar el límite máximo de los reclamos territoriales, volviéndose en una pragmática frontera indeterminada.

De manera interesante, debido a que el Mar Caspio está identificado a menos 28 metros bajo el nivel medio del mar, y a que el Mar Caspio se está evaporando a razón de 7 cm anuales,⁵⁶ en no más de 75 años habrá una situación física completamente diferente.⁵⁷ Las líneas de base se volverán fronteras entre el territorio de una Parte y sus aguas territoriales —secas— de 15 millas y las 10 millas de zona exclusiva de pesca, sin peces que cosechar, pero con más fácil acceso a recursos de hidrocarburos.

IV. Conclusiones

La cuenca endorreica del Mar Caspio jurídicamente —conforme a la Convención— no es un lago ni un mar. De conformidad con la Convención es el cuerpo de agua identificado en documentos archivados en Rusia con un régimen legal único y específico. Este cuerpo interior de agua, el más grande del mundo, por estar rodeado de tierra fue visto en la antigüedad como un lago, pero debido a su tamaño y salinidad se le consideró un mar. Esto quedó reflejado en la Convención cuando evita definirlo legalmente como un lago o un mar, pero que al recurrir —en ocasiones *verbatim*— a CONVEMAR y al derecho internacional, a veces se le considera como un lago y a veces como un mar.

La Convención es un importante avance regional. Incorpora al derecho internacional (regional) prácticas y principios adoptados por los Estados ribereños del Mar Caspio desde la desaparición de la URSS e incluso décadas antes. La Convención refleja que sólo los Estados ribereños podían *ab initio* definir el estatuto legal del Mar Caspio pues *per natura* sólo ellos tienen acceso natural a él.

⁵⁵ “Iran’s Rouhani kicks off trip to Turkmenistan, Azerbaijan”, *Xinhuanet*, 27 de marzo de 2018, disponible en: http://www.xinhuanet.com/english/2018-03/27/c_137069517.htm, recuperado el 25 de septiembre de 2018.

⁵⁶ Véase “Caspian Sea Evaporating as Temperatures Rise, Study Finds”, 29 de agosto de 2017, *American Geophysical Union*, disponible en: https://news.agu.org/press-release/caspian-sea-evaporating-as-temperatures-rise-study-finds/?utm_source=CPRE&utm_medium=email&utm_campaign=press+releases&utm_content=17-65+Caspian+Sea+level, recuperado el 8 de noviembre de 2018.

⁵⁷ La parte norte del Mar Caspio promedia 5-6 metros de profundidad; 20% de ese total con profundidad menor a 1 metro, véase Aladin, N. y Plotnikov, I., “The Caspian Sea”, *Vlaams Instituut voor de Zee*, 28 de junio de 2004, disponible en: www.vliz.be/imisdocs/publications/133415.pdf, recuperado el 12 de mayo de 2019.

La Convención comparte disposiciones con un estatuto similar a un mar, pero igualmente con dispositivos aplicables a lagos fronterizos. Atiende normas marítimas internacionales, como aguas territoriales, zonas económicas exclusivas, alta mar, aunque con designaciones y dimensiones distintas. Semeja un lago cuando sólo los Estados ribereños pueden utilizar el Mar Caspio, no se permite la presencia militar de Estados no litorales del Caspio, y ningún tercer Estado puede exigir utilizar las vías acuáticas que conectan al Mar Caspio con los océanos.

La Convención estuvo de acuerdo en “estar en desacuerdo” en temas fundamentales, como la demarcación de fronteras, aún sin resolver, desde hace más de veinticinco años. Sin embargo, con un estilo *pragmático* los 5-Caspio hallaron un punto medio y definieron reglas para la exploración y explotación conjunta —o sin veto— de los vastos recursos submarinos de hidrocarburos. Al firmar la Convención, los 5-Caspio manifestaron su deseo de sobreponerse a disputas pasadas, avanzar y establecer un marco jurídico general. Después de la Convención, los Estados litorales, empresas privadas e instituciones financieras cuentan con un mayor fundamento legal —aunque aún insuficiente— para desarrollar proyectos.

La Convención abre el camino para ductos (de petróleo y gas) trans-Caspio (TCP) y articular la necesidad de coordinarse en temas ambientales. Desde el principio, Rusia e Irán han condicionado la construcción de TCPs a la autorización ambiental de los 5-Caspio. No obstante, pese a que aún hay esperanzas, cualquier país puede oponerse a un TCP. De hecho, tan sólo un mes después de adoptarse la Convención, Rusia señaló que no tenía planes para colocar ductos en el lecho de la cuenca, y que la colocación de ductos en el lecho del Mar Caspio no era permisible en caso de objeciones por parte de los Estados del Caspio.⁵⁸

El enfoque de la Convención sobre la delimitación del lecho marino ha sido considerado “evasivo” pero “previsto”⁵⁹ o que fue “pateado” hacia el futuro.⁶⁰ Sin embargo, abrió el camino para que los Estados ribereños puedan empezar a desarrollar los vastos recursos submarinos de hidrocarburos. Esto fue anunciado desde 2017 cuando varios países acordaron bilateral y trilateralmente desarrollar en conjunto los recursos de hidrocarburos del Caspio,⁶¹ lo que recibió forma jurídica con la Convención, ofreciéndose así mayor certeza jurídica a proyectos de infraestructura regional.

⁵⁸ Declaración del 16 de septiembre de 2018 del Embajador ruso Igor Bratchikov, véase “Russian FM Hopes Caspian Sea Convention Will Be Ratified Without Delay”, *AzerNews*, 16 de septiembre de 2018, disponible en: <https://www.azernews.az/region/137615.html>, recuperado el 23 de noviembre de 2018.

⁵⁹ O’Byrne, D., “With draft convention, resolution of Caspian Sea status appears closer than ever”, 27 de junio de 2018, disponible en: <https://eurasianet.org/with-draft-convention-resolution-of-caspian-sea-status-appears-closer-than-ever>, recuperado el 27 de junio de 2018.

⁶⁰ Dudley, D., “Teheran Tries To Face Down Domestic Critics Of Caspian Sea Deal”, *Forbes*, 14 de agosto de 2018, disponible en: <https://www.forbes.com/sites/dominicdudley/2018/08/14/teheran-skeptics-of-caspian-sea-deal/#2d0012b-750fc>, recuperado el 22 de noviembre de 2018.

⁶¹ Azerbaiyán e Irán (Rahimov, 2018), Irán y Turkmenistán (Islamic Republic News Agency, 2018), Azerbaiyán y Turkmenistán (O’Byrne, 2017), y Azerbaiyán, Irán y Rusia (AzerNews, 2018).

La Convención es prueba de una voluntad por avanzar más allá de disputas pasadas y avanzar para conjuntamente desarrollar el Mar Caspio. Es una expresión pragmática con reglas jurídicas.

A continuación presento el texto oficial en inglés de la Convención, dada a conocer por el gobierno de la Federación de Rusia.⁶² La Convención se adoptó en idiomas azerbaiyano, farsi, kazajo, ruso, turkmeno e inglés. Todos son auténticos. En caso de discrepancia entre los Estados Parte, se atiende a lo dispuesto en inglés (artículo 24 de la Convención).

⁶² Texto original en idiomas azerbaiyano, iraní, kazajo, ruso, turkmeno e inglés disponible en: <http://en.kremlin.ru/supplement/5328>.

Anexo

Convention on the Legal Status of the Caspian Sea August 12, 2018

The Parties to this Convention, the Caspian littoral States – the Republic of Azerbaijan, the Islamic Republic of Iran, the Republic of Kazakhstan, the Russian Federation and Turkmenistan – hereinafter referred to as the Parties,

Based on the principles and norms of the Charter of the United Nations and international law,

Taking into account the atmosphere of cooperation, good-neighbourliness and mutual understanding among the Parties,

Guided by the desire to deepen and expand good-neighbourly relations among the Parties,

Proceeding from the fact that the Caspian Sea is of vital importance to the Parties and that only they possess sovereign rights over the Caspian Sea and its resources,

Emphasizing that solving issues related to the Caspian Sea falls within the exclusive competence of the Parties,

Recognizing political, economic, social and cultural importance of the Caspian Sea,

Aware of their responsibility before the present and future generations for the preservation of the Caspian Sea and sustainable development of the region,

Convinced that this Convention will facilitate the development and strengthening of cooperation among the Parties, and promote the use of the Caspian Sea for peaceful purposes and rational management of its resources, as well as exploration, protection and conservation of its environment,

Seeking to create favorable conditions for the development of mutually beneficial economic cooperation in the Caspian Sea,

Taking into account changes and processes that have occurred in the Caspian Sea region at the geopolitical and national levels, the existing arrangements between the Parties and, in this regard, the need to strengthen the legal regime of the Caspian Sea,

Have agreed as follows:

Article 1

For the purposes of this Convention, the following terms shall mean:

“The Caspian Sea” – the body of water surrounded by the land territories of the Parties and outlined on the 1:750,000 scale nautical charts of the General Department of Navigation and Oceanography of the Ministry of Defense of the Russian Federation, Saint Petersburg, No. 31003, archive edition of 17.04.1997 published in 1998; No. 31004, archive edition of 04.07.1998 published in 1999; No. 31005, archive edi-

tion of 16.11.1996 published in 1998, certified copies of which are attached to this Convention and form an integral part thereof.

“Baseline” – the line consisting of normal and straight baselines.

“Normal baseline” – the line of the multi-year mean level of the Caspian Sea measured at minus 28.0 meters mark of the 1977 Baltic Sea Level Datum from the zero-point of the Kronstadt sea-gauge, running through the continental or insular part of the territory of a Caspian littoral State as marked on large-scale charts officially recognized by that State.

