

Tohil

REVISTA JURÍDICA DE LA FACULTAD DE DERECHO



DIRECTORIO Tohil

DIRECTOR GENERAL

Dr. Carlos Alberto Macedonio Hernández

EDITOR

Abog. Marisol Camacho Ancona

CONSEJO EDITORIAL

Mtra. Lucely Martina Carballo Solís

Mtra. Socorro Guillermo Aguilar

Abog. Jorge Enrique Rivero Aguilar

Mtro. Stephen Urbina Rodríguez

Mtro. Pedro Berzunza Castilla

Mtra. Melba Angelina Méndez Fernández

Dr. José Zaragoza Huerta (Universidad Autónoma de Nuevo León)

Dr. Michel Núñez Torres (Universidad Autónoma de Nuevo León)

Dr. Serafín Ortiz Ortiz (Universidad Autónoma de Tlaxcala)

Dr. Genaro Carnero Roque (Universidad Autónoma de Tlaxcala)

DISEÑO GRÁFICO

LCC. Iyiro Gallegos Berzunza

LCS. Miguel Ángel Valdez Esquivel

Colaboradores.

Layla Harris Domoney

María José May Solís

Tohil, Año 16, No. 37, julio - diciembre de 2015, es una publicación semestral editada por la Universidad Autónoma de Yucatán, a través de la Facultad de Derecho, Km. 1 Carretera Mérida-Tizimín Cholul, C.P. 97305, Mérida, Yucatán, México, tel. 999 982242. <http://www.derecho.uady.mx/tohil/>, marisol.camacho@correo.uady.mx. Editor Responsable, Marisol Camacho Ancona. Reservas de Derechos al Uso Exclusivo 04-2013-031117380400-102, ISSN 2007-6673, ambos otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Licitud de Título y Contenido en trámite. Permiso SEPOMEX en trámite. Publicación impresa por Grupo Impresor Unicornio, S.A de C.V., Facultad de Derecho, Km. 1 Carretera Mérida-Tizimín Cholul, C.P. 97305, Mérida, Yucatán, México. Este número se terminó de imprimir en diciembre de 2015 con un tiraje de 200 ejemplares.

Las opiniones expresadas por los autores no necesariamente reflejan la postura del editor ni de la Institución. Queda totalmente prohibida la reproducción total o parcial de los contenidos e imágenes de la publicación sin previa autorización de la Dirección de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Yucatán.

ÍNDICE

EDITORIAL

CRITERIOS RELEVANTES DE LA SUPREMA CORTE DE
JUSTICIA DE LA NACIÓN EN ASUNTOS DE FAMILIA
Ministra Olga Sánchez Cordero

VALORES Y JUICIO CONSTITUCIONALES
Dr. Rubén Sánchez Gil

UN MODELO DE CONTROL JUDICIAL DIFUSO DE
CONVENCIONALIDAD Y DE CONSTITUCIONALIDAD
PARA LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-
ADMINISTRATIVA IBEROAMERICANA (NOTAS)
Dr. Gumesindo García Morelos

LA DECLARATORIA GENERAL DE
INCONSTITUCIONALIDAD Y LA ACCIÓN DECLARATIVA
DE INCONSTITUCIONALIDAD DERECHO
COMPARADO MÉXICO-ARGENTINA
Mtra. Jéssica Calderón García
Mtro. Franklin Ruiz Gordillo

ENTREVISTA
DERECHO Y ÉTICA
DR. ADRIÁN RENTERÍA DÍAZ



EDITORIAL

La Revista Tohil, correspondiendo a la profusa labor que le ha permitido instituirse como un medio de divulgación científica para el profesional del Derecho, integra en el presente volumen 37, artículos doctrinarios de gran relevancia. Este número como los anteriores, presenta colaboraciones arbitradas que permiten conservar la calidad científica de las publicaciones de la Facultad de Derecho a través de ésta, su revista especializada, que continúa potenciando nuevas producciones que atiendan a la necesidad de actualización constante en la materia jurídica.

El primer artículo presenta la conferencia magistral de la ministra Olga Sánchez Cordero en la cual, tras una visita a esta Ciudad de Mérida, Yucatán a mediados del año en curso, aborda de manera sustanciosa temas de Derecho familiar. En dicha conferencia expuso los *criterios relevantes de la Suprema Corte de Justicia en asuntos de familia*, permitiendo a los asistentes al evento, y a los ahora lectores de la presente, instruirse sobre los nuevos pronunciamientos del Máximo Tribunal en temas como divorcio; patria potestad y custodia; pensión alimenticia; así como en la participación de niños y niñas en los procedimientos judiciales.

Posteriormente, con el título “*Valores y juicio constitucionales*” un investigador de nuestra Casa de Estudios, trata sobre la jurisdicción constitucional de la teoría axiológica, comenzando con la exposición del aspecto filosófico y normativo de los valores, la relación de éstos con la teoría constitucional en la interpretación conforme, el drittwirkung y el principio de proporcionalidad; y finalmente la relación de los referidos valores y juicio constitucionales con la teoría fundamental de los Derechos Humanos; lo que lo convierte en un texto interesante para leer.

Las consideraciones doctrinales y jurisprudenciales del derecho procesal administrativo son retomadas por otro destacado investigador, quien expone en este número algunas notas sobre el *control judicial difuso de convencionalidad y de constitucionalidad para la jurisdicción contencioso-administrativa iberoamericana* como un medio de protección judicial de los ciudadanos en contra de los tres poderes del Estado.

Continuando con la relevancia del tema, el control de constitucionalidad, que constituye una garantía judicial de alta importancia para cualquier Estado democrático de derecho, se presenta el siguiente artículo tratando con detenimiento el mencionado medio de protección desde diversos aspectos relacionados con la declaratoria general de inconstitucionalidad y la acción declarativa de inconstitucionalidad en los países de México y Argentina.

A su vez, se invita a leer la entrevista con el Dr. Adrián Rentería Díaz, Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, misma que atiende al tópico Derecho y Ética.

Finalmente la Universidad Autónoma de Yucatán, a través de la Facultad de Derecho, se enorgullece en presentar una producción más de su revista *Tohil*, que espero sea del distinguido interés de sus lectores.

Dr. Carlos Alberto Macedonio Hernández
Director de la Facultad de Derecho

CRITERIOS RELEVANTES DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN EN ASUNTOS DE FAMILIA¹

MINISTRA OLGA SÁNCHEZ CORDERO DE VILLEGAS

En primer término, quiero agradecer la oportunidad que me brindan de compartir con ustedes algunos criterios sustentados por nuestro Máximo Tribunal en torno a temas relacionados con la familia.

Es importante señalar que nuestro Máximo Tribunal en aplicación al nuevo paradigma de derechos humanos, ha considerado los derechos de los diversos tipos de familia que hoy existen y no sólo los de la tradicional familia nuclear compuesta de papá, mamá e hijos, en donde la madre era cuidadora única de los hijos y sólo el padre era el proveedor, pues además, la Corte en la emisión de sus criterios ha buscado la eliminación de estereotipos de género.

El paradigma de derechos humanos que antes señalé, conforme a la reforma constitucional en materia de derechos humanos publicada en el Diario Oficial de la Federación el diez de junio de dos mil once, se integra, con los derechos establecidos en la propia Constitución, pero además, con los derechos fundamentales contenidos en los tratados internacionales en los que México es parte.

Así, el propio texto de la Norma Fundamental prevé que las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con la misma Constitución y con los tratados internacionales de la materia, favoreciendo en todo tiempo a las personas en la protección más amplia, además que todas las autoridades del país en el ámbito de sus competencias, están obligadas a promover, respetar, proteger y garantizar tales derechos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

Hay otra reforma constitucional a la que quiero referirme, es la relativa al artículo 4° constitucional, publicada el día doce de octubre del año

¹ Conferencia impartida en la Casa de la Cultura Jurídica "Ministro Rafael Matos Escobedo" Mérida, Yucatán 19 de junio de 2015

dos mil doce, con la que se integró el interés superior de la niñez al propio texto constitucional, estableciéndose como obligación del Estado, la de velar y cumplir la observancia de tal principio en todas sus decisiones y actuaciones, garantizando de manera plena los derechos de las niñas y niños.

Derivado de las mencionadas reformas constitucionales, hoy, el papel de los diversos órganos jurisdiccionales, consiste en buscar la expansión de los valores que inspiran no sólo a la Constitución, sino a los derechos humanos contenidos en tratados internacionales.

A continuación, les relataré algunos criterios relacionados con *divorcio*.

- La Primera Sala de nuestro Máximo Tribunal, al resolver el pasado veintidós de octubre, el amparo directo en revisión 1819/2014 cuya ponencia me correspondió, sostuvo que el divorcio sin expresión de causa, donde es suficiente la solicitud unilateral de la disolución del matrimonio para que el juez la decrete aun sin causa para ello, donde incluso no importa la oposición del otro consorte, constituye una forma del derecho al libre desarrollo de la personalidad, pues decidir no continuar casado y cambiar de estado civil, constituye la forma en que el individuo desea proyectarse y vivir su vida, es decir, el modo en que decide de manera libre y autónoma su proyecto de vida; que en esas condiciones, la disolución del vínculo matrimonial por parte del Estado constituye sólo el reconocimiento de éste de una situación de hecho respecto de la desvinculación de los cónyuges.

En ese mismo asunto, se señaló que el legislador del Estado de Coahuila, al haber establecido dentro de su ordenamiento adjetivo y sustantivo familiar, el divorcio sin expresión de causa, atendió a la obligación que tiene todas las autoridades del Estado Mexicano de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, establecida en el párrafo tercero del artículo 1° constitucional, considerando que con la simple manifestación de la voluntad de uno solo de los cónyuges de no seguir casado, se ejerce el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

También ahí se dijo que si bien pudiera estimarse que el artículo 582 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Coahuila impo-

ne una restricción a los derechos fundamentales de audiencia y debido proceso, como pudiera ser que al cónyuge que no solicitó el divorcio se le prive, sin ser oído y vencido en juicio, de diversos derechos como su estado civil, derecho a heredar, a percibir alimentos, y a la seguridad social, lo cierto es que tal restricción atiende a una finalidad constitucionalmente válida, pues es razonable y proporcional, idónea y justamente necesaria para garantizar el derecho a la dignidad humana en su vertiente de libre desarrollo de la personalidad.

- En diciembre de dos mil doce, resolvimos la contradicción de tesis 416/2012, en la que se estableció que la mujer que demanda de su cónyuge pago de alimentos, con el argumento de que se dedicó preponderantemente al trabajo del hogar o al cuidado y educación de los hijos, tiene a su favor la presunción de necesitarlos.

A tal determinación se llegó después de considerar que si bien, conforme a diversos preceptos del Código Civil para el Estado de Veracruz, en un juicio de alimentos, el simple hecho de que la actora acredite tener el carácter de cónyuge del demandado es insuficiente para presumir que tiene necesidad de alimentos, lo cierto es que cuando la actora demanda alimentos con el argumento de que tiene necesidad de ellos porque se dedicó preponderantemente al trabajo del hogar y a la educación de los hijos, se presume que tal argumentación es cierta, ya que es un hecho innegable que en México, por la permanencia de los roles de género, la mayoría de las mujeres casadas se dedican preponderantemente a los quehaceres propios del hogar, así como al cuidado y educación de los hijos, lo cual les limita sus oportunidades de desarrollarse profesional o laboral, con lo que reducen notablemente la obtención de ingresos en comparación con los del marido; por lo que si se toma en cuenta que esa necesidad tiene como antecedente la presunción de referencia y que se sustenta en hechos negativos, corresponderá al demandado demostrar que la actora está en condiciones de satisfacer sus necesidades necesarias.

Es evidente que para sustentar tal criterio, se atendió a la asignación de roles por cuestión de género y el impacto diferenciado que provoca tal

hecho cuando se da el divorcio.

Lo mismo se ha considerado al analizarse la finalidad del mecanismo compensatorio previsto en el artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal, para el divorcio tratándose de matrimonios celebrados bajo el régimen de separación de bienes, pues se ha señalado que tal mecanismo, tiene como finalidad corregir situaciones de enriquecimiento y empobrecimiento injustos derivados de que uno de los cónyuges asume las cargas domésticas y familiares en mayor medida que el otro, ello en detrimento de sus posibilidades de desarrollo en una actividad laboral.

- En julio de dos mil doce, la Sala a la que me encuentro adscrita, al resolver la contradicción de tesis 148/2012, se pronunció en cuanto al derecho a alimentos que tienen los exconcubinos después de terminada la relación de concubinato, ello considerando que la familia más que un concepto jurídico es un concepto sociológico, por lo que es claro que el concubinato constituye una relación familiar, se dijo que si bien en los Códigos Civiles de Tamaulipas, Guerrero, y el Distrito Federal, no se prevén disposiciones para alimentos en caso de concubinato, se deben aplicar, las reglas generales que regulan dicha institución alimenticia, así como los requisitos y límites para el caso de divorcio, atendiéndose a las posibilidades del deudor alimentario, a las necesidades del acreedor, la capacidad de éste para trabajar y su situación económica, derecho que subsistirá por el tiempo que duró el concubinato y en tanto el acreedor no contraiga nupcias o se una en concubinato con otra persona.
- También la Primera Sala al resolver el pasado catorce de noviembre el amparo directo en revisión 230/2014, sustentó que ante el quebramiento de una unión de concubinato, procede la pensión compensatoria a favor de la persona que se hubiera dedicado preponderantemente a las labores del hogar y al cuidado de los hijos, toda vez que se cumplen los requisitos mínimos indispensables para que proceda la condena al pago de pensión compensatoria, pues a partir de la disolución de la relación se genera un desequilibrio económico en perjuicio de alguno de los integrantes.

En el mismo asunto también se sostuvo que la pensión compensatoria no sólo procede tratándose de quebrantamientos de matrimonios o concubinatos, sino también de uniones de hecho, siempre y cuando se acredite que se trata de una pareja que convivió de forma constante y estable, fundando la relación en la afectividad, la solidaridad y la ayuda mutua, ya que de no considerarse así, se estaría haciendo una distinción con base a una categoría sospechosa, el estado civil, que no razonable ni justificada y que coloca a este tipo de parejas en una situación de desprotección en relación a acceder a un nivel de vida adecuado.

- Recientemente, con relación a este tema, la propia Primera Sala al resolver el amparo en revisión 263/2014, cuya ponencia me correspondió, señaló que todos los beneficios tangibles e intangibles aplicables a los concubinos heterosexuales deben reconocerse a las parejas homosexuales, entre los que destacan los fiscales, los de solidaridad, los de materia de alimentos, los que se dan por causa de muerte de uno de los concubinos, los de propiedad, de toma de decisiones médicas post mortem, ahí mismo se señaló que negar a las parejas homosexuales los beneficios accesibles a las heterosexuales a través del concubinato, implica tratarlas como si fueran “ciudadanos de segunda clase”, con lo que se ofenden su dignidad como personas y su integridad.

En el mismo asunto y en el amparo en revisión 152/2013, la propia Sala, con relación al matrimonio entre personas del mismo sexo, sostuvo que las relaciones que entablan las parejas del mismo sexo pueden adecuarse perfectamente a los fundamentos actuales de la institución matrimonial y más ampliamente a los de familia, por lo que para todos los efectos relevantes, las parejas homosexuales se encuentran en una situación equivalente a las parejas heterosexuales, de tal manera que es totalmente injustificada su exclusión del matrimonio, pues no existe ninguna justificación racional para reconocerles todos los derechos fundamentales que les corresponden como individuos, y al mismo tiempo, reconocerles un conjunto incompleto de derechos cuando se conducen siguiendo su orientación sexual y se vinculan en relaciones estables de pareja,

ofendiendo con ello su dignidad como personas y su integridad.

El tema de *pensiones alimentarias* también ha sido objeto de múltiples pronunciamientos.

- La Primera Sala ha sustentado que para fijar el monto de la obligación alimentaria debe atenderse al estado de necesidad del acreedor y a las posibilidades del deudor para cumplirla, tomando en cuenta el entorno social en que éstos se desenvuelven, ya que los alimentos no sólo abarcan el poder de cubrir las necesidades precarias del acreedor, sino solventar una vida decorosa, suficiente para desenvolverse en el status aludido.

- Al resolver el dos de julio del año pasado, al contradicción de tesis 423/2012, relativa a las legislaciones del Distrito Federal y del Estado de Veracruz, la mencionada Sala estableció que tratándose de pensión alimenticia, el juez debe recabar oficiosamente las pruebas que le permitan conocer las posibilidades del deudor y las necesidades del acreedor, pues ello adquiere relevancia cuando están involucrados intereses de menores, además que tal obligación coadyuva a solucionar el problema práctico que se presenta en este tipo de asuntos en cuanto a la imposibilidad de la parte actora (acreedores alimentarios) para demostrar los ingresos del deudor alimentario y la renuncia de éste para aportar elementos para demostrar sus ingresos.

- El pasado veintidós de octubre, mi Sala, conoció del amparo directo en revisión 2293/2013, en el que al analizar el artículo 18, fracción II, del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Sonora, se determinó que si bien los efectos de las sentencias en las que se condena al pago de algo se retrotraen indefectiblemente al momento de la demanda, lo cierto es que la regla admite excepciones, como en el caso de la pensión alimenticia derivada de una sentencia de reconocimiento de paternidad, la cual debe ser retroactiva al momento del nacimiento del menor, ello, considerando el interés superior del menor y el principio de igualdad, pues la deuda alimenticia es debida a un menor desde su nacimiento, con independencia de su origen de filiación, pues el derecho a

los alimentos de los hijos nacidos fuera de matrimonio es el mismo que el de los nacidos fuera de él, es el hecho de la paternidad o maternidad y no del matrimonio de donde deriva la obligación por lo que el reconocimiento de paternidad sólo es declarativo, no atributivo, no crea la obligación alimentaria, es la existencia del nexo biológico el fundamento del derecho alimentario y no el reclamo judicial.

En dicho asunto también se señaló que para calcular el quantum de la pensión alimenticia que debe retrotraerse al nacimiento del menor, el juez debe considerar si el padre tuvo o no conocimiento del embarazo o del nacimiento y la existencia de razones justificadas por las que deba relevarse del pago de alimentos desde el nacimiento del menor.

También se señaló que el otorgamiento de dicha pensión debe realizarse con base en una perspectiva de género, ponderando el juzgador la especial situación de vulnerabilidad de una madre soltera y el contexto social discriminatorio que habitualmente rodea tanto a la mujer como al menor cuyo nacimiento es extramatrimonial.

La Suprema Corte respecto al tema de *paternidad*, ha emitido criterios relevantes, algunos de ellos, son los que paso a referir.

- En relación con el derecho del menor a conocer su identidad, nuestro Máximo Tribunal se ha pronunciado en cuanto a la forma en que el menor puede solicitar y recibir información en juicio sobre su origen, esto es, solicitando la prueba pericial del ácido desoxirribonucleico ADN de sus progenitores a que se le practiquen de manera forzada o contra su voluntad, sino sólo establece, que ante la negativa de la práctica de tal prueba, se presumirá la paternidad, salvo prueba en contrario.
- En cuanto al desconocimiento de paternidad, la Primera Sala, al resolver el cuatro de septiembre pasado el amparo directo en revisión 1321/2013, señaló que si bien conforme a la jurisprudencia, el juzgador a fin de preservar el interés de superior del menor, está facultado para recabar y desahogar de oficio las pruebas que considere necesarias, lo cierto es que en el juicio de desconocimiento de paternidad, el interés

superior del menor no guarda identificación plena con la pretensión del actor, por lo que la obligación imperiosa de otorgar una protección legal reforzada al menor, no se traduce en el desahogo, perfección ampliación o repetición oficiosa de la prueba pericial en genética molecular cuya valoración podría dejar al niño en incertidumbre filiatoria, pues a diferencia de los juicios de paternidad, en el que posiblemente un varón asuma ciertas obligaciones frente a un menor, el efecto jurídico de estimar fundada una acción de desconocimiento de paternidad será la destrucción del vínculo filial, con la ulterior privación de los derechos alimentarios y hereditarios a cargo del presunto padre, así como de los lazos que vinculan al menor con sus parientes.

Esta determinación tuvo sustento en la debida protección hacia el menor, que pudo haber desarrollado una confianza legítima y pertenencia hacia el cónyuge varón a partir de un vínculo de años, y en la materialización de su interés superior, que involucra una pluralidad de derechos y lazos afectivos valiosos para su formación.

Nuestro Máximo Tribunal también ha realizado diversos pronunciamientos con relación a la *patria potestad y a la custodia*.

- En la contradicción de tesis 21/2006-PL, suscitada entre la Primera y Segunda Salas se analizó si es constitucional el supuesto normativo de pérdida de la patria potestad por abandono injustificado del hogar conyugal por más de seis meses, concluyéndose que si bien es cierto que el abandono injustificado del hogar conyugal genera legalmente el divorcio, también lo es que no resulta jurídicamente adecuado que produzca automáticamente la privación de la patria potestad, tomando en cuenta que dicho abandono no necesariamente implica desatención del niño. Que por tanto, la medida podría resultar inadecuada para proteger el interés superior del niño, considerando que al restar de los derechos del ascendiente respectivo: la custodia, la formación cultural, ética, moral y religiosa, así como la administración patrimonial de los bienes de los hijos, puede llegarse a afectar el desarrollo integral de éstos en algún momento.

- En diversa resolución, la relativa a la contradicción de tesis 123/2009, fallada el nueve de septiembre de dos mil nueve, se señaló que una de las consecuencias de la pérdida de la patria potestad, es que el progenitor condenado no tenga derechos respecto de sus hijos, tales como llevar su representación legal, decidir, participar, y opinar sobre asuntos inherentes a su educación; pero con independencia de la pérdida de los derechos de quien ejerce la patria potestad, se deben considerar los derechos del menor, quien tiene el derecho de convivencia con sus progenitores en tanto que, ese derecho no es exclusivo de los padres, sino también de los hijos.

Que por tanto, atendiendo al interés superior del menor, conforme al cual deben propiciarse condiciones que les permitan un adecuado desarrollo psicológico y emocional, lo cual en la mayoría de los casos implica la convivencia con ambos progenitores independientemente que ejerzan o no la patria potestad, el juez de lo familiar habrá de valorar la gravedad de la causal o causales que originaron dicha pérdida para determinar si la convivencia pudiera importar algún riesgo para la seguridad o desarrollo adecuado del menor.

Quiero destacar que en esta resolución el derecho de convivencia se analizó a la luz del desarrollo psico-emocional del menor y no como derecho del progenitor condenado a la pérdida de la patria potestad.

- En cuanto a los juicios de *guarda y custodia*, la Suprema Corte ha señalado que en ellos el juez debe decidir atendiendo al mayor beneficio del menor, por lo que debe valorar todos los elementos probatorios que tenga a su alcance, por lo que aun cuando en la demanda se haya omitido plantear hechos que pudieran resultar perjudiciales para los menores, tal omisión no limita al juzgador a valorar el material probatorio que pudiera corroborar tal situación.
- También al resolverse el quince de junio de dos mil doce, el amparo

directo en revisión 1621/2010, se estableció que el interés del menor constituye el límite y punto de referencia último de la institución de la guarda y custodia así como de su propia operatividad y eficacia; por lo que todas las medidas sobre el cuidado y educación de los hijos deben ser adoptadas teniendo en cuenta el interés de éstos y no de los padres, ya que no son las condiciones psicológicas o afectivas de los progenitores las que determinan las medidas a adoptar, sino exclusivamente el bienestar de los hijos.

En dicha resolución también se estableció que el criterio antes reseñado, vincula tanto a los órganos jurisdiccionales como al resto de los poderes públicos incluso a los padres y a los ciudadanos, de manera que han de adoptarse aquellas medidas que sean más adecuadas a la edad de los menores, para ir construyendo progresivamente el control acerca de su situación personal y proyección de futuro, evitando siempre que el menor pueda ser manipulado.

- En el amparo directo en revisión 745/2009, resuelto el diecisiete de junio de dos mil nueve, se sostuvo que si los hombres y mujeres son iguales ante la ley y, en específico, respecto al cuidado y protección de sus hijos, ambos son responsables de velar por el interés superior del menor, resulta claro, que, en caso de que deba ser separado de alguno de sus padres, el artículo 4º, constitucional no establece un principio fundamental que privilegie su permanencia, en principio con su madre.
- La misma Primera Sala, al resolver el cuatro de diciembre de dos mil trece el amparo en revisión 310/2013, consideró que el artículo 282, apartado B, Fracción II, tercer párrafo del Código Civil para el Distrito Federal, que establece que *“Los menores de doce años deberán quedar al cuidado de la madre, excepto en los casos de violencia familiar cuando ella sea la generadora o exista peligro grave para el normal desarrollo de los hijos”, es constitucional siempre y cuando se interprete a la luz del interés superior de los menores y el principio de igualdad.*

En dicha resolución se dijo, que si bien el legislador puede optar por otorgar preferencia a la madre en el momento de atribuir la guarda y custodia de un menor, lo cierto es que este tipo de normas no deben ser interpretadas en clave de un estereotipo en el que la mujer resulta, *per se*, la persona más preparada para esta tarea, pues si bien en los primeros meses y años de la vida, las previsiones de la naturaleza conllevan una identificación total del hijo con la madre, lo cierto es que como lo señalan los expertos, pasado cierto tiempo se opera un progresivo proceso de individualización del niño a través de la necesaria e insustituible presencia de ambos progenitores.

Estimo que en este asunto se interpretó el precepto referido con perspectiva de género, pues se visibilizó la existencia de un trato discriminatorio (en este caso para el hombre) en atención a la asignación de roles sociales por virtud del sexo, por lo que se realizó una interpretación que elimina la aplicación de tal precepto de manera diferente para hombres y mujeres.

- También se ha dicho que las instituciones de guarda y custodia y el régimen de visitas son instituciones complementarias, toda vez que bajo situaciones en donde es imposible la convivencia entre los padres, se protege el derecho del menor a vivir en familia, pues con ello se busca asegurar la continuidad de las relaciones personales entre el menor y el progenitor no custodio, los abuelos y otros parientes o allegados y, a convivir con ambos padres, asegurando de esta manera el sano desarrollo de su personalidad.

El tema de la *participación de los niños y niñas en los procedimientos judiciales* también ha sido motivo de múltiples pronunciamientos por parte de la Primer Sala.

- En octubre de dos mil doce, se resolvió el amparo directo en revisión 2479/2012, en el que se estableció que el derecho de los menores

de edad a participar en procedimientos jurisdiccionales que afecten su esfera jurídica, comprende dos elementos, uno, que los niños sean escuchados y dos, que sus opiniones sean tornadas en cuenta en función de su edad y madurez; asimismo se estableció que ese derecho, tiene la naturaleza de un derecho procedimental, toda vez que su contenido busca brindar a los menores de edad una protección adicional que permita que su actuación dentro de los procedimientos jurisdiccionales que puedan afectar sus intereses, transcurra sin las desventajas inherentes a su condición especial. Así, el derecho de los menores a participar en procedimientos jurisdiccionales, constituye una formalidad esencial del procedimiento a su favor cuya tutela debe observarse siempre.

- En la resolución del amparo directo en revisión 2159/2012, en abril de dos mil trece, la mencionada Sala añadió, con relación al derecho que tienen los menores de edad de ser escuchados, que éste se debe ejercer de forma progresiva, sin que por tanto, ello pueda depender de una edad predeterminada aplicable a todos los menores, sino que debe analizarse en cada caso, según la madurez del niño.
- Al respecto, recientemente se publicaron las jurisprudencias 12/2015 y 13/2015, en las que se estableció que el derecho de los menores a participar en los procedimientos jurisdiccionales que afecten su esfera jurídica no puede estar predeterminada por una regla fija en razón de su edad, que corresponde al juzgador valorar las condiciones específicas del niño o niña para acordar su intervención.
- Me tocó ser ponente en el amparo directo en revisión 386/2013, en él dijimos que si bien el artículo 573, del Código civil del Estado de Jalisco, no contiene la expresión de “deberá oírse a los niños que estén en condiciones de formarse un juicio propio” como lo establece el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, lo cierto es que tal previsión no constituye una limitante, ya que es obligación del Estado (juzgador) evaluar del capacidad del niño de formarse una opinión autónoma, con-

siderando en cada caso la pertinencia de la escucha a la madurez, estado emocional, así como cualquier otra condición específica del niño o niña que permita evaluar se capacidad para formarse una opinión autónoma, todo ello en virtud del interés superior del menor, pues sería incongruente observar el derecho a la escucha del niño, en detrimento de su integridad intelectual y emocional.

Ahora, quiero platicarles de un asunto, que si bien es de naturaleza penal, lo cierto es que se originó dentro del núcleo familiar violencia en contra de una de sus integrantes, la esposa.

