



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
PROGRAMA DE POSGRADO EN DERECHO
FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ARAGÓN
DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO E INVESTIGACIÓN**

**“PROBLEMAS DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL
EN MÉXICO Y SUS ALTERNATIVAS DE SOLUCIÓN”**

T E S I S

QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE:

DOCTOR EN DERECHO

P R E S E N T A:

CÉSAR AUGUSTO MENDOZA SALAZAR

TUTOR: DR. RUBÉN LÓPEZ RICO
FES ARAGÓN

SAN JUAN DE ARAGÓN, MÉXICO, MAYO DE DOS MIL QUINCE



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

“PROBLEMAS DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN MÉXICO Y SUS ALTERNATIVAS DE SOLUCIÓN”

ÍNDICE

Abreviaturas.....	I
Introducción.....	1

CAPÍTULO PRIMERO EL CONCEPTO DE JUSTICIA Y SU ASPECTO NEGATIVO

1.1. Aproximación.....	17
1.2. La Justicia según Rawls	19
1.2.1. La Justicia como Equidad	20
1.2.2. Los Principios de la Justicia.....	21
1.2.3. Justicia Procesal	22
1.2.4. La Justicia Política y la Constitución	23
1.2.5. Crítica a la Postura Rawlsiana	24
1.3. La Experiencia de Injusticia de Zagrebelsky	27
1.3.1. La Justicia y el Interés Individual	28
1.3.2. La Esperanza de Justicia como Condición de Existencia	32
1.3.3. Crítica a la Postura de Zagrebelsky.....	33
1.4. La Justicia y sus Valores Internos de Acuerdo con Nino.....	36
1.5. Reflexión Acerca de la Justicia desde la Perspectiva Axiológica.....	41
1.5.1. Derecho y Moral	42
1.5.2. La Fórmula de Radbruch.....	50
1.6. Justicia y Seguridad Jurídica.....	53
1.6.1. Las Tensiones entre la Seguridad Jurídica y la Justicia según Pérez Luño	53
1.6.2. El Conflicto entre Justicia y Certeza Jurídica	62
1.6.3. La Justicia como Corrección en Alexy	64
1.6.3.1. La Institucionalización de la Justicia.....	69
1.6.3.2. La Formulación de la Constitución por Medio de la Teoría del Discurso.....	70
1.7. Denegación de Justicia.....	72
1.8. Conclusión	77

CAPÍTULO SEGUNDO
LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN EL DERECHO MEXICANO

2.1. Aproximación.....	79
2.2. Sobre el Origen y la Legitimidad del Control de Constitucionalidad.....	80
2.3. El Modelo de Estado y la Justicia Constitucional.....	93
2.3.1. La Justicia Constitucional en el Estado Constitucional de Derecho	95
2.3.2. La Justicia Constitucional y su Ascendencia en la Teoría del Derecho.....	106
2.3.3. La Justicia Constitucional desde la Visión Procesal	113
2.4. Conclusión	117

CAPÍTULO TERCERO
EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL Y SUS INSTRUMENTOS EN EL SISTEMA JURÍDICO NACIONAL

3.1. Aproximación.....	119
3.2. Derecho Procesal Constitucional	120
3.2.1. Actualidad de los Modelos de Control Constitucional.....	124
3.2.2. Jurisdicciones Constitucionales y ámbito de Protección.....	132
3.3. El Control Político de la Constitucionalidad.....	134
3.4. Análisis de los Instrumentos Jurisdiccionales de Tutela Constitucional en el Sistema Jurídico Nacional	135
3.4.1. Juicio de Amparo	137
3.4.2. Controversia Constitucional.....	142
3.4.3. Acción de Inconstitucionalidad.....	143
3.5. Control de Convencionalidad	147
3.6. Conclusión	153

CAPÍTULO CUARTO
ANÁLISIS NORMATIVO DE LAS FIGURAS PROCESALES DE LOS PRINCIPALES INSTRUMENTOS DE TUTELA CONSTITUCIONAL

4.1. Aproximación.....	156
4.2. La Interpretación de la Constitución y de los Códigos Procesales Constitucionales.....	159

4.3.	Ley de Amparo 2013.....	161
4.3.1.	La Improcedencia	162
4.3.2.	El Sobreseimiento.....	185
4.3.3.	Suspensión del Acto Reclamado	189
4.3.4.	Artículos Transitorios	192
4.4.	Referencia a Otros Procesos Constitucionales Similares al Amparo en el Mundo	192
4.4.1.	Argentina	194
4.4.2.	España.....	200
4.4.3.	Alemania.....	207
4.5.	Conclusión	211

CAPÍTULO QUINTO
LA FALTA DE ACCESO A LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN MÉXICO

5.1.	Aproximación	213
5.2.	El Control Concentrado de la Constitucionalidad como Factor que Incide Negativamente en el Acceso a la Justicia Constitucional en México	215
5.3.	Estudio de la Capacidad Económica del Promovente Como Factor Condicionante del Acceso a la Justicia Constitucional	219
5.4.	Consideraciones sobre la Impartición de Justicia Constitucional en el Estado Mexicano a través del Concepto de la Centralización Operativa	223
5.5.	La Imposibilidad para los Particulares de Cuestionar una Norma que no ha sido Aplicada	225
5.6.	Conclusión	226

CAPÍTULO SEXTO
ALTERNATIVAS DE SOLUCIÓN

6.1.	Aproximación	227
6.2.	Adecuacion de la Ley de Amparo 2013	229
6.2.1.	Amparo Contra actos de Particulares	229
6.2.2.	Interés Legítimo	230
6.2.3.	Declaratoria General	232
6.3.	Control Difuso de la Constitucionalidad	232

6.4. Adecuación de los Principios y la Regulación Procesal del Amparo.....	234
6.4.1. Improcedencia	234
6.4.2. Definitividad e Irreparabilidad	235
6.5. Impugnación de la Reforma Constitucional	236
6.5.1. Acción de Inconstitucionalidad Promovida por Particulares	237
6.5.2. Los Límites Formales a la Reformabilidad de la Constitución.....	237
6.5.3. La Rendición de Cuentas de los Órganos de Control de la Constitucionalidad	237
6.5.4. La Rendición de Cuentas del Revisor de la Constitución	238
GLOSARIO	239
FUENTES DE INVESTIGACIÓN	241
LEGISLACIÓN	246
FUENTES NO JURÍDICAS	247
FUENTES ELECTRÓNICAS	248
ANEXOS	249

ABREVIATURAS

CADH Convención Americana sobre Derechos Humanos

CIDH Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Corte IDH Corte Interamericana de Derechos Humanos

CJF Consejo de la Judicatura Federal

CPEUM Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos vigente

DOF Diario Oficial de la Federación

LA 1936 Ley de Amparo de 10 de enero de 1936

LA 2013 Ley de Amparo de 2 de abril de 2013

LFPCA Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo

LOAPF Ley Orgánica de la Administración Pública Federal

LOPJF Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación

RMA Reforma Constitucional en Materia de Amparo

RDH Reforma Constitucional en Materia de Derechos Humanos

SCJN Suprema Corte de Justicia de la Nación.

INTRODUCCIÓN

El ser humano posee características esenciales con influencia determinante en la historia de su existencia. El devenir institucional, así como una buena parte de las formas de concebir el mundo y de concebirse a sí mismo, han estado ligados al comportamiento humano en su conjunto.

El campo de la Filosofía del Derecho y el de la disciplina jurídica tienen un anclaje evolutivo íntimamente relacionado con la evolución de la sociedad y con los cambios en la concepción teórico-práctica del Estado, con las nociones de soberanía, poder, legitimidad, autoridad y derecho. Quizá esta última –utilizada en plural– sea la que en los últimos años, le ha dado congruencia a todas las anteriores.

El arribo de la era de los derechos¹ ha abierto el cauce, o aún más, ha obligado a la humanidad a repensar esas nociones con una visión antropocéntrica.

Y es que en la historia de las sociedades y de la Teoría del Estado se ha visto claramente reflejada la relación entre el ejercicio del poder y la restricción o ampliación de los derechos. Se ha apreciado una mezcla, a veces heterogénea entre los fines del Estado y los intereses de sus integrantes en su aspecto individual.

Pero la vida en sociedad ha sido delineada para brindar bienestar, para convivir con una serie de reglas que eviten el caos; reglas igualadoras y equilibrantes; a cuyo imperio no escapan los órganos del Estado.

Tanto la justificación filosófica de la existencia del Estado, como la diversa atinente a la creación de las reglas comparten dos fundamentos: justicia y libertad.

¹ Con la expresión: “era de los derechos” nos referimos a que en épocas anteriores los derechos humanos no se concebían con el alcance de hoy.

La lucha por elevar y conservar las libertades individuales al máximo permitido por la convivencia grupal, y por obtener un resarcimiento ante la violación de los derechos individuales –o colectivos– por disminuir la brecha entre el que menos tiene y el que más posee o por aminorar las condiciones de vulnerabilidad, se observa en la historia de las sociedades.

En lo que a esta disertación respecta, la atención se dirige al estudio de la justicia en su vertiente procesal, aquella que decide en definitiva sobre los aspectos más sensibles, aquella que versa sobre aspectos incuantificables: la justicia de tribunales sobre violación de derechos fundamentales.

El poder absoluto –con independencia de su detentación por un solo individuo o un grupo de ellos– dejó de ser la base para la comprensión del Estado.

La soberanía como poder ostentado por el pueblo² –situado por encima de las leyes– constituye un punto de partida para comprender la función de los poderes estatales (constituidos) sus límites y la finalidad principal de su creación.

Empero, los órganos estatales creados por mandato constitucional e impregnados del espíritu popular presente en los constituyentes, son operados por personas, sujetas a las interacciones del ambiente y al embate de los prejuicios, de los intereses y de las motivaciones personales.

Esta característica de los actos humanos obliga a considerar, dentro del diseño constitucional, una serie de instrumentos para asegurar la permanencia del orden previsto en la Constitución, previendo los actos inconstitucionales –ya tengan ese carácter por error o por cualquier otro motivo–.

² Para utilizar los vocablos previstos en la Constitución Federal vigente.

Estos instrumentos principalmente de naturaleza judicial implican la existencia de una justicia constitucional,³ la cual encierra dos postulados: primero, la limitación del poder y; segundo, que esa limitación debe pronunciarse en sede jurisdiccional.

La dinámica de los cambios constitucionales, el recientemente modificado marco jurídico para el trámite y resolución de los juicios constitucionales, así como la renovada visión sobre los derechos humanos, sus garantías y la jerarquía de aquéllos en el orden jurídico mexicano, animan este estudio.

Cuando observamos las características del amparo, sus peculiaridades normativas, la competencia de los tribunales federales, la centralización operativa de la justicia constitucional y la persistencia del control concentrado, encontramos justificación para emprender una investigación cuyo informe final hoy se presenta.

Para dar inicio a la investigación debió elaborarse un proyecto, fue menester acudir a la consulta de obras sobre programas de investigación científica, metodología general, técnicas de investigación y metodología jurídica, entre ellas, las que han servido de base, desde el abordaje inicial hasta la presentación de los resultados, son:⁴

- I.- *La Metodología de los Programas de Investigación Científica* (1989).
- II.- *Metodología Jurídica* (2002).
- III.- *Procesos de Investigación Jurídica* (2005).
- IV.- *Introducción a la Lógica Jurídica* (2006).
- V.- *Metodología, Docencia e Investigación Jurídicas* (2006).
- VI.- *La Investigación Científica. Su estrategia y su Filosofía* (2011).
- VII.- *La Investigación Jurídica. Bases para las Tesis de Grado en Derecho* (2011).
- VIII.- *Cómo Hacer Investigación Cualitativa. Fundamentos y Metodología* (2014).

³ Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Ed Trotta, 2ª ed., Madrid, 2009, pássim.

⁴ Solo se cita el título de la obra, la referencia completa puede consultarse en el apartado denominado “fuentes de investigación”.

Coincidimos en que la investigación en general debe revestir al menos dos características directamente incidentes en su valor intrínseco: el carácter contrastable de sus resultados, y la transparencia con relación a las fuentes y al método.⁵

A efecto de que el lector pueda verificar tanto las fuentes como los resultados presentados, a continuación se hace una reseña de la estructura metodológica y de los pasos seguidos para arribar a la versión definitiva.⁶

A.- El Objeto de Estudio

El objeto de estudio de esta disertación lo constituye el amparo, como instrumento de control constitucional en México y su relación con el sistema de tutela constitucional, desde la perspectiva de la teoría de la justicia constitucional y en relación principalmente con los particulares.

El análisis se dirige a la regulación procesal del instrumento en mención, a determinadas figuras y a la perspectiva de sus resultados con un enfoque de justicia.

B.- El Área de Investigación

El área del Derecho en la que se inserta esta investigación es el Derecho Constitucional, dado que en ésta se incluye el estudio de los instrumentos para la protección de los derechos fundamentales.

C.- La Línea de Investigación

El eje temático sobre el cual discurre la indagación es la Justicia Constitucional, la cual ha sido sistemáticamente abordada por estudiosos nacionales y extranjeros, cuenta con un marco

⁵ Cfr. Álvarez Gayou, Juan Luis. *Cómo Hacer Investigación Cualitativa. Fundamentos y Metodología*. Ed. Paidós, 9ª reimp., México, 2014, pássim.

⁶ Cfr. Lara Sáenz, Leoncio. *Procesos de Investigación Jurídica*. Ed. Porrúa, México, 2005, pássim.

conceptual propio, bibliografía suficiente y la actualidad necesaria para justificar nuevas investigaciones.

D.- La Etapa Fenomenológica

La decisión sobre el tema de investigación para un trabajo que representa un esfuerzo de muchos meses (para el autor es la conclusión de una empresa iniciada formalmente en enero de 2010, aunque la inquietud por el tema y los primeros intentos por elaborar un proyecto de investigación se remontan al año 2008) no tiene fórmulas infalibles, es un proceso de reflexión y aproximación a través de los medios al alcance.

Por supuesto, antes de tener un diseño de la investigación surge la inquietud por un tema –aunque en esta etapa no pueda considerarse aún como tema de investigación– una idea, la secuencia todavía desorganizada de las partes del fenómeno, los primeros acercamientos.

Para el abordaje de la inquietud inicial se tomaron en consideración los siguientes aspectos:

- a) Originalidad.- Con base en las disposiciones reglamentarias, pero además con el anhelo de que la investigación constituya un avance en cuanto a las conclusiones previamente expuestas, se ha revisado el estado del arte para tomar caminos distintos de los que ya han sido escudriñados.

Los rasgos de esta originalidad, a consideración del suscrito investigador son visibles en el marco teórico, el uso de las fuentes, la perspectiva procesal y las propuestas concretas.

- b) La Viabilidad.- La investigación en los términos propuestos se consideró viable. Los parámetros para esa consideración fueron el tiempo de dedicación, la asequibilidad de la bibliografía y los medios económicos para su desarrollo. Se valoraron además: la disposición del tutor principal; la cual fue completa en el

caso; así como los márgenes de calidad exigidos por el Reglamento General de Estudios de Posgrado de la Universidad Nacional Autónoma de México.

- c) Las fuentes.- Muy diversas fuentes se han considerado para la realización de este trabajo, las cuales van desde los dictámenes y exposiciones de motivos de las reformas constitucionales y legales, hasta las ejecutorias y criterios derivados de los tribunales de la Federación, así como de tribunales extranjeros, tan remotas como algunos programas de investigación científica diseñados y ejecutados en universidades allende el Atlántico, y tan próximas como la discusión en charlas y reuniones científicas con especialistas.
- d) La Frontera del Conocimiento.- Se realizó una revisión bibliográfica para identificar los últimos aportes que en cuanto a justicia constitucional se hubiesen hecho en nuestro país y en algunas partes del extranjero.

Para decidir cuáles países serían revisados, se tomó en consideración primero, el modelo de Estado, y posteriormente la existencia de la figura del amparo en su sistema de control de constitucionalidad o de una figura similar (aun cuando se denomine de distinta manera).

Esta discriminación fue necesaria debido a la diversidad de sistemas de justicia en América y en Europa, no obstante, los caracteres configurativos de cada Estado, previstos en su respectivas Constituciones dan luz para determinar las similitudes en la aspiración del modelo de justicia constitucional.

De esa revisión preliminar hallamos algunas obras que sirvieron para decidir el punto de partida del marco teórico de la investigación, en líneas subsecuentes se citan únicamente los títulos de las obras ya que los nombres de los autores y los demás datos editoriales se encuentran reseñados en la bibliografía:

- I.- “El Estado Constitucional Contemporáneo. Cultura y Sistemas Jurídicos Comparados” 2 tomos (2006).
- II.- “Los Procesos Constitucionales. La Experiencia Española” (2006).
- III.- “Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales” (2009).
- IV.- “Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución” (2010).
- V.- “La Institucionalización de la Justicia” (2010).
- VI.- “La Justicia Constitucional y su Internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?” (2010).
- VII.- “Tendencias Recientes de la Justicia Constitucional en el Mundo” (2011).
- VIII.- “La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus Cincuenta Años como Investigador del Derecho.” 12 tomos (2010).

La perspectiva desde la cual se aborda el problema es diversa a la de aquellos que han escrito sobre el particular, en cuanto a la delimitación del objeto de estudio y los objetivos perseguidos con el trabajo, los cuales se detallan en los puntos subsecuentes.

Asimismo, sobre la Ley de Amparo publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 2 de abril de 2013, se han editado algunos textos eminentemente explicativos, de donde se observa que el problema de investigación es vigente.

E.- La Fase Aporética

Para definir y delimitar el problema de investigación se utilizaron las siguientes herramientas:

- a) Identificación del Problema.- Dio comienzo con la elaboración de un diagnóstico y se utilizaron de manera preponderante documentos, entre ellos se pueden citar: legislación vigente, exposiciones de motivos, documentos legislativos extranjeros, instrumentos internacionales, artículos, informes y sentencias. Con esa base se hizo una evaluación sobre el diseño normativo constitucional y procesal constitucional en

vigor, como punto de partida para identificar inconsistencias, de acuerdo con una teoría específica sobre la justicia constitucional.

- b) Delimitación del Problema.- se generó una batería de preguntas de investigación y sus respuestas tentativas, se consultó bibliografía adicional, para perfeccionar las respuestas, se generó una serie de preguntas con mayor concreción, se ensayaron respuestas nuevamente y se logró enmarcar el problema con los siguientes límites:

I.- La investigación se concentra en el derecho vigente, es decir, se asienta sobre las normas en vigor desde que se efectuó el plan inicial de trabajo y hasta el momento de su conclusión, principalmente la Ley de Amparo 2013.⁷

II.- La investigación tiene un alcance nacional, debido a que la regulación constitucional y procesal constitucional que constituye su objeto de estudio, tiene aplicación en todo el territorio nacional.

- c) El Diagnóstico.- De la revisión de las reformas constitucionales, la Ley vigente, así como los informes del C. Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, quien a su vez lo es del Consejo de la Judicatura Federal, publicados en las páginas electrónicas de las referidas instituciones (las cuales se citan en el apartado “fuentes electrónicas” de este libelo) se obtienen los siguientes datos:

I.- El número de órganos jurisdiccionales que conocen de amparo, hasta el cierre del informe 2014 (11 de diciembre del mismo año) comprende 355 juzgados de distrito, 41 juzgados de distrito auxiliares, 7 Juzgados de Distrito Especializados en Cateos

⁷ No omitimos indicar que esta disertación ha tenido una dinámica muy constante en su parte normativa. El autor ingresó al programa de doctorado en el semestre 2010-2, es decir, en enero de 2010, poco más de un año después, se publicaron dos grandes reformas constitucionales, en materia de amparo (publicada el 6 de junio de 2011 en el DOF) y en materia de derechos humanos (publicada el 10 de junio de 2011 en el DOF). Por si esto fuera poco, e incluso vencido el plazo establecido por el numeral segundo transitorio de la reforma citada en primer lugar, fue publicada la Nueva Ley de Amparo (2 de abril de 2013 en el DOF) con lo cual no solo fue necesario ajustar las referencias relativas al texto constitucional y a la legislación vigente, sino que debió deconstruirse una parte del proyecto. Esto impactó principalmente en los objetivos específicos, las conclusiones, los resultados y las propuestas, por lo que fue necesario además un replanteamiento del problema, la revisión de la hipótesis y la eliminación de algunas propuestas.

Arraigo e Intervención de Comunicaciones, 3 Juzgados de Distrito Especializados en Ejecución de Penas, 87 tribunales unitarios de circuito, 10 tribunales unitarios de circuito auxiliares, 214 tribunales colegiados de circuito y 32 tribunales colegiados de circuito auxiliares, y la Suprema Corte de Justicia de la Nación.⁸

Es decir, al cierre del informe 2014 son 750 órganos jurisdiccionales de amparo, incluida la SCJN para una población de 112,336,538 mexicanos.⁹

II.- La especialización de los juzgados de distrito está concentrada en los circuitos primero a cuarto mientras que en la mayoría de ellos desaparece dicha especialización, lo mismo ocurre con los tribunales colegiados en 16 de los 32 circuitos judiciales.

III.- La tercera parte de los asuntos que conoce la Suprema Corte de Justicia de la Nación corresponden a incidentes de inejecución de sentencia.¹⁰

IV.- Un particular no puede cuestionar la constitucionalidad de una norma general, previo a su aplicación, lo cual, en ocasiones, deriva en indefensión, cuando dicha aplicación es de naturaleza irreparable.

V.- De los 493,405 amparos indirectos resueltos en un año en los juzgados de distrito, el sobreseimiento recayó en 209,856 de ellos.¹¹

VI.- La Defensoría Penal Federal en un año promovió 8842 de los 152,573 amparos indirectos en materia penal.¹²

⁸ Esta información puede consultarse en la página 44 del Informe anual de labores 2014, es necesario precisar que en la dirección electrónica <http://www.dgepj.cjf.gob.mx/> correspondiente a la Dirección General de Estadística Judicial (antes Dirección General de Estadística y Planeación Judicial, en la consulta realizada el 20 de diciembre de 2014) aparece un número de órganos distinto, nos obstante por el soporte documental y por la fuente se ha preferido el uso del informe en comentario.

⁹Fuente: Instituto Nacional de Estadística y Geografía, <http://www3.inegi.org.mx/sistemas/temas/default.aspx?s=est&c=17484>, consulta 20 de diciembre de 2014.

¹⁰ Para el informe 2014 esta tendencia se modificó a la baja hasta llegar a constituir aproximadamente el 10%

¹¹ Informe página 25.

- d) Planteamiento de Objetivos.- Una vez que se reflexionó con las preguntas de investigación y se fijó el objeto de estudio, se relacionaron las tareas a realizar con el interés por ahondar en ciertas líneas temáticas. Se delineó un objetivo general y se esbozaron seis objetivos particulares.
- e) Formulación de la hipótesis.- La columna vertebral del trabajo y la base para el diseño del guion inicial, después de los ajustes correspondientes, se enuncia de la siguiente manera:

En el marco del Estado Constitucional de Derecho, la regulación actual del amparo como instrumento de control de la constitucionalidad, permite la denegación de justicia constitucional.

F.- La Etapa Heurística

Para el diseño de la investigación se han seguido los pasos enlistados a continuación:

- a) Determinación del tipo de investigación de acuerdo con la ubicación del problema.- Se trata de una investigación de tipo documental, con una aproximación metodológica cualitativa, en la que se privilegia la descripción del fenómeno a través de la observación y el análisis de escritos.
- b) Selección del método adecuado a la naturaleza del problema.- El enfoque de investigación es predominantemente cualitativo, pues lo que se persigue es el estudio

¹² Informe página 25. Se consideró oportuno exponer los datos más recientes, los cuales corresponden al informe anual 2014 del C. Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y del Consejo de la Judicatura Federal, rendido el 11 de diciembre de ese mismo año. No obstante, algunos datos que fueron considerados durante el desarrollo de la investigación sufrieron modificaciones sensibles, en relación con los datos de informes de los años 2012 y 2013. Un ejemplo de ello es el porcentaje de incidentes de inejecución de sentencia de conocimiento de la SCJN, que en 2014 representaron alrededor de 10%, mientras que en los dos años anteriores representaron alrededor del 30% del total de asuntos de su conocimiento. No se realiza ningún señalamiento acerca de las causas de la disminución, debido a que no forma parte del objeto de estudio de la presente disertación.

de las normas jurídicas y su aplicación en casos determinados, sin profundizar en cuanto a las cantidades o cifras derivadas de esa aplicación.

Las razones por las que se ha considerado el aspecto cualitativo como el más idóneo para el diseño y desarrollo de la investigación toma como base el objeto de estudio.

El enfoque cualitativo permite escudriñar en la naturaleza de las actividades, relaciones, asuntos, medios e instrumentos en ciertas situaciones o problemáticas, de donde se parte para la obtención de descripciones detalladas de la realidad.

El estudio cualitativo exige una serie de operaciones reflexivas sobre los datos a fin de extraer significados atinentes al problema de investigación.

Algunas de las características determinantes para la elección de este tipo de investigación son las siguientes:

I.- El enfoque de percepción de la realidad es subjetivo, dado su interés orientado al significado y no descriptivo.

II.- Hay punto de partida en las concepciones abiertas de la realidad, sin rechazar inicialmente ninguna de las respuestas a considerar.

III.- A través del análisis profundo de supuestos jurídicos particulares se pretende llegar a explicaciones más generales, desde un acercamiento inductivo.

IV.- Existe contacto directo entre el investigador y el objeto de la investigación.

Para alcanzar el objetivo se aborda el fenómeno a través del planteamiento de un problema, se formula una hipótesis de investigación y se da un énfasis mayor al aspecto teórico para la formulación de los objetivos de la investigación. Esto implica un método dialéctico y una técnica eminentemente documental. En este trabajo el

método para el abordaje del problema se concentra en la interpretación y en ciertos resultados de la aplicación de la ley, y emplea una estrategia documental para la recolección de datos.¹³

- c) Elaboración del Guión Inicial.- Con la delimitación del problema, el objetivo general, los objetivos particulares y la hipótesis en condiciones para iniciar la investigación, se procedió a diseñar un proyecto de capitulado que permitiera el abordaje de los objetivos particulares en relación con la comprobación o disprobación de la hipótesis.

G.- La Fase de Construcción

- a) Elaboración del marco teórico.- Para otorgar sustento al desarrollo del trabajo, a las conclusiones y a la formulación de las propuestas se construyó un marco teórico que sirviera como referente de la solidez de la investigación.

Se emplearon varios textos para cumplir con esta tarea, los elementales fueron:¹⁴

I.- El Derecho y la Justicia (2000).

II.- Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales (2009).

III.- Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución (2010).

IV.- La Institucionalización de la Justicia (2010).

Los conceptos y la manera de visualizar al Estado, a la Constitución, a la Justicia en general, y a la justicia constitucional, que se han tomado como base de este documento, han sido extraídas de las ideas expresadas por los autores de los textos en mención.

- b) Ejecución del plan de construcción

De acuerdo con el esquema propuesto, y por el tipo de investigación, se ha considerado adecuado entrar al estudio de la justicia en general, para desembocar posteriormente en

¹³ Cfr. González Galván, Jorge Alberto. La Construcción del Derecho. Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Serie J: Enseñanza del Derecho y Material Didáctico, número 18, 2ª ed., 2006, 1ª reimp., México, 2007, pássim.

¹⁴ Vid. Supra, nota 4, p. 3.

el acercamiento a la teoría de la justicia constitucional, en relación con los modelos de Estado y sus controles, lo que nos ha permitido identificar definiciones de justicia útiles a la aproximación general al tema de investigación, además se ha estado en aptitud de contrastar los componentes teóricos de la justicia constitucional y relacionarlos con la manera en que los Estados controlan la constitucionalidad de los actos de autoridad.

Por otra parte, el estudio de las normas constitucionales en vigor y la legislación ordinaria vigente, íntimamente relacionadas con el objeto de estudio, juegan un papel determinante en la validez de las conclusiones del trabajo, por ello se ha estimado oportuno reseñar el andamiaje constitucional diseñado para ejercer el control de la constitucionalidad en México, y posteriormente acudir a la ley reglamentaria respectiva para verificar algunos detalles sobre su diseño, en relación con el modelo de Estado y la teoría de la justicia constitucional.

Esto nos ha permitido efectuar el contraste de las normas e identificar hipótesis en las cuales, sin necesidad de observar resultados, se aprecia disconformidad entre el mandato constitucional y su desarrollo en el ámbito legislativo.

Cabe recordar que el objetivo general de este estudio va dirigido al análisis normativo y si bien se consideran resultados numéricos, estos últimos no son su foco principal, sino una fuente de conocimiento que permite observar de modo más gráfico el impacto de las modificaciones propuestas.

En cuanto a las pautas específicas del control de constitucionalidad mexicano, se amplió el estudio a tres modelos extranjeros con sistemas de control judicial (en aspectos de derechos fundamentales) similares al amparo nacional, lo cual arrojó como hallazgo que los problemas de diseño normativo son comunes a todos los instrumentos y que los diversos problemas de aplicación varían de acuerdo con la subsidiariedad de los instrumentos de control en las diversas realidades nacionales.

Con este sustento, se ha entrado al análisis de algunas causales por las cuales se estima que el diseño normativo permite la denegación de justicia constitucional, y en algunos casos reduce la posibilidad de su impartición. El arribo a estas conclusiones se dio principalmente por medio de la argumentación.

Aunado a lo anterior, cada uno de los capítulos se integra por una aproximación (que hace las veces de introducción al capítulo y explica su objetivo) por el desarrollo de los puntos, y por un apartado de conclusiones.

F.- La Etapa de Comunicación de Resultados

Por lo que respecta al desarrollo de los capítulos, el lector puede observar la siguiente estructura:

En el Capítulo Primero denominado El Concepto de Justicia y su Aspecto Negativo, a través de la inducción, la investigación se adentra en la reflexión sobre las ideas de justicia defendidas por autores eminentes en el campo respectivo, incursiona en el estudio de los principios de la justicia, también accede al ámbito de la justicia vivencial, o lo que se ha designado como experiencia de injusticia, incide además en la discusión acerca de la notoria confluencia entre el derecho y la moral; en las concepciones de la justicia y sus principios, los valores, la seguridad jurídica y la denegación, así como sus mutuas implicaciones.

El Capítulo Segundo designado como La Justicia Constitucional, expone el marco teórico específico de esa especie de justicia, su concepción como una corriente filosófica explicativa de un modelo de Estado de Derecho, con referencia principalmente al constitucionalismo, así como su vertiente procesal la cual comprende los postulados sobre la vía de resolución de las controversias que involucran los derechos y las facultades de los órganos del Estado, previstas en la Constitución vigente en un lugar y tiempo determinados.

El Capítulo Tercero que ha sido denominado como El Derecho Procesal Constitucional y sus Instrumentos en el Sistema Jurídico Nacional, analiza los modelos de control de constitucionalidad y las tesis sobre las jurisdicciones constitucionales (de la libertad, orgánica y trasnacional) asimismo se mencionan los instrumentos jurisdiccionales de tutela constitucional, principalmente la acción de inconstitucionalidad, la controversia constitucional y el juicio de amparo, haciendo énfasis respecto de este último, debido a que constituye el objeto de estudio de la investigación, a efecto de identificar su presencia en la regulación constitucional vigente en México y así contrastar la norma vigente con la postura ideológica. Finalmente dentro del capítulo en comentario, se aborda el control de convencionalidad como una vía para el acceso a la justicia constitucional.

El Capítulo Cuarto titulado Análisis Normativo de las Figuras Procesales de los Principales Instrumentos de Tutela Constitucional, está dedicado a la revisión de las figuras procesales de improcedencia, sobreseimiento, suspensión del acto reclamado y cumplimiento de las ejecutorias, previstas en la Ley de Amparo vigente, con especial referencia a la interpretación que de dichas figuras han realizado los tribunales de la Federación, se ocupa también de algunas disposiciones transitorias de la propia Ley, ello con el común denominador de la posibilidad de bloqueo para el acceso a la justicia constitucional, con lo cual se considera que se ha logrado evidenciar la manera en que la regulación e interpretación de las figuras procesales en estudio, alejan al amparo de sus fines primordiales. Por último se realiza una comparación del amparo con ciertos instrumentos similares en el derecho extranjero, con un enfoque de la justicia constitucional.

El Capítulo Quinto intitulado La Falta de Acceso a la Justicia Constitucional en México, diserta sobre los obstáculos detectados en el proceso de justicia constitucional, con fundamento en las disposiciones constitucionales y los modelos de estado y de control de constitucionalidad estudiados en los acápites que le preceden, su vigencia y su aplicación en el Estado Mexicano.

En la aproximación a lo que hemos considerado falta de acceso a la justicia constitucional, desde la óptica procesal constitucional, las razones por las cuales se estima acreditada la hipótesis destacan: el rezago en la impartición de justicia constitucional, el control concentrado de la constitucionalidad, las consideraciones relacionadas con la centralización operativa, la capacidad económica de los promoventes, así como la capacidad

técnica de los operadores adscritos a los órganos de control de la constitucionalidad, con énfasis también en el número de esos órganos.

En el Sexto Capítulo se plantean las alternativas de solución propuestas para el abatimiento o disminución de la problemática encontrada. Es pertinente mencionar que se vislumbra también cierta proyección. Con apoyo en las teorías seleccionadas, el análisis de la Ley de Amparo vigente y sus criterios de interpretación, se sugieren adecuaciones, con relación al amparo colectivo, al amparo contra actos de particulares, la noción de interés legítimo, la declaratoria general de inconstitucionalidad, se aborda también la figura del control difuso de la constitucionalidad, la adecuación de los principios y la regulación procesal del amparo, específicamente en cuanto a las causas de improcedencia relacionadas con la definitividad y la imposibilidad de impugnar reformas constitucionales, a propósito de esta última se analiza la posibilidad de que la acción de inconstitucionalidad sea promovida por particulares, en ciertos casos.

Agradezco a la universidad Nacional Autónoma de México, la oportunidad y las facilidades para mi formación académica, así como la posibilidad de exponer mis puntos de vista allende las fronteras.

CAPÍTULO PRIMERO

EL CONCEPTO DE JUSTICIA Y SU ASPECTO NEGATIVO

SUMARIO: 1.1. Aproximación. –1.2. La Justicia según Rawls. –1.2.1. La Justicia como Equidad. –1.2.2. Principios de la Justicia. –1.2.3. Justicia Procesal. –1.2.4. La Justicia Política y la Constitución. –1.2.5. Crítica a la Postura Rawlsiana. –1.3. La Experiencia de Injusticia de Zagrebelsky. –1.3.1. La Justicia y el Interés Individual. –1.3.2. La Esperanza de Justicia como Condición de Existencia. –1.3.3. Crítica a la Postura de Zagrebelsky. –1.4. La Justicia y sus Valores Internos de Acuerdo con Nino. –1.5. Reflexión acerca de la Justicia desde la Perspectiva Axiológica. –1.5.1. Derecho y Moral. –1.5.2. La Fórmula de Radbruch. –1.6. Justicia y Seguridad Jurídica. –1.6.1. Las Tensiones entre la Seguridad Jurídica y la Justicia según Pérez Luño. –1.6.2. El Conflicto entre Justicia y Certeza Jurídica –1.6.3. La Justicia como Corrección en Alexy. –1.6.3.1. La Institucionalización de la Justicia. –1.6.3.2. La Formulación de la Constitución por Medio de la Teoría del Discurso. 1.7. Denegación de Justicia. –1.8. Conclusión.

1.1. APROXIMACIÓN

La precisión de un concepto complejo implica un ejercicio exhaustivo de reflexión, no sólo por su natural dificultad sino por el disenso y la amplitud de posturas relativas. Por ello este intento no pretende solventar la diversidad de opiniones, mucho menos establecer una concepción de justicia de manera permanente, únicamente soporta en tesis previas una aproximación al concepto de justicia que brinde elementos para la construcción de un diverso concepto de justicia constitucional, en cuanto ambos constituyen los carriles sobre los cuales transcurre el referido ejercicio reflexivo.

Como en cualquier otra empresa, de similares dimensiones y condiciones, es indispensable señalar un punto de partida sobre el que discurre este constructo, en atención a su objeto delimitado, a su pretensión y finalidad. Ese lugar es la postura teórica de quienes, en nuestra perspectiva, han sentado bases ineludibles para la descripción del fenómeno, por cuya

aportación se erigen en referentes esenciales de un tema, así como aquellos que mejor lo han explicado, con arreglo a la ideología iusfilosófica del autor.

Cada fenómeno a estudiar presenta dificultades propias, retos distintos, que solo el investigador, en la convicción de asequibilidad de su pretensión, puede comprender al momento de diseñar la estructura de la investigación.

Una investigación que gravita en torno a la justicia, en nuestra perspectiva, representa un desafío máximo, pues al menos para efecto de este documento es necesario expresar una concepción unívoca funcional en el plano del diseño normativo.

Para la consecución del objetivo se torna necesario el conocimiento teórico que nos permita conocer las ideas en torno a la justicia, para contar con los elementos indispensables en la búsqueda de un modelo de justicia constitucional, contrastable con el entramado jurídico de los instrumentos de tutela constitucional en nuestro país. Una herramienta indispensable tanto en el estudio del aspecto positivo de la justicia, como en el aspecto negativo, es decir: su denegación.

El tema de la justicia ha motivado la escritura de un sinnúmero de textos, investigaciones y opiniones, desde las más diversas ópticas y en los campos de aplicación más apartados. Por esa razón, la nuestra únicamente tiende a aprovechar las nociones difundidas con antelación, sistematizarlas en torno a un objetivo general, y avanzar al menos un tramo pequeño en el conocimiento de la justicia y su denegación.

Con independencia de la materia específica del estudio y de la disciplina científica a la que se adscriba, la mayoría tenemos una idea propia –en ocasiones mayoritariamente compartida– de justicia.

Esa idea cobra forma obligatoria cuando se incorpora en un mandato formal y materialmente legislativo, y se realiza únicamente cuando ese mandato es acatado en sus términos.

Los estudios sobre el particular se han efectuado sobre los burós de grandes bibliotecas y universidades, así como en las calles o en los centros de población más recónditos.

No podemos jerarquizar los estudios de gabinete por encima de los estudios de campo, pues siempre que con transparencia expresen su rigor metodológico tendrán un valor para el avance científico en la medida del alcance de sus objetivos.

Así, es utilizable la descripción de un concepto intangible como la justicia a través de definiciones, estructuras y modelos; pero también lo es la matriz de resultados de encuestas, estudios sociales y de caso, en donde la percepción de la justicia es el referente principal.

Quizá la forma más accesible de aproximarse a la justicia sea por medio de una concepción con nombre y apellido, o sea, incorporando el concepto de justicia a las áreas de su aplicación, contrastarlo con suceso de la realidad o medir con alguna herramienta sus consecuencias para detectar su presencia o ausencia, v. gr: justicia social, justicia distributiva, justicia administrativa, o bien, justicia constitucional.

Para este intento, la primera parte se centra en el conocimiento de las ideas de justicia más respetadas, cuando menos para nuestro entorno –se ha tomado como criterio el mayor número de citas y la mejor comprensión propia de sus prescripciones– así como la función de la justicia en la discusión sobre la necesaria confluencia entre el derecho y la moral; la implicación entre justicia y seguridad jurídica, y el aspecto negativo de la justicia: su denegación.

1.2. LA JUSTICIA SEGÚN RAWLS¹⁵

Una visión destacada sobre lo que racionalmente debe concebirse como justicia lo encontramos en la obra de John Rawls. Su aportación ha descollado con fuerza en los estudios posteriores y se ha convertido en un referente casi obligado –al menos en el mundo

¹⁵ Rawls, John. *A Theory of Justice*. Ed. Harvard University Press, ed. Rev., Cambridge, 1999, pássim.

occidental– y ha motivado la creación de múltiples textos –tanto explicadores y desarrolladores de su obra, cuanto detractores de la misma–.

El andamiaje creado por Rawls en su teoría de la justicia discurre sobre diversos puntos, a saber:¹⁶ la justicia como equidad; los principios de la justicia; la posición original; la igualdad de libertades; las cuotas distributivas; el deber y las obligaciones; la bondad como racionalidad; el sentido de la justicia; y el bien de la justicia.¹⁷

Antes de adentrarnos en algunos aspectos de la tesis rawlsiana de justicia en cuanto a los procedimientos, por ser la parte que atañe directamente a esta disertación, conviene establecer aquí las bases sobre las que descansa el planteamiento del autor en cita.

1.2.1. La Justicia como Equidad

Con esta disertación Rawls pretende establecer un estudio alternativo de la justicia más allá del contrato social, con base en el papel que juega la justicia en la cooperación social y la estructura básica de la sociedad y orientar su estudio hacia el papel de la justicia, los sujetos y la posición original.¹⁸ Algunos aspectos relevantes son:

Si la sociedad está ordenada según una concepción pública de la justicia entonces:

- a) Cada cual acepta y sabe que los demás aceptan los mismos principios de justicia.
- b) Las instituciones sociales básicas satisfacen generalmente estos principios y se sabe generalmente que lo hacen. En este caso se reconoce un punto de vista común conforme al cual las pretensiones de cada uno se pueden resolver.

A su vez, la justicia como equidad cuenta con dos partes:

¹⁶ Se advierte al lector que la enumeración corresponde a la división capitular efectuada por el autor precisamente en la edición reseñada (la traducción es propia).

¹⁷ Se hace notar que este planteamiento estructural obedece a una forma de aproximación a la obra en referencia de donde se ha intentado destacar, algunos conceptos relacionados con nuestro objeto de estudio.

¹⁸ Cfr. Rawls, John. Op. Cit., pp. 3-10.

- a) una interpretación de la situación inicial y del problema de elección que se plantea en ella.
- b) un conjunto de principios en los cuales se dice habrá acuerdo.

El autor citado sostiene que una concepción de la justicia no puede ser deducida de premisas evidentes o de condiciones sobre principios; por el contrario, su justificación es cosa de mutuo apoyo de muchas consideraciones y de que todo se ajuste conjuntamente en una visión coherente.

Señala además que ciertos principios de justicia están justificados porque habría consenso sobre ellos en una situación inicial de igualdad. Esta “posición original” es esencialmente hipotética. Supeditada asimismo en lo que denomina el “velo de ignorancia”, una circunstancia que no permite a los integrantes de la sociedad, conocimiento previo respecto del lugar que ocuparán en ella, debido a lo cual deben tender a mejorar las condiciones de todas las posiciones.

1.2.2. Los Principios de la Justicia

Para Rawls la administración imparcial de leyes e instituciones, con base en una serie de principios, es concebida como justicia formal. No se concibe un sistema en que la demanda de justicia no sea atendida mediante las posibilidades de su ajuste a la necesidad social.

Es decir, la estructura básica de la sociedad descansa sobre lo que él llama los dos principios de la justicia, derivados de un acuerdo original.

El primer principio señala: cada persona tiene un derecho igual al más amplio esquema total de libertades básicas compatible con un sistema similar de libertad para los demás.¹⁹

El segundo principio sostiene: Las desigualdades sociales y económicas deben disponerse de tal manera que sean, a la vez: a) para el mayor beneficio de los menos

¹⁹ Cfr. *Ibíd.*, p. 266. (la traducción es propia).

favorecidos, en consonancia con el principio de ahorro justo, y b) unido a los cargos y posiciones abiertas a todos en condiciones de igualdad de oportunidades.²⁰

Así, el sentido de justicia consiste en la capacidad moral para juzgar las cosas como justas, razonar nuestro juicio, actuar en consecuencia y desear que otros lo hagan.

1.2.3. Justicia Procesal

El autor de referencia señala que el modelo de justicia procesal imperfecta se observa en los juicios criminales, pues en ellos el resultado deseado es que el imputado sea declarado culpable, si y solo si ha cometido el delito que le ha sido atribuido, pero parece imposible diseñar normas que siempre lleven al resultado correcto.

Las diversas disposiciones jurídicas pueden de manera razonable generar la expectativa, en circunstancias distintas, de producir un buen resultado, si no siempre, al menos en la mayoría de las ocasiones. Derivado de lo anterior, el juicio es un caso de justicia procesal imperfecta.

Aun cuando la ley sea cuidadosamente observada, y los procedimientos sean correcta y escrupulosamente conducidos, se puede alcanzar un resultado incorrecto. Únicamente con el apoyo de una estructura básica justa, incluida una constitución política también justa y un apropiado acuerdo respecto de las instituciones sociales y políticas, se podría sostener que el proceso justo existe.²¹

Es notoria la preocupación del referido escritor en el sentido de llevar su modelo de justicia a la práctica de las instituciones públicas, debido desde nuestro punto de vista que la construcción de su teoría enfrenta el problema de su aplicación a la vida cotidiana.

²⁰ Ídem.

²¹ Cfr. Ibídem, pp. 74-76. (la traducción es propia).

Empero, al analizar las premisas obtenemos una posición similar, en cuanto a que dentro de la imperfección de los procedimientos, es posible construir instituciones jurídicas que se alejen en lo posible de la discrecionalidad, la arbitrariedad y el error.

En esta línea se acerca a la norma más importante, a la única que en nuestra opinión podría concentrar las premisas de su concepción de sociedad: la Constitución.

1.2.4. La Justicia Política y la Constitución

La justicia política –señala Rawls– es la justicia de la constitución. Tiene dos aspectos que surgen del hecho de que una constitución justa es un caso de justicia procesal imperfecta. Primero, la constitución debe ser un proceso justo que satisfaga los requisitos de la igualdad en el sistema de libertades; y segundo, debe ser el marco de todas las disposiciones justas posibles.

Este último aspecto quizá, más que ningún otro, desemboca en un justo y efectivo sistema de normas. La justicia de la constitución –sigue diciendo el autor– debe ser evaluada bajo esos dos aspectos, de acuerdo con las circunstancias, tales evaluaciones se harían según la perspectiva del congreso constituyente.²²

Sobre el particular, puede verse que el doctrinario citado pretende llevar las ideas de la posición original incluso al momento de la creación de las instituciones, amén de que encuentra defectos insolubles en la justicia procesal, características a las que no escapa la justicia política.

Al respecto, se impone aclarar que la noción de justicia de la constitución en Rawls y la diversa de justicia constitucional²³ tienen una distinción teórico-conceptual a juzgar por los planteamientos sociales específicos acerca de la posición original y el principio de igualdad de libertades.

²² Cfr. *Ibíd.*, pp. 194. (la traducción es propia).

²³ *Vid. Infra*, subcapítulo 2.3., p. 76.

1.2.5. Crítica a la Postura Rawlsiana

No pasa desapercibido el valor de la teoría de la justicia en revisión, cuenta con amplio reconocimiento de la comunidad intelectual y de diversos estudiosos de la Sociología y el Derecho, no obstante, la utilidad de las teorías –aun las de mayor erudición– tratándose de investigaciones específicas, se mide por la utilidad que representan al objeto de estudio.

En este caso, pensamos que la teoría de Rawls reviste algunas características que le restan idoneidad para el abordaje completo de la tesis en ciernes, sin soslayar la posibilidad del empleo de algunos de sus postulados.

Las principales objeciones encontradas para abordar la justicia con una perspectiva realista, a efecto de brindar soluciones contrastables son las siguientes:

Muestra un apartamiento de la praxis política y de la realidad social, al plantear una sociedad cerrada, sin injerencia de otras, que contempla una agrupación ideal donde imperan los principios, en donde todos actúan justamente y mantienen la justicia de las instituciones.

A través de ella se percibe la existencia de un análisis lógico-conceptual de justicia, partiendo de una base de igualdad (abstracta e ideológica) que no puede a través de la racionalidad exponer un sistema jurídico completo.

Por otro lado, pretende determinar las condiciones en las cuales los integrantes de la sociedad deben encontrarse para que opere la justicia, es decir, que se halle garantizada la igualdad de la posición inicial (posición original) de cada uno y la valoración completa de sus problemas, sin conocimiento (velo de ignorancia) de las ventajas y desventajas de sus posibles decisiones; esos dos aspectos deberían garantizar que esa valoración no sea influida por la decisión egoísta de cada individuo en particular.

Esa posición original pareciera carecer de una base real y por tanto las distintas posiciones entre los individuos, por cuanto hace a la justicia, irían más allá de la valoración racional realizada por cada uno.

En otras palabras, la idea de la posición original sin posturas egoístas ni altruistas, con mutuo desinterés, no implica el camino para su consecución, en el plano de los conceptos conforma una base ideológica que estructura y facilita la comprensión del fenómeno, pero se debe hacer un esfuerzo aparte, para cimentar la idea de justicia en su vertiente procesal y constitucional, más allá de la posición original y con hincapié en su aspecto negativo, pues la sola posición independiente de los seres humanos, si es que ésta llegara a verificarse, resulta insuficiente para su acercamiento automático a la justicia.

Conforme a lo anterior, la idea de que la justicia es immanente a los hombres y brota por sí tan solo con mantenerlos alejados de influencias conceptuales, se aparta de la realidad, al dejar de considerar la pertenencia de cada hombre a determinado grupo, su naturaleza personal o su idea propia del bien.

Resulta inviable la permanencia de una posición original, debido a que, no obstante que en algún momento se dé, la pluralidad de actores hace poco posible que todos busquen el mismo fin y no varíen de dicha posición acorde a los fines individuales determinados aisladamente.

De manera que el segundo principio de la justicia de Rawls, soslaya el corte individual de los integrantes de la sociedad, y la posibilidad de que los mejor dotados o los más favorecidos no entren en el esquema de cooperación de los individuos de la sociedad.

En el mismo orden de ideas, pensamos que no debe existir obligación para los más favorecidos de aportar incondicionalmente el apoyo a los más desprotegidos, en primer lugar, porque existen entre ellos quienes pueden pero no quieren mejorar su situación, por lo cual la aportación de los más favorecidos debe ser mesurada y sin que el Estado en su función distributiva afecte el ejercicio de las libertades individuales.

Otro aspecto consiste en el modo de ver la parte económica, en donde –a decir de Rawls– debe haber una compensación entre aquellos que naturalmente han nacido con talentos o situaciones ventajosas sobre otras, o sea, implica injusticia cuando no se compensa esa situación particular.

Con esa base se observa el actuar de algunos órganos estatales que aún toman como fundamento esos aspectos teóricos para la distribución de la riqueza, v. gr: programas sociales asistencialistas. Pero esa pauta de prioridad da lugar al reclamo en múltiples ocasiones ilegítimo de los sectores más desprotegidos quienes negocian con gran influencia con las instituciones del Estado. El problema se presenta cuando el propio Estado se percata de que la asistencia, ayuda o compensación de corte social, en búsqueda de la igualación hacia los más desprotegidos, ya no corresponde a la realidad de los individuos apoyados, pues en este último supuesto, cuando el órgano estatal intenta retirar el apoyo encuentra una resistencia por parte de los individuos que aun ilegítimamente obtienen dicho apoyo, por considerar que cuentan con un derecho adquirido, o en el peor de los casos, desde su óptica, con una expectativa de derecho, con la consecuencia de acudir a las instituciones de justicia formal en defensa de su pretendido derecho, hipótesis en la cual la bonhomía como presupuesto de la teoría de la justicia no aparece.

Por otra parte, un Estado fundado en la teoría de Rawls, en donde todo debe tender a la distribución de la riqueza en beneficio de los que menos tienen, en donde el talento natural es un bien de dominio público, ni ese talento, ni las facultades para descollar del resto de los individuos se conciben como bienes particulares, mucho menos como presupuesto de justicia, ya que esas circunstancias sólo serían moralmente válidas si al final se reflejan en beneficio de los pobres.

Por lo anterior, las observaciones principales consisten en que la teoría hace a un lado el mérito, el esfuerzo, la creatividad y la ambición personales, para reducir la aportación de los individuos que generan el crecimiento social y económico sólo a un fin consistente en la distribución del ingreso social entre los que menos tienen sin importar la ascendencia, las circunstancias particulares o la falta de ambición de esos menos favorecidos, es decir, sin

revisar las causas que han originado que esas personas se hallen en ese estado, porque si bien el haber nacido en una mejor circunstancia que otro no tiene nada de injusto, tampoco es injusto el crecimiento económico y personal, el cual desde la tesis rawlsiana, sólo tendría justificación para favorecer a los que menos tienen.

La justa valoración del aporte de la teoría en estudio, a efectos de este documento, se centra en el conocimiento de los conceptos necesarios para comprender la justicia, en su género, para analizarla después en su especie constitucional.

1.3. LA EXPERIENCIA DE INJUSTICIA DE ZAGREBELSKY

La concepción de justicia, no es una situación estrictamente formal, conceptual o de formulación exclusivamente teórica, sino que depende de la experiencia sensorial, es decir, sin demérito de las definiciones y de analizar los intentos más reconocidos por definir la justicia y describirla como fenómeno, ésta no tendría razón de existencia sino genera en los individuos la sensación de su presencia.

En una de sus obras más difundidas, Gustavo Zagrebelsky concibe a los derechos conforme a la expresión de dos tradiciones humanistas y con sendos valores inevitablemente vinculados a ellas, pero cuya existencia –dice– está lejos de ser pacífica: la libertad y la justicia.²⁴

Para el autor en cita uno de los rasgos característicos del constitucionalismo actual, consiste en el establecimiento, dentro de los textos constitucionales, de principios de justicia material destinados a informar todo el ordenamiento jurídico, debido a las consecuencias que –a su consideración– han traído consigo los derechos individuales orientados a la libertad.²⁵

²⁴ Cfr. Zagrebelsky, Gustavo. *El Derecho Dúctil. Ley, Derechos, Justicia*. Ed Trotta, 6ª ed., Trad. Marina Gascón, Madrid, 2005, p. 76.

²⁵ Cfr. *Ibidem*, p. 93.

Ya en estas frases se delinea la noción zagrebelskyana de justicia, por cuanto desde la perspectiva histórica occidental a que alude, asoma la percepción de la justicia por encima de la libertad, una visión con rasgos de conjunto y quizá aún más, con notas de índole política sobre aspectos económicos, sociales y ambientales.

En un primer acercamiento hacia la noción de justicia advertimos la coincidencia de sus estudiosos en la necesidad de incluir esos aspectos en su conformación, considerando, por supuesto, la premisa de la justicia como experiencia vital, y es que esta última vía de aproximación proscribió su estudio desde la perspectiva meramente analítica.

1.3.1. La Justicia y el Interés Individual

La noción sobre la justicia como un interés supraindividual es uno de los soportes conceptuales de la tesis de Zagrebelsky, su convicción de que, en la regulación constitucional, los intereses generales son preponderantes sobre los intereses individuales y que aquéllos son diversos de la suma de éstos puede apreciarse aquí de manera diáfana:

[...] hay exigencias de justicia general, existe un orden que está por encima tanto de las voluntades individuales particularmente consideradas cuanto del acuerdo de las mismas que se expresa a través del principio de la mayoría, un orden que debe ser perseguido como tal. Las normas de justicia de las Constituciones actuales establecen así una distinción, que puede convertirse en contraposición, entre intereses individuales e intereses generales cualitativamente distintos de la pura y simple suma de los individuales.²⁶

De su lectura se obtiene que la justicia de la Constitución se halla por encima de las voluntades individuales y aun de las colectivas mayoritarias, visión asentada en la noción de que no se puede pretender la justicia fundándose solo en los derechos sino acaso también y todavía más en los deberes.

Lo que no queda referido con claridad es la vinculación de la idea constitucional formal de justicia y la exclusión definitiva de los enunciados –incluso legislativos– contrarios a ese interés general.

²⁶ *Ibídem*, p. 94.

Visto desde otro ángulo, la noción de que las decisiones mayoritarias –leyes formales– se hallan supeditadas a las normas constitucionales es una verdad aceptada en el plano positivo y en el teórico del derecho.

Mientras una ley sea contraria los preceptos de la Constitución, puede ser materia de un control de regularidad, pero en el juicio para controlar esa regularidad el referente son precisamente los derechos individuales.

Zagrebelsky menciona que los principios de justicia coexisten en las normas constitucionales de modo que semejan vectores con fuerza equivalente cuyas resultantes serán diversas en cada ocasión, por lo cual el resultado constitucional no está dado sino que debe ser construido, los derechos y la justicia tienen un punto de colaboración.²⁷

Sostiene que para comprender el significado de la constitucionalización de los principios de justicia se debe atender al intento de moderar el potencial “*agresivo, disgregador y destructivo de los derechos*”, sobre todo aquellos orientados a la voluntad. Es necesario –dice– contener los factores disgregadores de éstos.²⁸

Para él, los derechos y la justicia expresan dos tendencias opuestas de la vida social, por una parte los derechos configuran la tendencia a la desintegración; por otra, la justicia presenta una tendencia integradora. En consecuencia –comenta– el énfasis de los derechos de corte individual constituye la respuesta constitucional al exceso de estructuración social, mientras que el énfasis de la justicia responde al desencadenamiento de las fuerzas individuales que desembocan en la imposición de los derechos de los más fuertes, sobre los derechos de los más débiles.²⁹

En su opinión, la suma de las pretensiones particulares (sustancia de los derechos individuales) no produce *per se* un orden al menos aceptable. En la actualidad –señala Zagrebelsky– resulta inviable, *a fortiori* respecto del pasado, el ideal de un orden espontáneo

²⁷ Cfr. *Ibíd.*, pp. 95 - 96.

²⁸ Cfr. *Ibíd.*, p. 97.

²⁹ Cfr. *Ibíd.*, p. 98.

como resultado del libre desarrollo y de la libre combinación de los derechos asentados en la voluntad.³⁰

Quizá esta posición de completa desconfianza en lo que el ser humano puede hacer con el ejercicio de sus libertades individuales dé cuenta de los notorios vaivenes de la teoría de los derechos, la cual ha evolucionado desde la idea de una protección contra las decisiones autoritarias hasta la instauración del orden público y el bien común, y acaso ahora estemos en presencia de renovadas concepciones de los derechos individuales y su obligación de respeto por otros individuos, con lo cual, en nuestra opinión, no se aprecia que los deberes estén por encima de los derechos sino en un plano de equidad donde el disfrute de esos derechos es exigible incluso a otros miembros de la sociedad sin poder formal de decisión, lo cual no es suficiente para desvincular al órgano autoritario de su compromiso frente a la realización de los derechos, máxime si se considera que la condición de libertad elimina la posibilidad de coartar los actos permitidos, aun en la arena política.

Si bien el profesor en cita hace hincapié en la referencia a lo que designa como “derechos-voluntad”, respecto de los cuales ubica su origen en el Derecho Privado y les contrapone a los derechos de justicia,³¹ a consideración de quien esto escribe, su clasificación no deja del todo fuera a los derechos de corte individual en general, o libertades individuales, pues éstos se encuentran intrínsecamente ligados a la noción de voluntad, pues aquella persona que desee ejercitar un derecho en sentido positivo, es decir, al que corresponda una respuesta del Estado, no tiene mayor impedimento que las prohibiciones establecidas en el texto constitucional y aquellas instauradas en los textos legales, siempre que éstos encuentren fundamento en el supremo ordenamiento y cuenten con características de generalidad y abstracción.

En una obra ulterior Zagrebelsky realiza una crítica a la postura racional de Rawls, en la cual sugiere que el abordaje de la justicia es más vivencial que conceptual, arroja la duda

³⁰ Ídem.

³¹ Cfr. *Ibidem*, p. 82.

sobre la posibilidad de que sus postulados se verifiquen en la realidad y atribuye a la justicia un cariz más bien empírico:

La concepción de que la justicia es una idea bella y lista para brotar de la cabeza de los hombres tan pronto como se les proteja de las perturbaciones conceptuales, es la quintaesencia del más ingenuo racionalismo. Como representativo de este modo de razonar puede ser considerado el majestuoso sistema de la justicia como equidad [...] cuyo sentido teórico ha sido recientemente sintetizado así por el propio autor: «La justicia como equidad supone que los principios que parecen razonables {...} son, a fin de cuentas, los mismos representados, racionales y sujetos a vínculos razonables, que los ciudadanos adoptarían para regular sus instituciones fundamentales. ¿Pero qué vínculos son razonables? Según nosotros, aquellos que nacen de situar a los representantes de los ciudadanos en una posición simétrica por el hecho de representarlos sólo en cuanto libres e iguales y no en cuanto miembros de esta o aquella clase social o dotados de esta o aquella característica natural o seguidores de esta concepción (comprensiva) del bien»⁶. Sin embargo, no se dice dónde esta «posición» pueda alcanzarse alguna vez. Además no es en una aséptica «posición original» y sobre la fría mesa de la anatomía de los conceptos donde la justicia muestra su verdadero rostro (desfigurado), sino en las desgracias sociales y desde allí grita al cielo y a los hombres. Consiguientemente es ingenua la idea de que la luz racional de los hombres libres de vínculos conduzca automática y unívocamente al bien y a la justicia.³²

La justicia y su aspecto negativo pueden considerarse como una vivencia personal, en donde cada cual asume la posición que a su interés beneficia. Esto queda claro cuando una de las partes en el proceso obtiene una sentencia desfavorable, o quien se considera víctima de un delito es notificada de una sentencia absolutoria respecto del procesado.

Tantas caras de lo justo dependen sin duda de la posición y el interés del observador. Ante ello, la justicia –en su vertiente vivencial– carece de un elemento homogeneizador –normativo– que pueda unificar el acuerdo y soportar socialmente las decisiones por medio de la transparencia.

³² Zagrebelsky, Gustavo, et. al. *La Exigencia de Justicia*. Ed Trotta, Trad. Miguel Carbonell, Madrid, 2006, p. 22-23. En el texto original no hay subrayado, se hizo para distinguir la transcripción dentro de la cita, asimismo, se aclara que la llamada en cursiva (6) al final del texto subrayado corresponde al párrafo transcrito y no a los numerales para notas al pie de este trabajo.

Sin embargo, antes de ejemplos concretos centrémonos en las percepciones generalizadas, pues éstas dan cuenta de la vivencia específica de ciertos individuos respecto de un Estado.

1.3.2. La Esperanza de Justicia como Condición de Existencia

El hilo argumentativo de Zagrebelksky muestra su interés preeminente por la justicia palpable sobre la que no lo es. De modo que su apreciación se concentra en los casos concretos de justicia e injusticia, más que en la descripción de sus elementos.

Asegura que la esperanza de justicia –en el contexto colectivo y no el individual (egoísta)– es uno de los pilares de la existencia humana, cuya pérdida puede acarrear, según la sensibilidad del destinatario, hasta el deseo de perder la vida.

En la obra referida, el autor se ocupa de mostrar ciertos paradigmas de injusticia y sus lúgubres consecuencias en los seres más sensibles, con lo que se suma al reclamo de éstos, con las siguientes palabras:

Suprimida del todo la justicia o, mejor, la esperanza de justicia –y no sólo la egoísta esperanza de justicia para sí mismo– la misma existencia se ve sacudida en sus fundamentos. Remota iustitia, la depresión, el trastorno mental y el suicidio son las consecuencias concretas que esperan a los espíritus sensibles frente a la impotencia y frente al sentimiento de justicia irremediabilmente roto.³³

Y continúa diciendo:

La esperanza de justicia es una condición de existencia y esta condición desaparece no sólo donde existe opresión [...] sino también donde se da resignación, atrofia, aturdimiento, nihilismo morales. [...] La justicia es suprimida (remota) no sólo cuando está extinguida la libertad de perseguirla sino también cuando, por el contrario, la libertad (como ausencia de constricción) está asegurada, pero no se sabe a qué aplicarla, hacia donde dirigirla. [...] Justicia y libertad, como exigencias existenciales, muestran de esta forma que están implicadas, que no se puede lograr una sin la otra: no hay justicia sin libertad de perseguirla; no hay libertad sin una justicia que merezca ser perseguida.³⁴

³³ *Ibíd.*, p. 24.

³⁴ *Ibíd.*, pp. 24-25. El subrayado se agregó para el efecto precisado en la nota 18 que antecede.

Aquí el tratadista expone una relación íntima entre justicia y libertad, característica específica de la manera en que concibe a la primera y en donde puede apreciarse con meridiana claridad una preocupación compartida, si no en el método, si en la sustancia con la tesis de Rawls.

Este último autor sostiene como uno de los pilares de su teoría el principio de igualdad en el cúmulo de libertades, mientras Zagrebelsky concibe a la libertad como condición necesaria de la justicia y acaso cómo su fin último. Con esto no asumimos que ambas tesis guarden identidad en cuanto a su concepción axiológica de la libertad, simplemente deseamos reseñar que desde planos tan diversos, el reclamo más sentido, el anhelo humano por excelencia es la libertad, precisamente aquello que pretende salvaguardarse con el uso de los instrumentos procesales de tutela.

Con esa base, la justicia se presenta como una expresión que no puede ser aislada de la libertad, como un concepto o una vivencia, comprensible solo si va acompañada o bien si persigue el disfrute de la libertad.

1.3.3. Crítica a la Postura de Zagrebelsky

Por nuestra parte creemos que los principios de la justicia, engarzados en el ordenamiento constitucional no necesariamente son contrarios al despliegue de las libertades individuales. En otras palabras, la Constitución por medio de esos principios puede establecer a qué grupos se les permite el goce ilimitado de sus libertades individuales, la noción de grupo tiene una extensión determinada respecto de la cual con un integrante menos ya no encuentra legitimidad.

Establecer estos principios en los textos fundamentales tiene como finalidad aprovechar la regla de limitación de los derechos en el propio texto.

La justicia, como una condición de experiencia vital, elimina la posibilidad de que sea solamente la colectividad, en cumplimiento de su deber, en quien recaiga esa

distribución, o que esa relación con el ambiente y la economía sea el único indicador de acercamiento a la ruta de la justicia.

En un plano social, el trabajador que obtiene su salario íntegro, la madre de familia que recibe las prestaciones para sus hijos, el desempleado que obtiene los alimentos para los días de búsqueda, se incorporan a la esfera de lo justo.

Dentro de la actividad jurídica, el querellante que obtiene una reparación, el accionante que obtiene una reivindicación, el inconforme que obtiene una nulidad, multiplicados por miles, en su individualidad muestran la justicia en su parte inicial y será el Estado por conducto de sus instituciones, el que asegure a cada uno y en su conjunto más bien heterogéneo.