“Straight baselines” – straight lines joining relevant/appropriate points on the coastline and forming the baseline in locations where the coastline is indented or where there is a fringe of islands along the coast in its immediate vicinity.

The methodology for establishing straight baselines shall be determined in a separate agreement among all the Parties.

If the configuration of the coast puts a coastal State at a clear disadvantage in determining its internal waters, that will be taken into account in developing the above methodology in order to reach consent among all the Parties.

“Internal waters” – waters on the landward side of the baseline.

“Territorial waters” – a belt of sea to which the sovereignty of a coastal State extends.

“Fishery zone” – a belt of sea where a coastal State holds an exclusive right to harvest aquatic biological resources.

“Common maritime space” – a water area located outside the outer limits of fishery zones and open for use by all the Parties.

“Sector” – parts of the seabed and subsoil delimited between the Parties for the purposes of the subsoil exploitation and other legitimate economic activities related to the development of resources of the seabed and subsoil.

“Aquatic biological resources” – fish, shellfish, crustaceans, mammals and other aquatic species of fauna and flora.

“Shared aquatic biological resources” – aquatic biological resources jointly managed by the Parties.

“Harvesting” – any type of activity aimed at removing aquatic biological resources from their natural habitat.

“Warship” – a ship belonging to the armed forces of a Party and bearing external marks distinguishing such ships of its nationality, under the command of an officer duly commissioned by the government of the Party and whose name appears in the appropriate service list or its equivalent, and manned by a crew which is under regular armed forces discipline.

“Ecological system of the Caspian Sea” – interacting components of air, water and biological organisms, including human beings, within the Caspian Sea and parts of the land affected by the proximity of the Sea.

“Pollution” – the introduction by man, directly or indirectly, of substances, organisms or energy into the ecological system of the Caspian Sea, including from land-

based sources, which results or is likely to result in deleterious effects, such as harm to biological resources and marine life, hazards to human health, hindrance to marine activities, including harvesting of aquatic biological resources and other legitimate uses of the sea, impairment of quality for use of sea water and reduction of amenities.

Article 2

1. In accordance with this Convention, the Parties shall exercise their sovereignty, sovereign and exclusive rights, as well as jurisdiction in the Caspian Sea.
2. This Convention shall define and regulate the rights and obligations of the Parties in respect of the use of the Caspian Sea, including its waters, seabed, sub-soil, natural resources and the airspace over the Sea.

Article 3

The Parties shall carry out their activities in the Caspian Sea in accordance with the following principles:

1. Respect for the sovereignty, territorial integrity, independence and sovereign equality of States, non-use of force or the threat of force, mutual respect, cooperation and non-interference into the internal affairs of each other;
2. Using the Caspian Sea for peaceful purposes, making it a zone of peace, good-neighbourliness, friendship and cooperation, and solving all issues related to the Caspian Sea through peaceful means;
3. Ensuring security and stability in the Caspian Sea region;
4. Ensuring a stable balance of armaments of the Parties in the Caspian Sea, developing military capabilities within the limits of reasonable sufficiency with due regard to the interests of all the Parties and without prejudice to the security of each other;
5. Compliance with the agreed confidence-building measures in the military field in the spirit of predictability and transparency in line with general efforts to strengthen regional security and stability, including in accordance with international treaties concluded among all the Parties;
6. Non-presence in the Caspian Sea of armed forces not belonging to the Parties;
7. Non-provision by a Party of its territory to other States to commit aggression and undertake other military actions against any Party;
8. Freedom of navigation outside the territorial waters of each Party subject to the respect for sovereign and exclusive rights of the coastal States and to the compliance with relevant rules established by them with regard to the activities specified by the Parties;
9. Ensuring safety of navigation;

10. The right to free access from the Caspian Sea to other seas and the Ocean, and back in accordance with the generally recognized principles and norms of international law and agreements between the relevant Parties, with due regard to legitimate interests of the transit Party, with a view to promoting international trade and economic development;
11. Navigation in, entry to and exit from the Caspian Sea exclusively by ships flying the flag of one of the Parties;
12. Application of agreed norms and rules related to the reproduction and regulation of the use of shared aquatic biological resources;
13. Liability of the polluting Party for damage caused to the ecological system of the Caspian Sea;
14. Protection of the environment of the Caspian Sea, conservation, restoration and rational use of its biological resources;
15. Facilitation of scientific research in the area of ecology and conservation and use of biological resources of the Caspian Sea;
16. Freedom of overflight by civil aircraft in accordance with the rules of the International Civil Aviation Organization;
17. Conducting marine scientific research outside the territorial waters of each Party in accordance with legal norms agreed upon by the Parties, subject to the respect for sovereign and exclusive rights of the coastal States and to the compliance with relevant rules established by them with regard to certain types of research.

Article 4

The Parties shall conduct their activities in the Caspian Sea for the purposes of navigation, harvesting, use and protection of aquatic biological resources, exploration and exploitation of the seabed and subsoil resources, as well as other activities in accordance with this Convention, other agreements between the Parties consistent with this Convention, and their national legislation.

Article 5

The water area of the Caspian Sea shall be divided into internal waters, territorial waters, fishery zones and the common maritime space.

Article 6

The sovereignty of each Party shall extend beyond its land territory and internal waters to the adjacent sea belt called territorial waters, as well as to the seabed and subsoil thereof, and the airspace over it.

Article 7

1. Each Party shall establish the breadth of its territorial waters up to a limit not exceeding 15 nautical miles, measured from baselines determined in accordance with this Convention.
2. The outer limit of the territorial waters shall be the line every point of which is located at a distance from the nearest point of the baseline equal to the breadth of the territorial waters.

For the purpose of determining the outer limit of the territorial waters, the outermost permanent harbour works which form an integral part of the harbour system shall be regarded as forming part of the coast. Off-shore installations and artificial islands shall not be considered as permanent harbour works.

The outer limit of the territorial waters shall be the state border.

3. Delimitation of internal and territorial waters between States with adjacent coasts shall be effected by agreement between those States with due regard to the principles and norms of international law.

Article 8

1. Delimitation of the Caspian Sea seabed and subsoil into sectors shall be effected by agreement between States with adjacent and opposite coasts, with due regard to the generally recognized principles and norms of international law, to enable those States to exercise their sovereign rights to the subsoil exploitation and other legitimate economic activities related to the development of resources of the seabed and subsoil.
2. Within its sector, a coastal State shall have the exclusive right to construct, as well as to authorize and regulate the construction, operation and use of artificial islands, installations and structures. A coastal State may, where deemed necessary, establish safety zones around artificial islands, installations and structures to ensure the safety of navigation and of the artificial islands, installations and structures. The breadth of the safety zones shall not exceed a distance of 500 meters around them, measured from each point of the outer edge of such artificial islands, installations and structures.

The geographical coordinates of such structures and contours of the safety zones should be communicated to all the Parties.

3. All ships must respect those safety zones.
4. The exercise of sovereign rights of a coastal State under paragraph 1 of this Article must not infringe upon the rights and freedoms of other Parties stipulated in this Convention or result in an undue interference with the enjoyment thereof.

Article 9

1. Each Party shall establish a 10 nautical miles-wide fishery zone adjacent to the territorial waters.
Delimitation of fishery zones between States with adjacent coasts shall be effected by agreement between those States with due regard to the principles and norms of international law.
2. In its fishery zone, each Party shall have the exclusive right to harvest aquatic biological resources in accordance with this Convention, separate agreements concluded by the Parties on the basis of the Convention and its national legislation.
3. On the basis of this Convention and international mechanisms, the Parties shall jointly determine the total allowable catch of shared aquatic biological resources in the Caspian Sea and divide it into national quotas.
4. If a Party is unable to harvest its entire quota in the total allowable catch, it may grant access to the remainder of its quota in the total allowable catch to other Parties by way of concluding bilateral agreements or through other arrangements in accordance with its national legislation.
5. Terms and procedures for harvesting shared aquatic biological resources in the Caspian Sea shall be determined by the separate agreement concluded by all Parties.

Article 10

1. Ships flying the flags of the Parties shall enjoy freedom of navigation beyond the outer limits of the territorial waters of the Parties. The freedom of navigation shall be exercised in accordance with the provisions of this Convention and other compatible agreements between the Parties without prejudice to the sovereign and exclusive rights of the Parties as determined in this Convention.
2. Each Party shall grant ships flying the flags of other Parties that carry goods, or passengers and baggage, or perform towing or rescue operations the same treatment as to its national ships with regard to free access to its ports in the Caspian Sea, their use for loading and unloading goods, boarding or disembarking passengers, payment of tonnage and other port dues, use of navigation services and performance of regular commercial activities.
3. The regime specified in paragraph 2 of this Article shall apply to the ports in the Caspian Sea that are open to ships flying the flags of the Parties.
4. The Parties shall have the right to free access from the Caspian Sea to other seas and the Ocean, and back. To that end, the Parties shall enjoy the freedom of transit for all their means of transport through the territories of transit Parties.

Terms and procedures for such access shall be determined by bilateral agreements between the Parties concerned and transit Parties or, in the absence of such agreements, on the basis of the national legislation of the transit Party.

In the exercise of their full sovereignty over their territories, the transit Parties shall be entitled to take all necessary measures to ensure that the rights and facilities of the Parties provided for in this paragraph in no way infringe upon legitimate interests of the transit Party.

Article 11

1. Ships flying the flags of the Parties may navigate through territorial waters with a view to:
 - a) Traversing those waters without entering internal waters or calling at a roadstead or port facility outside internal waters;
 - or
 - b) Proceeding to or from internal waters or calling at such roadstead or port facility.

2. Terms and procedures for the passage of warships, submarines and other underwater through territorial waters shall be determined on the basis of agreements between the flag State and the coastal State or, in the absence of such agreements, on the basis of the coastal State legislation.