El pasado 25 de marzo conocimos del amparo en revisión 554/2013, relativo a la muerte violenta de una mujer de 29 años, en donde sostuvimos siguiendo estándares internacionales, nacionales e incluso locales y, con base en los derechos humanos a la igualdad y a la no discriminación, que cuando se investigue la muerte violenta de una mujer, **por cualquier causa**, los órganos investigadores deben realizar su investigación con perspectiva de género, para poder determinar si hubo o no razones de género en la causa de la muerte y para poder confirmar o descartar el motivo de la misma, y, en su caso, poder determinar en la investigación si se trató o no de un feminicidio.

Se dijo, que conforme al artículo 1° constitucional, la obligación de todas las autoridades de actuar con la debida diligencia, adquiere una connotación especial en caso de violencia contra las mujeres, por lo que la investigación en estos casos, debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de pruebas, por lo que, será obligación de las autoridades encargadas de la investigación de muertes violentas de mujeres realizar las diligencias respectivas con base en una perspectiva de género.

En dicho asunto, se otorgó el amparo a la quejosa, madre de la occisa, para que el ministerio público lleve a cabo todas las diligencias nece-

sarias para investigar el caso con perspectiva de género, asimismo, para que se determine si hubo irregularidades en la investigación del caso por parte de funcionarios públicos y, en su caso, se sancione a los responsables de las mismas.

Por último quiero comentarles los criterios que ha sustentado también la Primera Sala, en cuanto a discapacidad y tutela.

Dicha Sala resolvió en octubre de dos mil trece, el amparo en revisión 159/2013, en el que el quejoso, tras haber sido diagnosticado con síndrome de asperger, fue declarado en estado de interdicción, asignándole como tutora a su madre; seis años más tarde, con apoyo de sus padres, demandó la inconstitucionalidad de los artículos 23 y 450 fracción II, del Código Civil para el Distrito Federal, al estimar que los mismos ocasionaban una violación y restricción desproporcionada a sus derechos fundamentales, entre otros, al reconocimiento de sus personalidad, de capacidad jurídica, de dignidad humana, a ser tratado con igualdad y no ser discriminado.

En esta sentencia consideramos que las figuras de interdicción y tutela previstos en el Código civil para el Distrito Federal, permiten una interpretación conforme a los derechos humanos de las personas con discapacidad, de manera que resulten acordes con el modelo social y de “asistencia en la toma de decisiones”, previsto en la Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad.

En esas condiciones, se estableció que el estado de interdicción ya no puede ser interpretado como una institución en la cual el tutor sustituya la voluntad de la persona con discapacidad (modelo de sustitución en la toma de decisiones), sino que ahora deberá asistirle para que ésta tome sus propias decisiones (asistencia en la toma de decisiones) y asuma las consecuencias de las mismas, ello en aras de incentivar la autonomía de la persona, por lo que el estado de interdicción debe concebirse como una institución de asistencia para que la persona tome sus propias decisiones, mismas que deberán respetarse.

También se dijo, que la ayuda por parte del tutor en la toma de decisiones no atienda un modelo único, sino que deberá ser fijada por el

juzgador en el caso concreto, delimitando los alcances de la relación entre el individuo que asistirá en la toma de decisiones y la persona con discapacidad, precisando que las intervenciones en la voluntad de las personas con discapacidad deberán ser lo menos restrictivas posibles, favoreciendo aquellos esquemas que permitan en mayor grado la toma de decisiones y, por tanto, la mayor autotutela posible; que sin embargo, esto no implica que no pueda existir escenarios en los cuales, el juzgador, una vez analizadas las diversidades funcionales de la persona y, por tanto, las discapacidades involucradas en el caso concreto, determine que la asistencia en la toma de decisiones no es suficiente para asegurar la protección y el bienestar de quien tiene la discapacidad, ante lo cual, deberá nombrarse a alguien que tome las decisiones en lugar de la misma –por ejemplo ante la presencia de una falta de autonomía mental severa que impida a la persona expresar su voluntad por cualquier medio- pero tales escenarios son la excepción del esquema asistencial, ante lo cual, estos casos deberán sujetarse a un mayor escrutinio por parte del juzgador.

Esta resolución es muy importante, pues versa sobre el derecho de todas las personas con discapacidad a gozar del respeto al reconocimiento de su personalidad jurídica y a su libre autodeterminación en condiciones de igualdad, es decir, al derecho de todo ser humano a ser reconocido como sujeto pleno de derecho, titular de derechos y obligaciones y libre de desenvolverse de manera autónoma en los diversos ámbitos de su vida, tanto públicos como privados, conforme a su voluntad.

Quiero contarles que en la sentencia de este asunto, se utilizó el “formato de lectura fácil” (tipografía clara con tamaño accesible, lenguaje simple y directo sin tecnicismos) toda vez que el acceso pleno de las personas con diversidades funcionales intelectuales a las sentencias emitidas por los juzgadores, no se agota con permitir que tengan conocimiento de las mismas, por lo que es un deber de los órganos jurisdiccionales implementar formatos de lectura fácil a través de los cuales dichas personas puedan comprender lo resuelto en un caso que afecte su esfera jurídica; tal formato no sustituyó la estructura tradicional de la sentencia, pues sólo se realizó como complemento de la misma, lo cual resulta

acorde al modelo social contenido en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Bueno, les he relatado sólo algunos de los pronunciamientos que nuestra suprema Corte ha realizado en materia familiar pero los invito a consultar nuestra página web en donde pueden encontrar otros muchos criterios.

Mérida, Yucatán 19 de junio 2015
Casa de la Cultura Jurídica “Ministro Rafael Matos Escobedo”
oscgv@mail.scjn.gob.mx

I. INTRODUCCIÓN

Aunque se remontaría al inicio del siglo XX, puede convenirse que la *teoría axiológica de la Constitución* se aceptó como válida concepción sistemática de la naturaleza, funciones e implicaciones de la ley fundamental con la sentencia del caso *Lüth* que en 1958 dictó el Tribunal Constitucional Federal alemán, en la que comenzó a hablarse de un “orden de valores objetivos” (*objektive Wertordnung*) radicado en la Constitución con relevantes implicaciones para todo el ordenamiento jurídico.³ Esta concepción se asocia con términos que hoy son moneda corriente en el constitucionalismo iberoamericano: constitucionalización,⁴ “interpretación conforme”, *Drittwirkung* y ponderación, por ejemplo.

Sin embargo, la teoría constitucional axiológica suscita problemas que pueden cifrarse en lo siguiente: 1) la posible vacuidad de sus conceptos y 2) el riesgo que supone para la seguridad jurídica. El primer aspecto se refiere a la dificultad (o supuesta imposibilidad) de atribuir a los valores un contenido

¹ Comunicación presentada al XII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional “El Diseño Institucional del Estado Democrático”, celebrado en Bogotá del 16 al 18 de septiembre de 2015, y organizado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional y la Universidad Externado de Colombia.

² Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Yucatán (UADY). Investigador Nacional nivel I del Sistema Nacional de Investigadores del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología mexicano. ruben.sanchez@correo.uady.mx

³ BVerfGE 7, 198 (205). Una versión abreviada de esta resolución puede consultarse en Schwabe, Jürgen (ed.), *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán*, trad. de Marcela Anzola Gil y Emilio Maus Ratz, México, Fundación Konrad Adenauer, 2009, pp. 202-207, <<http://bit.ly/1kq1yPu>>.

⁴ De este tópico me ocupé en *Constitucionalización: influencia de las normas fundamentales sobre contenido y validez del derecho ordinario*, México, Porrúa, 2006; y con Miguel Carbonell en “¿Qué es la constitucionalización del derecho?”, *Quid Iuris*, Chihuahua, Tribunal Electoral Estatal del Estado de Chihuahua, año 6, vol. 15, diciembre de 2011, pp. 33-56, <<http://bit.ly/154yN5s>>.

objetivo y claro, que en opinión de sus críticos torna vacía esta concepción. El segundo aspecto es corolario de lo anterior: si los “valores” constitucionales adolecen de vacuidad, entonces el operador jurídico sería quien determina su contenido con la más amplia arbitrariedad. Estos problemas alcanzan su máxima intensidad tratándose del *juicio constitucional*.⁵

Por diversos motivos, la operación jurisdiccional es el paradigma de la decisión jurídica,⁶ y las dificultades metodológicas que ha planteado se agudizan tratándose de la materia constitucional. Esto se debe a que tiene como objeto un texto jurídico primordialmente indeterminado y esencialmente controvertido, y la trascendencia de los efectos de sus decisiones en este campo. Las tensiones en que participa la labor de los jueces constitucionales son más intensas cuando tienen como presupuesto una comprensión axiológica de la Constitución, en particular de los derechos fundamentales. Dichas tensiones tienen que ver con el predominio jurídico y político que adquieren los juzgadores constitucionales en virtud de las implicaciones de dicha concepción, y se relacionan íntimamente con los problemas atribuidos a esta, mencionados líneas arriba.

Al supuestamente permitir una amplia relatividad en la atribución de significado a la ley fundamental, la teoría axiológica avala una jurisdicción constitucional muy poderosa. En primer lugar, la discrecionalidad de esta torna volátil el significado de la Constitución por el alto grado de subjetividad que adquiere dicho operador. En segundo término, lo anterior propicia una afectación a los principios democrático y de división de poderes, por la posibilidad que tienen los tribunales constitucionales de ejercer en última instancia sus funciones y usurpar las decisiones de los órganos estatales electos directamente por los ciudadanos.

⁵ Entiendo por “juicio” la etapa del proceso en que el órgano jurisdiccional —sus titulares, mejor dicho— resuelven el litigio aplicando una norma general cuya interpretación también forma parte de ese acto (véase Gómez Lara, Cipriano, *Teoría general del proceso*, 8a. ed., México, Harla, p. 141); y por “juicio constitucional”, evidentemente, uno referido a la aplicación jurisdiccional de normas constitucionales. En la literatura en lengua española se ha usado el término “adjudicación”, un calco del vocablo inglés “*adjudication*” que a mi parecer debe rechazarse a favor de “juicio”, castizo y técnicamente correcto.

⁶ *Cfr.* Wróblewski, Jerzy, *Sentido y hecho en el derecho*, trad. de Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas y Juan Igartua Salaverría, México, Fontamara, 2003, pp. 107 y 231.

Pese a estas dificultades, la teoría constitucional axiológica es una concepción holística y sistemática que puede explicar a cabalidad, y con visión humanista, prácticamente todos los aspectos del derecho constitucional y la “ductilidad” que se le ha atribuido,⁷ así como esclarecer distintos aspectos de los derechos humanos. Se trata por tanto de una concepción que amerita un renovado estudio que mostrará su utilidad para asegurar la eficacia de la ley fundamental; pero también permitirá advertir los retos que propone a la seguridad jurídica, y con ello facilitará hallar las respuestas para superarlos, entre ellos un riguroso conocimiento de la lógica de los precedentes judiciales y del principio *stare decisis*, y la particular atención a los principios democrático y de división de poderes.

II. TEORÍA CONSTITUCIONAL AXIOLÓGICA

1. Origen y discusión en Alemania

La idea de que la Constitución supone un orden de valores objetivos tiene un origen relativamente remoto en la filosofía.⁸ La axiología es una rama filosófica originada en Alemania a partir de mediados del siglo XIX, que alcanzó una expresión depurada en la obra de Max Scheler⁹ y sobre todo en la de Nicolai Hartmann.¹⁰ En el ámbito jurídico tuvo una primera expresión en las llamadas “jurisprudencia de intereses” y la de “valores”.¹¹

La concepción axiológica permeó en un primer momento al derecho constitucional durante la República de Weimar a través del pensamiento de Rudolf Smend, para quien “los derechos fundamentales proclaman un

⁷ Véase Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 10a. ed., trad. de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 2011, pp. 9-20, 110 y 116-118.

⁸ Véase Torre Martínez, Carlos de la, *La recepción de la filosofía de los valores en la filosofía del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.

⁹ *Ética. Nuevo ensayo de fundamentación de un personalismo ético*, trad. de Hilario Rodríguez Sanz, 3a. ed., Madrid, Caparrós, 2001. Samuel Ramos ofreció una sencilla y clara explicación de la postura de este autor en *Hacia un nuevo humanismo. Programa de una antropología filosófica*, 3a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1997.

¹⁰ *Ética*, trad. de Javier Palacios, Madrid, Encuentro, 2011.

¹¹ Véase Larenz, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, 2a. ed., trad. de Marcelino Rodríguez Molinero, Barcelona, Ariel, 2001, pp. 141-144.

determinado sistema cultural, un *sistema de valores*, que debe constituir el sentido de la vida estatal”.¹² Luego de la Segunda Guerra Mundial e intentando explicar la Ley Fundamental de 1949, Günter Dürig acuñó la idea de que a la Constitución subyace “un sistema completo de valores, que a la vez resulta ser en su mayor parte un sistema lógico-jurídico de derechos (*Anspruch*)”.¹³ En ambos autores se inspiró el Tribunal Constitucional Federal alemán para adoptar la orientación axiológica que caracteriza su jurisprudencia, especialmente la de sus primeros años.¹⁴

Con creciente frecuencia se hallan en las primeras decisiones de dicho tribunal alusiones a los “valores fundamentales supremos del Estado constitucional liberaldemocrático”,¹⁵ a “ciertos intocables valores fundamentales del orden estatal”,¹⁶ y al “orden de valores constitucionales”¹⁷ y a las “decisiones valorativas del Constituyente”.¹⁸ Pero no fue sino hasta el caso *Lüth*, resuelto el 15 de enero de 1958, que reviviendo la filosofía axiológica de Scheler y de Hartmann, así como el

¹² *Verfassung und Verfassungsrecht*, Múnich/Leipzig, Duncker & Humblot, 1928, p. 164 (cursivas añadidas). Véase Brage Camazano, Joaquín, “Estudio preliminar”, en Smend, Rudolf, *Ensayos sobre la libertad de expresión, de ciencia y cátedra como derecho fundamental y sobre el Tribunal Constitucional alemán*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, pp. XIX y ss.

¹³ Cfr. “Der Grundrechtssatz von Menschenwürde. Entwurf eines praktikablen Wertesystem der Grundrechte aus Art. 1 Abs. I in Verbindung mit Art. 19 Abs. II des Grundgesetzes”, en Brudermüller, Gerd y Seelmann, Kurt (eds.), *Menschenwürde. Begründung, Konturen, Geschichte*, Würzburg, Königshausen & Neumann, 2008, p. 175. “[S]e puede deducir de un sistema de fórmulas abstractas de valor, un complejo de normas jurídicas, que en lo que atañe a su contenido no necesita ya de una individualización ulterior, y que es apto para ser introducido como derecho”, Lask, Emil, *Filosofía jurídica*, trad. de Roberto Goldschmidt, Buenos Aires, B de F, 2008, p. 27 (cursivas en el original). Véase también Hartmann, *op. cit.*, nota 8, pp. 105-107.

¹⁴ Cruz, Luis M., *La Constitución como orden de valores. Problemas jurídicos y políticos*, Granada, Comares, 2005, p. 24.

¹⁵ “[O]berste Grundwerte des freiheitlichen demokratischen Verfassungsstaates”, BVerfGE 2, 1 (12) —caso SRP, partido que pretendió suceder al nacionalsocialista—.

¹⁶ “[G]ewissen unantastbaren Grundwerten der Staatsordnung”, *idem* 5, 85 (139) —caso KPD, prohibición del Partido Comunista de Alemania—.

¹⁷ “[V]erfassungsrechtlichen Wertordnung”, *idem* 6, 32 (41) —*Elfes*, el caso en que estableció la libertad genérica de acción, piedra angular de todo orden liberal—.

¹⁸ “Wertentscheidungen des Verfassungsgebers”, *idem* 6, 55 (71) —importante decisión sobre igualdad entre el hombre y la mujer—. Véase también *idem* 6, 389 (420).

iusnaturalismo (católico),¹⁹ el tribunal de Karlsruhe expresó las siguientes ideas que habrían de ser determinantes para sus resoluciones posteriores:

Pero asimismo es cierto que la Ley Fundamental, que no quiere ser un ordenamiento axiológicamente neutral [...], en su sección de derechos fundamentales erigió también un orden de valores objetivos (*objektive Wertordnung*), y justo en ello se expresa una fortificación principal (*prinzipielle Verstärkung*) de la fuerza de la validez de los derechos fundamentales [...] Este sistema de valores, cuyo punto central en el seno de la comunidad social se encuentra en el libre desenvolvimiento de la personalidad humana y su dignidad, debe valer como decisión fundamental constitucional para todos los ámbitos del derecho; la legislación, la administración y la jurisdicción reciben de él líneas directivas e impulsos (*Richtlinien und Impulse*). Así, por supuesto que dicho sistema también influye al derecho civil; a ninguna disposición de derecho civil le está permitido mantenerse en contradicción con él, cada una tiene que interpretarse dentro de su espíritu.²⁰

La “primera generación” de la corriente fundada por Carl Schmitt desde el primer momento mantuvo una actitud escéptica frente a la entonces nueva Ley Fundamental, y la criticó con vehemencia.²¹ Sus corifeos fueron Ernst Fortshoff y Ernst-Wolfgang Böckenförde, teniendo aquel en realidad una participación más bien simbólica aunque todavía relevante —quizá por su “retiro” posterior a los tiempos del nazismo—.²²

Básicamente, las críticas dirigidas al entendimiento axiológico de la

¹⁹ Schulze-Fielitz, Helmuth, “Das Lüth-Urteil – nach 50 Jahren”, *Juristische Ausbildung*, Berlín, Walter de Gruyter, año 30, núm. 1, enero de 2008, p. 54.

²⁰ *Supra*, nota 1.

²¹ Cfr. Günther, Frieder, “Ein Jahrzehnt der Rückbesinnung. Die bundesdeutsche Staatsrechtslehre zwischen Dezision und Integration in den fünfziger Jahren”, en Henne, Thomas y Riedlinger, Arne (eds.), *Das Lüth-Urteil aus (rechts-) historischer Sicht. Die Konflikte um Veit Harlan und die Grundrechtsjudikatur des Bundesverfassungsgerichts*, Berlín, BWV, 2005, pp. 305-307.

²² Expresada particularmente en su ensayo *Die Tyrannei der Werte*, 3a. ed., Berlín, Duncker & Humblot, 2011 (originalmente publicado en *Säkularisation und Utopie. Ebracher Studien. Ernst Fortshoff zum 65. Geburtstag*, Stuttgart, Kohlhammer, 1967, pp. 37-62).

Constitución expresan que implica una “dimensión espiritual”, inadmisibles porque lleva a abandonar los “verdaderos” métodos hermenéuticos del derecho —la subsunción, en particular—. ²³ Con lo anterior, la interpretación constitucional se torna *arcana*, ²⁴ con lo cual “desformaliza” la ley fundamental que se diluye en aplicación casuística y hace del Tribunal Constitucional su “señor (*Herr der Verfassung*)”, ²⁵ lo que conlleva gran detrimento a la posición de otros poderes. ²⁶

Posteriormente, la impugnación por parte de corrientes jurídicas tradicionalistas ocasionó el abandono de la fórmula del “orden de valores”, y que se diera paso a hablar de la “dimensión objetiva” o del “contenido objetivo” de los derechos fundamentales, que tiene un sentido más “jurídico” y “neutral”. ²⁷ Sin embargo, las características esenciales de la teoría constitucional axiológica se conservan en la jurisprudencia alemana, y embozada con términos como los indicados se mantiene “*sin alternativa y resistente al cambio*”, ²⁸ aunque siendo objeto de un sempiterno debate dogmático. ²⁹

2. Postulados fundamentales

Aunque existen diversos puntos de vista filosóficos sobre los “valores” que

²³ Una oposición metodológica de la que Robert Alexy se ha ocupado en múltiples ocasiones. Por su sencillez, véase en particular “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, trad. y ed. de Rubén Sánchez Gil, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa-IIDPC, núm. 11, enero-junio de 2009, pp. 3-13, <<http://bit.ly/1GHx7Ri>>.

²⁴ Cfr. Böckenförde, Ernst-Wolfgang, “Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation”, *Neue Juristische Wochenschrift*, Múnich/Fráncfort del Meno, C.H. Beck, año 27, núm. 35, 28 de agosto de 1974, p. 1534, n. 63.

²⁵ Cfr. Forsthoﬀ, Ernst, *Zur Problematik der Verfassungsauslegung*, Stuttgart, W. Kohlhammer, 1961, p. 33.

²⁶ Una visión contemporánea y panorámica de estos problemas se halla en Brohm, Winfried, “La función del Tribunal Constitucional: ¿oligarquía en la democracia?”, en *Tribunales constitucionales y democracia*, 2a. ed., México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2008.

²⁷ Como indicó Häberle, Peter, *Erziehungsziele und Orientierungswerte im Verfassungsstaat*, Friburgo/Múnich, Karl Alber, 1981, p. 12.

²⁸ Cfr. Wahl, Rainer, “Lüth und die Folgen. Ein Urteil als Weichenstellung für die Rechtsentwicklung”, en Henne y Riedlinger (eds.), *op. cit.*, nota 19, pp. 380-382 y 397.

²⁹ En una versión moderna se exponen algunos de los puntos de esta discusión en distintos trabajos contenidos en Pünder, Hermann y Waldhoff, Christian (eds.), *Debates in German Public Law*, Oxford, Hart, 2014.

los caracterizan con muy distinto grado de desarrollo según la etapa histórica en que cada posición se dio, y con diferencias tan sutiles que son incomprensibles antes de una muy pormenorizada consideración.³⁰ Sin embargo, el conocimiento de los valores forma un “sistema de verdades evidentes e invariables, de tipo parejo a la matemática”, como expresó José Ortega y Gasset,³¹ y por ello es posible formular una teoría axiológica “convencional” o “estándar” mediante el consenso en torno a una serie de postulados fundamentales.³²

A. Aspecto filosófico

Filosóficamente, *los “valores” son “cualidades”* que pueden percibirse en los seres. Es muy socorrido el ejemplo de Scheler de que los valores son como los colores: podemos concebir el “rojo” aplicado a los más diversos objetos pero teniendo una entidad *independiente* a estos. Lo mismo sucede con toda clase de cualidades morales, estéticas, etc., que pueden hallarse depositadas en alguna cosa.³³

Los valores son cualidades existentes en un plano ideal que pese a su abstracción poseen la *tendencia a realizarse*, es decir hacerse efectivos, en todos los objetos en que pudieran depositarse. Estos “bienes” depositarios del valor pueden concebirse a su vez como “valores”, pero de índole “*concreta*”. Tales objetos no necesariamente son “cosas”, pueden asimismo constituir “*situaciones*” o “*estados*” que resultan “valiosos”.

Cuando una persona determina efectuar una acción³⁴ y obra en consecuencia, persigue realizar un “valor” concreto, y en última instancia uno abstracto. Hartmann ejemplifica lo anterior diciendo que la pregunta “¿para

³⁰ Véase Frondizi, Risieri, *¿Qué son los valores? Introducción a la axiología*, 3a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2004.

³¹ *Introducción a una estimativa. ¿Qué son los valores?*, Madrid, Encuentro, 2004, p. 34.

³² Para una exposición más detallada véase mi estudio “Valores constitucionales”, en Carbonell, Miguel, Héctor Fix-Fierro, Diego Valadés y Luis Raúl González Pérez (coords.), *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, t. IV, vol. 2, pp. 639 y ss., <<http://bit.ly/17Q0kcc>>.

³³ Dado el contexto normativo de este trabajo, me referiré solo a las primeras.

³⁴ Hablo de “acción” en términos amplios, incluyendo en dicho término acciones *stricto sensu* y omisiones.

qué trabajo?” no se soluciona definitivamente con respuestas como “por dinero” o “para el sustento de la vida”, sino con el *valor* de la vida misma. Las acciones humanas tienen por término realizar en la existencia de la persona, y en ella misma, un determinado valor que ha reconocido y al cual aspira.

Al captar el valor, el espíritu humano aspira a realizarlo. Pero captar los valores precisa de determinadas *capacidades y sensibilidades*; Hartmann indica que esta situación es muy parecida a la que acontece frente a los postulados matemáticos: no todos están en posibilidad de conocer o entender el teorema de Pitágoras, pero ello no le quita validez. Por tal razón, los objetos, hechos y situaciones no son *valorados* de la misma manera a lo largo de la historia y en todo lugar. Ciertas condiciones —incluso geográficas— y sobre todo la *experiencia vital* podrían colocar a una persona en aptitud de reconocer el valor que ellos poseen, o por el contrario, advertir que constituyen un riesgo para la realización de algo que consideran valioso.

Antes que realizar las acciones con que despliega su existencia, una persona ha de establecer los “valores” que buscará realizar con ellas y que por consiguiente las orientarán. Para esto, en muy diversas ocasiones *todos* —o casi— nos planteamos ciertas situaciones ideales y abstractas que quisiéramos realizar en nuestra vida: salud, armonía familiar, éxito profesional, prosperidad económica, etcétera. Lograr estos fines u objetivos, que corresponden a los que llamamos “valores concretos”, determinan los proyectos específicos que emprenderemos y las acciones particulares que llevaremos a cabo para que se realicen.

Los “valores” son *fines y objetivos más o menos generales* que nos proponemos realizar en nuestra existencia, mediante una decisión de nuestra voluntad. Ellos tienen un carácter abstracto que busca trascender el plano meramente ideal y realizarse efectivamente mediante en cada una de nuestras acciones concretas y cotidianas, las cuales indefectiblemente tienden a realizar alguno.

B. *Dimensión normativa*

Solo se requiere un paso para llevar lo anterior al plano normativo, y

tiene fundamento en el postulado siguiente: “Si algo vale, *debe ser*”.³⁵ Un juicio de valor puede transformarse en uno normativo, de “deber ser”; la aspiración del espíritu humano a la realización de un valor impele a convertirla en una obligación. De esta manera, una estimación que expresaría “Es *deseable* que X se realice”, se convierte en una norma de conducta que enunciaría esta fórmula: “X *debe* realizarse”; y la fuerza con que ha de darse la realización mandada por esta norma no puede ser otra que la máxima: “X debe realizarse de *óptima* manera”. En consecuencia, este último enunciado ya no expresa un valor sino un *principio*; pero, en el fondo, este tiene fundamento en aquel, del que resulta inescindible.

Por eso resulta correcto hablar de “principios” normativos, ya que resulta una expresión más precisa; pero no puede desconocerse que aquel concepto y el de “valor” son prácticamente sinónimos. Un “principio” es “[e]l *punto de partida* y el *fundamento* de un proceso cualquiera”.³⁶

De que la realización de los valores deba producirse sin límites, en el máximo grado posible, proviene la enorme “densidad normativa” que tienen los principios que derivan de ellos, y la posibilidad de que influyan en múltiples situaciones en que sean relevantes.³⁷ En esta omnipresencia consiste la “*objetividad*” de los valores normativos; ellos no solamente dan lugar a relaciones subjetivas que no trascienden de la esfera de sujetos determinados, sino que pueden regir toda relación en que tengan algún significado.

Los principios y su implícito “mandato de optimización” —sobre el que se finca la muy conocida teoría de Robert Alexy— es “punto de partida” y “fundamento” de otras normas; estas últimas a su vez *derivan y hallan justificación* en tanto se conformen a un principio general que manda simplemente realizar un objeto valioso, es decir un “valor”. El mismo profesor de Kiel reconoce lo anterior diciendo que “la satisfacción gradual de los principios corresponde a la realización gradual de los valores”, y que “la aplicación de criterios de valoración, los cuales deben ser ponderados entre sí, corresponde a la aplicación

³⁵ Ramos, *op. cit.*, nota 7, p. 65 (cursivas en el original).

³⁶ Abbagnano, Nicola, *Diccionario de filosofía*, 4a. ed. actualizada y aumentada por Giovanni Fornero, trad. de José Esteban Calderón *et al.*, México, Fondo de Cultura Económica, 2004, s. v. “principio”, p. 851 (cursivas añadidas).

³⁷ Véase Zagrebelsky, *op. cit.*, nota 5, pp. 110 y 116-118.

de principios”.