En este otro plano, la posibilidad de que la justicia entre a la vida de las personas es una responsabilidad del Estado. Responsabilidad que demanda la existencia de derechos, reglas y principios precisos en el texto constitucional, que las leyes orgánicas y reglamentarias adopten sin cortapisas esos principios, y que los órganos formales de impartición de justicia estén dispuestos y controlados de tal suerte que no evadan ni condicionen sus determinaciones expresando razones superficiales.

El Estado constitucional de derecho, tiene entre sus premisas la necesidad de asegurar a sus integrantes una respuesta acorde a sus derechos, cuando el orden social o constitucional se ve alterado, por tanto, a efectos de la disertación en curso, pensamos que no puede verse la justicia, al final, sino en la resolución de los tribunales, dado lo cual, la creciente imposibilidad de someter a escrutinio actos de las potestades públicas o la alarmante tendencia a vetar su impugnación, es una suerte de denegación de justicia.

La crítica posible –desde nuestro punto de vista– a la posición Zagrebelskyana es en el sentido de que no es posible denostar las libertades individuales para salvaguardar el bien de la colectividad.

En el engranaje constitucional los derechos de corte individual significan una pieza indispensable, conseguida con sacrificios humanos no menos cruentos que los ejemplos de injusticia citados en la última obra referida.

La articulación entre los derechos de corte individual y aquellos que no lo son no nos parece imposible, por el contrario, si los derechos de esta naturaleza no tuviesen cuando menos una protección formal similar a la de los derechos colectivos, se diluiría la posibilidad de justicia en el plano formal, en donde parte del interés del conglomerado se dirige al respeto de los derechos de corte individual.

Si la postura del profesor Zagrebelsky implica casos concretos de injusticia, en cuyo estudio halló un común denominador: el ejercicio incorrecto de las libertades individuales, o bien, el uso de las teorías de los derechos libertad para legitimar actos de barbarie, no implica que las libertades o sus basamentos teóricos necesariamente son injustos, tampoco significa que el primer paso hacia la justicia consista en derrocar los derechos individuales.

A ese respecto, pareciera que la evolución de las ideas de justicia va de la mano con la evolución de las ideas sociales y que sin una connotación necesariamente colectiva no pueden entenderse, pero también puede verse que las instituciones del Estado se han creado para atender las necesidades de los individuos de forma independiente de su pertenencia a un grupo determinado.

V. gr: si una persona integrante de un grupo (el cual incluso podría ser minoritario, si se recuerda que uno de los parámetros para fortalecer la protección es la vulnerabilidad derivada de la pertenencia a minorías) es beneficiada por un programa social, no cabe duda que se estaría frente a un caso donde la distribución impera sobre las voluntades individuales, es decir, un grupo social determinado por sí mismo difícilmente otorgaría el beneficio al interesado, entonces debe ser el Estado el que capte los recursos y los destine a la atención de ciertas necesidades.

En cuanto a la vigencia y destino del programa social, se atiende a un grupo, pero si observamos la problemática de los casos concretos, es tan deleznable la transgresión de un derecho a toda una comunidad como lo es a uno solo de sus integrantes, debido a que todos estamos interesados en que cada uno tenga la posibilidad de cumplimiento de sus expectativas –en principio formalmente reconocidas– por parte del Estado.

Luego, si el Estado deja de lado la necesidad o la voluntad individual para privilegiar la colectiva, deberá ser exclusivamente en aquellas hipótesis donde no se involucren derechos fundamentales, los cuales a nuestro entender constituyen el parámetro de la justicia.

1.4. LA JUSTICIA Y SUS VALORES INTERNOS DE ACUERDO CON NINO

Carlos Santiago Nino, coincide en que pocas ideas despiertan tantas pasiones, consumen tantas energías, provocan tantas controversias, y tienen tanto impacto en todo lo que los seres humanos valoran como la idea de justicia.³⁵

Desde los griegos que realizaban analogías con los elementos más apreciados de la naturaleza, hasta los cuestionamientos que en el curso de la historia han acuñado los conceptos y definiciones más variados desde muy distintas ópticas, la inquietud filosófica se ha centrado en analizar un concepto utilizado en muchos tipos de discursos, mediante la articulación de concepciones que permitan justificar o impugnar los juicios formulados en los discursos donde se emplea ese concepto.

La justicia se menciona en los juegos de niños y adultos. Se apela a ella también en contextos religiosos; ocupa un lugar central en el discurso jurídico, y es absolutamente distintiva del discurso moral, tanto en lo que hace a la dimensión referida a la virtud o a la excelencia personal, como a la que se refiere a las relaciones interpersonales, y a las prácticas que regulan estas instituciones.

³⁵ Cfr. Nino, Carlos Santiago, “Justicia” en Garzón Valdés et. al. (Eds.). *El Derecho y la Justicia*. Col. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, Ed. Trotta, 2ª ed., Madrid, 2000. p. 467.

Entre estos discursos en que se emiten juicios de justicia –indica el autor en cita– el de índole moral tiene una posición dominante en nuestra cultura. La justicia de acuerdo a reglas de juego sociales, religiosas, jurídicas, está supeditada a que las reglas en cuestión sean, a su vez, justas. Las únicas reglas o principios de los que no tiene sentido preguntarse si son justas son las de una moral ideal. Esto significa que el concepto de justicia debe analizarse primariamente en el contexto del discurso moral, pues es ahí donde reside e interactúa con otros valores.

La localización de la noción de justicia en el discurso moral le implica ser blanco del impacto de los diferentes análisis propuestos acerca de la estructura y funciones de ese discurso. Un punto de coincidencia de casi todos los filósofos intrínseco al concepto de justicia es su carácter de valor intersubjetivo. Además de este carácter intersubjetivo, el valor de la justicia está relacionado con la idea de asignación de derechos y obligaciones, o beneficios y cargas entre diversos individuos de un grupo social.

También parece que existe acuerdo en que parte del concepto mismo de justicia es que el valor identificado por él puede satisfacerse o frustrarse independientemente de las intenciones de los agentes que producen esa satisfacción o frustración, a diferencia de lo que ocurre con otros valores, como la generosidad.

De acuerdo con Nino, las visiones metaéticas sobre el análisis del concepto y de los enunciados de justicia se pueden clasificar en cognoscitivistas y no cognoscitivistas, según se entienda que tales enunciados formulan proposiciones que pueden ser verdaderas o falsas, por un lado, o que fundamentalmente expresan emociones o imperativos de conducta, por el otro. Las posiciones cognoscitivistas pueden ser de índole empirista o no empirista, según sostengan que las proposiciones de justicia hacen o no referencia a hechos accesibles a la experiencia sensible.

Menciona que tanto en el empirismo como en el no empirismo cognoscitivista pueden distinguirse posiciones objetivistas como subjetivistas, según sostengan que los hechos que determinan la verdad o falsedad de los juicios de justicia dependen de actitudes, creencias o

preferencias de ciertos sujetos. A su vez, el subjetivismo empirista puede distinguirse en individualista y societalista, según sostenga que los juicios de justicia describen las actitudes del hablante o las de la sociedad en su conjunto; esto último es lo que constituye el convencionalismo moral.

Quizá las posiciones escépticas, relativistas y subjetivistas sobre la justicia se determinan por la preocupación pre-teórica por la intolerancia, el fanatismo y el autoritarismo a los que suelen conducir posiciones éticas absolutistas. Sin embargo, esta prevención quizá pueda ser satisfecha, no en el plano ontológico de constitución de principios de justicia, sino en el plano epistémico, o sea, en el plano del conocimiento de los principios de justicia: lo que conduce a la tolerancia es una posición falibilista sobre si estamos acertados en nuestras creencias sobre lo que es justo, no nuestra supuesta certeza de que no hay nada que conocer.³⁶

Ese falibilismo –sostiene el autor– puede conducir a desconfiar de las intuiciones individuales sobre la justicia y a confiar más, en cambio, en el resultado de un proceso de discusión colectiva como el que se organiza a través del procedimiento democrático. Una forma de orientarse sobre las concepciones substantivas de justicia, o sea, las diversas interpretaciones del concepto de justicia, consiste en hacer una revisión de la *geografía axiológica*, de modo de inspeccionar las relaciones entre la justicia y otros valores, como los del bienestar o felicidad, la legitimidad, la eficiencia, el orden, la libertad o la igualdad.

Algunos de esos valores parecieran externos a la justicia, debido a que su satisfacción no implica necesariamente un estado de cosas más justo; al contrario, pueden estar en tensión con la justicia. Por el contrario, otros entre ellos parecen ser internos, puesto que su satisfacción sí parece ir en beneficio del valor justicia.

Es posible comenzar con la relación entre el bien individual y la justicia. La justicia es la virtud de una persona cuando la consideramos en relación a otras personas. Ser justo es la cualidad de obrar conforme a las leyes cuando éstas tienden a la ventaja común, así llamamos “justo” a lo que tiende a producir o a conservar la felicidad de una asociación política. Éste es

³⁶ Cfr. *Ibíd.*, pp. 468-469.

el sentido general de justicia, pero hay un sentido particular referido a la justicia distributiva y rectificatoria. La primera implica proporcionalidad y conduce a tratar igualmente a los iguales y desigualmente a los desiguales; la segunda implica restaurar la igualdad alterada por un delito o por el incumplimiento de un contrato. La justicia particular de un comportamiento es el medio entre los dos extremos constituidos por el cometer una injusticia y por el sufrirla.

A decir del autor consultado existe una interpretación idealista del bien intrínseco, que admite que hay estados de cosas que pueden ser intrínsecamente buenos sin tomar en cuenta las actitudes subjetivas que hacia ellos puedan tener los individuos. La concepción utilitarista de la justicia se distingue también según sea el objeto primario de aplicación por parte del principio de utilidad: hay un utilitarismo de actos, otro de reglas, otro de disposiciones humanas, otro de instituciones, etc. Por su parte, la corriente comunitarista que se opone a la concepción de la justicia del liberalismo deontológico de origen kantiano, ofrece también una visión teleológica de la justicia. Quienes la sostienen, objetan la pretensión de sus contrincantes de inferir principios de justicia sin una previa concepción del bien de la persona. Aducen que tal pretensión lleva a la proposición de fórmulas de justicia vacuas o, si no, implica pasar de contrabando una cierta concepción del bien. Pero los mismos autores comunitarios también señalan que las concepciones del bien se articulan a través de las prácticas y convenciones de una sociedad, y por lo tanto los principios que de ellas se infieren varían según las sociedades, al contrario de la aspiración liberal deontológica de inferir principios de justicia universales y abstractos.

En el caso de Kant –sigue diciendo Nino– los principios básicos de la moral debían tener la universalidad de los principios de la lógica y el contenido substantivo y no trivial de las leyes de la física. Los principios morales para Kant deben ser autónomos porque son principios que uno se da a sí mismo con independencia de toda autoridad humana o divina; deben ser categóricos, porque lo que ellos ordenan no está condicionado a intereses o deseos; deben ser universales, ya que obligan a todos los seres racionales por igual.

Conforme a lo precitado, parece haber una clara conexión entre el deontologismo propuesto por Kant y Rawls, en cuanto a abandonar la relación interna entre la justicia y el

bien o la felicidad, para sustituirla por una relación interna con otros valores. El principal es el de la libertad entendida como autonomía personal, o sea, la libertad para elegir y materializar visiones del bien personal. Si se sostuviese que la autonomía personal no es sino otra concepción del bien o de la felicidad, cabría decir que es en todo caso una concepción peculiar puesto que deja abierto a la elección de cada individuo otras especificaciones de ese bien.³⁷

Por otro lado, la visión libertaria de la justicia difiere de las anteriores –más específicamente de la de Rawls– en el aspecto crucial de que su tesis no sólo parte del valor interno a la justicia de autonomía personal. El libertarismo derivaría de relacionar intrínsecamente la justicia con el orden establecido, desconociendo que el valor del orden es externo y secundario al de justicia, ya que sólo hay orden cuando se satisfacen principios de justicia. De ese modo, buena parte de las discusiones sobre justicia en la filosofía política contemporánea, sobre todo entre las diversas variedades de liberalismo y de socialismo, se refieren al alcance y al respectivo peso de los dos valores internos a la justicia constituidos por la libertad o autonomía personal y la igualdad.

En apariencia –de acuerdo con Nino– las tensiones entre estos valores se atenúan una vez considerado su carácter complementario: la libertad es un valor substantivo que no nos dice nada sobre quiénes y en qué medida deben ser beneficiarios de ella; la igualdad es un valor adjetivo que no nos dice nada acerca de en qué respecto las personas morales deben ser iguales. Esta circunstancia adopta una combinación de ambos valores bajo la idea de que la justicia consiste en una distribución igualitaria de la libertad.

Finalmente, resulta importante determinar la relación entre la justicia y valores externos a ella. Uno de los valores que en ocasiones representa notoria tensión con el de justicia tanto en la teoría como en la práctica política y económica contemporánea es el de eficiencia. El valor de eficiencia constituye la base axiológica de las instituciones y prácticas sociales en general. La manera en que la eficiencia y la justicia deben relacionarse causa controversia, y representa notorias variaciones relevantes entre diferentes escuelas.

³⁷ Cfr. *Ibíd.*, pp. 470-475.

Hay quienes subsumen la eficiencia en la justicia, con la adopción de una visión utilitarista de la justicia. Otros subsumen la justicia en la eficiencia, ya que ven la justicia como el objeto de preferencias individuales que deben ser ponderadas en el cálculo de eficiencia. Otros más conciben la eficiencia y la justicia como valores independientes; en cuyo caso, se tiende a dar prioridad a la justicia sobre la eficiencia, aunque se difiere sobre si esa prioridad implica meramente una asignación de peso superior o es de índole lexicográfica.

Al final, posiblemente la manera de sortear estos problemas consiste en asignar a la legitimidad política plasmada en el consenso democrático, un valor epistémico sobre los principios de justicia, con lo cual se sienten las bases para la construcción de los principios morales sustento del conglomerado y base de la certeza necesaria para la convivencia entre los seres humanos.³⁸

1.5. REFLEXIÓN ACERCA DE LA JUSTICIA DESDE LA PERSPECTIVA AXIOLÓGICA

La discusión acerca de las relaciones entre el derecho y la moral, sus mutuas implicaciones y la posibilidad de existencia de uno sin la otra, han ocupado un sinnúmero de páginas en el acervo aportado por los juristas, la sola distinción de la concepción jurídica entre positivistas y no positivistas con relación a esas implicaciones nutre un debate teórico a nuestro modo de ver inagotable.

Pues así como algunas tesis positivistas niegan en absoluto la presencia de rasgos morales en las normas jurídicas, con tal solidez argumentativa que inciden en las conciencias más recalcitrantes; así las tesis no positivistas arguyen contra –y aun sobre– esas mismas tesis con el denuedo otorgado por un modelo de argumentación probado. Este fenómeno se repite de un lado a otro y enriquece los cauces para la comprensión de lo que es el derecho, pero también sobre aspectos más prácticos como su interpretación y su aplicación.

³⁸ Cfr. *Ibíd.*, p. 476-479.

En concordancia con los objetivos de esta disertación, nos interesa el abordaje de las relaciones entre el derecho y la moral a propósito del concepto de justicia, y sobre la manera en que algunos han marcado límites a la aplicación de la voluntad mayoritaria, aun cuando dicha voluntad se haya expresado conforme a los cauces y con los requisitos necesarios para la producción del derecho vigente.

Y es que en el plano de la justicia la voluntad mayoritaria es solo una cuestión formal indispensable en un Estado democrático, a la cual se deben añadir otros factores diversos a la simple formalidad de la producción de normas.

1.5.1. Derecho y Moral

Las normas jurídicas positivas son consideradas como reglas externas y objetivas destinadas a calcular las conductas humanas para reconducirlas al campo de lo justo.

El conflicto surge cuando se ha pretendido precisar la naturaleza de esas reglas, con las cuales, en ocasiones, se ha buscado la reducción de la justicia al derecho, la del derecho a la ley y la de la ley a la voluntad soberana del Estado.

Mediante esa reducción, la justicia es entendida como conformidad con la ley, como exigencia al respeto de la ley, de manera que la justicia se torna en legalidad. Empero, las más veces la legalidad nada tiene que ver con la justicia, motivo por el cual se requiere un sistema de valores en el que se considere no solo la norma en sí sino la corrección (justicia) del sistema jurídico completo.

Este esquema complejo no permite soluciones diáfanas en ninguno de los dos sentidos, pues mientras bajo el estandarte positivista se ha llegado al exceso de considerar que la ley debe cumplirse sin importar la validez intrínseca de su mandato, por el lado no positivista se ha cuestionado la validez de una norma de acuerdo con el carácter justo o injusto de sus prescripciones.

De la introducción de la moral al ámbito del derecho surgen dos tesis: la positivista de la separación, y la no positivista de la conexión, la primera de ellas sostiene que el concepto de derecho ha de construirse de modo que no incluya ningún elemento de la moral; la segunda, exige la inclusión de esos elementos, sin excluir la decisión de la autoridad ni la efectividad social.

Sobre ambas tesis discurre buena parte de la producción literaria de los teóricos del derecho, a veces explotando una veta lógica con una carga histórica, y otras, con el uso de la argumentación.

Se debe destacar en principio que si existe un punto de convergencia entre los partidarios de ambas posturas, puede ser ubicado en cuanto a la injerencia de la moral en la creación de las normas jurídicas, según la ideología de los encargados de su confección.

Por lo cual cabe distinguir que la discusión no es acerca de las relaciones de carácter empírico entre el derecho y la moral sino específicamente de carácter conceptual.³⁹

En el texto en consulta, el profesor Garzón Valdés explica en orden cronológico algunas ideas y argumentos sobre la relación entre derecho y moral, que van desde las concepciones históricas y las elaboradas por el clero regular, hasta las que postulan la interrelación entre seguridad y moralidad, entre las cuales destacamos las que nos parecen más ilustrativas.

- a) El “punto de vista externo e interno del derecho”, atribuido a la obra de Hart, ambos referidos a las razones para obedecer el derecho, en donde el segundo es una condición necesaria para la existencia de un orden jurídico positivo. Por tal motivo, si el punto de vista externo implica razones para la obediencia de tipo prudencial, el punto de vista interno comporta razones de tipo moral, por lo cual el punto de vista interno podría traducirse en el punto de vista moral, en consecuencia todo enunciado de existencia de un sistema jurídico positivo,

³⁹ Cfr. Garzón Valdés, Ernesto, “Derecho y Moral” en Garzón Valdés et. al. Op. Cit., p. 397.

presupondría la existencia de un punto de vista moral, con lo cual se daría una relación necesaria entre derecho y moral.⁴⁰

- b) En lo que se denomina como la “pretensión normativa” del derecho, reconocida como aportación de Viehweg, se sostiene que ninguna sociedad mantiene cohesión si no cuenta una estructura jurídica que establezca de manera dogmática qué es lo que en ella se considera justo.

En este aspecto la parte oficial del sistema jurídico es la que hace valer la “pretensión de legitimidad”, cuya corrección moral no puede poner en tela de juicio.⁴¹

- c) La “pretensión de corrección” visible en la obra de Alexy, se establece como un elemento necesario del concepto de derecho, precisamente por ser la que establece la conexión entre el derecho y la moral. A través de un ejemplo Alexy ilustra sobre la referida pretensión. Haciendo suponer que un órgano constituyente estipula en un precepto de la norma fundamental la frase “x es una república soberana, federal e injusta”, menciona que no hay duda en su defecto, pero que tal defecto no es de orden técnico, convencional o moral, sino conceptual, pues con el acto de dictar una Constitución está necesariamente conectada una pretensión de corrección, una pretensión de justicia.⁴²
- d) Estas ideas –dice Garzón Valdés– han sido apoyadas por otros autores, en el caso de MacCormick comenta que la idea de una legislación promulgada sin ni siquiera la pretensión de corrección es algo absurdo. En cuanto a Postema refiere que la propiedad que distingue al derecho de otros ejercicios del poder social, es que el derecho –la parte oficial– pretende autoridad para la formulación de sus directrices, lo mismo que para respaldarlas con la amenaza de la fuerza, y que nos vemos forzados a negar hasta de facto autoridad a los

⁴⁰ Cfr. *Ibíd.*, p. 399.

⁴¹ Cfr. *Ibíd.*, p. 400.

⁴² Cfr. *Ídem.*

imperativos respaldados por la fuerza si aquellos que los formulan no pueden pretender legitimidad sin contradicción ni autoengaño. Si la parte oficial no puede pretender legitimidad para ella misma, no se tiene base para acordarle, ni siquiera de facto legitimidad. En ese caso, hay un sentido directo en el cual la fuerza coactiva institucionalizada no puede ser considerada como derecho. A Raz atribuye la aserción en el sentido de que a pesar de que un sistema jurídico pueda carecer de autoridad legítima o de que su autoridad legítima pueda no ser tan amplia como pretende, todo sistema jurídico pretende tener autoridad legítima. Si la pretensión de autoridad es parte de la naturaleza del derecho, entonces sin que importe lo que además puede ser el derecho, tiene que ser capaz de poseer autoridad.⁴³

- e) La “pretensión de razonabilidad” reconocida a MacCormick, se refleja en la tesis de que hay algo como la razón práctica y que el derecho pertenece al ejercicio (aun defectuoso) de la razonabilidad práctica, lo cual tiene una importancia fundamental, por ser la base de la pretensión de que hay una conexión necesaria entre derecho y moralidad; vinculados por ser modos de ejercicio de la razón práctica, al tiempo difieren por ser modos distintos de ella, con diferentes criterios para las normas o reglas que aplican.

En esta misma clasificación, Garzón ubica la opinión de Nino, quien sostiene que hay casos de normas morales que son normas jurídicas, puesto que la clase de las normas jurídicas justificatorias, es una especie de la clase de normas morales; menciona que no todo principio o juicio moral es una norma jurídica, pero toda norma jurídica que tiene un rol de razón operativa en el razonamiento práctico, es un juicio moral especial.

El autor en cita reseña a Laporta cuando afirma que en el derecho no solo pueden darse relaciones lógico-normativas, sino también relaciones justificatorias o

⁴³ Cfr. *Ibíd.*, p. 400-401, nota 2.

instrumentales que pertenecen al mundo del razonamiento práctico y son posibles de aprehender en los lazos formales del razonamiento lógico-deductivo.⁴⁴

- f) La interrelación entre “seguridad jurídica y moralidad” –a decir de Garzón, atribuida también a Brusiin– sostiene que sin importar la concepción moral sustentada, hay un valor que todo sistema jurídico positivo tiene que respetar: la seguridad jurídica (entendida en el doble sentido de la convivencia pacífica y de la previsibilidad de las decisiones jurídicas). Sostiene que tratándose de sistemas totalitarios no habría conflicto alguno entre seguridad e injusticia. La cuestión reside en saber si existe algún sistema jurídico-político en el que la violación de toda justicia vuelve imposible también la seguridad en los términos prescritos.

Un sistema de esa índole, tendría que utilizar procedimientos formal y materialmente arbitrarios para la aplicación de sanciones, borrar cualquier diferencia entre los jurídicamente culpables y los inocentes.

Sigue diciendo Garzón, el paso decisivo hacia la eliminación de la más elemental seguridad jurídica, se da cuando la clase de los culpables es abierta, cuando no existe un criterio de demarcación. Lo denomina “terrorismo de Estado”, en cuya situación la violación extrema de todo atisbo de justicia vuelve imposible la seguridad, o sea, los valores justicia y seguridad se entrelazan de modo tal que la existencia misma del Estado amenaza derrumbarse. En este caso límite de violación de toda “pretensión de razonabilidad” ni siquiera puede hablarse del deber de obediencia de los ciudadanos, pues precisamente lo que se ignora es qué debe obedecerse.⁴⁵

Es posible apreciar una cantidad importante de argumentos –en nuestra opinión bastante sólidos– para apuntalar la idea de la relación necesaria entre el derecho y la moral.

⁴⁴ Cfr. *Ibíd.*, p. 401-402.

⁴⁵ Cfr. *Ibíd.*, p. 402-403.

Estos razonamientos proceden de fuentes de diverso origen tanto filosófico cuanto epistemológico.

Su importancia reside no solo en la posibilidad de estudiar su evolución a la par de los avances en cuanto al abordaje de las normas jurídicas, sino en la posibilidad de asentar sobre base firme la creencia personal de lo que es el derecho y por supuesto de lo que es la justicia, cuando menos a efectos de este escrito.

Los argumentos en reseña han sido cuestionados a su vez por diferentes estudiosos – en el propio texto que hemos venido citando– a efecto de sostener la tesis de la separación, tales cuestionamientos, a nuestro entender, no son suficientes para adoptar un punto de vista distinto, empero, ante su conocimiento es imperativa su referencia. Con una visión general reseñamos aquí los más importantes.

El primero de ellos sostiene que el punto de vista interno es completamente ajeno a las actitudes morales de la parte oficial del sistema. En un planteamiento atribuido a Sartorius, se señala que si la parte oficial hace cumplir las reglas válidas de acuerdo con la regla de reconocimiento y los ciudadanos en su mayor parte la obedecen, puede decirse que el sistema jurídico existe, por lo tanto la voluntad de adhesión a sus normas básicas no sería necesaria.⁴⁶

Por cuanto hace a los ejemplos justificantes de la “pretensión de corrección” alexyana, Bulygin –según le atribuye Garzón– menciona que se trata de una norma prescriptiva y no descriptiva cuya veracidad o falsedad no puede ser verificada. Por tanto como prescripciones carecería de sentido ordenar que una Constitución o un Estado deban ser justos o injustos, pues en realidad algunas constituciones son justas, pero ese es un estado de cosas que no pueden ser prescriptas u ordenadas.

⁴⁶ Cfr. *Ibidem*, p. 404-405.

Si el propio Bulygin acepta que hay constituciones justas, pero su justicia o injusticia es el resultado de acciones humanas y no de procesos naturales, sí puede ser contenido de una norma.

Cabe la posibilidad –de acuerdo con Garzón– de que la polémica Bulygin-Alexy se entienda como una discusión que se mueve en diferentes planos, pues mientras el primero hace recaer el énfasis de las supuestas prescripciones sobre los posibles destinatarios; el segundo subraya la perspectiva de quien enuncia la frase.⁴⁷

El uso de palabras como justo y legítimo se emplean en un sentido denominado “adscriptivo”. Las manifestaciones de justicia o injusticia tienen un carácter normativo. El autor refiere una cita reconocida a Von Wright cuyo carácter ilustrativo permite su transcripción:

*Prestar asentimiento a una norma no es afirmar una verdad; el disentimiento no es una negación (de una verdad). Asentir (dissentir) es más parecido a un acto de legislación o de dación de norma. [...] Al asentir o dissentir, un sujeto evidencia su actitud moral frente a una norma, su concepción de lo que es correcto y de lo que no lo es. **Cuando se trata de asuntos jurídicos, lo que es correcto se dice que satisface un ideal de justicia.** Las actitudes de asentimiento de las normas se reflejan también en la legislación y en la interpretación de la ley por parte de juristas y abogados. Desde el punto de vista del legislador es conveniente que los ciudadanos presten su asentimiento a las leyes.⁴⁸*

Desde luego se aducen problemas pragmáticos en la concreción de las normas por parte de legisladores cuyo punto de vista interno no compaginase con las prescripciones normativas a cuya confección están abocados.

En palabras de Atienza –de acuerdo con Garzón– se ha puesto en duda la relevancia de la pretensión de corrección y de la concepción discursiva de la racionalidad, preponderantemente en el terreno de las decisiones judiciales. Se dice además que, si acudir a la “pretensión de corrección” es un argumento en pro de la relación conceptual entre

⁴⁷ Cfr. *Ibídem*, p. 406-407.

⁴⁸ *Ibídem*, p. 407 (el resaltado es nuestro).

derecho y moral, acarrearía consecuencias ideológicas no deseables. He aquí la cita en comentario:

*Por un lado, en relación con el sistema jurídico en su conjunto, éste podría estar dotado de pretensión de corrección pero [...] ser considerablemente injusto. Y una norma o una decisión jurídica podría no satisfacer del todo la pretensión de corrección, sin dejar por ello de ser jurídica. Pero, entonces, ¿de qué vale decir que existe una conexión conceptual necesaria entre el Derecho y la moral? ¿No suena a paradójico el que existiendo una conexión conceptualmente necesaria, pueda, sin embargo, hablarse de Derecho injusto de norma jurídica o de decisión jurídica injusta?*⁴⁹

En defensa de la “pretensión de corrección”, Garzón Valdés menciona que esta tesis no tiene que ver con la afirmación de criterios seguros para la determinación de la validez objetiva de los juicios morales o para juzgar la corrección moral de esas pretensiones.

El observador externo del sistema jurídico materia de escrutinio solo es capaz de explicar cabalmente la validez de sus normas si recurre a las convicciones morales de aquellos que las crean y las aplican. Es notorio que las “proposiciones morales” internas del observador, pueden no coincidir con las de aquellos que aceptan e imponen el sistema; pero eso no implica que necesariamente se deba negar el carácter jurídico a tal sistema. Negar la tesis de la separación no significa que no pueda calificarse a un sistema jurídico existente como inmoral.⁵⁰

El vaivén ideológico, conceptual y racional de los argumentos a favor y en contra de las tesis de la separación y la vinculación necesaria entre derecho y moral es muy extenso, tampoco reconoce los límites de las posturas iusnaturalistas o positivistas, por el contrario es un debate permanente que delinea la manera en que se crea y se aplica el Derecho en una época y lugar específicos.

⁴⁹ Ibídem, p. 408.

⁵⁰ Cfr. Ibídem, p. 408.

Su valor resalta cuando es necesario un escrutinio externo sobre la moralidad de las normas y el aspecto ético de sus creadores y operadores, pues quizá sea la única manera en que –dentro del sistema jurídico– sea posible hallar la presencia de la justicia.

En cuanto a dicha presencia, entre las posturas que señalan la posibilidad –y aun el deber– de restar validez a aquellas normas jurídicas con un carácter eminentemente injusto, conviene destacar la de Gustav Radbruch, quien ha pretendido establecer límites a la injusticia.

1.5.2. La Fórmula de Radbruch

“La injusticia extrema no es derecho” es una de las traducciones más aceptadas de la mejor conocida como “Fórmula de Radbruch” la cual pretende dar un parámetro para la pérdida de validez de las normas jurídicas vigentes, en su aplicación a los casos concretos. Tomando en consideración una serie de derechos previos los cuales no pueden ser menoscabados, ni siquiera por una ley promulgada cumpliendo estrictamente los pasos del proceso legislativo.

El ilustre jurista alemán da cuenta de su ideología en diversas obras, en donde señala que la justicia no es la contenida en el derecho positivo, sino que es pauta axiológica del derecho positivo, valor absoluto, idea del derecho anterior y superior a la ley.⁵¹ Esta idea cuenta con elementos iusnaturalistas e incorpora además la noción de situación extrema, con la cual se observan al menos dos elementos indispensables para que una determinación (judicial) desconozca la existencia del derecho positivo dada su trasgresión insoportable, del derecho justo previamente dado.

En una transcripción realizada por el profesor argentino Rodolfo Luis Vigo, con relación a la fórmula de Radbruch, se puede leer lo siguiente: “*allí donde la injusticia del derecho positivo alcanza tales proporciones que la seguridad jurídica garantizada por el*

⁵¹ Cfr. Vigo, Rodolfo L. *La Injusticia Extrema no es Derecho. De Radbruch a Alexy*. Ed. La Ley, 1ª ed., 1ª reimp., Buenos Aires, 2006, p. 5. Se debe aclarar que en el texto invocado el profesor Rodolfo Luis Vigo atribuye a Gustav Radbruch la autoría de los textos transcritos, en algunas partes con textos en español y en otras con textos en alemán sin hacer aclaración acerca de si la traducción es del propio profesor Vigo, se citan principalmente: *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Ed. Fondo de Cultura Económica, México 1965; *Filosofía del Derecho*. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1959; *Los Fines del Derecho*. Ed. UNAM, México 1967; *Derecho Injusto y Derecho Nulo*. Ed. Aguilar, Madrid, 1971.

derecho positivo no represente ya nada en comparación con aquel grado de injusticia, no cabe duda que el derecho positivo injusto deberá ceder paso a la justicia.”⁵²

Desde el enfoque iusnaturalista –recuérdese que Radbruch concibe un derecho anterior y superior a la ley– la seguridad jurídica tiene un matiz distinto, pues no solamente la ley positiva deja de ser el único cauce para alcanzar la seguridad jurídica, sino que en caso de contradicción con el derecho suprallegal –concepto atribuido también al autor en cita– pierde validez para dar paso a la aplicación de éste, aunque no en cualquier caso, sino exclusivamente en una situación “extrema”.

La noción de derecho “extremadamente injusto” se desprende del párrafo transcrito a continuación:

Sin embargo, por regla general, la seguridad jurídica que el derecho positivo confiere justificará también, precisamente en cuanto forma menor de la justicia la validez del derecho positivo en cierta medida injusto...si es verdad que, en la mayoría de los casos, la validez del derecho positivo puede justificarse, por las exigencias de la seguridad jurídica, no es menos cierto que, en casos excepcionales, tratándose de leyes extraordinariamente injustas, cabe también la posibilidad de desconocer la validez de tales leyes, por razón de su injusticia.⁵³

Cabe responder la pregunta acerca de cuáles son los casos de injusticia extrema, o si éstos deben ser determinados en cada ocasión por el juzgador –a quien correspondiese la inaplicación del derecho positivo en el caso particular– o si, por el contrario, debe existir una medida común para que el aplicador del derecho positivo sepa cuando se halla frente a una ley extremadamente injusta.

No existe una opinión unánime cuanto que hasta hace poco, al menos en la realidad nacional, no se percibía esa posibilidad –aun cuando estuvo siempre autorizada por el numeral 133 de la CPEUM desde su promulgación– solo a raíz de la Reforma Constitucional en Materia de Derechos Humanos, contenida en el Decreto Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, la cual a su vez fue inspirada por el párrafo 339 de la

⁵² *Ibidem*, p. 10.

⁵³ *Ídem*.

sentencia de 23 de noviembre de 2009 pronunciada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Rosendo Radilla Pacheco vs Estados Unidos Mexicanos, en donde se determina la obligación de los jueces del Estado mexicano de hacer prevalecer los derechos previstos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por encima de las normas internas que pudieran contrariarlos, inaplicando las normas incorrectas, conducta a través de la cual se despliega el control de convencionalidad.⁵⁴

Con esa base, de manera inicial, consideramos que la determinación de injusticia, aunque no sea extrema, toma como parámetro siempre a los derechos humanos, a las potestades de corte preponderantemente individual, cuya prescindencia implica un menoscabo, un detrimento en la condición de persona y una alteración en los estándares mínimos para la vida digna.

Similares conclusiones se pueden obtener de la lectura del texto en estudio, entre cuyas múltiples ideas sobresale la siguiente: *“Cuando ni siquiera se aspira a realizar la justicia, cuando en la formulación del derecho positivo se deja a un lado conscientemente la igualdad, que constituye el núcleo de la justicia, entonces no estamos solo frente a una ley que establece un ‘derecho defectuoso’, sino que más bien lo que ocurre es que estamos ante un caso de ausencia de derecho, porque no se puede definir el Derecho, incluso el Derecho positivo, si no es diciendo que es un orden establecido con el sentido de servir a la justicia.”*(sic)⁵⁵

De donde se aprecia la preocupación del jurista alemán por la necesaria búsqueda de la justicia en la confección de las leyes, la cual en una primera etapa tiene como contenido la igualdad.

En resumen, si las leyes en general pueden contrariar los mandatos supraleales dados antes de la legislación, y como consecuencia de ello alejarse de la justicia, habría que reconsiderar la conveniencia del blasón de la seguridad jurídica donde descansa buena parte de

⁵⁴ Para un mayor acercamiento a este concepto Vid. Infra 2.5. p. 112.

⁵⁵ Ibídem, P. 14.

la tradición positivista. Debido a que múltiples arbitrariedades han pretendido ser justificadas sobre la base de la certeza que –aparentemente– brinda la aplicación de la ley tal cual.

Nuestro punto de vista es que la seguridad jurídica no solamente se alcanza por la senda del positivismo y que si para dotar de certeza a la pluralidad se debe aceptar la contingencia de las arbitrariedades sobre intereses individuales, es notorio que debe revisarse el significado de seguridad jurídica en el plano positivista y en el no positivista, a fin de hallar una respuesta al anhelo de justicia hasta hoy insatisfecho incluso en esos dominios.

1.6. JUSTICIA Y SEGURIDAD JURÍDICA

Las ideas de los autores hasta aquí reseñados como ocurre con la mayoría de las áreas del conocimiento, han servido de base e inspiración para que otros estudiosos elaboren, mejoren o incorporen en sus propias tesis componentes de teorías anteriores para dar a conocer su ideología. La justicia y su concepción desde las corrientes no positivistas no han sido la excepción. En ese escenario, la justicia no puede ser separada de la certeza o de la seguridad jurídica, por el contrario, no se concibe un sistema jurídico que imparta justicia si no existe de por medio al menos, dicha seguridad.

1.6.1. Las Tensiones entre la Seguridad Jurídica y la Justicia según Pérez Luño

A decir de Pérez Luño, la formación conceptual de la seguridad jurídica no ha sido consecuencia de una elaboración lógica, sino resultado de las conquistas políticas de la sociedad. La seguridad es un deseo inmanente al ser humano, por su terror a la inseguridad de su propia existencia, y ante la imprevisibilidad y la incertidumbre a que está sometido. Es una de las necesidades humanas básicas que el derecho intenta satisfacer a través de la dimensión jurídica de la seguridad.

El profesor en cita sostiene que la seguridad en cuanto valor jurídico no es algo que se dé de manera espontánea y con idéntico sentido de intensidad, en los diferentes sistemas

normativos. Su función y alcance se desarrolla de manera directa con relación a las luchas políticas y vicisitudes sociales de cada tipo de sociedad.⁵⁶

En el Estado de Derecho –continúa el profesor Pérez Luño– la seguridad jurídica asume perfiles definidos como presupuesto del Derecho, pero no de cualquier forma de legalidad positiva, sino de aquella que dimana de los derechos fundamentales; y como función del derecho que asegura la realización de las libertades.

De ese modo, la seguridad jurídica no solo se blindada frente al riesgo de ser manipulada, sino que se convierte en un valor jurídico ineludible para el logro de los restantes valores constitucionales.

Señala también que la seguridad jurídica es un valor estrechamente ligado a los Estados de Derecho, el cual se concreta en exigencias objetivas de “corrección estructural” (o formulación adecuada de las normas del ordenamiento jurídico) y “corrección funcional” (o el cumplimiento del derecho por sus destinatarios y principalmente por los órganos de aplicación. A la dimensión objetiva debe añadirse una acepción subjetiva configurada por la “certeza del derecho”, como la proyección en las situaciones personales, de las garantías estructurales y funcionales de la seguridad objetiva.⁵⁷

Las condiciones aceptadas de corrección estructural son, a saber:

- a) *Lex promulgata*. Sin la promulgación la ley no llegaría a conocimiento de sus destinatarios y por lo tanto no estarían en aptitud de cumplirla.
- b) *Lex manifesta*. Se refiere a la necesidad de que las normas sean comprensibles y eviten expresiones ambiguas, equívocas u oscuras. Que delimiten con precisión las consecuencias jurídicas, a efecto de evitar la excesiva discrecionalidad de los encargados de su aplicación.
- c) *Lex plena*. Implica que ningún comportamiento susceptible de revestir trascendencia jurídica, carecerá de respuesta normativa. Dado que la razón de ser

⁵⁶ Cfr. Pérez Luño, Antonio Enrique, “Seguridad Jurídica” en Garzón Valdés et. al. (Eds.). Op. Cit., p. 481.

⁵⁷ Cfr. Ibídem, p. 483.

del ordenamiento es ofrecer soluciones con arreglo al derecho, en los casos planteados por la convivencia de los seres humanos.

- d) *Lex stricta*. Principio informador del Estado de Derecho por el que se reserva a la ley la definición de los aspectos básicos del status jurídico de las personas –entre los que sobresalen (derechos y libertades fundamentales, responsabilidad penal, etc.). se complementa con la jerarquía normativa por la cual se establece una prelación entre fuentes del derecho lo cual impide la derogación, modificación o infracción de normas de rango superior mediante normas de nivel inferior.
- e) *Lex previa*. El derecho a través de sus normas introduce la seguridad en la vida social al posibilitar la previa calculabilidad de los efectos jurídicos del comportamiento humano.
- f) *Lex perpetua*. Significa que la estabilidad del sistema es un presupuesto básico para la confianza en sus postulados.⁵⁸

En cuanto a la certeza del derecho, como faceta subjetiva de la seguridad jurídica, constituye la proyección de las situaciones personales de la seguridad objetiva. Tiene como presupuesto la posibilidad de conocimiento del derecho por parte de sus destinatarios.

Por virtud de esa información, realizada por los conductos adecuados, quienes sean sujetos del ordenamiento sabrán lo que les está ordenado, permitido o vedado. Con ese conocimiento, los destinatarios serán capaces de organizar su conducta presente y generar expectativas y programas de conducta ulterior, bajo un esquema razonable de previsibilidad.⁵⁹

Sobre la seguridad y la justicia existen diversas tensiones y distintos rubros de aplicación de la norma que inclinan la balanza hacia un lado o hacia el otro. En la tradición positivista pareciera que es necesario –para los destinatarios de la norma– ajustarse a

⁵⁸ Cfr. *Ibíd.*, pp. 483-484.

⁵⁹ Cfr. *Ibíd.*, p. 484.

determinadas exigencias o a ciertos principios, los cuales implican el soslayo de la realidad objetiva, con el anhelo de seguridad.

Con otro matiz, se dice que solo el derecho positivo tiene la capacidad para cubrir las exigencias de seguridad, aunque su propia rigidez, haga previsible –de manera razonable– que tarde o temprano la cara más rígida del Derecho, vuelque sobre el destinatario sujeto de protección –seguridad–

Al parecer, la seguridad jurídica plantea un tratamiento inexorable de las situaciones de aplicación del derecho, pero lo hace para brindar seguridad. En ese mismo sentido, para que exista seguridad debe haber inflexibilidad en la aplicación de la norma a los casos concretos, pero también en ciertas reglas específicas aplicables a todo el orden jurídico.

Esas reglas se han creado con la finalidad de otorgar certeza en el ámbito de la aplicación del derecho y en respuesta a la exigencia de seguridad jurídica, pero configuran problemática diversa (tensión) cuando se les filtra a través de la justicia.

Las principales tensiones –sostiene Pérez Luño– son: la ignorancia del derecho, la cosa juzgada y la irretroactividad en relación con los derechos adquiridos.⁶⁰

En cuanto a la ignorancia del derecho, el referido autor menciona que aun cuando a primera vista se nota un conflicto irreductible entre la exigencia de seguridad jurídica en la frase: “*la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento*”⁶¹ y la exigencia de justicia, en el sentido de que no puedan derivar consecuencias jurídicas desfavorables a quien sin culpa desconoce el derecho.

La arcaica fórmula para relevar a los entes públicos de la carga de acreditar el conocimiento del derecho, con relación a una persona, y el necesario acotamiento de sus

⁶⁰ Cfr. *Ibidem*, p. 485.

⁶¹ *Ídem*.

alcances ha sido explicado de manera sobresaliente por el aludido profesor, a cuyas líneas remitimos:

Este planteamiento tiende a ser superado en el Estado de Derecho, donde la ignorancia iuris no opera como imperativo de que todos deben conocer el Derecho, ni siquiera como presunción de que todos lo conocen; por la notoria imposibilidad material que supondría lo primero y la evidente falsedad de la segunda. La propia libertad, igualdad y dignidad de la persona humana, que constituye el soporte informador del Estado de Derecho, resulta incompatible con la atribución a la ciudadanía de deberes imposibles, o de sumisiones a presunciones iuris et de iure manifiestamente falsas o absurdas y, por tanto, injustas.⁶²

Entonces, en muchas ocasiones una de las principales formas de excluir a las personas de la posibilidad de defensa, o bien atribuirles responsabilidad por el despliegue de una conducta, procede de la aplicación a rajatabla de un enunciado normativo alejado de las realidades y por lo tanto ajeno a la justicia.

Dicho de otra manera, para que la ignorancia del derecho actúe del lado de la justicia debe reconocerse claramente su finalidad específica, a efecto de que las consideraciones del aplicador, sin dejar de lado la seguridad, sustenten una ordenanza compatible con las condiciones de un Estado de derecho. En palabras del Profesor Pérez Luño: *“El sentido de la ignorancia del Derecho en la sociedad democrática no es otro que el de garantizar los principios de validez y eficacia del derecho. Esa garantía requiere la sujeción general de los poderes públicos y de todos los ciudadanos al ordenamiento jurídico, y consiguientemente la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley.”⁶³*

Consecuentemente, la función de la ignorancia de la ley en el Estado de Derecho es asegurar la validez y la eficacia general de las normas frente a los pretextos de su desconocimiento, pero a la par, en el Estado social y democrático de Derecho, en cuanto implica no solo un orden de garantías formales sino un sistema de valores materiales, no debe

⁶² Ídem.

⁶³ Ídem.

permanecer insensible a las circunstancias subjetivas que rodean el cumplimiento del Derecho.⁶⁴

Con relación a la cosa juzgada, Pérez Luño señala que se trata de una figura referente de las decisiones tomadas en una sentencia irrevocable. Reconoce en ella dos aspectos: el formal (que incluye la inmutabilidad de la sentencia al no admitir recurso alguno, sea porque se agotaron las instancias, porque transcurrió el plazo de interposición del recurso sin haberse ejercitado, o bien porque habiéndolo hecho se desistió de él) y el material (que impide un nuevo examen o una nueva decisión frente a quienes han sido parte en el proceso). La cosa juzgada significa la necesidad de poner fin a la posibilidad de impugnación y revisión de resoluciones judiciales y actos administrativos. La cosa juzgada responde a dos expectativas de seguridad jurídica: primero, a la exigencia subjetiva acerca de la permanencia de la decisión; y segundo, a la exigencia más bien colectiva de que a partir de cierto momento la lucha por el derecho en los asuntos concretos llegue a un término.⁶⁵

Por cuanto hace a la irretroactividad, el estudioso en comentario la entiende como la proyección del ámbito temporal de las normas a hechos o conductas previas a su promulgación.

Asimismo reconoce las expresiones en el sentido de que ninguna ley es retroactiva *stricto sensu*, pues ésta no puede ni reglamentar, ni modificar el pasado, sino sólo extender sus consecuencias jurídicas en el presente a situaciones producidas en el pasado.

Estas situaciones anteriores, a las que se atribuyen consecuencias jurídicas presentes, pueden haberse realizado completamente en el pasado “retroactividad auténtica” o haberse iniciado en el pasado con una prolongación hasta el presente “retroactividad impropia”.

La prohibición de retroactividad de las leyes –dice– representa una manifestación básica y específica de la seguridad jurídica. Este requisito de la legislación fue plasmado de

⁶⁴ Ídem.

⁶⁵ Cfr. *Ibidem*, p. 486.

manera plena en el célebre postulado: «*Nullum crimen nulla poena sine lege*», en donde *lege*, se asume siempre como *lege previa*.

En el Estado liberal de Derecho –continúa Pérez Luño– la irretroactividad favoreció una tendencia hacia la inmovilidad jurídica. En contraste, en el Estado social de Derecho ha supuesto un cambio de orientación dada su incompatibilidad con esa inmovilidad que se traduce en “petrificación del ordenamiento jurídico”. La seguridad jurídica adopta en esta forma política, abierta y permeable a las necesidades sociales, un sentido dinámico que implica la aceptación tácita de la cláusula *rebus sic stantibus* como criterio básico de política legislativa.

Conforme a ese postulado, la irretroactividad de las normas es considerada un valor a mantener en tanto subsista su *ratio legis*. Mas, en el momento en que se modifiquen las circunstancias motivadoras de la promulgación de la ley, el ordenamiento jurídico en su dimensión de instrumento de progreso y perfeccionamiento no puede resistir su mutación.⁶⁶

Con relación a los derechos adquiridos, el referido escritor los expone como aquellos válidamente constituidos y consolidados al amparo de una determinada legislación. Por medio de su reconocimiento se tiende a no cuestionar las situaciones jurídicas establecidas en el pasado, para asegurar la confianza de los integrantes de la sociedad y la estabilidad misma del Derecho.

Sobre esta base –abunda el autor– la confianza de las personas en el Derecho reposa, en gran medida, en el respeto general de aquellos poderes de actuación, prerrogativas y situaciones que el ordenamiento jurídico ha puesto a su servicio para la consecución de sus fines personales.

La teoría de los derechos adquiridos ha sido constantemente invocada también como un paradigma de la tensión entre justicia y seguridad jurídica. El carácter intangible de los

⁶⁶ *Ibidem*, pp. 486-487.

derechos adquiridos puede llegar a ser incompatible con los imperativos de justicia y de bien en común.

En opinión del profesor consultado, el Estado de Derecho ha supuesto un replanteamiento de los derechos adquiridos, con el cual se pretende superar la disyuntiva seguridad-justicia. Porque en el Estado de Derecho, el problema de los derechos adquiridos no se contempla exclusivamente como una cuestión de legalidad, sino como algo que concierne a la legitimidad.

Ante tales premisas, el reconocimiento de los derechos adquiridos no se detiene en condiciones formales de validez de la legislación a cuyo esquema nacieron, sino que se extiende a las condiciones de justicia (exigencia de buena fe, ausencia de dolo, etc.) determinantes para la génesis de tales derechos y su mantenimiento.⁶⁷

A manera de conclusión con relación a los términos de la reseña efectuada, conviene parafrasear algunas ideas finales. En tiempos anteriores con frecuencia se aludía a dos tipos de amenazas contra la seguridad jurídica: las teóricas, procedentes de algunas escuelas jurídicas, así como de las concepciones del Derecho en los sistemas totalitarios; y las fácticas, dimanantes de la pérdida de claridad y sencillez de las leyes, especialmente de los que él designa como "*hipertrofia legislativa*" producida por un Estado convertido en máquina de hacer leyes.

En años posteriores, las amenazas teóricas han mudado su carácter, mientras que las fácticas se han multiplicado. Las amenazas teóricas a la seguridad, han perdido relevancia actual, en cuanto provienen de juristas legitimadores de sistemas políticos totalitarios. Su corta calidad científica aunado a su descrédito, les han puesto en una situación de desventaja frente a la dinámica de la coyuntura política internacional, orientada en la actualidad hacia la consolidación de los Estados de Derecho a escala ecuménica.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 487.

Para esta época –continúa el profesor Pérez Luño– las descalificaciones ideológicas más directas contra la seguridad derivan de ciertas tesis posmodernas. La infra-valoración de la seguridad jurídica se prende de los planteamientos de corrientes muy diversas, desde Europa a Norteamérica, desde el método hasta el contenido, pasando por una interpretación sesgada dirigidas a la satisfacción de ciertos intereses. A pesar de esa variedad teórica, el denominador común a estas doctrinas es su prolongación, animada de una teoría progresista análoga al uso alternativo del Derecho de las tesis del realismo jurídico norteamericano en orden a: la indeterminación lingüística del derecho, el consiguiente e inevitable protagonismo de la función judicial en la producción normativa, y la también inevitable politización de argumentos normativos que, lejos de obedecer a premisas lógico-formales, responden a opciones ideológicas con su carga de contingencia e irracionalidad.

Esta suerte de politización abusiva de la interpretación del Derecho, por medio del reforzamiento del arbitrio judicial supone un ataque frontal a la seguridad jurídica, postulado básico del Estado de Derecho. En opinión del autor en paráfrasis, ha sido en el terreno de los hechos desde donde, sin resquicio de duda, se han perpetrado los ataques más implacables al valor jurídico de la seguridad. Nuestro tiempo se caracteriza por la ampliación de las atribuciones de los poderes públicos. La multiplicación de intervenciones normativas del Estado se realiza, las más veces, por vía de medidas o providencias administrativas. La certeza respecto del Derecho, en cuanto a la asequibilidad de sus destinatarios de conocer y cumplir sus prescripciones se ha resentido del aluvión normativo y de su permanente modificación, pero en grado no menor de la prolijidad, complejidad y equivocidad del lenguaje empleado en la expresión de las disposiciones legales.

Bajo estas condiciones –sostiene el profesor– no solo los particulares, sino aun el propio legislador y los juristas (así como funcionarios administrativos, jueces o abogados) enfrentan graves dificultades para el conocimiento y aplicación del Derecho. El constante devenir de leyes y decisiones jurisprudenciales, cuyo exacto y puntual conocimiento es imprescindible para el funcionamiento adecuado del sistema jurídico, hace materialmente imposible su discernimiento, interpretación y aplicación por los operadores jurídicos. La

transparencia del sistema normativo, que es presupuesto básico de la certeza del Derecho, se ve suplantada por su creciente opacidad e inescrutabilidad.

En esas circunstancias, el Derecho positivo deviene inaccesible para los propios especialistas. El valor de la seguridad jurídica se resquebraja por el menoscabo de la vigencia del ordenamiento jurídico, muchas de cuyas normas permanecen inoperantes por falta de información. Ante esa situación, que ha sido calificada como de decadencia de la seguridad jurídica, y en la que la certeza del Derecho se halla más próxima al mito que a la realidad, se hace apremiante la búsqueda de soluciones restitutorias de la seguridad perdida.

Una de ellas –continúa Pérez Luño– quizá porque en la actualidad ofrece mayores posibilidades sea la informática. La crisis de la seguridad se enmarca en un proceso de crisis de adaptación de los conceptos y categorías jurídicas heredados del pasado a las exigencias de la sociedad tecnológica. En consecuencia, las aportaciones de la Informática Jurídica, o la disciplina que aborda la proyección de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación al Derecho, representan una respuesta ineludible para la resolución de problemas jurídicos para los que los métodos tradicionales han perdido capacidad operativa.⁶⁸

Esta tensión seguridad jurídica-justicia representa un área de oportunidad en la que la legislación procesal constitucional, puede avanzar un tramo importante en la aplicación de elementos teóricos, vigentes, acordes al modelo de Estado de aspiración casi universal, en donde las decisiones jurisdiccionales atinentes al acceso a la justicia en el plano constitucional, respondan a mucho más que una interpretación (muchas veces ni siquiera exhaustiva) efectuada con métodos superados.

1.6.2. El Conflicto entre Justicia y Certeza Jurídica

Para Robert Alexy, el conflicto entre la justicia y la certeza jurídica, con relación a normas individuales, encuentra solución en la aplicación prioritaria del derecho positivo, salvo que la

⁶⁸ *Ibíd.*, pp. 487-490.

contradicción entre éste y la justicia sea tan evidente que la condición de “derecho incorrecto” deba apartarse para dar paso a la justicia.⁶⁹

Así, el hecho de que una norma individual sea correcta (justa) no implica necesariamente que todo el sistema jurídico lo sea, esto se puede observar a través de la existencia o inexistencia de determinados principios relacionados con la legalidad como son la generalidad del derecho, la promulgación y la prohibición de su aplicación retroactiva.

El sometimiento del Estado a un ordenamiento jurídico implica que el ejercicio del poder público sea realizado de conformidad a las disposiciones legales que lo regulan, por lo que, cuando los actos de autoridad son formulados en contravención al mandato legal, deben ser corregidos.

De ese modo la seguridad jurídica no puede significar sino una clase de justicia, que queda concretada más específicamente, por su relación, con el actuar autoritario.

Partamos de la base de que los órganos del Estado cuentan con facultades y atribuciones establecidas en ordenamientos jurídicos de conocimiento público, sobre los cuales deciden si actúan o no –en el caso de facultades discrecionales– y en caso positivo –que no esté reglado– el alcance de su actuación.

Cuentan además con la presunción de legalidad de sus actos, debido a que éstos son válidos y ejecutables mientras no exista ulterior resolución que les prive de efectos –sea por el propio órgano emisor o bien por uno diverso–.

En una situación ideal, en donde el ente autoritario se rigiese exclusivamente por las pautas normativas, sin intromisión de las pasiones, desviaciones, intereses, amenazas o prejuicios –todos ellos inherentes al ser humano– cabría aun la posibilidad del error, de esa característica humana por excelencia, que determina nuestra evolución.

⁶⁹ Cfr. Alexy, Robert. *Derecho y Razón Práctica*. Ed Fontamara, 3ª reimp., México, 2006, pp. 54-55.

Ante el error, la decisión estatal puede ser revocada por el propio órgano emisor, o bien por uno diverso, en la misma sede o una distinta. Pero qué ocurre cuando el error se encuentra precisamente en el parámetro de la actuación autoritaria, en el basamento de su intervención en un caso concreto, en la ley.

Es indispensable que la ley sea sujeta de un escrutinio con el menor formalismo posible, es necesario que el carácter positivo de la ley no resulte un impedimento para que la justicia se abra paso.

El referente para determinar el apego de la ley a la justicia serán necesariamente los derechos humanos, en otros términos, la seguridad jurídica, en su máxima expresión, será aquella certeza de que, no obstante los “errores” en que puede incurrir el legislador, el administrador, el juzgador o algún otro que sin pertenecer al ámbito de los tres poderes, despliegue actos autoritarios, el filtro de los derechos humanos determinará al final la justicia de la decisión sobre los bienes jurídicos individuales o colectivos.

1.6.3. La Justicia como Corrección en Robert Alexy

En palabras del profesor alemán Robert Alexy, la justicia de la mano del derecho tiende a la consecución de la participación de un ente autoritario encargado de la aplicación del derecho, la efectividad social y el sistema de valores que permitan la materialización de lo “correcto” para una sociedad en un tiempo y lugar determinados.⁷⁰

La tesis alexyana de la justicia como asienta sus detalles en la postura no positivista de la conexión entre derecho y moral, sobre la que descansan en buena medida varios planteamientos de esta obra.

La referida tesis se sostiene en argumentos referidos a la justicia conmutativa y a la justicia distributiva. Sobre el efecto distributivo, –dice el profesor Alexy– si un individuo A recibe una sanción muy grave por un acto y otro individuo B es sancionado levemente por el

⁷⁰ Cfr. Alexy, Robert. Op. Cit., p. 45.

mismo acto, frente a la existencia de idénticas circunstancias relevantes para la punibilidad, no sólo se plantea la cuestión de si la relación entre la pena y la culpa ha sido determinada de forma incorrecta, en uno o en ambos supuestos, de manera que se hubiese lesionado la justicia conmutativa, sino también si existe un trato desigual incausado, lo que constituye un problema de justicia distributiva.

Por cuando hace al ámbito de la justicia conmutativa, trasciende la relación entre prestación y contraprestación. La distribución de los bienes materiales de una sociedad depende, esencialmente, de la relación entre trabajo y salario, obra y pago, mercancía y precio.

En ese tenor, el problema de la justicia distributiva se presenta no sólo cuando entra en escena un sujeto que distribuye (que sería el Estado) como en el caso de la asistencia social o del impuesto, sino también cuando la distribución se confía a la mano invisible del mercado.

Así, los conceptos de distribución y compensación no sólo están estrechamente interrelacionados; existen también problemas morales en los que no resulta fácil decir si se trata de un problema de distribución o de compensación.⁷¹

Para Robert Alexy la justicia versa siempre sobre la distribución y la compensación, por ello señala que una definición genérica de justicia sería: “*Justicia es corrección en relación con la distribución y la compensación.*”⁷²

Sostiene el autor que a primera luz esa definición tiene el inconveniente de su abstracción y vacío de contenido. Es decir que el concepto abstracto e indeterminado de justicia se reemplaza por el aún más abstracto e indeterminado concepto de corrección. A pesar de ello, precisamente la intensa abstracción del concepto de corrección permite la clarificación del concepto de justicia.

⁷¹ Cfr. Alexy, Robert. *La Institucionalización de la Justicia*. Ed. Comares, Col. Filosofía, Derecho y Sociedad, 2ª ed. Ampliada, Trad. José Antonio Seoane et. al., Granada, 2010, pp. 49-50.

⁷² *Ibíd.*, p. 51.

El objeto de la justicia no es todo el ámbito de la moral, sino solo por cuanto hace a la distribución y la compensación. El concepto de justicia parte de lo que el autor denomina: “criterios supremos de valoración”. En donde el más importante de los conceptos análogos al de justicia es el de verdad, pues –de acuerdo con su planteamiento– al igual que la verdad es el criterio supremo de valoración para determinar la corrección de los enunciados acerca de lo que ocurre, la justicia es el valor superior para determinar la corrección de la distribución y la compensación.⁷³

Por su carácter de caso especial de corrección –señala el autor en cita– la justicia tiene profundas implicaciones para la teoría encargada de su estudio. La afirmación del carácter justo de algo, implica también su corrección, en el mismo sentido, afirmar que algo es correcto, da a entender que es fundamentable. Por lo tanto, la justicia como corrección lleva a la justicia como fundamentabilidad.

Las cuestiones de justicia –sostiene Alexy– son cuestiones normativas. Lo cual implica que la justicia como fundamentabilidad se ocupe de la fundamentabilidad de las normas sobre la distribución y la compensación del modo previamente señalado.

A este respecto, surgen diversas teorías relativas a la fundamentación de las normas. Por un lado pueden hallarse las teorías emotivistas, subjetivistas, relativistas y decisionistas; por otro, las racionalistas, objetivistas, absolutistas y cognitivistas.

A decir del autor reseñado, ninguno de los dos extremos es acertado. El emotivismo puro ignora que los juicios de justicia son verdaderos en los que se formula la pretensión de corrección. Esta pretensión conlleva que los juicios de justicia son algo más que la expresión de una opinión o decisión meramente subjetiva o relativa. Por otro lado, el objetivismo radical asimila en exceso los juicios de justicia a juicios de hecho corrientes. Los valores morales no existen de la misma manera que los hechos empíricos, con los cuales nuestros juicios de justicia sólo han de estar en correspondencia de algún modo para ser verdaderos.

⁷³ Cfr. Ídem

Más bien, la corrección de nuestros juicios de justicia depende permanentemente, además, de los intereses y necesidades de todos los implicados, así como de su tradición y cultura.

La posible salida a este dilema –continúa Alexy– es ofrecida por la teoría del discurso. Por un lado, se hace cargo del hecho de que se puede argumentar de forma racional sobre la justicia. Con lo cual nos coloca por encima de la posición emotivista-subjetivista. Por otro, en ella no se pasa por alto que una teoría de la justicia sólo resulta aceptable cuando tiene suficientemente en cuenta los intereses y necesidades, así como la tradición y cultura de todos los implicados.⁷⁴

Con ello la teoría del discurso se torna en la base de una adecuada teoría de la justicia. La teoría del discurso es una teoría procedimental de la corrección de las normas.

Según la cual, una norma es correcta si, y sólo si, puede ser el resultado de un determinado procedimiento, que es el de un discurso práctico racional.

Para el carácter de la teoría del discurso como teoría de la justicia tiene especial importancia que el procedimiento del discurso sea un procedimiento de argumentación, y no un procedimiento de decisión. Esto la diferencia de las teorías procedimentales previas de la justicia en las que lo correcto no se busca con argumento contraargumentos, sino que se maximiza la utilidad por medio de la negociación y la decisión.

Asimismo –señala el autor– un discurso práctico es racional en la medida en que se cumplan las condiciones de la argumentación práctica racional. Éstas pueden dividirse en dos grupos. Las condiciones del primer grupo formulan reglas que también son válidas para cualquier argumentación práctica racional, con independencia de la teoría del discurso. Entre ellas figuran la no contradicción, la universalizabilidad, en el sentido de un uso coherente de los predicados empleados, la claridad lingüístico-conceptual, la verdad empírica, la consideración de las consecuencias y la ponderación. Estas reglas valen también para

⁷⁴ Cfr. *Ibidem*, pp. 52-53.

monólogos. Para la teoría del discurso como teoría de la justicia tienen una importancia crucial las reglas específicas del discurso. Éstas tienen un carácter no monológico.⁷⁵

Las reglas más importantes de acuerdo con el estudioso en cita disponen:

1. *Quien pueda hablar puede tomar parte en el discurso.*
2. (a) *Cualquiera puede cuestionar cualquier afirmación.*
(b) *Cualquiera puede introducir cualquier afirmación en el discurso.*
(c) *Cualquiera puede expresar sus opiniones, deseos y necesidades.*
3. *No se puede impedir a ningún hablante, mediante coacción interna o externa al discurso, ejercer sus derechos establecidos en (1) y (2).*⁷⁶

En relación con las personas, estas reglas expresan las ideas de libertad e igualdad en el plano de la argumentación. A través de la libertad y la igualdad de las personas se asegura que serán considerados todos los argumentos, y que ninguno será excluido de antemano. A la vez que todos los argumentos quedan son expuestos a la crítica intersubjetiva en condiciones de libertad e igualdad. Con ello, se realizan las ideas de neutralidad y objetividad en el plano de los argumentos. Libertad e igualdad de las personas y neutralidad y objetividad de los argumentos son las partes esenciales de la teoría discursiva de la justicia.

La estructura de la argumentación contiene, así, la estructura de la justicia. De manera simultánea surgen otros dos atributos significativos de la teoría discursiva de la justicia: la procedimentalización y la idealización. La primera se manifiesta con claridad en que las reglas mencionadas no establecen directamente ninguna exigencia material o de contenido para la argumentación. La expresión de la idealización consiste en que no cabe esperar que las reglas del discurso sean de hecho cumplidas íntegramente. Ambas culminan en el concepto del discurso ideal. Un discurso ideal en todos los aspectos es un discurso en el que se busca respuesta a una cuestión práctica en condiciones de tiempo ilimitado, participación ilimitada y ausencia total de coacción, en aras de producir completa claridad lingüístico-conceptual, completa información, capacidad y disposición completas para el cambio de roles y ausencia total de prejuicios.

⁷⁵ Cfr. *Ibíd.*, pp. 53-54.

⁷⁶ *Ibíd.*, p. 54.

Al comparar este concepto con la posición original rawlsiana se hace patente una diferencia fundamental en la construcción. En la posición original, la neutralidad se asegura por medio de restricciones de información; en el discurso, a través de una “ampliación idealizante”.⁷⁷

En la teoría discursiva de la justicia el discurso ideal opera como una idea regulativa. Esto mismo resulta aplicable para el criterio de corrección más general definido con ayuda de dicho concepto:

*Son correctas y, por tanto, justas las normas para la distribución y la compensación a las que todos darían su aprobación en un discurso ideal.*⁷⁸

Aparte de las discusiones generadas por esta y por el concepto de discurso ideal, es notorio que la teoría del discurso sólo puede ofrecer una teoría de la justicia apropiada si está en condiciones de resolver los problemas de la ampliación. Sólo puede hallarse tal solución si se puede responder a los problemas de la idealización con una teoría de la institucionalización y a los de la procedimentalización con una teoría del contenido.