If the entry of a warship to the territorial waters is required due to a force majeure or distress, or to render assistance to persons, ships or aircraft in distress, the captain of the warship approaching the territorial waters shall notify the coastal State accordingly, with such entry to be performed along the route to be determined by the captain of the warship and agreed with the coastal State. As soon as such circumstances cease to exist, the warship shall immediately leave the territorial waters.

Terms and procedures for the entry of warships to the internal waters due to a force majeure or distress, or to render assistance to persons, ships or aircraft in distress shall be determined on the basis of agreements between the flag State and the coastal State or, in the absence of such agreements, on the basis of the coastal State legislation.

3. Passage through territorial waters must not be prejudicial to the peace, good order or security of the coastal State. Passage through territorial waters should be continuous and expeditious. Such passage shall take place in conformity with this Convention.
4. Warships, submarines and other underwater vehicles of one Party passing through the territorial waters in compliance with the terms and procedures set forth in paragraph 2 of this Article shall not have the right to call at ports and anchor within the territorial waters of another Party unless they

have a proper permission or need to do so due to a force majeure or distress, or to render assistance to persons, ships or aircraft in distress.

5. Submarines and other underwater vehicles of one Party shall be required to navigate on the surface and show their flag when passing through the territorial waters of another Party.
6. Passage through territorial waters shall be considered to be prejudicial to the peace, good order or security of the coastal State if any of the following activities is performed in the process:
 - a) Threat or use of force against the sovereignty, territorial integrity or political independence of the coastal State, or in any other manner in violation of the principles of international law embodied in the Charter of the United Nations;
 - b) Any exercise or practice with weapons of any kind;
 - c) Any act aimed at collecting information to the prejudice of the defense or security of the coastal State;
 - d) Any act of propaganda aimed at affecting the defense or security of the coastal State;
 - e) Launching, landing or taking on board any aircraft or military device and controlling it;
 - f) Putting afloat, submerging or taking on board any military device and controlling it;
 - g) Loading or unloading of any commodity or currency, or boarding or disembarking of any person contrary to the customs, fiscal, immigration or sanitary laws and regulations of the coastal State;
 - h) Any act of willful and serious pollution contrary to this Convention;
 - i) Any fishing activities;
 - j) Carrying out research or hydrographic survey activities;
 - k) Any act aimed at interfering with any systems of communication or any other facilities or installations of the coastal State;
 - l) Any other activity not having a direct bearing on the passage through territorial waters.
7. In its territorial waters, a Party may take necessary steps to prevent a passage through its territorial waters violating conditions set forth in this Article.
8. A Party may adopt laws and regulations, in conformity with provisions of this Convention and other norms of international law, relating to passage through territorial waters, including in respect of all or any of the following:
 - a) Safety of navigation and regulation of maritime traffic;
 - b) Protection of navigational aids and facilities, as well as other facilities or installations;
 - c) Protection of cables and pipelines;
 - d) Conservation of the biological resources of the sea;

- e) Prevention of infringement of fishery laws and regulations of the coastal State;
 - f) Preservation of the environment of the coastal State and prevention, reduction and control of pollution thereof;
 - g) Marine scientific research and hydrographic surveys;
 - h) Prevention of infringement of customs, fiscal, immigration or sanitary laws and regulations of the coastal State;
 - i) Ensuring national security.
9. A Party shall duly publish all laws and regulations related to the passage through its territorial waters.
 10. Ships flying the flags of the Parties, while passing through territorial waters, shall observe all laws and regulations of the coastal State related to such passage.
 11. Each Party may, where necessary and with due regard to the safety of navigation, require ships flying the flags of other Parties passing through its territorial waters to use such sea lanes and traffic separation schemes as it may designate or prescribe for the regulation of the passage of ships through its territorial waters.
 12. In the case of ships proceeding to internal waters or a call at port facilities outside internal waters, the coastal State shall also have the right to take necessary steps to prevent any breach of the conditions to which admission of those ships to internal waters or such a call is subject.
 13. A Party may, without discrimination in form or in fact against ships flying the flags of other Parties, temporarily suspend in specified areas of its territorial waters the passage of those ships if such suspension is essential for the protection of its security.

Such suspension shall take effect only after having been duly published.
 14. If a warship or a government ship operated for non-commercial purposes does not comply with laws and regulations of the coastal State concerning passage through territorial waters and disregards any request for compliance therewith which is made to it, the Party concerned may require it to leave its territorial waters immediately.
 15. The flag Party shall bear international responsibility for any loss or damage to another Party resulting from the non-compliance by a warship or other government ship operated for non-commercial purposes with laws and regulations of the coastal State concerning passage through its territorial waters, entering such waters and anchoring therein or with provisions of this Convention or other norms of international law.
 16. A Party shall not hamper the passage of ships flying the flags of other Parties through its territorial waters except when acting under this Convention or laws and regulations adopted in conformity therewith. In particular, a Party shall not:

- a) Impose requirements on ships flying the flags of other Parties which have the practical effect of denying or impairing unjustifiably the right of passage through its territorial waters;
or
- b) Discriminate in form or in fact against ships flying the flags of other Parties or ships carrying cargoes to, from or on behalf of any State.

A Party shall give appropriate publicity to any danger to navigation within its territorial waters of which it has knowledge.

Article 12

1. Each Party shall exercise jurisdiction over the ships flying its flag in the Caspian Sea.
2. Each Party shall, within its sector, exercise jurisdiction over the artificial islands, installations, structures, its submarine cables and pipelines.
3. Each Party, in the exercise of its sovereignty, sovereign rights to the subsoil exploitation and other legitimate economic activities related to the development of resources of the seabed and subsoil, and exclusive rights to harvest aquatic biological resources as well as for the purposes of conserving and managing such resources in its fishery zone, may take measures in respect of ships of other Parties, including boarding, inspection, hot pursuit, detention, arrest and judicial proceedings, as may be necessary to ensure compliance with its laws and regulations.

The application of measures stipulated in this paragraph needs to be justified. If measures applied were unjustified, the ship shall be compensated for any loss and damage incurred.

Measures, such as boarding, inspection, hot pursuit and detention, can be undertaken exclusively by representatives of the competent government authorities of the Parties present aboard warships or military aircraft, or other ships or aircraft bearing the external marks clearly indicating that they are in the government service and are authorized for that purpose.

4. With the exception of cases specified in Article 11 hereof, nothing in this Convention shall affect the immunities of warships and government ships operated for non-commercial purposes.

Article 13

1. In the exercise of its sovereignty, each Party shall have the exclusive right to regulate, authorize and conduct marine scientific research in its territorial waters. Ships flying the flags of the Parties may conduct marine scientific research within the territorial waters of a Party only with its written permission and on such terms as it may establish.

2. In the exercise of its jurisdiction, each Party shall have the exclusive right to regulate, authorize and conduct marine scientific research related to aquatic biological resources in its fishery zone, as well as marine scientific research related to the exploration and exploitation of seabed and subsoil resources in its sector. Ships flying the flags of the Parties may conduct such research in the fishery zone and the sector of a Party only with its written permission and on such terms as it may establish.
3. Terms and procedures for issuing permissions shall be determined by each Party in accordance with its national legislation and shall be duly communicated to other Parties.
4. There must be no unjustified delays or denials in taking decisions on the issue of permissions to conduct marine scientific research in accordance with paragraphs 1 and 2 of this Article.
5. Marine scientific research activities referred to in this Article shall not create unjustified impediments to activities undertaken by the Parties in the exercise of their sovereign and exclusive rights provided for in this Convention.
6. A Party conducting marine scientific research shall ensure the right of the Party that has permitted such research in accordance with paragraphs 1 and 2 of this Article to participate or be represented in the research, especially aboard research ships when practicable, without payment of any remuneration to the scientists of the permitting Party and without obligation of that Party to contribute towards the costs of the research.
7. A Party conducting marine scientific research in accordance with paragraphs 1 and 2 of this Article shall provide the Party that has permitted such research with the results and conclusions thereof after its completion, as well as access to all data and samples obtained within the framework of the research.
8. A Party shall have the right to require the suspension or cessation of any marine scientific research activities in progress within its territorial waters.
9. A Party that has permitted marine scientific research conducted in accordance with paragraph 2 of this Article shall have the right to require its suspension or cessation in one of the following cases:
 - a) Research activities are not being conducted in accordance with the information provided that served as a basis for granting the permission;
 - b) Research activities are being conducted in violation of the conditions it has established;
 - c) Failure to comply with any of the provisions of this Article in conducting the research project;
 - d) Such suspension or cessation is essential for ensuring its security.
10. Ships flying the flags of the Parties shall have the right to conduct marine scientific research beyond the outer limits of territorial waters subject to paragraphs 2 and 3 of this Article.

11. Bilateral and multilateral marine scientific research shall be conducted by agreement between the Parties concerned.

Article 14

1. The Parties may lay submarine cables and pipelines on the bed of the Caspian Sea.
2. The Parties may lay trunk submarine pipelines on the bed of the Caspian Sea, on the condition that their projects comply with environmental standards and requirements embodied in the international agreements to which they are parties, including the Framework Convention for the Protection of the Marine Environment of the Caspian Sea and its relevant protocols.
3. Submarine cables and pipelines routes shall be determined by agreement with the Party the seabed sector of which is to be crossed by the cable or pipeline.
4. The geographical coordinates of areas along routes of submarine cables and pipelines where anchoring, fishing with near-bottom gear, submarine and dredging operations, and navigation with dredging anchor are not allowed, shall be communicated by the coastal State whose sector they cross to all the Parties.