Por tanto, independientemente de la fórmula con que se exprese lingüísticamente, todo elemento normativo supone un principio que le sirve de fundamento.³⁸ Esto es particularmente cierto con relación al ámbito jurídico, que constituye un sistema normativo concretamente elaborado, determinado y acuñado, que cuenta con “conceptos nítidamente perfilados”.³⁹

C. *Los valores objetivos de la Constitución*

La “Constitución” es un cuerpo normativo que establece las bases de la convivencia colectiva. Se trata de un conjunto de normas “fundamentales” que regulan la “dinámica social” y no solo la vida del Estado, aunque las relativas a este sean su elemento característico. Recoge en sus disposiciones “lo que parece *importante* y requiere ser fijado” para dirigir la acción política sucesiva, según la particular situación histórica que guarda una sociedad.⁴⁰

El contenido de la ley fundamental responde entonces a la consecución de muy diversos “*estados finales*” *ideales*, proyectados a partir de la experiencia histórica para ser introducidos en el mundo real.⁴¹ Los bienes constitucionalmente tutelados son entonces “*valores concretos*”, objetos o situaciones que el Constituyente ha estimado valiosos, a los cuales atribuye cualidades que para él hacen deseable su realización, disponiéndola por lo tanto con el mayor vigor jurídico.

Los valores postulados explícita o implícitamente por la Constitución de modo concreto, no tienen una calidad jurídica cualquiera. La cimera posición de la ley suprema dentro del sistema jurídico hace que deban considerarse como los “*valores superiores* del ordenamiento”, siguiendo la expresión del artículo 1.1 de la Constitución española. Esta superioridad de los “*estados finales*” que representan dichos valores, hace preferible (imperativamente, dada

³⁸ Cfr. Alexy, Robert, *Begriff und Geltung des Rechts*, 4a. ed., Friburgo/Múnich, Karl Alber, 2005, p. 126.

³⁹ Cfr. Hartmann, *op. cit.*, nota 8, pp. 105-106.

⁴⁰ Hesse, Konrad, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20a. ed., Heidelberg, C.F. Müller, 1999, pp. 11-13.

⁴¹ Cfr. Villoro, *op. cit.*, nota 12, pp. 30-31.

su índole jurídica) su realización a la de cualquier otro objetivo jurídico de un nivel inferior. Por el solo hecho de contenerse en la Constitución un tema o disposición tiene carácter “superior”,⁴² y de esta manera rige el contenido de toda la producción jurídica sucesiva.

Los bienes constitucionales son “valores” en el sentido de “modelos, [...] fines, ideas e intereses” a los que debe alinearse cada elemento integrante del ordenamiento jurídico por la supremacía que dentro de él goza la Constitución.⁴³ Se trata de un “orden de valores superiores”, en cuanto dichos “modelos”, que pueden determinarse a partir de la *interpretación del texto fundamental*, deben imperar con máxima eficacia a lo largo y ancho del ámbito jurídico. No es necesario que estos valores sean expresos o referidos como tales en la Constitución;⁴⁴ *el texto constitucional no hace explícito todo el derecho constitucional*, sino que para hallar lo contenido en su seno son necesarias “fuentes extratextuales” que integran un “vasto y profundo —y crucialmente invisible— océano de ideas, proposiciones, memorias recuperadas y experiencias imaginadas” en que aquel se halla inmerso y que nos permite atisbar.⁴⁵

El contenido constitucional se forma por valores y se funda en ellos, no por conceptos difusos y “arcanos”. A través de su expresión normativa como “principios” expresados o subyacentes a las disposiciones de la ley fundamental, los valores constitucionales obligan a que se realicen con la más amplia extensión posible. No importan solamente “límites” a la actuación del Estado, sino representan “un objetivo, una guía” de carácter imperativo que el legislador y todo órgano estatal “debe desarrollar”. Una concepción axiológica de la Constitución lleva a “configurar el documento constitucional como un instrumento capaz de modelar las relaciones sociales, y no como un mero instrumento de limitación del poder político y garantía de derechos

⁴² Cfr. Guastini, Riccardo, “Sobre el concepto de Constitución”, trad. de Miguel Carbonell, *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2001, p. 32.

⁴³ Cfr. *supra*, nota 25.

⁴⁴ Objeción que ya planteó Böckenförde al apuntar que “la Ley Fundamental y [la jurisprudencia] ni una palabra dicen sobre valores o un orden axiológico” (*op. cit.*, nota 22, p. 1537).

⁴⁵ Tribe, Laurence H., *The invisible Constitution*, Nueva York, Oxford University Press, 2008, pp. 4, 6 y 9-10. En esta obra su reconocido autor presenta una posición que solo por matices difiere de una comprensión constitucional axiológica.

individuales”.⁴⁶ Entendida de esta manera, la Constitución no solo impone restricciones al poder estatal, sino también “líneas directivas” y sobre todo “*impulsos*”, como señaló el Tribunal Constitucional Federal alemán en *Lüth*.⁴⁷

La “objetividad” de los valores constitucionales, según lo anterior, consiste en que no rigen únicamente relaciones subjetivas, sino que la realización de las situaciones ideales que los constituyen es “deseable” y “estimable” para cualquier campo del derecho, en cualquier ocasión en que adquieran relevancia porque se decide sobre su realización. De esta manera, los valores constitucionales no solo exigen *respeto*, entendido como la abstención de cualquier acción que los menoscabe, sino también *protección y promoción* al requerir asimismo medidas adecuadas y acciones positivas para impedir cualquier situación que perjudique su máxima realización, y lograr esta en la mayor medida posible.

Esto es particularmente cierto de los *derechos fundamentales*, con los que casi exclusivamente se ha vinculado el discurso acerca de los “valores” o “principios” constitucionales, pero no lo es menos con relación a otros bienes tutelados por la ley suprema de carácter más “orgánico” o “procedimental”.⁴⁸ Puede ser que no se designe a los bienes constitucionalmente tutelados como “valores” o “principios”, pero si su estructura y funcionamiento se dan en las condiciones apuntadas, operarán bajo una “lógica valorativa”, de una manera que filosóficamente corresponde a una *concepción axiológica*. Así lo ha demostrado, como ya señalé, la experiencia germana.⁴⁹

Los valores constitucionales se irradian a todo el ordenamiento jurídico e influyen sobre su contenido determinándolo; su incidencia sobre los elementos jurídicos ordinarios se produce de esta manera “directa”, y no solo de una “indirecta” condicionando su validez *a posteriori*. Las normas fundamentales no solo deben considerarse luego de adoptada una decisión jurídica ordinaria (legislativa, administrativa o jurisdiccional), para calificar si esta se corresponde

⁴⁶ Pozzolo, Susana, “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, trad. de Josep M. Vilajosana, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, Universidad de Alicante, núm. 21 (2), 1998, p. 347, <<http://bit.ly/1ePXCVB>>.

⁴⁷ *Supra*, nota 1.

⁴⁸ *Cfr.* Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte*, 4a. ed., Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 2001, pp. 82, 94 y 118; y Balaguer Callejón, Francisco *et al.*, *Derecho constitucional*, Madrid, Tecnos, 1999, vol. I, p. 102.

⁴⁹ Véase *supra*, nota 26.

con aquellas; es preciso atenderlas *previamente* a que se adopte tal decisión, para que orienten y dirijan el sentido que habrá de tener la resolución del operador ordinario. Y hallándose este obligado a realizar los valores constitucionales dentro del ámbito de su competencia, ningún elemento jurídico debe dejar de realizar, aunque sea de modo mediato, uno de estos objetivos señalados por la ley fundamental.

La lógica con que opera la axiología constitucional, esbozada en párrafos anteriores, ejerce una influencia sobre todo el ordenamiento jurídico que si bien no ha originado las figuras más relevantes de la teoría constitucional actual, sí contribuye a explicarlos satisfactoriamente:⁵⁰

- *Interpretación conforme a la Constitución.* Al irradiarse sobre la actividad de los operadores jurídicos particulares (administración y jurisdicción), los valores constitucionales los influyen para elegir una opción de significado de las disposiciones ordinarias que las adecue a sus exigencias.
- *“Drittwirkung” o eficacia iusfundamental entre particulares.* Afirmar la horizontalidad de los derechos fundamentales deriva de la objetividad que caracteriza a los tales valores constitucionales. Aunque en principio se hayan establecido como límites para la acción *estatal*, toda vez que debe garantizarse su realización en toda circunstancia también son exigibles frente a personas privadas cuando estas se hallen en posición de afectarlos.
- *Ponderación y principio de proporcionalidad.* La aplicación de esta técnica de solución de colisiones entre principios constitucionales, particularmente iusfundamentales, se basa en la premisa de que estos exigen la máxima efectividad y por ende su restricción solo puede darse en un grado estrictamente indispensable. La esencia de la

⁵⁰ Véase Sánchez Gil, *op. cit.*, nota 30, pp. 653-658. Precisamente una incipiente explicación axiológica de estos aspectos puede verse en el caso *Lüth*, que preluvió el desarrollo jurisprudencial y doctrinal que luego los explicó claramente.

proporcionalidad consiste no en establecer cuál principio prevalece de un modo absoluto y en abstracto, sino de establecer cuál amerita realizarse en el caso concreto según sus circunstancias particulares.

3. *Axiología y derechos humanos*

Es mayúscula la importancia que el derecho internacional de los derechos humanos tiene para el ámbito constitucional iberoamericano: España y Portugal están sometidos a la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos —y también al de Justicia de la Unión Europea que garantiza la Carta de los Derechos Fundamentales de esa entidad supranacional—; y prácticamente todos los países latinoamericanos se hallan sujetos a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Los cambios de paradigma que ha ocasionado el desarrollo internacional de esta materia son de sobra conocidos, y es innecesario referirlos aquí. Sin embargo, en ciertos contextos en que puede haber dificultades para articular esta visión internacional con una concepción constitucional más doméstica,⁵¹ conviene poner en claro que *el derecho internacional de los derechos humanos también opera con una dinámica axiológica*, lo que muchas veces no se advierte.

Hay una clara relación entre el sentido del derecho internacional de los derechos humanos y una teoría constitucional axiológica.⁵² Este vínculo no se basa en declaraciones más o menos retóricas como la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el sentido de que el tratado que es objeto de su protección está destinado a “salvaguardar y promover los ideales y valores de

⁵¹ Como el *mexicano*, en el cual la reforma constitucional del 10 de junio de 2011 dio un lugar sumamente relevante a las normas de derechos humanos previstas en tratados internacionales; posición aún discutida por muy diversos motivos, especialmente el rechazo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación a reconocer al derecho internacional un rango plenamente idéntico que el de la Constitución, de acuerdo fundamentalmente a su resolución en la contradicción de tesis 293/2011. La literatura sobre este tópico es creciente; como una mera presentación del mismo, véase Sánchez Gil, Rubén, “¿Qué sucederá con el principio *pro persona*?”, *El Mundo del Abogado*, México, año 17, núm. 194, junio de 2015, pp. 46-49, <<http://bit.ly/1cA1VoR>>.

⁵² Cfr. Rensmann, Thilo, *Wertordnung und Verfassung. Das Grundgesetz im Kontext grenzüberschreitender Konstitutionalisierung*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2007, pp. 8, 20-21, 27-28 y 34.

una sociedad democrática”,⁵³ o la muy reiterada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el “carácter especial” del Pacto de San José y otros tratados sobre derechos humanos, que “se inspiran en *valores* comunes superiores (centrados en la protección del ser humano)”.⁵⁴ Por el contrario, esta rama del derecho de gentes contiene elementos que apuntan claramente a que el pleno goce de los derechos humanos son fines últimos no solo de los ordenamientos estatales sino del orden público internacional.

El derecho internacional reconoce los derechos humanos como pretensiones jurídicas dirigidas a su “optimización” no solo a través de una actuación omisiva, de mero *respeto*, por parte del Estado, sino también mediante actos positivos del mismo, el cual debe tomar medidas de *protección* y de *promoción* para asegurar su efectividad.⁵⁵ Tal es claramente la intención de disposiciones como los artículos 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 2o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.⁵⁶

Pero especialmente cabe predicar de las normas de derechos humanos del orden internacional una calidad diferente que las aparta de las tradicionalmente integrantes de este ramo jurídico, y crea entre los Estados obligaciones que trascienden sus relaciones *vis-à-vis*.⁵⁷ No se trata de prescripciones que solo regulan vínculos subjetivos entre los Estados, y ni siquiera exclusivamente entre ellos y las personas sometidas a su imperio, sino de normas que imponen al

⁵³ *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Danemark*, núms. 5095/71, 5920/72 y 5926/72, fondo, 7 de diciembre de 1976, § 53. Véase también Rensmann, *op. cit.*, nota 47, pp. 215-242, 329 y ss. (cursivas añadidas).

⁵⁴ *Masacre de Maripán v. Colombia*, fondo, reparaciones y costas, 15 de septiembre de 2005, § 104 (cursivas añadidas).

⁵⁵ *Cfr.* CIDH, *Castillo Petruzzi y otros v. Perú*, fondo, 30 de mayo de 1999, § 207; TEDH, *Airey v. Ireland*, núm. 6289/73, fondo, 9 de octubre de 1979, § 24-25; y TEDH, *Tzekov c. Bulgarie*, núm. 45500/99, fondo y satisfacción equitativa, 23 de febrero de 2006, § 52-53.

⁵⁶ *Cfr.* Carbonell, Miguel, “Las obligaciones del Estado en el artículo 1o. de la Constitución mexicana”, en *idem* y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, pp. 75-79, <<http://bit.ly/1gA8f15>>. Véase también CIDH, *Masacre de Pueblo Bello v. Colombia*, fondo, reparaciones y costas, 31 de enero de 2006, serie C, núm. 140, § 111-117.

⁵⁷ *Cfr.* Corte Internacional de Justicia, *Réserves à la Convention pour la Prévention et la Répression du Crime de Génocide*, opinión consultiva del 28 de mayo de 1951, p. 24, <<http://bit.ly/1QZILfg>>. En el mismo sentido: CIDH, “*Otros tratados*” objeto de la función consultiva de la Corte, OC-1/82, 24 de septiembre de 1982, § 24.

poder público “obligaciones *erga omnes* de respetar y hacer respetar las normas de protección y de asegurar la efectividad de los derechos allí consagrados *en toda circunstancia* y respecto de toda persona”.⁵⁸ Los derechos humanos de fuente internacional —más aún si se consideran de *ius cogens*— tienen la *misma calidad objetiva*, por su finalidad y naturaleza, que la teoría constitucional axiológica ha reconocido para los valores que fundan y conforman la ley fundamental.⁵⁹

El derecho internacional de los derechos humanos también opera con una lógica axiológica. Busca la máxima efectividad de las posiciones jurídicas que garantiza, y para ello impone obligaciones generales, irrestrictas, de respeto, protección y sobre todo promoción. Esto último no se entendería de no considerar —fruto de una experiencia histórica que permitió advertirlo— que el goce pleno de los derechos humanos es una situación cuya realización óptima resulta deseable, y que constituye una aspiración que cuya actualización debe procurarse en la mayor medida posible.

En consecuencia, el derecho internacional no representa obstáculo alguno para adoptar una visión valorativa hacia la Constitución, y muy en particular hacia los derechos fundamentales —entre los cuales, como parte del bloque de constitucionalidad, cuento los derechos humanos⁶⁰—. Por el contrario, los postulados esenciales del derecho internacional de los derechos humanos y su práctica contemporánea requieren dicha concepción.

III. JURISDICCIÓN Y VALORES CONSTITUCIONALES

1. ¿Los “señores” de la Constitución?

⁵⁸ CIDH, *Masacre de Maripán*, cit., nota 49, § 111 (segundas cursivas añadidas); véase también *idem*, *La Cantuta v. Perú*, fondo, reparaciones y costas, 29 de noviembre de 2006, § 160. La primera resolución además establece con claridad la *Drittwirkung* en el sistema interamericano, vinculándola precisamente con las obligaciones amplísimas que impone la realización de los derechos humanos.

⁵⁹ TEDH, *Irlande c. Royaume-Uni*, núm. 5310/71, fondo y satisfacción equitativa, 18 de enero de 1978, § 239. En forma casi literal siguió la Corte Interamericana esta resolución de su homólogo europeo en *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, OC-2/82, 24 de septiembre de 1982, § 27 y 29-33.

⁶⁰ Cfr. Álvarez Ledesma, Mario I., *Acerca del concepto “derechos humanos”*, México, McGraw-Hill, 1998, pp. 129-130.

Es innegable que una teoría constitucional axiológica propicia una jurisdicción constitucional muy poderosa, al menos en comparación con la que habría si se entendiera la ley fundamental de una manera distinta, más “tradicional”. Considerar que los bienes constitucionalmente tutelados son “valores” que “impulsan” a su realización e imponen la obligación de adoptar cuantas medidas fueran necesarias —o aun meramente convenientes— para que se concreten, tiene relevantes consecuencias.

En primer lugar y con carácter general, importa por sí solo una *interpretación amplia* de los mismos que abarque todos los supuestos posibles en que adquirirían relevancia y ejercerían su protección, al grado incluso de que llegar a extremos que algunos no reparan en calificar su extensión de “grotesca”.⁶¹ Esta particularidad, a su vez, ocasiona de modo directamente proporcional que se ensanche el poder de los jueces constitucionales.⁶² como más se extienda la influencia de la ley fundamental, tanto más podrá controlar la judicatura. Un peligro del que hasta el mismo Hans Kelsen previno.⁶³

El problema aparenta ser más grave al reparar en que son los propios jueces constitucionales quienes establecen los alcances de las normas que condicionan su poder de control; dicho en otros términos: ellos mismos son la medida de su imperio, según la concepción constitucional que prefieran

⁶¹ La confrontación entre la interpretación amplia y estrecha de los derechos fundamentales es una nueva modalidad que ha adquirido el inacabable debate doctrinal germano. Véase Meister, Moritz, *Das System des Freiheitsschutzes im Grundgesetz*, Berlín, Duncker & Humblot, 2011, pp. 33-39 y 150-151.

⁶² Empleo aquí de modo muy amplio el concepto de “juez constitucional”, refiriendo con él no solo a los tribunales encargados de la interpretación definitiva de la ley fundamental y a cualquier órgano jurisdiccional con competencia especializada para resolver cuestiones contenciosas en la materia, sino incluso a los que incidentalmente pueden resolver temas constitucionales al ejercer control difuso de constitucionalidad y convencionalidad. *Cfr.* Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Los tribunales constitucionales en Iberoamérica*, Querétaro, FUNDAP-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2002, p. 59.

⁶³ *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, 2a. ed., trad. de Roberto J. Brie, Madrid, Tecnos, 1999, p. 33.

aplicar.⁶⁴ En estas condiciones es fácil pensar —como Forsthoff⁶⁵— que el Tribunal Constitucional no es “defensor” sino en realidad “señor” de la *Constitución*, y por consiguiente de todos los demás poderes estatales sobre los que ejerce supremacía. ¿Pero en realidad así es esto?; y si lo fuera, ¿hay manera de “custodiar a los custodios”?

La imposición de controles formales sobre los jueces constitucionales —ahora sí en el sentido de integrantes de un órgano terminal— no solo es complejo sino aun vano, porque en realidad la cuestión se pospone y no se resuelve (*quis custodiet ipsos custodes custodium?*). Parece que debemos aceptar que el control más efectivo para tales órganos se halla en la *opinión pública*, de la cual la academia jurídica es parte importante, que puede llegar incluso a producir un *backlash*: una “[i]ntensa y sostenida desaprobación pública de la resolución judicial, acompañada de medidas agresivas para resistirla y remover su fuerza jurídica”.⁶⁶ La argumentación de los tribunales y su capacidad para hacer aceptable su decisión y formar consenso a su alrededor, por tratarse de una adoptada conforme a lo que se espera de ellos —cualquier cosa que ello sea—, sigue siendo el mejor (y único) instrumento para que conserven su legitimidad y su autoridad.

Es posible formular algunos lineamientos metodológicos que permitan controlar en alguna medida a los jueces constitucionales, basados asimismo en la idea de que *la Constitución manifiesta un orden de valores objetivos*. El primero de ellos es el límite que representa la fórmula textual de las disposiciones de la ley fundamental, elemento que introduce una objetividad (epistemológica), básica en su interpretación;⁶⁷ mucho podría decirse sobre esto, por su relación

⁶⁴ Sin duda, el mérito de la crítica de Böckenförde fue enfatizar que el juicio constitucional depende de una determinada teoría que provee a los operadores “una concepción orientada sistemáticamente sobre el carácter general, la dirección normativa de objetivos y el alcance del contenido de los derechos fundamentales” (*op. cit.*, nota 22, pp. 1529-1530).

⁶⁵ *Supra*, nota 23.

⁶⁶ Sunstein, Cass R., “Backlash’s travels”, *Harvard Civil Rights–Civil Liberties Law Review*, Universidad de Harvard, Escuela de Derecho, vol. 42, núm. 2, verano de 2007, p. 436. El término “*backlash*” es difícil de traducir (¿“latigazo rebotado”?); se asocia con las consecuencias indeseables de algo.

⁶⁷ Véanse Klatt, Matthias, *Theorie der Wortlautgrenze. Semantische Normativität in der juristischen Argumentation*, Baden-Baden, Nomos, 2004, pp. 19-20 y 22; y Aragón, Manuel, “La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control constitucional”, en Ferrer

con la actualización de los valores constitucionales.⁶⁸ Otros elementos restrictivos tienden a salvaguardar, y realizar, importantes valores de un Estado constitucional democrático; a ellos aludiré enseguida.

2. *Democracia y división de poderes*

Siempre latente el riesgo de que la jurisdicción constitucional usurpe las funciones de otros poderes estatales, sustituyendo por su criterio el ejercicio de sus ámbitos de discrecionalidad —en particular la libertad de configuración de legislador—. Esta idea ha tenido una importante expresión en el llamado en el contexto norteamericano “problema contramayoritario”, que acusa al control judicial de la constitucionalidad de ser antidemocrático; de alguna manera, este problema también ha estado presente en nuestra tradición neorromanista.⁶⁹

Es imposible dar una respuesta plenamente satisfactoria a esta inquietud, pues lo cierto es que, como ya expresé, el poder de los jueces constitucionales va de la mano con la extensión de la fuerza normativa de su parámetro de control. Frente a los intentos de imponer controles rígidos, predeterminados, a la interpretación judicial de la Constitución, me inclino por favorecer los más amplios alcances de los valores fundamentales.⁷⁰ Sin embargo, precisamente los principios democrático y de división de poderes (también constitucionales) imponen límites a la actuación de los jueces constitucionales.

El respeto al poder de acción de otros poderes estatales —que además muchas veces gozan de una legitimidad democrática directa— es para la jurisdicción constitucional “un deber obvio y un *mandamiento* jurídico

Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, México, Porrúa-UNAM, 2005, t. I, pp. 11-59.

⁶⁸ Sobre el “deber ser ‘actual’” como estadio de realización de los valores, véase Hartmann, *op. cit.*, nota 8, pp. 199 y ss.

⁶⁹ Véanse Rosenfeld, Michel, “El juicio constitucional en Europa y los Estados Unidos: paradojas y contrastes”, trad. de Rubén Sánchez Gil, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa-IIDPC, núm. 8, julio-diciembre de 2007, pp. 263-267; y *supra*, nota 24.

⁷⁰ Véase Sánchez Gil, Rubén, “La intensidad del control constitucional sobre el legislador”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Molina Suárez, César de Jesús (coords.), *El juez constitucional en el siglo XXI*, México, UNAM-SCJN, 2009, t. II, pp. 583-606, <<http://bit.ly/1iOXeWs>>.

constitucional”.⁷¹ Los fines generales que el Constituyente se propuso al otorgar discrecionalidad a los distintos órganos del Estado (participación democrática, determinación de oportunidad, etc.), son a su vez valores que se deben considerar y salvaguardar en el juicio constitucional.

No se trata de un simple llamado al *self-restraint* y a la benevolencia judiciales, sino de reconocer que dichos ámbitos de decisión son posiciones jurídicas que gozan de tutela e impulso constitucionales, que pueden dar lugar a reglas mínimas, si se quiere, pero que sirven como directrices del juicio constitucional. Lo anterior se muestra particularmente en la “ponderación” como examen de proporcionalidad en sentido estricto: un empate en el peso de los principios en colisión se resuelve a favor de la medida enjuiciada, atenta la “presunción de corrección”—reconocida por la jurisprudencia alemana— de que goza el criterio de los órganos estatales, particularmente legislativos, que no debe remplazar el del órgano jurisdiccional.⁷²

La omnímota potestad de la justicia constitucional puede encontrar un límite algo más cierto en los alcances de los procedimientos que le competen. Estos buscan cumplir determinados objetivos que configuran un determinado sistema político fundamental en el que se inserta la labor de los tribunales, de acuerdo con las funciones que la propia Constitución les ha señalado y cuyos confines demarcan su actuación legítima. Al ser un “poder constituido”—en el concepto clásico de Sièyes—, que el Tribunal Constitucional no transgreda los límites que la ley fundamental le señaló es una “*exigencia de política constitucional*”,⁷³ relativa al fin primordial de la Constitución: limitar el ejercicio del poder y evitar que este se ejerza arbitrariamente, para racionalizar la decisión política, hacerla específica, determinada y, en suma, eficaz (al menos desde el punto de vista del Constituyente).⁷⁴

⁷¹ Limbach, Jutta, “La interpretación de la Constitución”, trad. de Rubén Sánchez Gil, en Ferrer Mac-Gregor (coord.), *op. cit.*, nota 62, t. II, p. 752 (cursivas añadidas).

⁷² Cfr. Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 2a. ed., Madrid, CEPC, 2005, p. 790; y BVerfGE 7, 377 (412).

⁷³ Zagrebelsky, Gustavo, “La Constitución y sus normas”, trad. de Manuel Ferrer Muñoz, en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2002, pp. 69-70.

⁷⁴ Cfr. Hesse, *op. cit.*, nota 38, pp. 13-14; y Morlok, Martin, *Soziologie der Verfassung*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2014, p. 54.

Cuando precisamente su “guardián” contraviene la Constitución se menoscaba *con la mayor intensidad* su fuerza normativa, y el poder legítimo de dicho órgano se transforma en mero dominio al salir de los cauces jurídicos. Además, indirectamente y en cierto grado se propicia su debilidad en detrimento de la realización de *todos* los valores que consagra. En esencia, va en el sentido de lo anterior un muy reciente precedente mexicano, según el cual tomar la defensa de los derechos humanos como argumento para que un tribunal soslaye los límites de su competencia y el marco de su actuación, “generaría el caos en el sistema, al permitirse que la autoridad, con ese pretexto, actuara fuera de todo control”.⁷⁵

Desde luego, lo anterior crea una tensión entre el derecho de acceso a la justicia y la rigurosa limitación del poder de la jurisdicción constitucional. El primero opera con base en el principio *pro actione* que, como sabemos, postula una interpretación jurídica *amplísima* en virtud de la cual se favorece la plena competencia de los tribunales; la segunda, por el contrario, exige que el perímetro de acción de juzgadores sea resistente a dicho ensanchamiento.⁷⁶ Se trata de una *cuestión de grado y de prudencia* fundada en una acertada argumentación judicial: la extensión de la competencia jurisdiccional debe sostenerse con claridad; si no fuera así, aunque mediara su intención de tutelar algún valioso bien constitucional, debe negarse a ejercer sus funciones, atento el riesgo jurídico y político que representaría su arbitrariedad.

3. “*Stare decisis*” y *jurisdicción constitucional*

⁷⁵ “DERECHOS HUMANOS. LA PREVISIÓN DE QUE SU TUTELA SÓLO PUEDE DESPLEGARSE EN EL ÁMBITO DE COMPETENCIA DE LAS AUTORIDADES DEL ESTADO NO ES UNA RESTRICCIÓN A SU EJERCICIO, SINO UNA HERRAMIENTA PARA EL FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA PARA SU PROTECCIÓN”, *Semanario Judicial de la Federación*, 10a. época, 3 de julio de 2015, tesis I.5o.C.1 CS (10a.), <<http://bit.ly/1HCtQDt>>.

⁷⁶ En México vivimos esta tensión con la controversia constitucional 11/2007, promovida por el ya extinto Instituto Federal Electoral (IFE), un órgano constitucional autónomo al que la ley fundamental no legitimaba explícitamente para iniciar dicho proceso y defender en él su esfera de atribuciones. En el recurso de reclamación 58/2007-PL, variando el criterio que sostuvo en la controversia constitucional 31/2006, la Suprema Corte de Justicia de la Nación negó dicha legitimación activa al IFE y excluyó de esa vía procesal a los órganos constitucionales autónomos. Estos obtuvieron de manera expresa la referida legitimación con la reforma constitucional del 11 de junio de 2013.