1.6.3.1. La Institucionalización de la Justicia

Frecuentemente se expone –dice Alexy– que el carácter ideal de la teoría del discurso conduce a la necesidad del derecho. Muchos conflictos sociales no son susceptibles de aguardar sin solución hasta la llegada de un consenso precedido por una permanente. Tal circunstancia vuelve necesarios procedimientos jurídicos como el legislativo y el jurisdiccional.

El basamento formal de todos ellos se encuentra en la Constitución. Uno de los presupuestos básicos de la teoría del discurso es que resulta más factible un acuerdo sobre las partes esenciales, materiales y procedimentales, de la Constitución que sobre las múltiples particularidades de la política y de la vida social. La Constitución, por tanto, se convierte en el primer objeto de la teoría discursiva de la justicia.

⁷⁷ Cfr. *Ibidem*, p. 55.

⁷⁸ *Ídem*.

La institucionalización constituye un problema acompañado por otro: el del contenido. Si partimos del hecho del pluralismo, es posible observar que las sociedades modernas se caracterizan porque en muchas cuestiones normativas fundamentales se sostienen concepciones muy diferentes.

La situación por conocer se centra en la posibilidad de un discurso racional que consiga un consenso suficientemente amplio sobre las partes esenciales de la Constitución.⁷⁹

1.6.3.2. La Formulación de la Constitución por medio de la Teoría del Discurso

En el discurso relativo a la Constitución subsiste la regla fundamental de inserción: cualquiera puede introducir sus concepciones de justicia en el discurso. Las diferentes concepciones de justicia están basadas en distintas tradiciones y autocomprensiones. Inicialmente ninguna de ellas está excluida del discurso. Con esa base, todos los principios de justicia pueden ser introducidos en el discurso. A pesar de ello, ninguna tradición y ninguna comprensión del mundo o autocomprensión están protegidas. Todo queda expuesto a la luz de los argumentos. Con esto se expresa una idea profundamente arraigada en la teoría del discurso: la confianza de la razón en sí misma, como base esencial de la autonomía individual. Si esta idea no es mera ilusión, puede suponerse que, en un discurso libre, algunas opiniones problemáticas acerca de la justicia serán reducidas a la nada o, al menos, relativizadas. Razón por la cual, los dictadores, tiranos y déspotas, religiosos y profanos, recelan del discurso público libre.

Asimismo –refiere Alexy– el hecho de que las concepciones de justicia problemáticas puedan ser disueltas o, al menos, relativizadas en el discurso no implica que los argumentos estén en condiciones de eliminar todas las diferencias. Existen convicciones normativas, muy resistentes a los argumentos. Para ellas, una Constitución democrática pone dos lugares a su disposición: los ámbitos de libertad garantizados por los derechos fundamentales y el escenario de la competencia democrática, cuyo telón puede volver a levantarse incluso tras una decisión legislativa parlamentaria. De este modo, queda espacio suficiente para las diferencias. Para ello es decisivo que, sin perjuicio de todas las diferencias, predomine un

⁷⁹ Cfr. *Ibidem*, p. 56.

acuerdo suficientemente amplio respecto de los derechos fundamentales y la estructura básica del proceso democrático.

Las distintas concepciones acerca de la justicia –continúa el profesor Alexy– están basadas en principios de justicia diversos. Entendidos los principios como normas que prescriben que algo sea realizado en la mayor medida posible, a consideración de las posibilidades fácticas y normativas.

Las normas sobre la justicia pueden ser tratadas como reglas o como principios. Si se las trata como reglas, encontrará la inconveniente necesidad de establecer entre ellas órdenes jerárquicos fijos.

El panorama es distinto si las normas de justicia son tratadas como principios. En tal caso, se arriba a una teoría de la justicia basada en la ponderación, pues la forma de aplicación de los principios es la ponderación. Ésta –señala Alexy– es la estructura preferible para una teoría de la justicia. Permite la consideración adecuada de todos los puntos de vista, que es uno de los postulados fundamentales de la racionalidad. De ese modo, se puede intentar obtener en ella un equilibrio razonable entre los derechos de libertad liberales y los derechos sociales en un catálogo de derechos fundamentales.

Lo mismo resulta aplicable a la relación entre igualdad jurídica e igualdad de hecho. Al tiempo, todo el instrumental de la ponderación racional puede resultar productivo para la teoría de la justicia. La justicia como ponderación tiene, además, una ventaja adicional. Expresa la idea de la medida correcta, idea clásica para la justicia. Excluye, así, cualquier forma de fanatismo. El postulado de la disposición a la ponderación es un postulado esencial del discurso racional de la justicia. Expresa el respeto de los principios de justicia de los otros y, con ello, es un corolario del reconocimiento de los otros como interlocutores del discurso en igualdad de derechos y como miembros de una sociedad integrada por individuos libres e iguales.

A manera de corolario –explica el autor en consulta– la ampliación del discurso ideal ha experimentado una primera restricción: la exigencia de una disposición básica a la

ponderación. Esta exigencia no significa que todo pueda ser arrastrado por ella. Hay “núcleos de estabilidad normativa” frente a los que ya no caben buenos argumentos. Pero esos núcleos, en una teoría racional, son también el resultado de una ponderación.

El fanatismo hostil a la ponderación no es lo único que debe ser excluido. Cuando se trata de la solución pública de conflictos de intereses y del establecimiento de un orden común de libres e iguales, como sucede en las cuestiones de justicia y constitucionales, la teoría del discurso exige que sólo puedan ser sostenidos argumentos verificables por todos los participantes.

Por ello, no se le prestará atención o será excluido de un discurso racional quien, por motivos religiosos, metafísicos o mágicos, cuestione los derechos a la libertad y a la igualdad y, a pesar de todas las advertencias sobre el notorio carácter no verificable de sus argumentos, persevere en ellos. Naturalmente, el criterio de la verificabilidad necesita ser interpretado y precisado. En casos dudosos es preferible votar antes a favor que en contra de la admisibilidad de un argumento. Sin un criterio de esas características peligraría la idoneidad práctica de la teoría del discurso como teoría para la elaboración de una teoría pública de la justicia.

Sobre la apreciación de la visión alexyana de la justicia; la construcción de sus principios y su inclusión en la Constitución, aunados a las expresiones filosófico-axiológicas abordadas en este acápite, nos resta únicamente la aproximación al concepto de denegación de justicia, para luego analizar el concepto de justicia constitucional y la manera cómo se ha materializado en el contexto jurídico mexicano.

1.7. DENEGACIÓN DE JUSTICIA

Impedir el arribo a la justicia puede significar la diferencia entre el alcance o no de las aspiraciones personales de un individuo, entre vivir con honra y libertad o sin ellas, e incluso entre conservar la vida y perderla.

Aún más, puede configurar la permanencia o no de las personas en el lugar de su predilección o bien de la conservación del modo de vida que idearon y que han despegado hasta el momento de la intervención –o en el que pretendieron la intervención– del órgano judicial. Resulta pertinente aclarar que la alta responsabilidad de impartir justicia – y por tanto la posibilidad de denegarla– estudiada en este apartado, se refiere exclusivamente a las decisiones jurisdiccionales.

Hallar la univocidad de un concepto de denegación no auxilia al fondo de nuestro objetivo, como si lo hace identificar los sitios donde la denegación se presenta.

Con esa advertencia, hacemos un intento por definir el vocablo denegación. Dicho vocablo procede del latín *denegatio*, *-ōnis*, que significa acción y efecto de denegar, por su parte el término denegar procede también de la raíz latina *denegāre*, la cual denota no conceder lo que se pide o solicita.

Es posible que la idea cuya proyección se pretende con la palabra denegación no sea exacta, no obstante debemos hacer patentes las raíces de la palabra, con la intención de desentrañar al menos uno de sus significados engarzado a la noción de justicia referida en líneas precedentes.

Ahora bien, con la base etimológica podemos iniciar el escrutinio del significado de denegación en cuanto a lo que aquí interesa, consistente en la acción de no conceder de una manera injustificada, en otras palabras, es posible que un tribunal no conceda al que pide lo solicitado pero que esa denegación de lo pedido sea correcta, es decir ajustada al derecho de las personas en el caso particular, sin embargo, la denegación materia de esta disertación se refiere a aquella en donde se niega lo solicitado por un actuar incorrecto del órgano jurisdiccional.

Es notorio el cambio del enfoque general de los actos estatales sujetos a una evaluación con relación a su carácter justo, a un escrutinio directo de la actividad jurisdiccional.

La existencia de actos públicos cuya naturaleza intrínseca puede ser analizada por su carácter distributivo, por su corrección, acorde con la conformación del Estado y sus instituciones, toma un cariz distinto, cuando el cauce de esas instituciones indica que su juzgamiento debe realizarse en sede jurisdiccional.

En otros términos, la pauta constitucional indica que la prueba de justicia de los actos del poder debe realizarse siempre ante un órgano formal y materialmente jurisdiccional.

Este cauce se encuentra determinado por las normas específicas rectoras de los procedimientos, las cuales en principio constituyen un acto legislativo y el primer contacto entre la justicia o su denegación, en relación con los justiciables.

Con esta grave encomienda los tribunales se alzan como el segundo engranaje en la maquinaria de la vigencia constitucional, abriendo u ocluyendo el paso a quienes ante ellos ejercitan un derecho procesal, con la intención de someter a una revisión judicial un acto autoritario, generalmente con base en un derecho sustantivo o en una regla constitucional.

Este mapa legislativo-procesal da cuenta de los sitios donde puede aparecer el acceso a la justicia o su denegación. En otras palabras, marca los puntos donde la ley y el juez permiten el juzgamiento de los actos estatales o lo impiden.

Nuestro objetivo es precisamente el estudio de los casos en donde se impide la revisión judicial de los actos de autoridad y en desentrañar las causas y consecuencias del impedimento, con el auxilio de la norma procesal y con base en la norma constitucional y la definición de justicia conocida hasta aquí.

Con independencia de que este camino de la justicia se vea más diáfano en capítulos subsecuentes ⁸⁰ hagamos un recuento de los sitios donde se hace posible observar la denegación de justicia:

- a) El diseño de las normas constitucionales.
- b) El diseño de las normas procesales.
- c) La interpretación y aplicación de las normas citadas en los acuerdos iniciales de los procedimientos.
- d) La interpretación y aplicación de las normas citadas en los acuerdos relativos a la medida cautelar.
- e) La interpretación y aplicación de las normas citadas en los autos de sobreseimiento.
- f) La interpretación y aplicación de las normas citadas en las determinaciones intraprocesales.
- g) La interpretación y aplicación de las normas citadas en las sentencias definitivas, y
- h) La interpretación y aplicación de las normas citadas en las resoluciones de los tribunales de segundo grado.
- i) La interpretación y aplicación de las normas citadas en la ejecución de las sentencias.

Esta clasificación inicial obedece en su mayoría al estudio de la actuación de los jueces constitucionales, habría que agregar el componente de la ilegalidad, de la diversidad de criterios y de la multiplicidad de interpretaciones.

Fenómenos éstos, inmanentes a la justicia de tribunales, al ser finalmente un acto de autoridad desplegado por seres humanos, en quienes se ha depositado esa insigne función confiando en su formación, preparación y erudición; pero también en su probidad, sensibilidad y sentido de la ética,.

Para quien esto escribe, un aspecto tal elemental como el acceso a la justicia no debe dejarse al mero arbitrio judicial. Debe cerrarse de tal modo que la facultad de interpretar no

⁸⁰ Vid. *Infra*, p. ---

sirva de comparsa para ejercer verdaderas violaciones al derecho de acceso a la justicia, *a fortiori*, si con el bloqueo de su disfrute se cierran las últimas o quizá únicas oportunidades de proteger la vigencia constitucional.

Denegar la justicia es ejercer violencia en contra de las personas, y aun en contra de las instituciones, no debe olvidarse que cuando existe un conflicto de disconformidad entre una norma general (aún no aplicada a un caso concreto) y la Constitución, o una invasión de atribuciones constitucionales, los destinatarios y los afectados de manera mediata o inmediata son siempre los particulares.

Un acto de esa índole no solo deja el paso libre a la ejecución del acto autoritario incorrecto y sus consecuencias sino que en ocasiones esta decisión no es revisable, erigiendo al órgano de defensa del orden constitucional en legitimador de la subsistencia del acto originario ilegal y a su vez en titular de su propio acto indebido.

Pero en el plano de la paz, de la tranquilidad social, envía un mensaje demoledor por cuanto hace al funcionamiento del Estado y sus instituciones, a la confianza que el individuo o el ente público o privado deposita en la justicia. Pues al menos el individuo ha depositado parte de sus libertades, ha renunciado al uso de la fuerza personal y a la retribución de la ofensa sufrida, confiando en la promesa del pacto social, elevado a rango constitucional, de que será protegido contra las amenazas internas o externas, y que no necesitará empuñar su espada para defender su derecho, por el contrario, contará con todas las facilidades para acceder a un tribunal que resuelva en definitiva las afectaciones inferidas a su persona por sus pares o por órganos de autoridad.

Mas, para que el anhelo de justicia se concrete no es suficiente con la posibilidad de acceder a un tribunal; no alcanza con que la ley procesal establezca la atribución para el conocimiento de determinados casos, menos aún que el caso concreto encuadre en la descripción legal, se requiere una materialización de la justicia en donde el arbitrio del juzgador no sea tan amplio como para constituir una verdadera denegación de justicia, es necesaria una acotación de la facultad de interpretar en materia de acceso a la jurisdicción,

bien por medio de reformas jurídicas procesales tendientes a disminuir la discrecionalidad en las resoluciones iniciales, bien por la exigencia de obligaciones de transparencia, rendición de cuentas y un sistema funcional de responsabilidades, o quizá una combinación de ambas, que sienten las bases del respeto irrestricto al derecho de acceso a la justicia como el único cauce para arribar a la defensa de todos los demás derechos fundamentales.

Se ha de diseñar el control de las decisiones jurisdiccionales de tal suerte que no se deseche una pretensión formal de justicia sino después de una revisión exhaustiva, justificada y sobre hipótesis jurídicas cerradas, las cuales además deben ser escasas.

¿Qué hacer cuando el órgano encargado de impartir justicia es el que la deniega? Cabe hacer una interpretación actualizada de las condiciones sociales, políticas y económicas en que ese pacto se dio y la disponibilidad de los poderes constituidos de respetarlo, sobre todo si se trata de órganos de justicia constitucional, ya que en principio, una actividad irregular en esa materia le resta legitimidad a la institución judicial.

En las páginas subsecuentes intentamos establecer una visión de la justicia constitucional, enfocada en el ámbito nacional, que justifique una modificación en la regulación de los instrumentos de tutela constitucional⁸¹ —esencialmente el amparo— para llevar a su mínima expresión la posibilidad de denegación en el ejercicio de la acción constitucional de amparo y plantear un control de la actuación jurisdiccional *a posteriori* en los casos concretos, como una manera de acceder a la justicia sin formalismos, y con la mira puesta en la concreción de la forma más sentida de protección de las libertades individuales y la supremacía de la Constitución.

1.8. CONCLUSIÓN

El estudio teórico de la justicia representa un reto mayor. Hemos observado distintas perspectivas sobre el tema y una diversidad entre sus elementos esenciales, según quienes se pronuncien sobre el particular.

⁸¹ Vid. *Infra*, 3.4.

Lo que parece poco cuestionado es que los seres humanos –debido a su conducta gregaria– requieren cerca a la justicia.

Con esas posturas teóricas se sientan las bases para la creación de las instituciones, en este caso principalmente el Estado, con una serie de componentes que le distinguen de otros de su especie, según el lugar y el tiempo en el que se ha realizado su construcción ideológica.

Por lo tanto, los elementos integradores del concepto de justicia dependen del contexto histórico, así como del ideológico constitucional que sirve de soporte a la definición y de la corriente del pensamiento a que se adscriba el filósofo. Con ello no es posible dar un concepto unívoco de justicia, sino delinear, en el contexto del investigador, los elementos de su composición, a efectos de la investigación en curso.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN EL DERECHO MEXICANO

SUMARIO: 2.1. Aproximación. –2.2. Sobre el Origen y la Legitimidad del Control de la Constitucionalidad. –2.3. El Modelo de Estado y la Justicia Constitucional. –2.3.1. La Justicia Constitucional en el Estado Constitucional de Derecho. –2.3.2. La Justicia Constitucional y su Ascendencia en la Teoría del Derecho. –2.3.3. La Justicia Constitucional desde la Visión Procesal. –2.4. Conclusión.

2.1. APROXIMACIÓN

Después de un ejercicio reflexivo por el que entramos al estudio de las corrientes de pensamiento sobre la justicia en general –con énfasis en el aspecto social– y fijamos nuestra postura con relación a la que por considerar más acertada encauza el derrotero de este documento, se hace un acercamiento al tema de la justicia constitucional.

El estudio propuesto es necesario para sentar las bases teóricas de lo que se entiende por justicia constitucional, por ser éste el ámbito donde se despliega el objeto de estudio. Por tal motivo, su abordaje es indispensable.

Esta tarea arranca en la exposición de algunos aspectos relevantes en el devenir constitucional en algunas partes del mundo occidental, a través de los cuales se aprecia el origen y la manera en que se ha podido sustentar el control de constitucionalidad. En esta tarea cobra relevancia el modelo de Estado, el cual también es abordado, para finalmente tomar postura sobre las posibles acepciones de justicia constitucional, desde concebirla como una corriente filosófica explicativa de un modelo de Estado de Derecho, como una teoría que encierra los postulados de cómo se regulan las controversias en una sociedad determinada, o como una serie de presupuestos y normas procesales que permite la resolución de conflictos

donde se involucran los derechos fundamentales y la competencia constitucional de los poderes constituidos.

A nuestro modo de ver, la única manera de confrontar la existencia plena o disminuida de la justicia constitucional en un orden jurídico dado, es por medio de la elección de un modelo y su contraste con la realidad jurídica.

A tal fin, después de una incursión sobre las diversas posiciones que determinan a la justicia constitucional, elegimos la que mejor se adapta a la consecución del objetivo. La describimos lo mejor posible y la aplicamos al caso mexicano, con la finalidad de apreciar si se encuentran o no satisfechas las exigencias de la posición elegida.

Al respecto, nos sumamos a la visión del profesor Luis Prieto Sanchís a cuyas palabras remitimos: *“Ninguna constitución sin teoría ética que la sustente, ninguna interpretación constitucional sin argumentación moral”*.⁸²

2.2. SOBRE EL ORIGEN Y LA LEGITIMIDAD DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

En cuanto al modelo de Estado, su relación con la Constitución y de manera más concreta con la justicia constitucional, desde la perspectiva de su desarrollo en las constituciones a partir de la ideas de soberanía, Estado y democracia, hemos tomado como base la obra de Maurizio Fioravanti, quien expresa que cuando los jueces declaran nula una ley contraria a la Constitución no reclaman una superioridad sobre el Poder Legislativo, sino que son instrumentos de la propia Constitución, que se sirve de ellos con la finalidad de confirmar la superioridad de la Ley Fundamental sobre las leyes ordinarias, así como la supremacía del poder originario del pueblo sobre el poder derivado del legislador.⁸³

Por lo cual en definitiva –continúa Fioravanti– el control de constitucionalidad es esencial e irremplazable no sólo como instrumento de protección de los derechos de los individuos y de las minorías, atento a los posibles actos arbitrarios de los legisladores y de las

⁸² Prieto Sanchís, Luis. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Ed. Trotta, 2ª ed. Madrid, 2009, p. 30.

⁸³ Cfr. Fioravanti, Maurizio. *Constitución. De la Antigüedad a Nuestros Días*. Ed. Trotta, 1ª reimp., Trad. Manuel Martínez Neira, Madrid 2007, pp. 109-110.

mayorías políticas, sino también y sobre todo con el fin de impedir que uno de los poderes, el Legislativo, pueda aspirar a cubrir y representar todo el espacio constitucional.

Es una manera en que los jueces constitucionales (pero también los actores e instrumentos de control) le hacen ver al legislador que su papel es el de un poder muy relevante pero derivado de la delegación hecha por el pueblo soberano, a través de la Carta Fundamental.

En ese orden de ideas, si se observa la experiencia constitucional en nuestro continente, de manera conjunta, es posible advertir que se dirige a conciliar la tradición del constitucionalismo con la novedad de la soberanía popular. La primera de las nombradas no era susceptible de reproducción.

La reciente historia constitucional inglesa mostraba que sin constitución escrita, asentada sobre la base sólida del constituyente emanado del pueblo, por la cual se señalaran prescriptivamente los límites y los ámbitos de cada poder, el constitucionalismo conduciría exclusivamente a una búsqueda de equilibrios parlamentarios.

En otros términos –continúa Fioravanti– el constitucionalismo sin democracia producía absolutismo parlamentario. Aunque también era verdad que en América se temía también la democracia sin constitucionalismo, la cual conducía a la concentración de los poderes en la soberana asamblea de los representantes del pueblo, y también a esta segunda contraponían la supremacía de la Constitución como garantía de poderes limitados, en la relación de equilibrio entre ellos. En una frase que el autor en cita atribuye a Thomas Paine se lee: “*Una Constitución no es producto de un gobierno sino del pueblo que constituye un gobierno, y el gobierno sin Constitución es poder sin derecho*”.⁸⁴

Aquí hallamos los elementos del constitucionalismo conocidos, principalmente la primacía de la Constitución creada por el pueblo soberano sobre el gobierno, entendido éste como conjunto de poderes constituidos, derivados de la misma Constitución.

⁸⁴ *Ibíd*em, p. 110.

De acuerdo con el texto en consulta, hay otro elemento a descollar en el constitucionalismo norteamericano, a propósito de la supremacía de la Constitución: si la Constitución es suprema porque es voluntad del pueblo soberano, no se puede impedir que ese mismo pueblo revise continua y periódicamente, al menos una vez cada generación, la misma Constitución.

Con esta aseveración, a la supremacía de la constitución querida por el pueblo soberano, que articula y limita los poderes, se sobrepone la imagen, sin duda distinta del pueblo soberano que actúa a través de su Constitución, de manera casi permanente y en continua renovación, porque tiene un deber fundamental que realizar, en esencia, el de destruir el antiguo régimen.⁸⁵

Así se dio el nacimiento de los nuevos regímenes, en Europa y en América, por un lado con la ruptura de cualquier similitud con la tradición constitucionalista del equilibrio de los poderes, por la cual se amenazaba con transformar la supremacía de la Constitución democráticamente fundada en otra cosa, en la afirmación, a secas y sin componendas, de la soberanía del pueblo a través de una constitución sometida continuamente a revisión por parte de ese mismo pueblo soberano.

En este mismo caso (americano) sólo en parte se corrió ese riesgo, pues al tiempo que se agotó el impulso revolucionario, y una vez emanada la Constitución federal, emplearon la práctica de la enmienda, ordenada y prescrita en su propia Constitución. Ésta admitió diversas revisiones, aun en aspectos muy relevantes, sin entrar a discutir los fundamentos, sin tener ya necesidad de evocar y de poner en movimiento la originaria fuerza generadora del pueblo soberano.

En el otro caso (europeo) no fue así para los constituyentes franceses, que se encontraban en una situación en esencia distinta. Quien debía asumir la tarea de demoler todo el conjunto de las relaciones políticas y sociales del antiguo régimen no podía permitirse el lujo de concebir el pueblo soberano sólo como origen y fundamento de la Constitución. Ese

⁸⁵ Cfr. Ídem.

pueblo debía entenderse más bien, en sentido plenamente político, como el soberano que a través de la Constitución representa y sostiene el proceso revolucionario.

De esta suerte –continúa Fioravanti– el constitucionalismo posrevolucionario acepta en esencia la herencia que la misma Revolución había dejado, pero sólo después de definir cuidadosamente sus confines. Ahí se encuentra comprendida la supremacía de la ley y el principio de igualdad entendido como igual sometimiento de todos a la misma ley. Sin embargo, todo cambia cuando a esta imagen de la Revolución se sobrepone otra, en la que el protagonista es el pueblo soberano dotado de un poder constituyente en esencia privado de límites.

Ante esto –dice el profesor Fioravanti– se elevan las voces del constitucionalismo europeo, algunos le contraponen el equilibrio y la moderación inherentes a la tradición constitucional inglesa; otros, la idea de la soberanía limitada y de la garantía de los derechos que se obtiene a través de la instauración de una forma de gobierno antidespótica; unos más, la búsqueda de una clase dirigente radicada de manera autónoma en la sociedad, independiente del poder político, verdadero y auténtico contrapeso a la nivelación social y a la concentración de poderes inherentes a una ilimitada expansión del principio democrático.

En toda aquella discusión de la primera mitad del siglo XIX estaba también contenido otro aspecto decisivo, en la crítica del exceso de contractualismo, pero también la negación de la legitimidad de cualquier resistencia del pueblo frente al poder constituido.

Una preocupación por la estabilidad de la obligación política, que podía ponerse en peligro por una interpretación radical y ultrademocrática de la Revolución, según la cual toda autoridad política, en cuanto contractualmente querida por los individuos, podía ser revocada por éstos en cualquier momento.

En resumen, la Revolución podía y debía ser aceptada en sus contenidos y principios fundamentales, pero con la condición de que de ella no se originase un movimiento de generalizada y continua discusión de los poderes constituidos. La Revolución era así descrita

como el punto de partida de un acontecimiento que inmediatamente habría conducido a un desorden generalizado, dentro del cual todo poder habría sido objeto de continua contestación y todo orden constitucional estable, de los poderes y de la misma sociedad, habría resultado imposible.

El pensamiento contrarrevolucionario terminaba por asentarse sobre posiciones opuestas a las del constitucionalismo, negaba de raíz las mismas ideas de los derechos individuales y de la Constitución escrita. Y, sin embargo, también ese pensamiento era un síntoma que revelaba la existencia de una situación incierta e irresuelta. En ella muchos, desde posturas distintas o desde puntos de vista más o menos ligados a la herencia de la Revolución, advertían la necesidad de buscar un fundamento que permitiese individuar un núcleo fundamental estable en la experiencia política posrevolucionaria, sustraído por su naturaleza a la fuerza corrosiva de la lucha política, a la influencia directa de las fuerzas y de los intereses particulares, y así a la ilimitada y permanente soberanía del pueblo que el mismo constitucionalismo temía desde siempre.⁸⁶

La idea de la constitución estatal –sostiene Fioravanti–viene de Alemania, en donde atribuye a Hegel el denostar que los alemanes considerasen constitución al resultado de la práctica de una serie de contratos, pactos y actos de arbitraje, con frecuencia sólo sancionados desde el punto de vista formal a través de las sentencias de los tribunales.

Los alemanes tenían un fuerte apego a este patrimonio consuetudinario, que consentía a cada territorio, a cada autoridad, a cada estamento, obtener su propio espacio, gozar de determinadas inmunidades y libertades, de determinados privilegios y derechos.

El autor en reseña señala que los individuos, desde posturas distintas, destruyen el principio de unidad política, reducen el Estado a mero resultado de un contrato entre distintas partes, que siempre puede ser revocado por ellas. Así, la constitución estatal valora en grado máximo los poderes portadores del valor político de la universalidad o, más sencillamente, del interés general del Estado: el monarca, en primer lugar, como punto y lugar institucional

⁸⁶ Cfr. *Ibidem*, pp. 131-134.

concreto en el que se representa la globalidad de la Constitución, en el que es posible pensar el Estado como unidad más allá de los poderes individuales, Legislativo y Gubernativo; pero también los cuerpos y asambleas representativas a las que está confiado el decisivo deber de introducir el sentido y el sentimiento del Estado y del gobierno en el cuidado de los intereses particulares de las comunidades, de las corporaciones y de los individuos, que de otra manera permanecerían aislados y tenderían irremediabilmente a enfrentarse al Estado; y la burocracia, en fin, el conjunto de los funcionarios ejecutivos, que tienen el deber de mantener firme el interés general del Estado.

Al final, lo que de verdad produce la afirmación de la Constitución estatal es, en pocas palabras, la soberanía del Estado, que hace impensable la soberanía de cualquier sujeto político fuera de la Constitución, sea el monarca o el mismo pueblo, que solo en el Estado y en su Constitución encuentra orden y forma y, por ello, capacidad de existir en el plano constitucional.

La Constitución –dice Fioravanti– opone la soberanía del Estado, no sólo a los antiguos derechos estamentales, sino también al mismo monarca que en ella encuentra la disciplina de sus prerrogativas, y al mismo pueblo al que se sustrae de esa manera el poder constituyente y, con él, la cualidad de sujeto soberano originario de cuya voluntad depende la misma constitución. Éste parece ser el significado más profundo de aquel célebre pasaje en el que Hegel afirma que la Constitución no es algo que viene dado, que resulta de la voluntad de un sujeto, pues si eso fuese posible, la misma existencia de la Constitución dependería inevitablemente de esa voluntad que podría disponer de ella continuamente.

En suma, la soberanía del Estado impedía la soberanía popular y también la monárquica. Las constituciones del siglo XIX no querían ser democráticas y populares, pero tampoco monárquicas, querían ser simplemente constituciones estatales. Fue así inevitable, en la cultura constitucional del siglo XIX, que coincidiera la soberanía del Estado con la soberanía del ordenamiento jurídico dado por ese mismo Estado, que con sus reglas anulaba la soberanía política del monarca o del pueblo, transformándola en poderes jurídicamente regulados, insertos en ese mismo ordenamiento.

En pocas palabras, esto es el Estado de derecho que precisamente en los últimos años del siglo asume su forma teórica definitiva.⁸⁷ El primero es la sustancial equiparación de Hobbes y de Rousseau. Se trata, en ambos casos, de doctrinas políticas de la soberanía que inevitablemente buscan legitimar poderes absolutos, privados de límites formales y sustanciales.

De esa tradición política de la soberanía fue prisionera la misma Revolución francesa, que había salido de la demolición de la soberanía del rey generando otra soberanía igualmente absoluta, la del pueblo y sus representantes. Y contra todo esto era necesario llegar a la soberanía del Estado y su derecho, que consistía precisamente en la negación de todo principio político dirigido unilateralmente a monopolizar todo el espacio público. Las reflexiones del profesor en cita contienen también la convicción de que la mejor garantía posible para los derechos de los individuos y de los ciudadanos viene dada por el Estado de derecho, por el principio del Estado soberano.

Únicamente este principio permite la negación de la soberanía política del monarca y del pueblo, que son las que históricamente han debilitado los derechos: la primera reduciéndolos a concesiones del soberano, la segunda proclamándolos en el plano político o quizás declarándolos, como en el 89 francés, y dejándolos después privados de garantías, a disposición de la voluntad de las asambleas, de los representantes del mismo pueblo soberano. De manera contrastante, en el sistema del Estado de derecho los derechos están sólidamente confiados a la ley del Estado soberano, disciplinada por las reglas constitucionales que garantizan que en su formación concurren poderes limitados en sí ya que no son expresión de ningún principio político dominante, ya que son conscientes de ser solo y exclusivamente poderes del Estado.

A Jellinek atribuye el autor consultado la siguiente definición de Constitución:

La Constitución del Estado comprende los principios jurídicos que determinan cuáles son los órganos supremos del Estado, el modo de su formación, sus relaciones

⁸⁷ El autor atribuye estas ideas a Georg Jellinek.

*recíprocas y su esfera de acción, y en fin la posición fundamental del particular respecto al poder del Estado.*⁸⁸

Es posible apreciar en la sistemática planteada por el autor en cita, el acompañamiento entre el modelo de Estado y la idea de Constitución. Este documento basal es esencial para la existencia del Estado, en cuya ausencia no sería posible conocer cuáles son los órganos supremos, cómo se forman, cómo expresan su voluntad y que límites tienen, y en fin cómo se sitúan los particulares, con sus derechos, frente al Estado.

Aunque no es menos cierto que la relación entre Estado y Constitución es a tal grado estrecha que imposibilita la existencia del Estado sin ella, aunque también parece poco posible la existencia de una Constitución sin Estado.

Han transcurrido ya los tiempos de la Revolución y los cercanos a ella en donde a través de la constitución se expresaban sustancialmente los valores y principios políticos, como el de la soberanía del pueblo, o se emprendían batallas que se pensaban esenciales, como la limitación de los poderes.

Han quedado atrás también las concepciones liberales de la primera mitad del siglo XIX. Ahora la constitución existe exclusivamente para sostener un Estado soberano, para organizarlo, disciplinarlo y limitarlo. Sin este Estado la constitución carecería fundamento y se reduciría a pura palabra de orden político.

Por su parte, el Estado de derecho dio una fuerte respuesta a la necesidad de estabilidad que atravesaba la Europa liberal tras la Revolución, con la condición de dar un corte seco, de negar del todo el origen revolucionario del derecho público europeo, de manifestarse de manera explícita contra el principio democrático.⁸⁹

⁸⁸ *Ibíd.*, p. 141.

⁸⁹ *Cfr. Ibíd.*, pp. 141-142.

La injerencia del sistema democrático es esencial en la conformación de la constitución, esto se torna visible a través de una serie de elementos. El primero de ellos, acaso generador al menos en parte de todos los demás, parte de la presencia de un explícito Poder Constituyente, colocado al inicio de la Constitución.

La existencia de la Constitución depende del sujeto titular del poder originario, la ha creado tomando determinadas decisiones e imprimiendo por consecuencia, a esa misma Constitución, determinados caracteres. Esas decisiones informan la constitución, y adquieren vigencia en el plano normativo, a través de principios, referidos a los derechos de los ciudadanos en el plano civil, político y también social. El conjunto de estas normas, en fin, se concibe como un verdadero y auténtico núcleo fundamental de la Constitución, derivado directamente del Poder Constituyente, con lo que representa el aspecto más esencial y en definitiva irrenunciable de cada carta fundamental.

Las Constituciones democráticas del siglo XX, a partir de Weimar,⁹⁰ pretenden superar los confines fijados por la precedente forma constitucional estatal y parlamentaria. En pocas palabras, ya no pretende limitarse al ordenamiento de los poderes y al reenvío a la ley para garantizar los derechos; más bien pretende, sobre todo, significar la existencia de algunos principios fundamentales generalmente compartidos, que el ejercicio del poder soberano constituyente del pueblo ha colocado en la base de la convivencia civil.

Desde ahí –sigue Fioravanti– surge una historia diferente que consiste en la búsqueda de los instrumentos institucionales necesarios para la tutela y para la realización de estos principios fundamentales.

Baste decir que entre éstos existen al menos dos que, desde este punto de vista, presentan problemas de notable relevancia:

⁹⁰ Alemania 1919.

a) el principio de la inviolabilidad de los derechos fundamentales, que de nuevo propone la gran cuestión del control de constitucionalidad de las leyes en relación con las constituciones que han enunciado esos derechos normativamente; y,

b) el principio de igualdad, que, en las constituciones democráticas, tiende a afirmarse más allá de la mera prohibición de la discriminación, situándose en el plano del acceso a los bienes fundamentales de la convivencia civil, tal como la instrucción o el trabajo, poniendo así de manifiesto la otra gran cuestión de la garantía y de la realización de los derechos.⁹¹

Así, con un significado en realidad bastante cercano al prevaleciente en el curso de la Revolución americana, en el ámbito europeo el Poder Constituyente termina por perder su tradicional agresividad frente a la Constitución vigente, apartándose cada vez más del concepto europeo-continental de soberanía y por el contrario uniéndose cada vez más al concepto de legalidad constitucional, de una legalidad superior a la ordinaria, que puede así limitar la potestad del propio legislador.

Algo similar puede sostenerse con relación a la otra vertiente de las doctrinas de la constitución democrática, en la que encontramos el modelo kelseniano. No existe ninguna duda de que este modelo, con su inspiración en sentido pluralista, haya influido en profundidad en nuestras constituciones que se han proclamado democráticas también, y quizás, sobre todo, porque están dirigidas a realizar en el parlamento la necesaria mediación entre las distintas fuerzas políticas y entre los distintos intereses sociales.

No obstante, el modelo kelseniano no podía ser integralmente adoptado, sobre todo por su inclinación a unir democracia y relativismo y a considerar, así, como buena, toda solución legislativa asumida respetando las reglas general del compromiso, del recíproco reconocimiento pacífico entre las fuerzas sociales y políticas, del respeto de las minorías.

⁹¹ Cfr. *Ibidem*, p. 150.

En el fondo, la democracia kelseniana, aunque corregida por la introducción del control de constitucionalidad, continuaba bajo este perfil siendo una democracia legislativa o parlamentaria. Y, por el contrario, sobre todo en el caso de Italia y de Alemania, fue muy fuerte la tendencia, con las nuevas cartas constitucionales, a concebir la Constitución como el lugar en el que se enunciaban los principios fundamentales y las grandes decisiones que caracterizan el tipo de democracia que se intentaba construir, colocando los unos y las otras, en su objetividad, en una zona anterior a la asociación política y a su ley positiva, casi reproduciendo el modelo iusnaturalista que el propio Kelsen siempre había rechazado.

En resumen, los regímenes políticos europeos de la segunda mitad del siglo XX intentaban ser, también bajo este perfil, democracias constitucionales, es decir, democracias dotadas de una precisa identidad por estar dotadas de una Constitución en la que se encuentran expresados los principios fundamentales que caracterizaban al mismo régimen político.

La legalidad que estas democracias expresan, que es la constitucional, ya no permite una subversión integral de la Constitución en nombre del Constituyente soberano como en el modelo radical de ascendencia rousseauiana, pero tampoco una negociación incesante, sin fin y sin dirección determinada, entre las fuerzas sociales y políticas considerada legítima solo porque se desarrolla según las reglas parlamentarias del pluralismo social y político, como en el modelo kelseniano.

La legalidad constitucional aquí visible se separa, al final, del dominio del ese poder soberano, sin renunciar a dotar de significado y de grandes objetivos de fondo a la concreta vía de las democracias contemporáneas.

Esa legalidad opone al mito democrático revolucionario del Poder Constituyente los valores de la estabilidad, del equilibrio, del límite con la finalidad de garantizar los mismos derechos de los ciudadanos, pero no por ello pierde del todo su carácter directivo fundamental para el futuro, y no por esto se reduce a mera obra de registro del resultado del libre desarrollo de la negociación entre las fuerzas políticas y entre los intereses sociales.

No por casualidad estas mismas constituciones democráticas, aunque de distinta manera y en distinta medida, asumen el principio de igualdad como central, no solo en clave de prohibición de la discriminación entre aquellos que las mismas constituciones consideran iguales sino también como indicador normativo de dirección para el futuro, para la promoción y la realización de condiciones de creciente igualdad entre los ciudadanos en el acceso a algunos bienes sociales tenidos como de primera magnitud, como el trabajo o la instrucción.

En fin, en un plano histórico aún más amplio, estas mismas constituciones representan el intento de recomponer la gran fractura entre democracia y constitucionalismo. Sobre esta base hemos tenido constituciones nacidas del ejercicio del Poder Constituyente por parte del pueblo soberano, fundadas sobre el principio de la soberanía popular, pero al mismo tiempo decididamente orientadas a situarse por encima de los legisladores, de aquéllos que puedan decirse intérpretes y representantes, sobre la base del principio de mayoría, de la voluntad del pueblo soberano.

Es ésta una forma constitucional, como se aprecia con claridad, absolutamente incomprensible a la luz de la tradición moderna que siempre había obligado a todos a situarse de una parte o de otra: con el pueblo soberano, y así contra la misma idea de una ley fundamental vinculante para el futuro, o con la constitución como límite, como ideal de estabilidad y de equilibrio, y así contra la desmedida y amenazante idea del pueblo soberano.

En la fórmula contemporánea de la democracia constitucional parece estar contenida la aspiración a un justo equilibrio entre el principio democrático, dotado de valor constitucional a través de las instituciones de la democracia política y el mismo papel del legislador y del gobierno, y la idea, inmanente a toda la tradición constitucionalista, de los límites de la política a fijar mediante la fuerza normativa de la Constitución y, en particular, a través del control de constitucionalidad siempre más determinante en el ámbito de las democracias modernas.

Este mismo equilibrio, precisamente por haber sido alcanzado en tiempos recientísimos y porque, en suma, carece de una larga tradición a la que referirse, es sin embargo

inevitablemente inestable y está sometido a tensiones de distinto género. La primera de ellas, afecta a la relación entre los sujetos protagonistas de este equilibrio: los sujetos de la política democrática, el parlamento, los gobiernos y los partidos, por una parte, y los sujetos de la garantía jurisdiccional, los jueces y en particular los tribunales constitucionales, por otra.

El mantenimiento y la progresiva consolidación del equilibrio presupone que los unos no adviertan la tentación de invadir el campo de los otros, y viceversa. No siempre es así en la vida real de nuestras democracias constitucionales, en las que todavía es recurrente la intolerancia de la política frente a los vínculos y los límites de orden constitucional; pero también, por otra parte, con frecuencia a causa de las faltas y de las inobservancias de la misma política, existe una difusa tendencia a extender de manera considerable el papel de los jueces y, en particular, el control de constitucionalidad.⁹²

A manera de colofón, una vez conocidas las ideas que han dado origen a las etapas del constitucionalismo que nos interesan, conviene resaltar la idea de control de constitucionalidad en un contexto democrático, en donde la ley que se aparte de la regularidad constitucionalmente establecida será un mero acto mayoritario, sujeto a la sanción de invalidez a pronunciar por un órgano específico, debido a que no coincide con el ideal de realización de la pacífica convivencia entre la pluralidad de fuerzas e intereses que operan en la realidad. A propósito de esto consideramos oportuno citar un breve pronunciamiento atribuido al fundador de la Escuela de Viena:

*Si la esencia de la democracia reside no ya en la omnipotencia de la mayoría, sino en el constante compromiso entre los grupos que la mayoría y la minoría representan en el parlamento, y así en la paz social, la justicia constitucional parece instrumento idóneo para realizar esta idea.*⁹³

⁹² Cfr. *Ibíd.*, p. 151.

⁹³ *Ibíd.*, p. 158.

2.3. EL MODELO DE ESTADO Y LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Se requiere una concepción del Estado a efecto de ubicar el modelo de justicia constitucional. Así el estado de derecho o el estado sometido al derecho, tiene como su rasgo más característico la existencia de un sistema de control judicial del apego al derecho de todos los actos de las potestades públicas al que no se sustraen las leyes. Esta posibilidad deriva precisamente de la idea de Constitución como norma fundamental y suprema cuya prevalencia es superior a cualquier otra norma o acto estadual.⁹⁴

Sobre este tópico se pronuncia Morales-Paulín, al decir:

...carácter eminentemente procesal del conjunto de instituciones, a través de las cuales se busca garantizar el cumplimiento de la Constitución por parte de los poderes o entidades públicos, ese matiz procesal ha dado lugar al análisis de la justicia constitucional a partir de sus elementos adjetivos, lo que ha originado que vaya adquiriendo carta de naturalización el llamado derecho procesal constitucional.(sic)⁹⁵

Asimismo, consideramos conveniente, por su carácter esclarecedor, transcribir la opinión del jurista español Pablo Pérez Tremps, a propósito de la justicia constitucional en España:

Una de las novedades más significativas que la constitución de 1978 introdujo en el panorama jurídico-constitucional español fue la creación del Tribunal Constitucional [...] siguió muy de cerca los modelos italiano y, sobre todo alemán, instaurados tras la Segunda Guerra Mundial, basados a su vez, en el diseño llevado a cabo por Hans Kelsen, formalizado en las constituciones checa y austriaca de 1920, aunque en su versión actualizada de los años 40 del siglo XX.⁹⁶

El profesor Antonio Enrique Pérez Luño, menciona al respecto que con frecuencia se incluye entre los requisitos que implica el funcionamiento del Estado de Derecho el que se refiere a la defensa de los derechos fundamentales. Sin embargo, no siempre se recuerda la

⁹⁴ Cfr. Brewer Carías, Allan. “La Justicia Constitucional como Garantía de la Constitución” en Von Bogdandy, Armin, et. al. (Coords.) *La Justicia Constitucional y su Internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América latina?* T. I. Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2010. pp. 25-26.

⁹⁵ Morales-Paulín, Carlos. *Justicia Constitucional*. Ed. Porrúa, México, 2002. p. 2.

⁹⁶ Pérez Tremps, Pablo. *Los Procesos Constitucionales. La Experiencia Española*. Ed. Palestra, Lima, 2006. pp. 19-20.

correlativa parte que le corresponde a la teoría de los derechos humanos en la formación del concepto de Estado de Derecho.

De ahí que parezca tema obligado de una exposición general de los derechos humanos el estudio del condicionamiento mutuo existente entre ambas nociones. Uno de los problemas más importantes, si no el principal, de la teoría jurídico-política reside en la conciliación entre los derechos de los particulares y la soberanía del Estado. La doctrina de los derechos fundamentales del Estado de Derecho se ha presentado como un modelo articulador de las exigencias, en principio antagónicas, que reflejan las ideas de libertad y de ley, en cuanto imperativo de la comunidad social.

La superación de esta antinomia sólo podía llegar a partir de una síntesis entre ambas nociones. Para ello era necesario concebir a la ley no como producto del arbitrio sino como resultado de una voluntad general encaminada directamente a garantizar los derechos fundamentales de los individuos. Hacia esa síntesis se dirigió la idea guía del Estado de Derecho, en el que los derechos fundamentales no aparecen como concesiones, sino como el corolario de la soberanía popular, a través de cuyo principio la ley no sólo implica un deber, sino también un derecho para el individuo.

Se cumplía así el axioma a tenor del cual el hombre sólo puede ser libre en un Estado libre, y el Estado sólo es libre cuando se edifica sobre un conjunto de hombres libres. En su perspectiva histórica la teoría de los derechos fundamentales precede a la formulación doctrinal de la noción del Estado de Derecho.⁹⁷

En efecto –continúa Pérez Luño– en las Declaraciones de derechos del siglo XVIII se halla presente el germen de todos los principios que forman el substrato ideológico del moderno régimen constitucional. Dichos textos representan la síntesis de las ideas y tendencias encaminadas a arrinconar los vestigios arbitrarios del absolutismo y a encaminar al Estado hacia una conquista, en ocasiones lenta y trabajosa, de los principios de libertad y democracia.

⁹⁷ Pérez Luño, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Ed. Tecnos, 10ª ed., Madrid 2010, p. 218

El Estado absoluto, fue sustituido por el Estado de derecho, que supuso una delimitación y reglamentación de las funciones del poder y la adopción de formas representativas; todo ello directamente orientado hacia la defensa de los derechos de los ciudadanos. De ahí que pudiera escribirse con referencia expresa a la Declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, que en sus postulados, es innegable la dependencia histórica del Estado de Derecho de las declaraciones de derechos humanos, no es menos cierto que éstas no pueden alcanzar su formulación positiva al margen del ordenamiento jurídico del Estado. Si bien los derechos fundamentales encarnan, a su vez, los principios inspiradores de toda la política estatal.

Por lo que cumplen una misión de fundamento y límite de todas las normas que organizan el funcionamiento de los poderes públicos, y, en suma, de todas las experiencias concretas de juridicidad, surgidas en el seno del ordenamiento en que se formulan.

La dependencia recíproca entre las teorías de los derechos fundamentales del Estado de Derecho es tal, que gran parte de las incertidumbres e imprecisiones que han aquejado a la moderna construcción del *Rechtsstaat* nacen de haber olvidado esta interdependencia.

Es importante tener presente que la propia noción de Estado de Derecho representó, en prístinas manifestaciones en la experiencia histórica y doctrinal germana, la búsqueda de un “ideal institucional” o de una “realidad espiritual” orientada a proteger al ciudadano con su libertad, sus valores, así como sus derechos innatos y adquiridos frente al peligro de eventuales abusos por parte de los detentadores del poder político. Por ello, para una exacta comprensión de las peculiaridades y alcance actual del Estado de Derecho, para captar la necesidad de las recíprocas implicaciones entre la teoría del Estado de derecho y el sistema de los derechos fundamentales toma como base su devenir histórico.⁹⁸

2.3.1. La Justicia Constitucional en el Estado Constitucional de Derecho

Como se ha señalado previamente, el modelo de Estado se encuentra íntimamente ligado al modelo de justicia constitucional. Como sucede con otras muchas expresiones de uso

⁹⁸ *Ibidem*, pp. 219-220.

frecuente en el lenguaje político y jurídico, máxime si aparecen rodeadas de una cierta carga emotiva, Constitución y constitucionalismo presentan una multiplicidad de significados, a veces descriptivos y en no pocas ocasiones valorativos, que ni siquiera es posible clasificar o resumir aquí, en un texto con limitantes metodológicas.

Para reseñar esta circunstancia, se habla, por ejemplo, de constitucionalismo antiguo y moderno, procedimental y sustantivo, débil y fuerte, de reglas y de principios, de la Constitución como orden o como norma, como orientación moral, como precepto jurídico vinculante, como límite o garantía y como norma dirigente dotada de un impulso de transformación social.

Hablando de neoconstitucionalismo, antes que un modelo ideal construido en sede teórica, debe entenderse una forma de organización política que se abre paso en el viejo continente desde mediados del siglo XX; guarda características de modelo histórico que no reúne en todas sus manifestaciones unos elementos de absoluta uniformidad, pero sí una serie de rasgos generales compartidos que permiten hablar de algo diferente, no radicalmente nuevo pero sí diferente a lo que pudo representar el Estado de Derecho decimonónico.

Desde esta perspectiva, es decir, entendido como una forma de organización política adscribible a la tipología del Estado de Derecho, cabe decir que el neoconstitucionalismo es el resultado de la convergencia de dos tradiciones constitucionales que con frecuencia han caminado separadas:

a) la primera concibe la Constitución como regla de juego de la competencia social y política, como pacto de mínimos que permite asegurar la autonomía de los individuos como sujetos privados y como agentes políticos a fin de que sean ellos, en un marco democrático y relativamente igualitario, quienes desarrollen libremente su plan de vida personal y adopten en lo fundamental las decisiones colectivas pertinentes en cada momento histórico.

En líneas generales, ésta es la tradición norteamericana originaria, cuya contribución básica se cifra en la idea de supremacía constitucional y en su consiguiente garantía jurisdiccional; dado su carácter de regla de juego y, por tanto, de norma lógicamente superior a quienes participan en ese juego, la Constitución se postula como jurídicamente superior a las demás normas y su garantía se atribuye al más “*neutro*” de los poderes, a aquel que debe y que mejor puede mantenerse al margen del debate político, es decir, al Poder Judicial.

La idea del Poder Constituyente del pueblo se traduce aquí en una limitación del poder político y, en especial, del que se considera más amenazador de los poderes, el Legislativo que encarna la voluntad de la mayoría, mediante la cristalización jurídica de su forma de proceder y de las barreras que no puede traspasar en ningún caso.

En este esquema, es verdad que el constitucionalismo se resuelve en judicialismo, pero, con independencia ahora de cuál haya sido la evolución del Tribunal Supremo norteamericano, se trata en principio de un judicialismo estrictamente limitado a vigilar el respeto hacia las reglas básicas de la organización política.

b) La segunda tradición, en cambio, concibe la Constitución como la encarnación de un proyecto político bastante bien articulado, generalmente como el programa directivo de una empresa de transformación social y política. Si puede decirse así, en esta segunda tradición la Constitución no se limita a fijar las reglas de juego, sino que pretende participar directamente en el mismo, condicionando con mayor o menor detalle las futuras decisiones colectivas mediante el reconocimiento de un amplio catálogo de derechos, de principios, en suma, de cláusulas materiales que necesariamente inciden en lo que a veces se llama la agenda política; incluso en áreas como puedan ser el modelo económico, la acción del Estado en la esfera de la educación, de la sanidad, de las relaciones laborales, etc.

También en líneas generales, cabe decir que ésta es la concepción del constitucionalismo nacido de la Revolución francesa, cuyo programa transformador

quería tomar cuerpo en un texto jurídico supremo. Sin embargo, aquí la idea de Poder Constituyente no quiere agotarse en los estrechos confines de un documento jurídico que sirva de límite a la acción política posterior, sino que pretende perpetuarse en su ejercicio por parte de quien resulta ser su titular indiscutible, el pueblo; pero, como quiera que ese pueblo actúa a través de sus representantes, a la postre será el Legislativo quien termine encarnando la rousseauiana voluntad general, que, como es bien conocido, tiende a concebirse como ilimitada.

Por esta y por otras razones, entre las que se encuentra la propia disolución de la soberanía del pueblo en la soberanía del Estado, tanto en Francia como en el resto de Europa a lo largo del siglo XIX y de parte del XX, la Constitución tropezó con dificultades prácticamente insalvables para asegurar su fuerza normativa frente a los poderes constituidos, singularmente frente al legislador y frente al gobierno.

De modo que este constitucionalismo se resuelve más bien en legalismo: es el poder político de cada momento, la mayoría en un sistema democrático, quien se encarga de hacer realidad o, muchas veces, de frustrar cuanto aparece prometido en la Constitución. Sin duda, la presentación de estas dos tradiciones resulta esquemática y necesariamente simplificada. Sería erróneo pensar, por ejemplo, que en el primer modelo la Constitución se compone sólo de reglas formales y procedimentales, aunque sólo sea porque la definición de las reglas de juego reclama también normas sustantivas relativas a la protección de ciertos derechos fundamentales, y ello sin contar lo que significó la evolución del constitucionalismo norteamericano, impulsada en gran parte por la propia acción del Tribunal Supremo.

Como también sería erróneo suponer que en la tradición europea todo son Constituciones revolucionarias, prolijas en su afán reformador, y carentes de cualquier fórmula de garantía frente a los poderes constituidos. Pero, como aproximación general, parece al menos ser cierto que en el primer caso la Constitución pretende determinar fundamentalmente quién manda, cómo manda y, en parte también, hasta dónde puede mandar; mientras que en el segundo caso la Constitución quiere condicionar también en gran medida

qué debe mandarse, es decir, cuál ha de ser la orientación de la acción política en numerosas materias.⁹⁹

Aunque, eso sí –continúa el profesor en cita– como contrapartida, la fórmula políticamente más modesta parece haber gozado de una supremacía normativa y de una garantía jurisdiccional mucho más vigorosa que la exhibida por la versión más ambiciosa. El neoconstitucionalismo reúne elementos de estas dos tradiciones o de estos dos modos de concebir la función de la ley fundamental: fuerte contenido normativo y garantía jurisdiccional.

De la primera de esas tradiciones se recoge la idea de garantía jurisdiccional y una correlativa desconfianza ante el legislador; cabe decir que la noción de Poder Constituyente propia del neoconstitucionalismo es más liberal que democrática, de manera que se traduce en la existencia de límites frente a las decisiones de la mayoría, no en el apoderamiento de esa mayoría a fin de que quede siempre abierto el ejercicio de la soberanía popular a través del legislador.

De la segunda tradición se hereda, sin embargo, un ambicioso programa normativo que va bastante más allá de lo que exigiría la mera organización del poder mediante el establecimiento de las reglas de juego. En pocas palabras, el resultado puede resumirse así: una Constitución transformadora que pretende condicionar de modo importante las decisiones de la mayoría, donde el protagonismo fundamental ha de seguir correspondiendo al legislador democrático, pero donde irremediamente la última palabra se encomienda a los jueces.

Para comprender mejor el alcance del constitucionalismo contemporáneo, al menos en el marco de la cultura jurídica europea, tal vez conviene recordar y tomar como punto de referencia la aportación de Kelsen, cuyo modelo de justicia constitucional ya conocemos. Kelsen, en efecto, se mostró como un firme partidario del constitucionalismo escueto, circunscrito al establecimiento de normas de competencia y de procedimiento, esto es, a una idea de

⁹⁹ Cfr. Prieto Sanchís, Luis. Op. Cit., pp.107-109.

Constitución como *norma normarum*, como norma reguladora de las fuentes del Derecho y, con ello, reguladora de la distribución y del ejercicio del poder entre los órganos estatales.

La Constitución es así, ante todo, una norma interna a la vida del Estado, que garantiza sólo el pluralismo en la formación parlamentaria de la ley, y no una norma externa que desde la soberanía popular pretenda dirigir o condicionar de manera decisiva la acción política de ese Estado, es decir, el contenido de sus leyes. Puede decirse que con Kelsen el constitucionalismo europeo alcanza sus últimas metas dentro de lo que eran sus limitadas posibilidades de desarrollo: la idea de un Tribunal Constitucional es verdad que consagraba la supremacía jurídica de la Constitución, pero su neta separación de la jurisdicción ordinaria representaba el mejor homenaje al legislador y una palmaria muestra de desconfianza ante la judicatura, bien es verdad que entonces estimulada por el Derecho libre; y asimismo, la naturaleza formal de la Constitución, que dejaba amplísimos espacios a la política, suponía un segundo y definitivo acto de reconocimiento al legislador. Constituciones garantizadas sin contenido normativo y Constituciones con un más o menos denso contenido normativo, pero no garantizadas.

Dicho de un modo algo trivial, éste es el dilema que tiene a resolver el neoconstitucionalismo, apostando por una conjugación de ambos modelos: Constituciones normativas garantizadas. Que una Constitución es normativa o, mejor dicho, que está dotada de un contenido material o sustantivo que se postula como vinculante significa que, además de regular la organización del poder y las fuentes del Derecho (dos aspectos de una misma realidad), genera de modo directo derechos y obligaciones inmediatamente exigibles. Los documentos jurídicos adscribibles al neoconstitucionalismo se caracterizan, efectivamente, porque están repletos de normas que les indican a los poderes públicos, y con ciertas matizaciones también a los particulares, qué no pueden hacer y muchas veces también qué deben hacer. Suelen recibir distintas denominaciones, como valores, principios, directrices, derechos y garantías, pero dado que se trata de normas y más concretamente de normas supremas, su eficacia ya no depende de la interposición de ninguna voluntad legislativa, sino que es directa e inmediata.

A su vez, el carácter garantizado de la Constitución supone que sus preceptos pueden hacerse valer a través de los procedimientos jurisdiccionales existentes para la protección de los derechos: la existencia de un Tribunal Constitucional no es, desde luego, incompatible con el neoconstitucionalismo, pero sí representa un residuo de otra época y de otra concepción de las cosas, en particular de aquella época y de aquella concepción kelseniana que extraía el conocimiento de la Constitución a los jueces ordinarios, justamente por considerar que aquélla no era una verdadera fuente del Derecho, sino una fuente de las fuentes, cuyos conflictos habían de dirimirse ante un órgano especialísimo con un rostro mitad político y mitad judicial.

Pero si la Constitución es una norma de la que nacen derechos y obligaciones en las más diversas esferas de relación jurídica, su conocimiento no puede quedar cercenado para la jurisdicción ordinaria, por más que la existencia de un Tribunal Constitucional imponga complejas y tensas fórmulas de armonización.

El constitucionalismo europeo de la posguerra parece así haber tomado elementos de distintas procedencias, conjugándolos de un modo bastante original. Frente a la idea rousseauiana de una soberanía popular permanentemente activa que, además de dotarse de una Constitución, quiere prolongarse en la inagotable voluntad general que se hace efectiva a través del legislador, parece haber retornado más bien a la herencia norteamericana que veía en la Constitución la expresión acabada de un poder constituyente limitador de los poderes constituidos, incluido el legislador.

Pero, frente a la concepción más escueta de la Constitución como regla del juego que se reduce a ordenar el pluralismo político en la formación de la ley, una visión presente en el primer constitucionalismo norteamericano, pero también en Kelsen, las nuevas Constituciones no renuncian a incorporar en forma de normas sustantivas lo que han de ser los grandes objetivos de la acción política, algo que se inscribe mejor en la tradición de la Revolución francesa.

Del primero de los modelos enunciados se deduce la garantía judicial, es el método más consecuente de articular la limitación del legislador; pero del segundo se deducen los

parámetros del enjuiciamiento, que ya no son reglas formales y procedimentales, sino normas sustantivas.

En este sentido, no cabe duda de que el Estado constitucional representa una fórmula del Estado de Derecho, acaso su más cabal realización, pues si la esencia del Estado de Derecho es el sometimiento del poder al Derecho, sólo cuando existe una verdadera Constitución ese sometimiento comprende también al legislativo; de ahí que se pueda hablar del constitucionalismo como un perfeccionamiento del Estado de Derecho.¹⁰⁰

En opinión de Prieto Sanchís, al margen de que en el pasado se haya elevado más el principio de legalidad que el de constitucionalidad y al margen también de que se afirmase más la supremacía que el equilibrio entre los poderes, había al menos dos elementos que en el constitucionalismo contemporáneo suponen una cierta corrección al modelo liberal europeo de Estado de Derecho y ambos han sido ya aludidos:

- a) El primero es la fuerte rematerialización constitucional, impensable en el contexto decimonónico. Como hemos visto, la Constitución ya no sólo limita al legislador al establecer el modo de producir el Derecho y, a lo sumo, algunas barreras infranqueables, sino que lo limita también al predeterminar amplias esferas de regulación jurídica, en ocasiones por cierto de forma no suficientemente unívoca ni concluyente;
- b) El segundo elemento, y tal vez más importante, es lo que pudiéramos llamar el desbordamiento constitucional, esto es, la inmersión de la Constitución dentro del ordenamiento jurídico como una norma suprema y garantizada.

Los operadores jurídicos ya no acceden a la Constitución a través del legislador, sino que lo hacen directamente, y, en la medida en que aquella disciplina numerosos aspectos sustantivos, ese acceso se produce de modo permanente, pues es difícil encontrar un problema jurídico medianamente serio que carezca de alguna relevancia constitucional.

¹⁰⁰ *Ibidem*, pp. 110-112.

Es la combinación de ambos elementos lo que confiere a la Constitución una virtualidad antes desconocida; en términos llanos, la Constitución ya no sólo le dice al legislador muchas más cosas, sino que todas esas cosas pretende decírselas indistintamente a todos los operadores jurídicos y no únicamente al legislador, de manera que la rígida organización jerárquica entre los distintos órganos estatales no desaparece, pero se ve muy atenuada desde el momento en que cada uno de ellos quiere mantener línea directa con la Constitución.

Desde la perspectiva de las relaciones entre juez y legislador, las normas materiales de la Constitución presentan un rostro bivalente. De un lado, y por mucha fe que se tenga en la argumentación racional, parece que la aplicación de este tipo de normas comporta mayores riesgos de subjetividad valorativa que la aplicación de las reglas legales. Sin embargo, de otra parte, que es la que ahora más nos interesa, lo que parecen hacer los principios constitucionales es justamente cercenar la discrecionalidad o el arbitrio del legislador.

En el esquema del positivismo la Constitución era fundamentalmente una Constitución de reglas formales, de manera que allí donde éstas no resultaban concluyentes o sencillamente aparecían con amplia discreción legislativa no fiscalizable por ningún tribunal. En el esquema del constitucionalismo contemporáneo, en cambio, el sistema queda por así decirlo saturado mediante los principios; con la particularidad de que estos principios, que antes han limitado la libertad política del legislador, se muestran después como dúctiles instrumentos en manos del juez.

La conclusión, tal vez poco matizada, puede formularse así: la rematerialización de la Constitución supone un desplazamiento de la discrecionalidad desde la esfera legislativa a la judicial; bien es verdad que no se trata ya de la misma discrecionalidad, y la diferencia debe o debería ser esencial: la del legislador ha sido siempre una discrecionalidad inmotivada, justificada en el mejor de los casos en su legitimidad democrática, mientras que la del juez pretende venir dominada por una depurada argumentación racional.

Conviene subrayar la importancia que para la justicia constitucional tiene la confluencia de esas dos tradiciones y, consiguientemente, la incorporación de principios, derechos y directivas a un texto que se quiere con plena fuerza normativa. Porque ahora esas cláusulas materiales no se presentan sólo como condiciones de validez de las leyes, según advirtió Kelsen de forma crítica.

Si únicamente fuese esto, el asunto sería transcendental sólo para aquellos órganos con competencia específica para controlar la ley y para aquellos otros con competencia para instar el recurso abstracto de inconstitucionalidad (acción abstracta en el caso mexicano) lo que en verdad no es poco. Sin embargo, la vocación de tales principios no es desplegar su eficacia a través de la ley sino hacerlo de una forma directa e independiente.

Con lo cual la normativa constitucional deja de estar atrapada dentro de los confines que describen las relaciones entre órganos estatales, deja de ser un problema a resolver exclusivamente entre el legislador y el Tribunal Constitucional, para asumir la función de normas ordenadoras de la realidad que los jueces ordinarios pueden y deben utilizar como parámetros fundamentales de sus decisiones. Desde luego, las decisiones del legislador siguen vinculando al juez, pero sólo a través de una interpretación constitucional que efectúa este último. Con esto, el neoconstitucionalismo ofrece una versión particularmente fuerte del genérico Estado constitucional de Derecho.

A decir de Prieto Sanchís, otros estudiosos como Guastini han señalado que la constitucionalización es un proceso, no una cualidad todo o nada, algo que se tiene o no se tiene, por eso cabe hablar de distintos grados o intensidades; un proceso que se inicia, si se quiere en forma mínima y muy precaria, en tanto que Loewenstein llamó Constituciones nominales y semánticas que puede continuar en la amplia fenomenología de las Constituciones sin garantía o con garantía sólo política, de las meramente formales, y que parece alcanzar su cima en el constitucionalismo de la posguerra, por lo demás no absolutamente uniforme en todos sus rasgos.