Article 15

1. The Parties shall undertake to protect and preserve the ecological system of the Caspian Sea and all elements thereof.
2. The Parties shall take, jointly or individually, all necessary measures and cooperate in order to preserve the biological diversity, to protect, restore and manage in a sustainable and rational manner the biological resources of the Caspian Sea, and to prevent, reduce and control pollution of the Caspian Sea from any source.
3. Any activity damaging the biological diversity of the Caspian Sea shall be prohibited.
4. The Parties shall be liable under the norms of international law for any damage caused to the ecological system of the Caspian Sea.

Article 16

Cooperation of the Parties in the Caspian Sea with natural and legal persons of States that are not parties to this Convention, as well as international organizations shall be in conformity with the provisions of this Convention.

Article 17

The Parties shall cooperate in combating international terrorism and financing thereof, trafficking in arms, drugs, psychotropic substances and their precursors, as well as poaching, and in preventing and suppressing smuggling of migrants by sea and other crimes in the Caspian Sea.

Article 18

1. Provisions of this Convention may be amended or supplemented by agreement of all the Parties.
2. Amendments and supplements to this Convention shall be an integral part of the Convention and shall be made in a form of separate protocols that shall enter into force on the date of the receipt by the Depositary of the fifth notification of completion by the Parties of internal procedures required for their entry into force.

Article 19

To ensure effective implementation of the Convention and to review cooperation in the Caspian Sea, the Parties shall establish a mechanism of five-party regular high-level consultations under the auspices of their Ministries of Foreign Affairs to be held at least once a year, on a rotation basis, in one of the coastal States, in accordance with the agreed rules of procedure.

Article 20

This Convention shall not affect rights and obligations of the Parties arising from other international treaties to which they are parties.

Article 21

1. Disagreements and disputes regarding the interpretation and application of this Convention shall be settled by the Parties through consultations and negotiations.
2. Any dispute between the Parties regarding the interpretation or application of this Convention which cannot be settled in accordance with paragraph 1 of this Article may be referred, at the discretion of the Parties, for settlement through other peaceful means provided for by international law.

Article 22

This Convention shall be subject to ratification. The instruments of ratification shall be deposited with the Republic of Kazakhstan acting as the Depositary of the Convention. This Convention shall enter into force on the date of the receipt by the Depositary of the fifth instrument of ratification.

Article 23

1. The Depositary shall notify the Parties of the date of submission of each instrument of ratification, the date of entry into force of the Convention and the date of entry into force of amendments and supplements thereto.
2. This Convention shall be registered by the Depositary in accordance with Article 102 of the Charter of the United Nations.

Article 24

This Convention shall be of unlimited duration due to its nature.

Done at Aktau on 12 August 2018 in one original copy in the Azerbaijani, Farsi, Kazakh, Russian, Turkmen and English languages, all texts being equally authentic.

In case of any disagreement, the Parties shall refer to the English text.

The original copy shall be deposited with the Depositary. The Depositary shall transmit certified true copies of the Convention to all the Parties.

CONTRADICCIÓN DE TESIS 204/2016: ANÁLISIS DE SU FUNCIONALIDAD EN EL CAMPO EMPÍRICO DEL DERECHO

COMPARISON OF THE THESIS 204/2016: ANALYSIS OF ITS FUNCTIONALITY IN THE EMPIRICAL FIELD OF THE RIGHT

Janeth Ávila Sepúlveda*

I. Introducción

La jurisprudencia como fuente de derecho, ha sido definida por Eduardo García Máynez como: “un conjunto de principios y doctrinas contenidas en las decisiones de los tribunales”.¹

La jurisprudencia encuentra su fundamento en el artículo 94, párrafo décimo primero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos² y el artículo 217

¹ García, Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, Ciudad de México, Porrúa, 1993, p. 68.

² Artículo 94. “Se deposita el ejercicio del Poder Judicial de la Federación en una Suprema Corte de Justicia, en un Tribunal Electoral, en Plenos Regionales, en Tribunales Colegiados de Circuito, en Tribunales Colegiados de Apelación y en Juzgados de Distrito... La ley fijará los términos en que sea obligatoria la jurisprudencia que establezcan los Tribunales del Poder Judicial de la Federación sobre la interpretación de la Constitución y normas generales, así como los requisitos para su interrupción”.

* Licenciada en derecho por la Escuela Libre de Derecho de Puebla, licenciada en contaduría pública por la Universidad Popular Autónoma del Estado de Puebla; obtuvo los grados de Maestría en Contribuciones por la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, así como de Maestría en Constitucional y Amparo por la Escuela Libre de Derecho de Puebla. Ha fungido como secretaria interina de juzgado de distrito, secretaria interina de tribunal de colegiado, secretaria particular de magistrado de circuito y, actualmente se desempeña como oficial administrativo en el Poder Judicial de la Federación.

Fecha de recepción: 5 de agosto de 2019.

Fecha de aceptación: 21 de enero de 2020.

de la Ley de Amparo,³ los cuales determinan los requisitos para su obligatoriedad, su interrupción y sustitución.

Ahora bien, el presente trabajo tiene como objeto principal, realizar un análisis de la evolución y efectos jurídicos que ha tenido en el campo empírico o realidad social del derecho, la contradicción de tesis 204/2016, titulada: “VISTA AL MINISTERIO PÚBLICO FEDERAL. LOS JUZGADORES DE AMPARO DEBEN ORDENARLA ANTE EL CONOCIMIENTO DE ACTOS REALIZADOS DURANTE LA TRAMITACIÓN DEL JUICIO CONSTITUCIONAL QUE PODRÍAN RESULTAR CONSTITUTIVOS DE ALGUNOS DE LOS DELITOS ESPECIALES TIPIFICADOS EN EL ARTÍCULO 261 DE LA LEY DE LA MATERIA”.

Lo anterior, utilizando como herramienta de estudio, a la sociología jurídica entendida como una disciplina jurídica científica que intenta explicar “las causas y efectos de las normas jurídicas”,⁴ o como “una ciencia que estudia las relaciones entre derecho y sociedad”.⁵

Pues es a través de la sociología jurídica, por la que se busca entender y resolver las diversas interrogantes que surgen en los distintos ámbitos del derecho, en este caso, se busca entender qué tipo de resultados ha tenido la jurisprudencia citada mediante su aplicación en el ámbito social.

Por ello, como antecedente se señala que dicha jurisprudencia, se discutió en sesión de 9 de febrero de 2017, por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la contradicción de tesis 204/2016, que se suscitó entre el Sexto Tribunal Colegiado del Décimo Quinto Circuito, y el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, cuyo tema principal fue determinar si debía darse vista al ministerio público federal adscrito, en el juicio de amparo, ante el conocimiento de actos realizados en la tramitación del mismo, que podrían ser constitutivos de alguno de los delitos especiales tipificados en el artículo 261⁶ de la Ley de Amparo.

³ Artículo 217. “La jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia de la Nación, funcionando en pleno o en salas, es obligatoria para éstas tratándose de la que decreta el pleno, y además para los Plenos de Circuito, los tribunales colegiados y unitarios de circuito, los juzgados de distrito, tribunales militares y judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal, y tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales”.

La jurisprudencia que establezcan los Plenos de Circuito es obligatoria para los tribunales colegiados y unitarios de circuito, los juzgados de distrito, tribunales militares y judiciales del orden común de las entidades federativas y tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales que se ubiquen dentro del circuito correspondiente.

La jurisprudencia que establezcan los tribunales colegiados de circuito es obligatoria para los órganos mencionados en el párrafo anterior, con excepción de los Plenos de Circuito y de los demás tribunales colegiados de circuito.

La jurisprudencia en ningún caso tendrá efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.”

⁴ Correas, Oscar, “Acerca de la sociología jurídica: un ensayo de definición”, *Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, Distrito Federal, núm. 12, 1993, disponible en: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/critica-juridica/article/view/3071/2872>.

⁵ *Ibidem*, p. 26.

⁶ Artículo 261. “Se impondrá una pena de dos a seis años de prisión y multa de treinta a trescientos días:

I. Al quejoso, a su abogado autorizado o a ambos, si con el propósito de obtener una ventaja procesal indebida, en la demanda afirme hechos falsos u omita los que le consten en relación con el acto reclamado, siempre que no se reclamen actos que importen peligro de privación de la vida, ataques a la libertad personal fuera de procedimiento, incomunicación, deportación o expulsión, proscripción o destierro, extradición, desaparición forzada de personas o alguno de los prohibidos por el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como la incorporación forzosa al Ejército, Armada o Fuerza Aérea nacionales; y

II. Al quejoso o tercero interesado, a su abogado o a ambos, si en el juicio de amparo presenten testigos o documentos falsos”.

Dicho análisis y resolución, se realizó mediante diversas propuestas y discusiones a cargo de la mayoría de los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, pues surgió el cuestionamiento de resolver si era realmente necesario darle vista al Ministerio Público, ya que éste formaba parte integrante en los juicios de amparo, de conformidad con el artículo 5º, fracción IV de la Ley de Amparo, que establece:

Artículo 5º. Son partes en el juicio de amparo: IV. El Ministerio Público Federal en todos los juicios, donde podrá interponer los recursos que señala esta Ley, y los existentes en amparos penales cuando se reclamen resoluciones de tribunales locales, independientemente de las obligaciones que la misma ley le precisa para procurar la pronta y expedita administración de justicia.

Así, en dicha sesión se concluyó que, con base en los artículos 15, 121, 209, 237, fracción III y 271 de la Ley de Amparo, los órganos jurisdiccionales están facultados para hacer del conocimiento del ministerio público federal adscrito, sobre acontecimientos que surjan durante la tramitación del juicio de amparo, que podrían resultar o actualizar algunos de los delitos previstos en la Ley de Amparo.