Si alguna vez hubo, en la actualidad prácticamente no existen grandes diferencias en el uso del precedente judicial en los sistemas neorromanistas y los del *common law*.⁷⁷ Pero en nuestra tradición jurídica aún falta mucho por hacer para divulgar una verdadera cultura jurisprudencial; prevalecen todavía entre nosotros la ignorancia de los postulados con que opera el derecho de factura judicial y sus técnicas.⁷⁸

El empleo de los precedentes judiciales como elementos de argumentación y decisión jurídicas conduce a realizar importantes valores jurídicos: seguridad, igualdad en la aplicación de la ley y objetividad.⁷⁹ Si hubiera numerosas lecturas de las disposiciones jurídicas, sus destinatarios carecerían de certeza en el comportamiento que deben seguir y se anularía la utilidad del derecho; hoy se enfatiza la necesidad de que la función del precedente no sea mecanizar la decisión jurídica, sino la intención de “asegurar que bajo iguales circunstancias las personas reciban *trato igual*”;⁸⁰ y la previsión de los efectos futuros de su criterio favorece que los tribunales tengan una visión más general y menos casuística de la cuestión bajo su decisión, buscando que tenga una solución “correcta” para todos los casos particulares en que la misma pueda darse, sin reparar en sus aspectos contingentes. Pero además de estas funciones ampliamente reconocidas, la fuerza vinculante de la jurisprudencia contribuye de distintas maneras a implementar una visión constitucional axiológica.

Aparte de que unifican el significado de la ley fundamental, los precedentes

⁷⁷ Cfr. Merryman, John Henry y Pérez-Perdomo, Rogelio, *The civil law tradition. An introduction to the legal systems of Europe and Latin America*, 3a. ed., Stanford, Stanford University Press, 2007, p. 47; y Taruffo, Michele, *Proceso y decisión. Lecciones mexicanas de derecho procesal*, trad. de Daniela Bochichio et al., Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 133-134 (parte de esta obra, conteniendo la porción aquí referida, se halla en *idem*, *Cinco lecciones mexicanas. Memoria del taller de derecho procesal*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2003, <<http://bit.ly/11moUgI>>; en lo sucesivo referiré el volumen citado en primer término).

⁷⁸ Para una relación de las “técnicas más bien modestas de lectura jurisprudencial” que imperan en nuestra tradición jurídica véase López Medina, Diego Eduardo, *El derecho de los jueces*, 2a. ed., Bogotá, Legis-Uniandes, 2009, pp. 196-198. Críticas al sistema jurisprudencial mexicano se encuentran en *ibidem*, p. 146; y en Magaloni, Ana Laura, *La Suprema Corte y el obsoleto sistema de jurisprudencia constitucional*, México, Centro de Investigación y Docencia Económicas, documento de trabajo, núm. 57, 2011, <<http://bit.ly/1fvuaj3>>.

⁷⁹ Ferreres Comella, Víctor, “Sobre la posible fuerza vinculante de la jurisprudencia”, *El carácter vinculante de la jurisprudencia*, 2a. ed., Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010, pp. 45-46, <<http://bit.ly/1GuLB3o>>.

⁸⁰ López Medina, *op. cit.*, nota 75, p. 238.

judiciales brindan un creciente cúmulo de *respuestas previas y examinadas en la realidad* a los problemas estimativos que comportan las cuestiones bajo la decisión de los jueces. Por su vinculación a la jurisprudencia,⁸¹ los juzgadores no deben atribuir al texto constitucional cualquier significado, lo que reduce la posibilidad de que actúen arbitrariamente; los precedentes evitan así en un grado muy alto la “desformalización” constitucional que acusan los críticos de la teoría axiológica y el carácter arcano que se atribuye a la interpretación de la ley suprema. De esta manera, aportan un ingrediente principal a la seguridad jurídica que sus detractores niegan a esta concepción constitucional, y fortalecen la confianza en los tribunales.⁸²

En relación con el último punto señalado, la jurisprudencia también presenta una dimensión política muy significativa. El paradigma judicial de la tradición jurídica a que pertenecen los sistemas jurídicos iberoamericanos reservó un papel modesto a los jueces. Esta imagen ha perdido fuerza ante la realidad que impone la relevancia adquirida entre nosotros por las jurisdicciones constitucional e internacional de los derechos humanos:⁸³ ahora encontramos tribunales domésticos tan poderosos como el alemán que prácticamente puede conocer de cualquier cuestión jurídica, y cuya autoridad es tan grande que se ha advertido contra otorgar a su opinión un rango superior al de la Constitución misma;⁸⁴ y mucho puede decirse acerca de la notoria influencia que en nuestros sistemas tienen los tribunales internacionales de derechos humanos que han incluso resuelto la ilicitud de disposiciones constitucionales.⁸⁵

⁸¹ Que no es categórica sino que admite por lo menos cinco grados diferentes según Taruffo, *op. cit.*, nota 74, pp. 272-273 y 278-279.

⁸² Cfr. Alexy, Robert, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, 4a. ed., Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 2001, pp. 337-338.

⁸³ Merryman y Pérez-Perdomo, *op. cit.*, nota 74, pp. 34-37.

⁸⁴ Cfr. Brohm, *op. cit.*, nota 24, p. 362; y Schlaich, Klaus, *Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen*, 5a. ed. continuada por Stefan Koriath, Múnich, C.H. Beck, 2001, p. 367. En la numerosa literatura sobre el caso mexicano y el papel de la Suprema Corte luego de la reforma constitucional del 31 de diciembre de 1994, véase particularmente Sánchez Cordero de García Villegas, Olga, “Controversia constitucional y nueva relación de poderes”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 4a. ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la SCJN, 2003, t. II, pp. 1136-1141 y 1144.

⁸⁵ CIDH, *La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros v. Chile)*, fondo, 5 de febrero de 2001, § 88 y 90.

La relevancia política del principio *stare decisis* que impone fidelidad al precedente consiste en que el poder de los tribunales reside precisamente en la *coherencia* y en la *estabilidad* de su jurisprudencia, pues condicionan su capacidad de determinar por adelantado el comportamiento de los sujetos a quienes vincula la ley fundamental.⁸⁶ Sin embargo, el poder político de la jurisdicción redonda en última instancia en el de la *Constitución*; un Tribunal Constitucional poderoso supone que el derecho constitucional y los valores que consagra poseen una importancia de la que carecerían sin un garante con plena capacidad para imponerlos.⁸⁷ Se produce entonces una relación circular —virtuosa o viciosa, según se den las cosas— entre la fuerza de la Constitución y la de su guardián judicial, que al cabo y en óptimas condiciones lleva a la realización de los fines que se tienen por sumamente valiosos por el solo hecho de ser tutelados por la ley fundamental.

IV. CONCLUSIONES

La concepción axiológica de la Constitución es un desarrollo doctrinal que no tiene origen jurídico sino ético. Se trata de una doctrina que ha tenido distintos grados de evolución en esta última rama del conocimiento, hasta lograr una configuración suficientemente precisa en la obra de Nicolai Hartmann. Aunque la axiología tuvo relevancia jurídica en los primeros años del siglo pasado, no fue sino hasta la segunda posguerra en que surgieron las modernas Constituciones europeas, que se presentó como una ideología hasta cierto grado dominante para llevar a la práctica los postulados de las entonces nuevas disposiciones fundamentales. La jurisprudencia constitucional alemana ha sido pionera y liderado la implementación de este punto de vista, especialmente a partir de su sentencia en el caso *Lüth*.

La teoría constitucional axiológica brinda muchos recursos para explicar la naturaleza y el funcionamiento de las normas constitucionales de nuestro tiempo, y también resulta imperativa para el derecho internacional de los derechos humanos. Ella muestra con un sentido humanista los motivos por

⁸⁶ Troper, Michel, *Le droit et la nécessité*, París, Presses Universitaires de France, 2011, p. 43.

⁸⁷ *Cfr.* Schlaich, *op. cit.*, nota 81, p. 368.

los cuales las Constituciones tienen determinado contenido al ser resultado de la aspiración de los grupos humanos a que corresponden, y revela cómo las normas fundamentales exigen una adhesión constante en todo momento, que lleva a irradiar sus efectos a todos los rincones del sistema jurídico. Asimismo, sus postulados dan cuenta de modo sistemático del funcionamiento de muchas figuras que hoy son imprescindibles para la dogmática constitucional.

Esta posición teórica no ha estado exenta de críticas y objeciones. Lejos de menoscabarla, ellas han conducido a una reflexión más profunda sobre la naturaleza de los valores constitucionales para hallar argumentos que las superen y afiancen esta corriente de pensamiento. Principalmente se le ha reprochado la carencia de un sentido determinado sobre el cual pueda llegarse a conclusiones objetivas, y en función de ello el riesgo que representa para la seguridad jurídica y aun para la propia eficacia de la Constitución, por la arbitrariedad en que pueden incurrir los jueces al supuestamente aplicarla. Sin embargo, estas acusaciones no son tan relevantes como parecen, ya que la misma teoría axiológica provee elementos para moderar estas deficiencias en muy buen grado, aunque no logre eliminarlas a plenitud.

Al requerir la satisfacción de todos los valores de la Constitución, la visión axiológica también incluye como postulado fundamental el respeto y protección de los ámbitos de discrecionalidad de los órganos diferentes a la jurisdicción constitucional, especialmente cuando poseen legitimidad democrática directa. Se ha reconocido que esta observancia puede dar lugar a reglas específicas de actuación para los tribunales, que sirvan de límite a su actuación e impidan normativamente que usurpen las funciones de otras entidades de poder.

La fidelidad a los precedentes judiciales no solo es un instrumento para implementar la seguridad jurídica, y la igualdad y la objetividad en la aplicación de la Constitución, sino que también son elementos indispensables para la realización de los valores constitucionales, y por ende un ingrediente necesario para la teoría axiológica; en virtud de que sistematizan las normas constitucionales y proveen de un creciente número de respuestas previas y sometidas a examen, con las cuales hay mayores referencias para interpretar y aplicar los juicios de valor que subyacen a la ley fundamental. Asimismo, en cuanto la fuerza vinculante de la jurisprudencia se imponga con rigor

metodológico, los jueces constitucionales mantienen un poder político que les coloca en posición de defender mejor el cumplimiento de las normas constitucionales.

Profundizar la reflexión sobre esta percepción constitucional es sin duda un ejercicio complejo y arduo. Pero es necesario efectuarlo para comprender con mayor precisión el contenido y el funcionamiento de las normas fundamentales, y asimismo para detectar sus problemas y darles solución oportuna y adecuada.

Recepción: 07 - 07-2015 / Dictamen: 07- 08 -2015

UN MODELO DE CONTROL
JUDICIAL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD
Y DE CONSTITUCIONALIDAD PARA LA
JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA
IBEROAMERICANA (NOTAS)

Gumesindo García Morelos¹

Para Augusto Emanuel,
el “nuevo habitante”.

Sumario: I.-Introducción. II.-Aspectos generales del control de leyes. III.-Ideas generales sobre el control difuso. IV.-El modelo de control difuso: “incidental” o “principal”. V.-El control judicial difuso en la jurisdicción contencioso-administrativa. VI.- Un modelo a seguir: el control judicial en el sistema contencioso-administrativo del Estado(Provincia) de México. Una perspectiva. VII.-Conclusiones.

I.-Introducción.

El proceso contencioso-administrativo constituye una garantía jurisdiccional directa de los derechos humanos frente a los poderes de la administración pública, y en cierta medida frente a los poderes legislativos cuando se inaplican porciones normativas de aquellos ordenamientos aprobados por dichos órganos políticos. Dicho medio de control guarda una profunda cercanía respecto al proceso constitucional de amparo, ya que ambos recursos judiciales tienen una semejanza en los accesos ante los tribunales por parte de los ciudadanos.

El Derecho procesal administrativo se ha nutrido de importantes consideraciones doctrinales y jurisprudenciales a lo largo de los años. Fruto de lo anterior es la construcción de un nuevo régimen jurídico de la citada

¹ Profesor e investigador de tiempo completo de la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo (México). Abogado en litigio estratégico (o de interés público). gumesindo18@hotmail.com

garantía, que permita a nuestros países hermanos adoptar ideales comunes plasmados en el Código Modelo de procesos administrativos-judicial y extrajudicial-para Iberoamérica.

La búsqueda de ideales comunes, tales como el de justicia, que mediante la actividad de los jueces en el Estado Constitucional de Derecho se logre la salvaguarda de los derechos y libertades de los ciudadanos. Para ello, se requiere el fortalecimiento de los poderes democráticos de los tribunales de lo contencioso-administrativo, incrementando su parámetro de control judicial, de convencionalidad y de constitucionalidad, y no de mera legalidad.

La administración pública se encuentra sujeta a una serie de principios del Estado Constitucional de Derecho, que alberga los diversos cuadrantes de un diálogo permanente entre el pueblo iberoamericano y sus libertades fundamentales. Las leyes como objeto de control judicial representa el examen de la actividad administrativa y legislativa, y por ende la propuesta de un sistema procesal enmarcado en el modelo de control difuso.

Nuestro propósito es presentar una perspectiva procesal del control judicial difuso de convencionalidad y de constitucionalidad en la jurisdicción contencioso-administrativa, orientada desde bases del Código Modelo, pero como punto de partida la experiencia mexicana.

Pareciera normal la existencia del control difuso de las leyes en la tradición constitucional de los países Latinoamericanos, pero en México su existencia fue durante décadas una referencia meramente académica, alejada de la práctica ante los tribunales. Sí bien, tuvo incursiones procesales en diversos momentos, su consolidación es reciente, como se exponen en los apartados que forman parte del presente texto, mismo que sometemos al juicio final de los lectores.

La incorporación del sistema de control judicial difuso de las leyes no parte de la reforma constitucional del diez de junio de dos mil once, ni de la interpretación del Pleno del Tribunal Constitucional en el expediente varios 912/2010, ya que ésta tiene su antecedente en dos momentos históricos diversos. El primero, corresponde a la década de los cuarentas, cuando la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, adopta un criterio quimérico respecto a este tipo de revisión procesal por parte de los tribunales

ordinarios; el fundamento de la interpretación constitucional correspondió al artículo 133, habilitando la inaplicación¹ de leyes inconstitucionales a los jueces de los Estados, por ende la coexistencia de los dos modelos de control judicial, desafortunadamente temporal. El artífice del criterio judicial lo fue el ilustre michoacano, don Gabino Fraga Magaña, quien poseía un dominio profundo del tema debido a su acercamiento con la doctrina del Derecho constitucional norteamericano.

El segundo momento, corresponde al amparo administrativo 1060/2008, resuelto el día dos de julio de dos mil nueve², por el Primer

¹ Época: Quinta Época, Registro: 278723, Instancia: SEGUNDA SALA, Tipo Tesis: Tesis Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Localización: Tomo XCI, Materia(s): Común, Tesis: P. 1632.

CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES.

La obligación que tienen todas las autoridades de actuar dentro de las normas establecidas por la Carta Magna y, para ello, de confrontar con ésta las leyes que pretenden aplicarse no produce, al faltarle a esa obligación, un nuevo concepto de violación distinto de los que se deriva del desconocimiento de las garantías individuales. En otros términos: sólo dentro del juicio constitucional, de la competencia exclusiva del Poder Judicial Federal, se debe, necesariamente, a petición de parte destruir los efectos de una ley inconstitucional, sin que esto signifique que las demás autoridades no deban regirse por la Constitución, aunque para ello tengan que desobedecer una ley secundaria, solo que éste deber no deriva de una competencia jurisdiccional, sino de un mandato general de orden superior, fincado en la supremacía de la Constitución.

SEGUNDA SALA

Amparo administrativo en revisión 8442/46. Toscano Roberto. 24 de febrero de 1947. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Manuel Bartlett Bautista. Relator: Agustín Téllez López.

² Registro No. 164611, Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXXI, mayo de 2010, página 1932, Tesis: XI. 1º.A.T.47 K, Tesis Aislada, Materia(s): Común.

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN SEDE INTERNA. LOS TRIBUNALES MEXICANOS ESTAN OBLIGADOS A EJERCERLO.

Tratándose de los derechos humanos, los tribunales del Estado Mexicano como no deben limitarse a aplicar sólo las leyes locales, sino también la Constitución, los tratados o convenciones internacionales conforme a la jurisprudencia emitida por cualesquiera de los Tribunales internacionales que realicen la interpretación de los tratados, pactos, convenciones o acuerdos celebrados por México; lo cual obliga a ejercer el control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas y las supranacionales, porque este implica acatar y aplicar en su ámbito competencial, incluyendo las legislativas, medidas de cualquier orden para asegurar el respeto de los derechos y garantías, a través de políticas y leyes que los garanticen.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS ADMINISTRATIVA Y DE TRABAJO DEL DÉCIMO PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 1060/2008. Raúl Negrete Rodríguez. 2 de julio de 2009. Mayoría de votos. Disidente Hugo Sahuer Hernández. Ponente: Juan García Orozco. Secretario: Víctor Ruíz Contreras.

Tribunal Colegiado de Circuito³ en Materia Administrativa y de Trabajo. El fallo constitucional fijó reglas importantes, por primera vez en México, para el control judicial difuso de convencionalidad, permitiendo el examen de compatibilidad de las leyes, federales y locales, bajo el parámetro del Derecho internacional de los derechos humanos.

En consecuencia, el control judicial difuso en México tuvo dos momentos especiales bajo cánones diversos, constitucionales y convencionales, los cuales concurren sin problema en nuestros días, debido al párrafo 339 del Caso Rosendo Radilla Pacheco⁴(noviembre de 2009), y a la reforma al artículo primero constitucional.

El modelo dual de control judicial de nuestro Derecho procesal constitucional permite una mayor protección judicial de los derechos humanos. Y en particular, se proyecta en los procesos ordinarios, de instancia, donde tiene lugar la competencia inmediata para desarrollar las debidas garantías del proceso, como la inaplicación de normas generales que resulten incompatibles con las fuentes de los derechos humanos.

El control judicial difuso de las leyes ha desarrollado prácticas procesales importantes en Iberoamérica, que ameritan ser teorizadas en el marco de las doctrinas elaboradas en el Derecho procesal constitucional. Para ello, exponemos en el presente texto nuestra tesis relativa a que en el control difuso, no se limita a un carácter meramente “incidental”, sino que también puede adoptar como principios, “concreto, directo, y principal”. Asimismo, desarrollamos un paso a seguir en este tipo de revisión judicial, cuya interpretación por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resulta inconclusa, cuando elabora como última etapa, la inaplicación de las normas generales, lo cual genera cierta incertidumbre hacia su práctica procesal.

Por ello, debe complementarse las consecuencias jurídicas respectivas en la ineficacia de la norma, que priva su aplicación concreta, no de su invalidez, que es propia de la jurisdicción constitucional concentrada, así como

³ Del Décimo Primer Circuito, con sede en Morelia, Michoacán.

⁴ Sobre las decisiones del Tribunal Constitucional, véase Cossío Díaz, José Ramón; Mejía Garza, Raúl; y, Rojas Zamudio, Laura Patricia, *El Caso Radilla. Estudio y documentos*, México, Porrúa, 2012.

determinar los alcances correspondientes.

La implementación del tema en comento, en su cuarto paso, la de su aplicación amplia, requiere de pautas interpretativas claras⁵ y dinámicas

⁵ La siguiente tesis aislada, sin publicarse en este momento en el Semanario Judicial de la Federación, resulta sumamente ilustrativa para la comprensión del tema en comento:

CLAVE: TC014018.10AK1

RUBRO: CONTROL DIFUSO. RASGOS DISTINTIVOS DE SU EJERCICIO.

TEXTO: El “sistema difuso”, es aquel en el cual el **examen de compatibilidad** de los actos frente a la Constitución, corresponde a **todos los órganos judiciales** y lo ejercitan, **incidentalmente**, en **ocasión de la decisión** de las causas de su competencia. La lógica de dicho sistema reside en que, a cada caso, debe recaer una **resolución**, conocida como “**norma individualizada**”, la cual se infiere o deduce a partir de la **norma general**, empero, adecuándola o relacionándola con los **hechos o circunstancias del caso concreto**, siendo que la decisión se compone de un silogismo judicial que se integra por una premisa fáctica determinada por hechos o circunstancias, conforme las cuales deberá construirse una premisa normativa que otorgue la mejor solución al conflicto; esto es, cuando se ejerce el control difuso se actúa en el problema contingente y propio que impone una **comprobación constitucional en el caso debatido** y, de ahí, el efecto de la **cosa juzgada –inter partes–**; de manera que en este sistema, el **juzgador** tiene el deber de **realizar una interpretación para llegar a un juicio respecto a la constitucionalidad** de la decisión que pronuncia en casos concretos. Por tanto, en el supuesto de **estimar que la aplicación de cierta disposición**, bajo determinadas circunstancias, **resulta inconstitucional**, sólo puede en casos extremos **desaplicar tal disposición en el evento concreto**, resolviendo **como si ésta no existiera**; así, la **duda sobre su constitucionalidad** siempre debe **plantearse en razón de su aplicación en circunstancias particulares**, aspecto que marca la **diferencia** respecto al **control concentrado**, puesto que, en éste último, **se cuestiona la inconstitucionalidad de una ley en abstracto**; esto es, la norma general de que se viene hablando, pero **sin contemplar los hechos concretos del caso** ni la regla que rige a casos específicos, **sino la ley per se**, con **generalidad en el pronunciamiento**. Finalmente, cabe considerar que el **control difuso**, entendido como uno de los medios para consolidar la supremacía constitucional, **tiende a buscar y conciliar el sentido o interpretación de la o las normas que conforman la premisa normativa**, a fin de conseguir la: *a)* interpretación conforme en sentido amplio, de acuerdo al bloque de constitucionalidad; *b)* interpretación conforme en sentido estricto, **si hay varios sentidos, eligiendo el más acorde** al bloque de constitucionalidad, esto es, el previsto o pretendido por la Constitución, y sólo cuando esto **resulte imposible** se deberá; *c)* inaplicar, en el caso concreto, la disposición que oriente el sentido de la premisa normativa, cuando sea indefectible un determinado sentido, **en oposición** al pretendido constitucionalmente, siempre en el **contexto de los efectos inter partes** que apareja este sistema.

de la jurisdicción constitucional federal, cuyas coordenadas no se agotan en su jurisprudencia, sino que debe tomarse en consideración la jurisprudencia internacional y transnacional.

II.-Aspectos generales del control judicial de las leyes.

La construcción doctrinal de los modelos o sistemas procesales de control judicial de constitucionalidad de leyes⁶, se justificó para presentar la geografía comparada de las diversas técnicas procesales⁷ del enjuiciamiento⁸ de normas generales, facilitando su estudio y enseñanza en los modernos contenidos de la disciplina del Derecho procesal constitucional⁹, y también, de manera general, en el Derecho constitucional. Pareciera inamovible la clasificación elaborada en atención a los controles difuso y controles concentrados, o bien a su mixtura, como el caso mexicano y peruano. Es necesaria una reformulación de dicha tradición, las realidades derivadas de la práctica judicial, los planteamientos de los abogados y las interpretaciones asumidas por los jueces, independientemente del modelo a que pertenezcan.

El tema en cuestión parece, en este sentido, estático en gran parte de Europa, ya que se mantiene el monopolio del control de las leyes por parte de los Tribunales Constitucionales (Alemania, Austria, Bulgaria, España, Eslovenia,

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

PRECEDENTE: Revisión Fiscal 623/2012.- Administrador Local Jurídico del Norte del Distrito Federal.-27 febrero de 2013.- Unanimidad de votos.- Ponente: Jean Claude Tron Petit.- Secretaria: Mayra Susana Martínez López.

⁶ Para un estudio de derecho procesal comparado véase: García Morelos, Gumesindo, *El proceso de acción de inconstitucionalidad*, México, ubijus, 2010, primer capítulo.

⁷ Maraniello, Patricio Alejandro, “La declaración de inconstitucionalidad de oficio en los sistemas difusos”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, número 15, Madrid, 2011, pp. 301-336.

⁸ Carnota, Walter F., “La diferenciación entre control de constitucionalidad, control de convencionalidad y control de compatibilidad”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, número 15, Madrid, 2011, pp. 51-66.

⁹ García Morelos, Gumesindo, *Introducción al Derecho procesal constitucional*, tercera edición, México, Ubijus, 2013.

Rusia), y otros países que si bien sus decisiones no tiene carácter general, la competencia a este respecto reside sus máximos órganos jurisdiccionales: Tribunal Supremo Federal¹⁰(Suiza¹¹), y la Corte Suprema(Irlanda).

El sistema constitucional de Portugal es mixto, permite a sus jueces ordinarios revisar la compatibilidad¹² de las normas inferiores y actos con la ley fundamental, y en su caso, inaplicar la porción legislativa, y fijar los alcances de ésta; las decisiones judiciales son susceptibles de revisión por la magistratura constitucional; lo cual permite una articulación de la interpretación judicial del texto político, y con ello se armoniza el significado único del citada parámetro de control, y de esta forma se diluyen las críticas a este modelo, por un temor infundado a la posibilidad de “confusión” por la diversidad de interpretaciones judiciales.

En este orden de ideas, la institución de revisión judicial europea presenta otras peculiaridades en: Inglaterra¹³ y Holanda. En el primero de ellos, se produce una fuerte transformación constitucional, donde se termina con la inmunidad al control judicial de las leyes del Parlamento. Lo anterior, fue producto del control de convencionalidad del Derecho comunitario por parte del Tribunal de *Luxemburgo*¹⁴ respecto de leyes británicas¹⁵, ya que los tribunales invocaban su derecho interno para el incumplimiento del derecho transnacional. Todo ello terminó en una regulación garantista del propio Parlamento, la Ley de Derechos Humanos de 1998(*Human Rights Act*). Y a partir de ese momento existe el control judicial difuso de convencionalidad de

¹⁰ Véase Fleiner, Thomas; Mistic, Alexander; y, Töpperwien, Nicole, *Swiss Constitutional Law*, The Netherlands, Kluwer Law, 2005, pp. 182 y ss.

¹¹ El medio de control judicial para acceder al Tribunal Supremo Federal, lo constituye el denominado recurso de derecho público. Dicha garantía procesal sólo se ocupa de impugnar en fase terminal, actos de autoridad que vulneren los derechos fundamentales y leyes cantonales. Las leyes federales poseen inmunidad judicial, y su justificación reside en la participación de los ciudadanos en su construcción.

¹² Artículo 207. Examen de inconstitucionalidad. En los hechos sometidos a enjuiciamiento no podrán los Tribunales aplicar normas inconstitucionales, y tendrán con este objeto, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 282, la facultad de apreciar la existencia de inconstitucionalidad.

¹³ Véase Van der Schyff, Gerhard, *Judicial Review of Legislation. A Comparative Study of the United Kingdom, the Netherlands and South Africa*, Germany, Springer, 2010, pp. 11 y ss.

¹⁴ Búrca, Gráinne de, y Weiler, J.H.H., *The European Court of Justice*, United States, Oxford University Press, 2008, pp. 36 y ss.

¹⁵ Véase Case C-213/89 *R v Secretary of State for Transport, exp. Factortame*(1990) ECR I-2433.

las leyes¹⁶ del parlamento por los tribunales domésticos, con ciertas limitaciones prácticas.

Por su parte, la tradición del control judicial de Holanda¹⁷ es único en el mundo entero. El texto constitucional en su artículo 94 contempla la supremacía del Derecho internacional de los derechos humanos, y el artículo 120, prohíbe a los tribunales realizar el estudio de constitucionalidad de las leyes¹⁸ del parlamento y de los tratados. Lo cual, significa que no existe un examen de constitucionalidad, sino un verdadero control judicial de convencionalidad derivado del propio ordenamiento político.

Todos ellos, en sus mecanismos de control judicial adoptan los efectos¹⁹ de la revisión difusa, la inaplicación con efectos inter-partes, aún cuando sean sus cortes supremas las que asuman dicha competencia. Este fenómeno procesal nos invita cabalmente a pensar con mucho cuidado la vigencia de las tesis y sus principios que explican los modelos tradicionales de control constitucional. Por ello, nos resulta esencial repasar los principios propuestos para explicar el control difuso.

III.-Ideas generales sobre el control judicial difuso.

Se considera por parte de un sector importante de la doctrina²⁰ del Derecho procesal constitucional, que el control difuso es incidental(indirecto) y concreto. Posición que compartimos parcialmente, ya que no siempre tendrá carácter incidental ni tampoco indirecto. Hemos esperado los resultados de

¹⁶ Kavan, Aileen, *Constitutional Review under the UK Human Rights Act*, Great Britain, Cambridge, 2009, pp. 281 y ss.

¹⁷ Kortmann, Constantijn A.J.M, y, BovendÉert, Paul P.T., *Constitutional Law of the Netherlands. An Introduction*, Netherland, Kluwer Law, 2007, pp. 29 y 126.

¹⁸ Artículo 120. El juez no juzgará la constitucionalidad de leyes y tratados.

¹⁹ Maraniello, Patricio Alejandro, “La declaración de inconstitucionalidad de oficio en los sistemas difusos”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, número 15, Madrid, 2011, pp. 301-336.