En resumen, los elementos caracterizadores de ese constitucionalismo fuerte serían, los siguientes:

a) primero, carácter normativo o fuerza vinculante. La Constitución no es una sugerencia política o una guía moral dirigida al legislador virtuoso, sino una norma como cualquiera otra que incorpora la pretensión de que la realidad se ajuste a lo que ella prescribe;

b) segundo, supremacía o superioridad jerárquica en el sistema de fuentes. La Constitución no es sólo una norma, sino que es la norma suprema, y ello significa que condiciona la validez de todos los demás componentes del orden jurídico y que representa frente a ellos un criterio de interpretación prioritario;

c) tercero, eficacia o aplicación directa. Es consecuencia de lo anterior, pues si la Constitución es una verdadera norma suprema ello supone que no requiere la interposición de ningún otro acto jurídico (específicamente una ley) para desplegar su fuerza vinculante; por eso, en la medida en que los preceptos constitucionales sean relevantes en un proceso cualquiera, su aplicación resultará obligada;

d) cuarto, garantía judicial. Como sabemos en este apartado las posibilidades son muy amplias: control concreto y abstracto, a priori o a posteriori, encomendado a órganos especiales o a los jueces ordinarios, etc. Pues bien, con independencia que resulten viables distintas fórmulas de articulación, parece ser notorio que la competencia corresponde a los jueces ordinarios para que resuelvan los litigios a la vista de todo el ordenamiento jurídico, incluida por tanto la Constitución;

e) quinto, presencia de un denso contenido normativo que tiene como destinatarios a los ciudadanos en sus relaciones con el poder y también, con las modulaciones que se quieran y que nacen de la propia Constitución, en sus relaciones sociales horizontales de Derecho privado; contenido normativo que está formado por principios, derechos y directrices, más o menos precisos, pero que, siempre que resulten relevantes, están llamados a su aplicación en los casos concretos; y,

f) sexto, la rigidez constitucional. No cabe duda de que el constitucionalismo resulta tanto más fuerte cuanto más costosa sea la alteración del texto, cuanto más inaccesible se muestre frente a la mayoría legislativa.

2.3.2. La Justicia Constitucional y su Ascendencia en la Teoría del Derecho

Se hace necesario concebir a la justicia constitucional en todos sus caracteres como cimiento del análisis de la realidad constitucional mexicana. Al respecto nos parece que la tesis sobre justicia constitucional esbozada por Prieto Sanchís cuenta con los componentes necesarios para la correcta y adecuada comprensión del fenómeno.

A continuación se entra al estudio de esa teoría específica de la justicia constitucional, a efecto de desentrañar sus pormenores y acercarnos a sus argumentos, como apoyo del modelo de justicia deseable en el Estado constitucional de derecho

A decir del autor en referencia no parece posible trazar una nítida coincidencia entre la filosofía del control jurisdiccional de la ley y alguna particular concepción sobre el Derecho, y ello por dos motivos fundamentales. Primero, porque las funciones de la justicia constitucional responden a ideologías y culturas jurídicas diferentes y en alguno de sus componentes, casi cabe decir opuestas, a saber:

- a) La tradición de los derechos naturales, la fuerza constituyente de la soberanía popular que plasma en un texto normativo la confianza en el poder neutro de los jueces, en el modelo americano;
- b) La supremacía de la ley como expresión de voluntad general inagotable, la mutación de la soberanía popular en soberanía estatal y la desconfianza en el estamento judicial en el modelo europeo.

Y en segundo lugar, porque las dos grandes representaciones sobre el Derecho guardan hacia su interior perfiles heterogéneos.

El empleo de las etiquetas iusnaturalismo y positivismo para calificar en el curso de la historia las diversas ideas o posiciones respecto de lo que es el Derecho muchas veces de manera polémica y emotiva, han deteriorado su significado de una manera casi irreversible, hasta el punto en que casi nadie se halla dispuesto a expresar su apego a alguna de estas corrientes, sino tras extensas precisiones y matizaciones.

El profesor en cita intenta realizar algunas precisiones, tras el examen de las influencias específicas y de los contextos históricos de cada uno de los modelos, bajo el cuestionamiento relativo a en qué medida la justicia constitucional responde a una tradición iusnaturalista o bien hasta qué punto el positivismo resulta incompatible con dicha institución. La resta categórica o concluyente –dice el profesor Prieto Sanchís– no procede en este caso, por lo cual se decanta por explicar que la filosofía del control de la ley parece binar una ideología iusnaturalista en sentido muy lato con una teoría de la interpretación positivista, o al menos moderadamente positivista. Quizá la cuestión más polémica se halle en esfera metodológica o conceptual, donde la justicia constitucional puede ponerse al servicio de una cierta concepción iusnaturalista en la línea ya anunciada por Radbruch. Pero a lo que hay que apreciar por separado.¹⁰¹

En el plano ideológico se sabe que la antigua doctrina del Derecho natural ha servido a muy distintos señores, de suerte que si a veces ha operado como estímulo a la crítica del Derecho positivo, a su desobediencia e incluso a la revolución, en otros momentos ha sido invocada justo para lo contrario, como justificación moral de lo existente, cualquiera que fuera el estado de cosas existente. Pero aunque es cierto que no todo Derecho natural está sin más en la base del constitucionalismo, parece verdadero que este último representa una traslación a la esfera del Derecho positivo de los postulados de un cierto Derecho natural, concretamente del iusnaturalismo racionalista.

Aún en la actualidad, si se buscara una ideología candidata a fundar la justicia constitucional, es obvio que ésta no podría ser la que recomienda la obediencia ciega al poder constituido y que generalmente se identifica con el positivismo; habríamos de acudir a una

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 93.

ideología crítica con el poder que, al menos, defienda como deber ser moral la obligación por parte de las autoridades de respetar ciertas exigencias también morales. Y en la medida en que, en un sentido muy amplio, dicha ideología parece responder a una de las tradiciones del Derecho natural, cabe decir que la justicia constitucional, como toda forma de limitación o control del poder, encuentra mejor acomodo en esa ideología iusnaturalista.

Hay por tanto en el constitucionalismo y en la justicia constitucional lo que el autor en cita denomina un residuo funcional de iusnaturalismo, en el sentido de que las constituciones desempeñan la función en otro tiempo desempeñada por cierto Derecho natural, desde luego con un alcance muy diferente.

Tal circunstancia –continúa el profesor consultado– puede entenderse mejor manera si se leen los argumentos rousseaunianos, que esencia son los mismos que en la actualidad se esgrimen por quienes censuran la existencia de una norma superior garantizada judicialmente, con una clara tendencia positivista.

La caracterización de la voluntad general como fuente inagotable de la ley, la ley justa más exactamente, que actúa sin traba constitucional alguna, se traduce hoy en el reto de la vigencia de lo decidido por las generaciones anteriores.

El iusnaturalismo que se transforma en constitucionalismo, encierra una exigencia de imitación del poder constituido desde una instancia externa, situado en la soberanía popular cristalizada en un texto fundamental. Ese tipo de construcción es una metáfora o una ficción, tal como lo es la imagen legitimadora de una voluntad general representada y residenciada en el parlamento, pero es una ficción fecunda para alcanzar dicha construcción, y de eso se trata desde un punto de vista pragmático.¹⁰²

El autor en referencia estima dudoso que el Estado de Derecho europeo que culmina en Kelsen pudiera compartir estas premisas y, por eso, es también dudoso que su modelo de justicia constitucional pueda ser adscrito al iusnaturalismo en comento, aun cuando se

¹⁰² *Ibidem*, p. 95.

concibiese en amplios términos; pues en tanto se prefiere hablar de la soberanía estatal y de la Constitución como norma interna al propio aparato del Estado, es realmente difícil que la noción de Poder Constituyente despliegue toda su virtualidad, y las muchas cautelas que rodean la actuación del Tribunal constitucional austríaco son la mejor prueba de ello. Pero precisamente el abandono sustancial de este último modelo permite conectar de nuevo el constitucionalismo a esta herencia funcional de la ideología iusnaturalista.¹⁰³

Así, tenemos que la justicia constitucional encierra dos postulados: uno es que el poder debe estar limitado; otro, que esa limitación ha de ser una tarea judicial, y este segundo aspecto requiere una determinada concepción de la interpretación y aplicación del Derecho. Y quizá también, una cierta actitud ante la judicatura o, cuando parece excluir algunas. Por ejemplo, por muy norteamericano que sea, excluye el realismo o escepticismo extremo que a considerar sencillamente que “*el Derecho es lo que los jueces dicen que es*”, pues en tal caso prácticamente de nada sirve disponer de una Constitución, ni tiene mucho sentido sustituir la voluntad del Poder Legislativo por la voluntad de otro poder, el que además no es democrático; salvo que encontremos jueces alguna virtud prodigiosa capaz de sanar los defectos de la legislación o que les atribuyamos alguna función política autónoma, como hizo más o menos el Derecho libre.

Esto indica que la discrecionalidad judicial como tesis descriptiva milita en contra de cualquier forma de control de constitucionalidad de la ley, mientras que, al contrario, como tesis prescriptiva o normativa alienta, y de hecho ha alentado, la mayor extensión y profundidad de dicho control, aunque sea al precio de transformar al juez en un protagonista político dotado de legitimidad propia.

Por eso, salvo que se esté dispuesto a asumir esta difícil empresa, la justicia constitucional se concilia mejor con una teoría de la interpretación positivista, al menos de un positivismo moderado: es preciso mantener, ya que no una posición toscamente mecanicista, sí cierta creencia en que el texto constitucional es algo objetivo y cognoscible, capaz de generar

¹⁰³ Ídem.

en su interpretación acuerdos razonables (con independencia de su unanimidad) acerca de su significado.

No es sorprendente por ello que la primera justificación de la justicia constitucional en Norteamérica aparezca estrechamente vinculada a una teoría de la interpretación que luego se asoció con el primer positivismo, según la cual el juez es casi la “*boca muda*”¹⁰⁴ de la ley, en este caso de la Constitución; teoría que naturalmente exime de mayores esfuerzos argumentativos, dado que si la interpretación del Derecho es un acto de conocimiento y no de voluntad, objetivo y guiado por patrones lógicos, la existencia de una justicia constitucional parece un corolario de la existencia misma de una Constitución normativa.

Precisamente, las muchas cautelas adoptadas por Kelsen para asegurar la no contaminación política del Tribunal se explican mejor desde su teoría de la interpretación, que como teoría descriptiva puede calificarse de realista, que, en un plano normativo, seguía fiel al ideal europeo del Estado de Derecho.

No cabe duda en este sentido de que mientras se acentúe la idea de la discrecionalidad como una imagen adecuada del comportamiento de los tribunales, todo modelo de justicia constitucional adolecerá de un déficit de legitimidad; déficit que Kelsen intentó salvar forzando un diseño institucional al servicio de la lógica jurídica, pero que, en la medida en que no seamos capaces de superar, obliga a una justificación suplementaria que trate de compensar de algún modo las carencias democráticas de la judicatura; razón por la cual los críticos actuales del control de la ley siempre comienzan subrayando al mismo tiempo la naturaleza creativa de la jurisprudencia y su carácter elitista o no democrático.

Y esto seguramente también explique en parte el extraordinario desarrollo de la teoría de la argumentación jurídica y de la interpretación constitucional, hasta el punto de que desde ciertos enfoques el Derecho parece agotarse en la argumentación y la teoría de la Constitución en una teoría de la interpretación constitucional.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 96.

Es lógico que así sea, pues ahí se juega la legitimidad del control judicial de constitucionalidad, e incluso para algunos también algo más importante, como es la justificación moral del sistema jurídico en su conjunto. Esto nos permite enlazar con la última cuestión.

Acorde con la teoría de la justicia constitucional en análisis, son dos las tesis fundamentales del positivismo conceptual: a) que el Derecho es un producto social y b) que no existe una conexión necesaria entre el Derecho y la moral; de donde se deduce una tercera tesis metodológica relativa a la actitud que procede adoptar frente al conocimiento del Derecho, que ha de ser una actitud neutral, externa o no comprometida con sus claves axiológicas. ¿Podrán quedar en entredicho estos postulados por la existencia de Constituciones y Tribunales Constitucionales? En principio la respuesta podría ser fácilmente negativa: el constitucionalismo es una realidad histórica de la que disfruta solo una pequeña parte de la humanidad, por lo que, aun cuando admitiésemos que el Estado constitucional representa la más justa de las formas de organización política, ello no afectaría al positivismo, cuyas tesis se mueven en otro plano, en el plano conceptual, o, si se quiere universal.

Pues, como es obvio, el positivismo no niega que algunos sistemas jurídicos puedan resultar justos y hacerse por ello acreedores a la obediencia y a la participación comprometida de los ciudadanos y de los operadores jurídicos; lo que sostiene, primero, es que éste es un problema moral y no jurídico, Y. segundo, que no afecta al concepto de Derecho desde el momento en que también pueden existir órdenes inicuos que no por ello dejan de ser sistemas jurídicos. Desde luego, no faltan constitucionalistas, (como el caso de Alexy)¹⁰⁵ que rehúsan compartir estas ideas, hablando en su lugar de una “*pretensión de corrección*”, como elemento insoslayable del concepto mismo de Derecho.

Pero cabe pensar que estos esfuerzos, expresamente inspirados en el Radbruch de la posguerra,¹⁰⁶ son independientes de la existencia de Constituciones y Tribunales, precisamente

¹⁰⁵ Vid. *Infra*, 1.6.3.

¹⁰⁶ Vid. *Infra*, 1.5.2.

por su carácter de “*mínima pretensión*” quieren poder predicarse de todo sistema de organización mínimamente evolucionado.¹⁰⁷

Al parecer –en la visión del profesor Sanchís– el positivismo, como teoría universal del Derecho, es inmune al constitucionalismo. Pero, prescindiendo de estas consideraciones, si se admite que la teoría del Derecho pueda ser una teoría particular del Derecho, entonces las preguntas antes formuladas adquieren un sentido nuevo. Éste es, por ejemplo, el sentido que presentan en Dworkin, quien de modo expreso escribe desde y para el Estado liberal democrático y, más concretamente, a la vista de la Constitución norteamericana; y también puede ser el caso de Alexy y de su propuesta de ver en la argumentación jurídica un caso especial del discurso moral.

De forma muy esquemática, su perspectiva es ésta: las Constituciones, además de reglas, incorporan principios y derechos fundamentales que tienen un incuestionable carácter moral, por lo que los problemas jurídicos son en el fondo problemas morales cuya respuesta remite al final a una teoría ética, y de ahí que se postule una especie de disolución del Derecho constitucional en esa teoría ética.

A su vez, unido a lo anterior, la argumentación constitucional, que es jurídica y moral a un tiempo, permite hallar una única respuesta para cada problema práctico o, al menos, una respuesta mejor que cualquier otra.

De donde se deduce que el modelo constitucional jurisdiccionalmente garantizado encarna un Estado justo que reclama por parte del jurista una actitud comprometida con los valores morales que están en la base del mismo, y por eso aparece la figura ejemplar del juez Hércules. No por casualidad Hércules es un juez constitucional, pudiendo haber sido un sabio legislador, y es que precisamente es la justicia constitucional firmemente asentada en una depurada argumentación normativa la que viene a representar el eslabón de cierre de sistema en su conjunto, aquel que nos invita a abandonar definitivamente las premisas positivistas que ya conocemos: es en la aplicación del Derecho y especialmente en la interpretación

¹⁰⁷ Cfr. Prieto Sanchís, Luis. Op. Cit., p. 97.

constitucional, guiadas por una teoría plausible de la argumentación, donde al parecer culmina la reconciliación de la razón práctica, del orden jurídico y de la moralidad.

Con estas opiniones se ilustra la manera cómo a partir de una determinada comprensión de la justicia constitucional es posible desembocar en tesis conceptuales a propósito del Derecho.

2.3.3. La Justicia Constitucional desde la Visión Procesal

Quizá la especie más sentida de la justicia, desde la perspectiva jurídica, sea la que se conoce como justicia constitucional. El anhelo de que los derechos se respeten, que los entes de poder público realicen exclusivamente lo que las normas –de cualquier rango– les permiten, exactamente de la manera en que se lo permiten, ha dado paso a la existencia de instrumentos procesales garantes del orden constitucional.

Esta previsión es necesaria debido a que las normas jurídicas no aseguran por sí mismas su cumplimiento, por lo cual deben existir procedimientos por los cuales se garantice su vigencia y prevalencia, a pesar de las decisiones –mayoritarias o no– que las contraríen.

Ya en la época en que floreció el dilema sobre el defensor de la Constitución, Hans Kelsen a quien se debe esta construcción doctrinal, la inició con el clásico estudio del fundador de la escuela de Viena, en donde sostenía que el texto primigenio requería de una garantía jurisdiccional,¹⁰⁸ una manera de regular la actuación enfocada principalmente al control de las normas.¹⁰⁹

De esa manera, la inclusión en los textos constitucionales de procedimientos destinados a hacer prevalecer las disposiciones constitucionales sobre los actos autoritarios –aun legislativos– es una medida indispensable para la vigencia de la Constitución, en otros términos, de poco serviría contar con una Ley Fundamental dotada de reglas y principios de

¹⁰⁸ Kelsen, Hans. *La Garantía Jurisdiccional de la Constitución. La Justicia Constitucional*. Spi, pássim.

¹⁰⁹ Es importante señalar que la preocupación manifiesta del referido autor se centra en la regularidad de las normas, al constituirse como una expresión mayoritaria cuyo apego al texto constitucional es requisito de validez.

vanguardia, si los instrumentos de tutela constitucional son inexistentes o bien insuficientes, a grado tal que las desviaciones en su contra no puedan ser enmendadas.

En una primera parte, el análisis consiste en observar la existencia de instrumentos que abarquen todo el espectro de posibilidades de la actuación irregular del Estado, y en la segunda, la idoneidad y suficiencia de esos instrumentos, para todo tipo de actos y finalmente la manera en que se aplican en la actualidad y los resultados que arroja su aplicación

Conviene hacer una reseña de la evolución de la justicia constitucional, en el ámbito occidental, a efecto de apreciar el movimiento de sus elementos característicos, de acuerdo con la geografía y con la ideología imperante, es decir, no puede entenderse la concepción de justicia constitucional, separada de la concepción de Estado, bien sea decimonónico, democrático o constitucional.

Poniendo el énfasis en aclarar a qué exactamente nos referimos cuando hablamos de justicia constitucional, se hace necesario optar por una escuela definida compatible con el modelo de Estado y que además contenga los soportes conceptuales requeridos.

Acaso sea menos complicado conceptualizar la justicia constitucional enumerando los elementos que la componen, a saber: un sistema que asegure la división de poderes; el control asentado en órganos formal y materialmente jurisdiccionales; respeto al principio de legalidad; existencia de instituciones sólidas donde la base constitucional distribuya las competencias, limite el poder público y reconozca los derechos fundamentales

La justicia constitucional como deber del Estado, tiene como vértice la desconfianza. La desconfianza en los seres humanos que integran sus órganos. El Estado concebido como una ficción jurídica, como un sistema, como un organismo vivo y aun como un ser surge de la ideología reinante en un tiempo y lugar determinados y alcanza solidez en los textos constitucionales.

Cada sociedad determina, por conducto de su propia asamblea constituyente, cuáles serán las bases ideológicas consolidadas en derechos principios y reglas, que servirán de cauce a su desarrollo y que permitirán no solo su supervivencia sino también su trascendencia.

Pero el hecho de que las normas constitucionales dispongan lo que los órganos constituidos deben y pueden hacer, no asegura en lo futuro el respeto irrestricto de esos dispositivos.

Que las constituciones señalen la potestad exclusiva del congreso para establecer límites a ciertas actividades particulares no asegura que el ejecutivo deje de inmiscuirse en esa tarea, ya por medio de normas generales ya a través de actos individuales; que las normas supremas impongan a un órgano determinado proveer a la satisfacción de una necesidad social no garantiza que ese órgano realice las actividades tendientes a su cumplimiento.

Pues bien, existen diversas razones que nutren la desconfianza de quienes han creado la Constitución para prever la solución frente a los casos de incumplimiento de sus dispositivos, en su fase menos agresiva –omisión– así como en la más perniciosa –violación directa–.

Entre esas razones destaca la inestabilidad en el carácter del ser humano, la voluntad y las múltiples circunstancias internas y externas que moldean el carácter y que inciden en las motivaciones del ser humano.¹¹⁰

Asimismo otras ideas de corte realista o quizá pesimista ubican la actividad de los jueces en un plano de franca desconfianza, así se pronuncia Alf Ross:

En la medida en que el juez individual esté motivado por ideas individuales, personales, éstas no pueden ser atribuidas al derecho de la nación, aunque ellas constituyen un factor que debe ser tomado en cuenta por quien tenga interés en predecir una decisión jurídica concreta”

El concepto de vigencia del derecho (...) descansa en hipótesis referidas a la vida espiritual del juez. No puede determinarse lo que es derecho vigente por medios

¹¹⁰ Frank, Jerome. Derecho e Incertidumbre. Ed. Fontamara, México, sae, p. 50.

puramente conductistas (behaviouristic), esto es, mediante observación externa de regularidades en las reacciones (costumbres) de los jueces. (...) la cambiante conducta del juez solo puede ser comprendida y predicha mediante una interpretación ideológica, esto es, mediante la hipótesis de una cierta ideología que anima al juez y motiva su acción.¹¹¹

Y continúa diciendo:

El punto de vista tradicional no cuestiona que la parte dispositiva es el resultado del razonamiento hecho en los considerandos. La sentencia, de acuerdo con este punto de vista es un silogismo. Los considerandos contienen las premisas, la parte dispositiva, la conclusión. En oposición a este punto de vista algunos estudiosos han sostenido en tiempo más recientes que el razonamiento hecho en los considerandos no es más que una racionalización de la parte dispositiva. En efecto, dicen, el juez toma su decisión parcialmente guiado por una intuición emocional y parcialmente sobre la base de consideraciones y propósitos prácticos. Después que la conclusión es establecida, el juez halla una argumentación jurídica-ideológica plausible para justificar su decisión. Por lo común esto no le será difícil. La variedad de las reglas, la falta de certeza de su interpretación, y la posibilidad de hacer construcciones diversas sobre los temas en debate, permitirán las más de las veces que el juez halle un ropaje jurídico plausible para revestir su decisión. La argumentación jurídica contenida en los considerandos no es más que una fachada dirigida a hacernos creer en la objetividad de la decisión.¹¹² (sic)

Pensemos en un funcionario del Estado que durante varios años ha transgredido la prohibición de no aceptar emolumentos más allá del salario devengado por los servicios prestados, o en otro funcionario que destina una parte del presupuesto asignado a su dependencia para el pago de sus gastos y dispendios personales. Un curso de capacitación sobre la ética del servidor público, una invitación a conducirse con probidad en el desempeño de su encargo, o una modificación en las leyes y reglamentos aplicables al área para tornarlo más transparente o más ágil, casi seguramente harían menos efecto que un buen control basado en la rendición de cuentas y la efectividad de los procedimientos disciplinarios.

La desconfianza anima la creación de instrumentos o procedimientos¹¹³ destinados a prevenir, corregir, enmendar o sancionar las conductas de las personas físicas integrantes de

¹¹¹ Ross, Alf. On law and Justice. Spi., p. 22.

¹¹² Ídem.

¹¹³ Ésta es la noción de garantía en cuanto instrumento procesal de tutela constitucional.

los órganos estatales, quienes por un simple error de apreciación (que dicho sea de paso tampoco debe quedar fuera *a priori* de la rendición de cuentas ni de la responsabilidad) o por una motivación un tanto más deleznable, decidan –convencidos de la legalidad de su actuación o de la conveniencia de su apartamiento del cauce constitucional– sobre derechos o facultades sin respeto a las disposiciones que sobre el particular establece el texto fundamental.¹¹⁴

Con la manifestada posibilidad, el interés primario en el sentido de hacer prevalecer los mandatos de la Constitución, frente al yerro natural o ante el no menos natural pero sí más censurable actuar intencional, el supremo ordenamiento crea una serie de instrumentos para su propia defensa y para asegurar su vigencia aun en las condiciones más irregulares.

La noción de garantía en el aspecto semántico ha agradado a los juristas y los participantes políticos por su bagaje de aseguramiento, aun cuando la existencia de discursos de reglas y derechos en el máximo ordenamiento o en otros de nivel inferior per se, no aseguren sino la redacción de los textos en cuestión.

Pero veamos cómo se han concebido las garantías en el plano supranacional a propósito de dar una aproximación al concepto de garantía constitucional –objeto de estudio del derecho procesal constitucional–

2.4. CONCLUSIÓN

La justicia constitucional es una especie de justicia conformada en buena medida por el modelo de Estado en el que se pretende analizar. La teoría de la justicia constitucional descansa necesariamente en una serie de elementos a corroborar en la práctica política y que definen los objetivos del pueblo.

¹¹⁴ Cabe recordar que también la transgresión de una ley puede significar ilegalidad o inconstitucionalidad, según se trate de actos autoritarios formal y materialmente legislativos en contra de una ley general o bien aquellos en los que se afecten derechos fundamentales a la sombra de una legislación que no observa los requisitos constitucionales de validez del acto de autoridad.

Para el estudio de la justicia constitucional es indispensable su adscripción a un modelo de Estado, ya que el papel jugado por la Constitución en cada caso es determinante para sustentar de manera ideológica (y en su caso axiológica) primero, la concepción de la Constitución “querida” por el pueblo y después el estatuto de los principios y los derechos fundamentales.

La justicia constitucional puede entenderse como una teoría, esta teoría inscrita en el constitucionalismo tiene una serie de características distintivas, entre las más importantes está la sujeción de los actos del Estado (aun los legislativos) a la Constitución, la rigidez del texto constitucional y el respeto a los derechos fundamentales.

La justicia constitucional, en su vertiente procesal, se identifica con el denominado Derecho Procesal Constitucional, disciplina relativamente reciente cuyo objeto de estudio son las garantías constitucionales, o sea los instrumentos de tutela constitucional, previstos en las constituciones con la pretensión de hacer prevalecer el orden y la supremacía constitucionales cuando han sido quebrantados.

CAPÍTULO TERCERO

EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL Y SUS INSTRUMENTOS EN EL SISTEMA JURÍDICO NACIONAL

SUMARIO: -3.1. Aproximación. -3.2. Derecho Procesal Constitucional. -3.2.1. Actualidad de los Modelos de Control Constitucional. -3.2.2. Jurisdicciones Constitucionales y Ámbito de Protección. -3.3. El Control Político de la Constitucionalidad. -3.4. Análisis de los Instrumentos Jurisdiccionales de Tutela Constitucional en el Sistema Jurídico Nacional. -3.4.1. Juicio de Amparo. -3.4.2. Controversia Constitucional. -3.4.3. Acción de Inconstitucionalidad. -3.5. Control de Convencionalidad. -3.6. Conclusión.

3.1. APROXIMACIÓN

La disciplina jurídica en cuestión tiene por objeto el estudio sistemático de las garantías constitucionales, de los instrumentos procesales diseñados y contenidos en la Constitución para asegurar su vigencia.

Cada Estado, en su acepción de sujeto de Derecho Internacional, ha creado según sus propias tradiciones jurídicas, las herramientas que ha considerado más propicias para la defensa constitucional.

En este apartado se entra al estudio de los modelos de control jurídico iniciales (“puros”) y de la evolución que éstos han tenido hasta nuestros días, se hace también referencia los controles políticos de constitucionalidad.

Por último se analizan de manera individual los principales instrumentos jurisdiccionales de tutela constitucional establecidos en la Ley Fundamental mexicana, este ejercicio tiene como finalidad sentar las bases para la identificación de esos instrumentos y sus características, lo cual resulta necesario a efecto de apreciar correctamente el ámbito de su protección.

3.2. DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

El estudio profundo y sesudo de la disciplina en alusión ha sido abanderado en México por el ilustre jurista Héctor Fix-Zamudio. Una prolija colección de obras sobre control de constitucionalidad, Derecho Procesal Constitucional, Justicia Constitucional, así como diversos textos referidos a las garantías constitucionales en particular, dan cuenta del interés y la devoción mostrada por el Dr. Fix-Zamudio a estos temas.

Siguiendo al profesor Fix Zamudio, ante la diversidad conceptual debe primero precisarse tanto la estructura como el contenido de la disciplina en cita. A partir de la idea de la existencia de dos disciplinas, a saber: "Derecho Procesal Constitucional" y "Derecho Constitucional Procesal". Independientemente de las consideraciones expresadas en contra de este método, debe advertirse que la primera de ellas constituye una parte del Derecho Procesal y la otra, un sector del Derecho Constitucional, aunque ambas han sido estudiadas por juristas de los dos ámbitos.¹¹⁵

Las dos disciplinas se encuentran en el límite de esos dos grandes campos del derecho, sin importar que su fuente común se halle en las normas constitucionales. El derecho procesal constitucional tiene como objeto esencial el análisis de las garantías constitucionales, o sea los instrumentos predominantemente procesales que están dirigidos a la reintegración del orden constitucional cuando el mismo ha sido desconocido o violado por los órganos del poder.

En contraste, el Derecho Constitucional Procesal examina las instituciones procesales desde el ángulo y las perspectivas del Derecho Constitucional, debido a que las constituciones contemporáneas, especialmente las surgidas en esta segunda posguerra, han elevado a la jerarquía de normas fundamentales a varias instituciones de naturaleza estrictamente procesal, y aunque figuraban previamente en las constituciones, su aparición era aislada, en tanto que actualmente existe la conciencia de otorgar rango constitucional a las categorías procesales más eminentes.

¹¹⁵ Fix Zamudio, Héctor. *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*. Colección Derecho, Administración y Política, Ed. FUNDAp, México, 2002, pp. 26-27.

A propósito de que las dos disciplinas mencionadas tienen por objeto el examen sistemático, pero desde distintas perspectivas, de instituciones procesales, ambas se entrecruzan de manera constante, por lo que deben considerarse como estudios de frontera y de confluencia, lo que requiere de una constante colaboración de los cultivadores de las mismas.

Con relación al Derecho Procesal Constitucional –asevera el profesor en cita– se impone aclarar que la existencia de los instrumentos y órganos de solución de controversias de orden constitucional es anterior a su análisis científico.

A efecto de analizar los antecedentes de dicha disciplina se puede invocar la *judicial review* norteamericana consolidada en los primeros años del siglo XIX, por conducto del muy conocido caso Marbury versus Madison, resuelto por la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos de América, bajo la presidencia del juez Marshall en 1803.

El reconocimiento acerca de la paternidad kelseniana de la novel materia jurídica, sin encontrarse adscrito a los estudiosos del procesalismo científico, no procede de la promoción para el establecimiento de la Corte Constitucional ni la Constitución austríaca de 1920, sino por haber establecido los lineamientos, principios e instituciones de esa rama del Derecho, en sus aspectos genéricos, que con anterioridad, casi no se había estudiado de manera sistemática.¹¹⁶

En la convicción de Fix-Zamudio, quien sobre este particular expresa su acuerdo con González Pérez, no cabe duda del encuadramiento de la ciencia del Derecho Procesal Constitucional en el campo del Derecho Procesal, a cuya clarificación atribuye al último profesor mencionado la frase: "*sólo empleando la técnica propia del derecho procesal podrán replantearse correctamente y en consecuencia, resolverse felizmente, los problemas que plantean las normas reguladoras del proceso constitucional*".

¹¹⁶ Cfr. *Ibíd.*, pp. 28-29.

Desde el punto de vista genérico –dice el autor en cita– se observa la existencia de dos sistemas de solución de conflictos constitucionales, de manera tradicional, a partir de la Revolución francesa, los jueces, considerados simples aplicadores mecánicos de las disposiciones legislativas, no contaban con facultades para desaplicar las propias disposiciones que se consideraban contrarias a los preceptos constitucionales (ante una prohibición expresa), ésa fue la manera en que se desvirtuó el principio jurídico de la supremacía de la Constitución política como fundamento de validez de todo el ordenamiento jurídico, y se le confirió un simple valor político, objeto de tutela por instrumentos y órganos de esa misma naturaleza.

Contrariamente, en la Carta fundamental de Estados Unidos de 1787, y con precedentes en la legislación de las colonias inglesas en América, se impuso el principio contrario, desarrollado con posterioridad por la jurisprudencia de la Corte Suprema, en mérito del cual los jueces de todas las categorías poseen no solo la atribución, sino también la obligación de desaplicar, en los procesos concretos sometidos a su jurisdicción, las disposiciones legales que estimen contrarias a la Constitución Federal.

De esta manera –continúa el doctrinario en alusión– se han desarrollado dos sistemas diversos. En el primero denominado austríaco, continental europeo, se impuso el criterio de que los jueces y tribunales ordinarios no pueden conocer ni decidir cuestiones de inconstitucionalidad debido a la influencia Rousseauniana, que postulaba la supremacía del órgano legislativo como representante de la voluntad general y Montesquieu, quien concebía al juez como un aplicador mecánico de la ley.

El otro modelo, denominado como americano, estatuye que todos los jueces y tribunales, pueden decidir sobre la constitucionalidad de los actos de autoridad, especialmente respecto de las disposiciones legislativas. En América Latina, por influencia del ordenamiento constitucional norteamericano, se ha impuesto con algunas excepciones, la facultad de los jueces ordinarios, o al menos algunos de ellos, para conocer y decidir las cuestiones de constitucionalidad.

Fix-Zamudio menciona que para esquematizar el sistema americano, es posible afirmar que sus elementos consisten en la facultad del órgano judicial en su conjunto, sin importar su jerarquía, para resolver las cuestiones de constitucionalidad, lo cual le ha valido el calificativo de difuso, siempre y cuando la cuestión respectiva se plantee, bien por las partes o por el juzgador natural, al interior de un proceso concreto, lo cual –dice– se ha calificado incorrectamente como “vía de excepción”, al tiempo que algunos procesalistas italianos le han denominado mejor como “cuestión prejudicial” si se toma en cuenta que el problema de la inconstitucionalidad debe considerarse como un aspecto incidental de la controversia principal en cuyo seno se plantea.

El segundo modelo, austríaco o continental europeo encomienda a un órgano especializado –Corte o Tribunal Constitucional– cuya naturaleza aun hoy es materia de debate, la decisión de las cuestiones relativas a la constitucionalidad de las leyes y, en general, de los actos de autoridad, mismas que no pueden ser resueltas por los jueces ordinarios, ya que deben plantearse en la vía principal por los órganos del Estado afectados por el ordenamiento inconstitucional o en forma indirecta por los jueces o tribunales que carecen de la facultad para resolver sobre la constitucionalidad de las disposiciones aplicables, en la inteligencia de que el fallo dictado por el tribunal especializado, cuando declara la inconstitucionalidad, tiene efectos generales o *erga omnes*; es decir, implica la ineficacia de la ley respectiva a partir del momento en que se publica la decisión de inconstitucionalidad, o en el plazo que fije el propio tribunal constitucional.¹¹⁷

Al realizar un examen teórico de los dos sistemas, se observan características recíprocamente contrarias, de acuerdo con la tesis de Piero Calamandrei,¹¹⁸ quien sostuvo que los lineamientos del binomio aparecen de ordinario agrupados según cierta necesidad lógica, de modo que el control judicial (modelo europeo) es concentrado principal, general y constitutivo.

¹¹⁷ Cfr. *Ibidem*, pp. 31-33.

¹¹⁸ Vid. *Infra*, p.-----

Ahora bien, en la práctica sólo la presencia mayoritaria de los elementos característicos otorga a los sistemas el adjetivo de americano o de austríaco, en virtud de que en la actualidad no se presentan en su forma pura, ya que existe una clara tendencia hacia su mezcla a través de sistemas que aprovechan las ventajas de los dos y tratan de evitar los inconvenientes de una estructura rígida, con lo que se han confeccionado los denominados como: "sistemas mixtos", los cuales se han vuelto cada vez más comunes sobre todo en Latinoamérica.¹¹⁹

El Derecho Procesal Constitucional, tiene una trascendencia notable en los estudios jurídicos actuales. La profusión de los escritos –relativos al objeto de estudio de esa área del Derecho– dan cuenta de la atención generada por los instrumentos procesales de defensa constitucional. Y es precisamente el análisis desde la perspectiva procesal (instrumental) la que ha justificado su denominación, de uso frecuente aún por doctrinarios que antaño empleaban con frecuencia los vocablos justicia o jurisdicción constitucional para aludir a la misma rama.

En consideración a lo precitado y siguiendo al profesor Fix- Zamudio entendemos al Derecho Procesal Constitucional como: *la disciplina jurídica, situada dentro del campo del derecho procesal, que se ocupa del estudio sistemático de las instituciones y de los órganos por medio de los cuales pueden resolverse los conflictos relativos a los principios, valores y disposiciones fundamentales, con el objeto de reparar las violaciones de los mismos.*¹²⁰

3.2.1. Actualidad de los Modelos de Control Constitucional

La actualidad de los sistemas de control constitucional se halla un tanto alejada de la división más bien teórica planteada en su momento por Calamandrei,¹²¹ por la cual se los define a través de una serie de binomios contrapuestos: el sistema judicial o difuso y el sistema autónomo o concentrado.¹²²

¹¹⁹ Ídem

¹²⁰ Fix-Zamudio, Héctor. Op. Cit., pp. 45-46.

¹²¹ Tanto Fix-Zamudio como Fernández Segado citan como referencia de la postura de Calamandrei el texto: "La Ilegitimidad Constitucional de las Leyes en el Proceso Civil", en su obra *Instituciones de Derecho Procesal Civil* (Estudios sobre el Proceso Civil) vol. III, trad. Santiago Sentís Melendo, Ed. Librería El Foro, Buenos Aires, 1996.

¹²² Cfr. Fernández Segado, Francisco. *La Justicia Constitucional ante el Siglo XXI: La Progresiva Convergencia de los Sistemas Americano y Europeo- Kelseniano*. Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2004, pp. 25-26.

El sistema difuso poseía las siguientes características:

- a) Incidental: únicamente puede proponerlo en vía prejudicial quien es parte en una controversia concreta
- b) Especial: la declaración de inconstitucionalidad conduce exclusivamente a negar la aplicación de la ley al caso concreto.
- c) Declarativo: la decisión de inconstitucionalidad opera como declaración de certeza retroactiva de una nulidad preexistente y, por tanto, con efectos *ex tunc*, implica además que todos los órganos jurisdiccionales pueden ejercitarlo.

El sistema concentrado, contaba con estos rasgos:

- a) Principal: el control se plantea como un tema por separado y principal de la acción, a través de él se cuestiona de manera directa la legitimidad de la ley en general, sin esperar que se ofrezca la ocasión de una controversia especial, el cual por supuesto se ejercita ante un órgano constitucional especial.
- b) General: al realizarse la declaración de inconstitucionalidad, se arriba a la invalidación de la ley *erga omnes*, con lo que el ordenamiento pierde su eficacia normativa general.
- c) Constitutivo: el pronunciamiento de inconstitucionalidad opera como ineficacia *ex nunc*, opera hacia el futuro, sin alterar respecto del pasado la validez de la norma general declarada inconstitucional.

El profesor Fernández Segado opina que en la actualidad el valor explicativo de los conceptos concentrado y difuso es bastante dudoso. Pues aún, incluso desde una perspectiva histórica se advierte que la completa vigencia práctica de los postulados teóricos en que se sustentaba la bipolaridad difuso-concentrado fue más bien escasa y que muy temprano se produjo una cierta relativización de algunos de sus rasgos más definitorios.¹²³

Indica el doctrinario en cita que una opinión extendida en nuestros días, por no decir generalizada, resalta la presencia de una tendencia claramente convergente entre los dos clásicos modelos. Para lo cual reseña a Cappelletti, para quien el control jurisdiccional de las

¹²³ Cfr. *Ibíd.*, p. 27.

leyes, en su funcionamiento en el mundo contemporáneo, revela el hundimiento de las antiguas dicotomías, por lo que ambos modelos se encuentra en proceso de unificación.

Una de las aproximaciones se observa en el control de constitucionalidad de las leyes con motivo de sus actos de aplicación, con lo que se hace partícipe de la atribución a la totalidad de los jueces, relativizando el punto diferencial difuso-concentrado.

Otra diferencia consistente en la naturaleza incidental o principal del control, deriva de que, en el caso del sistema americano, la ley no puede impugnarse en forma directa, sino que ha de cuestionarse con motivo de su aplicación –si bien con trascendencia al resultado del proceso principal– en una controversia concreta; mientras que en el sistema europeo-kelseniano, el procedimiento ante el Tribunal Constitucional se inicia mediante la presentación de una acción o recurso de inconstitucionalidad, de manera directa en contra de la ley estimada inconstitucional.

En la actualidad –señala Fernández Segado– la diferencia no es diáfana, ya que al introducirse en los sistemas figuras como la cuestión de constitucionalidad que consiste en la revisión de una ley con motivo de su posible aplicación a un caso concreto, a instancia de persona o autoridad legitimada, por el Tribunal Constitucional, se diluyen los conceptos de concreción y abstracción, por cuanto a los binomios en estudio.¹²⁴

En cuanto a los efectos de la sentencias con un pronunciamiento de inconstitucionalidad de la norma general impugnada –continúa el autor en reseña– resalta una divergencia relativa a su extensión y naturaleza.

En el modelo americano el juez no anula la ley sino se limita a declarar una nulidad preexistente, a un acto de inaplicación de una ley por estimarla contrastante con el texto constitucional. Consecuentemente, los efectos de dicha declaración son retroactivos y, debido a la naturaleza incidental de la petición, no más allá del caso particular.

En el modelo europeo, el tribunal no ejerce propiamente una auténtica función jurisdiccional, sino que al dilucidar entre la función jurisdiccional y la función legislativa, es posible notar que mientras la última crea normas generales, la primera no crea sino normas individuales que la anulación de una ley es resultado de la aplicación de la Constitución a un hecho concreto de producción legislativa, el Tribunal Constitucional no crea, por el contrario

¹²⁴ Cfr. *Ibidem*, pp. 35-40.

destruye una norma general, o sea, que oficia de legislador negativo. Con lo cual más que resaltar el aspecto político del control se vislumbra la intención de un efecto *erga omnes* a la determinación del juzgador constitucional y a la exclusión de la fuerza retroactiva de la resolución judicial.

A decir del autor citado, una relativización de los binomios de Calamandrei, atinente al aspecto en estudio se presenta con una de las características de los sistemas del *common law*, puede hallarse en la regla del precedente como una obligación del juzgador de atender a los precedentes judiciales o criterios para resolver por los órganos jurisdiccionales con anterioridad (*stare decisis*).

Con esta peculiaridad, el *stare decisis* puede modificar los alcances de una sentencia referida exclusivamente a un caso concreto sobre todo cuando existe un tribunal jerárquicamente superior cuya jurisprudencia debe ser acatada, con lo cual las determinaciones de inconstitucionalidad en casos concretos pueden desembocar en un efecto general.

La disminución de la distancia aparentemente irreconciliable de los dos sistemas de control en parte procede del hecho de que el contenido de muchos pronunciamientos de los jueces constitucionales es principalmente interpretativo. Éstos, han mostrado su voluntad de compaginar la provocación de una expansión de los valores constitucionales, facilitando su ingreso en todas las ramas del ordenamiento jurídico. Con ello las sentencias interpretativas pretenden evitar vacíos en el ordenamiento y han funcionado en la práctica, con una eficacia similar a la del precedente propio del modelo americano.¹²⁵

El autor en cita reseña la visualización de una especie de tercer modelo de justicia constitucional, que reuniría caracteres del sistema americano y del europeo, el cual a través de una combinación de fórmulas o mecanismos procesales cuyo elemento en común consiste en la permanencia del control en un órgano centralizado, la característica de lo difuso se introduciría en la fase introductoria del proceso, en vez de la fase de resolución.

Ahora bien –de acuerdo con Fernández Segado– este esquema de tercer modelo es insuficiente para clasificar los distintos y distantes sistemas de control imperantes en la

¹²⁵ Cfr. *Ibidem*, pp. 45-47.

actualidad. Una de las formas en que esto se demuestra, es el avance del estudio de los sistemas de control, hacia otras clasificaciones sobre todo en algunos países europeos y latinoamericanos en donde se observa la coexistencia del control difuso con el control concentrado.

Por lo tanto, aunque sería de esperar que los miembros de las asambleas constituyentes y de los órganos legislativos ordinarios crearan sistemas de justicia constitucional, tendientes a encontrar la máxima eficacia y racionalidad, haría falta la combinación de elementos procedentes de los dos modelos primigenios.

Empero –sostiene el autor– una buena parte de los cuerpos legales son motivados por otras razones como la estratificación de textos normativos, de orientaciones políticas, de la propia y peculiar evolución histórica, de influencias culturales, los cuales al final constituyen un conjunto dispar de variables difícilmente reconducibles a criterios racionales unívocos. Por lo cual es en extremo complicado generar un tercer modelo derivado de la hibridación de los dos modelos bipolares.¹²⁶

En el mismo orden de ideas, el profesor en reseña reitera que la dicotomía expuesta de los modelos de justicia constitucional contrapuestos debe ser abandonada. Para soportar esa conclusión cita algunos otros criterios de clasificación atribuidos a estudiosos de los modelos de justicia constitucional, entre los que descuellan los siguientes:

- a) La diferenciación entre dos grandes modelos de justicia constitucional: la jurisdicción de los derechos fundamentales y la justicia política. El primero de ellos encuentra su *ultima ratio* en la nueva concepción constitucional de los derechos, que se nos presentan no sólo como límites respecto de los poderes públicos, sino también como elementos positivos de orientación, integración y dirección, que operan como parámetros de legitimidad del ejercicio de los poderes públicos, particularmente de la función legislativa. El segundo halla su núcleo central en una función de moderación,

¹²⁶ Cfr. *Ibíd.*, pp. 91-94.

en sintonía con la cual al Tribunal Constitucional correspondería la tutela de los principios de la forma de gobierno.

- b) La contraposición de los sistemas concretos a los sistemas abstractos, a cuya mayor precisión acude la división entre el modelo centrado en la ley, y los modelos centrados en la defensa de los derechos.
- c) La clasificación asentada en el procedimiento por el cual se acude al juez constitucional, así como en la naturaleza de su decisión. Con lo cual se distingue entre el procedimiento constitucional atinente a una lógica subjetiva y concreta (la sentencia constitucional pone fin a la demanda de una persona titular de derechos subjetivos, versando sobre la situación concreta de esa persona) y el diverso donde se da respuesta a una lógica objetiva y abstracta (la sentencia constitucional zanja una cuestión planteada por un actor de la vida política relativa a contactos entre normas u órganos del Estado).¹²⁷

En un intento por sentar las bases de una nueva clasificación, el autor en reseña indica que debe considerarse a la que atiende a si el control de constitucionalidad es un control de la ley, al margen de su aplicación, o por el contrario, se trata de un control con ocasión de la aplicación de la ley.

Si se tratase del primer caso, el control constitucional se lleva a cabo en ausencia no sólo de un litigio judicial previo, sino, más ampliamente, de todo conflicto de intereses subjetivos. En el segundo, el control podrá desencadenarse a raíz de una litis que enfrente intereses subjetivos contrapuestos, pero no siempre sucederá así; pensemos, por ejemplo, en el control que puede desencadenar un conflicto de competencias que oponga al Estado y a un ente territorial descentralizado en un Estado compuesto, que lógicamente surge con ocasión de la aplicación de una norma legal.

¹²⁷ Cfr. *Ibíd.*, pp. 131-133.

Esta diferenciación, que no ha de dejar de tener consecuencias, de mayor o menor relevancia, en el enjuiciamiento, como por lo demás creemos se ha puesto ya de relieve en un momento precedente, aunque con reminiscencias evidentes de la contra posición bipolar previamente explicada, parece más pertinente, quizá por su mayor abstracción, permite un más nítido encasillamiento del control que posibilita la cuestión de inconstitucionalidad, que no cabiendo duda alguna de que se trata de un control con ocasión de la aplicación de la ley, suscita por el contrario, alguna mayor complejidad cuando se trata de reconducir al binomio referido, debido a que la concreción proviene del planteamiento, pero convive con la abstracción del enjuiciamiento.

En la primera modalidad (control de la ley) –señala el profesor en cita– habría que atender a dos variables, cada una de las cuales conduce, a su vez, a una distinción que se bifurca en dos:

- a) El momento de verificación del control, que lleva a distinguir entre un control *a priori*, previo o preventivo y otro *a posteriori*, sucesivo o represivo, según que el control se lleve a cabo antes o después de la promulgación de la ley. Dentro, a su vez, del control sucesivo, quizá tenga cierto interés establecer una nueva diferenciación según que el control se halle delimitado temporalmente o bien que no exista límite temporal para su verificación.
- b) La naturaleza del interés constitucional objeto de salvaguarda a través del control conduce a diferenciar entre un control objetivo, o en interés del orden constitucional general, y un control competencial, que en el marco de un Estado compuesto pretende salvaguardar el orden constitucional de competencias establecido con relación a los distintos entes territoriales. En la segunda modalidad de control, esto es, en el control de constitucionalidad que se lleva a cabo con ocasión de la aplicación de la ley, sería preciso, a su vez, atender a tres diversas variables: 1) La primera con relación al hecho de que la competencia se atribuya a una pluralidad de órganos o a un órgano único, diferenciando de esta forma un control difuso, en el que cualquier juez o tribunal puede efectuar el control

constitucional de una norma que ha de aplicar en un caso litigioso del que está conociendo, y un control concentrado, en el que ese control corresponde a un órgano único, sea un tribunal constitucional, o sea, como sucede en algunos países latinoamericanos (control preventivo y control sucesivo) donde se agrega un tribunal supremo. II) La segunda variable atiende a la instancia desencadenante del control, pudiéndose diferenciar aquí cuatro modalidades: a') El control instado por un órgano jurisdiccional, como es el caso característico, bien frecuente en Europa, como ya se vio, de la cuestión de inconstitucionalidad; b') El control que insta una persona lesionada en sus derechos o intereses legítimos. Contra lo que pudiera pensarse, esta modalidad de control no se agota en el procedimiento de amparo o queja constitucional; por el contrario, al margen del recurso de amparo, en ocasiones, un individuo puede desencadenar un control de constitucionalidad de una ley que, aun no siendo objeto de un acto de aplicación específico, por su carácter autoaplicativo, afecta la esfera de intereses legítimos del individuo en cuestión. Esta afectación justificaría que esta modalidad de control se ubique dentro del control de constitucionalidad que se realiza con ocasión de la aplicación de la ley, aunque no exista acto expreso de aplicación. III) La última de las variables a las que se ha de atender es la relativa a la eficacia de las sentencias, particularmente de las sentencias estimatorias, según tengan efectos en el caso concreto o proyecten sus efectos con carácter general.

De ese modo, es posible concluir que en la actualidad, la poco asequible heterogeneidad de los sistemas de control de constitucionalidad, es resultado de una continua mixtura entre los elementos característicos de los dos grandes sistemas del pasado, y que el estudio de un sistema determinado debe tomar como base no solo la descripción de las características informadoras de la dicotomía inicial, sino las nuevas y actuales clasificaciones, tomando como eje la jurisdicción constitucional de la libertad.¹²⁸

¹²⁸ Cfr. *Ibíd.*, pp. 135-141.

3.2.2. Jurisdicciones Constitucionales y Ámbito de Protección

Siguiendo a Mauro Capelletti, Fix-Zamudio divide en tres aspectos a la justicia constitucional:

- a) Jurisdicción Constitucional de la Libertad: constituida por todos aquellos instrumentos establecidos en los ordenamientos constitucionales, a través de los cuales se ventila la posible contradicción entre una norma general o un acto autoritario individualizado y los derechos humanos previstos en la Constitución y en los tratados o convenciones internacionales.

Entre las figuras que se adscriben a este sistema se encuentra el *habeas corpus*: recurso utilizado para cuestionar principalmente detenciones arbitrarias, en los países donde opera la tradición del derecho anglosajón; la judicial review: consistente en la obligación de los jueces de inaplicar las leyes que estimen inconstitucionales, en donde el dictamen de inconstitucionalidad se encuentra íntimamente relacionado con los derechos humanos.

Adscrito a esta especie podemos encontrar también al amparo: creado en el ámbito federal en la Constitución Federal mexicana de 1857 y que con la misma denominación prevista en la Ley Fundamental mexicana vigente, y que tiene por objeto, mediante un procedimiento sencillo,¹²⁹ con medidas cautelares importantes, conocer de la violación de los derechos fundamentales previstos en las cartas constitucionales y en los instrumentos supranacionales.

En el ámbito latinoamericano se encuentra en las constituciones nacionales de Argentina, Bolivia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

¹²⁹ El estudio acerca de la sencillez del procedimiento de amparo en México no es parte de los objetivos de este trabajo. No obstante, aunque en apariencia la presentación de la demanda, el acuerdo que le recae (admisorio) un informe de la autoridad y una dilación probatoria no reflejan complicación, lo cierto es que los procedimientos de amparo sí tienen complicaciones que los alejan de la sencillez prevista en la ley procesal, a nuestra consideración, esas complicaciones, en no pocas ocasiones, se generan por la interpretación que de esa ley hacen los tribunales del conocimiento.

Asimismo, puede encontrarse con idéntica denominación en la Constitución española, y con denominaciones equivalentes como *mandado da segurança*, en la Constitución Brasileña; recurso de protección, en la Constitución chilena; y acción de tutela en la Constitución colombiana.¹³⁰

También es posible encontrar figuras similares en otras constituciones europeas como el caso de la Carta de la República Federal Alemana, donde se estatuye la *Verfassungsbeschwerde*, la cual guarda similitudes con el amparo español y el latinoamericano.

Por último en cuanto a esta primera clasificación se incluye a los organismos no jurisdiccionales protectores de los derechos humanos inspirados en el *ombudsman* escandinavo, a cuya competencia corresponde el conocimiento de las violaciones de derechos humanos atribuidas a las autoridades administrativas o a otro tipo de autoridades al desplegar actos materialmente administrativos. Si bien esta institución no se inscribe en el ámbito jurisdiccional de protección, se considera importante a su labor como auxiliar en el conocimiento y la investigación de conductas oficiales violatorias de derechos humanos. En el caso mexicano, representadas por las 33 comisiones a que alude el artículo 102, apartado B de la CPEUM.

- b) Jurisdicción Constitucional Orgánica. Los instrumentos que dirimen las controversias sobre la competencia constitucional entre dos o más órganos del Estado y aquellos que permiten el cuestionamiento de la constitucionalidad de las leyes de manera abstracta.

Parafraseando al profesor Fix-Zamudio, es importante resaltar que esta división obedece a un criterio doctrinario para distinguir los ámbitos de protección de las garantías constitucionales, lo cual no evita que en el aspecto práctico, los

¹³⁰ Se debe recordar que en algunas de esas constituciones extranjeras, además del amparo o figura equivalente, existe el *habeas corpus* como instrumento para la protección de la libertad o integridad personal. En el caso mexicano, la procedencia del amparo se extiende también a esos derechos.

instrumentos de tutela que preservan el orden constitucional de manera horizontal entre los entes públicos, o bien vertical atendiendo a los diversos órdenes de gobierno, puedan incidir en la defensa de los derechos humanos.

A esta especie corresponden la controversia constitucional y la acción de inconstitucionalidad previstas en las fracciones I y II, respectivamente, del artículo 105 de la CPEUM

- c) Jurisdicción Transnacional. Constituida por todos aquellos tribunales, con fuerza vinculante que estado fuera del aparato del Estado nacional tiene competencia para conocer de violaciones en materia de derechos humanos o bien de determinado tipos de delitos o cuando los sujetos son de derecho internacional, generalmente sujetos a un ordenamiento multilateral suscrito o ratificado por los Estados miembros.¹³¹

3.3. EL CONTROL POLÍTICO DE LA CONSTITUCIONALIDAD

De acuerdo con Karl Loewenstein, la finalidad primordial de una Constitución escrita consiste en limitar la concentración del poder absoluto en un solo detentador, a través de la distribución de las funciones entre varios detentadores.¹³²

Así, las propias constituciones establecen una serie de controles, ejercidos por los propios órganos, hacia su interior, así como hacia el exterior, (hacia otros órganos). El autor en cita ha les ha designado como controles intraorganos y controles interorganos, respectivamente.

En opinión de quien esto escribe, los controles no jurisdiccionales juegan un papel relevante, al medir el pulso de la gobernabilidad al interior de un Estado. La manera en que los

¹³¹ Cfr. Fix-Zamudio. Op. Cit., p. 90-112.

¹³² Cfr. Loewenstein, Karl. *Teoría de la Constitución*. Ed. Ariel, 2ª ed., Trad. Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona 1976, p. 232.

propios órganos hacia su régimen interno disciplinan su actuación, permite mostrar un rostro homogéneo en la actuación.

Por otro lado, los controles interorganos dan cuenta de un sistema en el que, sin necesidad de ejercitar una acción judicial formalmente dicha, es posible orientar o reconducir la decisión de uno de los órganos del Estado.

Un ejemplo notorio de los controles interorganos es el modelo de sistema bicameral, por el cual el Poder Legislativo, delinea su política, sin necesidad de acudir a un órgano jurisdiccional, mediante un acción procesal de carácter formal.¹³³

3.4. ANÁLISIS DE LOS INSTRUMENTOS JURISDICCIONALES DE TUTELA CONSTITUCIONAL EN EL SISTEMA JURÍDICO NACIONAL

El análisis de los instrumentos de tutela se realiza desde la perspectiva procesal, de acuerdo con sus características propias. Se privilegia la figura del amparo, pero también se aborda la acción de inconstitucionalidad, exclusivamente en cuanto a la legitimación para su promoción y las hipótesis de procedencia; asimismo y solo de un modo somero se menciona la controversia constitucional, por ser, a nuestra consideración, parte de la tríada que completa el espectro de las garantías constitucionales en sus vertientes orgánica y de la libertad.

Es necesario hacer precisiones iniciales y división de los puntos a estudiar para una mejor comprensión: no se estudia la totalidad de los instrumentos de tutela constitucional, el estudio abarca al amparo con las acotaciones ya señaladas, la mención de la controversia constitucional y la revisión de ciertos rasgos de la acción de inconstitucionalidad, en cuanto instrumentos procesales de tutela se circunscribe a lo indispensable para la consecución de nuestro objetivo.

¹³³ Cfr. *Ibíd.*, p. 246.

Entre los instrumentos procesales que delinear esta parte del sistema procesal constitucional (jurisdiccional) mexicano, el amparo es el más antiguo, seguido de la controversia constitucional y de la acción abstracta de inconstitucionalidad (en ese orden).

La búsqueda de la justicia constitucional se realiza por su conducto, pero a nuestra consideración no se consigue, al menos en los parámetros suficientes para incrustar a nuestro país en un modelo de Estado constitucional de derecho.

Ciertamente, en nuestra percepción el diseño normativo es la variable principal de este aserto, veamos por qué.

La justicia constitucional, en este caso, se observa por medio de los siguientes aspectos: a) la norma procesal; b) la interpretación de la norma constitucional por medio de la norma procesal; c) los resultados arrojados por la jurisprudencia.

Por lo tanto, a consideración de quien esto escribe, el papel desempeñado por el juez constitucional (interpretación) resulta indispensable, pero esa apertura (característica de la norma constitucional) no debe trasladarse a la norma procesal constitucional.

La revisión de los criterios de tribunales federales y la reciente creación de los plenos de circuito y el cúmulo de asuntos de las Salas y el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en cuanto a contradicción de tesis, dan cuenta de la existencia del problema.

Esta parte del problema tiene que ver con la interpretación. Entonces, si la interpretación de la Constitución y de la codificación procesal constitucional ha constituido y sigue constituyendo una causa para la bifurcación de criterios, el paso necesario hacia su unificación, previa a la existencia de resoluciones que necesariamente afectaran los derechos individuales o colectivos de manera irreversible, es la confección de normas procesales constitucionales con parámetros de acceso a la justicia.

Ése es el aspecto a resaltar en el estudio individualizado de los instrumentos procesales. En otras palabras, entre las posibles perspectivas para el tratamiento de las garantías constitucionales la que aquí se privilegia tiene por objeto analizar sus características como vías para acceder a la justicia constitucional.

3.4.1. Juicio de Amparo

Desde las coloridas y relajadas descripciones que comparan el amparo con las personas¹³⁴ o con ciertas experiencias de la vida, hasta las nociones ya muy conocidas de connotados autores en el ámbito nacional dedicados a su estudio hace tiempo, lo cierto es que el juicio de amparo delinea el rostro de la justicia mexicana y si se quiere, de la justicia a la mexicana.

No nos parece posible la comprensión del sistema jurídico mexicano en su conjunto sin hacer alusión a la figura del amparo. Este procedimiento ideado para salvaguardar las libertades ha ido desarrollando el vértice de la justicia constitucional en nuestro país.

Y es que desde su incorporación al sistema jurídico mexicano¹³⁵ se ha buscado que el amparo constituya la piedra angular de un sistema de justicia fundado en el respeto de los derechos y las libertades individuales.

En esta alusión histórica conviene citar a quienes se encargaron del estudio y sistematización del amparo y sentaron un precedente y una escuela para su estudio a nivel nacional.

Ignacio Burgoa ha formulado el concepto de amparo que se transcribe a continuación:

El amparo es un juicio o proceso que se inicia por la acción que ejercita cualquier gobernado ante los órganos jurisdiccionales federales contra todo acto de autoridad (lato sensu) que le causa un agravio en su esfera jurídica y que considere contrario a

¹³⁴ Principalmente en cuestiones de género aludiendo a su denominación cuyo origen latino designa protección o cobijo.

¹³⁵ En sede estatal primero, al integrarse a la Constitución yucateca de 1841, y con posterioridad en la Constitución Federal de 1857.

*la Constitución, teniendo por objeto invalidar dicho acto o despojarlo de su eficacia por su inconstitucionalidad o ilegalidad en el caso concreto que lo origine.*¹³⁶

Por su parte, Juventino V. Castro considera para fines de comprensión completa y objetiva la siguiente definición de amparo:

*El amparo es un proceso concentrado de anulación –de naturaleza constitucional– promovido por vía de acción, reclamándose actos de autoridad, y que tiene como finalidad el proteger exclusivamente a los quejosos contra la expedición o aplicación de leyes violatorias de las garantías expresamente reconocidas, en la Constitución; contra los actos conculcatorios de dichas garantías; contra la inexacta y definitiva atribución de la ley al caso concreto; o contra las invasiones recíprocas de las soberanías ya federal ya estatales, que agraven directamente a los quejosos, (sic) produciendo la sentencia que conceda la protección el efecto de restituir las cosas al estado que tenían antes de efectuarse la violación reclamada –si el acto es de carácter positivo–, o el de obligar a la autoridad a que respete la garantía violada, cumpliendo con lo que ella exige, si es de carácter negativo.*¹³⁷

El amparo es un juicio autónomo que se tramita en sede jurisdiccional y que versa sobre violación de derechos humanos y sus garantías. Es un instrumento procesal constitucional caracterizado por su función reparadora de las violaciones a los derechos públicos subjetivos de los gobernados establecidos en la Constitución o en cualquier otro ordenamiento. Se sitúa dentro de lo que la doctrina ha denominado *jurisdicción constitucional de la libertad*, sistema al que pertenecen otras figuras pertenecientes al derecho comparado como el *habeas corpus* o el *mandado da segurança*.

Las notas características del amparo mexicano lo vuelven el instrumento único –infortunadamente a nuestra consideración no el idóneo– para exigir la revisión de actos de autoridad contrarios a los derechos humanos.

Ha habido voces críticas del amparo (en su mayoría con pleno desconocimiento de su significado y sus alcances) han existido detractores que pugnan por su desaparición y otros incluso que señalan que se ha abusado de él, como si la solicitud de intervención a un órgano jurisdiccional en defensa de un derecho fundamental pudiera considerarse un abuso.

¹³⁶ Burgoa, Ignacio. *El Juicio de Amparo*. 34ª ed., Ed. Porrúa, México, 1998, p. 173.

¹³⁷ Castro, Juventino V. *Garantías y Amparo*. 12ª ed., Ed. Porrúa, México, 2002, p. 355.

Tales voces y opiniones han tenido un eco parcial, si bien al menos en nuestro punto de vista la desaparición del amparo en México no se ve en la esfera de lo probable, sí se observa una tendencia hacia su proscripción –respecto de ciertos actos y procedimientos donde su trámite resulta inútil– así como a su sustanciación cada vez difícil y compleja.

Este demérito del amparo se ve así en las disposiciones jurídicas que lo regulan, como en algunas decisiones jurisdiccionales que en su virtud se pronuncian.

El tratamiento equivocado del único instrumento –en ocasiones– eficaz para la restitución de los derechos de las personas, da pauta para estudiarlo a profundidad, conocer sus características y pugnar por su pronta recuperación.

Debe existir un equilibrio, un balance entre los fines del Estado y la protección de los derechos de sus integrantes. La parte más importante de los pesos de ese delicado sistema, descansa en los tribunales, pues a ellos compete la realización de la justicia y más específicamente de la justicia constitucional.

Que el Poder Legislativo falle en la confección o modificación del instrumento procesal y su regulación, no significa que el Poder Judicial deba apreciar a la distancia la regresión constitucional y/o legal, por el contrario –dentro del equilibrio de poderes– es el encargado de hacer prevalecer la vigencia constitucional aun en contra de las decisiones democráticas.

Pero ocurre algo más grave, en ocasiones el legislador instaura un sistema, crea o transforma un procedimiento tutelar, atendiendo a las reglas del debido proceso y a los fines de la convivencia entre el Estado y sus integrantes, pero es el juzgador quien, por medio de la interpretación, tergiversa o hace nugatoria la finalidad del instrumento.

Ésta última hipótesis nos parece extrema, si consideramos que la última puerta para la protección de los derechos es efectivamente la vía constitucional y los encargados de tornarla

en justicia, los órganos jurisdiccionales con competencia para resolver aspectos de constitucionalidad.

El amparo desde la perspectiva teórica es el reflejo de la lucha por la conquista del respeto de los derechos fundamentales, aun contra las decisiones mayoritarias. Es un baluarte constitucional de los mexicanos y una de las figuras más estimadas en otros sistemas jurídicos por su extensión protectora.

Sin embargo, la visión del amparo, la teoría que pretende explicarlo, su desarrollo histórico, han ido siempre impregnados de su inseparable naturaleza procesal, dan cuenta de ello las definiciones acuñadas a lo largo de los años.

La ubicación del amparo en el plano de los medios de impugnación sería en los medios de defensa en la vía constitucional, por acción y órgano específico.

Desde la postura procesal, el amparo es un medio de defensa o un recurso extraordinario que se incoa por medio de una acción, es decir, un derecho de naturaleza procesal que pretende la protección de derechos sustantivos.

Los elementos de la acción constitucional de amparo son los siguientes.

