

XIX. ACCESO A LA JUSTICIA Y CONSTITUCIONALISMO SOCIAL *

«El acceso efectivo a la justicia se puede considerar como el requisito más básico —el “derecho humano” más fundamental— en un sistema legal igualitario moderno, que pretenda garantizar y no solamente proclamar los derechos de todos».

M. CAPPELLETTI

1. LA VISIÓN SOCIAL DEL ACCESO A LA JUSTICIA Y SUS PRINCIPALES BARRERAS

El acceso a la justicia ha experimentado un desarrollo significativo en el constitucionalismo contemporáneo, no sólo por su consagración como derecho fundamental sino, particularmente, por el enfoque multidisciplinario y eminentemente social con el cual viene consolidándose en las últimas décadas.

Desde una perspectiva estrictamente jurídica, el acceso a la justicia es considerado parte del *derecho a la tutela jurisdiccional* previsto de manera expresa o implícita en la mayoría de las constituciones democráticas del mundo¹, y también en las principales declaraciones y tratados internacionales sobre derechos humanos, como la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948 (art. 10); el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 (art. 6.1); el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966 (art. 14.1), y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (arts. 8.1 y 25.1).

* Publicado en H. FIX-ZAMUDIO y D. VALADÉS (coords.), *Instituciones sociales en el constitucionalismo contemporáneo*, 2.^a ed., México, UNAM-El Colegio Nacional, 2011, pp. 109-136.

¹ Por ejemplo, el artículo 17, segundo párrafo, de la vigente Constitución federal mexicana de 1917 (con reforma de 1987) señala: «Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales».

Este derecho fundamental consiste, en términos generales, no sólo en la concepción tradicional (*laissez-faire* del Estado liberal) de la posibilidad formal de acudir ante los órganos del Estado encargados de impartir justicia (derecho de acceso a la jurisdicción)², sino también implica que se respete el «debido proceso» en todas sus partes (derecho al «proceso justo» o «garantía de audiencia») y que lo decidido en la sentencia logre su plena realización (derecho a la «ejecución» de la sentencia). Estos tres derechos fundamentales específicos, si bien pueden ser analizados de manera independiente, en su conjunto conforman el derecho humano fundamental genérico de la tutela o protección jurisdiccional efectiva. En la actualidad es considerado como un «derecho de prestación», debido a que el Estado debe realizar las actuaciones necesarias para que el servicio público de la justicia se preste de manera adecuada y a través de los instrumentos jurídicos idóneos, lo que implica acciones positivas (e. g., políticas públicas) para eliminar las barreras del acceso «efectivo» a la justicia.

Lo anterior constituye una concepción relativamente reciente. El derecho de acceso a la justicia fue entendido de manera muy distinta en el constitucionalismo tradicional. En varios textos supremos latinoamericanos, por ejemplo, no se establecía explícitamente como un «derecho» a favor de todo individuo, sino se resaltaba como una «obligación» de los tribunales de impartir justicia, tal como sucedió con la Constitución de Querétaro de 1917, pacto fundamental que, en contraste, fue el primero en establecer derechos sociales. Como es bien sabido, fue hasta la reforma de 1987 cuando el texto supremo mexicano le otorgó al acceso a la justicia una configuración clara como derecho fundamental, retomando la previsión de la primera Constitución federal mexicana de 1824³. Con este carácter, incluso, se reconoce por los propios órganos jurisdiccionales de la región, en la *Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano*, como un derecho fundamental de la población de tener acceso a una justicia independiente, imparcial, transparente, responsable, eficiente, eficaz y equitativa, en la que se considere la protección de los más débiles, como las víctimas del delito, niños y adolescentes, personas con capacidades diferentes, comunidades indígenas, entre otros⁴.

En términos más amplios, el acceso a la justicia trasciende la esfera de lo «jurisdiccional». En muchas ocasiones, la instancia de los jueces y los tribunales no es la más apropiada para la resolución de los conflictos, lo que ha dado lugar a la posibilidad de vías y mecanismos alternos más eficaces y con menor costo que los tradicionales procesos judiciales. Por otra parte, la realización plena de este derecho precisa del establecimiento de políticas públicas integrales en materia de justicia que, a su vez, requieren esfuerzos coordinados por parte de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, con una perspectiva más allá de la

² Utilizamos esta locución por ser más expresivo al «acceso a los tribunales», sin entrar a los debates sobre sus diferencias o no con el «derecho al proceso» y la polémica cuestión sobre la naturaleza (abstracta o concreta) del derecho de acción, debate secular que ha mantenido la atención del procesalismo científico de nuestros días.

³ En efecto, en 1987 se retoma la idea fuerza del «derecho» de toda persona a que se le administre justicia por tribunales (actual art. 17, párrafo 2.º), como se establecía en el artículo 18 del Acta Constitutiva de la Federación Mexicana de 1824.

⁴ Aprobada en Cancún, México (2002), en la VII Cumbre Iberoamericana de presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia.

XIX. ACCESO A LA JUSTICIA Y CONSTITUCIONALISMO SOCIAL

normativa y de la técnica jurídica para dar respuesta a la problemática social de la desigualdad material del acceso a la justicia.

El punto de inflexión de esta tendencia fue la comprensión del binomio «justicia» y «sociedad». Desde hace más de medio siglo, el inmortal CALAMANDREI señaló en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México que «en el proceso puede existir entre las partes una igualdad teórica a la que no corresponde una paridad *de hecho*; las dos son “personas” en el mismo sentido, pero los medios de que disponen para hacer valer esta igualdad son desiguales. Y esta desigualdad de medios puede significar, dentro del proceso, una desigualdad de personalidades»⁵. ¿De qué sirve contar con el derecho de acceso a la justicia si no es efectivo? ¿Cómo se puede garantizar ese derecho en sociedades con altas cifras de pobreza, desigualdad y corrupción como la latinoamericana? La solución a esta problemática social trasciende lo estrictamente jurídico. De ahí que la perspectiva del acceso a la justicia hoy en día sea motivo de reflexiones desde los más diversos ángulos, como el de la sociología, la economía, la ciencia política, la psicología, la antropología, etc., cuestiones que no deben ser ajenas al análisis jurídico⁶.

Esta perspectiva social del acceso a la justicia, se convirtió en un auténtico movimiento cultural mundial para hacer «efectivos» los derechos desde la década de los setenta del siglo pasado, encabezado por M. CAPPELLETTI, en su ambicioso «Proyecto Florencia para el Acceso a la Justicia», a través de investigaciones colectivas e interdisciplinarias⁷. Su filosofía radica en otorgarle un nuevo enfoque a la cuestión, más cercano a la realidad que a la construcción dogmática de conceptos, cuyos propósitos básicos consisten en el *acceso igualitario* para todos los justiciables, debiendo dar resultados individual y socialmente justos. Así, una de las premisas esenciales es que la justicia social presupone que todos tengan un *acceso efectivo a la justicia*, lo que, a su vez, implica avanzar de la igualdad ante la ley a la igualación ante la justicia⁸.

Lo anterior, por supuesto, tiene un sustento ideológico en el constitucionalismo social. A partir de la aparición de los derechos sociales se inició una etapa de «socialización del Derecho» y se fue construyendo un «Derecho social» que propició también la concepción de un «Derecho procesal social», no sólo como rama del procesalismo científico, sino también como un conjunto de normas procesales de protección a los más desprotegidos, especialmente en materia la-

⁵ P. CALAMANDREI, *Proceso y democracia*, trad. de H. FIX-ZAMUDIO, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960, p. 181.

⁶ Una panorámica del acceso a la justicia en México desde una perspectiva multidisciplinaria, puede verse en H. FIX-FIERRO y S. LÓPEZ AYLÓN, «El acceso a la justicia en México. Una reflexión multidisciplinaria», en D. VALADÉS y R. GUTIÉRREZ (coords.), *Justicia. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, t. I, México, UNAM, 2001, pp. 111-142.

⁷ La obra principal comprendió cuatro volúmenes en seis tomos. Una introducción general fue publicada en español por M. CAPPELLETTI y B. GARTH, bajo el título *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996 (traducción de la versión en inglés de 1978, que aparece como informe en el t. I, vol. 1, de la obra colectiva *Access to Justice: A World Survey*, Milano, Sijthoff and Noordhoff-Alphenaaandendrijn/Dott. A. Giuffrè Editore).

⁸ Sobre este enfoque, vid. R. O. BERIZONCE, *Efectivo acceso a la justicia. Propuesta de un modelo para el Estado social de Derecho*, La Plata, Librería Editora Platense, 1987.

boral, agraria y de seguridad social⁹. Para lograrlo, fue necesario romper con los rigorismos del proceso jurisdiccional tradicional y, especialmente, con el del principio de igualdad formal de las partes para llegar a una composición equitativa del litigio. Esta «igualdad por compensación»¹⁰ o «nivelación social del proceso»¹¹, constituyó un avance muy importante en el constitucionalismo, ya que varios de estos principios e instituciones procesales fueron elevados a rango constitucional. Este nuevo enfoque, además de otorgarle a la parte débil mayores elementos para atemperar la desigualdad y procurar el equilibrio procesal, implicó también una participación más activa del juez, particularmente en materia probatoria y, en general, en la disposición, impulso y dirección del proceso. Se trata del nuevo enfoque del proceso con visión de «justicia social».