Lo anterior con independencia de la intervención que tiene el ministerio público adscrito, como parte en el juicio de amparo.

De este modo, aunque el Ministerio Público forma parte integrante del juicio de amparo, sin embargo, acorde a la ley orgánica respectiva, no se le faculta en el juicio de amparo a iniciar carpetas de investigación, sino que únicamente está facultado para informar a la autoridad ministerial competente para que actúe conforme las facultades que otorga la legislación penal respectiva.

Ahora bien, desde que se publicó la citada jurisprudencia, ha generado diversas discusiones respecto a este tema.

Sin embargo, cabe hacer la aclaración que antes de la publicación de dicha jurisprudencia, eran aisladas las ocasiones en que el órgano jurisdiccional daba vista al ministerio público federal, cuando se actualizaban los supuestos previstos en la Ley de Amparo.

Y este dato se conoce en forma indirecta, pues no surgieron criterios aislados o bien jurisprudenciales al respecto, sino después que se publicó la jurisprudencia que se analiza, que ha motivado diversas interpretaciones tanto jurisprudenciales como criterios aislados que han limitado y aclarado su contenido y cuyo análisis es el objeto de estudio de este trabajo.

II. Diversas jurisprudencias que se originaron con motivo del criterio jurisprudencial citado

Como se dijo, la jurisprudencia antes referida, ha provocado que se susciten otras interpretaciones que la vinculan. De ahí que surja la pregunta, ¿a qué se debe esto? Creo que una de las posibles respuestas es que, en la práctica jurisdiccional se requiere de esa intervención mínima (es decir, dar vista al ministerio público respectivo a cargo del órgano de amparo), para agilizar el trámite del procedimiento penal que se inicie por posibles hechos constitutivos del delito. Ya que, si se inicia mediante la vista de un órgano jurisdiccional, el ministerio público tiene que actuar de inmediato al respecto.

En cambio, cuando un abogado postulante independiente, inicia *motu proprio* dicha solicitud, el seguimiento en la investigación de éste resulta algo lento.

Ahora bien, en este apartado se realiza una relatoría por fechas de las interpretaciones jurisprudenciales que se han originado, con la finalidad de desentrañar su contenido.

En febrero de 2011 se publicó en el *Semanario Judicial de la Federación*, la jurisprudencia de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que resolvió la contradicción de tesis 355/2019, cuyo contenido es el siguiente:

CONCEPTOS DE VIOLACIÓN EN AMPARO DIRECTO. SON INOPERANTES LOS DIRIGIDOS A IMPUGNAR LA DETERMINACIÓN DEL TRIBUNAL UNITARIO AGRARIO DE DAR VISTA AL MINISTERIO PÚBLICO DE LA FEDERACIÓN EN RELACIÓN CON HECHOS QUE PUDIERAN SER CONSTITUTIVOS DE DELITO QUE DEBA PERSEGUIRSE DE OFICIO.⁷ Conforme al artículo 117 del Código Federal de Procedimientos Penales, cuando un funcionario público tenga conocimiento de la probable existencia de un delito que deba perseguirse de oficio debe hacerlo del conocimiento del Ministerio Público. De ahí que si el Magistrado del Tribunal Unitario Agrario, en el desempeño de sus funciones estimó que la conducta de una de las partes en el juicio agrario podría actualizar algún supuesto previsto en la ley como delito, es inconcuso que debe participarlo al órgano encargado de la investigación de los delitos para lo que estime pertinente; sin embargo, la orden de dar vista a la institución ministerial de tales hechos no puede ser materia de examen en el juicio de amparo directo, pues llevaría al Tribunal Colegiado de Circuito a pronunciarse respecto de la conducta asumida por alguna de las partes en el citado juicio y, por ende, sobre si existe o no delito que perseguir, invadiendo facultades exclusivas del órgano investigador, conforme al artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Por tanto, los conceptos de violación dirigidos a impugnar la determinación del Tribunal Unitario Agrario de dar vista al Ministerio Público Federal, en relación con hechos que pudieran ser constitutivos de delito que deba perseguirse de oficio, deben calificarse como inoperantes.

⁷ Tesis 2ª/J. 2/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t.XXXIII, febrero de 2011, p. 673. Registro digital: 162915.

De esta tesis se desprende que, tratándose de argumentos para combatir la resolución que emita el Tribunal Unitario Agrario con motivo de la autorización realizada para dar vista al Ministerio Público respecto de hechos que podrían ser constitutivos de delito, no pueden ser materia de estudio del juicio de amparo directo y, en consecuencia, deben calificarse como inoperantes,⁸ pues de no ser así, se estarían invadiendo facultades exclusivas del ministerio público.

Con esta jurisprudencia se delimita el contenido de la jurisprudencia inicialmente citada, pues con la misma se impide a las partes procesales en el juicio de amparo, impugnar dicha decisión a través de conceptos de violación que se formulen en el amparo directo.

En septiembre de 2012 se publicó en el *Semanario Judicial de la Federación* una jurisprudencia diversa, a cargo de los Tribunales Colegiados del Sexto Circuito, que también delimita el contenido de la jurisprudencia inicialmente citada. Aclarándose que, para ese caso, al haberse publicado por un Tribunal de Circuito no resulta obligatoria para todos los órganos jurisdiccionales, sino únicamente para el circuito que la emite, de conformidad con el artículo 217,⁹ párrafo tercero, de la Ley de Amparo. Sin embargo, la misma resulta útil como precedente para resolver asuntos que le resulten similares. El rubro de esta jurisprudencia es el siguiente:

VISTA AL MINISTERIO PÚBLICO. EL TERCERO PERJUDICADO CARECE DE INTERÉS JURÍDICO PARA SOLICITAR AL JUZGADOR DE AMPARO SE DÉ INTERVENCIÓN A AQUEL CON MOTIVO DE LAS CONDUCTAS DESPLEGADAS POR EL QUEJOSO.¹⁰ La petición formulada por el tercero perjudicado en el sentido de que, ante la conducta desplegada por el quejoso, se dé vista al agente del Ministerio Público de la adscripción por la probable comisión de hechos delictuosos, no vincula al juzgador de amparo para acceder a ella, en virtud de que esa pretensión se encuentra fuera del ámbito de los derechos que asisten a quien interviene en el juicio de amparo con tal carácter, habida cuenta que el interés que tiene deriva del artículo 5o. de la Ley de Amparo, y se circunscribe a que el acto reclamado subsista, razón por la cual no constituye un derecho del tercero perjudicado en el proceso constitucional, sino una facultad discrecional de la autoridad judicial federal, poner en conocimiento del representante social las conductas mencionadas.

⁸ Argumentos que son ambiguos o superficiales. Definido por la siguiente tesis de jurisprudencia: 1883, Tribunales Colegiados de Circuito, Novena Época, Apéndice de 2011, t. II, Procesal Constitucional I. Común Segunda Parte - TCC Segunda Sección - Improcedencia y sobreseimiento, p. 2080, con número de registro 1003712.

⁹ Artículo 217. "La jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia de la Nación, funcionando en pleno o en salas, es obligatoria para éstas tratándose de la que decreta el pleno, y además para los Plenos de Circuito, los tribunales colegiados y unitarios de circuito, los juzgados de distrito, tribunales militares y judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal, y tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales..."

"La jurisprudencia que establezcan los tribunales colegiados de circuito es obligatoria para los órganos mencionados en el párrafo anterior, con excepción de los Plenos de Circuito y de los demás tribunales colegiados de circuito".

¹⁰ Tesis VI.2º.C. J/9, *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, Décima Época, t. 3, libro XII, septiembre de 2012, p. 1484, con número de registro 2001816.

Ahora bien, esta jurisprudencia hace referencia al tercero perjudicado, que es un concepto que se utilizó en el artículo 5º de la Ley de Amparo abrogada.¹¹ Sin embargo, la misma resulta aplicable al contenido de la Ley de Amparo vigente, por no ser contraria a su contenido.

De la lectura de la misma se desprende una limitación en la intervención del tercero perjudicado, hoy tercero interesado, para solicitar al órgano jurisdiccional dé vista al Ministerio Público federal por posibles conductas constitutivos de delito realizadas por el quejoso durante el juicio de amparo, sustentándolo en que, al asistirle al tercero interesado un derecho contrario al quejoso, le resulta provechoso que subsista el acto reclamado, de conformidad con el artículo 5º, fracción III, de la Ley de Amparo. Además, se concluye que es una facultad discrecional del órgano jurisdiccional solicitar se dé vista al Ministerio Público, respectivo.

En efecto, esta interpretación también delimita o aclara el contenido de la jurisprudencia inicialmente señalada, al impedirle al tercero interesado realice dicha solicitud.