- a) Sujeto activo: Gobernado titular de un derecho humano, de una garantía o de un interés relacionado con éstos derivado de una situación jurídica concreta quebrantada por una autoridad o particular equiparado.
- b) Sujeto pasivo. La autoridad o el particular equiparado que despliega el acto violatorio de derechos humanos o sus garantías.
- c) Causa remota: La situación jurídica concreta del gobernado frente al estatuto constitucional.
- d) Causa próxima: La violación cometida mediante el acto u omisión autoritaria.

e) Objeto. La protección de la justicia federal contra el acto autoritario, por medio de la prestación del servicio público jurisdiccional.¹³⁸

El amparo puede ser de dos tipos, por violación de derechos humanos y sus garantías o por invasión de esferas competenciales.

Es preciso notar que la afectación en uno y en otro caso se da sobre intereses particulares, ya que la obligación de que el acto privativo o el de molestia provengan de autoridad competente es un mandato previsto en el numeral 16 de la CPEUM.

El numeral en estudio en su primer párrafo dispone lo siguiente:

Artículo 16. Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

En la doctrina se conoce como garantía de legalidad, a partir de 2011, se refuerza su carácter de medio para el cumplimiento de otros derechos, a nuestra consideración por las razones siguientes:

La garantía en este caso tiene la noción de medio, es decir el ambiente, estado o las circunstancias propicias para algo. Lo que el numeral 16 establece es un cúmulo de requisitos para que la actividad estatal dirigida a un particular o bien a un ente que sin ser particular, guarde una situación subordinada a esa actividad.

La única forma de tener certeza de que cierto hecho ocurrió y por lo tanto motiva la intervención de la autoridad es con el cumplimiento de las reglas previstas en el numeral en estudio, pero además para que el actuar autoritario sea válido, no solo se debe acreditar la existencia del hecho que motiva la intervención del órgano estadual, sino que se debe desplegar una serie de actos por los cuales se permita al destinatario la defensa de su interés

¹³⁸ Cfr. Burgoa, Ignacio. Op. Cit., pp. 320-325.

para el caso de que exista un error, una irregularidad, una apreciación incorrecta sobre os hechos que motivaron el actuar autoritario.

De no cubrirse esos requisitos se puede producir indefensión, o sea un estado de cosas respecto de una persona por la cual debido a la manera en que se emitió o bien se ejecutó o ambas, el acto estatal, se le priva de la posibilidad de esgrimir una defensa.

Los requisitos en estudio no operan aisladamente, es una serie de actos lógicamente y necesariamente concatenados de suerte que permitan la verificación de todos los puntos necesarios para la defensa.¹³⁹

3.4.2. Controversia Constitucional

Por cuanto hace a la controversia constitucional como medio de control de la constitucionalidad, tiene su origen en la *jurisdicción constitucional orgánica*, pero a diferencia de la acción abstracta de inconstitucionalidad, el fin que persigue es la resolución de los conflictos entre los diversos órganos del poder, en lo referente a sus facultades y competencias.

Es una vía dedicada a la resolución de conflictos entre órganos políticos, presentados a manera de conflictos competenciales entre ellos, con motivo de actos y omisiones, o bien, de normas generales.¹⁴⁰

En los estados federales, como el nuestro, surgieron debido a la necesidad de resolver las controversias suscitadas entre los poderes locales y federales, acerca de las competencias establecidas en las constituciones federales, así como para resolver los denominados “conflictos de atribución”, es decir, los que surgen entre los órganos constitucionales, y que deben solucionarse en acatamiento al principio de división de poderes.

¹³⁹ El amparo y sus principios rebasan el objetivo específico de este acápite, en cuanto a los puntos cuestionados del trámite, se remite al lector a los capítulos 4 y 5 subsecuentes

¹⁴⁰ Hernández Chong Cuy, María A. “De Conflictos Competenciales a Controversias Constituciones. Avances y Pendientes en la Resolución de Conflictos de Competencias”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, et. al. (Coord). *La Protección Orgánica de la Constitución*. Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2011. p. 161.

Conforme a lo dispuesto por el artículo 105 fracción I de la Ley Fundamental, la Suprema Corte de Justicia conocerá y resolverá, de conformidad con lo preceptuado por la aludida Ley Reglamentaria, las controversias constitucionales que con motivo de las facultades conferidas por la Constitución, surjan entre la Federación, el Distrito Federal, Estados y Municipios, así como entre poderes en los distintos niveles.

Esta situación permite observar que con el paso de los años la Corte mexicana ha asumido funciones de un tribunal constitucional, sin serlo de manera formal, principalmente por dos características: a) es la cabeza del Poder Judicial de la Federación y b) el ingreso de sus miembros tiene un sistema diverso al empleado en aquellos lugares donde existen tribunales formalmente constitucionales (V. gr: Alemania o España).¹⁴¹ [[[ahondar]]]

3.4.3. Acción de Inconstitucionalidad

La base teórica para instaurar el medio de defensa en este caso es también la *jurisdicción constitucional orgánica*, la cual se dirige hacia la protección directa de los principios constitucionales que consagran las atribuciones de los órganos del Estado, en específico, el control judicial de la constitucionalidad de las leyes, también llamado control abstracto de las disposiciones legislativas.¹⁴²

En cuya virtud, un sector minoritario de los legisladores, y algunos otros sujetos de Derecho Público, pueden impugnar una norma general publicada, por considerar que su texto no es conforme a la Constitución.

El artículo 105 fracción II de la Carta Magna, en virtud de la reforma constitucional de 31 de diciembre de 1994, dispone que el equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de diversos órganos legislativos, el Procurador General de la República; y, gracias a la reforma constitucional de agosto de 1996, también las dirigencias de los partidos políticos afectados (tratándose de leyes electorales), pueden interponer, ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, una acción de inconstitucionalidad en contra de normas de carácter

¹⁴¹ Cfr. Fix Zamudio, Héctor. *Ensayos sobre el Derecho de Amparo*. 3ª ed., Ed. Porrúa, México, 2003. pp. 206 a 210.

¹⁴² Cfr. Fix Zamudio, Héctor. *Introducción...* Op. Cit., pp. 113-121.

general, cuyo texto se estime contrario a la Constitución. El proceso respectivo se detalla en la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Esta expresión de la justicia constitucional permite un control de las normas tildadas de inconstitucionales previo a su primer acto de aplicación, es decir, en abstracto. De esa manera se intenta salvaguardar el orden constitucional y se legitima a las minorías, pues no basta con que exista un consenso democrático (dimensión formal) por el que se decida instaurar un cuerpo legal en el orden jurídico respectivo, sino que es necesario que ese consenso encuentre sustento en el respeto de los derechos fundamentales (dimensión sustancial).¹⁴³

Se tiene conocimiento de diversas opiniones y propuestas con relación a la regulación actual de la acción de inconstitucionalidad, las cuales estiman que el estado en que se encuentra esta garantía, impide su adecuado funcionamiento, a partir de la revisión de sus fines, a saber:

- a) el porcentaje requerido de la minoría legislativa;
- b) el número de ministros necesario para declarar la inconstitucionalidad;
- c) la legitimación limitada para las Entidades Federativas;
- d) el plazo para su interposición,
- e) la inexistencia de medidas cautelares;
- f) la ausencia de un control previo de los tratados internacionales.¹⁴⁴

Sin embargo, dentro de la esfera de influencia del objetivo y la hipótesis de este documento, existen dos características de la acción de inconstitucionalidad en su regulación vigente, que a nuestra consideración representan un problema en relación con sus alcances en la materialización de la justicia constitucional, a saber: A.- Falta de legitimación de los

¹⁴³ Con estos vocablos se hace alusión a la tesis ferrajoliana de las dos dimensiones de la democracia. Vid. Ferrajoli, Luigi. *Derechos y Garantías. La Ley del Más Débil*, Ed. Trotta, Madrid, 2005.

¹⁴⁴ Cfr. Natarén Nandayapa, Carlos F. “Las Deficiencias Legislativas y Jurisdiccionales de la Acción de Inconstitucionalidad en México, en Programa de Cooperación, Unión Europea-México. *Derecho Procesal Constitucional. Tendencias y Perspectivas*. Ed. Procuraduría General de la República- Unión Europea, México, 2006, pp. 221-223.

individuos particulares y de las colectividades de éstos para su promoción; B.- Imposibilidad para intentarla en contra de reformas o adiciones a la Constitución General de la República.

Los rasgos en cita se abordan en cuanto guardan un ligamen estrecho con el ámbito de protección de los derechos fundamentales, en donde no opera el juicio de amparo, precisamente a efecto de que al menos un instrumento permita la revisión de la actuación oficial en los casos mencionados.

Ciertamente, existen hipótesis de presunta vulneración a los derechos fundamentales, materializadas por medio de una disposición general, cuya aplicación no se ha dirigido a una persona o ente de manera individual.

Ciertos huecos donde cabe la ejecución irreparable, ciertas disposiciones normativas generales (no siempre formalmente legislativas) que subsisten en el limbo del control de la constitucionalidad, debido a su diseño y a su aplicación de imposible reparación.

En otras palabras, hay actos de autoridad (principalmente normas generales) que aunque no causan agravio a alguien (persona, colectividad o institución) con su sola vigencia, no obstante su inconstitucionalidad sea claramente apreciable (si bien mientras no se declare sigue siendo presunta) si se materializa el agravio en su primer acto de aplicación, la ejecución de su contenido se da de manera que no existe medio de defensa útil para su combate.

Por supuesto en la vía constitucional, pues si entre las garantías constitucionales se aprecia la inexistencia de un instrumento idóneo, con mayor razón la oquedad subsiste el caso de la jurisdicción ordinaria.

Como ejemplo de tales normas podemos citar las que autorizan los retenes carreteros o ciudadanos; la implementación de peajes, cuotas o salvoconductos en caminos; las revisiones aleatorias; y los programas públicos de verificación administrativa.

Este tipo de actos –en su mayoría de corte materialmente administrativo– gravitan dentro de las causas de improcedencia del juicio de amparo, en el ámbito de lo inimpugnable, en un primer momento, debido a que no tienen un destinatario específico, y en el momento posterior a su aplicación, a causa de su naturaleza irreparable.

He aquí algunas de las razones por las cuales se ha determinado que las acciones de inconstitucionalidad no deben abrirse a la promoción particular:

a) Porque el individuo –o la colectividad– sin interés público no debe cuestionar una norma aprobada por el legislativo, cuando dicha norma no le ha sido aplicada o cuando su aplicación no es inminente.

b) Porque el individuo –o la colectividad– sin interés público no debe controvertir el contenido de una disposición que se presume legítima hasta en tanto incida en su esfera de derechos.

c) Porque la acción de inconstitucionalidad puede tener un efecto general.

Más allá de la justificación teórico-procesal de este impedimento, conviene hacer patentes algunas razones por las cuales creemos que sí es viable como una solución a los problemas de la justicia constitucional, la apertura del procedimiento en ciertas hipótesis generales.¹⁴⁵

Hasta aquí se han abordado las características de los instrumentos jurisdiccionales de tutela, en cuanto se relacionan con nuestro objeto de estudio, ahora veremos el funcionamiento de una alternativa de la justicia constitucional incorporada al texto fundamental en fechas recientes.

¹⁴⁵ Esta alternativa de solución será desarrollada en el Capítulo sexto.

3.5. Control de Convencionalidad

La reforma constitucional en materia de Derechos Humanos, publicada en México el día 10 de junio de 2011, intenta colocar al país en consonancia con el concierto internacional, a raíz de la sentencia pronunciada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Rosendo Radilla Pacheco vs Estados Unidos Mexicanos (Desaparición Forzada) de 23 de noviembre de 2009.

En esa sentencia la Corte Interamericana de Derechos Humanos (parágrafo 339) determinó que los juzgadores en México, se encuentran obligados a aplicar *ex officio* el control de convencionalidad en los procesos bajo su dirección.

Pero, ¿Qué es el control de convencionalidad? Para dilucidar este inicial planteamiento conviene hacer algunas remembranzas.

En este apartado se aborda la figura del control de convencionalidad como un referente infaltable en el estudio de la actualidad de la justicia constitucional en México, aparte de las consideraciones que en torno a los instrumentos judiciales en vía de acción.

Durante un lapso considerable se debatió acerca de la posibilidad de que, conforme a la parte final del artículo 133 de la Constitución Federal, en nuestro país fuera posible un control difuso de la constitucionalidad de normas generales, es decir, que los juzgadores locales (estatales) efectuaran el análisis de las leyes (locales) que les correspondía aplicar, y en caso de que las estimaran desajustadas a los dispositivos de la Ley Címera, evitaran su aplicación.

Aun con la autorización constitucional expresa y aduciendo que el intérprete de la Constitución y los órganos del Poder Judicial de la Federación tenían a su cargo esa función primordial de Estado, durante mucho tiempo se prohibió en nuestro país el control difuso de la constitucionalidad.

Al respecto, cabe desatacar que en tratándose del control de convencionalidad dirigido a contrastar las leyes nacionales con las normas de derechos humanos previstas en

los tratados internacionales, además del control difuso, existe también un control concentrado, a cargo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Si bien desde hace algún tiempo los estudiosos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos han sostenido que la jurisdicción internacional ha sido obligatoria para México, aun en oposición al derecho interno, con independencia de que el texto constitucional no lo estableciera expresamente, esa aseveración no había permeado en la generalidad de los juzgadores nacionales, los cuales seguían privilegiando la aplicación de la legislación nacional.

Han dado cuenta de ello, las diversas sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual por cierto ha corroborado la opinión de los juristas referidos, entre la que podemos destacar, por su trascendencia en el orden jurídico mexicano, la sentencia de fecha 23 de noviembre de 2009, relativa al caso Rosendo Radilla Pacheco (desaparición forzada) en donde, entre otras cosas, la Corte Interamericana se pronuncia sobre la obligación de los jueces nacionales de aplicar las disposiciones del pacto de San José de Costa Rica, aun de oficio y en contra de la legislación nacional.

El hecho de no haber encontrado resolución favorable en los tribunales mexicanos, compelió a los interesados a buscar la justicia internacional, lo cual en su conjunto trascendió incluso al texto constitucional actual.

El numeral 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos señala a la letra:

Artículo 1. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Por su parte, el párrafo 339 de la sentencia citada establece:

339. *En relación con las prácticas judiciales, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un “control de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.*

El régimen actual de los derechos humanos en nuestro país y la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos se señala en el numeral 1 que antecede, con base en dos principios, *pro persona* y de interpretación conforme, en virtud de los cuales, la aplicación de las normas deberá realizarse de acuerdo con la interpretación que más beneficie al titular del derecho; y por otro lado, para el caso de que una norma admita varias interpretaciones deberá prevalecer la que vaya de acuerdo con la norma constitucional o con el tratado internacional.

La obligación en estudio fue reconocida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al señalar que la totalidad de los jueces en México (sin importar el fuero) deberían aplicar el control difuso de convencionalidad.

En el expediente varios 912/2010 la Corte mexicana efectuó, entre otras, las siguientes consideraciones:¹⁴⁶

- a) El reconocimiento de la jurisdicción de la Corte IDH.
- b) La obligación del Poder Judicial de Federación de atender las directrices emanadas de la sentencia interamericana en estudio.

¹⁴⁶ Para referencia directa, Vid. Infra, Anexo 2, en el cual se ha transcrito la parte conducente de la resolución del expediente Varios 912/2010, relativa al control difuso.

- c) La autorización definitiva del control de convencionalidad y de constitucionalidad, difuso, en todos los órganos jurisdiccionales del país.

Con posterioridad a la reforma de 2011, hemos notado –al menos de manera parcial– en la manera de resolver los conflictos y antinomias legislativas por parte de la justicia federal mexicana, por cuanto a la tutela de los derechos se refiere en los procesos de control de constitucionalidad (concretamente en el juicio de amparo) pues ahí donde la aplicación estricta del derecho interno más de una vez dejó sin defensa a quienes acudían a solicitar la protección de un derecho, ha operado una apertura tutelar, con base en el ejercicio del control de convencionalidad, aun de oficio dentro de los referidos procesos.

Citamos algunos ejemplos de control de convencionalidad dentro de los juicios de amparo.

- A. Amparo indirecto 908/2011-V del índice del Juzgado Tercero de Distrito en el Estado de San Luis Potosí.

En este asunto, en donde el acto reclamado fue una orden de arraigo, el juez del conocimiento previo control de convencionalidad oficioso estimó que el numeral 168 del Código de Procedimientos Penales de esa Entidad Federativa es jurídicamente incompatible con los diversos numerales 7.5, 8.2 y 22.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, motivo por el cual decidió otorgar el amparo solicitado por el quejoso.

Como comentario al margen creemos pertinente precisar que la razón principal por la cual en este proceso de amparo se llegó a una sentencia, fue que la orden de arraigo no había sido ejecutada, por la cual su trámite no se encontraba supeditado a la posibilidad de un cambio de situación jurídica que diera lugar al sobreseimiento.¹⁴⁷

¹⁴⁷ Cfr. Mendoza Salazar, César Augusto. “*Reflexiones sobre la Eliminación del Arraigo*”, en *Iter Criminis*, Revista de Ciencias Penales del Instituto Nacional de Ciencias Penales, No. 19, enero-febrero de 2011, Cuarta Época, México, pp. 98-100.

B. SUPLENCIA DE LA QUEJA EN LOS CONCEPTOS DE VIOLACIÓN O AGRAVIOS DE LA VÍCTIMA U OFENDIDO EN EL JUICIO DE AMPARO EN MATERIA PENAL. OPERA CONFORME AL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD (INAPLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 76 BIS, FRACCIÓN II, DE LA LEY DE AMPARO Y DE LAS TESIS 2a. CXXXVII/2002 Y 1a./J. 26/2003).

De conformidad con los artículos 1o. y 133, ambos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (el primero en su texto vigente a partir del 11 de junio de 2011), los Jueces nacionales deben inicialmente respetar los derechos humanos establecidos en la Constitución Federal y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte. Asimismo, deben acudir tanto a los criterios emitidos por el Poder Judicial de la Federación como a los establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos para evaluar si existe algún derecho que resulte más favorable y procure una protección más amplia del que se pretende proteger. En este sentido, en ejercicio del control de convencionalidad, lo dispuesto en el artículo 76 Bis, fracción II, de la Ley de Amparo, y en las tesis 2a. CXXXVII/2002 y 1a./J. 26/2003, de rubros: "OFENDIDO EN MATERIA PENAL. NO SE ACTUALIZA EN SU FAVOR LA SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE." y "OFENDIDO EN MATERIA PENAL. NO PROCEDE LA SUPLENCIA DE LA QUEJA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 76 BIS, FRACCIÓN II, DE LA LEY DE AMPARO A FAVOR DE AQUEL CUANDO COMPAREZCA COMO QUEJOSO EN EL JUICIO DE GARANTÍAS.", publicadas en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XVI, noviembre de 2002, página 449 y Tomo XVIII, agosto de 2003, página 175, respectivamente, relativo a que la suplencia de la queja deficiente en materia penal sólo opera tratándose del reo, no son acordes con los instrumentos internacionales, como son: la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículos 7 y 8); el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (artículo 17); la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto San José Costa Rica" (artículo 25) y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo II), de cuyos preceptos se advierte que todas las personas son iguales ante la ley y tienen,

sin distinción, derecho a igual protección de ésta. Por tanto, ante la obligación que tienen los órganos judiciales de cualquier nivel, de analizar si determinada norma jurídica es acorde con los tratados en materia de derechos humanos, es conveniente que en los conceptos de violación o agravios de la víctima u ofendido deje de aplicarse el citado artículo 76 Bis, fracción II, de la Ley de Amparo, que señala que en materia penal, la suplencia opera aun ante la ausencia de conceptos de violación o de agravios del reo, así como las tesis 2a. CXXXVII/2002 y 1a./J. 26/2003 en cita; ello en razón de que, al tener los derechos de la víctima y del ofendido la misma categoría e importancia que los que se otorgan al inculpado, deben tener, sin distinción, igual protección, además de que al tener una protección a nivel constitucional, no puede obligárseles al cumplimiento de formulismo alguno al momento de elaborarlos, que de no cumplirlos se les limite la protección de sus derechos; suplencia con la que se da preferencia a lo previsto en los instrumentos internacionales aludidos, que disponen que todas las personas son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, el mismo derecho a su protección cumpliendo así con el mandato previsto en el artículo 1o. constitucional. [J]; 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro V, Febrero de 2012, Tomo 3; Pág. 2218. Noveno Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito. (sic)

En este criterio de jurisprudencia por reiteración, el tribunal federal inaplica el contenido del artículo 76 bis de la Ley de Amparo, vigente hasta el 2 de abril de 2013, pues lo estima contraventor de diversas disposiciones internacionales relativas a la igualdad en el derecho a la protección de la ley.¹⁴⁸

C. Amparo Indirecto 1471/2011 del índice del Juzgado Cuarto de Distrito en el Estado de México, con residencia en Naucalpan de Juárez, resuelto por el Juzgado Cuarto de Distrito del Centro Auxiliar de la Segunda Región.

¹⁴⁸ En cuanto al criterio en cita, es menester precisar que por contradicción de tesis, se le dejó sin efecto y a partir de ahí se aplicó el estricto derecho en el caso de las víctimas. Finalmente, el problema fue superado por la regulación que para el caso de la suplencia de la queja estableció el numeral 79 fracción III inciso b) de la LA 2013.

En este juicio de amparo, el juzgador analiza la constitucionalidad de una resolución judicial que niega el trámite a la promoción de una de las partes en el juicio natural, debido a que no se hallaba autorizada por la firma de su abogado patrono, tal como lo exige el código procesal local, el juez decidió otorgar el amparo ya que a su consideración, el juez del conocimiento se encontraba obligado a realizar un control de convencionalidad y dejar de aplicar la norma adjetiva dada su contradicción con el numeral 17 de la Constitución Federal, así como los diversos numerales 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.¹⁴⁹

Las reformas constitucionales en materia de amparo y preponderantemente la de Derechos Humanos, buscan operar, en cuanto a la impartición de justicia constitucional.

Como puede observarse, el ejercicio de la facultad de controlar la convencionalidad ha permitido a los juzgadores de amparo reducir algunas de las causas que obstaculizan el acceso a la justicia constitucional de los particulares.

En otros términos, la existencia de un sistema de protección para los derechos que permita evidenciar la inconsistencia incluso de normas de la Ley Suprema con los instrumentos internacionales de derechos humanos, ponen a México en el sitio adecuado para replantear y discutir temas como los límites a la reforma de la Constitución y la rendición de cuentas en el ejercicio de la facultad de su Poder Revisor, circunstancias que hasta hace poco parecían impensables.

3.6. CONCLUSIÓN

La reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación el día seis de junio de 2011, resolvió de manera parcial, ciertos problemas de la justicia constitucional en el ordenamiento mexicano. La mayoría de los obstáculos continúan, lo que hace vigentes y viables las investigaciones que sobre esa temática se desarrollen.

¹⁴⁹ Cfr. Secretaría de Gobernación. *Cultura Constitucional. Cultura de Libertades*. Ed. Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal, 3ª Ed., México, 2012, pp. 306-311.

La parte instrumental de la justicia constitucional se compone de una serie de garantías (en su acepción de procedimientos) estatuidas en el texto constitucional y definidas en leyes o códigos procesales, éstas constituyen el objeto de estudio de una rama del Derecho denominada Derecho Procesal Constitucional.

Los dos grandes modelos de control de constitucionalidad, cuyo estudio corresponde asimismo a la rama en cita, han evolucionado entrelazando de una manera sistemática sus características, al grado que hay quien sostiene la existencia de un tercer gran modelo y de la inclusión de las jurisdicciones internacionales como parte del modelo nacional.

El control político de la constitucionalidad tiene un peso específico en el funcionamiento de los instrumentos de control jurídico, pues constituye un complemento para su eficacia, desde la tesis lowensteiniana de los frenos y contrapesos.

En el caso mexicano, los instrumentos procesales más eminentes, por su intervención en el espectro para la conservación de la supremacía son: el amparo, la controversia constitucional y la acción de inconstitucionalidad.

El amparo es una garantía constitucional perteneciente a la clasificación de la *jurisdicción constitucional de la libertad*. Tiene como finalidad la tutela de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales signados o ratificados por el Estado mexicano, así como de las garantías para su protección establecidas en la Ley Suprema.

La controversia constitucional es un instrumento propio de la jurisdicción constitucional orgánica, tiene por objeto restaurar el equilibrio instaurado en la Constitución, por medio de la competencia otorgada a cada uno de los órganos del Estado.

La acción de inconstitucionalidad, es un instrumento inscrito en el ámbito de la jurisdicción constitucional orgánica, cuya finalidad es el análisis de la constitucionalidad de las normas generales formalmente legislativas (locales y federales) así como los tratados internacionales, aun sin haber sido aplicadas, pero con la limitante de que únicamente ciertas minorías legislativas y personas de derecho público, cuentan con legitimación activa para su interposición.

Finalmente, dado el diseño característico en la regulación actual de esos instrumentos, el control de convencionalidad, en su vertiente difusa –la que se realiza por los tribunales nacionales– se alza como una opción viable para el control de la regularidad de las leyes que de otro modo no pueden ser enjuiciadas.

Aunque, desde nuestra visión, ese control debería extenderse a la regularidad de las normas generales de corte administrativo no solo en los casos de conocimiento de los tribunales de cualquier jurisdicción, sino en el caso de la impugnación formal a través de acciones abstractas, o para que tuviese mayor viabilidad, a través de ciertas hipótesis de procedencia del amparo indirecto.

Ahora es posible entrar al estudio de las figuras procesales seleccionadas, conforme a las leyes procesales vigentes, a su interpretación, y con el auxilio del método comparativo en relación con figuras similares del derecho extranjero.

CAPÍTULO CUARTO

ANÁLISIS NORMATIVO DE LAS FIGURAS PROCESALES DE LOS PRINCIPALES INSTRUMENTOS DE TUTELA CONSTITUCIONAL

SUMARIO: 4.1. Aproximación. –4.2. La interpretación de la Constitución y de los Códigos Procesales Constitucionales. –4.3. Ley de Amparo 2013. –4.3.1. La Improcedencia. –4.3.2. El Sobreseimiento. –4.3.3. La Suspensión del Acto reclamado. –4.3.4. Artículos Transitorios de la LA 2013. –4.4. Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Federal. –4.4.1. Procedencia de la Acción de Inconstitucionalidad. –4.4.2. Legitimación. –4.5. Referencia a Otros Procesos Constitucionales similares al Amparo en el Mundo. –4.5.1. Argentina. –4.5.2. España. –4.5.3. Alemania. –4.6. Conclusión

4.1. APROXIMACIÓN

En páginas anteriores se dio cuenta de las definiciones sobre garantías constitucionales y los procedimientos que en su virtud se tramitan. Conocimos las pautas del Derecho Procesal Constitucional y los elementos integradores de los modelos de control de constitucionalidad aplicados en nuestros días.

Conviene recordar que el estudio propuesto centra su atención en algunas figuras del proceso (o procedimiento) de amparo, partiendo de la premisa de que es precisamente ahí donde se presentan problemas de impartición de justicia constitucional, en su vertiente del diseño de los instrumentos procesales de tutela.

El análisis propuesto consiste en abordar la configuración normativa, a partir de un modelo de justicia constitucional basado en la transparencia y el control de los actos estatales, con el parámetro de los derechos humanos, y de un modelo de Estado constitucional de derecho.

En ese contexto, destacan ciertas normas para la admisión, sustanciación, decisión sobre medidas cautelares y resolución de los procedimientos constitucionales, así como aquellas que regulan el cumplimiento de sus sentencias, en esas circunstancias, se impone la revisión de figuras específicas, primero porque este trabajo tiene ese carácter, aunado a que la decisión de incluir precisamente las normas relativas obedece a su distribución en el cauce procesal a seguir en la promoción e impulso de las garantías constitucionales.

Así, la procedencia delimita las hipótesis respecto de las cuales se puede incoar un proceso en determinada materia. Tratándose del juicio constitucional estas hipótesis se determinan a partir de los tipos de acto y el órgano estadual del cual emanan.

La improcedencia estipula los actos de autoridad que no son susceptibles de impugnación, independientemente de la razón esgrimida para ello, por la prohibición legal de conocimiento.

Del mismo modo, los plazos del amparo son susceptibles de estudio debido a que cada etapa procesal tiene un antecedente y su vez un consecuente, los cuales se hallan sujetos a los términos que la ley fija, aunado a que los derechos adjetivos de las partes tiene sujeción también a los términos para su ejercicio.

El sobreseimiento constituye una figura trascendente en la determinación final de los juicios de amparo, aparece frecuentemente en las sentencias (de manera aislada o junto a una sentencia concesoria o denegatoria) y de su legalidad depende en buena medida la posibilidad de acceder a la justicia constitucional.

La suspensión, ha evolucionado hacia su negación sistemática (incluidas las hipótesis en donde se dice conceder para determinados efectos que en la realidad constituyen una negación) hacia su clausura, tomando como base la presunción de validez de ciertos actos autoritarios, aunque no exista forma de acreditar siquiera las hipótesis constitucionales que los rigen.

El cumplimiento de las ejecutorias ha sido un problema desde hace tiempo (antes de la promulgación de la Ley vigente) principalmente por cuanto hace a la materia administrativa, han hecho falta muchos meses para lograr que una autoridad administrativa acate un fallo protector, incluso a veces con mayor dilación que el trámite del juicio.

En este lugar hacemos una revisión, acorde con el objeto de estudio, de las figuras procesales de procedencia, improcedencia, sobreseimiento, suspensión del acto reclamado y cumplimiento de las ejecutorias, en cuyo ejercicio –a nuestro entender– puede reflejarse la denegación de justicia.

El punto de partida es la regulación actual del amparo,¹⁵⁰ algunos criterios de interpretación relacionados con las figuras paradigmáticas de nuestro interés y su comparación con ciertos instrumentos similares en el derecho extranjero, respecto de las cuales también se citan criterios sostenidos por el Tribunal Constitucional,¹⁵¹ todo ello desde un enfoque de la justicia constitucional, basada en el respeto a los derechos humanos, bajo el criterio de que la norma procesal injusta –obstaculizante– o la interpretación inadecuada –bloqueadora– del acceso a la justicia no deben prevalecer, por el contrario con base en el numeral primero de la CPEUM, una y otra deben ceder paso a la justicia, en caso que se demuestre su falta de apego a la norma constitucional.

Para este apartado hemos considerado indispensable entrar al estudio de la interpretación constitucional y la interpretación legal, solo con la finalidad de medir su peso en la aplicación de las figuras procesales en estudio, ya que en la labor de los tribunales encargados del control de la constitucionalidad, no sólo se realiza la interpretación de la norma constitucional, en un principio se efectúa la interpretación de la norma adjetiva rectora del instrumento de control. Esto no significa que nuestro estudio sea sobre la aplicación a casos concretos específicos, más bien se trata de un análisis normativo para determinar qué tan abierta se encuentra la posibilidad de denegar la justicia, justificando ese actuar con la potestad de interpretar.

Esta interpretación de la norma procesal constitucional, si bien no se rige por los parámetros de la interpretación de normas constitucionales, tiene una gran relevancia si se

¹⁵⁰ Con una evolución menor a dos años.

¹⁵¹ Las sentencias a que se hace referencia son las emitidas por el Tribunal Constitucional español.

considera que de ella depende en muchas ocasiones, la posibilidad de que se ventile, en la sede judicial, la controversia constitucional de que se trate.

4.2. LA INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN Y DE LOS CÓDIGOS PROCESALES CONSTITUCIONALES.

La interpretación se erige como un factor esencial en el acceso a la justicia constitucional. Su corrección o su yerro desembocan en la impartición o en la denegación de justicia, según el caso.

Si consideramos que la gravedad de los temas a tratar en la controversia versan sobre competencia constitucional de los órganos políticos, acerca de la regularidad de las leyes y los tratados internacionales, o bien sobre derechos fundamentales, la decisión de entrar al estudio o no hacerlo, decretar medidas cautelares o su negativa, o proveer al cumplimiento de una resolución firme por uno u otro cauce, llevan a la conclusión de que no puede darse a los órganos jurisdiccionales una posibilidad tan amplia de resolución, cuando menos en torno a estos puntos delicados; no es viable que un solo detalle sobre el acto autoritario sea bastante para atribuirle el carácter de causa de improcedencia; que se niegue la medida cautelar con riesgo de que la afectación al derecho en disputa sea irreversible, o que se prolongue en el tiempo la vulneración constitucional, al arbitrio del ente público trasgresor, cuando existe una resolución inatacable que le impone el deber de cumplimiento, solo porque los procedimientos que lo procuran resultan anacrónicos y redundantes.

Si se establece un régimen especial para el tratamiento de la ley de amparo como norma general, para efectos de su impugnación, ¿no sería también necesario señalar pautas específicas para su interpretación? Es decir, si la posibilidad de impugnación de Ley de Amparo, a través de los instrumentos jurisdiccionales de control de constitucionalidad, es bastante restringida, quizá sería menester sentar algunas bases para su interpretación por los operadores jurídicos, a efecto de que no se obstaculice la posibilidad de su acceso por parte de los justiciables.

Pues bien, la existencia del problema en estudio es visible en la Ley de Amparo de 1936. Esta ley evolucionó en mayor medida en los tribunales, por medio de las resoluciones jurisdiccionales, de lo que se desarrolló por conducto de los cambios legislativos.

La interpretación de la legislación rectora del amparo incorporó al ámbito positivo las figuras de la ampliación de la demanda y el plazo para su promoción, la apariencia del buen derecho y el peligro en la demora, e incluso la posibilidad de plantear la inconstitucionalidad de una norma de la Ley de Amparo través del sistema de recursos.¹⁵²

Pero también ha ampliado las causas de improcedencia o las ha hecho abiertas, ha servido de base para negar la suspensión de los actos reclamados, haciendo inútil el trámite del amparo, ha hecho tortuoso el cumplimiento de las sentencias, y, en el caso de la RMA y de la ley vigente, ha hecho nugatorias las medidas legislativas dirigidas a abatir el rezago en el cumplimiento de las sentencias constitucionales.

La interpretación consiste en un ejercicio de comprensión, en una vía para desentrañar el significado de las normas. Pero ese ejercicio, al ser una encomienda a la capacidad y conciencia del operador jurídico, requiere no solo de formación y capacitación sino de un sentido de la responsabilidad y de un componente ético.

No obstante, en este lugar nos ocupamos exclusivamente de verificar su componente objetivo, es decir, si existen o no reglas, límites o contornos para la interpretación, los cuales permitan disminuir la contradicción de criterios o el empleo de la interpretación como una herramienta para la denegación de justicia constitucional.

¹⁵² Nos referimos al recurso de reclamación 130/2011 del índice de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Este último caso llama la atención, debido a que la propia Ley de Amparo proscribe la posibilidad de pedir amparo contra sus preceptos, por lo cual, la única posibilidad de cuestionar la constitucionalidad del contenido de la ley en cita, además del control difuso, (y únicamente con motivo de un acto de aplicación) es por medio de la sustanciación de un recurso ante u tribunal de segundo grado.

4.3. LEY DE AMPARO 2013

El tránsito de la cobertura original a la actualidad de la injerencia de esta figura trascendental en la vida jurídica mexicana, ha tenido altibajos que la han flexibilizado, la han endurecido, la han masificado, y en ocasiones la han restringido.

No puede hablarse de una evolución del amparo en un sentido lineal, mucho menos sostener que las leyes de amparo que han existido a nivel nacional, y la multiplicidad de sus reformas sucedidas en el tiempo, han mejorado siempre la situación de los actores en el amparo.

Por el contrario, en no pocas ocasiones la modificación legal ha generado vacíos de inimpugnabilidad, ha complicado el trámite o incluso ha colocado a personas o grupos en estado de indefensión, ya por la apertura en la interpretación de ciertas normas, ya por el aumento de causas de improcedencia o por el incremento de las hipótesis para denegar la suspensión de la ejecución de los actos reclamados.

En nuestro punto de vista, la Ley de Amparo 2013 no escapa a esta línea de estudio y presenta algunas características retrógradas, en relación con la diversa Ley de Amparo de 1936 (abrogada).¹⁵³

La línea a seguir para el análisis con un enfoque procesal, parte de las figuras de improcedencia, sobreseimiento y suspensión, algunos plazos, así como algunas disposiciones transitorias y sus criterios de interpretación por parte del Poder Judicial de la Federación.

Una enumeración inicial del enfoque sobre el fenómeno observado incluye las figuras siguientes: el aumento de las causales de improcedencia; el incremento en las hipótesis de sobreseimiento; la rigidez para otorgamiento de la suspensión; las modificaciones a los

¹⁵³ Debe tenerse en cuenta que aún existen numerosos juicios de amparo tramitados con las normas de la ley anterior, aunado a que por disposición del artículo Décimo Transitorio de la LA 2013, la suspensión del acto reclamado en los juicios de amparo incoados contra actos de naturaleza penal, en aquellos lugares en donde no haya entrado en vigor el sistema acusatorio, seguirán tramitándose conforme a las normas de la LA 1936, con lo cual éstas seguirán en aplicación, incluso después del 18 de junio de 2016.

supuestos de procedencia en relación con los plazos de interposición; y la interpretación de las disposiciones relativas al cumplimiento de las ejecutorias por parte de la SCJN.

4.3.1. La Improcedencia

Las causas de improcedencia en cualquier código o ley procesal constituyen impedimentos legislativos para que el juez entre al estudio del fondo del asunto.

Se ha estimado que la improcedencia es la imposibilidad de que la acción logre su objeto, el cual consiste en decir el derecho sobre la cuestión de fondo que su ejercicio plantea; en otro aspecto, una acción específica improcedente es aquella respecto de la cual no se obtiene la pretensión de quien la ejercita por existir un impedimento para el pronunciamiento por parte del órgano jurisdiccional.¹⁵⁴

Pero si realizamos un análisis en el plano de la justicia pueden constituir hipótesis de denegación y el triunfo del positivismo (en su vertiente más acre del formalismo). En una primera impresión, las causas de improcedencia son auxiliares procesales indispensables para dar viabilidad a los procedimientos.

Un acercamiento a las hipótesis de improcedencia hace aparecer justificado el hecho de evitar la promoción de diversos juicios sobre un mismo objeto, impedir la impugnación de resoluciones al infinito, ocluir la posibilidad de instar sin límite de tiempo o compeler a los accionantes a esperar la resolución de un procedimiento anterior, antes de iniciar otro.

Lo cual significa que en los procesos la improcedencia es una herramienta de contención y de viabilidad, una barrera para evitar resoluciones contradictorias, para proscribir la inseguridad jurídica generada por la incerteza y para impedir que situaciones jurídicas concretas previamente falladas admitan la apertura de un nuevo procedimiento en la misma instancia, entre muchas otras.

¹⁵⁴ Cfr. Burgoa, Ignacio. Op Cit., p. 445 – 446.

La improcedencia comparte una base de causales sin importar la materia del proceso, pero también diferencia los procedimientos con una serie de hipótesis propias delimitadoras de un tipo de proceso específico.

Hablando del amparo, la pretensión del titular de la acción constitucional es en el sentido de que el órgano jurisdiccional competente analice una norma general, o bien un acto u omisión autoritarios por estimarlos contrarios al orden constitucional.

Para que el tribunal del conocimiento concluya que el acto es inconstitucional (en cuyo caso otorgará el amparo al considerar fundada la acción ejercida) o, por el contrario establezca que dicho acto es respetuoso de las normas constitucionales (en cuya hipótesis negará el amparo debido al carácter infundado de la acción ejercitada) es indispensable que tramite el juicio en todas sus etapas.

En el mismo sentido, si un tribunal de amparo declara improcedente una acción constitucional, no entra a estudiar la constitucionalidad del acto enjuiciado, sino que en una resolución inicial o intermedia (ante la notoriedad manifiesta de la hipótesis invocada) o bien en la sentencia definitiva (en los casos en que la causa invocada se acredite una vez concluida la tramitación del procedimiento) declara la existencia de la causa de improcedencia y cesa en el conocimiento del asunto.

Las causas de improcedencia en el amparo son aquellos supuestos jurídicos que determinan el desechamiento de la demanda por parte del tribunal sin que se entre al estudio del asunto, y por ser disposiciones de orden público, son de estudio preferente, lo aleguen o no las partes.

El artículo 61 de la Ley de Amparo en vigor enumera en veintitrés fracciones las causas de improcedencia del juicio constitucional. En este lugar se estudian únicamente aquellas que en nuestra opinión permiten la denegación de justicia.

Artículo 61. *El juicio de amparo es improcedente:*

I. *Contra adiciones o reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;*

II. *Contra actos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación;*

III. *Contra actos del Consejo de la Judicatura Federal;*

IV. *Contra resoluciones dictadas por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación;*

V. *Contra actos del Congreso de la Unión, su Comisión Permanente o cualquiera de sus cámaras en procedimiento de colaboración con los otros poderes que objeten o no ratifiquen nombramientos o designaciones para ocupar cargos, empleos o comisiones en entidades o dependencias de la Administración Pública Federal, centralizada o descentralizada, órganos dotados de autonomía constitucional u órganos jurisdiccionales de cualquier naturaleza;*

VI. *Contra resoluciones de los tribunales colegiados de circuito;*

VII. *Contra las resoluciones o declaraciones del Congreso Federal o de las Cámaras que lo constituyen, de las Legislaturas de los Estados o de sus respectivas Comisiones o Diputaciones Permanentes, en declaración de procedencia y en juicio político, así como en elección, suspensión o remoción de funcionarios en los casos en que las Constituciones correspondientes les confieran la facultad de resolver soberana o discrecionalmente;*

VIII. *Contra normas generales respecto de las cuales la Suprema Corte de Justicia de la Nación haya emitido una declaratoria general de inconstitucionalidad en términos de lo dispuesto por el Capítulo VI del Título Cuarto de esta Ley, o en términos de lo dispuesto por la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;*

IX. *Contra resoluciones dictadas en los juicios de amparo o en ejecución de las mismas;*

X. *Contra normas generales o actos que sean materia de otro juicio de amparo pendiente de resolución promovido por el mismo quejoso, contra las mismas autoridades y por el propio acto reclamado, aunque las violaciones constitucionales sean diversas, salvo que se trate de normas generales impugnadas con motivo de actos de aplicación distintos. En este último caso, solamente se actualizará esta causal cuando se dicte sentencia firme en alguno de los juicios en la que se analice la constitucionalidad de las normas generales; si se declara la constitucionalidad de la norma general, esta causal no se actualiza respecto de los actos de aplicación, si fueron impugnados por vicios propios;*

XI. *Contra normas generales o actos que hayan sido materia de una ejecutoria en otro juicio de amparo, en los términos de la fracción anterior;*

XII. *Contra actos que no afecten los intereses jurídicos o legítimos del quejoso, en los términos establecidos en la fracción I del artículo 5o de la presente Ley, y contra normas generales que requieran de un acto de aplicación posterior al inicio de su vigencia;*

XIII. *Contra actos consentidos expresamente o por manifestaciones de voluntad que entrañen ese consentimiento;*

XIV. *Contra normas generales o actos consentidos tácitamente, entendiéndose por tales aquéllos contra los que no se promueva el juicio de amparo dentro de los plazos previstos.*

No se entenderá consentida una norma general, a pesar de que siendo impugnabile en amparo desde el momento de la iniciación de su vigencia no se haya reclamado, sino sólo en el caso de que tampoco se haya promovido amparo contra el primer acto de su aplicación en perjuicio del quejoso.

Cuando contra el primer acto de aplicación proceda algún recurso o medio de defensa legal por virtud del cual pueda ser modificado, revocado o nulificado, será optativo para el interesado hacerlo valer o impugnar desde luego la norma general en juicio de amparo. En el primer caso, sólo se entenderá consentida la norma general si no se promueve contra ella el amparo dentro del plazo legal contado a partir del día siguiente de aquél al en que surta sus efectos la notificación de la resolución recaída al recurso o medio de defensa, si no existieran medios de defensa ordinarios en contra de dicha resolución, o de la última resolución recaída al medio de defensa ordinario previsto en ley contra la resolución del recurso, aún cuando para fundarlo se hayan aducido exclusivamente motivos de ilegalidad.

Si en contra de dicha resolución procede amparo directo, deberá estarse a lo dispuesto en el capítulo respectivo a ese procedimiento;

XV. *Contra las resoluciones o declaraciones de las autoridades competentes en materia electoral;*

XVI. *Contra actos consumados de modo irreparable;*

XVII. *Contra actos emanados de un procedimiento judicial o de un procedimiento administrativo seguido en forma de juicio, cuando por virtud del cambio de situación jurídica en el mismo deban considerarse consumadas irreparablemente las violaciones reclamadas en el procedimiento respectivo, por no poder decidirse en tal procedimiento sin afectar la nueva situación jurídica.*

Cuando en amparo indirecto se reclamen violaciones a los artículos 19 ó 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, solamente la sentencia de

primera instancia hará que se consideren irreparablemente consumadas las violaciones para los efectos de la improcedencia prevista en este precepto. La autoridad judicial que conozca del proceso penal, suspenderá en estos casos el procedimiento en lo que corresponda al quejoso, una vez concluida la etapa intermedia y hasta que sea notificada de la resolución que recaiga en el juicio de amparo pendiente;

XVIII. *Contra las resoluciones de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, respecto de las cuales conceda la ley ordinaria algún recurso o medio de defensa, dentro del procedimiento, por virtud del cual puedan ser modificadas, revocadas o nulificadas.*

Se exceptúa de lo anterior:

a) *Cuando sean 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;*

b) *Cuando el acto reclamado consista en órdenes de aprehensión o reaprehensión, autos de vinculación a proceso, resolución que niegue la libertad bajo caución o que establezca los requisitos para su disfrute, resolución que decida sobre el incidente de desvanecimiento de datos, orden de arresto o cualquier otro que afecte la libertad personal del quejoso, siempre que no se trate de sentencia definitiva en el proceso penal;*

c) *Cuando se trate de persona extraña al procedimiento.*

Cuando la procedencia del recurso o medio de defensa se sujete a interpretación adicional o su fundamento legal sea insuficiente para determinarla, el quejoso quedará en libertad de interponer dicho recurso o acudir al juicio de amparo;

XIX. *Cuando se esté tramitando ante los tribunales ordinarios algún recurso o medio de defensa legal propuesto por el quejoso que pueda tener por efecto modificar, revocar o nulificar el acto reclamado;*

XX. *Contra actos de autoridades distintas de los tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, que deban ser revisados de oficio, conforme a las leyes que los rijan, o proceda contra ellos algún juicio, recurso o medio de defensa legal por virtud del cual puedan ser modificados, revocados o nulificados, siempre que conforme a las mismas leyes se suspendan los efectos de dichos actos de oficio o mediante la interposición del juicio, recurso o medio de defensa legal que haga valer el quejoso, con los mismos alcances que los que prevé esta Ley y sin exigir mayores requisitos que los que la misma consigna para conceder la suspensión definitiva, ni plazo mayor que el que establece para el otorgamiento de la suspensión provisional, independientemente de*

que el acto en sí mismo considerado sea o no susceptible de ser suspendido de acuerdo con esta Ley.

No existe obligación de agotar tales recursos o medios de defensa, si el acto reclamado carece de fundamentación, cuando sólo se aleguen violaciones directas a la Constitución o cuando el recurso o medio de defensa se encuentre previsto en un reglamento sin que la ley aplicable contemple su existencia.

Si en el informe justificado la autoridad responsable señala la fundamentación y motivación del acto reclamado, operará la excepción al principio de definitividad contenida en el párrafo anterior;

XXI. *Cuando hayan cesado los efectos del acto reclamado;*

XXII. *Cuando subsista el acto reclamado pero no pueda surtir efecto legal o material alguno por haber dejado de existir el objeto o la materia del mismo; y*

XXIII. *En los demás casos en que la improcedencia resulte de alguna disposición de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, o de esta Ley.*

A efecto de encauzar el análisis de las causas de improcedencia, se precisa cuáles de ellas serán reseñadas, a saber: a) aquellas que se han incorporado al texto de la LA 2013 y que constituyen una regulación novedosa; y b) aquellas que sin ser novedosas, por su concatenación con otras disposiciones de la Ley de Amparo han permitido una interpretación distinta a la que tenían previo a la vigencia de la Ley en vigor.¹⁵⁵

Es necesario aclarar que este apartado no pretende agotar el estudio de las causas de improcedencia, exclusivamente intenta dictaminar la situación actual de éstas con un enfoque de justicia constitucional.

Por supuesto, acorde con la metodología planteada para este trabajo, uno de los aspectos presentados por el fenómeno en revisión es el impacto de las causas de improcedencia y su interpretación, en la denegación de justicia constitucional.

¹⁵⁵ Se omite la reseña de las causas de improcedencia que no han sufrido ninguna modificación, o cuya modificación no es de fondo; debido a que el objetivo es analizar el impacto de la improcedencia en la aproximación a la justicia constitucional, por ese motivo, las causas de improcedencia se analizan en su conjunto desde un enfoque interpretativo. Para ahondar sobre el estudio de las causales en particular, según la redacción de la LA 1936, se sugiere consultar Mendoza Salazar, César Augusto. *“El Principio de Definitividad en el Amparo Administrativo. La defensa Administrativa en la vía Constitucional”*. Ed. Académica Española, Saarbrücken, 2013.

De suerte que algunas causales de improcedencia y su interpretación pueden observarse desde este acápite, como una razón más entre las que delinear la faz de la justicia constitucional en nuestro país.

- a) La causal marcada con la fracción I, establece que el juicio de amparo es improcedente contra adiciones o reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. La decisión del legislador federal deja claro que las determinaciones del Poder Revisor de la Constitución, no son cuestionables en la vía jurisdiccional.¹⁵⁶

¿En realidad las decisiones tomadas de manera formal por el órgano instituido para reformar la Ley Suprema, gozan de una legitimidad plena para su modificación en cualquier aspecto?

Esta interrogante admite al menos dos respuestas. Desde la visión de quien esto escribe, la respuesta ha de surgir de la concepción que se tenga del Estado.

Si se concibe al Estado como un ente creado (constituido) con los mismos alcances del Poder Constituyente, no cabe duda que su decisión de modificar la Constitución puede impactar válidamente en la esfera de los derechos fundamentales y no precisamente para potenciar su desarrollo sino a acaso y aún más en proveer a su disminución o a su limitación.

Es el caso del numeral 135 de la Constitución mexicana que al no establecer límites formales a la reformabilidad constitucional ha permitido que el revisor de la Constitución¹⁵⁷

¹⁵⁶ Aunque tampoco en la vía política.

¹⁵⁷ Esta forma de pensar ha generado que en nuestro país se le designe también como: “constituyente permanente” denominación que, desde la tesis de la conformación del Poder Constituyente para un solo efecto y su posterior desaparición, nos parece conceptual y axiológicamente incorrecta. A fin de cuentas el revisor de la Constitución (2/3 del Congreso de la Unión –aunque no necesariamente de la totalidad– y la mayoría de las legislaturas estatales) está integrado por órganos del Estado (poderes constituidos) los cuales requieren facultad de modificación constitucional, para ajustar su competencia a la realidad nacional, así como facultades y atribuciones para materializar sus obligaciones de respeto y garantía de los derechos fundamentales, y aun para ampliar su alcance protector, pero en ningún caso para disminuirlo.

establezca regímenes especiales y limitaciones a los derechos fundamentales (humanos en el lenguaje positivo constitucional).

En contraste, si consideramos la conformación del texto fundamental de un Estado, como la expresión de legitimidad política de los seres humanos que integran la colectividad, con una serie de rasgos definitorios en común, como la muestra de identidad con la que desean ser reconocidos, no cabe duda que la Constitución y sus principios, reglas y derechos, constituyen el producto ideológico surgido de una asamblea (poder) constituyente.

La incipiente constitución tendrá en sus dispositivos la forma de organización elegida según el acuerdo de los constituyentes originarios, y serán los poderes derivados (constituidos) quienes materialicen los valores e ideales en la vida de todos los integrantes del Estado.

Desde este último punto de vista, que nos parece el más acertado, los poderes constituidos no estarían en aptitud de alterar (hacia su disminución o limitación) los derechos fundamentales. Esto es lo que la doctrina ha entendido como la existencia de límites no formales a la reformabilidad de la Constitución.¹⁵⁸

Estas circunstancias nos llevan a considerar que la prohibición expresa contenida en la Ley de Amparo, para impugnar reformas o adiciones a la CPEUM representa un retroceso en la justicia constitucional, pues no existe otra vía jurisdiccional ni política, por la cual pueda cuestionarse la conducta del revisor de la Constitución.

- b) La causa de improcedencia estatuida en la fracción II del numeral en estudio, ya estaba incluida en el texto de la LA 1936, era la primera causa de improcedencia señalada en el anterior numeral 73.

¹⁵⁸ Estas ideas han sido desarrolladas entre otros, por Felipe Tena Ramírez en su muy conocida obra Derecho Constitucional Mexicano, la cual cuenta con varias ediciones en la Editorial Porrúa, en nuestro país.

La justificación para evitar el cuestionamiento de las decisiones de la Corte mexicana, como cabeza del Poder Judicial, consiste principalmente en su carácter de órgano terminal e intérprete último de la Constitución Federal.

A nuestro modo de ver, este argumento es sustentado debido a que no es posible crear instancia sobre instancia para conocer de los fallos dictados, menos aún tratándose de decisiones de constitucionalidad, al menos mientras la Corte siga ejerciendo funciones de tribunal constitucional.

Sin embargo, a nuestra consideración el hecho de que no se puedan establecer revisiones constitucionales interminables, no implica que los integrantes de la SCJN puedan dictar resoluciones en contra de la Constitución sin consecuencias.

Por ese motivo, es indispensable el establecimiento de un sistema de rendición de cuentas, destinado sancionar a los funcionarios judiciales de los órganos terminales, en caso de que se acredite la emisión de actos jurisdiccionales indebidos, en contra de los cuales no proceda recurso ni medio de impugnación alguno.

- c) La causa marcada con la fracción I del artículo en consulta estipula que el amparo es improcedente contra actos del Consejo de la Judicatura Federal.

El caso del Consejo de la Judicatura llama la atención debido a su naturaleza, de acuerdo con lo señalado en el artículo 94, segundo párrafo de la CPEUM, es un órgano administrativo de vigilancia y disciplina del Poder Judicial de la Federación, con excepción de la SCJN.

Por otra parte el numeral 100, párrafo primero del mismo ordenamiento indica que el CJF tendrá independencia técnica y de gestión, así como para emitir sus resoluciones; por su parte el párrafo octavo señala que el Consejo tiene facultad para expedir acuerdos generales para el adecuado ejercicio de sus funciones; y finalmente el párrafo noveno dispone que las decisiones del Consejo serán definitivas e inatacables y que en su contra no procede juicio ni

recurso alguno, salvo aquellas atinentes a la designación, adscripción, ratificación y remoción de magistrados y jueces, en cuyo caso podrá existir revisión por parte de la SCJN, con el único propósito de verificar que se haya respetado el procedimiento.

En años anteriores, se presentó la discusión acerca la posibilidad de impugnar los actos del Consejo de la Judicatura por medio de procedimientos de carácter ordinario o bien de carácter extraordinario (juicio de amparo). Esta situación se refería principalmente a la impugnación de las decisiones sobre sanciones aplicadas al personal del Poder Judicial de la Federación (de secretarios de tribunal hacia abajo) con un corte administrativo-laboral.

No obstante, en cuanto al nivel de análisis que nos ocupa, la preocupación se manifiesta en la posibilidad de que individuos particulares resientan en su esfera de derechos las consecuencias de los actos pronunciados por el CJF.

Al respecto, a nuestra consideración, la hipótesis de que la SCJN revise los acuerdos generales del Consejo es remota. Cabe la posibilidad de que algún lineamiento establecido en sus acuerdos violente un derecho previsto en la CPEUM y por virtud de la causa de improcedencia en estudio, no sería posible incoar un juicio constitucional en su contra.

Nuestro punto de vista es que las razones para dejar incólumes ciertos actos autoritarios deben ser suficientes, deben evidenciarse en las exposiciones de motivos y debatirse con amplitud, pues cada vez que se niega la posibilidad de impugnar determinados actos, se abre la puerta para la impunidad y el abuso de poder.

Sobre el particular, de la exposición de motivos que antecedió a la creación de la Ley de Amparo vigente no se aprecia un argumento o una necesidad acreditada para disponer la inatacabilidad de las actuaciones del Consejo.

No pasa desapercibido que la Constitución Federal señala que sus actos son definitivos e inatacables, pero si se acepta esta última decisión constitucional como válida, debe instaurarse un sistema de rendición de cuentas por parte de los integrantes del CJF y un fortalecimiento de la revisión de los acuerdos generales por parte de la SCJN.

- d) La fracción VI del artículo en estudio dispone que el amparo es improcedente contra las resoluciones pronunciadas por los Tribunales Colegiados de Circuito.

Esta modificación a la ley reglamentaria fortalece el carácter órgano terminal de los tribunales colegiados. A efecto de comprender el alcance de la disposición, conviene citar los procedimientos sujetos a la decisión de esos tribunales.

En materia de amparo tienen conocimiento de las demandas promovidas en la vía directa, de los recursos en segunda instancia (revisión y queja) del recurso promovido contra los acuerdos dictados por la presidencia del tribunal (reclamación) de los recursos relacionados con el cumplimiento de las ejecutorias (inconformidad) de los conflictos competenciales. (Con fundamento en lo dispuesto por la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación).

Vista la competencia es indiscutible que las resoluciones de los tribunales colegiados no podrían ser impugnadas en vía de amparo, sin abrir una segunda vía de revisión constitucional sobre la ya existente, lo cual tendría como consecuencia, permitir las impugnaciones de manera infinita, lo cual no es conveniente a los fines de la justicia constitucional.

No obstante, debido a la delicada labor de decidir en definitiva sobre aspectos trascendentes de la vida nacional (interpretación de la CPEUM) de controlar la regularidad de las normas generales, así como de fallar asuntos relevantes con repercusión nacional en componentes económicos, los tribunales colegiados deben privilegiar la transparencia y la rendición de cuentas en su actividad jurisdiccional.

En la hipótesis de que se llegase a demostrar que uno o más miembros de un tribunal de esta naturaleza han dictado una resolución incorrecta, con independencia de que esta haya adquirido firmeza por disposición de la ley, debe existir un mecanismo de reparación o resarcimiento a cargo del juzgador, así como un mecanismo sancionador.

Con ello se lograrían dos fines, la inhibición de conductas alejadas del derecho y la justicia, y el mensaje político de que no hay nadie por encima de la ley y la Constitución, ni siquiera sus últimos intérpretes.

- e) La fracción marcada con el número VIII menciona que el amparo es improcedente contra normas generales respecto de las cuales la SCJN haya emitido una declaratoria general de inconstitucionalidad en términos de lo dispuesto por el Capítulo VI del Título Cuarto de la Ley Reglamentaria de los artículos 103 y 107 constitucionales, o bien en términos de lo dispuesto por la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución.

La fracción en estudio evita la tramitación del juicio constitucional, cuando se está en presencia de normas generales a las cuales haya recaído una declaratoria general de inconstitucionalidad, es decir, cuando existe una declaratoria en ese sentido, no hace falta que el quejoso tramite un juicio de amparo, pues la norma general de cuya aplicación se duele, ya fue privada de sus efectos obligatorios.

Sin embargo, no se evita el trámite, en la regulación anterior, al no existir la figura de la declaratoria general, cuando se aplicaba en la esfera jurídica de una persona una norma general (principalmente leyes *stricto sensu*) declarada inconstitucional por la jurisprudencia de la SCJN, tal persona debía ejercitar la acción de amparo a efecto de que la jurisprudencia se aplicara en el caso concreto.

En la actualidad, la obligación de ejercitar la acción de amparo subsiste tratándose de la jurisprudencia de la Corte o de los Plenos de Circuito,¹⁵⁹ con mayor razón si la declaratoria general tiene una serie de candados que desde el 7 de junio de 2011 hasta la conclusión de esta investigación, han evitado que se pronuncie una resolución de esa naturaleza.¹⁶⁰

¹⁵⁹ Artículo 118 LA 2013.

¹⁶⁰ Vid. *Infra*, 6.2.4.

En cuanto a la aplicación de normas generales que hayan sido materia de una declaratoria general de inconstitucionalidad se establece un procedimiento aparentemente sumario en el numeral 210 de la Ley de Amparo.¹⁶¹

- f) En cuanto a la fracción XII del precepto en referencia, la misma decreta la improcedencia del amparo contra actos que no afecten los intereses jurídicos o legítimos del quejoso, según lo dispuesto por la fracción I del artículo 5o de su Ley reglamentaria, así como en contra de normas generales que requieran de un acto de aplicación posterior al inicio de su vigencia.

La inclusión del interés legítimo ha sido el resultado de un reclamo procesal y de la ampliación del espectro protector del amparo esencialmente contra actos de índole administrativa.

La modificación de esta causal obedece a la inclusión del interés legítimo como elemento esencial de la acción constitucional. Cabe aclarar que la noción de ese tipo de interés ha tenido un desarrollo claro en el ámbito del Derecho Administrativo, no así en el Derecho Procesal Constitucional, no obstante, también cabe la posibilidad de aducir un interés legítimo tratándose de normas generales, pero en caso de actos formal y materialmente jurisdiccionales solo es admisible el interés jurídico.¹⁶²

Asimismo la fracción XII establece la improcedencia contra aquellas normas generales que la doctrina y la jurisprudencia han designado como heteroaplicativas.

La complicación se presenta cuando estos conceptos poco claros, o desarrollados en un área específica del Derecho se incrustan en otra y deben ser definidos con el cuño de las sentencias, es decir, con la interpretación judicial.

¹⁶¹ Ídem.

¹⁶² Vid. *Infra*, 6.2.3.

Y es que la única manera de conocer el concepto jurisdiccional definitivo de interés legítimo en el amparo es por medio de los criterios unificadores de los plenos de circuito y de la Suprema Corte, los cuales por cierto llegan después de cierto tiempo debido al curso seguido por los trámites de los procesos constitucionales.

En cualquier caso, de la interpretación judicial depende el interés de las personas en los casos concretos, los componentes del concepto encuentran materialidad en la decisión jurisdiccional que les brinda –o les niega– en cada ocasión el estatus necesario para su estudio de fondo.

El problema, se insiste, estriba en la falta de certeza para los accionantes, cuando una causal de improcedencia es interpretada de modo que bloquea (en unas ocasiones en primera instancia y otras en definitiva) el acceso al tribunal, esta circunstancia es visible en ciertas resoluciones de segunda instancia, así como en las resoluciones de contradicción de tesis.

Pero qué pasa con el solicitante que meses después se entera que la resolución denegatoria era en realidad injusta, ¿Cuenta con herramientas para defender su derecho? la respuesta hasta ahora es negativa.

Utilizando otras palabras, las resoluciones jurisdiccionales son normas individualizadas para las partes en el proceso. Atendiendo a la descripción de la codificación procesal constitucional en estudio, el proceso inicia con la presentación de la demanda; entonces, el actor en el amparo al presentar su demanda ante los tribunales ejercita la acción constitucional y debe tenerse como iniciado el proceso de amparo (aun cuando materialmente en el caso de un desechamiento de plano no exista auto admisorio ni partes en el juicio).

Sin embargo, en relación con el quejoso, la resolución definitiva (de desechamiento) derivada de una incorrecta interpretación, veta de manera permanente la apertura del proceso constitucional, pues aun cuando el último intérprete de la Constitución y de la codificación procesal constitucional (en este caso la Ley de Amparo) determinare la incorrección, para el accionante en el amparo desechado esa resolución sería irrelevante, pues de acuerdo con el

numeral 226 *in fine* de la Ley en estudio dispone que “*la resolución que decida la contradicción de tesis no afectará las situaciones jurídicas concretas de los juicios en los cuales se hayan dictado las sentencias que sustentaron las tesis contradictorias*”.

Cabría preguntarse si limitando el margen de interpretación (el cual ha demostrado haber permitido la denegación de justicia en un gran número de casos concretos) se disminuiría la posibilidad de denegación de justicia, con consecuencias permanentes.

En nuestra opinión, el fortalecimiento del amparo, debe sustentarse en su apertura, en su sencillez y en el cumplimiento de los plazos intraprocesales, no así en la abundancia de causales de improcedencia.

Si los solicitantes de justicia encontraran en los tribunales más cercanos a ellos, una solución a sus conflictos, con aplicación del marco constitucional, sería menos recurrente la petición de amparo.

Mientras los tribunales de control formal de constitucionalidad tengan menos presión de solicitudes, el estudio previo a la resolución inicial será más profundo y el empleo de la improcedencia y el sobreseimiento serán menos recurrentes con fines de despresurización.

- g) La fracción XVI del artículo en comentario estatuye la improcedencia del amparo contra actos consumados de modo irreparable.

Como seguramente apreciará el lector, esta causa de improcedencia no constituye ninguna novedad, se ha construido paulatinamente a partir de los diversos actos autoritarios, cuya declaración de inconstitucionalidad sería ociosa en virtud del carácter irreparable de su ejecución.

Las horas que una persona permanece arrestada, la revisión corporal, el cateo, y el estudio de personalidad constituyen ejemplos de actos que de llegar a consumarse tornarían materialmente imposible la restitución de las cosas al estado en que se encontraban previo a su

ejecución. Son actividades humanas que no tienen vuelta atrás, que no pueden restablecer el derecho de las personas, aun cuando se llegase a la conclusión judicial de su inconstitucionalidad.

Por supuesto, queda en el tintero la discusión, si el carácter de acto consumado de manera irreparable, le resta ilegalidad a la actuación del órgano estatal, por el contrario, en caso de que se demuestre la ilegalidad del acto y su ejecución irreparable, merecería una sanción, pero la pregunta sin respuesta en el andamiaje jurídico nacional sería: ¿Existe algún procedimiento para dilucidar sobre la legalidad de los actos de autoridad ejecutados de modo irreparable? En nuestra opinión la respuesta es negativa.¹⁶³

Si consideramos la irreparabilidad del acto de autoridad insuficiente para merecer una revisión de constitucionalidad, con las formalidades del juicio constitucional, entonces debería existir una vía para declararlo y permitir de manera fehaciente la declaración de inconstitucionalidad con efectos sancionadores.