En este contexto de la corriente socializadora del proceso, CAPPELLETTI advertía la complejidad de las sociedades contemporáneas y de los cambios de concepción tradicional de los derechos humanos con las manifestaciones de los derechos sociales (trabajo, salud, educación, etc.) y de otros derechos de carácter colectivo (medio ambiente, consumidores, patrimonio artístico y cultural, etc.), siendo necesario nuevas soluciones ante el evidente «fenómeno social de masas». Y de ahí que considerara necesario cambiar el enfoque tradicional del estudio del acceso a la justicia con dimensiones de «justicia social» al entender las manifestaciones de la sociedad contemporánea. Bajo esta perspectiva de igualdad social, CAPPELLETTI identificó tres obstáculos principales para el efectivo acceso a la justicia: i) de índole «económico», motivado por la pobreza de los justiciables; ii) de tipo «organizativo», ante la falta de titularidad de los nuevos derechos colectivos derivados de las relaciones de masa de las sociedades modernas, y iii) de carácter propiamente procesal, ante la inexistencia de instrumentos jurídicos adecuados para lograr la solución de controversias.

Con un enfoque eminentemente práctico, el profesor de Florencia advertía que la solución a estos problemas se venía realizando a través de lo que identificó como las «tres olas» de reformas para un acceso efectivo a la justicia. La primera se dirige a combatir la «pobreza económica» de las partes, fundamentalmente a través del asesoramiento y ayuda legal; la segunda para luchar contra la «pobreza organizativa» de las mismas, otorgando representación a los intereses difusos y colectivos, lo que implica romper con los esquemas «individualistas» con los que se construyó el proceso jurisdiccional tradicional; y la última, busca soluciones alternativas al sistema tradicional de resolución contenciosa de las controversias a través de la llamada «justicia coexistencial», pues «su método no consiste en abandonar las técnicas de las primeras dos oleadas de reforma,

⁹ Sobre la distinción entre «socialización del Derecho» y «Derecho social», así como la creación del «Derecho procesal social», vid. H. FIX-ZAMUDIO, «Introducción al estudio del Derecho procesal social», en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, núm. 3, Madrid, 1965, pp. 389-418.

¹⁰ Cfr. E. J. COUTURE, *Fundamentos de Derecho procesal civil*, Buenos Aires, Depalma, 1993. Se refiere a la idea de dar un tratamiento preferente y equilibrado a aquellas partes económicamente en desventaja para materializar un verdadero equilibrio procesal (inversión de la carga de la prueba, suplencia de la deficiencia procesal, simplificación de las formalidades, etc.). Vid. también su ensayo «Las garantías constitucionales del proceso civil», en *Estudios de Derecho procesal en honor de Hugo Alsina*, Buenos Aires, Ediar, 1946, pp. 158-173.

¹¹ Cfr. P. CALAMANDREI, *Instituciones de Derecho procesal civil*, vol. I, Buenos Aires, Librería El Foro, 1996.

XIX. ACCESO A LA JUSTICIA Y CONSTITUCIONALISMO SOCIAL

sino en tratar esas reformas sólo como varias entre las posibilidades de mejorar el acceso»¹².

Estos tres enfoques para enfrentar la problemática del acceso efectivo a la justicia motivaron en las últimas décadas importantes reformas judiciales de carácter legal y constitucional, que todavía no terminan y tienen nuevas dimensiones. A continuación nos referiremos a algunas de las instituciones derivadas del enfoque social del efectivo acceso a la justicia dentro del constitucionalismo contemporáneo, teniendo especial atención en los textos fundamentales iberoamericanos, con una perspectiva panorámica y sin ningún tipo de exhaustividad.

2. POBREZA Y DESIGUALDAD: ASESORÍA JURÍDICA, DEFENSORES Y COSTOS DEL PROCESO

En noviembre de 2010, la Secretaría Ejecutiva de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), organismo dependiente de la Organización de las Naciones Unidas responsable de promover el desarrollo económico y social de la región, presentó en Santiago de Chile su informe anual en el que se plantea que la pobreza y la indigencia de estos países disminuyó, respectivamente, 1,0 y 0,4 puntos porcentuales en relación con el año 2009. Bajo esta premisa, en 2010, el 32,1 por 100 de los habitantes de Latinoamérica (esto es, 180 millones de personas) permanecían en situación de pobreza y el 12,9 por 100 (72 millones) en la indigencia. En este informe, lamentablemente, México se encuentra entre los países donde la pobreza aumentó en los últimos años, concretamente, de 31,7 por 100 en 2006 a 34,8 por 100 en 2008¹³.

Si bien el panorama citado destaca que el balance neto de los últimos siete años es positivo en la mayoría de los países y de los gráficos incluidos en el mismo informe se advierte que en los últimos treinta años la pobreza en América Latina ha disminuido poco más de 8,4 puntos porcentuales, no deja de alarmar que, en este mismo periodo, el número de pobres ha crecido de 136 a 180 millones. De las múltiples consecuencias de tener un amplio sector de la población en una situación de marginación económica y social está el de la brecha cultural, pues el desconocimiento por parte de los justiciables de sus derechos individuales y colectivos (que ciertamente han tenido un desarrollo doctrinal y normativo en los últimos años) ha sido uno de los obstáculos principales para la consolidación y efectividad del derecho de acceso a la justicia. Así, en las zonas rurales de Latinoamérica sólo 31 por 100 de mujeres y el 26 por 100 de hombres han concluido la educación secundaria, y los jóvenes indígenas sólo alcanzan el 20 por 100 y el 22 por 100, respectivamente¹⁴.

Entre los mecanismos jurídicos que se han implementado para hacer frente a esta innegable desigualdad social, económica y cultural están la asesoría jurídica-procesal y la prohibición de las costas judiciales.

¹² M. CAPPELLETTI y B. GARTH, *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*, op. cit., supra nota 7, p. 46.

¹³ *Panorama social de América Latina*, Santiago, Naciones Unidas-Cepal, 2010, pp. 11 y ss.

¹⁴ *Id.*

A) Asesoría jurídica y procesal

Superadas ciertas instituciones del Estado pre-social, progresivamente se instrumentaron reformas que permitieron el acceso a la justicia de los más desfavorecidos a través de la asistencia técnica de abogados, como asesor (*legal advice*) o, bien, actuando como defensor técnico en el ámbito jurisdiccional (*legal aid*). En general, se fueron estableciendo dos modelos en el Estado social para la asesoría y defensa de los más débiles: el primero, consistía en compensar abogados privados de la parte no pudiente (*judicare*) y, el segundo, en el establecimiento de abogados del propio Estado especializados en este tipo de causas, es decir, defensores de oficio. Estos dos sistemas, que tuvieron aceptación en distintas partes del mundo, propiciaron una síntesis al aceptarse un modelo mixto, como sucedió posteriormente en Suecia, Canadá, Inglaterra y Estados Unidos. Incluso, en algunos casos, se ha instrumentado como institución de seguridad social¹⁵.

En el ámbito latinoamericano, la tendencia ha sido la creación de órganos especializados del Estado que permiten otorgar de manera gratuita este tipo de asistencia jurídica a través de defensores públicos o de oficio. Este servicio se presta a todos los que lo requieran con independencia de encontrarse en situación de pobreza (que antes se exigía comprobar en varios códigos procesales a partir de la figura de *beneficio de pobreza*). Si bien esta tendencia se refleja mayoritariamente en reformas legales, en los últimos años se aprecia la elevación a rango constitucional de defensorías públicas como órganos autónomos de la función judicial o del sistema de justicia para garantizar el acceso efectivo a la justicia, como sucede, por ejemplo, en las constituciones de Ecuador (art. 191)¹⁶, México (art. 17)¹⁷ y Paraguay (art. 171)¹⁸. En otros casos, el defensor del pueblo tiene facultades constitucionales de «organizar y dirigir la defensoría pública» (art. 182.4). Un caso peculiar es el de Hondu-

¹⁵ Cfr. H. FIX-ZAMUDIO, «Breves reflexiones sobre el asesoramiento jurídico y procesal como institución de seguridad social», en *Anuario Jurídico*, núm. 2, México, UNAM, 1975, pp. 63-101.

¹⁶ Dicho precepto señala: «La Defensoría Pública es un órgano autónomo de la función judicial cuyo fin es garantizar el pleno e igual acceso a la justicia de las personas que, por su estado de indefensión o condición económica, social o cultural, no puedan contratar los servicios de defensa legal para la protección de sus derechos. La Defensoría Pública prestará un servicio legal, técnico, oportuno, eficiente, eficaz y gratuito, en el patrocinio y asesoría jurídica de los derechos de las personas, en todas las materias e instancias. La Defensoría Pública es indivisible y funcionará de forma desconcentrada con autonomía administrativa, económica y financiera; estará representada por la Defensora Pública o el Defensor Público General y contará con recursos humanos, materiales y condiciones laborales equivalentes a las de la Fiscalía General del Estado».