Por otra parte, existen diversos precedentes aislados, en los que se ha determinado la improcedencia de la interposición del recurso de queja ante la negativa del órgano jurisdiccional de dar vista al ministerio publico respectivo, y que se señalan a continuación:

QUEJA, IMPROCEDENCIA DEL RECURSO DE. CUANDO EL TERCERO PERJUDICADO IMPUGNA EL ACUERDO POR EL QUE SE NIEGA DAR VISTA AL MINISTERIO PÚBLICO DE LA FEDERACIÓN DE POSIBLES HECHOS DELICTIVOS. El recurso de queja que con fundamento en lo dispuesto por el artículo 95, fracción VI, de la Ley de Amparo interpone el tercero perjudicado en el juicio de amparo indirecto, en contra del acuerdo del Juez de Distrito por el que se negó dar vista al agente del Ministerio Público de la Federación por la posible comisión de hechos delictivos que se ubican en la hipótesis a que se refiere el artículo 211, fracción I, de la Ley de Amparo, resulta improcedente, ya que esa determinación no ocasiona un daño o perjuicio que afecte de manera directa la esfera jurídica del recurrente, porque el interés que en favor de éste deriva del artículo 5o. de la Ley de Amparo, es que subsista el acto reclamado; por tanto, que el Juez de Distrito ordene la vista mencionada, no constituye un derecho del tercero perjudicado sino una facultad discrecional de dicha autoridad.¹²

¹¹ Artículo 5º. "Son partes en el juicio de amparo:

...
 III. El tercero o terceros perjudicados, pudiendo intervenir con ese carácter:

a) La contraparte del agraviado cuando el acto reclamado emana de un juicio o controversia que no sea del orden penal, o cualquiera de las partes en el mismo juicio cuando el amparo sea promovido por persona extraña al procedimiento;
 b) El ofendido o las personas que, conforme a la ley, tengan derecho a la reparación del daño o a exigir la responsabilidad civil proveniente de la comisión de un delito, en su caso, en los juicios de amparo promovidos contra actos judiciales del orden penal, siempre que éstas afecten dicha reparación o responsabilidad;
 c) La persona o personas que hayan gestionado en su favor el acto contra el que se pide amparo, cuando se trate de providencias dictadas por autoridades distintas de la judicial o del trabajo; o que, sin haberlo gestionado, tengan interés directo en la subsistencia del acto reclamado".

¹² Tesis XXIV.2º.1K, *Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, t. XVIII, julio de 2003, p. 1186, con número de registro 183742.

QUEJA IMPROCEDENTE EN CONTRA DEL ACUERDO DICTADO POR EL ENCARGADO DEL DESPACHO DEL JUZGADO DE DISTRITO EN EL QUE NIEGA LA SOLICITUD DE DAR VISTA AL MINISTERIO PÚBLICO POR LA POSIBLE COMISIÓN DE UN DELITO. El artículo 95, fracción VI, de la Ley de Amparo, establece como requisito para la procedencia del recurso de queja, entre otros, que sea interpuesto en contra de las resoluciones que por su naturaleza trascendental y grave, puedan causar daño o perjuicio a alguna de las partes, no reparable en la sentencia definitiva. Ahora bien, el acuerdo dictado por el secretario encargado del despacho, que niega la solicitud de dar vista al Ministerio Público por la posible comisión de un delito, no es un proveído que por su naturaleza pueda quedar comprendido dentro de tal hipótesis normativa, pues se trata de un acuerdo de mero trámite dictado dentro del procedimiento del juicio de amparo, que no conlleva ejecución ni efecto alguno, que pudiera originar un daño trascendental y grave, toda vez que no lesiona ni extingue los derechos que le asisten al solicitante, al tener expedito su derecho para hacerlos valer directamente ante el representante social; consecuentemente el recurso de queja resulta improcedente.¹³

QUEJA. ES IMPROCEDENTE EL RECURSO INTERPUESTO CONTRA EL ACUERDO EN QUE EL JUEZ DE AMPARO ORDENA DAR VISTA AL MINISTERIO PÚBLICO RESPECTO DE LA CONDUCTA DE ALGUNA DE LAS PARTES QUE ESTIMA DELICTUOSA. El artículo 95, fracción VI, de la Ley de Amparo sujeta la procedencia del recurso de queja, no sólo a que se trate de una resolución no recurrible en revisión, sino que, además, pueda causar un daño o perjuicio a las partes; esto es, que se trate de una resolución trascendental y grave, lo que determina el Tribunal Colegiado de Circuito que conozca de la queja, con base en las características particulares del caso que examine, de tal suerte que no se actualizan dichas circunstancias cuando el Juez de amparo ordena dar vista al Ministerio Público respecto de determinada conducta de alguna de las partes que considera puede ser constitutiva de un delito, pues es un mero aviso y cualquier afectación se condiciona a la actuación del Ministerio Público en una averiguación previa, en la que el denunciado cuenta con oportunidad probatoria previo a que se actué en su contra; aparte, el pronunciamiento que al respecto pudiera emitir el tribunal revisor implicaría que el Poder Judicial determinara sobre la procedencia de la acción persecutoria, arrogándose facultades que competen única y exclusivamente a la representación social federal, lo cual se traduciría en una invasión a la esfera competencial de ésta, por tanto, deviene improcedente el recurso de queja interpuesto contra esa vista.¹⁴

RECURSO DE QUEJA EN AMPARO INDIRECTO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 97, FRACCIÓN I, INCISO E), DE LA LEY DE LA MATERIA. ES IMPROCEDENTE CONTRA LA NEGATIVA DEL JUEZ DE DISTRITO DE PROVEER DE CONFORMIDAD LA SOLICITUD DEL TERCERO INTERESADO DE DENUNCIAR AL QUEJOSO ANTE EL MINISTERIO PÚBLICO DE LA FEDERACIÓN POR POSIBLES HECHOS ILÍCITOS. El precepto citado, en lo que interesa, establece que el recurso de

¹³ Tesis I.5º.A.4K, *Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, t. XXI, abril de 2005, p. 1465, con número de registro 178649.

¹⁴ Tesis III.2º.P 197 P, *Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, t. XXIV, agosto de 2006, p. 2321, con número de registro 174383.

queja en amparo indirecto procede contra resoluciones dictadas durante la tramitación del juicio que no admitan expresamente el recurso de revisión y que por su naturaleza trascendental y grave puedan causar perjuicio a alguna de las partes no reparable en sentencia definitiva. De lo anterior se tiene que el acuerdo por el que el Juez de Distrito determina que no ha lugar a proveer de conformidad la solicitud del tercero interesado de denunciar al quejoso ante el agente del Ministerio Público de la Federación para que realice la investigación correspondiente por posibles hechos ilícitos, y le deja a salvo sus derechos para que, en su caso, los haga valer en la forma y términos que estime pertinentes, es un auto emitido durante el trámite del juicio contra el cual no procede expresamente el recurso de revisión; además, no es de naturaleza trascendental y grave que pueda causar perjuicio a las partes, al tratarse de un acuerdo de mero trámite; de ahí que contra dicha determinación sea improcedente el recurso de queja previsto en el artículo 97, fracción I, inciso e), de la Ley de Amparo.¹⁵

Con los criterios antes citados, aunque son aislados, han servido y servirán como antecedentes para resolver casos similares, y así, si se impugna mediante el recurso de queja la negativa de dar vista al Ministerio Público federal, será improcedente, porque ya se interpretó por diversos órganos jurisdiccionales que tal resolución no causa un daño trascendental y grave que irroque algún perjuicio al solicitante ni se surte para este caso alguna causal de procedencia del recurso de queja, de conformidad con el artículo 95, fracción VI, de la Ley de Amparo, pues la citada negativa únicamente es una resolución de trámite que no conlleva ejecución o menoscabo de prerrogativas; y en su caso, se tienen expeditos los derechos para hacerse valer en diversa vía legal, ante el Ministerio Público correspondiente.

En enero de 2006 se publicó un precedente de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que establece:

AGRAVIOS EN LA REVISIÓN. SON INOPERANTES LOS QUE SE DIRIGEN A IMPUGNAR EL ACUERDO DEL JUEZ DE DISTRITO MEDIANTE EL CUAL DA VISTA AL MINISTERIO PÚBLICO DE LA FEDERACIÓN POR LA COMISIÓN DE HECHOS QUE PUDIERAN SER CONSTITUTIVOS DE ALGUNO DE LOS DELITOS PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 211 DE LA LEY DE AMPARO. El artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que la investigación y persecución de los delitos es facultad exclusiva del Ministerio Público. Por su parte, el numeral 117 del Código Federal de Procedimientos Penales dispone que toda persona que en ejercicio de sus funciones públicas tenga conocimiento de la probable existencia de un delito perseguible de oficio, debe hacerlo del conocimiento del Ministerio Público. En ese sentido, el acuerdo mediante el cual los Jueces de Distrito participen a la representación social de hechos que pudieran ser constitutivos de los delitos previstos en el artículo 211 de la Ley de Amparo, no puede examinarse en la revisión y, por ende, los agravios que se dirijan a impugnar dicho auto resultan

¹⁵ Tesis XXIV.2º.1 K, *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, febrero de 2019, con número de registro 2019266.

inoperantes, en virtud de que el pronunciamiento que al respecto pudiera emitir el tribunal revisor implicaría que el Poder Judicial determinara sobre la procedencia de la acción persecutoria, arrogándose facultades que competen única y exclusivamente a la representación social federal, lo cual se traduciría en una invasión a la esfera competencial de ésta.¹⁶

Si bien, esta jurisprudencia tiene un criterio similar a la señalada con antelación, y se aplica a los agravios que se hagan valer en el recurso de revisión en contra del acuerdo que acordó favorablemente dar vista al Ministerio Público federal por posibles hechos constitutivos de delitos. Los cuales se calificarán de inoperantes, al concluirse que ese aspecto es una facultad inherente únicamente compete al Ministerio Público federal y no al órgano jurisdiccional.