Hasta ahora, sin la posibilidad de acudir al amparo, en virtud de la ejecución irreparable, queda endeble la protección del particular, para exigir la responsabilidad derivada del actuar autoritario ilegal.¹⁶⁴

- h) Continuando con el análisis del numeral 61 de la Ley de Amparo en vigor, puede verse que en su fracción XVII dispone la improcedencia del juicio constitucional en contra de actos emanados de un procedimiento judicial o de un procedimiento administrativo seguido en forma de juicio, cuando por virtud del cambio de situación jurídica en el mismo deban considerarse consumadas irreparablemente las

¹⁶³ Se ha incluido esta causa de improcedencia en los comentarios, a sabiendas que no es novedosa, debido a su relevancia para las conclusiones y propuestas, aunado a su interacción con la causal que se refiere a las normas generales heteroaplicativas. Vid. *Infra*, 6.4.1. y 6.4.2.

¹⁶⁴ A nuestro parecer la intención se aprecia claramente en la redacción del artículo 65 de la LA 2013 cuando dispone que el sobreseimiento no prejuzga sobre la constitucionalidad o legalidad del acto reclamado, ni sobre la responsabilidad de la autoridad responsable al ordenarlo o ejecutarlo, lo que trae como resultado la dificultad de acreditar actuaciones indebidas de las autoridades en los procedimientos.

violaciones reclamadas en el procedimiento respectivo, por no poder decidirse en tal procedimiento sin afectar la nueva situación jurídica.

Dispone también que cuando por medio del amparo indirecto se reclamen violaciones a los artículos 19 ó 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, solamente la sentencia de primera instancia hará que se consideren irreparablemente consumadas las violaciones para los efectos de la improcedencia prevista en este precepto. En esos casos, la autoridad judicial que conozca del proceso penal, deberá suspender el procedimiento en lo que corresponda al quejoso, una vez concluida la etapa intermedia¹⁶⁵ y hasta que sea notificada de la resolución que recaiga en el juicio de amparo pendiente.

Esta causal va relacionada con procedimientos judiciales o administrativos seguidos en forma de juicio, toma en consideración las etapas del procedimiento para determinar cuando existe un cambio de situación jurídica, lo cual en ocasiones torna inútil la promoción del amparo.

Veamos el ejemplo de los procedimientos penales:¹⁶⁶ partamos de la base de que los actos penales tienen un sistema de impugnación específico, si los dividimos de acuerdo con el órgano de procedencia, tenemos que inicialmente, los actos del Ministerio Público (de manera principal aquellos que se cuentan por plazos de horas) no tienen vías ordinarias de impugnación, ésta debe realizarse por medio de los órganos jurisdiccionales de control de la constitucionalidad.

¹⁶⁵ La etapa intermedia o de preparación del juicio es aquella que inicia con la formulación de la acusación por parte del Ministerio Público y concluye con el auto de apertura a juicio oral, su objeto es el ofrecimiento y admisión de los medios de prueba, así como la depuración de los hechos controvertidos que serán materia del juicio ante el tribunal de enjuiciamiento. Artículos 211, fracción II y 334, párrafo primero, del Código Nacional de Procedimientos Penales.

¹⁶⁶ No los del sistema acusatorio, referidos en el párrafo segundo de la fracción en alusión, sino aquellos que se efectúan aun en la mayor parte del país.

Existen dos hipótesis en el numeral 16 de la Constitución por la cual el agente del Ministerio Público puede ordenar la privación de la libertad de una persona, a saber: la flagrancia y el caso urgente.

Dado el caso de un acuerdo de retención (en algunos códigos procesales se denomina como acuerdo de detención) o de una orden de detención, el probable responsable (o imputado) queda a disposición del funcionario en mención, por virtud de alguna de las resoluciones aludidas, y comienza a correr un plazo perentorio para que se decida su situación jurídica.

Hay ocasiones en las que el funcionario administrativo obstruye el ejercicio de la defensa, sea porque no permita al detenido la comunicación con el exterior, porque no le permita designar a un defensor y entrevistarse con él en privado o porque deniegue el acceso a los documentos que contienen los hechos que se le atribuyen (averiguación previa o carpeta de investigación).

Es estas circunstancias, cualquiera que sea el resultado de la determinación ministerial, el juicio de amparo tendrá como resultado el sobreseimiento, debido al cambio de situación jurídica, si la persona es liberada, o si es consignada, el juicio de amparo concluye.

Una situación similar ocurre cuando se impugna en vía de amparo una orden de aprehensión. En estos casos, por virtud de la concesión de la suspensión (siempre que no se trate de un delito grave) el inconforme podrá evitar la ejecución de la orden judicial, sujetándose a una serie de requisitos, entre los que destaca la exigencia de acudir a la sede del órgano jurisdiccional a rendir su declaración preparatoria, este último acto procesal permite al mencionado órgano determinar la situación jurídica del solicitante del amparo.

Lo que acarrea indudablemente como consecuencia (en el caso de que se determine sujetarle al proceso) la inutilidad del juicio constitucional, pues las posibles violaciones constitucionales cometidas en la orden judicial, serán irreparablemente consumadas agravando

la situación del accionante en el amparo, al obligarlo a intentar una nueva acción constitucional contra la nueva resolución.

- i) La causa de improcedencia marcada con el número XVIII dispone que no procede el amparo contra las resoluciones de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, respecto de las cuales conceda la ley ordinaria algún recurso o medio de defensa, dentro del procedimiento, por virtud del cual puedan ser modificadas, revocadas o nulificadas.

Dice también que se exceptúan de lo anterior los 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; asimismo cuando el acto reclamado consista en órdenes de aprehensión o reaprehensión, autos de vinculación a proceso, resolución que niegue la libertad bajo caución o que establezca los requisitos para su disfrute, resolución que decida sobre el incidente de desvanecimiento de datos, orden de arresto o cualquier otro que afecte la libertad personal del quejoso, siempre que no se trate de sentencia definitiva en el proceso penal; tampoco operará esta causa de improcedencia cuando se trate de persona extraña al procedimiento y que cuando la procedencia del recurso o medio de defensa se sujete a interpretación adicional o su fundamento legal sea insuficiente para determinarla, el quejoso quedará en libertad de interponer dicho recurso o acudir al juicio de amparo;

Por su parte, la fracción XX del artículo en estudio (estrechamente relacionada con la número XVIII) señala que no procede el amparo contra actos de autoridades distintas de los tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, que deban ser revisados de oficio, conforme a las leyes que los rijan, o proceda contra ellos algún juicio, recurso o medio de defensa legal por virtud del cual puedan ser modificados,

revocados o nulificados, siempre y cuando, de acuerdo a esas mismas leyes se suspendan los efectos de dichos actos de manera oficiosa o mediante la interposición del juicio, recurso o medio de defensa legal hecho valer por el quejoso, con los mismos alcances previstos en la Ley de Amparo y sin que sean exigidos mayores requisitos que los que ésta enumera para conceder la suspensión definitiva, ni plazo mayor que el que establece para el otorgamiento de la suspensión provisional, con independencia de que el acto en sí mismo considerado sea o no susceptible de ser suspendido de acuerdo con las hipótesis legales.

Asimismo señala que no existe obligación de agotar tales recursos o medios de defensa, si el acto reclamado carece de fundamentación (cuando no exista ni un solo precepto que le sustente) cuando sólo se aleguen violaciones directas a la Constitución (V. gr: las órdenes verbales) o cuando el recurso o medio de defensa se encuentre previsto en un reglamento sin que la ley aplicable contemple su existencia.¹⁶⁷

Finalmente la fracción en análisis indica que si en el informe justificado la autoridad responsable señala la fundamentación y motivación del acto reclamado, operará la excepción al principio de definitividad relativa a los actos infundados.

La regulación en cita, encuentra sustento en el artículo 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual, en la parte conducente (fracciones III, IV y V) señala lo siguiente:

III. *Cuando se reclamen actos de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, el amparo sólo procederá en los casos siguientes:*

a) *Contra sentencias definitivas, laudos y resoluciones que pongan fin al juicio, ya sea que la violación se cometa en ellos o que, cometida durante el procedimiento, afecte las defensas del quejoso trascendiendo al resultado del fallo. En relación con el amparo al que se refiere este inciso y la fracción V de este artículo, el Tribunal Colegiado de Circuito deberá decidir respecto de todas las violaciones procesales que*

¹⁶⁷ Para ahondar al respecto se sugiere consultar Mendoza Salazar, Op. Cit., p. 100 y siguientes.

se hicieron valer y aquéllas que, cuando proceda, advierta en suplencia de la queja, y fijará los términos precisos en que deberá pronunciarse la nueva resolución. Si las violaciones procesales no se invocaron en un primer amparo, ni el Tribunal Colegiado correspondiente las hizo valer de oficio en los casos en que proceda la suplencia de la queja, no podrán ser materia de concepto de violación, ni de estudio oficioso en juicio de amparo posterior.

[...]

Para la procedencia del juicio deberán agotarse previamente los recursos ordinarios que se establezcan en la ley de la materia, por virtud de los cuales aquellas sentencias definitivas, laudos y resoluciones puedan ser modificados o revocados, salvo el caso en que la ley permita la renuncia de los recursos.

Al reclamarse la sentencia definitiva, laudo o resolución que ponga fin al juicio, deberán hacerse valer las violaciones a las leyes del procedimiento, siempre y cuando el quejoso las haya impugnado durante la tramitación del juicio mediante el recurso o medio de defensa que, en su caso, señale la ley ordinaria respectiva. Este requisito no será exigible en amparos contra actos que afecten derechos de menores o incapaces, al estado civil, o al orden o estabilidad de la familia, ni en los de naturaleza penal promovidos por el sentenciado;

b) Contra actos en juicio cuya ejecución sea de imposible reparación, fuera de juicio o después de concluido, una vez agotados los recursos que en su caso procedan, y

c) Contra actos que afecten a personas extrañas al juicio;

IV. En materia administrativa el amparo procede, además, contra actos u omisiones que provengan de autoridades distintas de los tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, y que causen agravio no reparable mediante algún medio de defensa legal. Será necesario agotar estos medios de defensa siempre que conforme a las mismas leyes se suspendan los efectos de dichos actos de oficio o mediante la interposición del juicio, recurso o medio de defensa legal que haga valer el agraviado, con los mismos alcances que los que prevé la ley reglamentaria y sin exigir mayores requisitos que los que la misma consigna para conceder la suspensión definitiva, ni plazo mayor que el que establece para el otorgamiento de la suspensión provisional, independientemente de que el acto en sí mismo considerado sea o no susceptible de ser suspendido de acuerdo con dicha ley.

No existe obligación de agotar tales recursos o medios de defensa si el acto reclamado carece de fundamentación o cuando sólo se aleguen violaciones directas a esta Constitución;

V. El amparo contra sentencias definitivas, laudos o resoluciones que pongan fin al juicio se promoverá ante el Tribunal Colegiado de Circuito competente de conformidad con la ley, en los casos siguientes:

a) En materia penal, contra resoluciones definitivas dictadas por tribunales judiciales, sean éstos federales, del orden común o militares.

b) En materia administrativa, cuando se reclamen por particulares sentencias definitivas y resoluciones que ponen fin al juicio dictadas por tribunales administrativos o judiciales, no reparables por algún recurso, juicio o medio ordinario de defensa legal;

c) En materia civil, cuando se reclamen sentencias definitivas dictadas en juicios del orden federal o en juicios mercantiles, sea federal o local la autoridad que dicte el fallo, o en juicios del orden común.

En los juicios civiles del orden federal las sentencias podrán ser reclamadas en amparo por cualquiera de las partes, incluso por la Federación, en defensa de sus intereses patrimoniales, y

d) En materia laboral, cuando se reclamen laudos dictados por las Juntas Locales o la Federal de Conciliación y Arbitraje, o por el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje de los Trabajadores al Servicio del Estado;

[...]

La regulación constitucional en alusión establece una de las bases del juicio constitucional, ampliamente conocida como principio de definitividad, el cual en resumen dispone que el afectado por un acto de autoridad debe acudir al amparo (como medio de impugnación de carácter extraordinario) únicamente cuando ya no existan medios de naturaleza ordinaria, por los cuales sea posible la modificación o revocación del acto.

La CPEUM en su versión anterior a 2011, así como la LA 1936, detallaban el principio de definitividad, por lo tanto no se trata de una incorporación, pero sí sufrió algunas modificaciones, entre las cuales existen diversas con fuente jurisprudencial.

Lo sobresaliente es que el juicio constitucional no será admitido a trámite si se puede (o se pudo) combatir el acto reclamado por otra vía. Salvo los casos que los textos jurídicos en consulta estatuyen como excepcionales.¹⁶⁸

¹⁶⁸ Vid, infra, Capítulo Sexto.

Existen distintos aspectos a resaltar sobre la definitividad, uno de ellos es su íntima relación con la interpretación, ¿Será viable que las causas de improcedencia sean evaluadas e interpretadas por los tribunales encargados de su aplicación, en relación con el derecho de acceso a la justicia?

Se observa que esa atribución en ocasiones ha generado una denegación de justicia, las causas de improcedencia tienen en alcance de dar por concluida la instancia constitucional del solicitante del amparo, evitan el curso del procedimiento y frenan el movimiento de los tribunales.

Como se dijo inicialmente, existen algunos casos sin lugar a dudas donde se propiciaría el movimiento inútil de la autoridad jurisdiccional (como la cosa juzgada, la litispendencia, el órgano emisor, etc.) sin embargo existen otros casos donde la improcedencia por definitividad no es tan certera y ante este caso debería adoptarse como regla la admisión de la demanda

- j) Por último en cuanto al acercamiento a las causas de improcedencia, la fracción XXIII menciona que el amparo será improcedente en los demás casos en que la improcedencia resulte de alguna disposición de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, o de la propia Ley de Amparo.

En este párrafo es posible advertir la apertura de las causas de improcedencia, en cuanto a las posibilidades de su aplicación. Desde nuestra óptica, la improcedencia establecida en la Constitución Federal, debe estipularse en la Ley Reglamentaria y ésta a su vez debe ser capaz de reunir las causales por las cuales no es posible entrar al conocimiento del fondo, en un solo precepto, estimar lo contrario implica dejar en indefensión al solicitante del amparo, cuando acude al juzgador y éste le desecha la demanda por una causa que no se encuentra enumerada en las hipótesis legales.

Es aquí donde se aprecia lo delicado de la interpretación procesal constitucional, pues si la CPEUM no señala específicamente causas de improcedencia, ni la Ley reglamentaria es técnicamente solvente para concentrar esas causales en un solo precepto, es evidente que

queda a la prudencia del intérprete la decisión sobre permitir o no el acceso a la jurisdicción. Con lo cual cabe la posibilidad de que se deniegue la justicia constitucional, al hacer una interpretación con restrictiva de derechos fundamentales, en específico, el acceso a la justicia.

4.3.2. El Sobreseimiento

Cuando se emplea el lenguaje procesal, es común el uso de la palabra sobreseimiento, éste es la determinación consistente en dar por concluido un juicio sin resolver la controversia de fondo que en él se haya planteado, tomando como base para ello las hipótesis específicas señaladas en la ley.

En el caso de la Ley de Amparo, las causas de improcedencia se reducen a la muerte del quejoso, al desistimiento, a la aparición de una causal de improcedencia, y a dejar de promover el emplazamiento del tercero interesado.¹⁶⁹

Cuando una persona ejercita una acción procesal pretende una resolución que dirima la controversia planteada en el fondo (en el caso del amparo consiste en declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad del acto reclamado). De modo que si el proceso tiene un curso sin accidentes, después de sus etapas se dará por concluido de manera regular, por medio una sentencia definitiva.

El sobreseimiento, por el contrario, no permite un pronunciamiento para resolver la controversia en lo principal, pero también da por concluido el proceso, con lo cual su efecto es evitar la continuación del juicio. Consecuentemente, el proceso de amparo habrá concluido sin que el juzgador haga una declaración relativa a la constitucionalidad del acto enjuiciado.

La determinación de sobreseimiento en el amparo se puede dar en dos momentos: en un auto pronunciado en cualquier etapa del procedimiento (lo que se conoce como sobreseimiento fuera de audiencia constitucional, por referirse a su verificación en los

¹⁶⁹ El tercero interesado, en términos generales, es aquel que tiene interés en la subsistencia del acto reclamado a través del amparo. Para conocer de manera específica quienes pueden ostentar ese carácter, consúltese el numeral 5° fracción III de la LA 2013.

amparos promovidos en la vía indirecta) o bien, en la sentencia definitiva, en los amparos promovidos por cualquier vía.

Para Ignacio Burgoa el sobreseimiento es un acto procesal proveniente de la potestad jurisdiccional, que concluye una instancia judicial, sin resolver el negocio en cuanto al fondo, sustantivamente, sino atendiendo a circunstancias o hechos ajenos, o al menos diversos, de lo substancial de la controversia subyacente o fundamental.¹⁷⁰

El numeral 63 de la LA 2013 establece de manera taxativa las causas de improcedencia que se citan a continuación.

Artículo 63. *El sobreseimiento en el juicio de amparo procede cuando:*

I. *El quejoso desista de la demanda o no la ratifique en los casos en que la ley establezca requerimiento. En caso de desistimiento se notificará personalmente al quejoso para que ratifique su escrito en un plazo de tres días, apercibido que de no hacerlo, se le tendrá por no desistido y se continuará el juicio.*

No obstante, cuando se reclamen actos que tengan o puedan tener como consecuencia privar de la propiedad o de la posesión y disfrute de sus tierras, aguas, pastos y montes a los ejidos o núcleos de población que de hecho o por derecho guarden el estado comunal, no procede el desistimiento del juicio o de los recursos, o el consentimiento expreso de los propios actos, salvo que lo acuerde expresamente la Asamblea General, pero uno y otro sí podrán decretarse en su beneficio;

II. *El quejoso no acredite sin causa razonable a juicio del órgano jurisdiccional de amparo haber entregado los edictos para su publicación en términos del artículo 27 de esta Ley una vez que se compruebe que se hizo el requerimiento al órgano que los decretó;*

III. *El quejoso muera durante el juicio, si el acto reclamado sólo afecta a su persona;*

IV. *De las constancias de autos apareciere claramente demostrado que no existe el acto reclamado, o cuando no se probare su existencia en la audiencia constitucional; y*

V. *Durante el juicio se advierta o sobrevenga alguna de las causales de improcedencia a que se refiere el capítulo anterior.*

¹⁷⁰ Burgoa, Ignacio., Op. cit., p. 413.

Las hipótesis transcritas podrían dividirse en aquellas que obedecen a situaciones contingentes con razón evidente para dar por concluido el juicio y aquellas que constituyen una sanción procesal al quejoso por el incumplimiento (o al menos por la estimación que la autoridad jurisdiccional realice en ese sentido) de alguna obligación que la haya sido impuesta.

Cabe aclarar que el sobreseimiento deja sin efecto todas las providencias contenidas en las actuaciones e intocadas las facultades de las autoridades responsables para proveer a la ejecución material del acto reclamado en los casos en que dicha ejecución es necesaria

En casos como el de la muerte del quejoso, si se trata por ejemplo de una orden de privación de libertad no ejecutada o cuya ejecución se haya interrumpido, es incuestionable que el seguimiento del juicio y el pronunciamiento posterior sobre la constitucionalidad de la actuación autoritaria sería ociosa, perjudicando el trámite de otros asuntos a cargo del tribunal.

Empero, en el caso de los edictos, parece desproporcionada la sanción con respecto de la posibilidad o el deber de proveer a su publicación.

Desde luego la fracción V relativa a la advertencia o aparición de alguna causal de improcedencia, se torna la más preocupante, en cuanto al número de procesos que se resuelven sin tender el fondo.

Partamos de un dato contundente: tratándose de amparos en la vía indirecta de conocimiento de los juzgados de distrito, resueltos durante el año 2014, se decretó el sobreseimiento en 209,856 de los 493,405 totales.¹⁷¹

En otros términos, cerca de la mitad (más del 42%) de los amparos indirectos efectivamente resueltos en los juzgados federales, obtuvieron una resolución de sobreseimiento, este hecho hace notable el uso de la figura en estudio para los pronunciamientos definitivos en los procesos de amparo indirecto.

¹⁷¹ Informe 2014 PJF.

La base del sobreseimiento, a nuestro parecer, se concentra en las causas de improcedencia. Existen múltiples criterios de interpretación relacionados con éstas, de modo que al final de los procesos de amparo indirecto, y aun fuera de la audiencia constitucional.

En este marco encontramos la reinterpretación de los plazos para la interposición del juicio, los actos futuros no inminentes, la inexistencia del acto reclamado, la ausencia de interés legítimo, etc.

Es decir, si retomamos el aspecto de las causas de improcedencia en los términos arriba citados, aseveramos que algunas de ellas son indispensables para asegurar el correcto funcionamiento de esa eminente institución jurídica, pero en todo caso, debe redactarse de modo que su aplicación sea estricta, y en caso de duda se proceda a la admisión de la demanda.

Ya que la problemática subsiste cuando se permite al juzgador una interpretación tan amplia, de suerte que muy poco tiempo le ocupa determinar qué debe entenderse por actos futuros no inminentes, por inexistencia del acto o por falta de interés.

En ese tenor, v. gr: en la impugnación de leyes en amparo indirecto, se evidencia que la concepción de autoaplicatividad y heteroaplicatividad se presta para decretar muchos sobreseimientos, en contravención con los principios que norman el juicio de amparo, bajo una noción poco acertada de interés jurídico y de la existencia de un agravio personal y directo.

Otra de las razones para sobreseer en el juicio de amparo, es la aplicación del principio de estricto derecho, en virtud del cual el acto autoritario será apreciado exclusivamente a la luz de los conceptos de violación expresados por el quejoso, sin que se pueda realizar la suplencia de la queja deficiente, salvo en determinados casos, previstos en el numeral 79 de la Ley de Amparo.

Tales son la razones que nos llevan a concluir que algunas instituciones jurídicas trascendentales como la que se discute, no deben quedar al arbitrio de los juzgadores, máxime

si pensamos que después del juicio constitucional el quejoso no cuenta con ninguna otra instancia para defender su derecho, –excepción hecha del recurso de revisión, que dicho sea de paso es aún más estricto que la primera instancia– en tal virtud deberá controlarse el acceso a la justicia, así como su impartición bajo los principios protectores que animan el mencionado medio de defensa, so pena de devaluar como en ocasiones sucede, uno de los más nobles sistemas para la protección de los particulares frente a los actos autoritarios ilegales.

4.3.3. Suspensión del Acto reclamado

Una de las figuras trascendentales en materia de justicia constitucional, es la suspensión del acto reclamado (en amparo), dicha institución tiene por objeto mantener las cosas en el estado en que se encuentran, una vez interpuesto el medio de defensa, hasta en tanto se dicte la resolución correspondiente, protegiendo al interesado de una posible ejecución irreparable con la que el fondo del proceso quedaría sin materia.

La medida precautoria en comento reviste algunos inconvenientes, esto es así porque cuando la autoridad administrativa actúa en ejercicio de sus facultades, no puede ser sustituida en ellas sino a través de una sentencia que resuelva el fondo del negocio, motivo por el cual es común que, una vez negada la suspensión, la autoridad emisora del acto enjuiciado proceda con la ejecución del mismo, dejando sin materia el juicio respectivo, en franco perjuicio para el demandante, toda vez que al ejecutarse un acto de un modo irreparable, se actualiza una causa de improcedencia que derivará en el sobreseimiento del juicio

Esta medida cautelar pretende mantener viva la materia del amparo hasta en tanto el tribunal que conoce del asunto emite una resolución con relación a la constitucionalidad del acto reclamado. El primer efecto o si se quiere, el efecto general de la suspensión es el de hacer que las cosas permanezcan en el estado en que se encuentran al momento de su solicitud, no obstante existen otros efectos que van desde los meramente formales o declarativos, hasta los restitutorios.

La suspensión del acto reclamado obedece a una necesidad apremiante, de privar de efecto a las órdenes presuntamente inconstitucionales, hasta en tanto el juez del conocimiento

emita un fallo definitivo. Por supuesto que existen actos de naturaleza muy variada, con lo cual el efecto principal de la suspensión no siempre es el idóneo.

Por ejemplo si el acto reclamado es la omisión autoritaria por no dar respuesta a una solicitud o instancia, conceder la suspensión para mantener las cosas en el estado en que se encuentran resultaría absurdo; si el acto reclamado consistiese en un arresto en ejecución, el efecto general de la suspensión consumaría de manera irreparable la violación, para efectos de la improcedencia del amparo.

Consecuentemente, y según los tipos de acto, además del efecto principal, pueden identificarse al menos tres efectos de la suspensión aplicables a todos los actos de autoridad, la suspensión de las consecuencias del acto reclamado, la suspensión de los efectos del acto a partir de la suspensión provisional y la suspensión con efecto restitutorio.

Ahora bien, existen multiplicidad de actos procedentes de todos los órganos del Estado, de organismos que no pertenecen a ninguno de los tres poderes y de órganos autónomos, incluso de particulares equiparables a una autoridad, por ello la Ley de Amparo, designa efectos específicos, según la materia a la que corresponda el acto de autoridad. En esta distinción cobra relevancia la materia penal, pues los actos de esa naturaleza, acarrear consecuencias graves en las condiciones personales, económicas, familiares y sociales de los individuos a quienes va dirigido.

Estos efectos suspensionales, cuando menos cuando se trata de actos contra la libertad personal, se agrupan en tres bloques atendiendo al órgano del Estado del cual emana la orden: actos de autoridades administrativas distintas del Ministerio Público (policía, fuerzas armadas etc.) actos del Ministerio Público, y actos de autoridad jurisdiccional.

La distinción pretende orientar la medida cautelar, desde darle un efecto pleno, hasta suprimirlo del todo, según el órgano estadual del cual emane.

Así, el efecto de la suspensión en la primera hipótesis es para que la autoridad administrativa, ponga a disposición del Ministerio Público al detenido, si lo considera probable responsable de un delito cometido en flagrancia, o en caso contrario lo ponga en libertad de manera inmediata.

Cuando se trata de ataques a la libertad personal por parte del Ministerio Público el efecto de la suspensión es verificar el plazo con que cuenta el agente para determinar si ejercita acción penal o deja en libertad al indiciado, siempre que se acredite que en el caso hubo flagrancia o caso urgente

La manera en que se encuentra regulada la suspensión del acto reclamado, en nuestra opinión, abre la posibilidad de hacer nugatorio el juicio de amparo.

El numeral 125 de la LA 2013 señala establece los tipos de suspensión del acto reclamado, por su parte, en cuanto a la suspensión a petición de parte (que es la que corresponde a la gran mayoría de los casos concretos) el numeral 129 en XIII fracciones señala en qué hipótesis no es viable la concesión de la medida cautelar por considerar que de hacerlo se seguirían perjuicios al interés social o se contravendrían disposiciones de orden público.

Nos parece que el manejo actual de la suspensión la aleja de la finalidad para la que fue concebida, existen ejemplos en todas las materias, uno de ellos, relevante por su número y por tratarse de un acto que involucra la libertad personal, es la suspensión contra la ejecución de la orden de aprehensión por delito no grave.

En este caso, dentro de las medidas de aseguramiento se establece la imposición al quejoso de comparecer ante el juez de la causa a efecto de rendir su declaración preparatoria, en esa hipótesis, cuando el juzgador dicta la resolución de plazo constitucional, no solo la suspensión, sino el fondo del amparo se torna inútil, debido al cambio de situación jurídica.

4.3.4. Artículos Transitorios

Es importante analizar los artículos transitorios de la LA 2013 en con la visión de la justicia constitucional, principalmente el caso específico de la RCA en cuanto a la aplicación retroactiva de las disposiciones en materia de cumplimiento de las sentencias de amparo.

La exposición de motivos de la reforma en estudio señala que uno de los reclamos de los justiciables en el amparo es en el sentido de la dilación en materia de cumplimiento y que por tanto el Poder Revisor de la Constitución, consideró oportuno realizar una modificación constitucional que agilizará los trámites para el cumplimiento y que además auxiliara al abatimiento del rezago que en ese rubro tienen las ejecutorias de amparo, es decir que tuviera una aplicación retroactiva para eliminar la problemática en pro del acceso a la justicia.

El numeral Tercero Transitorio del Decreto que expide la Ley de Amparo 2013, refuerza esta determinación, sin embargo, ambas disposiciones fueron materia de interpretación por parte del Poder Judicial de la Federación.

Ante la voluntad legislativa, la SCJN impidió la aplicación retroactiva de la RCA aduciendo que la voluntad del PRC fue la de aplicar de manera retroactiva las nuevas reglas para la consecución del cumplimiento de la sentencia de amparo únicamente aquellos asuntos en los cuales no hubiera ejecutoria, reduciendo al mínimo el impacto favorable de la reforma en el rezago de los procedimientos tendientes a exigir el cumplimiento.

4.4. Referencia a Otros Procesos Constitucionales Similares al Amparo en el Mundo

Si bien el objetivo general de este documento no gravita en torno al método comparatista, se ha considerado oportuna la cita de algunas características que acercan y distancian al amparo mexicano de otras figuras de control de constitucionalidad en el ámbito de la jurisdicción constitucional de la libertad.

Se han seleccionado tres países para esta parte del estudio: Argentina, España y Alemania. El criterio para la selección de éstos dentro de la amplia gama de Estados¹⁷² que en sus respectivas constituciones poseen instrumentos de control similares al amparo mexicano, se explica a continuación.

En principio, la selección obedeció a las circunstancias del idioma, con lo que se tiene la mejor posibilidad de comprensión de las normas jurídicas donde se establece el instrumento materia del estudio, salvo el caso de Alemania, en los otros dos países la redacción de la Constitución y la bibliografía consultada se encuentra en castellano.

Esta característica permite, al menos en cuanto a los países hispanoparlantes alejarnos del riesgo natural de la equivocidad y la posibilidad del desvío de las ideas, latente en la lectura de traducciones y aun en la traducción, hechas por el propio investigador.

Por otra parte, se buscó la existencia de al menos un integrante de Latinoamérica en el estudio y si bien se tiene conocimiento de la evolución del Derecho Procesal Constitucional en el Derecho Colombiano, dos son las razones que nos hacen optar por el ejemplo argentino, a saber: a) la idéntica designación del instrumento de control en su Constitución; y, b) la conformación del Estado argentino como una federación.

En cuanto a la selección del modelo español, aunado a las razones idiomáticas, se suma la posibilidad de realizar esta parte de la investigación de manera directa, a la abundante bibliografía disponible y al acceso a los criterios y resoluciones del Tribunal Constitucional Español y a su explicación por parte de los operadores.¹⁷³

Finalmente, la selección de la “queja constitucional” prevista en la Constitución Alemana, se efectuó debido a la extensa bibliografía que sobre derechos fundamentales y acerca de las sentencias pronunciadas sobre el particular existen traducidas al español,

¹⁷² Vid. Supra, 2.4., p. 113.

¹⁷³ Nos referimos a la estancia de investigación realizada por el autor en las Universidades de Huelva y Sevilla, en España, en donde se tuvo acceso a las bibliotecas de ambas instituciones, así como a la diversa de la Universidad Internacional de Andalucía y a la del Tribunal Constitucional Español.

precisamente de la autoría de los estudiosos tomados como base teórica del presente documento.

4.4.1. Argentina

La decisión por el amparo argentino entre las posibilidades de estudio del amparo latinoamericano ha obedecido de manera primordial a dos razones: a) el conocimiento de algunas características específicas del instrumento, por conducto de los operadores jurídicos de aquel país, en el marco de diversos congresos y encuentros académicos realizados en México, América y Europa; y, b) la bibliografía que sobre la teoría del amparo y el Derecho Procesal Constitucional se ha escrito con base en el modelo de amparo argentino.

El artículo 43 de la constitución argentina señala:

Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio Judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere, amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el Juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. Podrán interponer esa acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del Pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.

Un insigne profesor argentino, expresa diversas opiniones sobre el instrumento de tutela constitucional que estimamos conveniente parafrasear.

Menciona el profesor Néstor Pedro Sagüés que la regla constitucional contenida en el numeral transcrito es de manera simultánea y paradójica, de una parte positiva, pero en otros aspectos “*infiel, imperfecta y desvirtuada*”.¹⁷⁴

¹⁷⁴ Sagüés, Néstor Pedro. *Derecho Procesal Constitucional. Logros y Obstáculos*. Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2006, p. 234.

Las críticas centrales del autor en cita (empleando sus palabras) han sido divididas en: norma provechosa; norma infiel; norma imperfecta; y norma desvirtuada.

En la primera de ellas (de manera resumida) identifica los aspectos siguientes:

a) El constituyente definió a la acción de amparo como "expedita y rápida", cuestiones que hacen por cierto a su naturaleza, y que imponen cargas procesales fuertes a los operadores del sistema. Aduce que no siempre se respeta esta directriz constitucional, como en el caso posterior a la interposición de la demanda de amparo, se la "desactiva", en tanto se haya obtenido una medida cautelar beneficiosa para su promotor.

b) En segundo lugar, la procedencia del amparo contra actos de particulares.

c) Que la reforma mantuvo el amparo contra actos u omisiones, daños o amenazas, lesiones o meras perturbaciones a los derechos, y en cuanto exige que estas conductas padezcan de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, una de los aspectos básicos para diferenciar el amparo de un proceso común.

Comenta también el profesor Sagüés que en la práctica, esa indicación constitucional no siempre es respetada si se plantean amparos intrincados, complejos, articulados en materias y conflictos decididamente opinables, donde su promotor no tiene un derecho cierto y nítido.

d) Asimismo que la Asamblea permitió que el juez declarase la inconstitucionalidad de la norma que hubiere sustentado al acto lesivo, ultimando así la absurda prohibición del art. 2º, inc. d) de la ley 16.986, decididamente incomprensible en un proceso destinado a sostener la supremacía de la Constitución.

e) También amplió la legitimación activa, v. gr. en cuanto al Defensor del Pueblo, en la custodia de ciertos derechos de raíz constitucional.¹⁷⁵

¹⁷⁵ *Ibíd*em pp. 234-235.

Con este inicial diagnóstico nos acercamos a la actualidad del amparo argentino, a decir del especialista en consulta, por medio de una serie de reformas que le dotan de aspectos de vanguardia o que son indispensables para la justicia constitucional, acaso el problema asome –como en algunas ocasiones en el caso mexicano– en los actos de aplicación –que por supuesto van precedidos de una interpretación de la codificación procesal constitucional–.

En relación con el análisis en reseña, a propósito del punto II (donde le designa como norma infiel)¹⁷⁶ el autor plantea los que denomina desaciertos del numeral 43 (de la Constitución Argentina). El problema de la norma infiel –expresa– es que luego provoca, para el operador, el dilema de seguir al texto de la norma, o a la intención de quien la hizo, debate inacabado e inacabable en el ámbito de la teoría general del derecho, y que se proyecta, desde luego, a todas las disciplinas jurídicas.

A propósito del artículo transcrito –dice– la infidelidad normativa no es un caso aislado, sino múltiple, pues desde el inicio del artículo, el mismo pregona que el amparo puede ser interpuesto por "toda persona". La exégesis literal podría conducir a entender que cualquiera, a favor de sí mismo, o de un tercero, o de todos, cuenta con legitimación activa para articularlo.

Para el autor en cita, esa misma literalidad da pie a conjeturar que el amparo es en Argentina una acción popular, al estilo del *habeas corpus*, empero, atendiendo a los motivos de la Convención Constituyente que el amparo en referencia no es una acción popular. Primero por los debates precedentes a la redacción del numeral en alusión y a su propio contenido.¹⁷⁷

Otro aspecto a considerar de acuerdo con el texto en consulta, cuya similitud con el amparo mexicano es evidente consiste en la interpretación de las normas, respecto del papel subsidiario o por el contrario, principal, de la acción de amparo. En el caso sudamericano según el texto, "*siempre que no exista otro medio judicial más idóneo*".

¹⁷⁶ Según explica el propio autor, debido a que Werner Goldschmidt denominó "norma infiel" a aquella que no traduce gramaticalmente, de modo correcto, la voluntad de su autor. *Ibíd.*, pp. 235-237.

¹⁷⁷ Cfr. *Ibíd.*, p. 239.

Quien lo consulte –continúa el profesor Sagüés– puede concluir que el amparo prospera aunque hubiese para atender al acto lesivo algún procedimiento administrativo o judicial útil, idóneos y efectivos para su combate. La hermenéutica gramatical podría llevar a concluir que únicamente para la hipótesis de que mediare un proceso Judicial mejor (según el criterio del accionante) que el amparo, éste podría ser inadmisibile.

De los debates de la Asamblea Constituyente, de acuerdo con el doctrinario en reseña, se aprecia que la voluntad mayoritaria se inclinó por estimar al amparo como proceso excepcional, no viable ante la existencia de procedimientos judiciales o administrativos eficaces para su cuestionamiento. No obstante –continúa el profesor– el texto constitucional finalmente aprobado aparenta seguir el criterio minoritario que delinea al amparo como una acción principal. Esta condición ha generado controversias doctrinarias y jurisprudenciales permanentes, las cuales se han reflejado en posturas contradictorias de la Corte Suprema – Argentina– con lo cual los accionantes tienen al menos un veredicto sobre el cual apoyar su pretensión.¹⁷⁸

En comparación con el instrumento de tutela de las libertades previsto en el numeral 103 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los planteamientos en alusión se refieren por un lado al principio de definitividad y por otro a la naturaleza principal en vía de acción y de instancia, diversa del amparo mexicano.

Pues mientras el amparo debe incoarse como un procedimiento independiente de los juicios o procedimientos de donde proceda el acto de autoridad (si es el caso) su procedencia (en este sentido se entiende la “viabilidad” expresada por el profesor en consulta) se halla sujeta al carácter definitivo del acto o resolución cuestionados.

A mayor abundamiento, en referencia al punto III el Dr. Sagüés señala que numeral 43 tampoco no es totalmente acabado. V. gr: cuando refiere a los derechos susceptibles de protección constitucional, señala los derechos y garantías reconocidos por la Constitución (argentina) un tratado o una ley, con lo cual –textualmente– soslaya el debate relativo a si toda

¹⁷⁸ Cfr. *Ibidem*, p. 240.

"garantía" es custodiable por el amparo (que, a su turno, es también una garantía), pero al final el debate de la Convención determinó que todos los derechos emergentes de un tratado son protegibles en vía de amparo, sin importar su rango constitucional.

Lo cierto –continúa el autor consultado– es que aun cuando otros derechos como los derivados de un decreto, de una resolución ministerial o universitaria, de una ordenanza municipal, no se incluyen de manera expresa en el amparo, en los hechos (principalmente en la interpretación judicial) todos los derechos, con independencia de su fuente, son amparables.

Otro aspecto a considerar es la facultad del juez del amparo para declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se sustenta el acto u omisión lesiva, la que –de acuerdo con el autor existe ausencia de definición en cuanto a su procedencia oficiosa.

Aquí se observa una similitud con el amparo –mexicano– contra normas generales, el cual dicho sea de paso no procede de manera oficiosa y que la única manera de encontrar ese pronunciamiento sería por medio del control difuso o en la vía del amparo directo.

Por último, en relación con la exposición en estudio, se señala que el derrotero del multialudido numeral 43 de esa constitución meridional ha sido alterado más por alteraciones introducidas por los operadores del sistema constitucional que por defectos de técnica legislativa

Así ocurre con el amparo colectivo previsto para atender supuestos de discriminación, y la protección del ambiente la competencia, el usuario y consumidor, "así como a los derechos de incidencia colectiva en general". En donde en la práctica se ha extendido a la tutela de intereses que no configuran un "derecho".

Con estas premisas, concluye el profesor consultado se puede hacer un balance de la situación actual de amparo –argentino– en estos aspectos principales:

A.- El artículo 43 de la Constitución argentina no es una norma clara, consolidó algunos temas valiosos para el amparo e incorporó otros, pero en algunos segmentos el texto concluyó con poca fidelidad al mensaje del constituyente mayoritario

B.- Ciertos operadores del sistema incluso lo han desvirtuado, o modificado frente a la preceptiva constitucional, o intentado alterarlo con pretensiones ajenas al radio de cobertura de la acción.

C.- El amparo constitucional ha tenido una conflictiva relación con el amparo subconstitucional. No ha contado con un desenvolvimiento uniforme.

D.- El sistema vigente en materia de control de constitucionalidad, difuso o desconcentrado, fomenta soluciones poco homogéneas en los tribunales, incluida la Corte Suprema

E.- La Argentina, en el orden federal, contiene diversos tipos de amparo (general y específicos) sin embargo sigue siendo la última esperanza del interesado para la protección de sus derechos fundamentales.

La reseña efectuada por el profesor invocado da cuenta de las similitudes, no solo en ciertas figuras trascendentales como la procedencia y el ámbito protector del amparo, sino en cuanto las inconsistencias en su operación y en su interpretación.

Al mismo tiempo, las posibles soluciones encontradas en otras latitudes, respecto del amparo y su evolución, pueden ser útiles para la elaboración de las propuestas finales para el abatimiento de las mencionadas inconsistencias.

Es por ello que en estos apartados se abordan distintos instrumentos de tutela similares al amparo mexicano (aun cuando no siempre sean designados con ese nombre) a efecto de ampliar el margen de las propuestas. A continuación se verá un ejemplo del amparo en Europa.

4.4.2. España

El amparo en España parte de premisas procesales distintas de las relativas en el amparo mexicano.

Es un recurso previsto en el numeral 53.2 de la Constitución española, por el cual se establece la garantía de las libertades y derechos fundamentales y se encomienda su conocimiento al Tribunal Constitucional de aquel país.

El precepto en estudio dispone:

Artículo 53.

[...]

2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección 1ª del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30.

A decir del profesor Pérez Tremps, el amparo español representa una de las competencias fundamentales de la jurisdicción constitucional, tanto desde el punto de vista cuantitativo como cualitativo.¹⁷⁹

Menciona además que la regulación específica del recurso de amparo se halla regulada por el Título III de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, denominado "Del recurso de amparo constitucional", regulación que se completa por algunos preceptos enmarcados en otras leyes y por algunos Acuerdos del Pleno del Tribunal.

El recurso de amparo –sostiene el profesor consultado– encuentra regulación en la Constitución Española y constituye la “pieza final interna” del sistema de garantía de los derechos y libertades fundamentales constitucionalmente reconocidos.

¹⁷⁹ PÉREZ Tremps, Pablo. *Los Procesos Constitucionales. La Experiencia Española*. Ed. Palestra, Serie Derechos y Garantías, Lima, 2006, p. 121.

Así, la cuando el texto fundamental en cita se refiere a los instrumentos de protección de esos derechos y libertades, se estipula que cualquier ciudadano podrá recabar la tutela del Tribunal Constitucional de España a través del recurso de amparo.

Esta perspectiva –menciona el magistrado– garantista y subjetiva, coloca al recurso de amparo como la garantía jurisdiccional interna última de los derechos fundamentales. Pero, junto a ello, en cuanto competencia del Tribunal en mención, forma parte del conjunto de instrumentos con que este órgano cuenta para desarrollar su tarea de "intérprete supremo" de la Norma Fundamental (española).

A decir del autor, tal circunstancia dota al recurso de amparo de una dimensión objetiva, situada más allá de la garantía concreta e individual de los derechos, proyectándose en el terreno de la interpretación constitucional de uno de los elementos esenciales.¹⁸⁰

En el mismo orden de ideas, a consideración del profesor en reseña, el amparo español cuenta con las siguientes características principales:

- a) Más que un recurso es una acción constitucional, no representa en términos estrictos la reproducción de una acción ante un órgano superior dentro de un determinado orden jurisdiccional, por el contrario, el amparo se sustancia ante un órgano diverso al Poder Judicial (Tribunal Constitucional) y con un objeto concreto y determinado consistente en garantizar un derecho fundamental. Esta característica convierte al recurso de amparo en una acción autónoma, con independencia de que, en no pocas ocasiones, su objeto coincida de manera total o parcial con el objeto de la discusión en la jurisdicción ordinaria.
- b) Una segunda característica –de acuerdo con el profesor Pérez Tremps– consiste en el carácter extraordinario del recurso de amparo. Circunstancia que deviene de lo dispuesto por el artículo 53.2 de la Constitución Española, así como lo estipulado por el numeral 41.3 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de España, en

¹⁸⁰ Cfr. *Ibíd.*, p. 122.

cuya virtud, no puede plantearse cualquier pretensión ante dicho Tribunal, a través del recurso de amparo, sino exclusivamente la protección de derechos y libertades fundamentales, y ni siquiera de todos ellos.

- c) El tercer aspecto a resaltar, de acuerdo con el doctrinario en consulta, es el carácter subsidiario del recurso de amparo. En ese tenor, la garantía de los derechos y libertades fundamentales otorgada por el Tribunal en comento, consiste en una garantía última en el orden jurídico interno. Cuyo acceso requiere de acudir previamente ante los tribunales ordinarios, quienes en su carácter de poderes constituidos, son sus "garantes naturales". Consecuentemente, solo cuando se ha buscado la tutela de derechos fundamentales ante los tribunales ordinarios, con invocación efectiva de los derechos vulnerados, sin obtención de un resultado favorable a la pretensión del inconforme, puede acudirse ante el Tribunal Constitucional a través de la vía de amparo.
- d) Un último rasgo del recurso de amparo consiste en su flexibilidad procesal. Debido a su calidad de garantía de los derechos fundamentales, la interpretación de sus requisitos formales requiere cierta flexibilidad, la cual, sin lesionar los derechos de terceros, ni atentar contra la seguridad jurídica, permita cumplir de manera eficaz con la función de tutela.¹⁸¹

Con la exposición anterior, es posible resaltar algunas similitudes entre el amparo español y el mexicano. En principio se aprecia la clara distinción del amparo respecto de las vías ordinarias, asimismo puede observarse la existencia de una suerte de principio de definitividad en mérito del cual, solo aquellos asuntos en donde se hayan agotado las instancias previas, en demanda de protección de los derechos fundamentales, caben en la impugnación constitucional.

¹⁸¹ Cfr. *Ibíd.*, pp. 123 - 126.

En cuanto a las diferencias, cobra notoriedad la separación del órgano de conocimiento del recurso de amparo español, el Tribunal Constitucional, un órgano distinto de los poderes constituidos y, por tanto, ajeno al Poder Judicial.

Mientras que en el caso mexicano, los órganos de conocimiento del amparo son los mismos del Poder Judicial de la Federación, en tanto cuentan con dos funciones, la jurisdiccional de competencia federal, y la de control de la constitucionalidad.

Por otra parte, la diferencia principal consiste en la reducción de la procedencia del recurso extranjero a las resoluciones de tribunales ordinarios pronunciadas sobre violaciones a los derechos fundamentales, mientras que el espectro del amparo mexicano, abarca además de las resoluciones jurisdiccionales, actos de naturaleza administrativa y legislativa.

Sin soslayar la aplicación en este último caso del principio de definitividad, el cual, con una serie de excepciones, exige el agotamiento de los medios ordinarios de defensa, o de cualquier juicio o instancia a través de la cual sea atacable el acto autoritario, previo a la interposición del juicio constitucional.

Ante esa comparación, el recurso de amparo español se asemeja al amparo directo mexicano, pero con un requisito *sine qua non* que lo acerca más a un recurso de revisión en amparo directo.

El requisito en alusión es denominado: “especial trascendencia constitucional” establecido en el artículo 50.1, inciso b) de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional de España. Pero ¿En qué consiste la especial trascendencia constitucional? La respuesta solo puede encontrarse en la jurisprudencia del Tribunal en cita, por ejemplo, la sentencia número 155/2009, de 25 de junio de 2009, pronunciada por el Pleno en el expediente 7329-2008 establece lo siguiente:

En el caso que ahora nos ocupa el Tribunal ha entendido que concurre el requisito de la especial trascendencia constitucional [art. 50.1 b) LOTC], porque, como a continuación se pone de manifiesto, le permite aclarar e incluso perfilar, como

consecuencia de un proceso de reflexión interna, la doctrina constitucional sobre la exigencia de congruencia entre la acusación y el fallo en el extremo referido a la pena a imponer, en cuanto manifestación del principio acusatorio, supuesto éste que, junto a otros a los que de inmediato nos referiremos, es uno de los casos en los que cabe apreciar en el contenido del recurso de amparo la especial trascendencia constitucional [art. 50.1 b) LOTC].

2. La demanda ha sido promovida tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (LOTIC), de modo que su interposición, admisión a trámite, tramitación y resolución se rigen por la nueva regulación del recurso de amparo llevada a cabo por la citada Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo. Constituye el elemento más novedoso o la "caracterización más distintiva" (ATC 188/2008, de 21 de julio, FJ 3) de esta regulación del recurso de amparo el requisito sustantivo o de fondo de la "especial trascendencia constitucional" que impone el art. 50.1 b) LOTIC para la admisión del recurso. En él se plasma la opción del legislador, en el ejercicio de la habilitación que constitucionalmente le confiere el art. 161.1 b) CE, en relación con su art. 53.2, por una nueva configuración del recurso de amparo, toda vez que, en principio, tras la reforma llevada a cabo la mera lesión de un derecho fundamental o libertad pública tutelable en amparo ya no será por sí sola suficiente para admitir el recurso, pues es imprescindible, además, su "especial trascendencia constitucional", frente a la configuración por la que esencialmente se caracterizaba en su anterior regulación, en tanto que recurso orientado primordialmente a reparar las lesiones causadas en los derechos fundamentales y libertades públicas del demandante susceptibles de amparo. Así pues, para la admisión del recurso de amparo no es suficiente la mera lesión de un derecho fundamental o libertad pública del recurrente tutelable en amparo [arts. 53.2 y 161.1 b) CE y 41 LOTIC], sino que además es indispensable, en lo que ahora interesa, la especial trascendencia constitucional del recurso [art. 50.1 b) LOTIC]. El recurso de amparo, en todo caso, sigue siendo un recurso de tutela de derechos fundamentales. De esta forma se configura por el legislador el sistema de garantías de los derechos fundamentales encomendado a los Jueces y Tribunales como guardianes naturales y primeros de dichos derechos (STC 227/1999, de 13 de diciembre, FJ 1), a los que confiere un mayor protagonismo en su protección (ampliación del incidente de nulidad de actuaciones), y culminado por el Tribunal Constitucional que, además de garante último, es su máximo intérprete (arts. 53.2 y 123 CE y 1.1 LOTIC).

Aunque el recurrente ha de satisfacer necesariamente, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 49.1 in fine LOTIC, la carga de justificar en la demanda la especial trascendencia constitucional del recurso (AATC 188/2008, de 21 de julio; 289/2008 y 290/2008, de 22 de septiembre), es a este Tribunal a quien corresponde apreciar en cada caso la existencia o inexistencia de esa "especial trascendencia constitucional"; esto es, cuándo, según el tenor del art. 50.1 b) LOTIC, "el contenido del recurso justifique una decisión de fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional", atendiendo para ello a los tres criterios que en el precepto se enuncian: "a su importancia para la interpretación de la Constitución,

para su aplicación o para su general eficacia y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales". El carácter notablemente abierto e indeterminado, tanto de la noción de "especial trascendencia constitucional", como de los criterios legalmente establecidos para su apreciación, confieren a este Tribunal un amplio margen decisorio para estimar cuándo el contenido de un recurso de amparo "justifica una decisión sobre el fondo ... en razón de su especial trascendencia constitucional". Como es obvio, la decisión liminar de admisión a trámite del recurso al apreciar el cumplimiento del citado requisito no limita las facultades del Tribunal sobre la decisión final en relación con el fondo del asunto.¹⁸²

Como puede apreciarse, una de las similitudes importantes entre el modelo invocado y el nacional consiste en la determinación del acceso a la justicia constitucional a través de la interpretación efectuada por el juez constitucional.

Los riesgos de ese cauce de acceso a la justicia se advierten en la diversidad de criterios y en la alta subjetividad del concepto basal. Sin que obste que en el caso español se trate del mismo Tribunal, pues su funcionamiento en salas permite que con en casos similares se falle en sentidos diversos con relación a la procedencia del juicio.

El caso mexicano no escapa a esta realidad, la interpretación de las reglas procesales constitucionales no se ve en todos los casos –como debiera ser según el profesor Pérez Tremps– de una manera flexible, sino como un auténtico valladar para el acceso a la justicia constitucional.

A continuación se transcribe otra porción de la sentencia constitucional en consulta, que establece supuestos “genéricos” de especial trascendencia constitucional:

Este Tribunal estima conveniente, dado el tiempo transcurrido desde la reforma del recurso de amparo, avanzar en la interpretación del requisito del art. 50.1 b) LOTC. En este sentido considera que cabe apreciar que el contenido del recurso de amparo justifica una decisión sobre el fondo en razón de su especial trascendencia constitucional en los casos que a continuación se refieren, sin que la relación que se efectúa pueda ser entendida como un elenco definitivamente cerrado de casos en los que un recurso de amparo tiene especial trascendencia constitucional, pues a tal entendimiento se opone, lógicamente, el carácter dinámico del ejercicio de nuestra

¹⁸² Sentencia 155/2009, de 25 de junio de 2009, páginas 7 y 8, para una referencia completa Vid. Infra, Anexo 1.

jurisdicción, en cuyo desempeño no puede descartarse a partir de la casuística que se presente la necesidad de perfilar o depurar conceptos, redefinir supuestos contemplados, añadir otros nuevos o excluir alguno inicialmente incluido. Tales casos serán los siguientes: a) el de un recurso que plantee un problema o una faceta de un derecho fundamental susceptible de amparo sobre el que no haya doctrina del Tribunal Constitucional, supuesto ya enunciado en la STC 70/2009, de 23 de marzo; b) o que dé ocasión al Tribunal Constitucional para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna, como acontece en el caso que ahora nos ocupa, o por el surgimiento de nuevas realidades sociales o de cambios normativos relevantes para la configuración del contenido del derecho fundamental, o de un cambio en la doctrina de los órganos de garantía encargados de la interpretación de los tratados y acuerdos internacionales a los que se refiere el art. 10.2 CE; c) o cuando la vulneración del derecho fundamental que se denuncia provenga de la ley o de otra disposición de carácter general; d) o si la vulneración del derecho fundamental traiga causa de una reiterada interpretación jurisprudencial de la ley que el Tribunal Constitucional considere lesiva del derecho fundamental y crea necesario proclamar otra interpretación conforme a la Constitución; e) o bien cuando la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho fundamental que se alega en el recurso esté siendo incumplida de modo general y reiterado por la jurisdicción ordinaria, o existan resoluciones judiciales contradictorias sobre el derecho fundamental, ya sea interpretando de manera distinta la doctrina constitucional, ya sea aplicándola en unos casos y desconociéndola en otros; f) o en el caso de que un órgano judicial incurra en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional (art. 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: LOPJ); g) o, en fin, cuando el asunto suscitado, sin estar incluido en ninguno de los supuestos anteriores, trascienda del caso concreto porque plantee una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica o tenga unas consecuencias políticas generales, consecuencias que podrían concurrir, sobre todo, aunque no exclusivamente, en determinados amparos electorales o parlamentarios.

La resolución parcialmente transcrita, en nuestro punto de vista, no zanja el problema de modo definitivo, deja vacíos que solo pueden llenarse con la revisión casuística a cargo del tribunal de la existencia del requisito en los casos concretos.

Desde luego la Ley Orgánica aplicable al caso le confiere esa facultad, sin embargo, debido a su funcionamiento, cabe la posibilidad de que dos asuntos similares, sean tratados de distinta manera por las diversas salas del Tribunal, por ello, la sentencia del Pleno, busca homogeneizar la decisión sobre admisión o desechamiento a través de pautas como la transcrita, al pregunta es: ¿Lo logra? Al menos desde el análisis de la sentencia en cita no es así.

A nuestro entender, la existencia de requisitos plenamente subjetivos, aun cuando existan precedentes que enunciativamente guíen acerca de su significado, abre la puerta a la arbitrariedad, a la contradicción y aun a la existencia de determinaciones sobre su cumplimiento, contrarias a determinaciones previas del mismo órgano constitucional.

4.4.3. Alemania

Se hace necesario denotar la primera diferencia en cuanto a la genealogía de la *Verfassungsbekwerde* cuya traducción aproximada sería queja constitucional¹⁸³ y el amparo mexicano.

Las diferencias principales consisten en el carácter subsidiario de la queja constitucional, los efectos generales en el control de normas, su conocimiento por un órgano específico.

Por otra parte, la inquietud por el modelo alemán procede de la notoria evolución constitucional y la fuente teórica y jurisprudencial, con influencia para informar el modelo europeo de protección de los derechos fundamentales.

El profesor Rainer Grote menciona que en el sistema político-constitucional establecido por la Ley Básica de la República Federal de Alemania, el Tribunal Constitucional Federal es competente para solucionar las controversias con respecto al contenido de las normas constitucionales por su interpretación definitiva y autoritativa. Dice también que los tribunales ordinarios, por su parte, ejercen el Poder Judicial en las diferentes materias del derecho ordinario.

De acuerdo con el artículo 95 de la Ley Fundamental, la jurisdicción de los tribunales en Alemania está dividida en cinco ramas, la jurisdicción ordinaria (que se extiende a los

¹⁸³ En el texto *El Tribunal Constitucional como Tribunal Ciudadano*, de la autoría del profesor alemán Peter Häberle se le designa como el recurso constitucional de amparo, y aun cuando fue aceptada y autorizada por el autor original no debe olvidarse que se trata de una traducción.

asuntos de derecho civil y de derecho penal), administrativa, financiera, laboral y social. En cada rama existe un tribunal federal superior como tribunal de revisión.¹⁸⁴

En Alemania –continúa el profesor Grote– los tribunales ordinarios descargan, en un primer rango la protección y el asentamiento de los derechos fundamentales. Los tribunales de primera y segunda instancia están sujetos a la supervisión de los tribunales de revisión de la Federación. Los tribunales ordinarios y los tribunales superiores de las diferentes ramas de jurisdicción, desempeñan una función primordial para velar por el cumplimiento de los derechos fundamentales, mediante la interpretación y aplicación de las leyes específicas.

Esta actividad –continúa el autor en consulta– no puede tener otro orden debido a la multitud de procedimientos y la sobrecarga de trabajo del Tribunal Constitucional Federal. A lo cual se añade la mayor experiencia de los jueces ordinarios en la aplicación de las leyes específicas.

El texto en cita menciona que la jurisdicción constitucional alemana cuenta con dos aspectos, uno sustancial y otro procesal, éste último, incide en los instrumentos procesales a disposición del Tribunal Constitucional para intervenir en la actividad jurisprudencial de los tribunales ordinarios.

La Ley Fundamental prevé la intervención del Tribunal Constitucional Federal en la actividad jurisdiccional de los tribunales ordinarios en dos casos. El primer caso se refiere al control concreto de las leyes.

Éste se da cuando el tribunal ordinario considera que una ley, de cuya validez depende su decisión, es inconstitucional, caso en que debe someterla al control del Tribunal Constitucional (acorde con el artículo 100.1 de la Ley Fundamental).

¹⁸⁴ Cfr. Grote, Rainer, “Las relaciones entre Jurisdicción Constitucional y Justicia Ordinaria en el Sistema Alemán: Tutela contra Sentencias” en Von Bogdandy Op. Cit., pp. 765 - 766.

El segundo caso, se trata del recurso de amparo (Verfassungsbeschwerde)¹⁸⁵ contra decisiones judiciales que han sido dictadas sobre la base de una ley constitucional. Instrumento de defensa de derechos fundamentales famoso y omnipresente surgido en la Ley Fundamental de 1951, que reguló el funcionamiento del Tribunal Constitucional.

El recurso de amparo –sostiene el profesor Grote– es de amplia aplicación, contra actos de los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, sean positivos u omisivos, con la condición de que el demandante sufra una afectación personal, actual e inmediata en sus derechos fundamentales y que la vía judicial ordinaria haya sido agotada. Requisito que no resulta aplicable, cuando al demandante se le violenta su derecho fundamental de manera directa por la aplicación de una ley.

El Tribunal Constitucional considera al recurso de amparo, como jurídico de carácter extraordinario al que puede accederse únicamente cuando otras posibilidades procesales para eliminar el acto impugnado hayan sido agotadas. Este rasgo muestra su carácter último y subsidiario.

Frente a esta obligación, el recurrente hará todo lo posible para que cualquier lesión de sus derechos fundamentales sea corregida por las vías ordinarias. No solo como una exigencia formal, sino con el contenido material reflejado en el estudio que se haya efectuado en las resoluciones respectivas.

El texto en consulta, señala además que por medio de la jurisprudencia, el Tribunal Constitucional alemán percibió el riesgo de convertirse, a través del recurso de amparo en una instancia de "superrevisión" con respecto a los tribunales ordinarios que decide de nuevo sobre la determinación y valoración de los hechos.¹⁸⁶

Sigue diciendo el doctrinario en alusión que en un caso relativo a una pretendida violación de la libertad personal durante el proceso penal, el Tribunal utilizó por primera vez

¹⁸⁵ Nótese que al autor en su propia traducción le designa como recurso de amparo. *Ibidem*, p. 767.

¹⁸⁶ Cfr. *Ibidem*, pp. 768-769.

la fórmula de "violación del derecho constitucional específico" para delimitar las tareas respectivas del Tribunal Constitucional y de los tribunales ordinarios. Con la siguiente exposición:

*La organización del procedimiento, la fijación y valoración de los hechos probados, la interpretación de las leyes y su aplicación al caso concreto son (...) en principio cuestión exclusiva de los tribunales penales y el control posterior por el Tribunal Constitucional federal está excluido, a menos que haya sido lesionado el derecho constitucional específico.*¹⁸⁷

Después de observar las características de este instrumento extranjero se pueden observar diferencias y semejanzas. La primera de ellas, es el carácter extraordinario y subsidiario de la *Verfassungbeschwerde* de donde se advierte la exigencia del agotamiento de los recursos ordinarios previos, a menos que se trate de una violación de derechos fundamentales por la aplicación de una ley.

En el mismo sentido, se presenta una especie de relatividad de las resoluciones, debido a la incursión del amparo como la revisión última de los actos u omisiones de los órganos del Estado, cuyo resultado se orienta al caso particular del demandante.

Por cuanto hace a las diferencias, se ve nuevamente la separación del órgano de conocimiento del "recurso de amparo" alemán, en este caso el Tribunal Constitucional, un órgano diverso de los poderes constituidos y, como en el caso español, externo al Poder Judicial.

Por lo demás, cabe resaltar la exigencia de una "violación al derecho constitucional específico" como un ejemplo de subjetividad, por la cual el tribunal, a través de la interpretación, puede cerrar el paso a la justiciabilidad de ciertos actos, aun cuando su jurisdicción constituya la última puerta para aquellos que se duelen de la violación de sus derechos fundamentales.

¹⁸⁷ *Ibíd.*, p. 769.

4.5. CONCLUSIÓN

Al término del capítulo hemos refrendado la situación actual de los instrumentos de tutela constitucional, desde nuestro punto de vista, guarda características alejadas del modelo de justicia constitucional definido en su conjunto.

Así, en un Estado democrático, donde las decisiones de autoridad no pueden ser arbitrarias, salta a la vista la existencia de actos frente a los cuales resulta inútil el andamiaje de las garantías constitucionales.

Por otra parte, en el modelo de Estado constitucional, la rendición de cuentas abarca no solo a los órganos administrativos, legislativos y jurisdiccionales sino también y acaso con mayor acucia, a los órganos de control de la constitucionalidad y a aquellos investidos de la potestad para modificar la Constitución.

La interpretación de las normas procesales constitucionales en muchas ocasiones ha acarreado consecuencias contrarias a la búsqueda de justicia imbibita en su confección. Nos referimos a la interpretación que se ha empleado para para descargar los expedientes, para derivarlos a la jurisdicción ordinaria, o simplemente para convalidar la actuación indebida de una instancia local o federal.

Asimismo, las figuras procesales constitucionales a que se ha hecho referencia, cuentan con rasgos que les alejan del modelo de justicia constitucional y que hacen nugatoria la posibilidad de su acceso.

En otras palabras, de poco sirve un sistema de tutela jurisdiccional de la Constitución, cuando ese sistema no puede echarse a andar debido a la decisión (en varias ocasiones ilegal) de un operador jurídico.

Claro está que la discusión acerca del modelo de justicia constitucional no ha concluido y que por lo menos en el caso mexicano sigue vigente con relación a la decisión político-jurídica de crear un Tribunal Constitucional.

En nuestra opinión, la creación de este órgano para efectuar tareas de control de la constitucionalidad tendría las siguientes ventajas:

- a) Independencia del Poder Judicial y de los otros Poderes de la Unión.
- b) Especialización profesional de los miembros del Tribunal para la función exclusivamente de control de la constitucionalidad.
- c) Acceso al cargo por sistemas distintos de los empleados para designar a los miembros del Poder Judicial, con fortalecimiento del sistema democrático, parte del andamiaje del modelo de justicia constitucional, de su independencia e imparcialidad, así como el fomento a la solidez y estabilidad en el referido cargo.
- d) Mayor sencillez para la unificación de los criterios, en menor plazo.

Asimismo, consideramos que las posibles desventajas serían:

- e) Falta de infraestructura suficiente para atender las instancias constitucionales.
- f) El plazo de consolidación de un nuevo sistema de justicia constitucional.

Una vez realizados los apuntes previos, procedemos al estudio de las causas que en opinión del autor, dificultan el acceso a la justicia constitucional en nuestro país. Las cuales guardan íntima relación con el entramado jurídico expuesto en este acápite.

CAPÍTULO QUINTO

LA FALTA DE ACCESO A LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN MÉXICO

SUMARIO: –5.1. Aproximación. –5.2. El Control Concentrado de la Constitucionalidad como Factor que Incide Negativamente en el Acceso a la Justicia Constitucional en México. –5.3. Estudio de la Capacidad Económica del Promoviente como Factor Condicionante del Acceso a la Justicia Constitucional. –5.4. Consideraciones sobre la Impartición de Justicia Constitucional en el Estado Mexicano a través del Concepto de la Centralización Operativa. –5.5. La Imposibilidad para los Particulares de Cuestionar una Norma que no ha sido Aplicada. –5.6. Conclusión.