¹⁷ El párrafo 7.º de dicho precepto señala: «La Federación, los Estados y el Distrito Federal garantizarán la existencia de un servicio de defensoría pública de calidad para la población y asegurarán las condiciones para un servicio profesional de carrera para los defensores. Las percepciones de los defensores no podrán ser inferiores a las que correspondan a los agentes del Ministerio Público».

¹⁸ Dicho dispositivo señala: «El servicio de Defensa Pública es un órgano del sistema de justicia dotado de autonomía administrativa y funcional, que tiene por finalidad garantizar la tutela efectiva del derecho fundamental a la defensa en las distintas áreas de su competencia. El servicio de Defensa Pública se ofrecerá en todo el territorio nacional atendiendo a los criterios de gratuidad, fácil acceso, igualdad, eficiencia y calidad, para las personas imputadas que por cualquier causa no estén asistidas por abogado. La Ley de Defensa Pública regirá el funcionamiento de esta institución».

XIX. ACCESO A LA JUSTICIA Y CONSTITUCIONALISMO SOCIAL

ras, en donde constitucionalmente se establece que «corresponde al Estado nombrar procuradores para la defensa de los pobres y para que velen por las personas e intereses de los menores e incapaces. Darán a ellos asistencia legal y los representarán judicialmente en la defensa de su libertad individual y demás derechos».

B) Justicia gratuita y costos del proceso

La Constitución federal mexicana de 1857 fue pionera en este aspecto al prohibir las costas judiciales, esto es, en la imposibilidad de cobrar por el servicio público de la función jurisdiccional, institución que fue recogida por el texto fundamental de 1917 y seguida progresivamente por un número importante de constituciones latinoamericanas. Si bien la abolición constitucional de las costas judiciales es esencial para el efectivo acceso a la justicia, lo cierto es que el proceso en sí mismo tiene costos y repercute considerablemente en la economía del justiciable, además de que la parte condenada debe afrontar el pago de los gastos procesales de su contraparte, lo que representa en sí mismo un obstáculo para el acceso a la justicia. Valdría la pena considerar la posibilidad de que el derecho de representación en juicio se complementara con el de exención o la asunción por el Estado de los gastos procesales de la contraparte en caso de que la parte condenada se encuentre en un estado de pobreza.

La importancia de establecer la prohibición de costas judiciales a nivel constitucional ha motivado interesantes desarrollos jurisprudenciales en los últimos años por los tribunales, cortes y salas constitucionales, así como cortes supremas de justicia. Incluso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en relación con el contenido efectivo de la justicia, ha desarrollado un interesante repertorio jurisprudencial en materia de la razonabilidad y proporcionalidad de los gastos procesales generados en juicio.

En 2007, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos publicó un estudio sobre los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos en materia de acceso a la justicia, mismo en el que se dedica un capítulo completo a la obligación del Estado de remover los obstáculos económicos para garantizar los derechos sociales¹⁹. Dada la expresión, no está de más advertir que la obligación del Estado «no es sólo negativa —de no impedir el acceso a esos recursos— sino fundamentalmente positiva, de organizar el aparato institucional de modo que todos los individuos puedan acceder a esos recursos». Así, la disponibilidad de la defensa pública gratuita es considerada un asunto «de inestimable valor instrumental para la exigibilidad» de dichos derechos pues la desigualdad de los litigantes refleja «una desigual posibilidad de defensa en juicio». De acuerdo con el estudio citado, los criterios para la determinación de la procedencia de la asistencia legal gratuita son: *a)* la disponibilidad de recursos por parte de la persona afectada; *b)* la complejidad de las cuestiones involucradas en el caso, y *c)* la importancia de los derechos afectados²⁰.

¹⁹ Cfr. *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Comisión Interamericana de Derechos Humanos/OEA, 2007.

²⁰ Cfr. *ibid.*, p. 2.

3. EL OBSTÁCULO ORGANIZATIVO: ACCIONES COLECTIVAS, POPULARES Y PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LITIGIOS DE INTERÉS PÚBLICO

A) Acciones colectivas

La protección de los derechos o intereses difusos y colectivos enfrentaron, hasta hace pocos años, la gran disyuntiva a partir de una perspectiva individualista, por lo que los individuos sufrían las consecuencias de no estar organizados para demandar de manera colectiva y la sentencia respectiva sólo tendría efectos para el demandante en particular y no para todos aquellos que se encontraran en la misma situación o afectación. Para afrontar este obstáculo, se inició una cruzada para el acceso efectivo de los llamados derechos humanos de tercera generación: derechos de los consumidores, usuarios financieros, al medio ambiente, patrimonio artístico y cultural, etc. Así, además de la creación paulatina de organismos de defensa administrativos del propio Estado para su protección²¹ (donde incluso se han reconocido recientemente «quejas o reclamaciones grupales» en sede administrativa)²², actualmente la tendencia se dirige a establecer acciones procesales y a otorgar legitimación a un número determinado de individuos, a los afectados, a asociaciones u organizaciones no gubernamentales o a entidades públicas para hacer efectivos dichos derechos a través de la vía jurisdiccional a nombre y representación de los afectados²³.

Este tipo de acciones tuvieron un importante desarrollo en Estados Unidos a partir de la configuración de las *class actions*, cuya formación se remonta a las cortes de equidad del Reino Unido, mismas que a partir de 1963, con las reformas a la Regla 23 de las Reglas Federales para el Proceso Civil, dieron origen a

²¹ En el ámbito latinoamericano se han creado numerosas dependencias oficiales para la protección de este tipo de derechos, algunas con posibilidad de representación del grupo o colectividad afectada para iniciar acciones jurisdiccionales para su protección. Así, por ejemplo, desde la década de los setenta del siglo pasado se creó un *ombudsman* público de los consumidores en Noruega, Suecia y Finlandia; así como procuradurías o defensores del consumidor, medio ambiente, usuarios financieros, etc. Sin embargo, como lo puso en evidencia CAPPELLETTI, estas entidades no siempre son las instancias más adecuadas para la defensa de estos tipos de intereses colectivos, ya que aparte del costo de crear nuevas instancias gubernamentales, subsiste la circunstancia de que casi nunca cumplen adecuadamente con su labor, «al carecer del celo que es estimulado solamente por la presencia de un interés personal». Cfr. M. CAPPELLETTI, «La justicia social: acceso a la justicia y la responsabilidad del jurista de nuestra época», en la obra del mismo autor *La justicia constitucional y Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo*, México, Porrúa-Facultad de Derecho de la UNAM, 2007, p. 424.

²² La «queja colectiva» es una institución recientemente introducida en la Procuraduría Federal del Consumidor (PROFECO), debido a la reforma al artículo 99 de la Ley Federal de Protección al Consumidor, publicada el 28 de enero de 2011 en el *Diario Oficial de la Federación*.

²³ En términos generales, la defensa colectiva puede ser ejercida cuando se trata de: 1) *intereses o derechos difusos*, los cuales son de carácter supraindividual, de naturaleza indivisible y cuyos titulares son personas indeterminadas y ligadas por circunstancias de hecho; 2) *intereses o derechos colectivos*, esto es, aquellos derechos supraindividuales de naturaleza indivisible de los que sea titular un grupo, categoría o clase de personas ligadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base, y 3) *intereses o derechos individuales homogéneos*, que son aquellos derechos auténticamente individuales que derivan de un origen común y que por conveniencia se ejercen de manera colectiva.

XIX. ACCESO A LA JUSTICIA Y CONSTITUCIONALISMO SOCIAL

la acción de clase moderna. En América Latina, el movimiento inició en Brasil con la Ley de Acción Popular de 1985, país donde se eleva a rango constitucional la protección de los intereses difusos en la Constitución de 1988. A partir de ese momento, inicia todo un movimiento de reformas para introducir las acciones colectivas en los ordenamientos latinoamericanos. En este rubro, los países más desarrollados son Argentina, Brasil y Colombia, que prevén bases constitucionales, desarrollos legislativos y jurisprudenciales de suma relevancia en la materia²⁴.

No debe dejar de mencionarse en el itinerario histórico de la formación y fortalecimiento de los procesos colectivos el *Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica* (1988)²⁵, y el *Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica* (2004)²⁶, aprobados en Río de Janeiro y Caracas, respectivamente, por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. La importancia de este último ha sido fundamental para que en el nuevo milenio se efectuaran reformas constitucionales para prever la institución de las acciones colectivas, como sucedió en 2010 en México²⁷ y en la nueva Constitución de República Dominicana²⁸. Algunos países iberoamericanos también prevén a nivel constitucional diversas instituciones para ejercer de manera colectiva otros derechos, como la «libertad de petición colectiva» en Costa Rica²⁹.