²⁰ Cfr. Cappelletti, Mauro, *Obras*, traducción de Héctor Fix Zamudio *et al*, México, Porrúa, 2007, pp. 55 y ss ; Fix Zamudio, Héctor, y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, octava edición, México, Porrúa, 2012, pp. 522 y ss; Sagüés, Néstor Pedro, *Manual de Derecho procesal constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2009; Pegoraro, Lucio, *La justicia constitucional. Una perspectiva comparada*, traducción de Marta León Alonso, Madrid, Dikynson, 2004, pp. 31 y ss.

nuestra práctica profesional como abogado de litigio estratégico en diversos planteamientos de control difuso de convencionalidad²¹ y control difuso de constitucionalidad, cuyos resultados positivos y considerando las ricas teorías sobre el tema, nos brindan la posibilidad de presentar nuevos principios al seno modal del control difuso de constitucionalidad.

Por lo anterior, consideramos que también es factible aceptar que mediante el control difuso, se puede plantear la incompatibilidad de una ley, de manera directa o principal, derivado de un caso concreto. Si bien, el antecedente deriva de un hecho, como objeto de control, éste puede destruirse en absoluto si el fundamento normativo se considera incompatible.

Es necesario exponer algunas consideraciones de nuestra posición al respecto. Dentro de los tribunales ordinarios, que no pertenecen a la jurisdicción constitucional concentrada se encuentran órganos jurisdiccionales especializados en materia contenciosa-administrativa, que al igual que los procesos constitucionales (amparo, hábeas corpus, hábeas data), son garantías jurisdiccionales directas de los derechos humanos. Todos ellos se rigen bajo los principios convencionales del acceso a recursos judiciales efectivos, breves y sencillos²²; cuyo signo distintivo lo constituye, primordialmente que el sujeto pasivo, una autoridad pública; por lo tanto, el objeto de control serán los actos y omisiones de los poderes gubernamentales, así como la aplicación en perjuicio de los ciudadanos, de normas generales.

En sentido amplio, en el ámbito del control difuso, no existen instituciones procesales predeterminadas para su práctica, sino que dependerá del momento y de las condiciones que acontezca la aplicación de la ley, así como la vulneración que pueda producirse en las libertades fundamentales de las personas, para determinar la institución adjetiva correspondiente.

IV.-El modelo de control difuso: “incidental” o “principal”.

El carácter incidental reside en que la resolución de la pretensión de

²¹ García Morelos, Gumesindo, *El control judicial difuso de convencionalidad de los derechos humanos por los tribunales ordinarios en México*, México, Ubijus, 2010.

²² Véase los artículos: 2.3. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966); 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos(1969).

incompatibilidad no es el tema principal del proceso judicial. Dicho principio acepta ser complementado. Nuestra propuesta reside en sostener que el control judicial difuso, es “principal” e “incidental”.

Las cuestiones litigiosas no siempre se resuelven incidentalmente, en ocasiones puede ser principal. Inclusive, en el Derecho procesal constitucional mexicano, a través de las garantías jurisdiccionales: procesos contenciosos-administrativos (federales y estatales), y los procesos judiciales electorales(federales y estatales); se ha desarrollado una práctica jurisdiccional que se convierte en objeto de estudio para su teorización. Esta idea permite analizar con mayores aperturas la resolución a las pretensiones procesales en aquellos casos concretos de aplicación de normas generales que se consideren inconventionales o inconstitucionales.

En México existe una vía procesal directa ante la jurisdicción constitucional federal para impugnar la inconstitucionalidad de leyes²³, por parte de los ciudadanos en actos de aplicación concretos. Dicha garantía ha sido, desde poco antes de la segunda mitad del siglo XIX(1841-1847)²⁴, el proceso constitucional de amparo²⁵, que desde sus inicios ha tenido como objeto de control judicial a las normas generales(amparo indirecto), como una vía especial. Por lo tanto, el Tribunal Constitucional mexicano, se ha ocupado de una rica interpretación acerca del régimen procesal y sustantivo de esta pieza democrática para el control de constitucionalidad de los actos de los poderes públicos.

El Pleno de dicho órgano jurisdiccional ha sostenido un criterio interesante, en tesis aislada²⁶, sobre el control judicial de las leyes, cuya

²³ Véase Góngora Pimentel, Genaro David, *Introducción al estudio del juicio de amparo*, décimosegunda edición, México, Porrúa, 2010, pp. 25 a 132.

²⁴ Cossío Díaz, José Ramón, *Sistemas y modelos de control constitucional en México*, México, UNAM, 2011, pp. 16 a 25.

²⁵ Véase García Morelos, Gumesindo, *El proceso de amparo contra leyes. Del control de convencionalidad y de constitucionalidad*, México, Ubijus, 2013(en prensa).

²⁶ Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta V, Mayo de 1997, Página: 158, Tesis: P. LXXXI/97, Tesis Aislada, Materia(s): Constitucional, Común.

AMPARO CONTRA LEY. CUANDO SE IMPUGNA JUNTO CON EL ACTO DE APLICACIÓN Y SÓLO SE FORMULAN CONCEPTOS DE VIOLACIÓN CONTRA

pretensión es la declaración de inconstitucionalidad particular, que nos permite construir la nueva tesis doctrinal para el control difuso de constitucionalidad, aplicable al propio Derecho procesal constitucional comparado. A este respecto, se ha interpretado que en las demandas de las acciones de amparo en contra de leyes, los actores pueden exponer ante el acto de aplicación los vicios propios de ésta, sin necesidad de verter argumento alguno respecto al acto mismo, ya que aquél se ataca en vía de consecuencia²⁷.

Dicho criterio judicial constitucional permite controvertir normas generales directamente, como acto principal y único, sin necesidad de exponer conceptos de violación en contra del acto de aplicación. Lo anterior es un avance en todos los sentidos, y además transforma la doctrina que sostiene que en el control concentrado, la garantía, sea recurso de inconstitucionalidad o acción de inconstitucionalidad, son instrumentos de control abstracto, directos y principales; con lo cual se excluye que en otros mecanismos de revisión judicial de aplicación concreta puedan tener vigencia dichos principios. Por nuestra parte, consideramos que no es correcta la apreciación de los principios referidos.

Por ello, es factible que en el control judicial difuso, el único tema de estudio de los jueces sean los vicios propios de inconventionalidad o de inconstitucionalidad²⁸ de las leyes. En este orden de ideas, es ilustrativo

AQUÉLLA, TAL OMISIÓN NO HACE IMPROCEDENTE EL JUICIO.

El artículo 116, fracción V, de la Ley de Amparo, previene que la demanda deberá formularse por escrito, en la que se expresen, entre otros requisitos, el concepto o conceptos de violación; de aquí se sigue que de no expresarse éstos, la acción de amparo, por regla general, es improcedente en términos del numeral citado, en relación con el artículo 73, fracción XVIII, de la referida ley; pero **si lo que se reclama es una ley y su acto de aplicación, cuya existencia quedó acreditada en autos, no se surte el referido motivo de improcedencia** si la quejosa omite formular conceptos de violación contra el acto de aplicación y **sólo los expresa en contra de la ley**, porque en tal hipótesis se entiende que **el acto concreto se viene impugnando en vía de consecuencia**, por los **vicios de inconstitucionalidad que se atribuyen al ordenamiento**.

²⁷ Es una práctica seguida también en Brasil. Véase Motta, Sylvio, *Controle de Constitucionalidade. Uma abordagem teórica e jurisprudencial*, Brasil, Campus, 2006, pp. 197 y ss.

²⁸ Véase el interesante trabajo de los destacados juristas: Herrerías Cuevas, Ignacio, y Del Rosario Rodríguez, Marcos, *El Control de Constitucionalidad y Convencionalidad. Sentencias que han marcado un nuevo paradigma (2007 - 2012)*, México, Ubijus, 2012.

referir lo resuelto por el Tribunal de Justicia Administrativa del Estado de Michoacán(México), en el expediente JA-0251/2012-II, donde se planteó como único motivo de pretensión, lo siguiente:

*“Reclamo la **inconstitucionalidad del artículo 48 fracción III de la Ley de responsabilidad (sic) de los servidores públicos del Estado de Michoacán, así como el artículo 2º, párrafo segundo, fracción VII, inciso “c” del Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Estado, por vicios propios; norma que tuvo su acto de aplicación en mi perjuicio por parte de la demandada en la resolución definitiva de fecha quince (sic) 16 de mayo de dos mil doce, dentro del procedimiento seguido en forma de juicio, procedimiento administrativo interno número 062/2011-VG, donde se me impone la sanción de suspensión de 15 días naturales en su cargo y/o empleo, sin goce de sueldo...**”*

Ante lo cual, el órgano de control judicial ordinario, en su competencia en el modelo de revisión judicial difusa, decidió el tema constitucionalidad en fecha diecisiete de octubre de dos mil doce, concluyendo con la determinación de incompatibilidad de las porciones normativas de los ordenamientos jurídicos combatidos respecto de la ley fundamental:

*“...la sanción... contenida en la resolución disciplinaria impugnada resultó contraria a los derechos consagrados en los artículos 14, tercer párrafo y 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos... se impone decretar la **nulidad de la resolución impugnada**”.*

Lo anterior, demuestra nuestra postura. En el control judicial difuso, el examen de compatibilidad de normas generales puede convertirse en el

único objeto directo de control, principal, estudiando los vicios propios de cualquier ordenamiento legal que se halla aplicado, y que ocasione un perjuicio, lo cual permite aplicar los principios procesales de modelo de control concentrado, con excepción de los efectos de invalidez. Se advierte que después del análisis de constitucionalidad, se determinó su incompatibilidad conforme a la regla constitucional, ya que tratándose del derecho punitivo no se admite interpretación conforme, y en consecuencia se procedió a su inaplicación, privando de sus efectos²⁹, no de su validez³⁰, a las normas demandadas.

Por otra parte, es esencial agregar a los pasos a seguir³¹ en el control

²⁹ Amaya, Jorge Alejandro, *Control de constitucionalidad*, Buenos Aires, Astrea, 2012, p. 93.

³⁰ Época: Décima Época, Registro: 160589, Instancia: PLENO, TipoTesis: Tesis Aislada, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Localización: Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1, Materia(s): Constitucional, Tesis: P. LXVII/2011(9a.), Pag. 535.

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD.

De conformidad con lo previsto en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, **todas las autoridades del país**, dentro del ámbito de sus competencias, se encuentran obligadas a velar no sólo por los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal, sino también por aquellos contenidos en los instrumentos internacionales celebrados por el Estado Mexicano, adoptando la **interpretación más favorable al derecho humano de que se trate**, lo que se conoce en la doctrina como **principio pro persona**. Estos mandatos contenidos en el artículo 1o. constitucional, reformado mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de 10 de junio de 2011, deben interpretarse junto con lo establecido por el diverso 133 para determinar el marco dentro del que debe realizarse el control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial, el que deberá adecuarse al modelo de control de constitucionalidad existente en nuestro país. **Es en la función jurisdiccional**, como está indicado en la última parte del artículo 133 en relación con el artículo 1o. constitucionales, 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 que se encuentren 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, 105 y 107 de la Constitución), sí **están obligados a dejar de aplicar las normas inferiores** dando preferencia a las contenidas en la Constitución y en los tratados en la materia.

³¹ Época: Décima Época, Registro: 160525, Instancia: PLENO, TipoTesis: Tesis Aislada, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Localización: Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1, Materia(s): Constitucional, Tesis: P. LXIX/2011(9a.), Pag. 552.

PASOS A SEGUIR EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y

difuso, que no terminan con la inaplicación, como los sostiene el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sino que se requiere fijar los alcances que produce dicha consecuencia de inconstitucionalidad particular:

“2.Deje insubsistente la resolución impugnada en la parte que sanciona a la actora con quince días de suspensión sin goce de sueldo en el cargo y/o empleo.

“3.A fin de no dejar sin sanción la responsabilidad determinada a..., de manera fundada y motivada, imponga a ésta una sanción ejemplar y proporcional a la falta en que incurrió, tomando en consideración los razonamientos vertidos en este fallo, **esto es, omitiendo imponer la sanción prevista en los artículos 48, fracción III, de la Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos del Estado de Michoacán de Ocampo y 2°, segundo párrafo, fracción VII, inciso c) del Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Estado de Michoacán de Ocampo**”.

El Tribunal de Justicia Administrativa del Estado de Michoacán(México), en el ejercicio del control judicial difuso de constitucionalidad de los citados

CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. La posibilidad de **inaplicación de leyes por los jueces del país**, en ningún momento supone la eliminación o el desconocimiento de la presunción de constitucionalidad de ellas, sino que, precisamente, parte de esta presunción al permitir **hacer el contraste previo a su aplicación**. En ese orden de ideas, el Poder Judicial al ejercer un control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos, **deberá realizar los siguientes pasos**: a) **Interpretación conforme en sentido amplio**, lo que 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 reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado Mexicano sea parte, **favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia**; b) **Interpretación conforme en sentido estricto**, lo que significa que cuando hay **varias interpretaciones** jurídicamente válidas, los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, **preferir aquella que hace a la ley acorde a los derechos humanos** reconocidos 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; y, c) **Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles**. Lo anterior **no afecta o rompe con la lógica de los principios de división de poderes y de 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.

ordenamientos jurídicos, una vez determinada la inaplicación respectiva por incompatibilidad, declaró la nulidad por de la resolución administrativa por inconstitucionalidad en vía de consecuencia. Aunque si bien, expuso el órgano de control que la autoridad demandada podía dictar una nueva decisión, pero sin aplicar los preceptos legales apuntados, lo que se convirtió en cosa juzgada para los hechos concretos, que no es otra cosa que los efectos inter-partes. Lo anterior, se traduce en que la administración pública no podrá fundar la resolución en los numerales paralizados por el fallo protector.

Como quedó expuesto, no se esgrimieron argumentos para destruir los hechos, únicamente a impugnar los vicios propios de las normas generales, legislativas y administrativas. El efecto alcanzó a la conducta del Poder Ejecutivo por derivar de normas inaplicadas, y por otra parte, al mismo Congreso estatal. La tutela judicial en contra de los ordenamientos jurídicos³² produce la inmunidad de los ciudadanos en contra de cuerpos normativos inconstitucionales de manera particular, manteniendo la validez normativa para cualquier aplicación diversa a los hechos enjuiciados.

A este respecto, en Colombia³³, el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo³⁴(Ley 1437 de 2011), en su artículo 148 regula el denominado control por vía de excepción³⁵, que permite, dentro los casos objeto de control, la revisión no sólo de los actos administrativos, sino también de las leyes que se aplicaron en éste. Por lo que, mediante los procesos contenciosos-administrativos es factible solicitar

³² Bazán, Víctor, “En torno al Estado de Derecho, la justicia constitucional y la tutela de los derechos fundamentales, con particular énfasis en América Latina”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, número 14, Madrid, 2010, pp. 15-72.

³³ En la tradición procesal del control difuso, se le denomina “incidental” o “vía de excepción”.

³⁴ Véase Solano Sierra, Jairo Enrique, *Código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo. Comentado-concordado. Doctrina-jurisprudencia*, Bogotá, Doctrina y Ley, 2011, pp. 311 a 315.

³⁵ **Artículo 148. Control por vía de excepción.** En los procesos que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, inaplicar con efectos interpartes los actos administrativos cuando vulneren la Constitución Política o la ley.

La decisión consistente en inaplicar un acto administrativo sólo producirá efectos en relación con el proceso dentro del cual se adopte.

la inaplicación³⁶ de normas generales contrarias a la ley constitucional. Si bien es cierto, que de manera expresa no se considera dentro del canon de control judicial al Derecho convencional, éste resulta vinculante en el análisis de compatibilidad³⁷. Tampoco la doctrina de ese país ha considerado como principio procesal, su carácter directo y principal, ya que le sigue denominando, excepción de inconstitucionalidad, basado en una idea de “incidentalidad” del proceso.

V.- El control judicial difuso en la jurisdicción contencioso-administrativa

El sometimiento de los poderes públicos a los sistemas de derechos y libertades, un parámetro en extensión, del plano constitucional al plano del Derecho convencional. Los jueces administrativos se han convertido en verdaderos controladores de los actos de la administración pública, evolucionando hacia una revisión plena, despojada de inmunidades de los órganos de la administración.

Uno de los grandes principios que rigen a los actos y decisiones de los poderes administrativos, corresponde al de legalidad, el cual es la consecuencia de otros de los principios implícitos a la división de poderes en su ámbito de contrapesos. Los tribunales de lo contencioso-administrativo forman parte dicho ámbito fundamental.

El modelo procesal administrativo europeo parece más limitado en comparación con el modelo latinoamericano, mismo que reúne la concurrencia de una arquitectura orientada desde las coordenadas del Derecho internacional de los derechos humanos, a través del acceso a un recurso judicial efectivo. Dichos modelos encuentran simetrías bajo la orientación garantista, que acoge los mismos principios: lesión de las libertades, un tribunal judicial, un acto de autoridad, y que sea breve y sencillo³⁸.

³⁶ Véase Herrera Gómez, Ana Lucía; Martínez Marulanda, Diego; y Restrepo Morales, Jorge, *La inaplicabilidad en la jurisdicción constitucional*, Colombia, Universidad de Antioquia, 2002, pp. 87 y ss; Bernal Cano, Natalia, *La excepción de inconstitucionalidad y su aplicación en Colombia*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, 2002, pp. 229 y ss.

³⁷ Ha sido criterio de la Corte Constitucional en los fallos: T-558 de 2003, y T-327 de 2004.

³⁸ Pascua Mateo, Fabio, “El procedimiento para la protección de los derechos fundamentales. Evolución y disfunciones bajo la Ley 29/1998”, *Revista de Administración Pública*, número 185, Madrid, mayo-agosto, 2011, pp. 113-162.

América Latina cuenta con un sistema jurisdiccional cuyo parámetro de control ha superado la mera legalidad de los actos de los gobiernos, expandiendo de manera formidable hacia un robusto control judicial de convencionalidad y de constitucionalidad. No sólo los actos y las resoluciones son el objeto de la revisión de los jueces de la materia, sino también todo tipo de normas generales, incluyendo las leyes, que pueden ser examinadas a la luz dicho ordenamiento fundamentales.

El proceso contencioso-administrativo se ha convertido en una garantía directa de los derechos humanos frente a la administración pública y frente al legislador. La pretensión judicial se vierte en torno a los actos, pero en ellos suelen aplicarse normas jurídicas que pueden ocasionar la lesión de las libertades públicas, por lo cual, los órganos de control cuentan con la competencia para realizar la revisión judicial de las leyes, y en caso de incompatibilidad con el sistema de fuentes de los derechos humanos, proceder a la inaplicación, y posteriormente fijar sus alcances, que pueden ocasionar una nulidad absoluta (lisa y llana), o bien, una nulidad relativa, que permita el dictado de la decisión administrativa, pero excluyendo aquellas porciones legislativas privadas de su efectividad normativa por carecer de convencionalidad o de constitucionalidad.

La jurisdicción contencioso-administrativa se enmarca, por decirlo, en este objeto de control, en la dogmática del Derecho procesal constitucional, como una garantía jurisdiccional directa o indirecta de los derechos humanos en el modelo de control difuso.

Los principios democráticos que rigen a los procesos contencioso-administrativo incluyen, el examen procesal de todo tipo de conducta de la administración pública. La idea de plena jurisdicción no se agota en la ejecución de los juzgado, sino que también se terminen la inmunidades de los poderes administrativos³⁹, se trata de una evolución sólida desde la vertiente universal de los derechos humanos, para acceder a un recurso judicial efectivo.

³⁹ Leguina Villa, Jesús, "Jurisprudencia constitucional sobre el artículo 106.1 CE", *Revista de Administración Pública*, número 177, Madrid, septiembre-diciembre, 2008, pp. 231-246.

Dentro los principios inherentes al debido proceso aplicados al recurso judicial efectivo, destaca la protección cautelar, lo que impone para legislador una prohibición para la exclusión en la ley en esta materia. Un medio de control judicial debilitado en las respuestas instrumentales fractura las debidas garantías de la actividad jurisdiccional, tomando en cuenta la naturaleza procesal de las partes.

El Código Modelo dispone principios modernos esenciales al control judicial, pasa de considerarse a la garantía de proceso contencioso-administrativo como sometimiento a la legalidad, como un medio de control de convencionalidad y de constitucionalidad. Por ello, es importante contextualizar esta actividad en el marco de los modelos de control judicial, difusos, concentrados, y mixtos.

A este respecto, los sistemas de jurisdicción contencioso-administrativo que cohabitan con modelos de control concentrado, se encuentran restringidos en su objeto de revisión procesal (reglamentos o disposiciones generales administrativas), excluyendo a las leyes emanadas de los poderes legislativos. Sin embargo, se advierten rasgos del control difuso de convencionalidad y de constitucionalidad respecto a dicho tipo de normas jurídicas⁴⁰; reservando el enjuiciamiento de la constitucionalidad de las leyes a los Tribunales Constitucionales.

Los jueces administrativos que carecen de competencia para el control de constitucionalidad de leyes, conforme a los modelos referidos, sin embargo pueden plantear vía incidental la cuestión o duda de constitucionalidad a la jurisdicción constitucional. Pero, ello reduce la efectividad del proceso, entre otros aspectos por el tiempo razonable que imprime los principios del debido proceso.

En América Latina casi todas⁴¹ las jurisdicciones contencioso-administrativo poseen competencia para el control judicial difuso pleno de toda

⁴⁰ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (España). **Artículo 6.** Los Jueces y Tribunales no aplicarán los reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa.

⁴¹ Con excepción de Costa Rica y Uruguay, que reservan el monopolio a sus Cortes Supremas.

norma jurídica, incluyendo leyes, derivados de actos concretos de aplicación, para los efectos de inaplicación y determinar los alcances respectivos⁴² de su incompatibilidad.

A pesar de los monopolios existentes en los sistemas constitucionales, ha sido determinante las decisiones judiciales de los jueces internacionales y continentales de derechos humanos. Para esta región de nuestra comarca geográfica, la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁴³ ha sido pieza clave en la construcción y mejoramiento del “nuevo” modelo de control judicial difuso de los derechos y libertades, al determinar la aplicación directa de “otro” parámetro de control por parte de todos los jueces de un Estado Constitucional de Derecho. Lo anterior, en el contexto de las jurisdicciones constitucionales concentradas, que se obligan a la apertura, sino constitucional,

⁴² García Morelos, Gumesindo, “El control directo en la revisión judicial difusa de las leyes”, *Defensa Fiscal. La revista mexicana de estrategias fiscales*, México, abril de 2013, pp. 14 y ss.

⁴³ Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile SENTENCIA DE 26 DE SEPTIEMBRE DE 2006 (*Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*).

123. La **descrita obligación legislativa** del artículo 2 de la Convención tiene también la finalidad de **facilitar la función del Poder Judicial** de tal forma que el **aplicador** de la ley tenga una **opción clara de cómo resolver un caso particular**. Sin embargo, cuando el Legislativo falla en su **tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias** a la Convención Americana, **el Judicial** permanece **vinculado al deber de garantía establecido** en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, **debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella**. El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un **principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado**, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana.

124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de **“control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos**. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta **no solamente el tratado**, sino también **la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana**, intérprete última de la Convención Americana.

sí de convencionalidad.

VI.- Un modelo a seguir: el control judicial en el sistema contencioso-administrativo del Estado(Provincia) de México. Una perspectiva

Si bien no resulta novedoso el poder de los jueces administrativos para la revisión judicial difusa de normas generales, si reviste importancia referir el régimen procesal de la jurisdicción contencioso-administrativa en comento. El tema esencial reside en los efectos de la inaplicación derivado de un caso concreto⁴⁴.

⁴⁴ **Código de procedimientos administrativos del Estado de México(1996).**

Artículo 238.- La demanda deberá formularse por escrito y presentarse directamente ante la Sala Regional correspondiente al domicilio de la parte actora, dentro de los 15 días al en que surta efectos la notificación del acto que se impugna o al en que haya tenido conocimiento del mismo, con las excepciones siguientes:

II. En los casos de expedición de reglamentos, decretos, circulares y demás disposiciones de carácter general, podrá presentarse la demanda, dentro del plazo de 30 días posteriores a la fecha en que entren en vigor. También podrán impugnarse estas disposiciones generales, conjuntamente con su primer acto de aplicación;

Artículo 275.- Será causa de invalidez de los reglamentos, decretos, circulares y demás disposiciones de carácter general, que se hayan impugnado en el juicio; la violación de las disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de México y de las leyes que de una y otra emanen. La decisión de invalidez sólo se referirá al caso concreto, sin hacer una declaración general respecto de la disposición reclamada.

Artículo 276.- Las sentencias que declaren la invalidez del acto impugnado precisarán la forma y términos en que las autoridades demandadas deben otorgar o restituir a los particulares en el pleno goce de los derechos afectados. En caso de que en la sentencia se condene al pago de daños y perjuicios que se hayan causado, en forma dolosa o culposa, por la emisión o ejecución del acto invalidado, se cuantificará el monto de los mismos, que serán pagados por las dependencias públicas a las que se encuentran adscritas las autoridades demandadas, debiendo cobrarlos posteriormente a los servidores públicos directamente responsables, a través del procedimiento administrativo de ejecución.

Cuando se haya declarado la invalidez de una disposición de carácter general, las sentencias

El Derecho procesal constitucional mexicano ha desarrollado un proceso judicial para la impugnación de leyes a los particulares, garantía que no tiene comparación en ningún país de tradición procesal de Occidente: el amparo contra leyes. Este mecanismo extraordinario, si bien, la declaración de inconstitucionalidad o de inconventionalidad no tiene efectos generales, pero tampoco se reduce al caso concreto de inaplicación, sino que le tutela contra cualquier acto de aplicación ulterior⁴⁵, independientemente de la autoridad

privarán de efectos los actos de ejecución ya producidos y precisarán la forma en que la disposición general no pueda ser aplicada al demandante en casos posteriores.

⁴⁵ Época: Novena Época, Registro: 192846, Instancia: PLENO, Tipo Tesis: Jurisprudencia, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Localización: Tomo X, Noviembre de 1999, Materia(s): Constitucional, Común, Tesis: P./J. 112/99, Pag. 19.

AMPARO CONTRA LEYES. SUS EFECTOS SON LOS DE PROTEGER AL QUEJOSO CONTRA SU APLICACIÓN PRESENTE Y FUTURA.

El principio de relatividad de los efectos de la sentencia de amparo establecido en los artículos 107, fracción II, constitucional y 76 de la Ley de Amparo, debe interpretarse en el sentido de que la sentencia que otorgue el amparo tiene un alcance relativo en la medida en que sólo se limitará a proteger al quejoso que haya promovido el juicio de amparo. Sin embargo, este principio no puede entenderse al grado de considerar que una sentencia que otorgue el amparo contra una ley sólo protegerá al quejoso respecto del acto de aplicación que de la misma se haya reclamado en el juicio, pues ello atentaría contra la naturaleza y finalidad del amparo contra leyes. Los efectos de una sentencia que otorgue el amparo al quejoso contra una ley que fue señalada como acto reclamado son los de protegerlo no sólo contra actos de aplicación que también haya impugnado, ya que la declaración de amparo tiene consecuencias jurídicas en relación con los actos de aplicación futuros, lo que significa que la ley ya no podrá válidamente ser aplicada al peticionario de garantías que obtuvo la protección constitucional que solicitó, pues su aplicación por parte de la autoridad implicaría la violación a la sentencia de amparo que declaró la inconstitucionalidad de la ley respectiva en relación con el quejoso; por el contrario, si el amparo le fuera negado por estimarse que la ley es constitucional, sólo podría combatir los futuros actos de aplicación de la misma por los vicios propios de que adolecieran. El principio de relatividad que sólo se limita a proteger al quejoso, deriva de la interpretación relacionada de diversas disposiciones de la Ley de Amparo como son los artículos 11 y 116, fracción III, que permiten concluir que en un amparo contra leyes, el Congreso de la Unión tiene el carácter de autoridad responsable y la ley impugnada constituye en sí el acto reclamado, por lo que la sentencia que se pronuncie debe resolver sobre la constitucionalidad de este acto en sí mismo considerado; asimismo, los artículos 76 bis, fracción I, y 156, que expresamente hablan de leyes declaradas inconstitucionales por la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación;

enjuiciada. Por lo tanto, el ciudadano no tendrá que acudir nuevamente ante los tribunales para iniciar una nueva demanda, bastará reclamar la repetición del acto de aplicación para restaurar el ejercicio de los derechos lesionados.

Es decir, existe cosa juzgada constitucional o convencional sobre las porciones normativas de los ordenamientos jurídicos impugnados, por lo que debe considerarse la desincorporación absoluta de dicha parte legislativa de la esfera de derechos de la persona.