5.1. APROXIMACIÓN

Con los temas hasta aquí desarrollados procedemos a la verificación de lo que, a nuestro entender, son las razones fácticas y jurídicas por las cuales la justicia constitucional en México es un objetivo alcanzado solo de manera parcial, denotando los pendientes y la manera cómo estimamos sería posible acercar un poco más la justicia a la parte más importante y quizá más frágil del entramado social, constituido por los sujetos –individuales o colectivos– justiciables

Con un análisis desde lo cualitativo hasta lo cuantitativo hacemos énfasis en aspectos como el control concentrado y sus consecuencias, el rezago, la centralización en los procesos de jurisdicción constitucional orgánica, la capacidad económica de los actores, la falta de capacitación y especialización de los funcionarios judiciales, así como lo relativo al número de órganos disponibles para la tramitación de instrumentos de tutela constitucional. Con esto pretendemos evidenciar la situación imperante de la justicia constitucional en México, la manera en que el aparato oficial la presenta y la forma en que lo perciben los justiciables, los defensores y aún los operadores jurídicos.

Este acápite busca mostrar la justicia constitucional como es y no como debería ser, como se vive y no como se anhela. Conducido por una serie de argumentos, el hilo de la

disertación hace notorio el modelo de justicia constitucional sobre el que descansa la realidad mexicana y las principales causas que desde nuestra óptica bloquean el paso franco de la justicia. En ocasiones, atribuyéndolo al diseño constitucional, en otras a la codificación.¹⁸⁸

Expresiones como: justicia que no es pronta no es justicia; la cárcel es para los pobres, zapatero a tus zapatos. Son expresiones populares que no hacen sino reflejar el sentir del pueblo –o al menos de una parte de sus integrantes– con relación a las vivencias cotidianas, generalmente dolorosas; estas expresiones integradas al ámbito de la justicia constitucional, cuya complicación teórico metodológica no la extrae del sentir popular, mucho menos le torna incólume a su aplicación, bien podrían dar cuenta del rezago, la falta de acceso a la justicia por motivos de ingreso económico, así como de la falta de especialización, respectivamente.

No pretendemos obtener conclusiones científicas con base en expresiones de cuño eminentemente empírico, pero sí creemos en análisis de la expresión de los destinatarios de la justicia como punto de partida para el estudio y en su caso la medición de las variables de justicia constitucional.

Si el acceso a la justicia es un derecho fundamental, entonces el Estado tiene con relación a él obligaciones ineludibles de respeto y garantía.

Pensemos en una situación violenta en una parte del territorio, en circunstancias donde los poderes fácticos en una región determinada toman el control del aparato estatal y a través del uso de la fuerza institucional avasallan cualquier intento por hacer prevalecer los derechos y garantías previstas en la Constitución. Es poco probable que un órgano constituido haga desaparecer la situación irregular, debido a la falta de independencia que la situación especial genera.

Imaginemos que la política tributaria de una Entidad Federativa es de corte retributivo, o bien recaudatorio sin más, y debido a los montos impuestos a los sujetos obligados, éstos, en

¹⁸⁸ No pasa desapercibida la existencia de otros aspectos de índole más bien subjetiva condicionantes de la obstaculización para la realización de la justicia constitucional, mas, tales aspectos, se encuentran allende las fronteras del objeto de estudio del presente libelo.

vez de combatir la actuación indebida del legislador y de la hacienda estatal, aceptan el pago como la única opción, pues consideran que sostener un litigio en contra del Estado, es las más veces tortuoso y oneroso.

Circunstancias como las descritas colocan a la justicia constitucional en el cenit de las especies de justicia. La vuelven la última –y en ocasiones la única– posibilidad, para el titular de derechos o de atribuciones, de alzarse indemne contra los actos arbitrarios.

Pero la esperanza y la confianza de las personas en el Estado y sus instituciones se diluye cuando enfrentan diversos obstáculos antes de alcanzar la justicia constitucional, cuando para tocar esa última puerta hay que dispendiar una parte considerable del patrimonio –personal o institucional–, penetrar en los enigmas de normas procesales barrocas o simplemente tropezar con la existencia de actos del Estado blindados contra cualquier escrutinio.

5.2. EL CONTROL CONCENTRADO DE LA CONSTITUCIONALIDAD COMO FACTOR QUE INCIDE NEGATIVAMENTE EN EL ACCESO A LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN MÉXICO

Dentro de los sistemas de control, el nuestro se caracteriza por requerir el ejercicio de una acción constitucional específica, ante un órgano jurisdiccional, el cual pronunciará una resolución definitiva donde se dilucide el problema de constitucionalidad; es decir, existe un control concentrado en órganos específicos, en nuestro caso, federales. Por el contrario, en los sistemas de control difuso, no existen órganos específicos de control de la constitucionalidad, ya que dicha función la ejercen los tribunales de fuero común,¹⁸⁹ dejando de aplicar la norma tildada de inconstitucional en el caso particular.

Como se ha reseñado en puntos anteriores, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, durante mucho tiempo sostuvo el criterio de que en nuestro país se encontraba prohibido el control difuso de las leyes, así lo estableció en los criterios jurisprudenciales (P./J. 73/99 y

¹⁸⁹ Algunos autores sostienen en vía de excepción aunque los procesalistas expresan su desacuerdo.

74/99) aprobados por el Pleno el 13 de julio de 1999, en donde determinó que el numeral 133 del Pacto Federal no permitía un control difuso de la constitucionalidad, y que por lo tanto el control estaba concentrado en el Poder Judicial de la Federación, y en consecuencia, era su facultad exclusiva.

En esa época –y en la actual a considerar por el número de órganos– se justifica la aplicación real y plena de un control difuso de la constitucionalidad. Empero, aún con la autorización de los numerales 1º y 133 de la Constitución Federal, y el reconocimiento de su procedencia por parte de la propia Corte mexicana (dentro del expediente varios 912/2010) el ejercicio de esta facultad en los tribunales de fuero común y aun en los tribunales federales cuando ejercen la función jurisdiccional propiamente dicha, no ha permeado en la medida deseable.

Los numerales en estudio disponen:

Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que

atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

Artículo 133.- Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.

Los preceptos transcritos dan cuenta de la previsión constitucional para instaurar un sistema de control difuso de la constitucionalidad. Ahora bien, aun con el reconocimiento de la procedencia de este tipo de control en el ordenamiento mexicano, por parte del Poder Judicial de la Federación, su funcionamiento no es permanente y generalizado pues para cuestionar una norma general con alguna posibilidad de atención, aun es necesario acudir a los órganos del Poder Judicial, en vía de un control concentrado.

Veamos cuál es el origen y cuáles los criterios básicos para la transición hacia el control difuso:

- a) En primer término tenemos la sentencia de 29 de noviembre de 2009 pronunciada por la Corte IDH (Caso Rosendo Radilla Pacheco vs Estados Unidos Mexicanos) en cuyo párrafo 339 define la obligación de los Estados miembros de la CADH, por conducto de la totalidad de sus jueces –sin importar el fuero ni la organización estatal (federal o unitaria) – para aplicar un control de convencionalidad.
- b) El expediente varios 912/2010 del índice de la SCJN, en cuyos considerandos Sexto y Séptimo se establece la necesidad de contar con un control de constitucionalidad en la sede de todos los juzgadores del Estado mexicano, así como las pautas para su ejercicio.

A esta mezcla debe agregarse el texto del numeral 1º constitucional ya transcrito, en donde se aprecia que las normas constitucionales y las supranacionales en materia de derechos

humanos tienen el mismo rango. Luego entonces, el ejercicio de los juzgadores de cualquier fuero en su deber de preservar las disposiciones que sobre los derechos fundamentales lleguen a su conocimiento, tienen un significado de control de constitucionalidad de carácter difuso, aun los tribunales federales en su función jurisdiccional pueden encarar el control difuso incluso de manera oficiosa cuando adviertan disconformidad entre la norma general aplicada y los derechos humanos previstos en el texto de la CPEUM.

Ahora bien, de qué manera se transita entre la obligación internacional, la obligación prevista en el texto constitucional y la jurisprudencia informadora del procedimiento para declarar la inconstitucionalidad de una norma a través de un control difuso.

Intentamos dilucidarlo por medio de la revisión de la jurisprudencia que al efecto se ha emitido –o sea, mediante la interpretación judicial–:

Obsérvese como la SCJN ha ido afinando el criterio sobre el control difuso de la constitucionalidad (y de paso el de convencionalidad) hasta emitir un criterio en el que considera violentadas las defensas del quejoso por no haberse resuelto el problema de constitucionalidad planteado en la sede del juzgador natural.

Creemos que éste es un buen paso hacia la justicia constitucional pues constriñe a los juzgadores hacia la exhaustividad y al cumplimiento de las obligaciones constitucionales. Empero, en cuántas ocasiones las partes en un litigio no cuentan con un abogado que dedique el tiempo necesario a su representación. En cuántas otras el representante carece de la formación constitucional mínima.

Pues bien, es en éstos casos donde la revisión del juez del conocimiento, *ex officio*, puede marcar la diferencia, pero cómo se hace para que los juzgadores de todo el país apliquen *per se* está facultad, cómo lograr que un procedimiento no se dé por concluido cuando un juzgador aun observando la inconstitucionalidad de la norma aplicada se niega a ejercer el control, a causa de que no hubo solicitud expresa.

Son tareas pendientes con múltiples aristas, con enormes retos que van desde la capacitación judicial hasta la formación en derechos humanos, desde el aseguramiento de la responsabilidad hasta las facilidades técnicas e informáticas para tener al alcance los recursos indispensables para el desempeño de la labor jurisdiccional.

Y es que el cambio cultural hacia los derechos humanos, la modificación en el rostro de la justicia constitucional, no cambian de la noche a la mañana, la resistencia del aparato judicial conformado por lustros de criterios y certeza jurisprudencial dará paso a las noveles concepciones, pero solo de manera paulatina.

Es ésta una razón por la cual sostenemos que la Reforma Constitucional y sus criterios de interpretación, son solo el primer paso en la evidencia de la voluntad por llevar a nuestro país a la era de los derechos, al imperio de la constitucionalidad, a la concepción del Estado como un ente creado para erigirse en el protector supremo de las potestades individuales y colectivas.

No vemos posible un cambio auténtico sin que exista una –también auténtica– rendición de cuentas. El devenir constitucional no debe detenerse, la evolución de los derechos y las instituciones es indispensable. Pero hay que mostrarle a quienes se encuentran a cargo de las decisiones fundamentales que ni el tiempo ni el fuero son escudos suficientes para quienes no actúan con probidad. Y que tarde o temprano, el brazo de la justicia alcanzará a quienes tomen decisiones distantes de la justicia. Por supuesto, como hemos mencionado en puntos anteriores, no para echar abajo verdades jurídicas para las partes en un procedimiento, sino para exigir a ese funcionario deshonesto el resarcimiento adecuado al daño que causó.

5.3. ESTUDIO DE LA CAPACIDAD ECONÓMICA DEL PROMOVENTE COMO FACTOR CONDICIONANTE DEL ACCESO A LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Otro de los obstáculos que se interpone entre el acceso a la justicia constitucional y el grueso de la población, lo constituye la política del Estado recaudador y las salvedades al control de

la constitucionalidad en el ámbito tributario, aunado al ingreso personal de los integrantes de la sociedad.

Ciertamente, el acceso a la justicia constitucional de los particulares se busca preponderantemente a través de la jurisdicción constitucional de la libertad, representada por la insigne institución del amparo, por ser el único medio de tutela de naturaleza reparadora al alcance de los individuos o colectividades con rasgos particulares, es decir en una situación subordinada al poder estatal, independientemente de su carácter de persona física o moral.

Pero el acceso al amparo ha sido obstaculizado desde las causas de improcedencia y posteriormente por medio de las resoluciones pronunciadas por los tribunales, en las cuales se exigen cada vez mayores requisitos de procedencia aun cuando éstos no se encuentren plasmados en la Constitución o en su Ley reglamentaria.

El Producto interno bruto *per capita* en México en el año 2013 fue de 10,307 Dólares Americanos.¹⁹⁰ El Promedio diario del salario base de cotización al Instituto Mexicano del Seguro Social en México para el mes de agosto de 2014 fue de \$284.80 (Doscientos cuarenta y ocho pesos 80/100 M. N.).¹⁹¹

En ese tenor, tratándose de actos de naturaleza fiscal, la única vía para la defensa de los particulares, lo constituye el juicio de amparo, por el cual se puede controvertir la ley que da origen al impuesto y sus actos de aplicación concreta; empero, a manera de ejemplo, si la suerte principal de los actos fiscales, es inferior a la cantidad de \$10,000.00 pesos mexicanos como ocurre en la gran mayoría de los casos, los individuos (personas físicas o morales) deben optar entre pagar el tributo o contratar a un especialista para el trámite del amparo fiscal, el cual, dicho sea de paso, es de muy estricto derecho; ante lo cual basta con realizar una encuesta entre especialistas en la materia, para conocer el monto al que ascienden sus honorarios por un defensa especializada, la cual por supuesto excede la cantidad precitada (un

¹⁹⁰ Datos del Banco Mundial verificables en <http://datos.bancomundial.org/indicador/NY.GDP.PCAP.CD>. Fecha y hora de la consulta: 24/09/14, 02:26.

¹⁹¹ Fuente: Remuneraciones, Base de datos del Instituto Nacional de Estadística y Geografía, verificable en <http://www.inegi.org.mx/sistemas/bie/cuadrosestadisticos/GeneraCuadro.aspx?s=est&nc=583&c=29478>. Fecha y hora de la consulta: 24/09/14, 02:43.

especialista en amparo percibe al menos \$100,000.00 pesos por una defensa de ese tipo, con independencia del monto de la contribución).¹⁹²

Si consideramos que en promedio los mexicanos subsisten en sus necesidades básicas con menos de \$9,000.00 pesos mensuales, es evidente que una persona tendría que destinar casi la totalidad de su ingreso anual a una defensa constitucional especializada, situación conocida por el Estado previo a la emisión de actos fiscales injustos.

Así, el ingreso económico se erige como una de las causas obstaculizantes del acceso a la justicia constitucional de los individuos, para demostrar lo anterior, basta el análisis de la denominada Fórmula de Otero, por la cual, las resoluciones pronunciadas en materia de amparo, sólo aprovechan a aquellos individuos que hayan promovido la instancia constitucional, sin hacer una declaración general de inconstitucionalidad, pero además aun cuando a partir de 2011 cabe la posibilidad (con una serie de candados que hasta ahora no han permitido que se dé un solo caso) de realizar esa declaratoria, por disposición del propio numeral 107 de la CPEUM, ese tipo de declaratoria no opera en materia tributaria; lo cual refuerza el caso de aquellos que no tienen acceso al amparo por razones económicas, pues bien puede darse el supuesto de que una norma general abiertamente inconstitucional siga aplicándose a 10,000 sujetos obligados y deje de aplicarse sólo a uno, por haber sido este último el único que obtuvo el amparo federal.

El numeral 107 en comentario indica:

Artículo 107. Las controversias de que habla el artículo 103 de esta Constitución, con excepción de aquellas en materia electoral, se sujetarán a los procedimientos que determine la ley reglamentaria, de acuerdo con las bases siguientes:

...

¹⁹² Cabe mencionar que no existe siquiera un tabulador o un arancel que señale los montos a cobrar en su caso, por una demanda, el ofrecimiento de pruebas o la atención de una audiencia, como si existe en otros procedimientos de naturaleza contenciosa entre particulares, lo que implica que cada profesional del derecho establece de manera libre su el monto de sus honorarios.

II. Las sentencias que se pronuncien en los juicios de amparo sólo se ocuparán de los quejosos que lo hubieren solicitado, limitándose a ampararlos y protegerlos, si procediere, en el caso especial sobre el que verse la demanda.

Cuando en los juicios de amparo indirecto en revisión se resuelva la inconstitucionalidad de una norma general por segunda ocasión consecutiva, la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo informará a la autoridad emisora correspondiente.

Cuando los órganos del Poder Judicial de la Federación establezcan jurisprudencia por reiteración en la cual se determine la inconstitucionalidad de una norma general, la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo notificará a la autoridad emisora. Transcurrido el plazo de 90 días naturales sin que se supere el problema de inconstitucionalidad, la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitirá, siempre que fuere aprobada por una mayoría de cuando menos ocho votos, la declaratoria general de inconstitucionalidad, en la cual se fijarán sus alcances y condiciones en los términos de la ley reglamentaria.

Lo dispuesto en los dos párrafos anteriores no será aplicable a normas generales en materia tributaria.

De donde se sigue que la política de Estado recaudador ha limitado el acceso a la justicia privilegiando el interés económico, realidades preocupantes en el sistema de justicia constitucional mexicano.

¿Cuál es la razón para extraer de la posibilidad de una declaratoria general a las normas tributarias? ¿La Suprema Corte de Justicia no debe tener plenas facultades en ese ámbito? La exposición de motivos de la RMA no lo aclara.

En ninguna parte se dan a conocer las razones por las cuales se estimó oportuno limitar las facultades de la SCJN en esa materia.

No obstante, las razones reales se infieren de las consecuencias jurídicas de una declaratoria general, así como de la redacción de un proyecto previo de reforma al numeral 107 de la CPEUM.

Ciertamente, la declaratoria tiene como característica la privación de efectos jurídicos de la porción normativa materia de su pronunciamiento, con efectos *erga omnes*, en

consecuencia cuando se efectúa no es necesario impugnar ni tramitar un nuevo amparo, sino un procedimiento sumario ante el juez federal.

Esta proscripción refleja la política estatal de considerar que un acto (legislativo) inconstitucional, por el solo hecho de representar una devolución económica en favor de los particulares, no es aceptable, a nuestra consideración, es una postura legitimadora de la inconstitucionalidad de las normas generales tributarias.

5.4. CONSIDERACIONES SOBRE LA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN EL ESTADO MEXICANO A TRAVÉS DEL CONCEPTO DE LA CENTRALIZACIÓN OPERATIVA

Dentro de la jurisdicción constitucional orgánica trasciende la resolución de conflictos de competencia entre órganos estatales, la vía para su resolución es la controversia constitucional, sólo que ésta adolece de una serie de inconvenientes entre los que descuella el centralismo en su resolución, característica compartida con la promoción de las acciones abstractas de inconstitucionalidad (impugnación de una norma general en todo o en parte, por su disconformidad con la Ley Suprema aun antes de su primer acto de aplicación).

Una de las hipótesis previstas por el numeral 105 fracción I, inciso i) de la CPEUM, es que uno de los Estados de la República y uno de sus municipios entren en una controversia, v. gr: si el Estado mexicano de Baja California y uno de sus municipios, Tijuana, tuvieran un conflicto de aplicación de facultades constitucionales, la demanda que alguno de ellos instaure, por la posible invasión de su esfera, deberá presentarse en el centro de la Ciudad de México, en la Unidad de Controversias Constitucionales y Acciones de Inconstitucionalidad de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, es decir, a 2295 kilómetros (por tierra) del lugar de conflicto, y al ser de estricto derecho, cada una de las partes en la controversia constitucional deberá litigar en esa sede el asunto hasta su conclusión, la cual en promedio llegará al cabo de un año.

De la misma manera, si el estado mexicano de Quintana Roo tuviera un conflicto de aplicación de normas constitucionales con uno de sus municipios Cancún, o bien un porcentaje de la legislatura estatal (de cuando menos el 33%) cuestionara la constitucionalidad de una norma general, implicaría un litigio en México, Distrito Federal, o sea, a 1299 kilómetros (por tierra) del lugar de conflicto.

Esa carga para los órganos del Estado implica el envío, la designación o el desvío en la actividad de algún funcionario para que funja como delegado en el asunto, y la asunción de los gastos de la defensa, los cuales en múltiples ocasiones son onerosos, con mayor razón, si el conflicto surge justamente por aplicación de recursos económicos de carácter público. La jurisdicción constitucional orgánica no escapa al problema del ingreso económico como factor que incide negativamente en el acceso a la justicia constitucional, pues la mayoría de los municipios tienen un presupuesto limitado, el cual les dificulta sostener un litigio costoso, en una sede lejana, aunado a que muchos directores jurídicos adscritos a los órganos estatales litigantes, no cuentan con la especialización necesaria para patrocinar con éxito una controversia de la referida naturaleza.

Aún más trascendente es el hecho de que, desde nuestro punto de vista, siempre, incluso en controversias sobre atribuciones de órganos del Estado, el retraso o la incorrección de dicha aplicación recae sobre los gobernados.

En este mismo contexto, las defensas públicas (por su número) resultan insuficientes. Así puede inferirse del informe 2014, que se ha venido citando, el cual señala que 809 defensores públicos promovieron 8,842 juicios de amparo indirecto en materia penal, de los 152,573 promovidos en el año.¹⁹³

¹⁹³ Informe PJJ, p. 27 (Vid. Supra, p. 9, nota 8).

5.5. LA IMPOSIBILIDAD PARA LOS PARTICULARES DE CUESTIONAR UNA NORMA QUE NO HA SIDO APLICADA

Los procesos y procedimientos jurídicos ya no responden a la expectativa de los gobernados, por el contrario, los medios de defensa se han tornado en auténticos medios de justificación de la actuación ilegal de las autoridades cuyos actos se impugnan.

La acción de inconstitucionalidad se ha concebido como un instrumento elitista al alcance de unos cuantos (minorías legislativas, órganos del estado y ciertos entes públicos o privados pero considerados de interés público) excluidos por supuesto los individuos en particular, lo cual ha acarreado como consecuencia que ciertas normas generales y sus actos derivados sean aplicados sin posibilidad de defensa.

Pero más preocupa el hecho de que el Estado ha pretendido encontrar en la reforma constitucional, la vía para trastocar de manera incólume los derechos fundamentales previstos en la propia Constitución, incluso de manera retroactiva. Esto es así porque en ocasiones el cambio constitucional aprobado contraría otros dispositivos constitucionales, con profundas raíces en el sistema jurídico, los cuales deberían evolucionar precisamente hacia su ampliación y no a su restricción, acorde con lo estipulado en el numeral 1º de la Constitución Federal.

Pues bien, la preocupación manifestada en este punto surge de la presencia de actos estatales que no pueden ser impugnados, no porque guarden una situación (jurídica) de privilegio frente al procedimiento de control instaurado (como los actos del revisor de la Constitución o los actos de la Suprema Corte) sino porque materialmente no hay posibilidad de enderezar en su contra la acción constitucional, aunque en la parte normativa esos actos no sean expresamente excluidos del control.

5.6. CONCLUSIÓN

El funcionamiento de los instrumentos de tutela constitucional se halla supeditado a factores más allá de la regulación procesal para su ejercicio.

No puede negarse que hay avance, empero éste no es suficiente para los estándares de justicia en un Estado constitucional de derecho.

Si tomamos como base la tesis de que todo acto de autoridad es revisable encontramos la existencia de actos provenientes de algunos órganos del Estado que no admiten revisión sea porque la legislación procesal los excluye de la posibilidad de ser impugnados (inimpugnabilidad formal), o bien porque el diseño de la legislación procesal, y las características de su ejecución impiden su enjuiciamiento (inimpugnabilidad material).

En el primer caso, creemos que existen algunos actos procedentes de los últimos órganos de revisión, si aceptáramos la tesis de que debe existir un límite en la revisión y que la resolución del último órgano revisor debe estar exenta de escrutinio porque la verificación de los actos públicos debe tener un cierre, contestaríamos que es aceptable siempre y cuando ese órgano terminal se encuentre sujeto al escrutinio público de la legalidad o constitucionalidad de su resolución, sino a la verificación en cualquier tiempo de la justicia y probidad con que actuó ante esa enorme responsabilidad.

Es decir, no habría lugar a dejar sin efectos la sentencia del órgano terminal, y en su caso reponer el juicio a anular la sentencia, sino exigir responsabilidad pública a los integrantes del órgano resolutor con relación a lo resuelto.

Otro aspecto a considerar consiste en la apertura a la interpretación de parte de los órganos de control de la constitucionalidad, pues de acuerdo con el punto de vista expresado en este trabajo, no es lo mismo interpretar una norma constitucional, de naturaleza abierta, que una norma procesal constitucionalmente, de naturaleza cerrada, al menos en lo que a la admisión a trámite del instrumento se refiere.

CAPÍTULO SEXTO

ALTERNATIVAS DE SOLUCIÓN

SUMARIO: 6.1. Aproximación. –6.2. Adecuación de la Ley de Amparo 2013. –6.2.1. Amparo vs Actos de Particulares. –6.2.2. Interés Legítimo. –6.2.3. Declaratoria General. –6.3. Control Difuso de la Constitucionalidad. –6.4. Adecuación de los Principios y la Regulación Procesal del Amparo. –6.4.1. Improcedencia –6.4.2. Definitividad e Irreparabilidad. –6.5. Impugnación de la Reforma Constitucional. –6.5.1. Acción de Inconstitucionalidad Promovida por Particulares. –6.5.2. Los Límites Formales a la Reformabilidad de la Constitución. –6.5.3. La Rendición de Cuentas de los Órganos de Control de la Constitucionalidad. –6.5.4. La Rendición de Cuentas del Revisor de la Constitución.

6.1. APROXIMACIÓN

Con la investigación en su fase final, una vez desarrollados sus acápites, a nuestra consideración se ha comprobado la hipótesis planteada.

Creemos haber demostrado la relación entre la conformación de las normas procesales constitucionales y su interpretación con el acceso a la justicia constitucional –o su denegación–.

Consideramos también que han quedado expuestos algunos obstáculos normativos para el acceso a la justicia constitucional, al igual que algunas situaciones con fuente en la apertura normativa, por lo cual el objetivo de este último capítulo se circunscribe al planteamiento de algunas alternativas de solución al problema abordado.

Es necesario precisar que algunas alternativas de solución requieren cambios legislativos, pero éstas no son la única vía para el mejoramiento del acceso a la justicia constitucional. Lo que esta disertación pretende es plantear algunas posibles –o si se quiere aparentemente viables– soluciones sin estimar su agotamiento, pues la discusión sobre las

modificaciones constitucionales y legales, así como sus consecuencias serán parte de los temas que pretende proyectar.

Estas alternativas se concentran en las figuras procesales que han orientado el desarrollo del trabajo desde el inicio, van desde el amparo colectivo y el promovido contra actos de particulares hasta la noción de interés legítimo y las dificultades para la emisión de una declaratoria general de inconstitucionalidad. Se retoma el control difuso como herramienta de acceso a la justicia constitucional, así como la adecuación de los principios y la regulación procesal del amparo, como aspiración del respeto al derecho fundamental de acceso a la justicia, en donde adquieren especial importancia algunas causas de improcedencia relacionadas con la definitividad y las que hemos denominado como hipótesis de inimpugnabilidad formal y material, al tiempo que se analiza la posibilidad de que una reforma constitucional pueda ser impugnada mediante una acción de inconstitucionalidad (por parte de un particular) y que este mismo instrumento pueda enderezarse contra normas generales, respecto de las cuales el primer acto concreto de aplicación (debido a su naturaleza) las torne materialmente inimpugnables.

Los criterios utilizados para la elaboración de las alternativas de solución son los siguientes:

- a) La eliminación de barreras formales entre el solicitante y el tribunal.
- b) La legitimación de los particulares –individuales o colectivos– para impugnar normas generales aun antes de su primer acto de aplicación en aquellos casos en que éste tenga ejecución irreparable (actos materialmente inimpugnables).
- c) La posibilidad de impugnar normas generales con motivo del segundo o ulterior acto de aplicación.
- d) El fortalecimiento y exigibilidad de la aplicación de control difuso de constitucionalidad y convencionalidad.
- e) La posibilidad de descentralizar la jurisdicción constitucional orgánica.
- f) La especialización de los tribunales de control concentrado de constitucionalidad.

- g) Disminución a la mínima expresión de los actos formalmente inimpugnables.
- h) La rendición de cuentas de los integrantes de los tribunales de control concentrado de la constitucionalidad, en su funcionamiento como órganos terminales.
- i) Los límites a la reformabilidad constitucional como factor de acceso a la justicia.
- j) La rendición de cuentas de los integrantes del Poder Revisor de la Constitución, como Poder Constituido.

6.2. ADECUACION DE LA LEY DE AMPARO 2013

La Ley de Amparo vigente es un intento por perfeccionar una codificación procesal constitucional, quizá la más importante en el país, por ser la única vía de acceso a la defensa de los derechos de corte individual.

Este intento, desde nuestra óptica, requiere de entrada una serie de modificaciones en su estructura, así como en el alcance interpretativo de los operadores judiciales. No es la primera vez que la intención del legislador (e incluso la del Revisor de la Constitución) se ve alterada debido a la apertura de las normas procesales constitucionales, en cuanto a su interpretación, la cual en muchas ocasiones, sirve para propósitos distintos del acceso a la justicia constitucional.

Por ese motivo, la postura del autor se concentra en las figuras de la Ley vigente que deberán revisarse, tanto en su regulación como en su funcionamiento, con un criterios de justicia constitucional

6.2.1. Amparo vs Actos de Particulares

Por cuanto hace al amparo promovido por particulares, conviene destacar que de acuerdo con la regulación prevista en el numeral 5 de la Ley de Amparo vigente, no tiene una procedencia absoluta, en otros términos, no todos los actos de particulares que vulneren derechos fundamentales son enjuiciables en la vía constitucional.

Esta conclusión puede extraerse del contenido del numeral 5 de la LA 2013 cuya fracción III estipula:

Artículo 5o. Son partes en el juicio de amparo:

II. La autoridad responsable, teniendo tal carácter, con independencia de su naturaleza formal, la que dicta, ordena, ejecuta o trata de ejecutar el acto que crea, modifica o extingue situaciones jurídicas en forma unilateral y obligatoria; u omite el acto que de realizarse crearía, modificaría o extinguiría dichas situaciones jurídicas.

Para los efectos de esta Ley, los particulares tendrán la calidad de autoridad responsable cuando realicen actos equivalentes a los de autoridad, que afecten derechos en los términos de esta fracción, y cuyas funciones estén determinadas por una norma general.

Conviene hacer notar que la voluntad legislativa se observa en el sentido de facilitar el cumplimiento de las resoluciones de amparo, cuando en la ejecución de los actos reclamados participe una persona que no revista características de autoridad.

Pensar lo contrario, equivaldría a considerar que, traducido un delito o el incumplimiento de un contrato, al ámbito constitucional, sería optativo para el quejoso acudir a los tribunales ordinarios o presentar una demanda de amparo, lo cual nos parece no fue la voluntad del legislador.

Es importante vigilar el cumplimiento de esta reglamentación a efecto de informar, con claridad, a los operadores y a los destinatarios sobre los alcances de la Ley y la jurisprudencia en este rubro.

6.2.2. Interés Legítimo

Partamos de una pregunta. ¿Anteriormente (con la vigencia de la LA 1936) era posible acudir al amparo aduciendo un interés legítimo? La respuesta no podría ser una afirmación o una negación rotundas.

Considérese primero que la Ley de Amparo vigente hasta el 2 de abril de 2013 exigía la acreditación del interés jurídico, como requisito indispensable para que el juez de amparo entrara al estudio del fondo del asunto.

No obstante, recordemos también que en algunos casos, ante la inexigibilidad del agotamiento de medios ordinarios de defensa, se intentaba la vía constitucional en contra de los actos inmediatamente impugnables ante tribunales de lo contencioso administrativo, como en el caso del Distrito Federal.

Luego, si el interés legítimo es una condición para que pueda analizarse la litis constitucional, y su desarrollo se ha visto preponderantemente en la materia administrativa, donde quedan los juicios administrativos cuya acción se funda en un interés legítimo frente a la inexigibilidad de agotamiento del juicio de nulidad, V. gr: debido a que la ley del tribunal exigía mayores requisitos que la Ley de Amparo (vigente en esa época) para conceder la suspensión.

Nuestro punto de vista es que el interés legítimo como base de una acción constitucional, ya había sido creado mediante la jurisprudencia, pero no tenía uso ni aceptación generalizada.

Es decir, mientras el interés jurídico es demostrable a través de un escrito donde se consigne el acto con el nombre del destinatario o acreditando que el acto se ejecutó en sus bienes, el interés legítimo ronda los límites de la dispersión y se asienta principalmente en una construcción judicial.

Reconocemos la inclusión del interés legítimo como una puerta a la justicia constitucional, pero sugerimos, que una vez que se cuente con la interpretación suficiente, sería y sustentada, se incorpore a la legislación, a efecto de evitar el tratamiento diferenciado de los casos, dada la organización actual del Poder Judicial de la Federación.

6.2.3. Declaratoria General

Conviene abordar en este punto el tema de si el amparo ha dejado de ser relativo. En nuestra opinión, no ha sido así. Inicialmente debido a que su diseño se orienta a ocuparse de quien lo promovió, lo cual es visible en la fracción I del numeral 107 de la CPEUM cuando señala que el amparo debe instarse esa obligación de pedir el amparo lleva imbríbido su carácter individual.

Por otro lado, el párrafo primero de la fracción II del numeral en estudio establece que las sentencias que se pronuncien en los juicios de amparo sólo se ocuparán de los quejosos que lo hubieren solicitado, limitándose a ampararlos y protegerlos, si procediere, en el caso especial sobre el que verse la demanda, y en los párrafo subsecuentes estatuye la posibilidad de una declaratoria general de inconstitucionalidad cuando el amparo se haya promovido contra normas generales y siempre que concurran una serie de hipótesis.

A nuestro parecer, el amparo sigue teniendo como regla de su diseño la relatividad de las sentencias, la complicación para que se surtan las hipótesis de procedencia de una declaratoria general, han dado como resultado que al día de hoy no exista una declaratoria no obstante que se hayan tramitado varios expedientes sobre el particular.

Nos pronunciamos por la revisión de los supuestos (candados) para su tramitación y resolución, pues como se encuentra en la actualidad, se permite que aquellas personas que no tramitaron un juicio de amparo, sigan siendo afectadas por una norma general ya declarada inconstitucional en un amparo diverso.

6.3. CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD

El control difuso es una solución que atiende una problemática común a la justicia mexicana – aunque tiene matices regionales y aun internacionales– en todos sus niveles. Por ejemplo, en la

Ciudad de México, un juez de distrito en materia administrativa atendió en 2014 un promedio de 2450 juicios de amparo.¹⁹⁴

Creemos oportuno tocar este punto aquí además del control difuso de convencionalidad reseñado en el punto 3.5. del Capítulo Tercero, debido a que tiene una diferencia conceptual y por otro lado, conviene revisar su impacto en los operadores jurídicos y en la sociedad.

La posibilidad de que las personas encuentren en la justicia ordinaria la respuesta a su solicitud de respeto a los derechos constitucionales, no solo representa el cumplimiento de una obligación estatal ineludible, sino impartir la justicia con la prontitud exigida por la Ley Fundamental.

En la realidad, el impacto del control difuso ha sido mínimo, los operadores jurídicos ordinarios no tiene la tradición de efectuar una revisión de los actos sometidos a su decisión, más allá de la legalidad.

Por otro lado, la interpretación de los Derechos Humanos, aunada a la interpretación constitucional, no representan tareas sencillas, tiene un alto índice de complejidad y quizá igual o más, de responsabilidad.

El punto de vista de quien esto escribe, es en sentido de que no se ha dado la suficiente difusión, la suficiente capacitación ni el respaldo institucional necesario para que los juzgadores ordinarios realicen esta labor indispensable.

Con lo cual el exhorto continúa para que la RDH y las resoluciones de la SCJN que establecen esta obligación, sean acatadas en sus términos, con el consecuente abatimiento del rezago en las instancias de control concentrado y el acercamiento de la justicia constitucional a las personas desde las magistraturas más próximas.

¹⁹⁴ No se soslaya que la vía del amparo indirecto se intenta mayormente contra actos no jurisdiccionales y que la carga de la justicia constitucional en el ámbito administrativo en actos derivados de la actuación de un tribunal se concentra en los tribunales colegiados, debido a que la aplicación de controles difusos se hace –hasta ahora– en sede jurisdiccional, sin embargo esos controles también son susceptibles de aplicarse en actos dentro de juicio (con ejecución no reparable en la sentencia definitiva) en actos fuera de juicio o después de concluido éste.

6.4. ADECUACIÓN DE LOS PRINCIPIOS Y LA REGULACIÓN PROCESAL DEL AMPARO

Si queremos que el juicio de amparo siga siendo la institución jurídica más importante del país, tenemos la obligación de cuidarlo, mejorarlo, defenderlo y proveer desde cualquier ámbito a su continuo mejoramiento.

Así el legislador, el juez, el abogado postulante, el representante social, el investigador y todos los interesados compartimos en el deber de preservar el instrumento insigne del Derecho mexicano.

Por estas razones nos hemos permitido –por supuesto sin agotar– someter a discusión algunas alternativas para informar a nuestro amparo de cara a los enormes retos que tiene en el futuro.

6.4.1. Improcedencia

¿Una norma general inconstitucional se convierte en constitucional por el hecho de que el interesado no la recurrió en el primer momento en que le fue aplicada? La respuesta inicial es no.

Si aceptamos que la seguridad jurídica implica la existencia de un plazo para impugnar, de lo contrario los actos autoritarios no alcanzarían certeza en su ejecutividad y en consecuencia en el surtimiento de sus efectos,¹⁹⁵ entonces esa certeza se alcanza cuando se niega la posibilidad de cuestionar la norma aplicada –por la vía del amparo– en relación con el acto de aplicación o con la afectación desde el inicio de su vigencia.

Pero si en una ocasión posterior (segunda o subsecuentes) la norma inconstitucional se aplica al mismo sujeto –por un nuevo acto de aplicación, no se aprecia razón suficiente para tenerla por consentida– lo cual se refuerza si se tiene en consideración el desconocimiento de

¹⁹⁵ Situación que también es discutible ya que implica que una norma incorrecta alcance la constitucionalidad de que carece, en relación con el afectado que “consintió” su aplicación (con acto posterior o sin él).

las mayorías (aun en el ámbito jurídico) de los principios de amparo y la dificultad de su promoción y patrocinio.

En los términos apuntados, creemos que la causa de improcedencia relativa a la improcedencia del amparo contra normas generales con motivo del segundo o ulterior acto de aplicación, debe ser eliminada.

6.4.2. Definitividad e Irreparabilidad

Entre la imposibilidad de cuestionar una norma que no ha sido aplicada y la aplicación irreparable, hay una línea poco diáfana.

La ejecución actos privativos de libertad, revisiones corporales o de bienes, extracción de información íntima, extracción de muestras o fluidos corporales, son actos previstos en normas generales (de diversa jerarquía) que no admiten el escrutinio del amparo sino al momento de su primer acto de aplicación. Acto que en ocasiones se consuma de modo irreparable.

En efecto, en las causas de improcedencia del juicio constitucional encontramos actos *formalmente inimpugnables* (como los de la SCJN o las reformas o adiciones a la CPEUM) debido a que está claramente establecida la prohibición al juzgador de amparo de entrar a su estudio de fondo; así como actos *materialmente inimpugnables* (como los señalados en el párrafo anterior) los cuales, aun cuando no existe prohibición para su impugnación y análisis, debido a su naturaleza, no existe un momento en que puedan ser combatidos, pues por un lado, su naturaleza heteroaplicativa impide su escrutinio constitucional sin la presencia de un caso concreto; y por otro, su carácter instantáneo e irreparable les blindan contra el juicio constitucional, ante la causal que establece la improcedencia del amparo contra actos consumados de un modo irreparable.

Desde esta disertación nos inclinamos por la modificación de la causa de improcedencia prevista en la fracción XII del artículo 61 de la Ley de Amparo vigente, a efecto de que, en determinadas hipótesis: V. gr: *cuando de llegar a ejecutarse el acto el*

perjuicio para el quejoso fuera de naturaleza irreparable se permita la interposición del juicio de amparo para revisar la norma general en abstracto.

6.5. IMPUGNACIÓN DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

Es indispensable enviar el mensaje de que la Constitución no puede ser alterada en sus basamentos, aun en contra de los derechos fundamentales, sin que se pida al artífice, al menos que rinda cuentas de su actuación.

En el contexto histórico, el amparo ha sido admitido para verificar el procedimiento de reforma constitucional, pero nunca ha sido pronunciada una sentencia en donde se declare la inconstitucionalidad del fondo de una reforma constitucional.

Quizá, como sostienen algunos profesores, por su inidoneidad para el efecto debido al principio de relatividad de las sentencias. Ciertamente, habría dificultad para desplegar actos autoritarios dirigidos hacia los particulares si éstos tuvieran constituciones diferenciadas.

Pero a nuestra consideración, tal circunstancia no es suficiente para eliminar de manera definitiva la posibilidad de su impugnación en la vía del amparo.

En ese sentido, a primera vista se observa como una vía idónea para la prevalencia de la voluntad del Poder Constituyente, sobre la de los Poderes Constituidos (aun cuando se erijan en revisores de la Constitución) la acción de inconstitucionalidad.

Y es que la posibilidad de modificar el texto constitucional a fin de actualizarlo y ajustarlo a las realidades de la Nación, no debe entenderse como una autorización ilimitada. Por el contrario es una responsabilidad excelsa que requiere límites y controles.

Desde nuestra óptica, esta circunstancia cobra relevancia cuando se ha eliminado de la Ley de Amparo, de manera formal,¹⁹⁶ la posibilidad de acudir al amparo en contra de una reforma a la Constitución.

En ese sentido, la acción de inconstitucionalidad se alza como una opción para la impugnación de reformas a la Constitución Federal, con la posibilidad de que genere un criterio de aplicación general, pero con un inconveniente, dado que en su estado actual no permite su interposición por individuos particulares.

6.5.1. Acción de Inconstitucionalidad Promovida por Particulares

La situación mencionada en el punto anterior, junto con la posibilidad de que ciertas normas generales, con motivo de su primer acto de aplicación, causen perjuicio irreparable, debe repensarse la posibilidad de legitimar a los particulares, para que en hipótesis determinadas, puedan acudir a la acción de inconstitucionalidad como instrumento para la defensa de sus intereses.¹⁹⁷

6.5.2. Los Límites Formales a la Reformabilidad de la Constitución

Hemos observado abusos en las facultades del Poder Revisor de la Constitución, pues en el caso mexicano la inexistencia de límites formales ha provocado que múltiples reformas constitucionales constituyan un retroceso en el goce de los derechos de los administrados, tendencia que debe encontrar un freno porque no es válido reformar la constitución en contra de la dignidad humana y preponderantemente contra el valor justicia.

6.5.3. La Rendición de Cuentas de los Órganos de Control de la Constitucionalidad

Sobre el particular, se ha llegado al absurdo de decir, que un juez de control de la constitucionalidad no puede violentar la Constitución, y se han desestimado los recursos interpuestos por una cuestión de vocablos, es decir, se ha denegado la justicia.

¹⁹⁶ De manera material ya se había eliminado por medio de la jurisprudencia.

¹⁹⁷ Esta alternativa se plantea en consonancia con la expresada en el punto 6.4.2. que antecede.

Esta conducta estatal es totalmente arbitraria, pues desde la perspectiva realista, además de la positiva, si un juez que conoce de control de la constitucionalidad realiza actos ilegales en ese proceso, violenta la Constitución, ya que la seguridad jurídica, en especie legalidad, es considerada por dicha Constitución como un derecho fundamental, por lo cual si el inconforme dentro de un proceso de control hace valer como argumento el quebranto de la legalidad constitucional, no pretende la realización de un control constitucional de segundo grado, simplemente busca la revisión de la actuación ilegal del órgano de justicia constitucional, actuación que, al menos en el caso mexicano se halla regulada por el numeral 16 de la Carta Magna. Además de que la justicia debe estar por encima de la semántica o los tecnicismos que la alejan de las mayorías.

6.5.4. La Rendición de Cuentas del Revisor de la Constitución

No debe permitirse al Poder Revisor de la Constitución, solventar los problemas de los poderes constituidos, con base en cambios constitucionales incorrectos, solo por el hecho de que una reforma constitucional no puede ser cuestionada formalmente de fondo, o bien porque el cambio constitucional escapa al control de su aplicación retroactiva; por el contrario, en el uso de la facultad de revisar la Norma Primigenia debe exigirse el mayor respeto a los derechos primordiales y una clara y absoluta justificación social, previo a la reforma.

GLOSARIO

Ahorro Justo: es la medida en que los bienes en sentido amplio, obtenidos por la sociedad, se transmiten a la siguiente generación.

Cognoscitivista: teoría del conocimiento de las cosas basada en la percepción de los objetos y las relaciones entre ellos.

commonlaw: Derecho Anglosajón, la traducción al castellano más aceptada para hacer referencia a los sistemas jurídicos imperantes en la mayor parte de los territorios con influencia británica.

Erga omnes: frente a todos.

Ex nunc: desde ahora.

exofficio: de oficio.

Ex tunc: desde siempre.

Falibilismo: sistema científico que sostiene que todas las proposiciones de la ciencia son teóricas e inevitablemente falibles.

Falsacionismo: sistema científico que sostiene el crecimiento de la ciencia mediante la reiterada eliminación de teorías con la ayuda de hechos sólidos.

Habeas corpus: (mostrar el cuerpo). Instrumento de defensa contra ataques a la libertad o a la integridad personal.

Judicial review: revisión judicial (de constitucionalidad de leyes).

Justicia conmutativa: es la que se refiere a equilibrio en el intercambio de bienes y a la igualdad de trato.

Justicia rectificatoria: es aquella que restaura una situación equitativa al revertir una ilegalidad.

Lato sensu: en sentido amplio.

mandado da segurança: mandato de seguridad.

Metaética: Rama de la Ética cuyo objeto de estudio es el discurso moral.

Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege: No hay delito, no hay pena sin ley.

Ombudsman: defensor del pueblo. Es la traducción más aceptada de un vocablo sueco sin equivalente en castellano.

Ratio legis: razón última de la ley.

Rebus sic stantibus: estando así las cosas.

Staredecisis: forma resumida de *staredecisis et non quieta movere*: mantenerse con las cosas decididas.

Stricto sensu: en sentido estricto.

Ultima ratio: último argumento.

Valor epistémico: aquel que puede contarse como conocimiento

Verfassungsbeschwerde: queja constitucional. (recurso de amparo).

FUENTES DE INVESTIGACIÓN

ALEXY, Robert. La Institucionalización de la Justicia. Ed. Comares, 2ª ed., Granada, 2010.

ÁLVAREZ GAYOU, Juan Luis. Cómo Hacer Investigación Cualitativa. Fundamentos y Metodología. Ed. Paidós, 9ª reimp., México, 2014.

BENTHAM, Jeremy. An Introduction to the Principles of Morals and Legislation. Ed. Dover, New York, 2007.

BUNGE, Mario. La Investigación Científica. Su estrategia y su Filosofía. Ed. Siglo XXI Editores, 5ª reimp., México, 2011.

BRAGE Camazano, Joaquín. La Acción de Inconstitucionalidad. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2000.

BUSTILLOS, Julio. La Justicia Constitucional en México. Análisis Cuantitativo de las Resoluciones Judiciales en Materia Constitucional. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México, 2009.

-----, El Amparo Directo en México. Evolución y Realidad Actual. Ed. Porrúa – UNAM, México, 2008.

CASTRO, Juventino V., Garantías y Amparo, Editorial Porrúa, México 2002.

----- El Artículo 105 Constitucional. 3ª ed., Editorial Porrúa, México 2000.

CÁRDENAS Gracia, Jaime F. Una Constitución para la Democracia. Propuestas para un Nuevo Orden Constitucional. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2000.

CARPIZO, Jorge. Estudios de Derecho Constitucional. Porrúa, México, 2001.

CORZO, Sosa. Edgar. Tribunales y Justicia Constitucional. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. Derechos y Garantías. La Ley del Más Débil. Ed. Trotta, 4ª ed., Madrid, 2004.

----- Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales. Ed. Trotta, 2ª ed., Madrid, 2005.

FERRER Mac-Gregor, Eduardo. Derecho Procesal Constitucional. Editorial Porrúa, 5ª ed., México 2005.

----- Juicio de Amparo e Interés Legítimo: La Tutela de los Derechos Difusos y Colectivos. 2ª ed., Ed. Porrúa, México 2004.

----- La Acción Constitucional de Amparo en México y España. Estudio de Derecho Comparado. 3ª ed., Ed. Porrúa, México 2002.

FERRER Mac-Gregor, Eduardo, et. al. (Coord.) La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus Cincuenta Años como Investigador del Derecho. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2008. (12 t)

----- Los Tribunales Constitucionales en Iberoamérica. Ed. Fundap, México, 2002.

FIORAVANTI, Mauricio. Costituzione. Ed. Società Editrice Il Mulino, Bologna, 2001.

FIX ZAMUDIO, Héctor. Ensayos sobre el Derecho de Amparo. Ed. Porrúa, 3ª ed., México, 2003. 1102 pp.

----- Estudio de la Defensa de la Constitución en el Ordenamiento Mexicano, Editorial Porrúa - UNAM, México 2006.

----- Introducción al Derecho Procesal Constitucional. Ed. FUNDAp, Colección Derecho, Administración y Política, México, 2002. 121 pp.

----- Metodología, Docencia e Investigación Jurídicas, Editorial Porrúa, México 2006.

GARCÍA Máynez, Eduardo, Introducción a la Lógica Jurídica, Editorial Colofón S. A. de C. V. México 2006.

GARZÓN Valdés et. al. (Eds.). El Derecho y la Justicia. Col. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, Ed. Trotta, 2ª ed., Madrid, 2000. p. 467.

GONZÁLEZ Galván, Jorge Alberto. La Construcción del Derecho... Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2011, p.

GONZÁLEZ Pérez, Jesús. Administración Pública y Libertad. Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2ª ed., México, 2006. 101 pp.

GUASTINI, Riccardo. Teoría e Ideología de la Interpretación Constitucional. Ed. Trotta, trad. Miguel Carbonell et. al., 2ª ed, Madrid, 2010.

GUDIÑO Pelayo, José de Jesús. Controversia sobre Controversia. Discusión en torno al Alcance de la Competencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en Controversias Constitucionales. Ed. Porrúa, México, 2000.

----- La Improcedencia y el Sobreseimiento en la Controversia Constitucional. Ed. Fundap, México, 2002.

HÄBERLE, Peter. El Tribunal Constitucional como Tribunal Ciudadano. El Recurso Constitucional de Amparo. Ed. Fundap, México, 2005.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, Diccionario Jurídico Mexicano Tomos I a IV. Ed. Porrúa, México, 2007.

KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho.

LAKATOS, Imre. La Metodología de los Programas de Investigación Científica. Ed. Alianza Editorial, Madrid, 1989.

LARA Sáenz, Leoncio, Procesos de Investigación Jurídica, Editorial Porrúa, México 2005.

LASSALLE, Ferdinand, ¿Qué es una Constitución?, Editorial Colofón S. A. de C. V. México 2006.

LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la Constitución. Ed. Ariel, Trad. Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona, 1965

MENDOZA Salazar, César Augusto. El Principio de Definitividad en el Amparo

Administrativo. La Defensa Administrativa en la Vía Constitucional. Ed. Académica Española, Saarbrücken, 2013.

MORALES Paulín, Carlos A. Justicia Constitucional. Ed. Porrúa, México, 2002.

NINO, Carlos S., Algunos Modelos Metodológicos de Ciencia Jurídica. Ed. Fontamara, 4ª reimpresión, México, 2007.

NORIEGA, Alfonso. Lecciones de Amparo. Ed. Porrúa, 7ª ed. México, 2002. (2 t).

OJEDA Bohórquez, Ricardo. El Nuevo Amparo Penal. Ed. INACIPE, México, 2013.

OROZCO Gómez, Miguel. Procedimientos Constitucionales: Controversia Constitucional y Acción de Inconstitucionalidad. Ed. Porrúa, México, 2004.

PÉREZ Luño, Antonio Enrique. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. Ed. Tecnos, 10ª ed. Madrid, 2010.

PÉREZ Tremps, Pablo. Los Procesos Constitucionales. La Experiencia Española. Ed. Palestra, Serie Derechos y Garantías, Lima, 2006.

PRIETO Sanchís, Luis. Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Ed. Trotta, 2ª ed. Madrid, 2009.

RABASA, Emilio, El artículo 14, Editorial Porrúa, México 2000.

-----, El Juicio Constitucional, Editorial Porrúa, México 2000.

RAWLS, Jhon. A Theory of Justice.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. Derecho Procesal Constitucional. Logros y Obstáculos. Ed. Ad-Hoc, Col. Estudios de Derecho Procesal Constitucional –IV–, Buenos Aires, 2006.

SCHMITT, Carl. Teoría de la Constitución.

SECRETARÍA DE GOBERNACIÓN. Cultura Constitucional. Cultura de Libertades.

Ed. Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal, 3ª Ed., México, 2012.

SEN, Amartya. La idea de la Justicia. Ed. Taurus, México, 2010.

TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. Introducción al Estudio de la Constitución. Ed. Fontamara, 2ª reimp., México, 2006.

TENA Ramírez, Felipe, Derecho Constitucional Mexicano. Ed. Porrúa, México 2001.

-----, Leyes Fundamentales de México 1808 – 2002. Ed. Porrúa, México 2002.

URIBE Arzate, Enrique et. al. (Coords.), Tendencias Recientes de la Justicia Constitucional en el Mundo. Ensayos Escogidos. Ed. Miguel Ángel Porrúa, Serie El Derecho, México 2011.

VALADÉS, Diego, et. al. Cultura de la Constitución en México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México 2004.

VALADÉS, Diego, et. al. (Coords.) El Estado Constitucional Contemporáneo. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México, 2006. (2t).

VELANDIA Canosa, Eduardo. (Coord.) Derecho Procesal Constitucional Tomo II. Ed. VC Editores, Bogotá, 2011.

VIGO, Rodolfo L. La Injusticia Extrema no es Derecho. (De Radbruch a Alexy). Ed. La Ley, 1ª reimp., Buenos Aires, 2006.

WITKER Velásquez, Jorge, et. al. Metodología Jurídica. Ed. McGraw Hill, México, 2002.

-----, La Investigación Jurídica. Bases para las Tesis de Grado en Derecho. Ed. Publi-Lex, 2ª ed., Serie Jurídica, México, 2011.

ZAGREBELSKY, Gustavo. El Derecho Dúctil. Ley, Derechos y Justicia. Ed. Trotta, 6ª ed., Madrid, 2005.

ZAGREBELSKY, Gustavo, et. al. La exigencia de Justicia. Ed. Trotta, Madrid, 2006.

ZALDÍVAR Lelo de Larrea, Arturo. Hacia una Nueva Ley de Amparo. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2002.

LEGISLACIÓN

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Código Federal de Procedimientos Civiles.

Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación

Ley Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Federal

Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Federal

FUENTES NO JURÍDICAS

PIMENTEL Álvarez, Julio. Diccionario Latín-Español Español-Latín. Ed. Porrúa, 2ª ed., México, 1997.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la Lengua Española. Ed. Espasa Calpe, 22ª ed., Madrid, 2001. (2t)

FUENTES ELECTRÓNICAS

www.ordenjuridico.gob.mx

www.scjn.gob.mx

www.cjf.gob.mx

www.juridicas.unam.mx

www.cdd-hcu.gob.mx

www.df.gob.mx

www.inegi.org.mx

www.rae.es

ANEXOS

Pleno. Sentencia 155/2009, de 25 de junio de 2009

STC 155/2009

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta, don Guillermo Jiménez Sánchez, don Vicente Conde Martín de Hijas, doña Elisa Pérez Vera, don Eugeni Gay Montalvo, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Ramón Rodríguez Arribas, don Pascual Sala Sánchez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps, Magistrados

ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo avocado al Pleno núm. 7329-2008, promovido por doña Dolores Vallejo Marchal, representada por la Procuradora de los Tribunales doña Rosalva Yanes Pérez y asistida por el Letrado don César Sánchez Sánchez, contra la Sentencia del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Fuenlabrada, de 25 de julio de 2007, recaída en el juicio de faltas núm. 66-2007, revocada parcialmente por la Sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 297/2008, de 17 de septiembre, dictada en el rollo de apelación núm. 169-2008. Ha comparecido y formulado alegaciones el Ministerio Fiscal. Ha actuado como Ponente el Magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. ANTECEDENTES

1. Mediante escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el día 30 de septiembre de 2008 don César Sánchez Sánchez, Letrado de oficio de doña Dolores Vallejo Marchal, solicitó que a su defendida le fuera designado Procurador del turno de oficio para promover demanda de amparo contra las resoluciones judiciales a las que se ha hecho mención en el encabezamiento de esta Sentencia.

2. Por diligencia de ordenación de la Secretaría de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, de 4 de noviembre de 2008, se dirigió atenta comunicación al Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid, a fin de que, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, y en el Acuerdo del Pleno de este Tribunal de 18 de junio de 1996 sobre asistencia jurídica gratuita en los procesos de amparo constitucional, se designara, si procediese, Procurador del turno de oficio que representara a la recurrente en amparo, acompañándose a dicha comunicación los documentos remitidos por la interesada.

Por nueva diligencia de ordenación de la Secretaría de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, de 22 de diciembre de 2008, se tuvo designada como

Procuradora del turno de oficio a doña Rosalva Yanes Pérez, ejerciendo la defensa el Letrado don César Sánchez Sánchez, y se les hizo saber tal designación a éstos y a la recurrente en amparo, entregándose copia de los escritos presentados en este recurso a la expresada Procuradora para que los pasara a estudio del citado Letrado, a fin de que formalizasen la demanda de amparo en el plazo de treinta días, con sujeción a lo dispuesto en el art. 49 LOTC, debiendo atenerse el Letrado a lo establecido en los arts. 32 y 33 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, en caso de estimar insostenible el recurso o insuficiente la documentación, poniéndolo en conocimiento de este Tribunal.

3. La demanda de amparo se formalizó mediante escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el día 9 de febrero de 2009, en el que se recoge la siguiente relación de antecedentes fácticos:

a) El Juzgado de Instrucción núm. 2 de Fuenlabrada dictó Sentencia en fecha 25 de julio de 2007, en la que condenó a la recurrente en amparo, como autora de una falta de hurto tipificada en el art. 623.1 CP, a la pena de doce días de localización permanente, que habría de cumplir en su domicilio, de conformidad con el art. 37 CP y el Real Decreto 515/2005, de 6 de mayo, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajos en beneficio de la comunidad y de localización permanente, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, imponiéndole el pago de las costas procesales.

b) La demandante de amparo interpuso recurso de apelación contra la anterior Sentencia, que fue parcialmente estimado por la Sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 297/2008, de 17 de septiembre, la cual revocó parcialmente la Sentencia recurrida en el sentido de sustituir la condena impuesta por la de ocho días de localización permanente, confirmando sus restantes pronunciamientos.

4. En la fundamentación jurídica de la demanda de amparo se denuncia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), por vulneración del principio acusatorio y por falta de motivación de la individualización de la pena:

a) En relación con la primera de las vulneraciones denunciadas se argumenta que las Sentencias impugnadas infringen de manera manifiesta el principio acusatorio, ya que el Ministerio Fiscal formuló acusación por una falta de hurto del art. 623.1 CP y solicitó una condena de cuarenta y cinco días de multa con una cuota diaria de 6 €, en tanto que en aquéllas se condenó a la recurrente inicialmente a una pena de doce días de localización permanente, que posteriormente la Audiencia Provincial redujo a ocho días, esto es, le impusieron una condena de distinta naturaleza a la pedida por la única acusación actuante, y que transgrede los límites superiores interesados por ésta.

b) Las Sentencias recurridas también lesionan el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) por falta de motivación en cuanto a la concreta individualización de la pena impuesta.

Se razona al respecto en la demanda que, de acuerdo con el art. 638 CP, los Jueces y Tribunales procederán en la aplicación de las penas del libro V del Código penal según su prudente arbitrio, dentro de los límites de cada una, atendiendo a las circunstancias del caso y del culpable, sin ajustarse a las reglas de los arts. 61 a 72 CP. Fijar la pena en función de prudente arbitrio no implica que tal decisión no deba razonarse, a fin de que el condenado pueda conocer las razones que motivan que la pena sea una y no otra. El arbitrio sin mayor razonamiento o motivación es arbitrariedad, proscrita por nuestro ordenamiento constitucional.

En este caso en las Sentencias impugnadas "no se razona ... la causa que motiva la imposición de la pena en límites superiores a los mínimos legalmente previstos". Si bien el ilícito penal se ha cometido inutilizando los sistemas de alarma de los productos, esta circunstancia no ha ocasionado ningún perjuicio al denunciante, ya que dichos productos han podido ser recuperados y son aptos para la venta. A lo que hay que añadir que, frente a lo que se sostiene en la Sentencia del Juzgado, la actitud de la recurrente no fue la de no acudir al acto del juicio o desatenderse del mismo, sino que, como se deduce de la comparecencia de 25 de julio de 2007 que obra en las actuaciones, simplemente sufrió un error respecto a la hora en que estaba prevista la celebración del acto.

La condena por la falta del art. 623.1 CP debió ser impuesta en el grado mínimo posible, "ya que no existe razonamiento ni motivación alguna que justifique la concreta decisión adoptada o, en su defecto, los razonamientos" que al respecto se exponen en las Sentencias no permiten mantener que la condena alcance el límite en que ha sido impuesta.

En el suplico del escrito de demanda se interesa del Tribunal Constitucional que, tras los trámites pertinentes, dicte Sentencia en la que se otorgue el amparo solicitado y se declare la nulidad de las Sentencia recurridas, a fin de que se pronuncie una nueva resolución judicial respetuosa con el derecho fundamental vulnerado. Por un primer otrosí, se solicita la suspensión de la ejecución de la Sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 297/2008, de 17 de septiembre.

La demanda dedica un segundo otrosí a justificar la especial trascendencia constitucional del recurso, que se afirma que radica en que por el Tribunal Constitucional se fije doctrina sobre los siguientes extremos: a) Si la imposición de condena de diferente naturaleza a la interesada por la única acusación actuante, aun a pesar de derivar de la literalidad del tipo penal, implica una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva por vulneración del principio acusatorio; y b) Si la imposición de una condena por encima de los mínimos legales, en caso de falta de motivación de las razones de tal individualización punitiva, implica la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por falta de motivación.

5. La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, por providencia de 27 de abril de 2009, admitió a trámite la demanda y, en aplicación de lo dispuesto en el art. 51 LOTC, acordó dirigir sendas comunicaciones a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid y al Juzgado de Instrucción núm. 2 de Fuenlabrada, a fin de que remitieran, respectivamente, certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes al rollo de apelación núm. 169-2008 y al juicio de faltas núm. 66-2007, debiendo el Juzgado previamente emplazar a quienes hubieran sido parte en el procedimiento, a excepción de la demandante de amparo, para que si lo desearan pudieran comparecer en el plazo de diez días en este recurso.

6. La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, por providencia de 27 de abril de 2009, acordó formar la oportuna pieza para la tramitación del incidente de suspensión y, de conformidad con lo dispuesto en el art. 56 LOTC, conceder un plazo común de tres días a la parte recurrente y al Ministerio Fiscal para que alegasen lo que estimaran procedente sobre la suspensión solicitada.

Evacuado el trámite de alegaciones conferido, la Sala por Auto, de 1 de junio de 2009, acordó suspender la ejecución de la Sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 297/2008, de 17 de septiembre, exclusivamente en lo que se refiere a la pena de ocho días de localización permanente en su domicilio impuesta a la recurrente en amparo.

7. Por diligencia de ordenación de la Secretaría de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, de 26 de mayo de 2009, se acordó dar vista de las actuaciones recibidas a la parte recurrente y al Ministerio Fiscal, por plazo común de veinte días, dentro de los cuales pudieron presentar las alegaciones que estimaron pertinentes de conformidad con lo dispuesto en el art. 52.1 LOTC.

8. El Ministerio Fiscal evacuó el trámite de alegaciones conferido mediante escrito registrado en fecha 10 de junio de 2009, que en lo sustancial a continuación se resume:

a) En relación con el primer motivo de amparo, esto es, si resulta constitucionalmente admisible la imposición por el órgano enjuiciador de una pena de distinta naturaleza y de mayor gravedad que la interesada por el Ministerio Fiscal, única parte acusadora, el Fiscal ante el Tribunal Constitucional reproduce la doctrina de las SSTC 230/1997, de 16 de diciembre, 33/2003, de 13 de febrero, y 183/2005, de 4 de julio, sobre el principio acusatorio y su aplicación al juicio de faltas, y se refiere a continuación al Acuerdo que la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo adoptó en Pleno no jurisdiccional para la unificación de criterios el día 20 de diciembre de 2006, de conformidad con el cual "[E]l Tribunal sentenciador no puede imponer pena superior a las más graves de las pedidas en concreto por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que se sustancie la causa". Acuerdo que recuerda que ha sido posteriormente desarrollado en numerosas Sentencias (SSTS 609/2007, de 10 de julio; 1319/2007, de 12 de enero; 423/2008, de 27 de junio; 928/2008, de 3 de diciembre).

En este caso por el órgano judicial se sustituye una pena pedida por el Ministerio Fiscal que constituye una sanción pecuniaria -arresto de cuarenta y cinco días y cuota diaria de 6 € (art. 50.1 CP)-, por una pena privativa de libertad, como es la de localización permanente (arts. 35 y 37 CP) y, por lo tanto, de mayor gravedad y poder aflictivo, de aplicación inmediata y muy lejana de la eventual responsabilidad personal subsidiaria prevista en caso de impago de la multa (art. 53 CP) que pudiera conducir a la privación de libertad.

Tres son las circunstancias que destaca el Ministerio Fiscal: a) en primer lugar, que el Juzgado, traspasando su deber de neutralidad frente a la acusación, asume una distinta y más grave pretensión punitiva que no había sido objeto de discusión, sin plantear, no obstante, tal posibilidad de modo análogo al previsto en el art. 733 LECrim, lo que conculca el principio de imparcialidad, también encuadrado en el derecho a un proceso con todas las garantías, en la medida en que el órgano judicial no puede constituirse en acusación, asumiendo la función de una de las partes. Sustituye así a la acusación, incorporando una variación sustancial en la calificación jurídica, que agrupa, no sólo el título de imputación, sino la concreta pretensión punitiva; b) en segundo lugar, que ni siquiera en apelación se formuló acusación en los términos de la Sentencia del Juzgado de Instrucción, circunstancia que de haberse producido no hubiera podido sanar, no obstante, la infracción cometida en primera instancia; y c) en tercer lugar, que, aunque en este caso la recurrente no se hallaba presente en el juicio de faltas, la forma de actuar del órgano judicial de hecho hubiera eliminado, no sólo que la acusada tuviera un conocimiento completo de todos los aspectos de la pretensión -acusación- del Ministerio Fiscal, que integra tanto el título de imputación como la concreta pretensión punitiva, sino también la posibilidad de las partes de informar en apoyo de sus respectivas pretensiones (art. 969.1 LECrim), al no aparecer la pena privativa de libertad en la petición de la acusación, sino únicamente en la Sentencia, resultando así la pena impuesta imprevista y de cuyas razones y de la concreta pena impuesta sólo habrían tenido conocimiento una vez concluido el acto del juicio.