B) Acciones populares

Con antecedentes desde el Derecho romano (*popularis actio*), varios países prevén este tipo de acciones, siendo más amplio el acceso a la justicia al tener la legitimación cualquier individuo a título individual o colectivo y, en algunos casos, el Ministerio Público y el Defensor del Pueblo de manera obligatoria, como

²⁴ En otros países también existen, aunque con menos desarrollos. Por ejemplo, el artículo 38 de la Constitución de Paraguay se refiere al derecho a la defensa de los intereses difusos: «Toda persona tiene derecho, individual o colectivamente, a reclamar a las autoridades públicas medidas para la defensa del ambiente, de la integridad del hábitat, de la salubridad pública, del acervo cultural nacional, de los intereses del consumidor y de otros que, por su naturaleza jurídica, pertenezcan a la comunidad y hagan relación con la calidad de vida y con el patrimonio colectivo».

²⁵ Los artículos 53 y 194 hacen referencia expresa a la protección de intereses difusos y colectivos. Este código modelo sirvió para que muchos códigos procesales civiles se reformaran para la protección de estos intereses; por ejemplo, en México, algunos códigos de procedimientos civiles de los Estados de Morelos (1993), Coahuila (1999) y Puebla (2007).

²⁶ Sobre este código, *vid.* A. GIDI y E. FERRER MAC-GREGOR (coords.), *Código Modelo de Procesos Colectivos. Un diálogo iberoamericano. Comentarios artículo por artículo*, México, Porrúa-UNAM, 2008.

²⁷ El 29 de julio de 2010 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* la adición del tercer párrafo del artículo 17 constitucional, que establece: «El Congreso de la Unión expedirá las leyes que regulen las acciones colectivas. Tales leyes determinarán las materias de aplicación, los procedimientos judiciales y los mecanismos de reparación del daño. Los jueces federales conocerán de forma exclusiva sobre estos procedimientos y mecanismos».

²⁸ Artículo 66. Derechos colectivos y difusos. El Estado reconoce los derechos e intereses colectivos y difusos, los cuales se ejercen en las condiciones y limitaciones establecidas en la ley. En consecuencia protege: 1) la conservación del equilibrio ecológico, de la fauna y la flora; 2) la protección del medio ambiente, y 3) la preservación del patrimonio cultural, histórico, urbanístico, artístico, arquitectónico y arqueológico.

²⁹ Artículo 27. Se garantiza la libertad de petición, en forma individual o colectiva, ante cualquier funcionario público o entidad oficial, y el derecho a obtener pronta resolución.

sucede en la previsión de la nueva Constitución de Bolivia (arts. 135 y 136), para la protección del patrimonio, el espacio, la seguridad y salubridad pública, el medio ambiente y otros de similar naturaleza reconocidos por el propio texto fundamental y los tratados internacionales. En el caso de la nueva Constitución de Ecuador también se prevé la posibilidad del ejercicio colectivo de los derechos (art. 11.1), donde incluso se puede proteger a la «naturaleza o Pacha Mama», que tiene derecho a la restauración con independencia de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de indemnizar a los individuos y colectivos que dependan de los sistemas naturales afectados (arts. 71 y 72).

Colombia es el país donde más desarrollo han tenido las acciones populares, previéndose en el artículo 88 de la Constitución de 1991. Estas acciones protegen los derechos e intereses colectivos relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella.

C) Procesos constitucionales colectivos

Otra de las vertientes del ejercicio colectivo de los derechos se refiere a las acciones especiales para la protección de los derechos fundamentales. Así, se han establecido en los últimos años juicios o recursos de amparos, *habeas corpus* o *habeas data* colectivos. También se han creado acciones abstractas de inconstitucionalidad y acciones de cumplimiento colectivas, por ejemplo, en la Constitución de Bolivia (arts. 132 y 133). En México, recientemente se aprobó por el Congreso de la Unión una reforma constitucional integral en materia de juicio de amparo que propone ampliar la legitimación activa del promovente de amparo a través de la nueva figura del «interés legítimo» en sustitución del «interés jurídico», lo cual representa un mayor acceso a la justicia constitucional, especialmente para la protección de los derechos de incidencia colectiva. Las sentencias que se dictan en este tipo de procesos pueden tener efectos generales³⁰.

D) Participación ciudadana en litigios de interés público

También se advierte en los últimos años manifestaciones claras de vías legítimas de participación ciudadana en determinados asuntos judiciales cuyo interés trasciende la esfera individual de las partes. La figura del *amicus* o *amicus curia* (amigo o amigos de la Corte o Tribunal) tiene sus orígenes en el Derecho romano y ha tenido un desarrollo significativo en los países pertenecientes a la familia del *common law* o influenciados por dicho sistema, especialmente en Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Australia, Nueva Zelanda, La India, Sudáfrica, etc., que tienen bases reglamentarias y cuya práctica forense se ha venido arraigando, con especial trascendencia ante las Cortes Supremas, Tribunales Constitucionales y demás altas jurisdicciones.

³⁰ Esta es una propuesta que se ha venido madurando en la última década, prevista en el anteproyecto de nueva Ley de Amparo de 1999. Sobre el particular, *vid.* E. FERRER MAC-GREGOR, «El acceso a la justicia de los intereses de grupo (hacia un juicio de amparo colectivo)», en *Libro Homenaje a don Manuel Gutiérrez de Velasco*, México, UNAM, 2000, pp. 221-234.

XIX. ACCESO A LA JUSTICIA Y CONSTITUCIONALISMO SOCIAL

Esta figura también ha tenido cierta recepción en países de nuestra región, por la influencia de los países anglosajones que la practican y particularmente por su aceptación en el ámbito de la jurisdicción internacional³¹. El nuevo Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, vigente a partir de 1 de enero de 2010, define al *amicus curiae* como «la persona o institución, ajena al litigio y al proceso que presenta a la Corte razonamientos en torno a los hechos contenidos en el sometimiento del caso o formula consideraciones jurídicas sobre la materia del proceso, a través de un documento o de un alegato en audiencia» (art. 2)³². La aceptación de la figura por ese tribunal internacional se ha venido reiterando y consolidando progresivamente desde el inicio de sus funciones, tanto en casos contenciosos como en las opiniones consultivas que ha emitido.

Algunos países latinoamericanos han aceptado la figura como sucedió en Argentina y sin que existiera reglamentación al respecto. En efecto, el debate inició en la Corte Suprema de Justicia de ese país en un asunto polémico relativo a la validez constitucional de las leyes de «Punto final» (1986) y de «Obediencia debida» (1987), hasta que dicha Corte emitió la regulación correspondiente a través de la Acordada 28/2004³³. Incluso, algunas asociaciones, como la Asociación Argentina de Derecho Constitucional en 2007, han emitido la reglamentación de actuación de *amicus curiae*. También ha tenido práctica la institución en Brasil³⁴, Colombia³⁵, Chile³⁶, Uruguay³⁷, Paraguay³⁸ y Perú³⁹, entre otros países, con diversas reglas de participación y sin vinculación para el tribunal.

En México, si bien no está prevista, en algún caso de eminente interés social la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha abierto la posibilidad de recibir opiniones en audiencia pública a instituciones, asociaciones y personas ajenas a la controversia para defender la constitucionalidad o inconstitucionalidad

³¹ Por ejemplo, ante el Tribunal Internacional de Justicia, la Corte Penal Internacional, el Tribunal Internacional Penal para la ex Yugoslavia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en los paneles y el Cuerpo de Apelación de la Organización Mundial de Comercio (OMS), etc. Cfr: V. BAZÁN, «El *amicus curiae* en clave de Derecho comparado y su reciente impulso en el Derecho argentino», en *Cuestiones constitucionales*, núm. 12, México, UNAM, enero-junio de 2005, pp. 29-71.

³² El artículo 44 del nuevo Reglamento prevé las reglas de su procedencia y tramitación.

³³ Cfr: V. BAZÁN, «La reglamentación de la figura del *amicus curiae* por la Corte Suprema de Justicia argentina», en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 3, México, Porrúa, enero-junio de 2005, pp. 3-24.

³⁴ Cfr: M. C. HENNING LEAL, «La noción de Constitución abierta de Peter Häberle como fundamento de una jurisdicción constitucional abierta y como presupuesto para la intervención del *amicus curiae* en el Derecho brasileño», en *Estudios Constitucionales*, año 8, núm. 1, Talca, Centro de Estudios Constitucionales, 2010, pp. 283-304.

³⁵ La Corte Constitucional de ese país ha favorecido la aceptación de dicha institución a través de su desarrollo jurisprudencial y declarado constitucional alguna normatividad que permite la intervención de terceros ajenos al litigio, como fue el Decreto 2067, de 4 de septiembre de 1991 (art. 13).

³⁶ Existe un desarrollo progresivo en su aceptación, especialmente desde el año 2001.

³⁷ Así, por ejemplo, un famoso *amicus curiae* fue redactado por E. R. ZAFFARONI sobre la inaplicabilidad de la Ley de Caducidad en el *Caso Juan Gelman*, relativa al secuestro y homicidio de la nuera del poeta argentino.

³⁸ Desde 1997 se aceptó por la Corte Suprema de Justicia.