En este sentido el ordenamiento procesal administrativo del Estado de México, consagra el sistema de control judicial de reglamentos más completo del Derecho procesal administrativo comparado para la protección individual de los ciudadanos. Si bien, se tienen dos momentos para atacar la inconventionalidad, inconstitucionalidad, o ilegalidad de aquellos, sea a partir de la vigencia o del primer acto de aplicación.

Aún cuando el proceso judicial se interponga en contra del primer acto de aplicación, existe la posibilidad de impugnar directamente la norma general por vicios propios, y en vía de consecuencia el acto administrativo, traduciéndose en un control directo de normas administrativas. El fallo protector, en este sentido, garantiza la expulsión normativa de la esfera jurídica del actor, ante lo cual estaremos en presencia de una invalidez relativa, ya que la absoluta implica un efecto general, competencia reservada generalmente a la magistratura constitucional mediante los procesos especiales para tales efectos.

Los efectos tradicionales del control judicial difuso residen en la

y, finalmente, el artículo 22, fracción I, conforme al cual una ley puede ser impugnada en amparo como autoaplicativa si desde que entra en vigor ocasiona perjuicios al particular, lo que permite concluir que al no existir en esta hipótesis acto concreto de aplicación de la ley reclamada, la declaración de inconstitucionalidad que en su caso proceda, se refiere a la ley en sí misma considerada, con los mismos efectos antes precisados que impiden válidamente su aplicación futura en perjuicio del quejoso. Consecuentemente, los efectos de una sentencia que otorga la protección constitucional al peticionario de garantías en un juicio de amparo contra leyes, de acuerdo con el principio de relatividad, son los de proteger exclusivamente al quejoso, pero no sólo contra el acto de aplicación con motivo del cual se haya reclamado la ley, si se impugnó como heteroaplicativa, sino también como en las leyes autoaplicativas, la de ampararlo para que esa ley no le sea aplicada válidamente al particular en el futuro.

inaplicación para el caso concreto, fijando los alcances correspondientes. Por lo tanto, la aplicación ulterior de la norma jurídica bajo circunstancias distintas a los hechos juzgados será válida. Por lo que el sistema procesal esbozado brinda mayor efectividad frente a las disposiciones administrativas; en cambio, bajo el modelo iberoamericano el resultado del estudio de compatibilidad será dejar de observar la norma respecto al acto resuelto, sin determinar la protección respecto a circunstancias posteriores.

Los efectos restringidos de inaplicación son entendibles respecto a las leyes en atención que los órganos legislativos no formaron parte del proceso contencioso-administrativo.

VII.-Conclusiones

Primera.-Los sistemas de control judicial de las leyes concurren en las formas procesales, sean concentrado o difuso. En el Derecho procesal constitucional mexicano, las garantías jurisdiccionales contencioso-administrativa (federales y estatales), y las vías de impugnación electorales (federales y estatales), constituyen, entre otros, mecanismos judiciales de control difuso de los derechos humanos.

Segunda.- El sistema de control judicial difuso no se limita a la resolución incidental de la inconvencionalidad o de la inconstitucionalidad de las normas generales, sino que la pretensión puede ser principal y directa; por lo que el tribunal puede ocuparse exclusivamente del examen compatibilidad legislativa, y no requiere que se analice estrictamente en el marco del acto de ejecución. Con ello, se corrobora, la fiscalización por vicios propios atribuidos al objeto de análisis.

Tercera.-Las consecuencias procesales de la determinación de incompatibilidad de normas generales con el parámetro de control, en el sistema de revisión procesal difusa, la decisión de inaplicación tiene dos efectos: uno inmediato, privar de la eficacia a la norma, no de la validez; y la otra, mediata, fijar los alcances de la inaplicación; con lo cual se brinda la seguridad jurídica de las

resoluciones, lo que permite precisar los elementos y radio de tutela de la cosa juzgada en esta técnica de revisión.

Cuarta.-Los procesos contencioso-administrativo son formas de desarrollo del derecho humano a un recurso judicial efectivo, breve y sencillo; en consecuencia, se trata de un medio de protección judicial de los ciudadanos en contra del poder público, administrativo y legislativo.

Recepción: 08-11-2015 / Dictamen: 11-11-2015

LA DECLARATORIA GENERAL DE INCONSTITUCIONALIDAD Y LA ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD. DERECHO COMPARADO MÉXICO-ARGENTINA

Jessica Calderón García^{1*}

Franklin Ruíz Gordillo^{**}

RESUMEN

El objetivo del trabajo consistió en analizar los procedimientos de la declaratoria general de inconstitucionalidad y la acción declarativa de inconstitucionalidad en los países de México y Argentina, respectivamente. La metodología utilizada se basó en la búsqueda, revisión y confrontación de los ordenamientos jurídicos que contemplan las mencionadas garantías judiciales. Del análisis de ambas figuras legales se desprende que el control de constitucionalidad constituye una herramienta indispensable en todo sistema jurídico, cuyo fin es otorgar certeza y brindar seguridad jurídica a los gobernados, por lo que, tanto la declaratoria general de inconstitucionalidad como la acción declarativa de inconstitucionalidad, al estar previstas en la Constitución Federal de cada país, deben basarse en los principios de igualdad y supremacía constitucional, ir en busca de la prevención de actos ilegítimos, eliminar abusos de autoridad y depurar los ordenamientos incompatibles con la Ley Suprema, a fin de lograr un verdadero respeto y protección de los derechos humanos, independientemente de la materia de que se trate y sin dejar fuera de su protección al derecho fiscal, debido a que los derechos no valen, si sus garantías judiciales no son efectivas.

¹ *Abogada, Notaria y Actuaría por la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, especialidad en Derecho Administrativo por la Universidad Iberoamericana y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México; estudiante de la Maestría en Derechos Humanos por la Universidad Nacional de la Plata (UNLP), Argentina; integrante de la Clínica Jurídica de Derechos Humanos de la UNLP, y Vicepresidenta de Voz Jurídica A.C.

^{**} Abogado, Notario y Actuario por la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, Maestría en Derecho Constitucional y Amparo por la Universidad Autónoma de Chiapas; Delegado Nacional de la Federación Nacional de Estudiantes de Derecho.

PALABRAS CLAVES

Garantías judiciales, derecho comparado, control de constitucionalidad, control de convencionalidad, erga omnes, acción declarativa de inconstitucionalidad, declaratoria general de inconstitucionalidad, derechos humanos, derecho fiscal.

LA DECLARATORIA GENERAL DE INCONSTITUCIONALIDAD Y LA ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD. DERECHO COMPARADO MÉXICO-ARGENTINA

*“Si la justicia existe, tiene que ser para todos;
nadie puede quedar excluido, de lo contrario ya no sería justicia.”*

Paul Auster

SUMARIO: *I. Introducción; II La declaratoria general de inconstitucionalidad dentro del Sistema Jurídico Mexicano; II.1. Antecedentes de la figura jurídica en la Constitución de 1917; II.2. Naturaleza jurídica de la declaratoria general de inconstitucionalidad; II.3. Procedencia de la declaratoria general de inconstitucionalidad; II.4. Procedimiento para llevar a cabo de la declaratoria general de inconstitucionalidad; II. 5. Aviso a la autoridad emisora de la norma inconstitucional; II.6. Plazos para emitir la declaratoria general de inconstitucionalidad; II.7. Alcances de la declaratoria general de inconstitucionalidad; II.8. El principio de relatividad de las sentencias ante el surgimiento de la acción declarativa de inconstitucionalidad; II.9. Ámbito de aplicación e improcedencia en materia tributaria; III. La acción declarativa de inconstitucionalidad dentro del Sistema Jurídico Argentino; III.1. Antecedentes de la figura jurídica; III.2. Naturaleza Jurídica de la acción declarativa de inconstitucionalidad; III.3. Procedencia de la acción declarativa de inconstitucionalidad; III.4. Procedimiento para declarar la inconstitucionalidad de una norma a través de la acción meramente declarativa; III.5. Principio preventivo; III.6. Efectos de la acción declarativa de inconstitucionalidad; III. 7. Procedencia en materia fiscal; IV. Conclusión.*

I. Introducción

El presente trabajo tiene como objetivo abordar los aspectos históricos que dan origen a la declaratoria general de inconstitucionalidad y la acción declarativa de inconstitucionalidad en los países de México y Argentina, respectivamente, así como examinar su naturaleza jurídica y el procedimiento contemplado dentro del *plexo* legal vigente, destacando sus elementos esenciales y sus aspectos más relevantes.

Asimismo, se analiza su procedencia, plazos, delimitación, así como la competencia que guardan los tribunales constitucionales para la aplicación de estas figuras jurídicas. En la última parte, se exponen unas ideas sobre las limitantes que existen dentro de la materia de derecho fiscal, esperando sirvan de base para poder entablar una discusión en la profundidad del tema.

En tal sentido, como punto de partida, se debe tomar en cuenta que el control de constitucionalidad constituye una garantía judicial de alta importancia para cualquier Estado democrático de derecho, ya que mediante dicho proceso, es posible que los juzgadores verifiquen si las normas generales abstractas que componen el marco jurídico son acordes a su Constitución, brindando de esta forma a los gobernados certeza y seguridad jurídica.

Los sistemas de control de constitucionalidad varían de país en país, acorde a los diferentes modelos que caracterizan a sus sistemas jurídicos e incluso, a sus sistemas políticos. La acción de inconstitucionalidad, que en algunos casos, es restringida a ciertos órganos o magistraturas del Estado, y en otros, su titularidad se amplía gradualmente en diferentes proporciones, comprende al producto de diversos escenarios constitucionales que tienen por función la defensa de la Ley Suprema por un órgano independiente y diferente del que lleva a cabo la emisión de normas generales.

Los orígenes del control de la constitucionalidad moderno en el derecho comparado, nos remite a la primera década del siglo XIX, propiamente en los Estados Unidos de América, donde el reconocimiento de la superioridad normativa de la Constitución se materializó institucionalmente a través de la tesis de inaplicación de la norma inferior que desconocía a la norma

suprema². Es decir, sólo a partir de este momento es que surge realmente en las instituciones contemporáneas la revisión judicial de las leyes³.

En efecto, la judicial *review* dio inicio a un sistema de control de constitucionalidad que sería la base de las discusiones y el modelamiento inicial de los demás sistemas. Este modelo se denomina en la actualidad como sistema de control constitucional difuso, siendo un valioso precedente del control constitucional contemporáneo -aunque no propiamente de la acción de inconstitucionalidad-, que se caracteriza por la indeterminación de autoridades defensoras de la Constitución, donde no existe juez, tribunal u órgano alguno que concentre o sea el titular exclusivo de la custodia de la Carta Fundamental⁴. Esta figura reviste de particularidades acordes al mismo ordenamiento jurídico anglosajón y su respectivo sistema judicial, reconocido principalmente por aquel método del precedente judicial, el cual juega un papel clave para un entendimiento generalizado en la revisión que los jueces hacen de las leyes dentro de cada proceso en particular.

Dicho modelo difiere al desarrollado a la otra orilla del atlántico, ya que el sistema continental o Europeo adoptó aquella institución de revisión constitucional de las leyes, pero concentró esa función específica para un órgano institucional determinado. Justamente, el desarrollo constitucional europeo, caracterizado por una tradición jurídica germano-romana del *civil law*, transformó el modelo difuso estadounidense al establecer un sistema

² Ver caso *Marbury vs Madison*, resuelto por el juez Marshall, en Estados Unidos de Norte América.

³ Esta disertación profundiza en los desarrollos teóricos del modelo constitucionalista estadounidense, que a partir de la judicial review sirvió de referente para la aplicabilidad de la supremacía constitucional en la mayoría de países, sin embargo ello no desconoce la clara existencia de otras corrientes constitucionales que paralelamente -incluso previo a la americana-, forjaron las bases para el reconocimiento del valor y fundamento del primado constitucional, y las cuales llegaron a plantear alternativas al modelo de control judicial de las leyes. En este sentido, se reconocen los aportes del movimiento constitucional liberal que desde el siglo XVII venía afianzando aquella posición predominante de la Constitución en el continente europeo, reconociendo un sentido racional de limitación al poder. Al respecto, puede ahondarse en las distinciones del constitucionalismo antiguo y del moderno, además de profundizar en los tres modelos referenciales del constitucionalismo contemporáneo (americano, francés e inglés) en: Matteucci (1998, p. 23-26 y 285-291).

⁴ SAGÜÉS, Nestor. *Derecho procesal constitucional. Recurso extraordinario*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2002, p. 40-43.

de control constitucional concentrado donde un Tribunal Constitucional, independiente al máximo tribunal de la justicia ordinaria, pasó a ser el guardián exclusivo de la defensa constitucional⁵.

Aquella disparidad de sistemas jurídicos y jurisdiccionales trajo consigo esta dualidad de sistemas de control que persisten hasta nuestros días, donde además, hay que resaltar que la distinción no sólo comprende los efectos en las decisiones sino, sobre todo, de las formas en que se inicia la actividad de defensa constitucional. En efecto, el sistema difuso no plantea una acción directa para un control generalizado o abstracto, por el contrario, estructura una actividad contingente de revisión a las leyes en la medida que dentro de un proceso judicial específico se puede originar un control constitucional concreto. En otros términos, el modelo difuso plantea un control de inconstitucionalidad indirecto donde la revisión a las leyes surge de manera incidental dentro de un proceso judicial específico; de tal forma que, como afirma el jurista José Ángel Marín: *“La declaración de inconstitucionalidad no significa, en principio, otra cosa sino que la ley en cuestión no es aplicable al caso planteado. [...] resulta francamente difícil que una ley sea invalidada de modo absoluto porque se precisa que el motivo que la hace inválida se presente necesariamente en todos los casos posibles”*⁶.

En cambio, el sistema concentrado diseña una serie de instrumentos a través de los cuales aquel tribunal de la jurisdicción constitucional realiza la correspondiente defensa de la Constitución, destacándose entre éstos la acción o recurso de inconstitucionalidad como mecanismo específico para dar inicio al control de constitucionalidad. Aquel recurso, goza de una autonomía procesal en la medida que da inicio a un trámite o proceso autónomo e independiente, donde el único objeto demandado es la ley o norma acusada de contraria, de acuerdo a los postulados constitucionales, distinto al sistema difuso, donde la revisión judicial a las leyes es eventual y con efectos *inter partes*, este control normativo de los sistemas concentrados se caracteriza por ser un control de constitucionalidad abstracto, que se inicia por una vía directa,

⁵ Con esto se hace mención al debate suscitado entre Hans Kelsen (1995; 1931) y Carl Schmitt (1998; 1929) sobre quién debe ser el guardián de la Constitución, el cual generó las bases teóricas sobre el modelo continental europeo.

⁶ MARÍN, José Ángel, *Naturaleza Jurídica del Tribunal Constitucional*, Barcelona, Editorial Ariel, 1998, p. 39.

con la intención de que exista un pronunciamiento generalizado con efectos *erga omnes* sobre la viabilidad de dicha norma de menor jerarquía respecto a la norma constitucional⁷.

Por su parte, en los Estados Unidos Mexicanos existe una tendencia de los tratadistas mexicanos por apoyar la adopción de la declaratoria general de inconstitucionalidad en el juicio amparo contra normas generales, esto a partir de la incorporación del término de derechos humanos a nivel constitucional, igualmente ésta decisión obedece a que la mayoría de los ordenamientos latinoamericanos ya han consagrado dicho medio de defensa cuando se trata de impugnar disposiciones de carácter general, pero sobre todo, por los efectos que causa, como advierte Fix Zamudio *“debemos destacar que existe una corriente doctrinal que tiene cada vez más adeptos y que propugna la superación de la citada “fórmula Otero”, que ya cumplió su misión histórica y, por consiguiente, del principio tradicional de los efectos particulares de la sentencia que concede la protección contra disposiciones legislativas inconstitucionales, para sustituirlo por la declaración general de inconstitucionalidad, si bien de manera paulatina, pues se requiere de un periodo de adaptación”*⁸.

De este modo, es claro que no resulta fácil para México un cambio de su concepción tradicional, en el tema de los efectos de las sentencias, ya que es un país con una arraigada postura en la división de poderes. Por lo que, la incorporación de la declaratoria general de inconstitucional dentro del marco jurídico mexicano podría implicar para algunos juristas una invasión de esferas competenciales, por parte del poder judicial federal en el dictado de sentencias exhortativas para el poder legislativo y ejecutivo, y para otros, la verdadera justicia.

II. La declaratoria general de inconstitucionalidad dentro del Sistema

⁷ TARAPUÉS SANDINO, Diego F., *La naturaleza institucional del Tribunal Constitucional en América del Sur*, Cali, Editorial USC y José Gregorio Hernández Galindo publicaciones, 2008, p. 90-93.

⁸ FIZ ZAMUDIO, Héctor, *El juicio de amparo mexicano y el recurso constitucional federal alemán (breves reflexiones comparativa)*, Trabajo presentado en el Congreso organizado por la Asociación Mexicana de Juristas en la Ciudad de Karlsruhe, República Federal de Alemania, durante los días 10 a 12 de septiembre de 1992, publicado en la Revista Jurídica Boletín Mexicano de Derecho Comparado, número 77, Mayo-Agosto 1993, p.467.

Jurídico Mexicano

II.1. Antecedentes en la Constitución de 1917

La figura jurídica en estudio, ha sido incorporada recientemente, mediante Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de los artículos 94, 103, 104 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado el 6 de Junio de 2011 en el Diario Oficial de la Federación (DOF). Sin embargo, la misma encuentra su origen en Constitución Federal de 1917, donde el poder constituyente retomó el control constitucional dispuesto en los artículos 103 y 107, y otorgó a los Tribunales de la Federación la facultad de proteger los derechos fundamentales de las personas a través de la emisión de sentencias regidas por el principio de relatividad.

No obstante, una de las principales reformas realizadas a nuestra Carta Magna fue la que modificó su numeral 105, publicada en el DOF el 31 de Diciembre de 1994, en la cual se introdujo la facultad expresa de los municipios como entidades legitimadas para promover controversias constitucionales⁹.

Igualmente por medio de esa reforma constitucional, se ampliaron los supuestos para qué más órganos estatales y políticos-electorales pudiesen utilizar estos juicios constitucionales, al grado de dividirlos en dos, el primero de ellos hace referencia a las acciones de inconstitucionalidad, y el segundo, a las controversias constitucionales¹⁰.

En ese sentido, es a través de dicha reforma constitucional de 1994, por la cual se introdujo en el sistema jurídico mexicano la figura de la declaratoria general de inconstitucionalidad, y con ello, la existencia de un mecanismo de control con efectos *erga omnes*, esto es, que se otorga beneficio para todos los gobernados y no únicamente a las partes en conflicto.

Jorge Carpizo aduce que la “...*creación de la acción de inconstitucionalidad y el replanteamiento de la controversia constitucional, a su vez, implicaba otra decisión*”

⁹ CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *El municipio en las controversias constitucionales*, en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, México, núm. 86, mayo-agosto de 1996, pp. 447-466.

¹⁰ Ver Decreto mediante el cual se declaran reformados los artículos 21, 55, 73, 76, 79, 89, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 110, 116, 122 y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado el 31 de Diciembre de 1994 en el Diario Oficial de la Federación, página 6.

*constitucional demasiado importante: no tocar el juicio de amparo respecto a los efectos relativos a su sentencia*¹¹ refiriéndose al juicio de amparo contra leyes, el cual se encontraba estructurado de igual manera, conservando sus características esenciales, de que la acción sólo se podía ejercitar por una particular con interés jurídico, que podría afectarse por la ley que se considerara inconstitucional y los efectos de esa resolución comprendían únicamente a quien había ejercitado la acción de amparo, por lo que “... la decisión de la reforma fue dejar intocados los principios antes enunciados del amparo contra leyes y crear una garantía procesal de defensa de la constitución y cuyos efectos, si la norma es declarada inconstitucional o inválida, necesariamente serán de carácter general”¹².

Por su parte, la reforma constitucional del 6 de junio de 2011, que entró en vigor el 4 de octubre del mismo año, es la piedra angular de este nuevo impulso al Juicio de Amparo, por lo que trajo consigo la creación de una nueva Ley de Amparo vigente a partir del 2 de abril del 2013, en la que se incorporaron nuevas figuras procesales, sobresaliendo de entre ellas, la declaratoria general de inconstitucionalidad. Lo anterior resulta claro, ya que todo medio de control constitucional, con esta misma magnitud, ha de establecerse por la propia Ley Suprema y sus restricciones también deberán fundarse claramente en razones de índole constitucional.

En este orden de ideas, en el sistema jurídico mexicano se prevé que para hacer valer la declarativa general de inconstitucionalidad, debe ser promovida a través del Juicio de Amparo, y por medio de éste, pedir la anulación de las disposiciones legislativas, por considerarlas contrarias a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

II.2. Naturaleza jurídica de la declaratoria general de inconstitucionalidad

La declaratoria general de inconstitucionalidad se encuentra prevista en la fracción II del artículo 107 constitucional y se desarrolla en los artículos 73, 78, 210, 231 al 235 de la Ley de Amparo; tiene como finalidad dar efectos

¹¹ CARPIZO, Jorge, *Reformas constitucionales al poder judicial de la federal y la jurisdicción constitucional*, Boletín Mexicano de derecho comparado, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, 31 de diciembre de 1994, artículo consultado en <http://www.juridicas.unam>

¹² *Ibidem*.

generales a la jurisprudencia en materia de inconstitucionalidad de leyes, es decir, producir la invalidez general de la norma declarada inconstitucional, es por ello, que podemos afirmar que la indicada declaratoria es consecuencia de la jurisprudencia. En tal sentido, la declaratoria general de inconstitucionalidad es vista como un mecanismo más de depuración del ordenamiento jurídico, producto de un control abstracto.

Por su parte, el artículo 78 de la Ley de Amparo, dispone “*cuando el acto reclamado sea una norma general la sentencia deberá determinar si es constitucional, o si debe considerarse inconstitucional...*”¹³; dicho contenido adquiere importancia, pues esta resolución categórica será la base para formar jurisprudencia en la que ulteriormente se fundará la declaratoria general.

Actualmente, la vía de amparo indirecto es la única instancia en que una norma general puede ser reclamada y considerada como “acto reclamado”, por lo que, la declaratoria general de inconstitucional resulta improcedente en el amparo directo. La declaratoria general de inconstitucionalidad busca que se deje de emplear la norma general tildada de inconstitucional a los gobernados que demuestren previamente su interés jurídico, igualmente que muestren, que con la entrada en vigor de la norma, ésta le causa un agravio personal y directo en su esfera jurídica, y por lo tanto, vulnera sus derechos humanos.

Las declaraciones de inconstitucionalidad que pronuncia la autoridad judicial de control constitucional sobre una norma general o un acto tienen generalmente efectos relativos, o sea, se encuentran limitados con relación al gobernado que solicita la declaración de inconstitucionalidad e igualmente en relación con el caso concreto que lo origina; no obstante, dichas declaraciones pueden tener efectos absolutos o generales, cuando se resuelva la inconstitucionalidad de una ley a través de una controversia constitucional -artículo 105, fracción I, penúltimo párrafo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos-, de acciones de inconstitucionalidad -artículo 105, fracción II de la Constitución Federal-, o en su caso, por Juicio de Amparo, cuando se emita la declaración general de inconstitucionalidad¹⁴.

¹³ Ver artículo 78 de la Ley de Amparo.

¹⁴ CHÁVEZ CASTILLO, Raúl, Nuevo juicio de amparo, México, 14ª edición, Porrúa, 2015, p. 4.

El punto toral de la declaratoria general de inconstitucionalidad es que la irregularidad de las normas generales, determinada mediante el juicio de amparo, aproveche a todas las personas y no sólo al quejoso¹⁵, pero para llegar a éste punto, se debe seguir todo un proceso extra, ya que no basta con una sentencia dictada a favor del demandado en la que se establezca la inconstitucionalidad de una norma.

Al respecto el jurista Francisco Fernández aduce que “...*existen profundos razonamientos que favorecen la opción en favor de la declaración general de inconstitucionalidad, tanto por razones prácticas, como es la necesidad de resolver en forma relativamente rápida las cuestiones de inconstitucionalidad, como por la conveniencia de tomar en cuenta el principio esencial de la igualdad de los gobernados ante la ley, que resulta notoriamente infringido cuando sólo aquellos que cuentan con medios económicos, técnicos y culturales suficientes pueden obtener una sentencia que los proteja, en tanto que un sector, por lo general más amplio y menos favorecido, debe cumplir los mismos preceptos que han sido estimados contrarios a la Ley Suprema*”¹⁶.

De igual forma, no debe perderse de vista que al tratarse de resoluciones sobre la constitucionalidad o convencionalidad de una norma, deberán seguir un riguroso esquema de publicidad y hacer uso de la cláusula de interpretación, como lo refiere Héctor Fix, “...*permite a la Suprema Corte establecer aquella interpretación mediante el cual sea factible salvar la constitucionalidad de la norma impugnada, para así garantizar la supremacía constitucional, y simultáneamente, permitir una adecuada y constante aplicación de nuestro orden jurídico*”¹⁷.

II.3. Procedencia de la declaratoria general de inconstitucionalidad.

A. Regulación Constitucional

El artículo 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos es el que otorga a la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) la facultad de emitir una declaración general de inconstitucional,

¹⁵ FERRER MC. GREGOR, Eduardo, et al/y otros, *nuevo juicio de amparo*, UNAM, México, 3ª. Edición, editorial Porrúa, 2013, p. 215.

¹⁶ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *Los Inicios del Control de la Constitucionalidad en Iberoamérica: del Control Político al Control Jurisdiccional*, en la DIREITO PÚBLICO N° 12, Abr-Maio-Jun/2006 – DOCTRINA ESTRANGEIRA, p.87.

¹⁷ FIX FIERRO, Héctor, *Ensayos sobre el Derecho de Amparo*, México, Porrúa, 2003, p. 973.

solo en aquellos juicios de amparo indirecto en revisión en los que se establezca la jurisprudencia por reiteración y en los cuales se determine la inconstitucionalidad o interpretación conforme de una norma general respecto de la Constitución.

Cabe resaltar que el texto del arábigo 107, relativo a los efectos particulares de las sentencias de amparo, no ha sufrido modificación alguna desde la Constitución de 1917 hasta el día de hoy, el único cambio que se aprecia es la distinta enumeración de la fracción II, y con la reforma del 6 de Junio de 2011, se adicionaron los párrafos segundo, tercero y cuarto¹⁸, quedando redactado como a la letra dice:

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:

(...)

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

¹⁸ DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN, del seis de junio de 2011, en http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5193266&fecha=06/06/2011. (consultado el 07 de Julio de 2015).

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 (...) ¹⁹.

Del ordenamiento plasmado se desprende que no ha desaparecido el mencionado principio de relatividad de las sentencias en el amparo contra leyes, sino que ha sido complementado en ciertos casos, con la posibilidad emitir una declaratoria general de inconstitucionalidad. De igual forma, se denota expresamente la facultad de la SCJN para emitir la declaración de inconstitucional sobre una norma general, remitiéndonos a la ley reglamentaria para su tramitación.

Asimismo se precisan algunas condiciones fijadas a nivel Constitucional que delimitan su procedencia:

a) Cuando se resuelva por segunda ocasión consecutiva respecto de la inconstitucionalidad de una norma, la SCJN lo deberá informar a la autoridad emisora de la misma.

b) Una vez establecida la jurisprudencia por reiteración y vencido el plazo de 90 días, la SCJN emitirá la declaratoria general de inconstitucionalidad, previa aprobación de por lo menos ocho votos.

c) Los alcances y otras condiciones se establecerán en la ley reglamentaria.

¹⁹ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, en http://www.dof.gob.mx/constitucion/marzo_2014_constitucion.pdf, (consultado el 08 de Julio de 2015).

d) Se excluye la materia tributaria.

B. Regulación en la nueva ley reglamentaria en materia de Amparo

La declaratoria general de inconstitucionalidad se encuentra prevista en el título cuarto, capítulo VI en los artículos del 231 al 235, de la Ley de Amparo vigente, en la cual se contempla el procedimiento para que sea emitida dicha declaratoria de invalidez de las leyes con efectos generales.

Lo anterior, tiene como finalidad el otorgar efectos generales a la jurisprudencia en materia de inconstitucionalidad de leyes, es decir, producir la invalidez general de la norma declarada inconstitucional.

Cabe destacar que dentro del proyecto de la nueva Ley de Amparo reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, no se establecen los requisitos para promover la declaratoria general de inconstitucionalidad, aunque supliendo la laguna en este proyecto resulta entendible que para solicitarla, será por medio de la demanda de amparo indirecto, es decir, los establecidos en el artículo 108 de la ley de Amparo.