El 6 de julio de 2017 se publicó en el *Semanario Judicial de la Federación* la tesis siguiente:

VISTA AL MINISTERIO PÚBLICO FEDERAL ADSCRITO POR ESTIMAR QUE SE DECLARARON HECHOS FALSOS AL FORMULAR LA DEMANDA DE AMPARO INDIRECTO. SI EL JUEZ DE DISTRITO LA ORDENA SIN PONDERAR QUE EL QUEJOSO PROMOVIO EL JUICIO CON EL PROPÓSITO DE SALVAGUARDAR SU LIBERTAD PERSONAL Y SÓLO EN ACATAMIENTO A LO PREVISTO EN LA LEGISLACIÓN CORRESPONDIENTE, DICHA ACTUACIÓN VIOLA EL DERECHO DE ACCESO A LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y LOS PRINCIPIOS DE IMPARCIALIDAD Y NO AUTOINCRIMINACIÓN. Los artículos 1o., 17 y 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establecen, respectivamente, la obligación de todas las autoridades en el ámbito de sus competencias, de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, entre ellos, el de acceso a la jurisdicción constitucional, y de observar los principios de imparcialidad y no autoincriminación, como se cristalizan en el derecho de toda persona inculpada de preparar su defensa, así previsto en los artículos 1 y 8, numeral 2, inciso c), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En este contexto, la determinación del Juez de Distrito de ordenar que se dé vista al Ministerio Público Federal adscrito por estimar que se declararon hechos falsos al formular la demanda de amparo, respecto de los hechos que le constaban al quejoso, emitida sin ponderar que éste promovió el juicio con el propósito de salvaguardar su libertad personal (en la medida en que los actos que reclamó constituyen las órdenes de aprehensión y reaprehensión giradas en su contra), y sólo en acatamiento a lo previsto en la legislación correspondiente (artículos 222 del Código Nacional de Procedimientos Penales y/o 117 del Código Federal de Procedimientos Penales abrogado), viola los derechos y principios referidos en perjuicio del quejoso. Lo anterior, porque si bien es cierto que dichas disposiciones normativas establecen la obligación de denunciar inmediatamente al Ministerio Público a quien en el ejercicio de sus funciones públicas tenga conocimiento de la probable existencia de un hecho que la ley señale como delito, también

¹⁶ Jurisprudencia 1ª./J. 193/2005, *Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, t. xxxiii, enero de 2006, p. 21, con registro digital 176396.

lo es que, por las circunstancias particulares del quejoso, en aras de salvaguardar su libertad personal y como parte de su estrategia, puede manifestar cualquier cosa, aun cuando declare bajo protesta de decir verdad, en relación con los hechos o abstenciones que constituyen los antecedentes del acto reclamado o que sirvan de fundamento a los conceptos de violación; postura que el operador jurídico constitucional debe respetar, en tanto que el quejoso hace uso de su derecho a la no autoincriminación; sin que lo anterior se traduzca en permisón para que éste actúe perniciosamente falseando hechos o datos al presentar la demanda respectiva, pues si bien esas actividades desarrolladas por el Juez de amparo tienden a desincentivar eventuales conductas de mendacidad, en realidad podrían menoscabar la defensa jurisdiccional de las libertades.¹⁷

De esta tesis, se desprende, que el juez de amparo antes de dar vista al Ministerio Público federal, tratándose de aspectos que involucren la libertad personal del quejoso, tiene que ponderar si debe dar vista o no al Ministerio Público federal. Pues estos aspectos conciernen al derecho a la libertad, que mediante el uso de la defensa estratégica del quejoso podrá hacerlo valer en la demanda respectiva.

Esa interpretación resulta muy interesante, pues se delimitó la aplicación de la jurisprudencia inicialmente citada, para no vulnerar el derecho de acceso a la defensa jurisdiccional de la libertad, a la jurisdicción constitucional y a los principios de imparcialidad y no autoincriminación.

Por lo anterior, se podría concluir que la jurisprudencia de la que se ha hecho referencia ha originado diversos efectos jurídicos en el ámbito social del derecho, y desde que se publicó hasta ahora, pues el criterio más reciente derivado de aquella se publicó en febrero de 2019,¹⁸ en el *Semanario Judicial de la Federación*, por lo que, se continúa delimitando su contenido.

III. Análisis de la jurisprudencia como realidad empírica del derecho

Uno de los objetos de la sociología jurídica es estudiar las relaciones entre el derecho y la sociedad, sus causas y efectos y con el ánimo de entender la jurisprudencia que se analiza y sus efectos, se realizan los siguientes cuestionamientos.

¿Se lleva un control estadístico a cargo del órgano jurisdiccional de las solicitudes que se han realizado al Ministerio Público federal por posibles hechos constitutivos de delitos?

No existe a cargo del órgano jurisdiccional un control estadístico en el “Sistema Integral de Seguimientos de Expedientes” (SISE) que permita identificar las ocasiones

¹⁷ Tesis XXII.P.A.10P, *Semanario Judicial de la Federación*, t. IV, libro 47, octubre de 2017, p. 2680, con número de registro 2015373.

¹⁸ Tesis XXIV.2º.1 K, *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, febrero 2019, con número de registro 2019266.

en que un órgano jurisdiccional ha dado vista al Ministerio Público por actos o hechos posibles constitutivos de delito.

Lo anterior, de conformidad con la resolución emitida el 23 de abril de 2019, por la titular de la Dirección General de Estadística Judicial del Consejo de la Judicatura Federal,¹⁹ que se emitió con motivo de la solicitud realizada;²⁰ por lo que, no existen elementos cuantitativos que permitan realizar un estudio estadístico para medir su efectividad.

¿Qué sucede si no se acuerda favorablemente la solicitud respectiva? Si algunas de las partes procesales en el juicio de amparo con base en la jurisprudencia que se analiza, realizan la solicitud al órgano jurisdiccional para que se dé vista al ministerio público por posibles hechos constitutivos de delitos previstos en la Ley de Amparo, y si la misma se niega, no tendrán medio legal alguno a su favor para impugnar dicha decisión. Pues con base en lo que se observó en el apartado anterior, si se formulan agravios o conceptos de violación respecto a este tema, los mismos se declararán inoperantes, y si se promueve el recurso de queja, el mismo se desecharía al existir criterios al respecto o antecedentes, que refieren que dicha negativa no afecta algún derecho del solicitante, pues podría hacerlo a través de los medios legales competentes.

¿Quién debe solicitar dar vista al Ministerio Público federal, el tercero interesado, el quejoso o la autoridad jurisdiccional? Conforme lo analizado, ya se limitó que únicamente podrá hacerlo el órgano jurisdiccional, al considerarlo como una facultad que deriva de la Ley de Amparo.

¿En qué momento procesal debe solicitarse dar vista al ministerio público federal? Lo más idóneo es que se realice antes que se dicte la sentencia respectiva, pues en esta etapa procesal ya se analizarán las pruebas ofrecidas por las partes procesales.

¿Por qué se han originado diversas interpretaciones de esta jurisprudencia en el ámbito del derecho? Una posible respuesta es que, al existir una solicitud del órgano jurisdiccional de dar vista al Ministerio Público federal para realizar la investigación respectiva, el Ministerio Público actúa de inmediato.

En cambio, cuando el procedimiento penal respectivo, se inicia en forma independiente, es decir, a través de los abogados postulantes, la integración de la carpeta de investigación se desarrolla lentamente.

IV. Conclusión

Del análisis efectuado a los diversos precedentes, se concluye que en la realidad empírica del derecho la jurisprudencia de rubro: “VISTA AL MINISTERIO PÚBLICO FEDERAL. LOS JUZGADORES DE AMPARO DEBEN ORDENARLA ANTE EL CONOCIMIENTO DE ACTOS REALIZADOS

¹⁹ Contestación de 23 de abril de 2019, relativa al oficio CJF/SECNO/DGEJ/J/3103/2019, titular de la Dirección General de Estadística Judicial del Consejo de la Judicatura Federal. Véase anexo 2.

²⁰ Solicitud realizada por la autora al Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, el 12 de abril de 2019. Véase anexo 1.

DURANTE LA TRAMITACIÓN DEL JUICIO CONSTITUCIONAL QUE PODRÍAN RESULTAR CONSTITUTIVOS DE ALGUNOS DE LOS DELITOS ESPECIALES TIPIFICADOS EN EL ARTÍCULO 261 DE LA LEY DE LA MATERIA”, ha sido una herramienta utilizada por las diversas partes procesales que intervienen en el juicio de amparo, ya sea directo o indirecto.

Ahora bien, ¿qué efectividad ha tenido la jurisprudencia que se analiza en la realidad jurídica? Positiva, pues ha tenido un dinamismo constante que ha provocado cambios en la realidad jurídica social, y que, en consecuencia, ha aclarado su contenido con motivo de los diversos criterios que derivan de ella.

Desde su publicación hasta ahora se ha delimitado su contenido; del análisis de las diversas interpretaciones que ha originado se podría concluir que la “vista” debe ejercerse como una prerrogativa del órgano jurisdiccional, una vez que se haya dictado la sentencia respectiva, pues es en esta etapa cuando se han valorado las pruebas ofrecidas por las partes.

El órgano jurisdiccional está facultado para dar vista al Ministerio Público por posibles hechos constitutivos de delitos previstos en la Ley de Amparo, en virtud de lo señalado en los artículos 15, 121, 209, 237, fracción III, y 271 de la Ley de Amparo, facultad no concedida a las partes procesales, sin olvidarse que éstas pueden ejercer su derecho de acudir ante la autoridad ministerial respectiva para que se inicie la carpeta de investigación correspondiente.

Otro aspecto que podría ser objeto de análisis, derivado en forma indirecta del contenido de la jurisprudencia, es el que surge a propósito de la siguiente interrogante: ¿se está acudiendo al juicio de amparo en forma más concurrente sin tener el derecho respectivo?

La pregunta es relevante pues, a partir de la publicación de la jurisprudencia que se analiza, es decir, desde agosto de 2017, se ha vislumbrado un incremento en las solicitudes al órgano jurisdiccional para que se dé vista al Ministerio Público por posibles hechos constitutivos del delito.²¹

Para encontrar una posible respuesta sería conveniente dar seguimiento a las carpetas de investigación que se inicien con motivo de las vistas realizadas por el órgano jurisdiccional. Así también, verificar los números alcanzados, es decir, analizar los datos estadísticos respectivos.