³⁹ Ha sido aceptada por el Tribunal Constitucional mediante la resolución administrativa 95-2004, de 2 de octubre de 2004, así como también por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Cfr: *El amicus curiae: ¿qué es y para qué sirve? Jurisprudencia y labor de la Defensoría del Pueblo*, Lima, Defensoría del Pueblo, 2009.

de las normas impugnadas, como sucedió en la acción de inconstitucionalidad 146/2007 (y su acumulada 147/2007), relativa a las reformas sobre la despenalización del aborto en el Distrito Federal, lo que motivó que se regularan los «lineamientos para la celebración de audiencias relacionadas con asuntos cuyo tema se estime relevante, de interés jurídico o de importancia nacional»⁴⁰. Si bien esta participación ciudadana en asuntos jurisdiccionales está limitada a los casos que la propia Suprema Corte determine debido a la «gran entidad y trascendencia para la sociedad mexicana»⁴¹, estimamos que representa un primer paso para que en el futuro se reglamente la figura del *amicus curiae* en todo asunto que tenga trascendencia social, sea en acción abstracta de inconstitucionalidad, controversia constitucional o juicio de amparo, por supuesto, con las debidas reglas procedimentales y actuación de esta figura. Lo anterior podría lograrse con las reformas correspondientes a las leyes respectivas o a través de acuerdos generales que dicte la propia Suprema Corte. La aceptación, práctica y reglamentación plena del *amicus curiae* en México pudiera representar un instrumento fundamental para lograr la participación ciudadana en los procesos judiciales, a la vez de contribuir al mejoramiento argumentativo y reflexivo del juzgador, fortalecer el debate y transparencia judicial, lo cual contribuye, en definitiva, al desarrollo de nuestra democracia sustantiva.

Por último, también es importante destacar la tendencia en la creación de clínicas de litigio de interés público, especialmente en las universidades públicas y privadas o por organizaciones no gubernamentales. Este tipo de litigios estratégicos han tenido progresivamente aceptación en nuestra región, con mayor intensidad para la tutela de los derechos fundamentales, creándose, incluso, una Red Latinoamericana de Clínicas Jurídicas⁴². Si bien en México es reciente esta práctica, existen algunos casos exitosos, como en materia de salud a favor de la comunidad indígena mixteca *Mininuma*, radicada en el Estado de Guerrero, que podrían abrir nuevas perspectivas y enfoques para lograr la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en nuestro país⁴³; lo cual podría llevar al control de la racionalidad de las políticas públicas como ha sucedido en otras latitudes⁴⁴.

4. JUSTICIA «COEXISTENCIAL»: MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Históricamente las soluciones de los conflictos sociales en general y de los jurídicos en particular no siempre han emanado de la judicatura. Así, no es raro

⁴⁰ Vid. el Acuerdo General 2/2008, de 10 de marzo de 2008, emitido por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

⁴¹ Considerando 7.º, párrafo 2.º, del Acuerdo General 2/2008.

⁴² Vid. la dirección electrónica www.clínicasjuridicas.org.

⁴³ Sobre este importante caso, vid. R. GUTIÉRREZ y A. RIVERA MALDONADO, «El Caso Mini Numa: un litigio estratégico para la justiciabilidad de los derechos sociales y la no discriminación en México», en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 251, México, UNAM, enero-junio de 2009, pp. 89-122.

⁴⁴ Cfr. J. M. ACUÑA, «La exigibilidad jurisdiccional de los derechos sociales como vía del control de la racionalidad de las políticas públicas», en E. FERRER MAC-GREGOR y ZALDÍVAR LELO DE LARREA (coords.), *La protección constitucional de los derechos fundamentales. Memoria del II Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa-IMDPC, 2010, pp. 569-584.

XIX. ACCESO A LA JUSTICIA Y CONSTITUCIONALISMO SOCIAL

que a menudo los sujetos que personifican un conflicto acudan a un tercero imparcial que no cumple sus funciones dentro de los parámetros tradicionales del Derecho procesal e, incluso, no es abogado. Este fenómeno hunde sus raíces en los cuestionamientos al sistema de justicia en general, como la lentitud de los procesos, el alto costo de los mismos, su rigidez, la escasa participación de las partes en el conflicto, así como las percepciones (fundadas o no) que demeritan gravemente la imagen del proceso judicial tradicional (percepción de ineficiencia, de corrupción, etc.). Frente a la problemática cualitativa y, sobre todo, cuantitativa de los problemas jurídicos actuales, no es extraño que los medios alternativos de solución de controversias (arbitraje, mediación, conciliación y negociación) tengan un nuevo auge en los ordenamientos occidentales.

Su importancia ya había sido anunciada y destacada por ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, después de la segunda guerra mundial, en su célebre *Proceso, autocomposición y autodefensa. Contribución al estudio de los fines del proceso*⁴⁵, advirtiendo las similitudes y diferencias de los instrumentos para resolver la conflictividad social, sea en sus formas más primitivas de *autodefensa* (como la legítima defensa penal y el estado de necesidad); en sus fórmulas *autocompositivas* (desistimiento, allanamiento, perdón del ofendido y transacción); o a través de sus significaciones más avanzadas de *heterocomposición* (mediación, conciliación, arbitraje, *ombudsman* y proceso), que a decir del insigne procesalista español se nos presentan «como las tres posibles desembocaduras del litigio».

CAPPELLETTI insistió en que la importancia de las reformas contra la «pobreza económica» de las partes, a través del asesoramiento y ayuda legal, y aquéllas dirigidas a contrarrestar la «pobreza organizativa», otorgando representación a los intereses difusos y colectivos, no debe impedirnos ver sus limitaciones, ya que, insiste, lo importante es encontrar una representación jurídica eficiente para los intereses que aún no la encuentran. Por eso, la considerada «tercera oleada» de reformas va más allá de la defensa dentro o fuera de los tribunales; de tal suerte que el nuevo enfoque del acceso a la justicia debe comprender todas aquellas «instituciones y recursos, el personal y los procedimientos utilizados para procesar y aun para prevenir disputas en las sociedades modernas»⁴⁶. La representación jurídica, individual o colectiva no ha resultado suficiente para ofrecer a la sociedad beneficios tangibles al nivel práctico⁴⁷. En este sentido, «este modelo alienta la exploración de una amplia variedad de reformas, incluyendo cambios en la forma del procedimiento, en la estructura de los tribunales o la creación de nuevos tribunales, el uso de personas legas y paraprofesionales tanto en los tribunales como en las barras, modificaciones en la ley sustantiva destinada a evitar disputas o facilitar sus resoluciones, y el uso de mecanismos privados o informales para resolver disputas. En resumen, este modelo no teme a las innovaciones amplias y radicales que van mucho más allá de la esfera de la representación jurídica»⁴⁸.

⁴⁵ México, UNAM-III, 1947. Existe segunda edición (1970) y tercera (1991), en realidad reimpresión de la 2.^a ed. (con prólogo de H. FIX-ZAMUDIO), así como una reimpresión de esta última (2000), todas por la UNAM.

⁴⁶ M. CAPPELLETTI y B. GARTH, *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*, op. cit., supra nota 7, p. 46.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 47.

⁴⁸ *Id.*

En este contexto, en la actualidad existe una clara tendencia de difusión, desarrollo y operatividad de los medios alternativos de solución de controversias en Latinoamérica, al grado que al margen de las regulaciones legislativas (que progresivamente se han venido estableciendo), varios países han elevado a rango constitucional estas instituciones. Así, por ejemplo, en Colombia, «los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en Derecho o en equidad, en los términos que determine la ley» (art. 116, párrafo 4.º); en el artículo 190 de la Constitución ecuatoriana «se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos»; el artículo 258 del pacto fundamental venezolano establece que «la ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos»; y la reforma de junio de 2008, a la Constitución federal mexicana, se prevé que «las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias» y particularmente en materia penal «regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos que se requerirá supervisión judicial» (art. 17, párrafo 4.º). Incluso se regula «el arbitraje u otros medios pacíficos» para resolución de conflictos en materia internacional, como se prevé en la Constitución de la República de Uruguay (arts. 6 y 168.16).

En numerosos países latinoamericanos se prevén estos mecanismos en sede administrativa o judicial. En muchas ocasiones se establecen en los respectivos códigos de procedimientos o, incluso, se han expedido leyes específicas que regulan las figuras de la mediación, arbitraje, conciliación y negociación en materias civil, penal, laboral, familiar, mercantil, financiera, administrativa, internacional, etc., sea de manera voluntaria o como cuestión «prejudicial obligatoria».