A continuación se establecerán cada uno de los aspectos más sobresalientes del procedimiento de la declaratoria general de inconstitucionalidad previsto dentro de los artículos 73, 78, 210, 231 al 235 de la nueva Ley reglamentaria, y que serán abordados en los siguientes apartados.

II.4. Procedimiento para llevar a cabo de la declaratoria general de inconstitucionalidad.

El procedimiento a seguir para que la SCJN, efectuó la declaratoria general de inconstitucionalidad ha sido determinado en dos instrumentos jurídicos primordialmente. El primero de ellos es el propio artículo 107 fracción II, párrafos segundo y tercero -abordado a *supra líneas*-, y el segundo es el Acuerdo General 11/2011.

También el artículo 73 párrafo segundo, de la Ley de Amparo, estipula que cuando proceda a realizar la declaratoria general de inconstitucionalidad se aplicarán las disposiciones del Título Cuarto de la propia Ley.

En consecuencia, dentro los señalados instrumentos jurídicos –

Artículo 107 fracción II de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Título Cuarto de la Ley de Amparo y el Acuerdo General 11/2011- ha quedado establecido que para emitir la declaratoria de inconstitucionalidad se cuenta con tres principales etapas, que se explican a groso modo:

La primera es, que previo a que proceda la declaratoria general de inconstitucionalidad, la SCJN, actuando en Pleno o las Salas, dentro de los juicios de amparo indirecto en revisión, y en los asuntos en que se resuelva la inconstitucionalidad de una norma general por segunda ocasión consecutiva, en una o en distintas sesiones, el presidente de la sala relativa o, en su caso, de la Suprema Corte lo informará a la autoridad emisora de la norma, que aun cuando la Ley Suprema y la Ley Amparo son omisas en señalar para qué efectos, resulta lógico suponer que será para que lo tenga en consideración y proceda a derogar o modificar la norma general que ha sido declarada inconstitucional en dos ocasiones, pero como no hay una sanción, difícilmente la autoridad emisora hará algo al respecto²⁰, por lo que al exhortarla, igualmente se le está dando la oportunidad para que plantee las estrategias necesarias y conducentes a fin de poder superar los posibles vicios del precepto normativo.

La segunda etapa corresponde a la advertencia que se les hace a los órganos jurisdiccionales facultados para establecer jurisprudencia por reiteración, en la que se determine la inconstitucionalidad de una norma general, que son la SCJN, actuando en Pleno y en Salas, así como los Tribunales Colegiados de Circuito. De esto se deduce que, cuando los magistrados de los Tribunales Colegiados de Circuito integren jurisprudencia en ese sentido, lo comunicarán por escrito a la presidencia de la SCJN, con el objeto de que se dicte el proveído presidencial para realizar la notificación correspondiente a la autoridad emisora, en el que, además, se indicará que el criterio jurisprudencial no ha sido materia de análisis del máximo tribunal, y en su caso, si se encuentra pendiente de resolver contradicción de tesis sobre la constitucionalidad de la norma general respectiva.

Lo anterior tiene como finalidad el que la SCJN actuando en pleno, sea el último interprete de la Constitución Federal; de forma que, aun cuando

20 CHÁVEZ CASTILLO, Raúl, Op. Cit. p. 243.

exista jurisprudencia emitida por los Tribunales Colegiados de Circuito que verse sobre la inconstitucionalidad de una norma general, el máximo Tribunal Constitucional se encuentra facultado para efectuar el estudio correspondiente, es decir, se instaure como la última instancia.

La última etapa tiene lugar, una vez que ha fenecido el plazo de los noventa días otorgado a la autoridad emisora para que supere el problema de inconstitucionalidad, en este supuesto, pueden darse dos posibilidades que se encuentran contempladas de los puntos cuarto al octavo del Acuerdo General 11/2011, estableciendo lo siguiente:

- a) Que la autoridad emisora de la norma general haya superado el problema de inconstitucionalidad. Esto quiere decir, si antes de transcurrir los 90 días contados a partir del día hábil siguiente en el que surta efectos la notificación por oficio que se realice a la autoridad emisora de la norma general respectiva, ésta la hubiese derogado, o bien, hubiese entrado en vigor una nueva norma general que a juicio del Tribunal modifique aquella, el procedimiento de declaratoria se deberá declarar sin materia, y por ende sobreseerse.
- b) Que la autoridad emisora de la norma general no haya superado el problema de la inconstitucionalidad. Entonces dentro de los 10 días hábiles siguientes al vencimiento del plazo anteriormente referido de los 90 días, el ministro ponente deberá remitir a la Secretaría General de Acuerdos del Alto Tribunal el proyecto de resolución correspondiente, el que deberá listarse para la sesión pública que se celebrará dentro de los 10 días hábiles siguientes²¹.

Ulteriormente, en la sesión pública la resolución de la SCJN puede contener dos distintos sentidos:

1. En el caso de que por lo menos ocho ministros estimen

21 Ver Acuerdo General Número 11/2011, de cuatro de Octubre de dos mil once, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, relativo al Procedimiento para la Declaratoria General de Inconstitucionalidad. En https://www.scjn.gob.mx/Transparencia/XIV%20Acudos%20GnrIs%20Plenarios%20Juris%20Perm%20Vigentes/AGP_11_2011.pdf (consultado el 8 de Julio de 2015).

que la norma secundaria es contraria al bloque de constitucionalidad, se emitirá la declaratoria general de inconstitucionalidad.

2. En el caso de que no se cubra la votación calificada de por lo menos ocho votos de los ministros, en el sentido de que la norma secundaria es conforme al bloque de constitucionalidad, se procederá a la expedición de la declaratoria de interpretación conforme.

II.5. Aviso a la autoridad emisora de la norma inconstitucional

El procedimiento en estudio, de la declaración general de inconstitucionalidad, es propio de la materia de amparo, para que por medio de la reiteración de criterios se establezca jurisprudencia y sea procedente determinar la inconstitucionalidad de una norma jurídica, pero previo a ello, se deberá notificar a la autoridad encargada de emitir dicha norma a fin de que la modifique, derogue o abrogue²².

Un punto a observar de la disposición constitucional, es que el segundo párrafo de la fracción II del numeral 107, al indicar que la Corte deberá dar aviso a la autoridad emisora de la norma cuando se presente el segundo criterio de inconstitucionalidad, se refiere evidentemente, a los amparos en revisión que está conociendo la Corte, sin incluir a los que están conociendo los Tribunales Colegiados de Circuito. La mencionada interpretación es reafirmada por el Acuerdo General 11/2011 del Pleno de la SCJN, específicamente a lo plasmado en su artículo segundo, así como por el legislador en el artículo 231 de la Ley de Amparo.

Por ende, el que un Tribunal Colegiado de Circuito emita una jurisprudencia en donde una norma general se considere inconstitucional, la misma no es suficiente para producir certeza plena y que se dé lugar a generar una declaratoria general de inconstitucionalidad. De esta forma, los avisos aducidos en la Constitución respecto a la jurisprudencia de los Colegiados, no se generarán, porque la Corte tendrá conocimiento oficial hasta en tanto dicha

²² PEÑA, OVIDEO, Víctor, *Ley de amparo comentada*, México, Editorial Flores, 2015, p. 1170.

jurisprudencia se haya dictado y no cuando se esté formando.

Igualmente la SCJN sólo dará aviso a la autoridad emisora de la norma considerada inconstitucional, cuando ya exista la jurisprudencia de una norma general por segunda ocasión consecutiva, y no cuando se esté formando, aunque la Corte misma sea quien la emita.

II.6. Plazos para emitir la declaratoria general de inconstitucionalidad

Una vez notificada la autoridad respectiva y transcurrido el plazo de los 90 días naturales, y si ésta no ha producido modificación, derogado o abrogado la norma reconocida como inconstitucional, la SCJN proceda a realizar la declaratoria general de inconstitucionalidad.

Cabe resaltar, que dentro del artículo 232 segundo párrafo de la nueva Ley de Amparo, señala que una vez realizada la notificación al órgano emisor de la normas y transcurrido los 90 días naturales sin que se modifique o derogue, la declaratoria general de inconstitucionalidad será emitida por el pleno de la SCJN, siempre y cuando fuere aprobada cuando menos por ocho votos²³, y consecuentemente, se remitirá al DOF y al órgano oficial en el que se hubiera difundido la norma, para su publicación dentro de un plazo de 7 días hábiles tal y como lo estable el artículo 235 de la Ley de Amparo.

II.7. Alcances de la declaratoria general de inconstitucionalidad

La multicitada declaratoria será obligatoria y tendrá efectos generales, sin embargo, no puede variar un ápice de la jurisprudencia que le da origen, además de que deberá establecer, de conformidad con el artículo 234 de la nueva Ley de Amparo lo siguiente:

Artículo 234. La declaratoria en ningún caso podrá modificar el sentido de la jurisprudencia que le da origen, será obligatoria, tendrá efectos generales y establecerá:

I. La fecha a partir de la cual surtirá sus efectos; y

II. Los alcances y las condiciones de la declaratoria

²³ NUEVA LEY DE AMPARO, en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LAmp_140714.pdf, (consultado el 8 de Julio de 2015).

de inconstitucionalidad.

Los efectos de estas declaratorias no serán retroactivos salvo en materia penal, en términos del párrafo primero del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos²⁴.

La desventaja fundamental sería que existiendo varios sentidos posibles de una norma general, es decir, diversas interpretaciones posibles de la misma, no prevalezca aquélla que resulte ajustada a la Constitución frente a otros posibles sentidos de la norma no conformes con la ley fundamental, lo que acarrearía un problema de interpretación y funcionalidad de nuestra Carta Magna.

En efecto, se entiende que la declaración de inconstitucionalidad con efectos *erga omnes* no es una cuestión sencilla y ajena de complicaciones. Existen casos en que la sola anulación de la norma inconstitucional podría generar mayores problemas a la sociedad que los inherentes a la irregularidad de la norma general, por esa razón, es de suma importancia que se fije la fecha en que surtirá efectos, sus alcances y condiciones específicas.

II.8. El principio de relatividad de las sentencias ante el surgimiento de la declaratoria general de inconstitucionalidad

El principio de relatividad de las sentencias para el desarrollo del juicio de amparo, desde su creación y a lo largo de la última parte del siglo XX, tuvo una gran importancia, no obstante, actualmente es necesario aceptar que carece de toda justificación y que es urgente su revisión dentro del sistema jurídico mexicano. Debido a que los efectos relativos de las sentencias de amparo generan diversas consecuencias teóricas y prácticas que son inadmisibles en un Estado democrático de derecho.

El principio de relatividad de las sentencias de amparo, conocido comúnmente como fórmula Otero, es aquel conforme al cual las sentencias de amparo van recaer y a surtir efectos solamente en la esfera jurídica de

²⁴ NUEVA LEY DE AMPARO, en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LAmp_140714.pdf, (consultado el 16 de Julio de 2015).

aquel gobernado que haya promovido la acción subjetiva pública, sin que la resolución que se dicte pueda beneficiar a otros gobernados que aun siendo agraviados por el mismo acto de autoridad, no lo hayan impugnado a través de la vía del amparo.

El principio se desprende de los artículos 107 fracción II, de la Constitución Federal y del artículo 76 de la Ley de Amparo abrogada, que establecía lo siguiente:

Artículo 76. Las sentencias que se pronuncien en los juicios de amparo sólo se ocuparán de los individuos particulares o de las personas morales, privadas u oficiales que lo hubiesen solicitado, limitándose a ampararlos y protegerlos, si procediere, en el caso especial sobre el que verse la demanda, sin hacer una declaración general de Ley o acto que lo motivare²⁵.

En esta óptica, la supresión de la sección de la “fórmula otero” dentro del *corpus* de la nueva Ley de Amparo, mira la necesidad de reconducir las sentencias de amparo hacia la declaratoria general de inconstitucionalidad, basada sobre todo en la contradicción de una norma general frente a Ley fundamental, atendiendo al principio de jerarquía constitucional.

Mucho se ha dicho que el principio de relatividad de las sentencias se eliminó totalmente con la entrada en vigor de la nueva Ley de Amparo, empero el artículo 73 estipula que “*las resoluciones producirán efectos sólo en relación con el litigio que dirimen; y por si solas no invalidarán normas generales*”²⁶. Por lo que la inclusión de este artículo refleja una normativa legal conservadora, y así no

²⁵ LEY DE AMPARO ABROGRADA. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/abro/lamp/LAmp_abro.pdf, (consultado 8 de Junio de 2015).

²⁶ Pero se estima que se deben continuar aplicándose los criterios sentados en la contradicción de tesis 54/2004 P/L, y los privilegios que otorga en relación con normas declaradas inconstitucionales por la jurisprudencia, máxime que persiste y con amplitud más precisa la hipótesis de la suplencia que les sirvió de fundamento, tomando en cuenta el “predominio del interés público”, que se da en un amparo contra normas generales (artículo 79, fracción I, y transitorio sexto de la nueva ley de amparo y JURISPRUDENCIA de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y los Tribunales Colegiados de Circuito, la reforma al artículo 1º. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el diario oficial de la federación el 10 de junio de 2011, no implica que la emitida con anterioridad aquella se torne obsoleta”, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10ª. Época, lib. XII, septiembre de 2012, t. II, tesis 2ª. LXX/2012, p. 1217).

modificar radicalmente el régimen tradicional que ha venido manejando el sistema jurídico mexicano, en tal tesitura, determinar que “la formula otero” se excluyó, es una cuestión de punto de vista -salvo en relación a los amparos promovido con base en un interés legítimo colectivo y sus resoluciones estimatorias-.

Representa una realidad que la relatividad de las sentencias de amparo vulnera el principio de supremacía constitucional, es decir, como la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos obedece a una jerarquía suprema, cualquier norma de rango inferior que la vulnere es técnicamente nula y debe dejar de ser aplicada. Por lo tanto, si el juicio de amparo, permite la vigencia de normas generales declaradas inconstitucionales e inválidas por el órgano constitucionalmente facultado para ello, tal situación descalifica a México como un país democrático en sentido sustancial²⁷.

II.9. **Ámbito de aplicación e improcedencia en materia tributaria**

De la simple lectura del artículo 107 fracción II Constitucional, se despliega el ámbito de aplicación de esta figura jurídica denominada declaratoria general de inconstitucional, y atiende a la naturaleza de las normas generales que son reclamadas, así que al tratarse de:

- Normas generales no tributarias: la formula otero únicamente sería aplicable por los Juzgados de Distrito en un primer momento; en otro posterior, en caso de estimar que una norma general es contraria a la Constitución Federal y a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, la Suprema Corte de Justicia de la Nación podría emitir declaratoria general de inconstitucionalidad, o bien, si se concluyera lo contrario hacer uso de la interpretación conforme.
- Normas generales tributarias: en este caso no es procedente la declaratoria general de inconstitucionalidad, por lo que únicamente resultaría aplicable el principio de relatividad de las sentencias, tal como se venía utilizando con la anterior ley

²⁷ ZALDÍVAR, LELO DE LARREA, Arturo, *Hacia una nueva Ley de Amparo*, México, 4ª. Edición, Porrúa, 2013, p. 116.

reglamentaria en materia de amparo.

Respecto a lo antes expuesto, es importante señalar que de la lectura del punto cuarto del Acuerdo General 11/2011, a través del cual el Pleno de la SCJN, estableció el procedimiento para la declaratoria general de inconstitucionalidad, se desprende que en caso de duda sobre la naturaleza tributaria de la norma general cuya inconstitucionalidad se haya determinado mediante jurisprudencia por el Tribunal Colegiado de Circuito, antes de notificar a la autoridad emisora, el ministro presidente de la SCJN lo consultará ante el Pleno del Tribunal en sesión privada²⁸.

Si bien, el objeto de todo sistema democrático es el bien general, el respeto, protección y garantía de los derechos humanos en un sentido amplio, no tiene porqué dejar fuera de una protección eficaz a ciertas materias, como en este caso al área fiscal.

El impedir que la declaratoria general de inconstitucionalidad sea procedente en materia tributaria, da a notar los intereses del gobierno frente a la población, y además demuestra que el derecho solapa el engaño que produce el Estado a los gobernados, en el cobro de tributos fundados en una norma inconstitucional²⁹.

III. La acción declarativa de inconstitucionalidad dentro del Sistema Jurídico Argentino

III.1. Antecedentes de la figura jurídica

El sistema constitucional argentino, al igual que el norteamericano, se caracteriza por ser un sistema de poderes limitados y separados, de control recíproco, para lo cual resulta indispensable que los poderes constituidos -incluido al legislativo- ajusten su actuación al cuerpo de normas y principios estables que prescriben las cartas constitucionales, a fin de garantizar el equilibrio entre los órganos que ejercen el poder estatal y su independencia

²⁸ Acuerdo General número 11/2011, de cuatro de octubre de dos mil once, del pleno de la suprema corte de justicia de la nación, relativo al procedimiento para la declaratoria general de inconstitucionalidad. En, https://www.scjn.gob.mx/Transparencia/XIV%20Acudos%20GnrIs%20Plenarios%20Juris%20Perm%20Vigentes/AGP_11_2011.pdf (consultado el 8 de Julio de 2015).

²⁹ PEÑA OVIDEO, Víctor, Op. Cit. p. 1166.

funcional³⁰.

El control de constitucionalidad en el orden federal, dentro de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) y de los tribunales inferiores, ha logrado en los últimos tiempos un desarrollo inusitado, es el referido a la acción declarativa de inconstitucionalidad como uno de los más novedosas vías procesales para la actuación de dicho control, y que como en tantas otras loables circunstancias, ha nacido no de la norma legislada, sino del ingenioso desarrollo jurisprudencial de nuestro más alto Tribunal, en virtud del ejercicio de un poder constituyente material que le permite, como intérprete final de la Constitución³¹, fijar el sentido y los ámbitos de actuación de las normas supremas.

En el año 1873, se aprecia una presencia adelantada de la acción declarativa de inconstitucionalidad, a nivel provincial, en la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, la cual establecía en sus inicios, las atribuciones de su Suprema Corte de Justicia para resolver sobre la constitucionalidad o no, en ejercicio de su jurisdicción originaria, de leyes, decretos o reglamentos, que incidan sobre materia a ella sometida y se vea alguno de estos dictámenes controvertido por parte interesada³².

Asimismo, dentro de los principales antecedentes en el ámbito federal se encuentran, en 1971, los criterios emitidos por el ex Procurador General de la Nación, Dr. Marquardt en el dictamen del caso “Hidronor contra la Provincia de Neuquén”³³, donde la acción declarativa de inconstitucionalidad ejercida

³⁰ CASSAGNE, Juan Carlos, *La acción declarativa de inconstitucionalidad*, Publicado en: LA LEY 06/07/2015, 06/07/2015, Cita Online: AR/DOC/2167/2015, p. 1.

³¹ HARO, Ricardo, *Acción Declarativa de Inconstitucionalidad sus Vicisitudes y Progresiva Consolidación*, p.4.

³² SISMOS, Laura Patricia, *Acción Declarativa de Inconstitucionalidad: Marco Federal. Una Mirada Diacrónica a Leyes de Emergencia Económica*, Id Infojus: DACF150004, 6 de Enero de 2015, p.1. Ubicación web: <http://www.infojus.gob.ar/laura-patricia-simos-accion-declarativa-inconstitucionalidad-marco-federal-una-mirada-diacronica-leyes-emergencia-economica-dacf150004-2015-01-06/123456789-0abc-defg4000-51fcanirtcod>

³³ El dictamen del Dr. MARQUARDT se publicó más tarde a continuación del fallo Santiago del Estero, donde se puntualiza que: “...cabe afirmar que el sistema de control constitucional norteamericano es de carácter concreto, pero se ejerce no sólo por la vía reparatoria o retributiva, sino también preventiva... Rasgo característico de ese régimen es la posibilidad de impedir la ejecución de leyes inconstitucionales”. De ahí que la Corte argentina acepta la procedencia cuando se busca precaver un acto “en ciernes” (Fallos 307:1379, in re “Santiago del Estero”, de

sobre leyes, reglamentos y actos administrativos, empezó a ser reconocida, fundamentándose en el artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que regulaba la acción meramente declarativa de certeza, aunque, cabe resaltar que al encontrarse en un *corpus iure* de tal naturaleza, solamente era aplicada para relaciones entre particulares y no para particular-autoridad, es decir, resultaba incompatible -en ese momento- con el derecho público, donde solo podía hacerse valer por analogía³⁴.

Si bien, en el ámbito federal, el proceso no tuvo el mismo desarrollo, a causa del esquema marcado en la división de poderes y la no invasión de esferas competenciales. Posteriormente, el reconocimiento expreso de la procedencia de la acción por parte de la CSJN se llevó a cabo en el caso “Constantino Lorenzo vs la Nación Argentina” de 1985, siendo considerado como un precedente fundamental en la materia, en el cual la Corte señaló que “...*resulta preciso disipar la confusión entre las peticiones abstractas y generales de inconstitucionalidad que no pueden revertir forma contenciosa por la ausencia de un inmediato interés del particular que efectúa la solicitud... y las acciones determinativas de derecho de base constitucional cuya titularidad alega quien demanda y quien tiende a prevenir o impedir las lesiones de tales derechos, como la acción de mera certeza y el amparo...*”³⁵. Estas principales líneas de razonamientos lógico-jurídicas fueron recogidas en fallos posteriores.

No obstante, también hubo fallos subsiguientes que se inclinaron por la procedencia de la vía de la acción meramente declarativa de certeza prevista en el artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Los errores jurisprudenciales cometidos al encuadrar la acción en el numeral del Código procedimental, provienen de no haber advertido que se trataba de dos acciones distintas³⁶ -la declarativa de certeza y la acción directa de inconstitucionalidad-.

Consecuentemente, al no existir un marco legal positivo en el derecho nacional para encuadrar la acción declarativa de inconstitucionalidad y ser

1985).

³⁴ CASSAGNE, Op. Cit., 4-5.

³⁵ Considerando cuarto, causa Constantino Lorenzo vs la Nación Argentina.

³⁶ CASSAGNE, Op. Cit., p. 5.

inaplicable en muchos casos la regulación procesal civil del arábigo 322, debido a que dicho numeral está claramente desbordado de la acción declarativa creada por la Corte³⁷, actualmente la procedencia de la acción directa, encuentra sustento constitucional en el principio de la tutela judicial efectiva dentro del derecho argentino, que se desprende de los artículos 8 y 25 de la Convención América sobre Derechos Humanos en relación a una interpretación extensiva del precepto contenido en el artículo 43 de la Constitución Nacional³⁸ -máxime después de la reforma de 1994 donde se introduce al amparo-, correlacionado con su numeral 22 del artículo 75 de la misma, además de estar respaldado del objetivo de afianzar la justicia, como se plasma en el preámbulo de la propia Constitución de la Nación Argentina.

III.2. Naturaleza jurídica de la acción declarativa de inconstitucionalidad

El artículo 43 de la Constitución Nacional de la República Argentina, es el sustento fundamental que respalda la garantía judicial de la acción declarativa de inconstitucionalidad, por medio del cual se realiza el control de constitucionalidad a nivel federal, que dispone:

Artículo 43.-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 o 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.³⁹

³⁷ BIANCHI, Alberto A., *Control de constitucionalidad*, T 1, Ábaco, Buenos Aires, 2002, p. 414.

³⁸ CASSAGNE, Op. Cit., pp. 5-6.

³⁹ Ver artículo 43 de la Constitución Nacional de la República Argentina.

En este sentido, del numeral preinserto se desprende que la acción es popular, debido a que podrá ser ejercida por cualquier persona, lo cual, resalta su carácter democrático y, a su vez, es considerada como una de las vías de participación, en consecuencia, la población tiene el derecho de cuestionar cualquier acto u omisión, incluyendo los actos normativos, cuando éstos sean violatorios o contrarios a la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales o alguna ley.

Si bien, el artículo 43 de la Constitución de la Nación, se refiere específicamente a la garantía de amparo, al final de su primer párrafo, destaca que “...*el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva*”, observándose aquí expresamente el reconocimiento de la acción declarativa de inconstitucionalidad dentro del mandato constitucional.

Asimismo, del citado numeral constitucional se deduce que la acción declarativa de inconstitucionalidad faculta a todos los jueces, inclusive los juzgadores del ámbito local para emitirla, obedeciendo así a un control constitucional difuso, porque de lo contrario, la Suprema Corte, se atribuiría una competencia exclusiva, y se convertiría en el juez de su procedencia, limitando y recortando la competencia de los jueces de grado para efectuar un pronunciamiento sobre su admisibilidad, cayendo así en una especie de “*avocación per saltum*”⁴⁰.

En este orden de ideas, la acción declarativa de inconstitucionalidad constituye una de las vías idóneas en el sistema jurídico argentino para cuestionar directamente la constitucionalidad de una ley, reglamento o cualquier norma administrativa, es decir, para realizar el control de constitucionalidad.

III.3. Procedencia de la acción declarativa de inconstitucionalidad

Como es de explorado derecho, existe un marco normativo a nivel nacional, y otros más a nivel provincial, por lo que la figura de la acción declarativa de inconstitucionalidad, se encuentra prevista tanto en el ámbito

⁴⁰ ROSALES CUELLO, Ramiro, *Acción declarativa de inconstitucionalidad y amparo*, Revista Suplemento de Derecho Constitucional, 5 de Diciembre de 1997, p. 1

federal como local, en este entendido, el presente trabajo se abocará al procedimiento contemplado dentro del *plexo* jurídico de la Nación Argentina.

En este contexto, la CSJN para conocer de la acción declarativa de inconstitucionalidad, debe atender a su competencia originaria, según lo dispuesto por los artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional, ya sea por materia exclusiva de su conocimiento, o en su caso, por el ejercicio de la jurisdicción de apelación según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso.

En consiguiente, no cabe duda que todo ejercicio de la acción tiene por contenido una pretensión, donde cualquier ciudadano tiene el derecho a la acción, siendo éste el derecho de acudir a la vía jurisdiccional con el fin de que se le satisfaga lo que pide, que vendría a ser la pretensión, misma que se ejerce por medio de una demanda, que no es más que el documento que la contiene⁴¹, es decir, la demanda no es más que la herramienta para interponer cualquier acción subjetiva pública, incluyendo en este caso, la acción declarativa de Inconstitucionalidad.

Por lo que, la CSJN ha determinado, a partir de la reforma del artículo 49 de la Constitución de la Nación –previamente abordado–, que es procedente resolver sobre la acción declarativa de inconstitucionalidad a través de las demandas en que el pedido de declaración de inconstitucionalidad de una norma importe el ejercicio de una acción directa de inconstitucionalidad, ya sea bajo la forma de amparo, la acción de mera certeza o el juicio sumario en materia constitucional⁴², siendo aquellas las vías que explícitamente han sido admitidas como idóneas.

Igualmente Ricardo Haro menciona que *“la admisión de acciones directas de inconstitucionalidad, como el amparo, la acción de mera certeza o el juicio sumario en materia constitucional, no puede importar el olvido de la exigencia de “causa” o “caso” en el que todo magistrado puede declarar la inconstitucionalidad de las leyes del Congreso y que tiende a preservar el ejercicio equilibrado de los poderes*

⁴¹ BARRIOS GONZÁLEZ, Boris, *Derecho procesal constitucional*, Panamá, Ed., Jurídica Ancón, 1999, p. 57 y 58.

⁴² GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, *Constitución Socioeconómica y Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Editorial Ad- Hoc, 1ª Edición, Buenos Aires, 2009, p. 255.

*establecidos por la Ley Fundamental.*⁴³

En este óbice, la acción meramente declarativa de certeza y el amparo, así como el juicio sumario en materia constitucional resultan ser los medios procesales idóneos para accionar el aparato judicial frente a la petición de que se ejerza el control de constitucionalidad sobre alguna norma y, en su caso, se disipe si se configura o no la acción declarativa de inconstitucionalidad. Empero, no debe perderse de vista que aun acudiendo por estas vías procesales, se requiere cumplir cabalmente con la exigencia de que se establezca una causa judicial, es decir, que se denote el interés inmediato del actor, o como es conocido en el *argot* legalista, que el demandante cuente con suficiente interés jurídico para promover, con la finalidad de que la solicitud no se califique de abstracta o se convierta en la petición de una mera opinión consultiva, la cual resulta a todas luces improcedente de resolver por los juzgadores. De lo anterior, cobra aplicación lo manifestado por Carlos José Laplacette al aducir que “*existirá un amplio acuerdo si afirmamos que no corresponde al poder judicial emitir declaraciones generales acerca de cómo sería o debería ser el porvenir. Antes de que los hechos ocurran o estén próximos a ocurrir, no pueden los jueces intentar arrogarse una facultad de regular el futuro*”⁴⁴.