Por lo anterior, es factible apreciar lo interesante del tema que se estudia, pues además de los cambios que ha provocado en la realidad práctica del derecho, y que se han observado mediante la publicación de diversos criterios que tratan el tema, en forma indirecta, surgen otros temas de análisis a investigar en el ámbito del derecho.

²¹ Aclarándose que, aunque estadísticamente no se pueda cuantificar este aspecto, el mismo se podrá determinar indirectamente a través de los diversos criterios jurisprudenciales que se han originado al respecto sobre el tema que se analiza (puntualización del autor).

Anexo 1

 <p>PLATAFORMA NACIONAL DE TRANSPARENCIA</p>	<p>Plataforma Nacional de Transparencia</p>	 <p>inai</p>
		12/04/2019 11:50:09 AM
<h3>Solicitud de Información Pública o de Acceso a Datos Personales</h3>		
<p>Número de Folio: 032000219119</p>		
<p>Descripción de la solicitud:</p>		
Folio de Control Interno de la Unidad de Transparencia:	384	
Nombre:	Janeth	
Primer Apellido:	Ávila	
Segundo Apellido:	Sepúlveda	
CURP:		
Calle:	0	
Número Exterior:	0	
Número Interior:		
Colonia:	0	
Entidad Federativa:	CIUDAD DE MÉXICO	
Delegación o Municipio:	TLALPAN	
Código Postal:	0	
Teléfono:		
Correo electrónico:	janeth.avila.sepulveda@gmail.com	
<p>Solicitud de información a</p>		
Dependencia o entidad:	CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL (CJF)	
<p><i>"Este acuse contiene sus datos personales por lo que deberá resguardarse en un lugar seguro para evitar su difusión y el uso no autorizado por usted."</i></p>		
<p>Modalidad en la que se prefiere se le otorgue acceso a la información, de estar disponible en dicho medio</p>		
Modalidad de entrega:	Otro Medio correo electrónico	
<p>Descripción clara de la solicitud de información</p>		
<p>A QUIEN CORRESPONDA: Lo saludo respetuosamente por este medio, y así también, se solicita lo siguiente: Si tienen algún indicador estadístico que señale cuántos juzgadores de amparo en todos los circuitos, han dado vista al MINISTERIO PUBLICO FEDERAL por actos realizados durante la tramitación del juicio constitucional que podrían ser constitutivos de algunos de los delitos tipificados por el artículo 261 de la Ley de Amparo, pues hay una jurisprudencia que los obliga a ello. Lo anterior, con motivo de un trabajo de investigación que estoy realizando. En espera de su respetuosa. (sic)</p>		
Autenticidad de la información:	e5996dad386314036a8sde54d9e00021d91409d7	
Autenticidad del acuse:	317ba0f962b6d6acd0ba356d00d3d00475028051	

Anexo 2



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN
CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL

CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL
SECRETARÍA EJECUTIVA DE CREACIÓN DE NUEVOS ÓRGANOS.
DIRECCIÓN GENERAL DE ESTADÍSTICA JUDICIAL.

"2019, Año del Caudillo del Sur, Emiliano Zapata"

CJF/SECNO/DGEJJ/3103/2019.
Ciudad de México, a 23 de abril de 2019.

Lic. Valeria Soberanis Kurczyn
Secretaría para el Trámite de Solicitudes de
Acceso a la Información.

Presente

En atención al oficio UT/STSAI/3225/2019-0320000219119-JR, de quince de los presentes, recibido en esta Dirección General el dieciséis posterior, por el que solicita se atienda la petición contenida en éste, hago de su conocimiento que el Sistema Integral de Seguimiento de Expedientes (SISE), no cuenta con campos de captura o un reporte por el que de manera automática se realice una estadística que permita identificar "...cuántos juzgadores de amparo en todos los circuitos, han dado vista al MINISTERIO PÚBLICO FEDERAL por actos realizados durante la tramitación del juicio constitucional que podrían ser constitutivos de algunos de los delitos tipificados por el artículo 261 de la Ley de Amparo ...".

En todo caso, para obtenerlos **se deben involucrar diversas condiciones técnicas que imposibilitarían allegarse de la información en una primera consulta**, por lo que se tendrían que revisar cada uno de los asuntos radicados en los órganos jurisdiccionales, lo que no se encuentra tutelado por la **Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública**, conforme a lo previsto en el artículo 7, párrafo segundo del **Acuerdo General del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, por el que se establecen los Lineamientos para Regular el Procedimiento Administrativo Interno de Acceso a la Información Pública, así como el funcionamiento y atribuciones del Comité de Transparencia del propio Consejo.**



CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL
SECRETARÍA EJECUTIVA DE CREACIÓN DE NUEVOS ÓRGANOS.
DIRECCIÓN GENERAL DE ESTADÍSTICA JUDICIAL.

Por tanto, no se está en aptitud de proveer la información en los términos que requiere el solicitante conforme a lo previsto por el artículo 128 y párrafo cuarto del 130 de la citada ley de transparencia, así como el diverso 129 de la **Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública** y el 26 del **Reglamento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y del Consejo de la Judicatura Federal**.

Resulta orientador el criterio 2/2013, emitido por el Comité de Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (actualmente Comité de Transparencia del Consejo de la Judicatura Federal), donde se sostuvo en esencia, que si en una solicitud de acceso el particular requiere generar un pronunciamiento o informe *ad hoc* resulta improcedente, porque ello no puede considerarse materia del derecho de acceso a la información; que dice:

"IMPROCEDENCIA DE LA SOLICITUD. SE ACTUALIZA SI EL PARTICULAR NO REFIERE DE MANERA ESPECÍFICA A QUÉ DOCUMENTOS LE INTERESA TENER ACCESO Y LO QUE REQUIERE DEL SUJETO OBLIGADO, ES GENERAR UN PRONUNCIAMIENTO O INFORME AD HOC.

De los artículos 1, 2 y 6, de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, así como de los diversos 1, 4 y 5, del Reglamento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y del Consejo de la Judicatura Federal para la aplicación de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, se aprecia que, en principio, toda la información gubernamental bajo el resguardo de los sujetos obligados es pública y los particulares tendrán acceso a ella con las salvedades que establece la ley, asimismo, que aquellos tienen como principal objeto garantizar el derecho de toda persona para tener dicha información gubernamental, entendiéndose por información, la contenida en los documentos que los sujetos obligados generen, obtengan, adquieran, transformen o conserven por cualquier título. Así, de conformidad con lo establecido en el numeral 3, fracción III, de la ley de la materia, documento es el soporte físico de cualquier naturaleza en el que se plasma la información y que registra el ejercicio de las facultades o la actividad de los sujetos obligados y sus servidores públicos, sin importar su fuente, fecha de elaboración o el medio en que se encuentren, ya sea escrito, sonoro, visual, electrónico, informático u holográfico. Y en términos del diverso 42 de la propia ley, los sujetos obligados sólo están constreñidos a entregar documentos que se encuentren en sus archivos. De lo anterior se colige que el objeto del derecho de acceso no es la información en abstracto, sino los documentos que consignan dicha actividad. De ahí la obligación que existe para las autoridades de documentar sus tareas. Ahora bien, si en una solicitud de acceso, el particular no refiere de manera específica a qué documentos le interesa tener acceso, sino que, por el contrario, solicita que el órgano jurisdiccional o unidad administrativa le informe sobre diversas cuestiones, ello no puede considerarse materia del



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN
CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL

CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL.
SECRETARÍA EJECUTIVA DE CREACIÓN DE NUEVOS ÓRGANOS.
DIRECCIÓN GENERAL DE ESTADÍSTICA JUDICIAL.

derecho de acceso a la información, porque lo que en realidad se persigue es generar un pronunciamiento o informe ad hoc. Clasificación de información 10/2013, derivada de la solicitud presentada por Manuel Delgadillo Iniestra.- 9 de mayo de 2013.- Unanimidad de votos. Integrantes del Comité de Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, presidente licenciado Luis Manuel Fiesco Díaz, Coordinador para la Transparencia, Acceso a la Información y Archivos; magistrado Edwin Noé García Baeza, secretario Ejecutivo de Carrera Judicial, Adscripción y Creación de Nuevos Órganos y el licenciado Miguel Francisco González Canudas, director General de Asuntos Jurídicos. Secretaria Técnica: Silvia Gabriel Reyes Mancera”.

Robustece lo anterior, el criterio 3/2017, emitido por el Instituto Nacional de Transparencia Acceso a la Información Pública y Datos Personales, cuyo rubro y texto son del tenor literal siguiente:

“NO EXISTE OBLIGACIÓN DE ELABORAR DOCUMENTOS AD HOC PARA ATENDER LAS SOLICITUDES DE ACCESO A LA INFORMACIÓN. Los artículos 129 de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública y 130, párrafo cuarto, de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, señalan que los sujetos obligados deberán otorgar acceso a los documentos que se encuentren en sus archivos o que estén obligados a documentar, de acuerdo con sus facultades, competencias o funciones, conforme a las características físicas de la información o del lugar donde se encuentre. Por lo anterior, los sujetos obligados deben garantizar el derecho de acceso a la información del particular, proporcionando la información con la que cuentan en el formato en que la misma obre en sus archivos; sin necesidad de elaborar documentos ad hoc para atender las solicitudes de información”.

Sin otro motivo, le expreso las seguridades de mi atenta consideración.

Atentamente

Lic. María Jacqueline Martínez Uriarte
Titular de la Dirección General de Estadística Judicial

Actividad	Nombre del Servidor Público	Cargo	Rúbrica
Validó:	Lic. Christian David Amézquita González	Coordinador de Áreas	
Revisó:	Lic. Afrodina Miranda González	Directora de Área	
Elaboró:	Lic. Martha Paola Martínez Chávez	Jefe de Departamento	

Volante 4670/2019