En términos generales, la característica específica de la «mediación» es que su titular es un mero conductor y su objetivo es facilitar el entendimiento entre las partes para que, entre éstas, pueda elaborarse un acuerdo. Debe destacarse que en realidad «el mediador no tiene poder de decisión, no aconseja, no da opinión, sólo conduce el procedimiento y realiza una delicada tarea con la finalidad de que las partes restablezcan la comunicación y, a partir de ahí, estén en condiciones de negociar»⁴⁹. El «arbitraje», en cambio, es aplicable a los conflictos en el que las partes no fueron capaces de llegar a un acuerdo y delegan la solución del conflicto a un tercero imparcial denominado árbitro; la resolución del procedimiento, si bien es más flexible que la del proceso tradicional, es vinculante. A su vez, la «conciliación» se refiere «al deber o la facultad de convocar a las partes para intentar un avenimiento. Dentro del sistema judicial, en general los códigos de procedimientos establecen que es el juez quien preside la audiencia de conciliación; en el sistema administrativo, es la autoridad administrativa. El conciliador está facultado para proponer fórmulas que compongan la disputa y, en el caso de los jueces, especialmente se establece que ello no implicará prejuzgamiento»⁵⁰. La conciliación puede ser judicial o extraju-

⁴⁹ G. STELLA ÁLVAREZ y E. I. HIGHTON, *La mediación en el panorama latinoamericano*, Santiago de Chile, Centro de Justicia de las Américas, 2003.

⁵⁰ *Id.*

XIX. ACCESO A LA JUSTICIA Y CONSTITUCIONALISMO SOCIAL

dicial, esta última ha tenido niveles de eficiencia superiores a la conciliación judicial⁵¹. Finalmente, la negociación «se refiere a un método de abordaje que las partes llevan a cabo sin intervención de terceros. Si bien existen diferentes escuelas de negociación, la que resulta sumamente útil a los fines de la resolución de los conflictos es la llamada negociación colaborativa que sistematizó la Escuela de Harvard»⁵².

En México, al igual que en la mayoría de los países de nuestra región, los medios alternativos de solución de controversias resultaban desconocidos hasta hace apenas una década. Es común que en una federación como la mexicana las reformas a la Constitución federal incidan o generen reformas en los ordenamientos locales. Pero en el caso del desarrollo de los medios alternativos de solución de conflictos fue distinto. Inicialmente, fueron los tribunales de los Estados los que empezaron a implementar estas instituciones y posteriormente se efectuó la reforma al artículo 17 de la Constitución federal en 2008⁵³. Concretamente, fue en Quintana Roo donde, el 14 de agosto de 1997, se expidió la primera ley de justicia alternativa en el país. A partir de ese año, los poderes judiciales de los Estados, con el apoyo de diversas instituciones de educación superior, empezaron a implementar «centros de justicia alternativa». No debe dejar de destacarse la periodicidad y la influencia que, desde 2001, ha tenido el Congreso Nacional de Mediación, cuya primera sede fue en la Universidad de Sonora. Este movimiento ha motivado que la mayoría de los tribunales superiores de justicia del país cuenten con centros de justicia alternativa en sede judicial. Asimismo, varios Estados han incluido en su Constitución, dentro del apartado del derecho de acceso a la justicia, los medios alternativos de solución de conflictos, como es el caso de Baja California (art. 7.º), Campeche (art. 77), Coahuila (art. 154), Colima (art. 1.º), Durango (art. 6.º), Guanajuato (art. 3.º), Hidalgo (art. 9.º), Nuevo León (art. 16), Oaxaca (art. 11), Quintana Roo (art. 7.º), Tamaulipas (art. 114), etcétera.

La exposición de motivos de la reforma constitucional de 18 de junio de 2008, en lo que respecta a los medios alternativos de solución de conflictos, hace énfasis en la necesidad de ofrecer vías que nos ayuden a superar la lentitud de los procesos tradicionales y el elevado costo del sistema de justicia. Asimismo, se planteó el inconveniente de seguir considerando que el aumento a las penas de prisión o la construcción de nuevas cárceles ayudarán a resolver la problemática social o a mejorar la administración de justicia pues existen muchos casos en el que la víctima lo único que desea es que, de forma rápida y eficiente, sea reparado el daño que sufrió, por lo que una mediación o una conciliación, bajo la supervisión judicial, representarán mejores soluciones a numerosos conflictos. En este contexto, las reformas al artículo 17 constitucional representan también un cambio de paradigma (el de la justicia restaurativa) en el cual se propicia una participación más activa de la sociedad en la resolución de sus conflictos, pues

⁵¹ Cfr. J. OVALLE FAVELA, *Teoría general del proceso*, 2.ª reimpresión de la 6.ª ed., Oxford, University Press, 2006, pp. 24-25.

⁵² G. ÁLVAREZ y E. I. HIGHTON, *La mediación en el panorama latinoamericano*, op. cit., supra nota 49.

⁵³ Un panorama de la trascendencia de esta reforma puede verse en la obra de G. URIBARRI CARPINTERO (coord.), *Acceso a la justicia alternativa. La reforma constitucional al artículo 17. Una visión de conjunto a los mecanismos alternativos de solución de controversias*, México, Porrúa, 2010.

las acciones del ofensor no sólo deben concebirse como un atentado a intereses del Estado sino también y, sobre todo, a los de las personas en concreto.

5. ACCESO A LA JUSTICIA DE GRUPOS VULNERABLES: NIÑOS Y ADOLESCENTES, MUJERES, PERSONAS CON CAPACIDADES DIVERSAS Y PUEBLOS INDÍGENAS

El acceso a la justicia de los grupos tradicionalmente excluidos, discriminados y, por ende, en una situación específica de vulnerabilidad (niños y adolescentes, mujeres, personas con discapacidad y pueblos indígenas, entre otros), exige un esfuerzo mayor por parte del Estado para garantizar sus derechos fundamentales. La protección de estos derechos y el intento de suprimir cualquier modalidad de discriminación tiene su razón en la dignidad humana, pues ésta no debe admitir más restricciones que el respeto a la dignidad de los otros miembros de la comunidad. Si los derechos humanos son «universales», esto es, no dependen del reconocimiento del Estado o de las condiciones específicas de los individuos, sería incoherente invocar diferencias de índole política, social, económica, cultural, física o psíquica como condición para respetarlos. El ejercicio a plenitud de los derechos fundamentales, en cambio, «implica limitaciones al poder público y, por ello, no puede invocarse ninguna actuación soberana para violarlos. Al tratarse de valores supremos están por encima de los mismos Estados y de su soberanía» y, por ende, el Estado «debe desempeñar la labor operativa de canalizar toda la estructura y organización del poder público en función del anhelado bien común»⁵⁴ de todo individuo con independencia de su condición o no de vulnerabilidad. La característica de la universalidad de los derechos fundamentales, señala CARBONELL siguiendo a FERRAJOLI, no sólo presupone extenderlos sin distinción a todos los seres humanos, pues son inalienables y no negociables, esto es, indisponibles en su dimensión activa y pasiva⁵⁵.

A) El acceso a la justicia de los niños y adolescentes

Hasta muy entrada la modernidad, la mención a los derechos específicos de los niños fue una gran ausente en las declaraciones sobre derechos humanos⁵⁶. Lo anterior fue particularmente perjudicial en regiones como la latinoamericana, donde los problemas socioeconómicos acentúan la vulnerabilidad infantil y, por ende, propician el tráfico de niñas y niños, la explotación laboral o sexual de los mismos, la violencia intrafamiliar, etc. No fue hasta mediados del siglo xx cuando empezó a reconocérseles como verdaderos sujetos de derechos que, en consecuencia, requerían de una protección especial para garantizar integralmente su entorno. La demorada preocupación por los derechos de los jóvenes e infantes no deja de ser una paradoja, pues el mando de las

⁵⁴ R. ROHRMOSER VALDEAVELLANO, *Módulo de autoformación en derechos humanos y acceso a la justicia*, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2007, p. 14.

⁵⁵ Cfr. M. CARBONELL, *Los derechos fundamentales en México*, México, UNAM-CNDH, 2004, p. 16.

⁵⁶ En general, una perspectiva actual de esta temática puede verse en M. GONZÁLEZ CONTRÓ, *Derechos humanos de los niños: una propuesta de fundamentación*, México, UNAM, 2008.

XIX. ACCESO A LA JUSTICIA Y CONSTITUCIONALISMO SOCIAL

instituciones, tarde o temprano, estará en sus manos. Así, entre los pactos más relevantes especializados en la protección de los menores de edad destacan la *Declaración de los Derechos del Niño* (1959) y la *Convención sobre los Derechos del Niño* (1989).

También la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* hizo mención explícita, en su artículo 19, del derecho de todo niño «a las medidas de proyección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado». No obstante estas disposiciones, la Corte Interamericana «a la luz del artículo 19 de la Convención Americana [ha constatado] la especial gravedad que reviste el que pueda atribuirse a un Estado parte en dicha Convención el cargo de haber aplicado o tolerado en su territorio una práctica sistemática de violencia contra niños en situación de riesgo, como los “niños de la calle”, [a] los [que] hacen víctimas de una doble agresión. En primer lugar, los Estados no evitan que sean lanzados a la miseria, privándolos así de unas mínimas condiciones de vida digna e impidiéndoles el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, a pesar de que todo niño tiene derecho a alentar un proyecto de vida que debe ser cuidado y fomentado por los poderes públicos para que se desarrolle en su beneficio y en el de la sociedad a la que pertenece. En segundo lugar, atentan contra su integridad física, psíquica y moral, y hasta contra su propia vida»⁵⁷.