Las anteriores consideraciones son objeto de matización por el Ministerio Fiscal, al estimar que en todo caso debe respetarse el principio de legalidad en aquellos supuestos en que la imposición de una pena esté forzosamente vinculada al tipo delictivo por el que se formula acusación, pues el proceso penal tiene un carácter sustantivamente público (STC 174/2003, de 29 de septiembre).

El Ministerio Fiscal concluye el análisis de este primer motivo de amparo entendiendo que ha resultado vulnerado el principio acusatorio, en conexión con el derecho a un juez imparcial y con el derecho de defensa, como integrantes del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE).

b) Respecto a la queja de la recurrente relativa a la falta de individualización de la pena y a su motivación, el Ministerio Fiscal, tras reproducir la doctrina de la STC 21/2008, de 31 de enero, considera, analizando conjuntamente la Sentencia de instancia y de apelación, que las razones en ellas expuestas resultan insuficientes para justificar la pena mayor y de distinta naturaleza que se impuso. En su opinión, poniendo esta queja en conexión con el primer

motivo de amparo, lo que no se puede hacer es convalidar por vía de la individualización de la pena la imposición de una pena mayor no solicitada por la acusación, pues tal justificación carecería de virtualidad bastante para enervar la infracción del principio acusatorio y la afectación de la imparcialidad del Juzgador, resultando, en consecuencia, manifiestamente arbitraria en sentido constitucional.

El Ministerio Fiscal concluye su escrito de alegaciones interesando se dicte Sentencia en la que se otorgue el amparo solicitado y se declare la nulidad de las Sentencias recurridas, retrotrayendo las actuaciones al Juzgado de Instrucción núm. 2 de Fuenlabrada, a fin de que dicte nueva Sentencia respetando el derecho fundamental vulnerado.

9. La representación procesal de la recurrente en amparo evacuó el trámite de alegaciones conferido mediante escrito registrado en fecha 16 de junio de 2009, en el que dio por reproducidas las efectuadas en la demanda.

10. El Pleno del Tribunal Constitucional, por providencia de 18 de junio de 2009, de conformidad con lo que establece el art. 10.1 n) LOTC y a propuesta de la Sala Segunda, acordó recabar para sí el conocimiento del recurso de amparo.

11. Por providencia de 23 de junio de 2009 se señaló para la deliberación y votación de la presente Sentencia el día 25 de junio de 2009

II. FUNDAMENTOS JURIDICOS

1. La presente demanda de amparo tiene por objeto la impugnación de la Sentencia del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Fuenlabrada, de 25 de julio de 2007, recaída en el juicio de faltas núm. 66-2007, así como la de la Sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 297/2008, de 17 de septiembre, que revocó parcialmente la de instancia en cuanto a la extensión de la pena impuesta, en virtud de las cuales la recurrente ha sido condenada, como autora de una falta de hurto prevista y tipificada en el art. 623.1 del Código penal (CP), a la pena de ocho días de localización permanente en su domicilio y al pago de las costas procesales del juicio de faltas, declarándose de oficio las del recurso de apelación.

La demandante de amparo imputa a las Sentencias recurridas, en primer lugar, la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), por infracción del principio acusatorio, al haberle impuesto como autora de una falta de hurto del art. 623.1 CP de la que fue acusada, y por la que fue condenada, una pena - ocho días de localización permanente en su domicilio- de mayor gravedad y distinta naturaleza a la interesada por el Ministerio Fiscal, única parte acusadora en el juicio de faltas, quien había solicitado la pena de cuarenta y cinco días de multa con una cuota diaria de 6 €. En segundo lugar reprocha a las citadas resoluciones judiciales, bajo la invocación también del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), su falta de motivación en cuanto a la concreta individualización de la pena a la que ha sido condenada, ya que no se

razona en ellas la imposición de la pena en límites superiores al mínimo legalmente previsto.

El Ministerio Fiscal se pronuncia a favor de la estimación del recurso de amparo. Considera vulnerado el principio acusatorio como consecuencia de la imposición a la demandante de una pena de mayor gravedad y distinta naturaleza a la solicitada por el Ministerio Fiscal, única parte acusadora en el juicio de faltas, lo que a su vez implica, en su opinión, que con una perspectiva constitucional deben calificarse de manifiestamente arbitrarias las razones expuestas en las Sentencias recurridas para justificar la individualización de la pena a la que ha sido condenada.

2. La demanda ha sido promovida tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (LOTIC), de modo que su interposición, admisión a trámite, tramitación y resolución se rigen por la nueva regulación del recurso de amparo llevada a cabo por la citada Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo. Constituye el elemento más novedoso o la "caracterización más distintiva" (ATC 188/2008, de 21 de julio, FJ 3) de esta regulación del recurso de amparo el requisito sustantivo o de fondo de la "especial trascendencia constitucional" que impone el art. 50.1 b) LOTIC para la admisión del recurso. En él se plasma la opción del legislador, en el ejercicio de la habilitación que constitucionalmente le confiere el art. 161.1 b) CE, en relación con su art. 53.2, por una nueva configuración del recurso de amparo, toda vez que, en principio, tras la reforma llevada a cabo la mera lesión de un derecho fundamental o libertad pública tutelable en amparo ya no será por sí sola suficiente para admitir el recurso, pues es imprescindible, además, su "especial trascendencia constitucional", frente a la configuración por la que esencialmente se caracterizaba en su anterior regulación, en tanto que recurso orientado primordialmente a reparar las lesiones causadas en los derechos fundamentales y libertades públicas del demandante susceptibles de amparo. Así pues, para la admisión del recurso de amparo no es suficiente la mera lesión de un derecho fundamental o libertad pública del recurrente tutelable en amparo [arts. 53.2 y 161.1 b) CE y 41 LOTIC], sino que además es indispensable, en lo que ahora interesa, la especial trascendencia constitucional del recurso [art. 50.1 b) LOTIC]. El recurso de amparo, en todo caso, sigue siendo un recurso de tutela de derechos fundamentales. De esta forma se configura por el legislador el sistema de garantías de los derechos fundamentales encomendado a los Jueces y Tribunales como guardianes naturales y primeros de dichos derechos (STC 227/1999, de 13 de diciembre, FJ 1), a los que confiere un mayor protagonismo en su protección (ampliación del incidente de nulidad de actuaciones), y culminado por el Tribunal Constitucional que, además de garante último, es su máximo intérprete (arts. 53.2 y 123 CE y 1.1 LOTIC).

Aunque el recurrente ha de satisfacer necesariamente, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 49.1 in fine LOTIC, la carga de justificar en la demanda la especial trascendencia constitucional del recurso (AATC 188/2008, de 21 de julio; 289/2008 y 290/2008, de 22 de septiembre), es a este Tribunal a quien corresponde apreciar en cada caso la existencia o inexistencia de esa "especial

trascendencia constitucional"; esto es, cuándo, según el tenor del art. 50.1 b) LOTC, "el contenido del recurso justifique una decisión de fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional", atendiendo para ello a los tres criterios que en el precepto se enuncian: "a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales". El carácter notablemente abierto e indeterminado, tanto de la noción de "especial trascendencia constitucional", como de los criterios legalmente establecidos para su apreciación, confieren a este Tribunal un amplio margen decisorio para estimar cuándo el contenido de un recurso de amparo "justifi[ca] una decisión sobre el fondo ... en razón de su especial trascendencia constitucional". Como es obvio, la decisión liminar de admisión a trámite del recurso al apreciar el cumplimiento del citado requisito no limita las facultades del Tribunal sobre la decisión final en relación con el fondo del asunto.

En el caso que ahora nos ocupa el Tribunal ha entendido que concurre el requisito de la especial trascendencia constitucional [art. 50.1 b) LOTC], porque, como a continuación se pone de manifiesto, le permite aclarar e incluso perfilar, como consecuencia de un proceso de reflexión interna, la doctrina constitucional sobre la exigencia de congruencia entre la acusación y el fallo en el extremo referido a la pena a imponer, en cuanto manifestación del principio acusatorio, supuesto éste que, junto a otros a los que de inmediato nos referiremos, es uno de los casos en los que cabe apreciar en el contenido del recurso de amparo la especial trascendencia constitucional [art. 50.1 b) LOTC].

Ya en ocasión anterior hemos identificado como otro de los casos en que cabe apreciar que concurre en el contenido del recurso de amparo la "especial trascendencia constitucional" a la que se refiere el art. 50.1 b) LOTC cuando en él se plantee "una cuestión en la que este Tribunal no ha sentado doctrina" (STC 70/2009, de 23 de marzo, FJ 1).

Este Tribunal estima conveniente, dado el tiempo transcurrido desde la reforma del recurso de amparo, avanzar en la interpretación del requisito del art. 50.1 b) LOTC. En este sentido considera que cabe apreciar que el contenido del recurso de amparo justifica una decisión sobre el fondo en razón de su especial trascendencia constitucional en los casos que a continuación se refieren, sin que la relación que se efectúa pueda ser entendida como un elenco definitivamente cerrado de casos en los que un recurso de amparo tiene especial trascendencia constitucional, pues a tal entendimiento se opone, lógicamente, el carácter dinámico del ejercicio de nuestra jurisdicción, en cuyo desempeño no puede descartarse a partir de la casuística que se presente la necesidad de perfilar o depurar conceptos, redefinir supuestos contemplados, añadir otros nuevos o excluir alguno inicialmente incluido.

Tales casos serán los siguientes: a) el de un recurso que plantee un problema o una faceta de un derecho fundamental susceptible de amparo sobre el que no haya doctrina del Tribunal Constitucional, supuesto ya enunciado en la STC 70/2009, de 23 de marzo; b) o que dé ocasión al Tribunal Constitucional para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión

interna, como acontece en el caso que ahora nos ocupa, o por el surgimiento de nuevas realidades sociales o de cambios normativos relevantes para la configuración del contenido del derecho fundamental, o de un cambio en la doctrina de los órganos de garantía encargados de la interpretación de los tratados y acuerdos internacionales a los que se refiere el art. 10.2 CE; c) o cuando la vulneración del derecho fundamental que se denuncia provenga de la ley o de otra disposición de carácter general; d) o si la vulneración del derecho fundamental traiga causa de una reiterada interpretación jurisprudencial de la ley que el Tribunal Constitucional considere lesiva del derecho fundamental y crea necesario proclamar otra interpretación conforme a la Constitución; e) o bien cuando la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho fundamental que se alega en el recurso esté siendo incumplida de modo general y reiterado por la jurisdicción ordinaria, o existan resoluciones judiciales contradictorias sobre el derecho fundamental, ya sea interpretando de manera distinta la doctrina constitucional, ya sea aplicándola en unos casos y desconociéndola en otros; f) o en el caso de que un órgano judicial incurra en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional (art. 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: LOPJ); g) o, en fin, cuando el asunto suscitado, sin estar incluido en ninguno de los supuestos anteriores, trascienda del caso concreto porque plantee una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica o tenga unas consecuencias políticas generales, consecuencias que podrían concurrir, sobre todo, aunque no exclusivamente, en determinados amparos electorales o parlamentarios.

3. Tras las precedentes consideraciones sobre el requisito que para la admisión del recurso de amparo establece el art. 50.1 b) LOTC, procede que a continuación nos adentremos en el enjuiciamiento de las quejas que la solicitante de amparo plantea. La primera consiste en la posible vulneración del principio acusatorio por falta de la debida correlación entre la acusación y la Sentencia condenatoria, en el concreto extremo referido en este caso a la pena impuesta a la recurrente, por ser de mayor gravedad y distinta naturaleza a la solicitada por la acusación.

La cuestión de los límites constitucionales a la potestad judicial de imponer penas o, en otras palabras, sobre el alcance de la exigencia de correlación entre la acusación y el fallo en el extremo concerniente a la pena a imponer ya ha sido abordada por el Tribunal Constitucional en ocasiones precedentes, habiendo elaborado al respecto, como tendremos ocasión de constatar, una doctrina constitucional que aparece recogida de manera uniforme en la mayoría de las resoluciones dictadas sobre la materia, pero que no está exenta, sin embargo, de inflexiones en algunas otras decisiones, al menos en su enunciado y formulación, dando así lugar a una exposición de dicha doctrina no siempre lo suficientemente nítida que, en cuanto susceptible, por lo tanto, de inducir a confusión, requiere de alguna precisión o clarificación.

Precisamente la razón de la avocación del recurso de amparo al Pleno del Tribunal, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 10.1 n) y 13 LOTC, ha radicado en la conveniencia de aclarar y perfilar la doctrina constitucional sobre tan compleja cuestión, despejando las posibles dudas que pudiera suscitar y

reflexionando de nuevo sobre ella, cuyo debate, además, en el seno del propio Tribunal ha dado lugar en ocasiones anteriores a posiciones contrapuestas entre sus miembros (en este sentido, SSTC 59/2000, de 2 de marzo; 75/2000, de 27 de marzo; 76/2000, de 27 de marzo; 92/2000, de 10 de abril; 122/2000, de 16 de mayo; 139/2000, de 29 de mayo; 228/2002, de 9 de diciembre; 174/2003, de 29 de septiembre; 163/2004, de 4 de octubre).

4. El Pleno de este Tribunal recordaba, una vez más, en la STC 123/2005, de 12 de mayo, reiterando precedente doctrina constitucional, que, aun cuando el principio acusatorio no aparece expresamente mencionado entre los derechos constitucionales que disciplinan el proceso penal, ello no es óbice para reconocer como protegidos en el art. 24.2 CE ciertos derechos fundamentales que configuran los elementos estructurales de dicho principio, que trasciende el derecho a ser informado de la acusación y comprende un haz de garantías adicionales. En este sentido se resaltaba tanto la vinculación del principio acusatorio con los derechos constitucionales de defensa y a conocer la acusación como con la garantía constitucional de la imparcialidad judicial (FJ 3 y doctrina constitucional allí citada).

Descendiendo de lo general a lo particular, por lo que se refiere, en concreto, al fundamento del deber de congruencia entre la acusación y fallo, que constituye una de las manifestaciones del principio acusatorio contenidas en el derecho a un proceso con todas las garantías, en la citada Sentencia lo poníamos en relación directa, principalmente, con los derechos a la defensa y a estar informado de la acusación, pues si se extralimitara el juzgador en el fallo, apreciando unos hechos o una calificación jurídica diferente a las pretendidas por las acusaciones, se privaría a la defensa de la necesaria contradicción. Pero también subrayábamos que este deber de congruencia encuentra su fundamento en el derecho a un proceso con todas las garantías, en el sentido de que el enjuiciamiento penal se ha de desarrollar con respeto a la delimitación de funciones entre la parte acusadora y el órgano de enjuiciamiento, puesto que, en última instancia, un pronunciamiento judicial más allá de la concreta pretensión punitiva de la acusación supone que el órgano judicial invada y asuma competencias reservadas constitucionalmente a las acusaciones, ya que estaría condenando al margen de lo solicitado por los legitimados para delimitar la pretensión punitiva, lo que llevaría a una pérdida de su posición de imparcialidad y a la lesión del derecho a un proceso con todas las garantías (STC 123/2005, de 12 de mayo, FJ 4; doctrina reiterada, entre otras, en las SSTC 247/2005, de 10 de octubre, FJ 2; 170/2006, de 5 de junio, FJ 2).

Como declaramos en la mencionada STC 123/2005, de 12 de mayo, "la vinculación entre la pretensión punitiva de las partes acusadoras y el fallo de la sentencia judicial, como contenido propio del principio acusatorio, implica que el órgano de enjuiciamiento debe dictar una resolución congruente con dicha pretensión, lo que responde a la necesidad, no sólo de garantizar las posibilidades de contradicción y defensa, sino también de respetar la distribución de funciones entre los diferentes participantes en el proceso penal, y, más concretamente, entre el órgano de enjuiciamiento y el Ministerio Fiscal, en los términos señalados en los arts. 117 y 124 CE. De este modo, el análisis

del respeto a la garantía del deber de congruencia entre la acusación y fallo por parte de una resolución judicial debe venir dado, no sólo por la comprobación de que el condenado ha tenido la oportunidad de debatir los elementos de la acusación contradictoriamente, sino también por la comprobación de que el órgano de enjuiciamiento no ha comprometido su imparcialidad asumiendo funciones acusatorias que constitucionalmente no le corresponden" (FJ 4).

De otra parte, en cuanto al alcance del deber de congruencia respecto a la pretensión punitiva, es también doctrina constitucional reiterada que el Juzgador está sometido constitucionalmente en su pronunciamiento a un doble condicionamiento, fáctico y jurídico. El condicionamiento fáctico queda constituido por los hechos que han sido objeto de acusación, de modo que ningún hecho o acontecimiento que no haya sido delimitado por la acusación como objeto para el ejercicio de la pretensión punitiva podrá ser utilizado para ser subsumido como elemento constitutivo de la responsabilidad penal. El órgano judicial, en última instancia, no podrá incluir en el relato de hechos probados elementos fácticos que sustancialmente varíen la acusación, ni realizar, consecuentemente, la subsunción con ellos. El condicionamiento jurídico queda constituido, a su vez, por la calificación que de esos hechos realiza la acusación. Ahora bien, atendiendo a las propias facultades de pronunciamiento de oficio que tiene el Juzgador penal, por las cuestiones de orden público implicadas en el ejercicio del ius puniendi, el Juez podrá condenar por un delito distinto al solicitado por la acusación siempre que sea homogéneo con él y no implique una pena de superior gravedad, de manera que la sujeción de la condena a la acusación no puede ir tan lejos como para impedir que el órgano judicial modifique la calificación de los hechos enjuiciados en el ámbito de los elementos que han sido o han podido ser objeto de debate contradictorio (SSTC 4/2002, de 14 de enero, FJ 3; 228/2002, de 9 de diciembre, FJ 5; 75/2003, de 23 de abril, FJ 5; 123/2005, de 12 de mayo, FJ 5; 247/2005, de 10 de octubre, FJ 2; 73/2007, de 16 de abril, FJ 3).

5. En lo atinente al alcance del deber de congruencia entre la acusación y el fallo en lo que respecta en concreto a la posible pena a imponer, que es la cuestión que se suscita en la presente demanda de amparo, como tuvimos ocasión de anticipar, cabe apreciar en las resoluciones de este Tribunal que se han ocupado de la materia una doctrina sobre la que es conveniente volver.

Este Tribunal tiene declarado con carácter general que la vinculación del órgano judicial al principio acusatorio, si bien impide la imposición de una pena mayor o más grave que la correspondiente al delito efectivamente imputado en el proceso, no impide, sin embargo, que el Juzgador imponga pena superior a la solicitada por las acusaciones, cuando no se alteren los hechos aducidos en el proceso, y se lleve a cabo dentro de los márgenes de la pena correspondiente al tipo penal que resulte de la calificación de los hechos formulada en la acusación y debatida en el proceso, pues el Juez se halla sometido a la ley y debe, por tanto, aplicar las penas que, a su juicio, procedan legalmente en relación con un determinado delito (SSTC 17/1988, de 16 de febrero, FJ 6; 21/1993, de 18 de enero, FJ 2; 161/1994, de 23 de mayo, FJ 2; 43/1997, de 10 de marzo, FJ 3; 228/2002, de 9 de diciembre, FJ 6; 174/2003, de 29 de septiembre, FJ 9; 163/2004, de 4 de octubre, FJ 4; 71/2005, de 4 de

abril, FJ 7; 347/2006, de 11 de diciembre, FJ 3; AATC 377/1987, de 25 de marzo; 321/1992, de 26 de octubre; 327/1993, de 28 de octubre; 202/1998, de 29 de septiembre; 310/2003, de 29 de septiembre; 353/2003, de 6 de noviembre; 369/2006, de 23 de octubre). Así pues, de conformidad con esta doctrina constitucional, la vinculación del Juzgador a los hechos y a su calificación jurídica no impide que puedan imponerse penas superiores a las solicitadas por las acusaciones dentro de los límites de la señalada por la ley al tipo penal incriminado, siempre que la calificación como tal de unos hechos, y los hechos mismos, hayan sido objeto del correspondiente debate.

Sin embargo en otras resoluciones dictadas sobre la materia, aunque no constituye su ratio decidendi, este Tribunal ha declarado también que "[E]n todo caso, como límite infranqueable en el momento de dictar Sentencia, al Juez le está vedado calificar los hechos de manera que integren un delito penado más gravemente si este agravamiento no fue sostenido en juicio por la acusación, ni imponer una pena mayor que la que corresponda a la pretensión acusatoria fijada en las conclusiones definitivas, dado que se trata de una pretensión de la que no pudo defenderse el acusado" (STC 75/2003, de 23 de abril, FJ 5; doctrina que se reitera en la STC 347/2006, de 11 de diciembre, FJ 3, y en el ATC 426/2005, de 12 de diciembre). Parece pues abrirse en estas otras resoluciones, aunque en un plano meramente doctrinal, la aceptación de un límite más restrictivo a la imposición de penas en relación con las pedidas por las acusaciones.

6. Pues bien, es conveniente aclarar y perfilar la doctrina constitucional de la que se ha dejado constancia, referida al alcance del deber de congruencia entre la acusación y el fallo en lo que respecta en concreto a la posible pena a imponer.

Con la perspectiva constitucional que nos es propia resulta preciso replantear la cuestión y avanzar un paso más en la protección de los derechos de defensa del imputado y en la preservación de la garantía de la imparcialidad judicial en el seno del proceso penal, en el sentido de estimar que, solicitada por las acusaciones la imposición de una pena dentro del marco legalmente previsto para el delito formalmente imputado, el órgano judicial, por exigencia de los referidos derechos y garantía constitucionales, en los que encuentra fundamento, entre otros, el deber de congruencia entre acusación y fallo como manifestación del principio acusatorio, no puede imponer pena que exceda, por su gravedad, naturaleza o cuantía, de la pedida por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que se sustancia la causa, aunque la pena en cuestión no transgreda los márgenes de la legalmente prevista para el tipo penal que resulte de la calificación de los hechos formulada en la acusación y debatida en el proceso.

De este modo, por una parte, se refuerzan y garantizan en su debida dimensión constitucional los derechos de defensa del acusado. En efecto, la pena concreta solicitada por la acusación para el delito formalmente imputado constituye, al igual, por lo menos, que el relato fáctico y la calificación jurídica en la que aquélla se sustenta, un elemento sin duda esencial y nuclear de la pretensión punitiva, determinante, en cuanto tal, de la actitud procesal y de la

posible línea de defensa del imputado. Obviamente a éste ha de informársele, ex art. 24.2 CE, no sólo de los hechos imputados por la acusación y de su calificación jurídica, sino también de las reales y concretas consecuencias penológicas que aquélla pretende por la comisión de dichos hechos; esto es, la pena cuya imposición se solicita. El acusado ejerce el derecho constitucional de defensa sobre la concreta pena solicitada por la acusación por los hechos imputados y la calificación jurídica que éstos le merecen, y no sobre otra pretensión punitiva distinta, sin que en modo alguno le sea exigible vaticinar y defenderse de hipotéticas y futuribles penas que pudiera decidir el órgano judicial, y que excedan por su gravedad, naturaleza o cuantía de las solicitadas por la acusación. En otras palabras, la confrontación dialéctica entre las partes en el proceso y la consiguiente posibilidad de contradicción frente a los argumentos del adversario giran exclusivamente, en lo que ahora interesa, en torno a la acusación expresamente formulada contra el imputado, tanto por lo que se refiere a los elementos fácticos de la pretensión punitiva y a su calificación jurídica, como a las concretas consecuencias penológicas, frente a las que aquél ejerce su derecho constitucional de defensa. Así pues, ha de proscribirse la situación constitucional de indefensión que, por quiebra del principio acusatorio, padecería el condenado a quien se le impusiera una pena que excediese en su gravedad, naturaleza o cuantía de la solicitada por la acusación.

Por otra parte el alcance del deber de congruencia entre la acusación y el fallo por lo que respecta a la pena a imponer por el órgano judicial en los términos definidos en este fundamento jurídico se cohonestará mejor, a la vez que también la refuerza en su debida dimensión constitucional, con la garantía de la imparcialidad judicial en el seno del proceso penal, que, como ya hemos señalado, constituye uno de los fundamentos de la exigencia de aquel deber de congruencia como manifestación del principio acusatorio. Ciertamente aquella garantía resulta mejor protegida si el órgano judicial no asume la iniciativa de imponer ex officio una pena que exceda en su gravedad, naturaleza o cuantía de la solicitada por la acusación, asumiendo un protagonismo no muy propio de un sistema configurado de acuerdo con el principio acusatorio, como el que informa la fase de plenario en el proceso penal. En este sentido en modo alguno resulta ocioso traer a colación que, como se recuerda en la STC 123/2005, de 12 de mayo, "desde el más temprano reconocimiento de la dimensión constitucional de determinadas garantías propias del principio acusatorio, en la jurisprudencia de este Tribunal se ha incidido tanto en su vinculación con los derechos de defensa y a conocer de la acusación ... como en la exigencia de separar la función de juzgar de la de acusar, para alcanzar la mayor independencia y equilibrio del Juez, evitando que actúe como parte en el proceso contradictorio frente al acusado, cuando debe ser un órgano imparcial que ha de situarse por encima de las partes acusadoras e imputadas" (FJ 4). La imposición ex officio por el órgano judicial de pena que exceda de la solicitada por la acusación resulta acaso menos armonizable con la garantía constitucional de la imparcialidad judicial en el proceso penal al asumir funciones acusatorias que constitucionalmente no le corresponden.

Esta doctrina constitucional, en los términos en los que ha quedado expuesta y perfilada, sobre el deber de correlación, como manifestación del principio

acusatorio, entre la acusación y el fallo en el extremo concerniente a la pena a imponer, viene a coincidir sustancialmente, como el Ministerio Fiscal pone de manifiesto en sus alegaciones, con el criterio que al respecto mantiene actualmente la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

7. La aplicación de la referida doctrina constitucional ha de conducir a la estimación de la primera de las quejas de la recurrente en amparo.

En este caso se ha mantenido inalterado el relato fáctico y la calificación jurídica de los hechos imputados a la demandante, radicando la denunciada quiebra de la exigencia de correlación entre la acusación y la Sentencia condenatoria en la pena finalmente impuesta. En efecto, el Ministerio Fiscal, única acusación personada en la causa, calificó los hechos imputados a la recurrente como constitutivos de una falta de hurto, prevista y penada en el art. 623.1 CP, solicitando que le fuera impuesta la pena de cuarenta y cinco días de multa con una cuota diaria de 6 €. El Juzgado de Instrucción mantuvo inalterado el relato fáctico en el que se fundaba la acusación, así como se atuvo a la calificación jurídica que ésta había efectuado de los hechos, pero le impuso a la demandante, en vez de la pena de multa interesada por el Ministerio Fiscal, la de localización permanente en su domicilio con una duración de doce días, que la Audiencia Provincial finalmente redujo a ocho días.

La localización permanente de cuatro a doce días y la multa de uno a dos meses están previstas como penas alternativas para la falta de hurto tipificada en el art. 623.1 CP. Tanto la pena de localización permanente como la multa de diez días a dos meses aparecen clasificadas como penas leves en el art. 33 CP. Sin embargo la localización permanente se configura como una de las penas privativas de libertad (art. 35 CP), cuyo cumplimiento obliga al penado a permanecer en su domicilio o en un lugar determinado fijado por el Juez en la Sentencia, dando lugar su incumplimiento a que por el Juez o el Tribunal sentenciador se deduzca testimonio para proceder por quebrantamiento de condena (art. 37 CP). Por su parte, la pena de multa consiste en la imposición al condenado de una sanción pecuniaria, que únicamente en caso de no satisfacerse voluntariamente o por la vía de apremio puede dar lugar a la responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas no satisfechas, que en el caso de las faltas puede cumplirse mediante la localización permanente, sin el límite de los doce días que establece el art. 37.1 CP como duración máxima de la pena de localización permanente. La recurrente en amparo y el Ministerio Fiscal, tanto en la vía judicial previa como en este proceso de amparo, consideran de distinta naturaleza y de superior o mayor gravedad y poder afflictivo la pena de localización permanente de ocho días en su domicilio impuesta a la demandante en las Sentencias recurridas, por tratarse de una pena privativa de libertad, que la multa de cuarenta y cinco días con cuota diaria de 6 € solicitada por la acusación en el acto del juicio. Más allá de estas apreciaciones subjetivas, con la perspectiva constitucional que nos es propia la pena de localización permanente aparte de suponer de modo indudable una pena de distinta naturaleza, debe calificarse en principio como de mayor gravedad en razón al bien jurídico afectado: la libertad personal (art. 17.1 CE), que

indudablemente es de mayor entidad constitucional que el afectado por la pena de multa.

Desde ese mismo prisma de la libertad como valor superior la pena de localización permanente lo afecta de modo inmediato, mientras que en el caso de la de multa su eventual incidencia sobre la libertad sólo llegaría a producirse de modo mediato, si por su incumplimiento se llegase a aplicar la pena de localización permanente como responsabilidad personal subsidiaria ex art. 53 CP.

En este caso los órganos judiciales, apartándose de la petición de la acusación, han impuesto a la demandante de amparo una pena que excede por su distinta naturaleza y gravedad de la solicitada por el Ministerio Fiscal. Tal decisión, lesiva del principio acusatorio, de conformidad con la doctrina constitucional antes expuesta, ha alterado sustancialmente los términos del debate procesal relativos a la pena, tal y como había sido planteado por el Ministerio Fiscal en el juicio de faltas, quien se adhirió al recurso de apelación de la demandante en cuanto a la lesión del principio acusatorio por haberle impuesto una pena de mayor gravedad y distinta naturaleza a la solicitada por él, resultando limitadas las facultades de defensa de la acusada, al desconocer que los hechos que se le imputaban podían ser sancionados con la pena a la que finalmente fue condenada, y resultando comprometido también la imparcialidad de los órganos judiciales, ya que han encauzado la acusación en el extremo concerniente a la pena impuesta.

8. La estimación del primer motivo de amparo hace innecesario el enjuiciamiento de la segunda queja de la recurrente, referida a la falta de motivación de la pena en cuanto a su extensión. Los efectos del otorgamiento del amparo y el restablecimiento a la recurrente en la integridad de su derecho han de contraerse, al igual que en supuestos similares al ahora considerado (por todas, SSTC 161/1994, de 23 de mayo; 59/2000, de 2 de marzo; 20/2003, de 10 de febrero; 75/2003, de 23 de abril; 21/2008, de 31 de enero), a la declaración de nulidad de las Sentencias impugnadas, retro trayendo las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de haberse dictado la Sentencia del Juzgado de Instrucción para que se pronuncie otra respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Estimar el recurso de amparo promovido por doña Dolores Vallejo Marchal y, en su virtud:

1º Declarar vulnerados los derechos de la recurrente en amparo a la defensa y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE).

2º Restablecerla en su derecho y, a tal fin, declarar la nulidad de la Sentencia del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Fuenlabrada, de 25 de julio de 2007, recaída en el juicio de faltas núm. 66-2007, así como la de la Sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 297/2008, de 17 de septiembre, dictada en el rollo de apelación núm. 169-2008, debiendo retrotraerse las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de haberse dictado la primera de las Sentencias citadas, para que se pronuncie una nueva respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

Publíquese esta Sentencia en el "Boletín Oficial del Estado".

Dada en Madrid, veinticinco de junio de dos mil nueve.

VOTOS

Voto particular que formula el Magistrado don Eugeni Gay Montalvo respecto de la Sentencia dictada por el Pleno de este Tribunal en el recurso de amparo avocado al Pleno núm. 7329-2008.

Con el debido respeto hacia el criterio mayoritario reflejado en la Sentencia y de acuerdo con la opinión que mantuve en la deliberación, me siento en la obligación de ejercitar la facultad prevista en el art. 90.2 LOTC a fin de ser coherente con la posición mantenida.

1. En primer lugar debo manifestar que comparto el fallo y la fundamentación jurídica que lo sustenta, contenida en los fundamentos jurídicos 3 a 8 de la Sentencia. Ciertamente ya desde mi incorporación a este Alto Tribunal he venido manifestando la misma postura en cuanto al principio acusatorio y, por ello, me mostré partidario, cuando así lo propuso el Ponente, de avocar al Pleno el recurso que nos ocupa con la finalidad de unificar nuestra doctrina al respecto.

2. En realidad mi discrepancia se refiere exclusivamente al contenido del fundamento jurídico 2, que en la lógica argumental de la Sentencia no resulta absolutamente necesario, y que sustenta buena parte de su argumentación en el Auto de la Sala Primera núm. 188/2008, de 21 de julio, así como en el posterior Auto de la Sala Segunda núm. 289/2008, de 22 de septiembre, al que formulé un Voto particular y al que ahora no tengo más remedio que remitirme, reiterándolo en lo sustancial.

3. Con referencia expresa al ATC 188/2008, la Sentencia afirma en la parte primera del fundamento jurídico 2 que el elemento más novedoso o la caracterización más distintiva de la regulación del recurso de amparo introducida por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional es el requisito sustantivo o de fondo de la "especial trascendencia constitucional" que impone el art. 50.1 b) LOTC para la admisión del recurso. "En él se plasma -señala la Sentencia- la opción del legislador por una nueva configuración del recurso de amparo, toda vez que la mera lesión de un derecho fundamental o

libertad pública tutelable en amparo ya no será por sí sola suficiente para admitir el recurso".

Como tuve ocasión de señalar en mi Voto particular al ATC 289/2008 entiendo que la Ley no se expresa en esos términos, sino que es la interpretación que de la misma ha hecho este Tribunal la que le confiere tal carácter, y de la que he discrepado desde aquel día.

El art. 49.1 LOTC señala que "el recurso de amparo constitucional se iniciará mediante demanda en la que se expondrán con claridad y concisión los hechos que la fundamentan, se citarán los preceptos constitucionales que se estimen infringidos y se fijará con precisión el amparo que se solicita para preservar o restablecer el derecho o libertad que se considere vulnerado. En todo caso, la demanda justificará la especial trascendencia constitucional del recurso". Sin duda el artículo impone al recurrente un deber de justificar la especial trascendencia constitucional pero no señala que este requisito sea de naturaleza sustantiva y que su incumplimiento vicie "la demanda de amparo de un defecto insubsanable que conduce a su inadmisión a limine" (ATC 188/2008, de 21 de julio). La Ley permite, a mi entender, otras interpretaciones igualmente ajustadas a la Constitución que expuse en el fundamento jurídico 4 de mi Voto particular, a cuyo contenido remito.

4. En este orden de interpretación conviene señalar que la Sentencia ha añadido al final del primer párrafo de este fundamento jurídico 2 la siguiente afirmación: "El recurso de amparo, en todo caso, sigue siendo un recurso de tutela de derechos fundamentales. De esta forma se configura por el legislador el sistema de garantías de los derechos fundamentales encomendado a los Jueces y Tribunales como guardianes naturales y primeros de dichos derechos (STC 227/1999, de 13 de diciembre, FJ 1), a los que confiere un mayor protagonismo en su protección (ampliación del incidente de nulidad de actuaciones), y culminado por el Tribunal Constitucional que, además de garante último, es su máximo intérprete (arts. 53.2 y 123 CE y 1.1. LOTC)".

Al añadirse este importante párrafo y afirmar que el recurso de amparo sigue siendo un recurso de tutela de derechos fundamentales cuya protección culmina en este Tribunal, que es su garante último y máximo intérprete, el Pleno constata, por una parte, que la tutela de estos derechos corresponde a la jurisdicción ordinaria en su conjunto, lo que naturalmente no representa ninguna novedad pues siempre ha sido así y tal fue la inequívoca opción del constituyente al establecer, en la forma en que lo hizo, el recurso de amparo. Con la reforma de nuestra Ley Orgánica, mediante la ampliación del incidente de nulidad de actuaciones, el legislador ha querido dar al Juez ordinario una última posibilidad de reparación, que no un mayor protagonismo, como se afirma en la Sentencia.

Por otra parte, este párrafo viene a dejar claro que el Tribunal Constitucional no puede variar su posición jerárquica en materia de tutela de los derechos fundamentales (art. 5.1 LOPJ); posición que nos otorga una alta función en esta materia (arts. 53.2 y 123 CE y 1.1. LOTC), que no podemos desconocer ni

dejar de atender con todas las consecuencias que ello comporta en ningún caso ni circunstancia.

En consecuencia se mantiene inalterada la función de ambas jurisdicciones.

5. El recordatorio de esta posición jerárquica y de estas obligaciones me remite a la afirmación sobre el "carácter notablemente abierto e indeterminado, tanto de la noción de especial trascendencia constitucional como de los criterios legalmente establecidos para su apreciación" que contiene la Sentencia en el segundo párrafo de este fundamento jurídico 2. Tal afirmación entiendo que no permite una objetivación como más como más adelante se postula en la Sentencia de las causas de admisibilidad, ya que no excluye la reparación de una vulneración sufrida y no reparada en la jurisdicción ordinaria. Ya he señalado que, según mi criterio, nuestra posición última y subsidiaria nos exige, en todo caso, dar una respuesta.

6. Una vez realizadas estas reflexiones de carácter general también quisiera precisar algunos aspectos respecto de la relación de casos que se contiene en la parte final del fundamento jurídico 2 de la Sentencia y según la cual se justificaría que el Tribunal Constitucional adoptara una decisión sobre el fondo en razón de la especial trascendencia constitucional de la demanda.

Creo que con esta objetivación de las causas se da un paso importante en la clarificación del contenido que, para la justificación de la especial trascendencia constitucional, requiere la interposición de la demanda de amparo, pues con ello se precisa la carga que la Ley hace recaer en el demandante de amparo en la formulación de su pretensión. Sin embargo, tal como sostuve en la deliberación, debo insistir en el hecho de que resulta imposible objetivar la vulneración de un derecho fundamental.

Este extremo es especialmente evidente en los casos de "incumplimiento de modo general y reiterado" por la jurisdicción ordinaria de la doctrina de este Tribunal. Debo, en tal sentido, recordar que nuestra doctrina no puede ser vulnerada; es, sin duda, susceptible de interpretación por el Juez ordinario; pero éste no puede valorar sobre si procede o no su aplicación a un determinado caso. Podríamos admitir que cabe un error en la interpretación de nuestra doctrina por parte no imputable al órgano jurisdiccional (que reparará en su caso la propia jurisdicción ordinaria) pero de ningún modo podría aceptarse el supuesto de oposición (reiterada o no) a la misma.

Un planteamiento similar me sugiere el supuesto contemplado de que un órgano judicial incurra en "una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional". Debemos recordar que en tal caso asistiríamos a un incumplimiento por el órgano judicial de una obligación que le viene impuesta por imperativo legal. Tal actitud no podría quedar sin respuesta de ningún órgano jurisdiccional y en última instancia, si no se hubiera reparado en vía ordinaria, de este Tribunal. De todos modos este supuesto lo que realmente pone en cuestión no es tanto la especial trascendencia constitucional de la demanda de amparo, que la tiene, como la rebeldía manifiesta del órgano judicial (art. 5.1 LOPJ).

7. El último supuesto recogido en la señalada relación resulta ser una verdadera cláusula abierta: "cuando el caso suscitado, sin estar incluido en ninguno de los supuestos anteriores, trascienda del caso concreto porque plantee una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica o tenga consecuencias políticas generales". De este modo se deja la puerta abierta al juego de las excepciones como pueden ser, "aunque no exclusivamente", determinados amparos electorales o parlamentarios, tal como se dice en la Sentencia.

Desde mi punto de vista la tutela de los derechos fundamentales no permite excepciones por razón de que los casos se refieran a intereses económicos, sociales o políticos. Lo anterior representaría introducir una discriminación política en razón de un pretendido interés superior cuando lo que ha querido la Constitución española es precisamente proteger el derecho individual y de la persona -como hemos dicho desde nuestra primera Sentencia, 1/1981, de 26 de enero, FJ 2-, que es el más vulnerable de todos ellos y el que, por desgracia, la Historia del Derecho nos demuestra que ha resultado ser el menos atendido, razón por la cual una nueva concepción de los derechos fundamentales rige en los ordenamientos jurídicos internos, en correspondencia con los acuerdos, tratados y convenios internacionales surgidos al amparo de la Declaración universal de derechos humanos a los que nuestra Constitución llama en el pórtico de su título I (art. 10.2).

Este es, pues, el sentido de mi voto concurrente.

Madrid, a veinticinco de junio de dos mil nueve.

Voto particular que formula el Magistrado don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez a la Sentencia del Pleno que resuelve el recurso de amparo núm. 7329-2008.

1. En el ejercicio de la facultad conferida por el art. 90.2 LOTC expreso mi discrepancia con la Sentencia aprobada en el presente proceso de amparo, que aborda el viejo problema de los límites de la potestad jurisdiccional en el ejercicio del ius puniendi. Como es de general conocimiento, el proceso penal que en nuestro Ordenamiento instauró la Ley de enjuiciamiento criminal de 1882 se adscribe al denominado sistema acusatorio mixto, ofreciendo una regulación ejemplar para su época, hasta el punto de que, una vez tras otra, cuando en el trascurso del tiempo se han denunciado las carencias de nuestro proceso penal, ha sido una constante la invocación del espíritu de nuestra centenaria Ley. Su exposición de motivos evidencia cómo el modo de entender el denominado principio acusatorio fue una preocupación capital de los redactores de la Ley. Y a este Tribunal Constitucional se debe no poco de la encomiable labor de que el principio acusatorio haya recobrado su adecuada dimensión, cuya erosión era cierta al tiempo de producirse el advenimiento del actual régimen constitucional.

El principio acusatorio tiene muy diversas manifestaciones, siendo examinada por la Sentencia del Pleno la precisa cuestión referida a las facultades del Juez o Tribunal en la fijación de la concreta pena que haya de imponerse a quien sea declarado responsable penal de los hechos enjuiciados. Hasta este

momento, nuestra doctrina afirmaba que la vinculación del Juez a los hechos y a su calificación jurídica no impedía que pudieran imponerse penas superiores a las solicitadas por las acusaciones, siempre dentro de los límites de la señalada por la ley al tipo penal correspondiente, cuando la calificación como tal de los hechos, y los hechos mismos, hubieran sido objeto del correspondiente debate.

A partir de ahora, "un pronunciamiento judicial más allá de la concreta pretensión punitiva de la acusación supone que el órgano judicial invada y asuma competencias reservadas constitucionalmente a las acusaciones ya que estaría condenando al margen de lo solicitado por los legitimados para delimitar la pretensión punitiva, lo que llevaría a una pérdida de su posición de imparcialidad y a la lesión del derecho a un proceso con todas las garantías". En consecuencia, la elección de la pena que haya de imponerse -cuando el legislador prevea penas alternativas- o la ponderación de la duración o de la cuantía de la pena que deba fijarse dentro de los márgenes legales, ha dejado de encomendarse al prudente arbitrio judicial, desplazándose en gran medida tal facultad a las partes acusadoras, singularmente el Ministerio Fiscal.

Nada habría de objetar, por mi parte, si el constituyente, o al menos el legislador, así lo hubiera dispuesto; tampoco si la jurisdicción ordinaria encuentra necesaria o conveniente esa limitación del ejercicio del ius puniendi. Lo que me parece inadecuado es hacer derivar directamente de nuestra Constitución tal desapoderamiento de facultades jurisdiccionales, como si fuera una consecuencia ineludible de nuestro sistema de garantías constitucionales.

2. La Sentencia aprobada vincula la exacerbación del principio acusatorio a la deseable imparcialidad del juzgador y a que éste no invada y asuma facultades reservadas constitucionalmente a las partes. Ninguna de estas razones me convence.

Ciertamente, la imparcialidad del Juez es una garantía constitucional que se proyecta sobre todas las fases del proceso. También cuando, una vez celebrado el juicio, se entra en el momento de valorar las pruebas y tomar en consideración las alegaciones de las partes. El resultado de este acto intelectual se concreta en un pronunciamiento que estimará o desestimará, total o parcialmente, las pretensiones de las partes. ¿Pierde su imparcialidad el Juez en ese momento? ¿Padece la garantía de imparcialidad porque el Juez falle a favor o en contra de los pedimentos de una parte? No parece que así sea. Pues bien, la fijación de la pena pertenece a este momento procesal. ¿Puede, realmente, decirse que el Juez ha perdido la imparcialidad en el momento en que concreta la pena? No me lo parece.

En realidad, el problema debe situarse, no en el campo de la imparcialidad, sino en el de las facultades del órgano jurisdiccional en el ejercicio del ius puniendi. En este sentido, la Sentencia sostiene que si el Juez o Tribunal penal impone una pena prevista en la ley pero superior a la pedida por las partes acusadoras, invade y asume competencias reservadas constitucionalmente a las acusaciones.

Pero cabe preguntarse ¿cuando el legislador admite que un mismo hecho sea castigado con una pena o con otra alternativa, cuando permite la sustitución de una pena por otra, cuando fija unos márgenes de duración o cuantía, cuando, en definitiva, establece un ámbito de prudente arbitrio atendidas las circunstancias del caso: se dirige al Juez o a las partes acusadoras? ¿Puede realmente sostenerse que de nuestra Constitución deriva inexorablemente que esa función no es propia de los Jueces? ¿Acaso no puede todo Tribunal apreciar una circunstancia eximente o atenuante aun no habiendo sido alegada por las partes? ¿No puede cualquier Juez absolver pese a que las partes hayan llegado a una conformidad? ¿Acaso no puede condenar por un delito distinto al solicitado por la acusación siempre que sea homogéneo con él y no implique una pena diferente de superior gravedad?

Salvadas las circunstancias derivadas de la evolución que nuestro proceso penal ha experimentado, vienen al caso estas palabras de don Manuel Alonso Martínez que forman parte de la exposición motivos de la Ley de enjuiciamiento criminal: "Está bien que en los procesos civiles el Tribunal tenga la obligación de absolver o condenar, así como también la de ajustar estrictamente su fallo a los términos en que las partes hayan planteado el problema litigioso, o sea, la acción ejercitada por el demandante y las excepciones formuladas por el demandado; porque las cuestiones que en esos procesos se ventilan son de mero interés privado, y porque, además, no es raro que pueda subsanarse total o parcialmente en un nuevo proceso el error padecido al entablar la acción, para lo cual suelen hacerse reservas de derecho en la sentencia a favor del condenado; pero en los procesos criminales, que pueden incoarse de oficio, están siempre en litigio el interés social y la paz pública; y teniendo el Tribunal la obligación de condenar o absolver libremente, sin reserva alguna y sin que le sea lícito abrir un nuevo procedimiento sobre el mismo hecho ya juzgado, es violento torturar la conciencia de los Magistrados que le forman hasta el punto de colocarles en la dura alternativa de condenar al acusado a sabiendas de que faltan a la Ley o cometen una nulidad, a absolverle con la convicción de que es criminal, dejando que insulte con su presencia y aire de triunfo a la víctima y su familia tan sólo porque el Ministerio público no ha sabido o no ha querido calificar el delito con arreglo a su naturaleza y a las prescripciones del Código Penal. De todas suertes, es innegable que, llevados a tal exageración el sistema acusatorio y la pasividad de los Tribunales, éstos abdican en el Fiscal, en cuyas manos queda toda entera la justicia".

Estas palabras, redactadas con el fin de justificar la ya capitidismínuida facultad que el art. 733 LECrim atribuyó a los órganos sentenciadores, tienen el acierto de destacar la singularidad del ámbito penal, fuertemente condicionado por el principio de legalidad. También yo creo que no se causa indefensión alguna cuando un Tribunal -respetando el marco de los hechos aducidos y de la calificación formulada por las acusaciones, debidamente debatidos en juicio- fija la pena dentro de los márgenes establecidos por la ley. Con la ventaja de que el ejercicio de esa facultad -sin duda de un uso excepcional- cuando esté debidamente motivado es susceptible de control a través de los cauces impugnatorios que en cada caso procedan; a diferencia de la decisión de las partes acusadoras a este respecto, que está exenta de todo control.

En este sentido creo que debe destacarse que la Sentencia elude una cuestión, de mayor calado que la resuelta pero tal íntimamente unida a ella que no debió guardarse silencio sobre la misma. Me refiero al supuesto de que las partes acusadoras omitan solicitar una pena de preceptiva imposición o cuando la pedida no alcance la duración o cuantía fijadas por la ley. Creo que debió dejarse sentado que en tales casos -como tiene acordado la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en Pleno de 27 de noviembre de 2007- lo procedente es que el Juez o Tribunal imponga, en todo caso, la pena mínima establecida para el delito objeto de condena.

En última instancia, la vinculación del Ministerio Fiscal al poder ejecutivo y la circunstancia de que su actuación esté afectada no sólo por los principios de legalidad e imparcialidad sino también por los de unidad de actuación y dependencia jerárquica (art. 2.1 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el estatuto orgánico del Ministerio Fiscal) debe sopesarse siempre que -como en la Sentencia aprobada- se produzca, una vez más, una erosión de las facultades de los órganos judiciales penales a favor del Ministerio Fiscal, lo cual, respondiendo a un modelo cuya defensa me parece perfectamente sostenible, no creo, sin embargo, que sea el único que admita nuestra Constitución.

Por estas razones, disiento.

Madrid, a veinticinco de junio de dos mil nueve.

EXPEDIENTE VARIOS 912/2010.

PONENTE: MARGARITA BEATRIZ LUNA RAMOS.

ENCARGADO DEL ENGROSE: JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ.

**SECRETARIOS: RAÚL MANUEL MEJÍA GARZA Y
LAURA PATRICIA ROJAS ZAMUDIO.**

México, Distrito Federal. Acuerdo del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, correspondiente al día catorce de julio de dos mil once.

V I S T O para resolver el expediente “varios” 912/2010, relativo a la instrucción ordenada por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la resolución de fecha siete de septiembre de dos mil diez, dictada dentro del expediente “varios” 489/2010; y

I. TRÁMITE:

1. El nueve de febrero de dos mil diez se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Acuerdo por el que se ordena la publicación de los párrafos uno a siete, cincuenta y dos a sesenta y seis, y ciento catorce a trescientos cincuenta y ocho de la sentencia emitida el veintitrés de noviembre de dos mil nueve, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Radilla Pacheco contra los Estados Unidos Mexicanos.
2. Mediante escrito presentado el veintiséis de mayo de dos mil diez, en la Oficina de Certificación Judicial y Correspondencia de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, su Presidente, con fundamento en el párrafo segundo de la fracción II del artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, formuló una solicitud al Tribunal Pleno

para que determinara el trámite que deba corresponder a la sentencia tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como los criterios emitidos por el Poder Judicial de la Federación al interpretarlos y acudir a los criterios interpretativos de la Corte Interamericana para evaluar si existe alguno que resulte más favorecedor y procure una protección más amplia del derecho que se pretende proteger. Esto no prejuzga sobre la posibilidad de que sean los criterios internos aquellos que cumplan de mejor manera con lo establecido por la Constitución en términos de su artículo 1º, lo cual tendrá que valorarse caso por caso a fin de garantizar siempre la mayor protección de los derechos humanos.

22. SEXTO. Obligaciones concretas que debe realizar el Poder Judicial.

Derivado de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Rosendo Radilla, resultan las siguientes obligaciones para el Poder Judicial como parte del Estado mexicano, aclarando que aquí únicamente se identifican de manera enunciativa y serán desarrolladas en los considerandos subsecuentes:

- A) Los Jueces deberán llevar a cabo un Control de convencionalidad *ex officio* en un modelo de control difuso de constitucionalidad.
- B) Deberá restringirse la interpretación del fuero militar en casos concretos.
- C) El Poder Judicial de la Federación deberá implementar medidas administrativas derivadas de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Radilla Pacheco.

23. **SÉPTIMO. Control de convencionalidad ex officio en un modelo de control difuso de constitucionalidad.** Una vez que hemos dicho que las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las que el Estado mexicano haya sido parte son obligatorias para el Poder Judicial en sus términos, hay que pronunciarnos sobre lo previsto en el párrafo 339 de la sentencia de la Corte Interamericana que establece lo siguiente:

“339. En relación con las prácticas judiciales, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un ‘control de convencionalidad’ ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.”

24. Lo conducente ahora es determinar si el Poder Judicial debe ejercer un control de convencionalidad ex officio y cómo es que debe realizarse este control, ya que en cada Estado se tendrá que adecuar al modelo de control de constitucionalidad existente.
25. En este sentido, en el caso mexicano se presenta una situación peculiar, ya que hasta ahora y derivado de una interpretación jurisprudencial, el control de constitucionalidad se ha ejercido de manera exclusiva por el Poder Judicial Federal mediante los mecanismos de amparo, controversias y acciones de inconstitucionalidad. De manera expresa, a estos medios de control, se adicionó el que realiza el Tribunal Electoral mediante reforma constitucional de primero de julio de dos mil ocho, en

el sexto párrafo del artículo 99 de la Constitución Federal, otorgándole la facultad de no aplicar las leyes sobre la materia contrarias a la Constitución. Así, la determinación de si en México ha operado un sistema de control difuso de la constitucionalidad de las leyes en algún momento, no ha dependido directamente de una disposición constitucional clara sino que, durante el tiempo, ha resultado de distintas construcciones jurisprudenciales³.

³ En abril de 1919, el criterio del Tribunal Pleno era que todas las leyes que se opusieran a lo dispuesto en la Constitución no debían ser obedecidas por ninguna autoridad, éste criterio se expresaba en la tesis de rubro: "CONSTITUCIÓN, IMPERIO DE LA" (registro IUS 289, 870). En mayo de 1934, la Segunda Sala, estableció una tesis aislada con el rubro: "CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY" (número de registro IUS 336,181), la cual reflejaba un criterio consistente en que conforme con el artículo 133 de la Constitución Federal, todos los jueces de la República tenían la obligación de sujetar sus fallos a los dictados de la misma, a pesar de las disposiciones que en contrario pudieran existir en otras leyes secundarias. Al año siguiente, en agosto de mil novecientos treinta y cinco, la misma Sala señaló que los únicos que pueden determinar la inconstitucionalidad de algún precepto son los tribunales de la Federación, al emitir la tesis aislada de rubro: "LEYES DE LOS ESTADOS, CONTRARIAS A LOS PRECEPTOS CONSTITUCIONALES" (número de registro IUS 335,247). Cuatro años después, en febrero de 1939, la Tercera Sala de la Corte, determinó en un criterio aislado que la observancia del artículo 133 de la Constitución Federal es obligatoria para los jueces locales de toda categoría, el rubro de la tesis es: "LEYES, CONSTITUCIONALIDAD DE LAS" (número de registro IUS 356,069). Posteriormente, en abril de 1942, la Segunda Sala se pronuncia nuevamente en el sentido de que todas las autoridades del país deben observar la Constitución a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en otras leyes, las tesis tienen como rubro: "CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES, COMPETENCIA DEL TRIBUNAL FISCAL PARA EXAMINARLA Y ESTATUIR SOBRE ELLAS" (registro IUS 326,678) y "CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY DEL IMPUESTO AL SUPERPROVECHO COMPETENCIA DEL TRIBUNAL FISCAL PARA DECIDIR SOBRE ELLA" (Registro IUS 326, 642). En el año de 1949 la misma Segunda Sala emite un criterio contrario a los anteriores, en donde vuelve a sostener que solo las autoridades judiciales de la Federación puede conocer de los problemas de "anticonstitucionalidad", la tesis tiene como rubro: "LEYES, CONSTITUCIONALIDAD DE LAS" (registro IUS 320,007). En septiembre de 1959, la Segunda Sala consideró que la vía adecuada para resolver los problemas sobre la oposición de una ley secundaria y la Constitución era el juicio de amparo, la tesis tiene como rubro: "CONSTITUCION Y LEYES SECUNDARIAS, OPOSICIÓN EN LAS" (registro IUS 268, 130). En 1960 la Tercera Sala resuelve que si bien las autoridades judiciales del fuero común no pueden hacer declaratorias de inconstitucionalidad de leyes, en observancia al artículo 133 están obligadas a aplicar en primer término la Constitución Federal cuando una ley ordinaria la contravenga directamente, la tesis es de rubro: "CONSTITUCIÓN. SU APLICACIÓN POR PARTE DE LAS AUTORIDADES DEL FUERO COMÚN CUANDO SE ENCUENTRA CONTRAVENIDA POR UNA LEY ORDINARIA" (registro IUS 270, 759). En septiembre de 1968, la Tercera Sala emite un criterio en el que considera que sólo el Poder Judicial de la Federación puede calificar la constitucionalidad de las leyes a través del juicio de amparo, el rubro es: "CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES, EXÁMEN DE LA, IMPROCEDENTE, POR LA AUTORIDAD JUDICIAL COMÚN" (número de registro IUS 269,162). En agosto de 1971, la Tercera Sala se pronunció en el sentido de que todas las autoridades judiciales deben apegar sus resoluciones a la Constitución, la tesis tiene el rubro: "LEYES, CONSTITUCIONALIDAD DE LAS. SU VIOLACIÓN ALEGADA ANTE EL TRIBUNAL DE APELACIÓN" (número de registro IUS 242, 149). En junio de 1972, la Tercera Sala consideraba que el examen de la constitucionalidad de las leyes solamente estaba a cargo del Poder Judicial Federal a través del juicio de amparo, el rubro de la tesis es: "CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES, EXAMEN DE LA, IMPROCEDENTE POR LA AUTORIDAD JUDICIAL COMÚN" (registro

IUS 242, 028).

Ya en la novena época y mediante criterio plenario emitido en mayo de mil novecientos noventa y cinco, reiterado en junio de mil novecientos noventa y siete y en tres precedentes de mil novecientos noventa y ocho, se determinó que el artículo 133 de la Constitución no autoriza el control difuso de la constitucionalidad de normas generales, la tesis es la P./J. 74/99 y lleva por rubro: "CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO

26. En otro aspecto, el diez de junio de dos mil once se publicó en el Diario Oficial de la Federación la reforma al artículo 1º de la Constitución Federal para quedar, en sus primeros tres párrafos, como sigue:

"En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales en la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar, los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad, y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos en los términos que establezca la ley (W)".

27. De este modo, todas las autoridades del país, dentro del ámbito de sus competencias, se encuentran obligadas a velar no sólo por los derechos humanos contenidos en los instrumentos internacionales firmados por el Estado mexicano, sino también por los derechos

AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN". Este criterio se reitera mediante la tesis plenarios P./J. 73/99 de rubro: "CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN. ES ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN". En agosto de dos mil cuatro, la Segunda Sala reitera el criterio en la tesis de jurisprudencia 2ª./J. 109/2004 de rubro: "CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. EL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA CARECE DE COMPETENCIA PARA PRONUNCIARSE SOBRE LOS VICIOS DE CONSTITUCIONALIDAD QUE EN LA DEMANDA RESPECTIVA SE ATRIBUYAN A UNA REGLA GENERAL ADMINISTRATIVA".

En la misma novena época, esta Suprema Corte de Justicia al resolver la Contradicción de Tesis 2/2000, emitió la tesis P./J. 23/2002 de rubro: "TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. CARECE DE COMPETENCIA PARA PRONUNCIARSE SOBRE INCONSTITUCIONALIDAD DE LEYES", la que quedó posteriormente sin efecto por la reforma constitucional al artículo 99 publicada el 13 de noviembre de 2007 en el Diario Oficial en la que se facultó a las Salas del Tribunal Electoral para inaplicar leyes electorales contrarias a la Constitución. humanos contenidos en la Constitución Federal, adoptando la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate, lo que se entiende en la doctrina como el principio pro persona.

28. Estos mandatos contenidos en el nuevo artículo 1º constitucional, deben leerse junto con lo establecido por el diverso artículo 133 de la Constitución Federal para determinar el marco dentro del que debe realizarse este control de convencionalidad, lo cual claramente será distinto al control concentrado que tradicionalmente operaba en nuestro sistema jurídico¹.

29. Es en el caso de la función jurisdiccional, como está indicado en la última parte del artículo 133 en relación con el artículo 1º en donde los jueces están obligados a preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales, aun a pesar de las disposiciones en contrario establecidas en cualquier norma inferior. Si bien los jueces no pueden hacer una declaración general sobre la invalidez o expulsar del orden jurídico las normas que consideren contrarias a los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados (como sí sucede en las vías de control directas establecidas expresamente en los artículos 103, 107 y 105 de la Constitución), sí están obligados a dejar de aplicar estas normas inferiores dando

¹ Artículo 133: "Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados".

preferencia a los contenidos de la Constitución y de los tratados en esta materia.

30. De este modo, el mecanismo para el control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos debe ser acorde con el modelo general de control establecido constitucionalmente, pues no podría entenderse un control como el que se indica en la sentencia que analizamos si el mismo no parte de un control de constitucionalidad general que se desprende del análisis sistemático de los artículos 1º y 133 de la Constitución y es parte de la esencia de la función judicial.
31. El parámetro de análisis de este tipo de control que deberán ejercer todos los jueces del país, se integra de la manera siguiente:
- Todos los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal (con fundamento en los artículos 1º y 133), así como la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación;
 - Todos los derechos humanos contenidos en Tratados Internacionales en los que el Estado mexicano sea parte.²
 - Criterios vinculantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos establecidos en las sentencias en las que el Estado mexicano haya sido parte, y criterios orientadores de la jurisprudencia y precedentes de la citada Corte, cuando el Estado mexicano no haya sido parte.

² Los tratados competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos establecida en el mismo texto de los tratados o mediante jurisprudencia de la misma Corte, son los siguientes: Convención Americana sobre Derechos Humanos; Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; Párrafo a) del artículo 8 y en el artículo 13 del Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador"; Artículo 7 Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención De Belém Do Pará"; Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; y, Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.

32. Esta posibilidad de inaplicación por parte de los jueces del país en ningún momento supone la eliminación o el desconocimiento de la presunción de constitucionalidad de las leyes, sino que, precisamente, parte de esta presunción al permitir hacer el contraste previo a su aplicación.

33. De este modo, este tipo de interpretación por parte de los jueces presupone realizar tres pasos:
 - A) Interpretación conforme en sentido amplio. Ello significa que los jueces del país, al igual que todas las demás autoridades del Estado mexicano, deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.
 - B) Interpretación conforme en sentido estricto. Ello significa que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquélla que hace a la ley acorde a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado mexicano sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos.
 - C) Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles. Ello no afecta o rompe con la lógica del principio de división de poderes y del federalismo, sino que fortalece el papel de los jueces al ser el último recurso para asegurar la primacía y aplicación efectiva de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales el Estado mexicano es parte.

34. Actualmente existen dos grandes vertientes dentro del modelo de control de constitucionalidad en el orden jurídico mexicano que son acordes con un modelo de control de convencionalidad en los términos apuntados. En primer término, el control concentrado en los órganos del Poder Judicial de la Federación con vías directas de control: acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y amparo directo e indirecto; en segundo término, el control por parte del resto de los jueces del país en forma incidental durante los procesos ordinarios en los que son competentes, esto es, sin necesidad de abrir un expediente por cuerda separada.

35. Finalmente, es preciso reiterar que todas las autoridades del país en el ámbito de sus competencias tienen la obligación de aplicar las normas correspondientes haciendo la interpretación más favorable a la persona para lograr su protección más amplia, sin tener la posibilidad de inaplicar o declarar la incompatibilidad de las mismas.

36. Ambas vertientes de control se ejercen de manera independiente y la existencia de este modelo general de control no requiere que todos los casos sean revisables e impugnables en ambas. Es un sistema que, como hemos visto, es concentrado en una parte y difuso en otra y que permite que sean los criterios e interpretaciones constitucionales, ya sea por declaración de inconstitucionalidad o por inaplicación, los que finalmente fluyan hacia la Suprema Corte para que sea ésta la que determine cuál es la interpretación constitucional que finalmente debe prevalecer en el orden jurídico nacional. Puede haber ejemplos de casos de inaplicación que no sean revisables en las vías directas o concentradas de control, pero esto no hace inviable la otra vertiente del modelo general. Provoca que durante su operación, la misma Suprema Corte y el Legislador revisen respectivamente los criterios y normas que establecen las condiciones de procedencia en las vías directas de

control para procesos específicos y evalúen puntualmente la necesidad de su modificación (véase el modelo siguiente).

Modelo general de control de constitucionalidad y convencionalidad

Tipo de control	Órgano y medios de control	Fundamento constitucional	Posible Resultado	Forma
<u>Concentrado:</u>	Poder Judicial de la Federación (tribunales de amparo): a) Controversias Constitucionales y Acciones de Inconstitucionalidad. b) Amparo Indirecto c) Amparo Directo	105, fracciones I y II 103, 107, fracción VII 103, 107, fracción IX	Declaración de inconstitucionalidad con efectos generales o interpartes No hay declaratoria de inconstitucionalidad	Directa
<u>Control por determinación constitucional específica:</u>	a) Tribunal Electoral en Juicio de revisión constitucional electoral de actos o resoluciones definitivos y firmes de las autoridades electorales locales en organización y calificación de comicios o controversias en los mismos b) Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación		No hay declaración de inconstitucionalidad, sólo inaplicación	Directa e incidental ³

³ Esta forma incidental de ningún modo implica la apertura de un expediente por cuerda separada, sino que debe entenderse como la posibilidad de inaplicación durante el proceso correspondiente.

<u>Difuso:</u>	a) Resto de los tribunales a. Federales: Juzgados de Distrito y Tribunales Unitarios de proceso federal y Tribunales Administrativos b. Locales: Judiciales, administrativos y electorales	1°, 133, 104 y derechos humanos en tratados 1°, 133, 116 y derechos humanos en tratados	No hay declaración de inconstitucionalidad, sólo inaplicación	Incidental*
<u>Interpretación más favorable:</u>	Todas las autoridades del Estado mexicano	Artículo 1° y derechos humanos en tratados	Solamente interpretación aplicando la norma más favorable a las personas sin inaplicación o declaración de inconstitucionalidad	Fundamentación y motivación.