En este rubro, no debe dejar de mencionarse que en los últimos años se han modificado los sistemas de justicia penal que concierne a los adolescentes. Esta tendencia inició en 1899, con la creación del primer tribunal juvenil en Chicago, Illinois, pero su vigencia en los sistemas latinoamericanos se ha demorado hasta tiempos recientes⁵⁸. Desde hace décadas, la responsabilidad delictiva de los menores de edad se ha cuestionado bajo el argumento de que no tienen la capacidad de entender la antijuricidad de sus conductas y, por tanto, no se les puede imputar un delito. La historia del tratamiento legal de los menores responsables de una conducta ilícita ha transitado del sistema que no daba un tratamiento distinto a adultos y menores (en el que el juez acaso atenuaba la pena en razón de la edad del infractor) hasta los sistemas integrales que erigen órganos especializados en justicia para adolescentes. Así, en 2005, en México, se llevó a cabo una reforma constitucional que establece la obligación explícita de los poderes de la Federación y de los Estados de organizar un sistema integral de justicia para los jóvenes de entre doce y dieciocho años a los que se les atribuya la comisión de conductas tipificadas como delitos y, asimismo, instituyendo que los menores de doce años sólo serán sujetos de rehabilitación y asistencia social. La reforma establece que las sanciones que se aplicarán en el nuevo sistema serán para orientar, tratar y proteger al adolescente, y que la utilización del internamiento (privación de la libertad) será sólo como medida extrema y por el tiempo más breve necesario, la cual, desde luego, deberá ser congruente con la gravedad del hecho tipificado como delito.

⁵⁷ Caso de «Los niños de la calle» (*Villagrán Morales y otros*) vs. *Guatemala*. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 19 de noviembre de 1999, párrafo 144.

⁵⁸ A. CALERO AGUILAR, «El nuevo sistema de justicia para adolescentes en México», en C. MAQUEDA ABREU y V. M. MARTÍNEZ BULLE GOYRI (coords.), *Derechos humanos: temas y problemas*, México, UNAM-CNDH, 2010, pp. 241-259.

B) El acceso a la justicia de las mujeres

A pesar de la importancia y las contribuciones de la mujer a la vida social, política, económica y cultural, así como su relevante papel en el núcleo familiar⁵⁹, fue hasta la segunda mitad del siglo xx cuando da inicio el reconocimiento jurídico de sus derechos, tal como sucedió con los de los niños y adolescentes. Así, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), se hicieron afirmaciones tajantes de la nueva situación de la mujer: «Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de... sexo». Tiempo después, la Organización de las Naciones Unidas, preocupada de que, «a pesar de los progresos realizados en materia de igualdad de derechos, continúa existiendo una considerable discriminación en contra de la mujer», proclamó la *Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer* (1967) pues «la discriminación contra la mujer, por cuanto niega o limita su igualdad de derechos con el hombre, es fundamentalmente injusta y constituye una ofensa a la dignidad humana».

Después, en la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* (1979) se fortalece explícitamente el derecho de acceso de la justicia de las mujeres en el artículo 3, que, textualmente, establece que «los Estados partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas... y, con tal objeto, se comprometen a: c) establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación». Asimismo, en el artículo 15 de dicha Convención, se establece que «los Estados partes reconocerán a la mujer, en materias civiles, una capacidad jurídica idéntica a la del hombre y las mismas oportunidades para el ejercicio de esa capacidad. En particular, le reconocerán a la mujer iguales derechos para firmar contratos y administrar bienes y le dispensarán *un trato igual en todas las etapas del procedimiento en las cortes de justicia y los tribunales*».

No obstante estos y otros instrumentos internacionales de protección de los derechos de la mujer, como el *Protocolo facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* (1999), la *Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer* (1994), la *Convención sobre los derechos políticos de la mujer* (1952), la *Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer* (1993), la *Declaración sobre la contribución de las mujeres a una cultura de paz* (1995), así como muchos otros esfuerzos para desarticular todas las formas de discriminación

⁵⁹ De acuerdo con los datos más recientes del Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática de nuestro país, de los 112.336.538 mexicanos, 57.481.307 son mujeres. Al menos en los últimos sesenta años, la edad mediana de la mujer ha aumentado: en 1950 era de diecinueve años; en 1960, de dieciocho; en 1970, de diecisiete; en 1990, de veinte; en 2000, de veintitrés; y, actualmente, de veintiséis años. Actualmente, el 8,1 por 100 de las mujeres no tiene escolaridad; el 12,7 por 100, primaria incompleta; el 16,7 por 100 concluyó la primaria; el 4,6 por 100, secundaria incompleta; el 21,9 por 100, secundaria completa; el 19,3 por 100, educación media superior; y el 15,9 por 100, educación superior. Hasta 2006, 6.927.327 mujeres reconocieron ser víctimas de violencia emocional; 4.955.279, de violencia económica; 2.213.941, de violencia física; y 1.292.127 de violencia sexual. *Cfr.* <http://www.inegi.org.mx/> (2011).

XIX. ACCESO A LA JUSTICIA Y CONSTITUCIONALISMO SOCIAL

contra la mujer, el Comité de América Latina y el Caribe para Defensa de Derechos de la Mujer (CLADEM) afirmó en el *Diagnóstico de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Mujeres en la Región* (2005) que aún persisten problemas como la consideración de los Estados de que los derechos de las mujeres «son progresivos y subordinados a la existencia de recursos económicos y por tanto no gozarían del mismo grado de exigibilidad de estos derechos» y que, además, «se supeditan y condicionan frente a otros derechos como los civiles y políticos»⁶⁰. Con respecto al acceso a la justicia, en el citado diagnóstico se afirma que «todavía quedan muchos aspectos de los derechos humanos de las mujeres sin jurisprudencia para su real defensa» y, por otra parte, «existe una limitación adicional para la aplicación efectiva de las leyes a favor de las mujeres por parte de las instituciones que velan por ellas, ya sea por el desconocimiento de éstas y sus posibilidades, o porque no cuentan con recursos humanos y materiales suficientes»⁶¹.

C) El acceso a la justicia de las personas con habilidades diversas

Un grupo muy propenso a la vulnerabilidad de sus derechos es el de los individuos que viven con alguna discapacidad física o mental⁶². La comprensión de la situación tan particular de estas personas «ha pasado desde acepciones paternalistas e incluso peyorativas de “minusválidos”, “incapacitados” o “discapacitados” hasta las que hoy en día les identifican como personas con capacidades o habilidades diversas». El calificativo que se atribuya a este sector de individuos no es de poca monta, pues «voluntaria o involuntariamente, consciente o inconscientemente, reflejan la percepción que algunas personas tienen de ellos como inferiores. Denominarles “incapacitados” o “discapacitados”, es decir, que no son capaces de hacer algo por sí mismos... no es más que querer percibir el mundo desde la perspectiva de grupos mayoritarios»⁶³.

De acuerdo con la *Declaración de los Derechos de los Impedidos* (1975) de la Organización de las Naciones Unidas, un impedido es «toda persona incapacitada de subvenir por sí misma, en su totalidad o en parte, a las necesidades de una

⁶⁰ *Diagnóstico de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Mujeres en la Región*, Lima, Comité de América Latina y el Caribe para Defensa de Derechos de la Mujer, 2005, p. 13.

⁶¹ *Id.*

⁶² De acuerdo con el Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática, de 2000 a 2010, en México, el número de personas con discapacidad aumentó de 1.795.300 a 4.527.784. El número de mujeres y hombres con este obstáculo es similar: 2.269.833 y 2.257.951, respectivamente. El porcentaje de personas con discapacidad en nuestro país es de 4,0 (estadística de 2010); en Chile, 2,2 (1992); en Colombia, 1,8 (1993); en Perú, 1,3 (1993); y, en Uruguay, 16,0 (1993). En México, en los últimos diez años, las personas con discapacidad que cuentan con servicios de salud (esto es, que tienen la condición de derechohabiente en alguna institución del salud del país), aumentó de 44,9 por 100 a 67,5 por 100. Actualmente, del total de personas con discapacidad en nuestro país, el 28,5 por 100 no tiene instrucción; el 28,4 por 100 tiene la primaria incompleta; el 16,6 por 100, la primaria completa; el 3,6 por 100, la secundaria o equivalente incompleta; el 9,1 por 100 concluyó la secundaria; y el 11,9 por 100 realizó estudios posbásicos. Menos de la mitad de las personas con discapacidad (1.522.049) tiene una ocupación, de las cuales sólo el 1,9 por 100 son funcionarios, directores y jefes, mientras el 21,9 por 100 realizan actividades elementales y de apoyo. Cfr. <http://www.inegi.org.mx/org.mx/>.

⁶³ P. HURTADO, *Acceso a la justicia y derechos humanos de grupos vulnerables y excluidos en Guatemala*, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2009, pp. 63 y 64.

vida individual o social normal a consecuencia de una deficiencia, congénita o no, de sus facultades físicas o mentales». En esencia, esta declaración tiene la finalidad de que se respete la dignidad humana del impedido (art. 3) y a que se tengan en cuenta «sus necesidades particulares en todas las etapas de la planificación económica y social» (art. 8). Con respecto al acceso a la justicia, el artículo 11 de este instrumento internacional establece que «el impedido debe poder contar con el beneficio de una *asistencia letrada jurídica competente* cuando se compruebe que esa asistencia es indispensable para la protección de su persona y sus bienes. Si fuere objeto de una *acción judicial*, deberá ser sometido a un procedimiento justo que tenga plenamente en cuenta sus condiciones físicas y mentales».

Asimismo, en 1971, la Organización de las Naciones Unidas proclamó la *Declaración de los Derechos del Retrasado Mental* ante la necesidad de ayudar a este sector «a desarrollar sus aptitudes en las más diversas esferas de actividad, así como de fomentar en la medida de lo posible su incorporación a la vida social normal», pues el retrasado mental «debe gozar, hasta el máximo grado de viabilidad, de los mismos derechos que los demás seres humanos» (art. 1). Esta declaración establece también que el retrasado mental debe contar «con la atención de un tutor calificado cuando esto resulte indispensable para la protección de su persona y sus bienes» (art. 5) y que «en caso de que sea objeto de una acción judicial, deberá ser sometido a un proceso justo que tenga plenamente en cuenta su grado de responsabilidad, atendidas sus facultades mentales» (art. 6).

En íntima relación con la Declaración recién mencionada, están los *Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental* (1991), también adoptados por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, y particularmente interesante para el tema del acceso a la justicia es el principio 18 de este ordenamiento, el cual ofrece un espacio para las garantías procesales de los enfermos mentales. En este apartado se establece que el paciente «tendrá derecho a designar a un defensor para que lo represente» y, si no tiene medios suficientes para pagarlo, «se pondrá a [su] disposición un defensor sin cargo alguno». Asimismo, tendrá derecho «a solicitar y presentar en cualquier audiencia un dictamen independiente sobre su salud mental y cualesquiera otros informes y pruebas orales, escritas y de otra índole que sean pertinentes y admisibles». El paciente y su defensor también tienen derecho a tener «copias del expediente y de todo informe o documento que deba presentarse» y la resolución que sostenga «que la revelación de determinadas informaciones perjudicaría gravemente la salud del paciente» estará «sujeta a revisión judicial». Asimismo, tiene derecho «a asistir personalmente a la audiencia y a participar y ser oídos en ella». A su vez, el principio anterior, el 17, hace referencia a los órganos de revisión de las decisiones de la institución psiquiátrica que decida retener involuntariamente al paciente, y dichas disposiciones destacan que dicho órgano «será un órgano judicial u otro órgano independiente e imparcial establecido por la legislación nacional que actuará de conformidad con los procedimientos establecidos por la legislación nacional», que «el examen inicial por parte del órgano de revisión... de la decisión de admitir o retener como paciente involuntario se llevará a cabo lo antes posible después de adoptarse dicha decisión», que dicho órgano «examinará periódicamente los casos de pacientes involuntarios»; y que «el paciente o su representante perso-

XIX. ACCESO A LA JUSTICIA Y CONSTITUCIONALISMO SOCIAL

nal o cualquier persona interesada tendrá el derecho a apelar ante un tribunal superior de la decisión de admitir al paciente o de retenerlo en una institución psiquiátrica».

D) El acceso a la justicia de los pueblos indígenas

Otro de los sectores sociales que ha enfrentado mayores obstáculos para hacer efectivos sus derechos fundamentales en general y el de acceso a la justicia en particular, es el de los pueblos indígenas, no obstante que el porcentaje de población de estos grupos en regiones como la latinoamericana es muy significativa⁶⁴. Además, las estadísticas demuestran que en las regiones donde se concentran estas comunidades suelen ser las más pobres y las que tienen los índices de desarrollo humano y social más bajos. Esto se debe, en general, a sus particularidades culturales y a su situación de especial vulnerabilidad. En particular, porque «en ciertos contextos históricos los derechos de la persona humana se garantizan y se pueden ejercer plenamente sólo si se reconocen los derechos de la colectividad y de la comunidad a la que pertenecen»⁶⁵. Y, más específicamente, por la incompreensión generalizada de la relación que los indígenas mantienen con la tierra, pues para estas comunidades «la relación con la tierra no es sólo una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual»⁶⁶, al grado de que eliminar la propiedad colectiva implicaría llevar a la eliminación no sólo cultural sino incluso física de estos pueblos⁶⁷.

En este contexto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha emprendido un esfuerzo importante a fin de fortalecer y garantizar el derecho de acceso a la justicia de los pueblos indígenas. Concretamente, el tribunal internacional ha hecho un énfasis especial en la defensa de los derechos al *recurso efectivo* y al de *plazo razonable* al momento de resolver los casos donde se han visto involucradas estas comunidades. El *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*

⁶⁴ En 2003, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en México publicó que en nuestro país existen 62 pueblos y comunidades indígenas y su población asciende aproximadamente a 13 millones de personas, lo que representaba el 12 por 100 de la población nacional total. Cfr. *Diagnóstico sobre la situación de los derechos humanos en México*, México, 2003. A su vez, el Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática de nuestro país publicó recientemente datos actualizados sobre la situación de los pueblos indígenas en México, entre los que destacan que este sector, de 2000 a 2010, aumentó de 6.044.547 a 6.695.228. Actualmente, los Estados que albergan el mayor número de indígenas son Oaxaca (1.165.186), Chiapas (1.141.499), Veracruz (644.559), Puebla (601.680), Yucatán (537.516) y Guerrero (456.774). Las lenguas indígenas más habladas en nuestro son el náhuatl (1.586.884) y el maya (796.405). El alfabetismo de la población hablante de una lengua indígena aumentó, entre 2000 y 2010, de 66,3 por 100 a 92,4 por 100. El 23,8 por 100 de esta población no tiene instrucción; el 25,3 por 100 no concluyó la primaria; el 19,6 por 100% concluyó la primaria; el 4,4 por 100 no concluyó la secundaria; el 14,9 por 100 concluyó la secundaria; el 8,2 por 100 aprobó algún año de educación media superior; y el 3,5 por 100 aprobó algún año de educación superior. Cfr. <http://www.inegi.org.mx/sistemas/sisept/default.aspx?t=mlen03&s=est&c=22284> (población indígena por entidad federativa); <http://www.inegi.org.mx/> (2011)

⁶⁵ *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 31 de agosto de 2001, párrafo 83.

⁶⁶ L. BURGORGUE-LARSEN y A. ÚBEDA DE TORRES, *Las decisiones básicas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estudio y jurisprudencia*, Pamplona, Civitas, 2009, p. 329.

⁶⁷ S. GARCÍA RAMÍREZ, *Temas de la jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos. Votos particulares*, México, Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, 2005, p. 161.

vs. Nicaragua del año 2001, como bien advierte AGUILAR CAVALLO, fue el primero relativo a los derechos de los pueblos o comunidades indígenas, el primero en el que éstas actuaron como partes del proceso ante la Corte Interamericana y el primero en el que el órgano internacional se pronunció sobre el derecho de los indígenas a las tierras y recursos naturales⁶⁸. Desde entonces se ha venido desarrollando jurisprudencialmente esta temática, hasta la última sentencia sobre la materia dictada en agosto de 2010⁶⁹.

El derecho a un recurso efectivo «más que tratarse de un derecho, en realidad es una garantía de los demás derechos reconocidos»⁷⁰. Por tanto, podría decirse que el derecho al recurso efectivo es el elemento medular de aquél más genérico que es el de acceso a la justicia. La Corte ha señalado que «la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos en la Convención constituye una trasgresión de la misma... [pues] para que el recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley... sino que requiere que sea realmente idóneo»⁷¹. A su vez, la garantía de que la justicia se administre en un plazo razonable, es decir, sin dilaciones indebidas, vincula al sistema jurisdiccional de determinado país a organizarse y estructurarse de tal forma que se eviten retrasos «que puedan comprometer su eficacia y su credibilidad»⁷². El derecho al plazo razonable ha obtenido un matiz muy particular al conjugarlo con la consideración que los Estados miembros de la Convención Americana deben hacer a las condiciones económicas y sociales de los grupos indígenas, así como de sus usos, valores y costumbres y su situación especial de vulnerabilidad.

⁶⁸ G. AGUILAR CAVALLO, «Emergencia de un Derecho constitucional común en materia de pueblos indígenas», en A. VON BOGDANDY, E. FERRER MAC-GREGOR y M. MORALES ANTONIAZZI (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización: ¿Hacia un Ius constitutionale Commune en América Latina?*, t. II, México, UNAM-Max Planck Institut, 2010, pp. 3-84.

⁶⁹ *Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek. vs. Paraguay*. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 24 de agosto de 2010.

⁷⁰ E. CARMONA CUENCA, «El derecho a un recurso efectivo ante una instancia nacional. Problemas interpretativos (art. 13 CEDH)», *La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, p. 708.

⁷¹ *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, *supra* nota 65.

⁷² A. SALADO OSUNA, «El plazo razonable en la administración de justicia: una exigencia del Convenio Europeo de Derechos Humanos», *La Europa de los derechos, op. cit.*, *supra* nota 70, p. 301.