En este orden de ideas, el requisito de que se instaure un caso o controversia judicial, tendrá que ser comprendida a *lato sensu*, debido a que el ejercicio de la jurisdicción por un tribunal de justicia se manifiesta en una causa, no sólo para interpretar el derecho y aplicarlo ante circunstancias fácticas en que se controvierte y discute la reparación de un daño ya producido, donde existe un poder reparador o sancionador por parte de los jueces, sino también se manifiesta en todo caso contencioso en que sin haberse producido daño alguno, sea necesario interpretar el derecho, para poder así establecer cuál es la significación jurídica que procede ante casos de incertidumbre y razonable duda, por tal razón, toda acción declarativa es una controversia entre partes, ante disímiles interpretaciones sobre la existencia, alcance o modalidades de

⁴³ HARO, Ricardo, *La Acción Declarativa de Inconstitucionalidad en el Derecho Federal Argentino*, Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional Núm. 7, 2003, p. 268.

⁴⁴ LAPLACETTE, Carlos José, *Inconstitucionalidad. Exigencias temporales del caso judicial*, Publicado en: LA LEY, el 23/02/2015, Cita Online: AR/DOC/4623/2014, p.1.

una relación jurídica y de las normas que la regulan, y por lo tanto, estamos frente a un caso contencioso⁴⁵.

En efecto, la existencia de un interés legítimo por parte de la persona que promueve, se convierte en un requisito *sine qua non* para su procedencia y admisión, en un primer momento de la acción declarativa de certeza, el amparo, o del juicio sumario -según sea el caso-, y posteriormente, de resolución sobre la declaración de inconstitucionalidad, ya que, como se reiteró a *supra líneas*, estas instancias constituyen únicamente el medio para conseguir el fin, es decir, que se resuelva sobre la acción declarativa de inconstitucionalidad, la cual queda subsumida en aquellas vías procesales. En el que la sentencia esperada otorgará certeza y seguridad jurídica a los actores, prevendrá actos ilegítimos, así como también reivindicará la confianza de los ciudadanos en el sistema de justicia.

III.4. Procedimiento para declarar la Inconstitucionalidad de una norma a través de la acción meramente declarativa

Para proceder a declarar la inconstitucionalidad de una norma, coexisten diversas vías -como ya quedó estipulado anteriormente-, ya que puede accederse a través de la acción declarativa de certeza, el amparo y el juicio sumario en materia constitucional. Sin embargo, en el presente apartado se analizará únicamente la acción meramente declarativa, la cual, particularmente considero que es el camino más eficaz para declarar inconstitucional una ley, reglamento o cualquier otra norma administrativa, debido a los grandes resultados que ha dado ante la CSJN.

Refuerza lo dicho, el jurista Ramiro Rosales Cuello quien retoma el fallo de la Corte, en el caso Gomer v. Provincia de Córdoba, el cual estipula que *“cuando se persiga la declaración de inconstitucionalidad dentro de una pretensión declarativa, esta debe ajustarse a los recaudos procesales previstos en el artículo 322 de CPCCN”*⁴⁶. Desde este punto, se trata de una acción declarativa de inconstitucionalidad, que si bien, se afina normativamente en el artículo

⁴⁵ HARO, Op. Cit., p. 11 y14.

⁴⁶ ROSALES CUELLO, Ramiro, “Acción declarativa y control constitucional. Estado actual de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, JA 2000-IV-1249, 2004, p.7.

322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, es totalmente independiente de la acción declarativa de certeza, por tanto que su objeto es exclusivamente la declaración de inconstitucionalidad de una norma⁴⁷.

La acción declarativa de certeza reúne las condiciones de causa judicial⁴⁸, y ha llegado a convertirse en el vehículo de los pronunciamientos más trascendentes en materia de control constitucional⁴⁹, y se encuentra prevista en el artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que señala lo siguiente:

Artículo 322.-Podrá deducirse la acción que tienda a obtener una sentencia meramente declarativa, para hacer cesar un estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance o modalidades de una relación jurídica, siempre que esa falta de certeza pudiera producir un perjuicio o lesión actual al actor y éste no dispusiera de otro medio legal para ponerle término inmediatamente.

El Juez resolverá de oficio y como primera providencia, si corresponde el trámite pretendido por el actor, teniendo en cuenta la naturaleza de la cuestión y la prueba ofrecida.

Es así, que del arábigo plasmado se deducen los requerimientos de procedencia para instaurar una acción meramente declarativa de certeza, siendo necesario: I) Un estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance o modalidades de una relación jurídica, II) que la falta de certeza, pudiera producir un perjuicio o lesión actual al actor, y III) que éste no dispusiera de otro medio legal para ponerle término inmediatamente.

En efecto, el estado de incertidumbre, atiende sobre todo a la que el sujeto pueda recobrar la certeza y seguridad jurídica respecto a una norma

⁴⁷ GIL DOMÍNGUEZ, Op. Cit. p. 254.

⁴⁸ HARO, Op. Cit., p. 14-15.

⁴⁹ BIANCHI, Op. Cit., p. 390

o su interpretación, así Hugo Alsina conceptúa que “*la sentencia meramente declarativa, no requiere un estado de hecho contrario al derecho, sino que basta un estado de incertidumbre sobre el derecho, y por eso no obliga a nada, sino que se limita a declarar o negar la existencia de una relación jurídica*”⁵⁰; por cuanto hace a la producción de un perjuicio o lesión, reafirma la improcedencia de opiniones consultivas, ya que no se trata de dar solución a una hipótesis abstracta, así como también, atiende a la necesidad de acreditar un interés legítimo, ya que será el actor o los actores quienes deberán demostrar, *prima facie* al demandar y luego corroborar con la prueba, que se encuentran inmersos en una relación jurídica de las que la ley prevé en su supuesto fáctico⁵¹; y finalmente el último requisito, de que no se disponga de otro medio legal, obedece a la inexistencia de algún otro juicio más idóneo para debatir la cuestión y satisfacer oportunamente el perjuicio o la lesión que ocasiona la falta de certeza.

Ahora bien, el procedimiento de la acción meramente declarativa interpuesta, se tramitará como un juicio ordinario, pero asimismo y a pedido del actor, podrá tramitarse por las reglas establecidas para el juicio sumario o sumarísimo⁵². De igual manera, no cuenta con un plazo prescriptivo, no exige la notoriedad y contempla tanto relaciones de derecho público como privado.

Por lo que, una vez que se ha verificado que la demanda corresponde a la competencia originaria de la CSJN, se ha concluido que la acción meramente declarativa es la vía idónea para promover y una vez que se encuentran reunidos los requisitos exigidos por el artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, la CSJN podrá entrar admitir y entrar al estudio, y en todo caso, declarar la invalidez constitucional o no de una norma.

Recientemente han aparecido una extendida cantidad de sentencias resueltas por la CSJN en donde hace lugar a la pretensión sobre el control de constitucionalidad, y por ende emite la declaración de inconstitucionalidad, encuadrada en los requisitos exigidos por el numeral 322 del Código

⁵⁰ ALSINA, Hugo, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, 2da. edición, Editorial Ediar, Buenos Aires 1956, T. I, p. 354, citado por HARO, Ricardo, “Acción Declarativa de Inconstitucionalidad sus Vicisitudes y Progresiva Consolidación”, p.6.

⁵¹ MORENO, Andrés M. *Normas no publicadas y acción declarativa de inconstitucionalidad*, p.10.

⁵² HARO, Op. Cit., p. 17.

procedimental. Corrobora lo anterior, el fallo del expediente CSJ 32/2009 “Establecimiento las Marías S.A.C.I.F.A. contra la Provincia de Misiones, sobre acción declarativa de inconstitucionalidad”, de fecha 1º de septiembre de 2015, donde se resolvió hacer lugar a la demanda incoada y declarar la invalidez constitucional de los artículos 4, 5 y 6 de la Ley provincial 4459. Así como también, la causa CSJ 5/2010 “Yuken S.A. contra Provincia Tierra del Fuego, de Antártida e Islas del Atlántico Sur, sobre acción declarativa de inconstitucionalidad”, de fecha 28 de abril de 2015, en el cual se declaró la inconstitucionalidad del artículo 3 de la Ley local 854.

III.5. Principio preventivo

Una característica importante a resaltar en el sistema jurídico argentino, es el uso de su principio preventivo -mismo que no es exclusivo de la acción declarativa de inconstitucionalidad-, el cual se encuentra reconocido a nivel constitucional, en su artículo 45, al disponer que es “*procedente la acción de amparo contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley*”⁵³, por lo que, frente a una amenaza conlleva una acción preventiva.

Lo citado con antelación se encuentra estrechamente relacionado con lo dispuesto por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en sus numerales 8.1 y 25.1, donde reposa el principio de tutela judicial efectiva. Cobra aplicación la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Luna López contra Honduras, de 10 de octubre de 2013, donde advirtió que “*el derecho a la tutela judicial efectiva exige a los jueces que dirijan el proceso de modo a evitar que dilaciones y entorpecimientos indebidos conduzcan a la impunidad, frustrando así la debida protección judicial de los derechos humanos*”, y que “*los jueces como rectores del proceso tienen el deber de dirigir y encauzar el procedimiento judicial con el fin de no sacrificar la justicia y el debido proceso legal en pro del formalismo y la impunidad*”, pues de lo contrario “*se conduce a la violación de la obligación internacional del Estado de prevenir y proteger los derechos humanos y menoscaba el derecho de la víctima y de sus familiares a saber la verdad de lo sucedido, a que se identifique y se sancione a todos los responsables y a obtener las consecuentes reparaciones*”⁵⁴.

⁵³ Ver artículo 45 de la Constitución de la Nación Argentina.

⁵⁴ Ver Caso Luna López Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de octubre de 2013. Serie C No. 269, Párrafo 156.

En esta tesitura, el principio de tutela judicial efectiva atiende al deber judicial de impedir que dilaciones y entorpecimientos, donde el formalismo puede verse sacrificado ante el acceso real de la justicia y la defensa de los derechos humanos, en donde, además reina una obligación internacional de prevenir y proteger los derechos humanos, es así, que le principio de tutela judicial efectiva esgrime en su espíritu al principio protectorio, bajo el fin de salvaguardar los derechos fundamentales. Al mismo tiempo, los principios constitucionales confirman que la ley no puede excluir de la apreciación del poder judicial la amenaza de derechos, debido a que el derecho substancial debe primar sobre el procedimental⁵⁵.

La acción preventiva que debe tomar el juzgador en todo momento bajo el imperativo de protección de la persona, también se encuentra prevista en el artículo 1711 del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, que aduce “*La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución*”, y el artículo 1713 que expresa que “*La sentencia que admite la acción preventiva debe disponer, a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda; debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad.*” Bajo esta óptica, el derecho de toda persona a la protección judicial alcanza la obligación de suministrar recursos judiciales efectivos y cuyo cumplimiento por parte del Estado se hace necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos. En tal virtud, la acción declarativa de inconstitucionalidad tiene en su ser una finalidad preventiva -al no requerir la existencia de un daño consumado- en resguardo de los derechos y aunado al principio de tutela efectiva. Dicha instancia resultará viable en la medida en que la autoridad de aplicación no haya puesto en ejecución las normas impugnadas⁵⁶ y reclamadas de inconstitucionales. Por lo que, en la medida en que la norma emitida todavía no haya sido aplicada de manera concreta en perjuicio del titular del derecho, el mismo está habilitado para promover una acción declarativa de inconstitucionalidad contra el órgano emisor⁵⁷ de aquella.

III. 6. Efectos de la acción declarativa de inconstitucionalidad

⁵⁵ ROZO ACUÑA, Eduardo, *Las garantías constitucionales en el derecho público de América Latina*, Editorial Universidad Externado de Colombia, 2006, p. 336.

⁵⁶ GIL DOMÍNGUEZ, Op. Cit. P. 260.

⁵⁷ GIL DOMÍNGUEZ, Op. Cit. P. 264.

Es en este punto, es donde la diferencia entre la acción declarativa de certeza constitucional y acción declarativa de inconstitucionalidad, es más palpable, debido a la mediatez o inmediatez del ámbito de aplicación de la norma en cuestión, donde el presupuesto básico a las dos tipologías consiste en la presencia de un caso subjetivo que emerge como consecuencia del radio expansivo de la norma cuestionada⁵⁸.

Las sentencias tienden a poseer solamente efectos *inter partes*, dicho de otra manera, los efectos son individuales al caso en concreto, no deroga ni abroga la norma de manera general. Sin embargo, si la CSJN es la que resuelve, es altamente probable que las demás instancias se ajusten en el mismo sentido, y aquí nos encontramos frente a la expansión de los efectos de la sentencia declarativa de inconstitucionalidad, donde puede constituirse un precedente con fuerza vertical, es decir, la repercusión del mismo puede abarcar al resto de los tribunales, debido a que -como es sabido- no existe norma alguna que imponga a los juzgadores de otros niveles el deber de apegarse a la jurisprudencia dictada por la CSJN, por lo que, sus fallos no son judicialmente obligatorios, pero moralmente sí, a fin de evitar el dispendio jurídico.

No obstante, la doctrina argentina utiliza con frecuencia el término de efectos *erga omnes* para referirse a la expansión directa o indirecta de los efectos de una sentencia, facilitando así la confusión de dos cosas que en realidad son distintas⁵⁹; además de que también suelen confundirlo con que las sentencias obtenidas en juicios colectivos dotan de efectos *erga omnes*, esta terminología es imprecisa, como porque la noción de efectos *erga omnes* está ligada a la derogación de la norma declarada inconstitucional, y además, porque ni siquiera en sentido impropio podría sostenerse que una sentencia dictada en este tipo de procesos colectivos tiene efectos *erga omnes*, ya que los efectos de la sentencia se extienden exclusivamente a los integrantes del grupo representado por los legitimados institucionales⁶⁰.

En mérito a lo anterior, se actualiza, el fallo de la CSJN de fecha

⁵⁸ Ibídem.

⁵⁹ RIVERA, Julio César y LEGARRE, Santiago, *Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad en los Estados Unidos y la Argentina*, publicado en Lecciones y Ensayos, no. 86, 2009, p. 324

⁶⁰ RIVERA, Julio César y LEGARRE, Op. Cit. Santiago, p. 336.

27 de mayo de 2004, dentro de la causa sobre acción declarativa “Search Organización de Seguridad S.A. contra la Provincia de San Luis”, en que se acudió a demandar a dicha Provincia en los términos del artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, a fin de que se declarará la inconstitucionalidad de la ley 5244, que fija los valores del salario mínimo vital y móvil que rigen a partir del mes de abril de 2001 en el ámbito local, y consecuentemente su inaplicabilidad a los contratos de trabajo que la empresa tuviese celebrados y los que celebre en el futuro, en donde la SCJN destacó que *“el Estado provincial no puede ser considerado como parte adversa (...) una conclusión distinta sobre este punto importaría tanto como admitir que por esta vía se lograsen declaraciones genéricas de inconstitucionalidad, con efectos derogatorios de la ley y, por tanto, erga omnes, extraños a la específica modalidad que este Tribunal ha admitido (...) y no en forma caprichosa sino atendiendo a las características definitorias del sistema difuso de control de constitucionalidad argentino. Cabe tener presente que este Tribunal en Fallos 183:76 recordó que uno de los mayores aciertos de la Constitución de los Estados Unidos directamente aplicables a nuestro sistema, consistió en limitar los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad a la causa o litigio donde aquélla fue declarada, sin afectar empero los efectos normales de la ley sobre las personas extrañas al pleito en que la invalidez fue pronunciada, que debe ser cumplida y reviste iguales efectos que otra cualquiera.”*⁶¹.

Esto nos lleva a concluir que en cuanto al objeto que tiene esta figura jurídica, puede ser interpretado en diversos sentidos, a saber, en cuanto a lo que teleológicamente se pretende con la acción y sobre lo que recae la acción en sí; respecto a lo primero, la acción tendrá por objeto restablecer la supremacía de la Constitución, en donde la acción declarativa de inconstitucionalidad guarda como finalidad la preservación del orden institucional; en relación con lo segundo, se efectúa sobre el precepto jurídico que, a juicio del actor, son contrarios al ordenamiento jurídico, es decir, la resolución del fondo de la causa. Cobra aplicación lo manifestado por el autor Boris Barrios, que se infiere los fines de la acción y los distingue en *“dos fines generales: (...), con la interposición de la acción de inconstitucionalidad se pretende la solución de un fin general inmediato*

⁶¹ Ver sentencia de la causa Search Organización de Seguridad S.A. contra la Provincia de San Luis, emitida por la CSJN.

*que es la solución del caso concreto que se pone a la consideración de la Corte. En otro sentido, con el fallo que resuelve la acción de inconstitucionalidad, indistintamente de que sea éste positivo o negativo, se manifiesta un fin general mediato que tiende a la defensa de la Constitución (...), haciendo efectivo el principio de supremacía constitucional (...)*⁶².

III. 7. Procedencia en materia fiscal

La Acción Declarativa de Inconstitucionalidad en materia tributaria ha sido uno de los campos en los cuales ha mostrado mayor rendimiento⁶³, ya que desde sus inicios la procedencia en materia fiscal primó y continúa hasta nuestros días.

Tal es el caso promovido por la Bolsa de Cereales de Buenos Aires contra la Provincia de Buenos Aires, la cual en su condición de entidad recaudadora del impuesto de sellos de dicha Provincia, promovió acción declarativa a fin de que se declare que la alícuota del tributo correspondiente a los contratos de compraventa de cereales y oleaginosas registrados en su sede social ubicada en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires durante el año 2006, es la fijada en el artículo 27, inciso a), apartado 11, párrafo a, de la ley impositiva local 13.404 vigente en ese periodo, y no la contemplada en el párrafo b de la norma citada; y, como consecuencia de ello, que no le resultan exigibles las diferencias determinadas en su contra en la resolución 50/08 del Jefe de Fiscalización de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de la entonces Dirección Provincial de Rentas. En este sentido con sentencia de fecha 16 de diciembre de 2014 se declaró la inconstitucionalidad de la resolución 50/08 del Jefe de Fiscalización de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de la entonces Dirección Provincial de Rentas, como así también del régimen establecido en relación al impuesto de sellos mediante el cual se fijaron alícuotas diferenciales, en los términos indicados en los considerandos de este pronunciamiento⁶⁴.

⁶² BARRIOS GONZALEZ, Op. Cit., p. 94 y 95.

⁶³ ROSALES CUELLO, Op. Cit. P.8

⁶⁴ Ver causa 1024/2008, Bolsa de Cereales de Buenos Aires contra la Provincia de Buenos Aires, sentencia de 16 de diciembre de 2014.

De igual forma, recientemente fue admitido el caso promovido por Aerolíneas Argentinas S.A. contra la Provincia de Buenos Aires, a fin de hacer cesar el estado de incertidumbre en el que dice encontrarse en relación al impuesto sobre los ingresos brutos, en cuanto la demandada pretende que se incluyan en la base imponible del tributo los ingresos provenientes del transporte internacional aéreo de personas y mercaderías, en la medida en que los vuelos se originen en el Aeropuerto Internacional de Ezeiza, e incluso en los casos en que se transporten pasajeros en conexión provenientes de otras provincias. Expone que la pretensión fiscal impugnada quedó plasmada en la resolución 101/2007 de la Dirección Provincial de Rentas, y en las disposiciones delegadas SEFSC 2692/11 y 4720/13 de la Agencia de Recaudación de la Provincia de Buenos Aires (ARBA), cuya revocación solicita. Asimismo reclama que se declare la inconstitucionalidad de las normas locales que las sustentan. Destaca que considerando las tres resoluciones citadas, el reclamo de la demandada asciende a \$ 495.318.784,20, y que dicho monto pone en jaque la operación de la empresa. La empresa afirma, que el impuesto también viola la inmunidad de los instrumentos del gobierno federal y el principio de solidaridad federal, en tanto el Estado Nacional, a través de la sanción de la ley 26.466 y del decreto 2347/2008, ha puesto en marcha una deliberada política tendiente a regularizar el servicio de transporte, que hasta el momento de la “ocupación temporaria” dispuesta por las normas citadas, funcionaba de manera deficiente. Por otra parte esgrime que se ven vulnerados los principios de no confiscatoriedad, de supremacía y de capacidad contributiva. En esta causa CSJN declaró admitir la demanda y hacer lugar a la medida cautelar de no innovar pedida; en consecuencia, el Estado provincial deberá abstenerse de reclamar administrativa o judicialmente el impuesto sobre los ingresos brutos determinado por la actividad de transporte aéreo internacional de pasajeros y de cargas en la resolución 101/2007 de la Dirección Provincial de Rentas, y en las disposiciones delegadas SEFSC 2692/11 y 4720/13, así como de trabar cualquier medida cautelar administrativa o judicial sobre el patrimonio de la sociedad, hasta tanto se dicte sentencia definitiva en estas actuaciones⁶⁵.

⁶⁵ Ver causa 278/2014, Bolsa de Cereales de Buenos Aires contra la Provincia de Buenos Aires, sentencia de 21 diciembre de 2015.

Resaltando en este fallo, además de su procedencia, la acción preventiva –ya abordada– que es adoptada, incluso en materia fiscal.

IV. Conclusión

En nuestros días, el control de constitucionalidad constituye una herramienta indispensable en todo sistema jurídico, ya que es a partir del estudio que se realiza en esta materia, como los juzgadores pueden verificar si la norma se ajusta a los parámetros constitucionales establecidos por cada país y emitir, en su caso, un proveído en el que se mencione su compatibilidad o incompatibilidad con la Ley Suprema. Lo anterior, con el fin de brindar certeza y seguridad jurídica a los gobernados.

Es por ello, que en México al accionar el control de constitucionalidad, esto puede dar lugar a la emisión de la declaratoria general de inconstitucionalidad, lo que traería consigo la inaplicación de la norma por ser considerada contraria a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, teniendo alcances *erga omnes*, es decir, la expulsaría del sistema jurídico para que no vuelva a ser aplicada en perjuicio de alguna persona.

Sin embargo, para lograr este fin, se debe llevar a cabo un proceso largo y tardado, en el que, la tramitación comienza por la admisión de la demanda por vía de Amparo indirecto, que contiene aquella acción subjetiva pública, posteriormente, cuando la SCJN conozca del mismo en revisión y establezca jurisprudencia por reiteración, podrá, continuar con la notificación correspondiente a la autoridad emisora, para que ésta proceda conforme a su derecho e interés convenga, de no darse la modificación, abrogación o derogación de la norma, nuestro máximo Tribunal actuando en pleno determinará, en su caso, la inconstitucionalidad de la norma general respecto de la Constitución, previa aprobación de por lo menos ocho votos a favor, solo hasta entonces, y una vez publicada la misma en el DOF tendrá efectos *erga omnes*.

No debe olvidarse que los Tribunales Colegiados de Circuito, también cuentan con la facultad para emitir jurisprudencia, no obstante, cuando éstos integren jurisprudencia en sentido de inconstitucionalidad de una norma, lo deberán comunicar por escrito a la presidencia de la SCJN, con la finalidad de que se lo comunique a la autoridad emisora, y se proceda con los pasos

arriba mencionados.

Todos estos pasos a seguir, se consideran innecesarios y desgastantes, además de que contradicen el principio constitucional de una justicia pronta y expedita, prevista en el artículo 17 de nuestra Carta Magna, pues dicha declaratoria debería surtir efectos legales desde el momento en que se emitió la jurisprudencia por reiteración, sea por la SCJN o por los Tribunales Colegiados, y no esperar hasta observar si a *motu proprio* la autoridad responsable desea modificar, derogar o abrogar la norma, aún más, todavía es sometida a otro examen y revisión por nuestro máximo Tribunal, para luego votar la decisión. Todo esto denota falta de eficacia y desconfianza en los juzgadores que previamente analizaron la norma y que con un razonamiento lógico jurídico determinaron que la norma es incompatible con el *corpus iure* constitucional.

En consecuencia, la declarativa general de inconstitucionalidad no atiende al principio de tutela judicial efectiva en donde existe un deber judicial de impedir las dilaciones y entorpecimientos procesales, bajo el entendido de que el llamado formalismo puede verse sacrificado para permitir y abrir paso al acceso real de la justicia y por ende, la defensa de los derechos humanos, esta tutela efectiva trae consigo al principio protectorio, que tiene como finalidad la salvaguarda, prevención y protección de los derechos fundamentales.

De igual manera, otra problemática que se percibe, es que este proceso se encuentra sujeto a que la jurisprudencia en materia de amparo sea la única que pueda generar la declaratoria general de inconstitucionalidad, mientras que la derivada de controversias constitucionales no tiene dicha posibilidad. Por lo que, es posible sostener que en un futuro, la SCJN se deberá inclinar por el principio de supremacía constitucional y con ello, lograr el fortalecimiento del sistema jurídico mexicano, depurando todo aquel ordenamiento jurídico que sea considerado inconstitucional, y en consecuencia, se genere una interpretación dirigida a que la jurisprudencia derivada de controversias constitucionales -aunque no emanen del sistema por reiteración- también puedan dar inicio al procedimiento para llevar a cabo la declaratoria.

Asimismo, este figura de la declaratoria general de inconstitucionalidad, excluyó de su protección a la materia tributaria, en tal sentido, lo único que queda para su impugnación es el juicio de amparo contra leyes, el cual no es un

verdadero medio de control constitucional, ya que es tan sólo un mecanismo de defensa para ciertos gobernados que pueden acceder a él, incumpliendo con esto la obligación internacional del Estado mexicano de garantizar el derecho a un recurso judicial efectivo como lo disponen los artículos 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, donde México se comprometió al establecimiento de recursos judiciales efectivos e idóneos para el reclamo de los derechos. Por tanto, todas las personas que por su situación no cuentan con los medios – económicos, técnicos y culturales- necesarios para acceder a la justicia e iniciar un juicio de Amparo contra leyes, están desprotegidas y quedan al menester de la autoridad, la cual puede hacer uso de esa norma inconstitucional libremente. Tal situación viola el principio esencial de igualdad de los gobernados ante la ley.

Resulta difícil de aceptar y entender que una norma declarada inconstitucional por un máximo Tribunal, pueda estar vigente en nuestro sistema jurídico y ser empleada en contra de los particulares que no acudieron a solicitar la protección federal. En este orden de ideas, si una norma jurídica es contraria a los preceptos constitucionales, independientemente de la materia que se trate, se le debe restar aplicación, ya que de lo contrario, todos los actos de autoridad que se funden en ella gozarían de validez jurídica, incluso aquellos que causen violaciones a los derechos humanos.

En tal virtud, dicha exclusión carece de toda justificación y rompe la lógica de un Estado democrático de derecho, no puede un acto de autoridad fundarse en una norma ya declarada inconstitucional y que su impugnación esté sujeta a procedimientos rígidos –individuales o colectivos- que no pueden otorgan efectos *erga omnes*.

Por otro lado, el sistema jurídico de argentino, cuenta con la figura de acción declarativa de inconstitucionalidad, aquí su procedencia es más amplia, ya que no está limitada a una sola instancia procesal, pudiendo ser tramitado por vía de amparo, acción de mera certeza o por el juicio sumario en materia constitucional.

La acción meramente declarativa, ha dado resultados trascendentes

en materia de control constitucional y ha logrado ser uno de los caminos más eficaces para obtener la inconstitucionalidad de una ley, reglamento o cualquier otra norma administrativa. En ese sentido, la acción declarativa de inconstitucionalidad, se afina normativamente en el artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, pero es independiente en cuanto, a su objeto y fin, de la acción meramente de certeza.

La acción declarativa de certeza, sobresale como vía procesal idónea, porque reúne todas las condiciones para ser considerada una causa judicial, elemento importante para que sea considerada su admisión por la CSJN, en su competencia originaria; de igual forma, no se requiere un estado de hecho contrario al derecho, sino que basta un estado de incertidumbre sobre el derecho.

Un punto a resaltar dentro del sistema judicial de Argentina, es la adopción del principio protectorio aunado al principio de tutela judicial efectiva, el cual también se encuentra previsto para la acción declarativa de inconstitucionalidad, es decir, se brinda una gran escala de protección para los particulares, bajo las normas generales que puedan llegar a vulnerarles posteriormente, sin requerir la existencia de un daño consumado.

Si bien, este proceso no hace distinción sobre su admisión por materias de derecho, los efectos de la acción declarativa de inconstitucionalidad son totalmente conservadores y limitados, debido a que sus fallos suelen tener aplicación solamente entre partes, sin derogar ni abroga la norma de manera general, por lo que, no es posible que la resolución otorgue efectos *erga omnes*, término que además suele ser confundido tanto con la expansión de los efectos de una sentencia, como con los pronunciamientos obtenidos en los juicios colectivos, pero que claramente son diferentes, por solo abarcar y llegar a un número determinado de personas.

Podemos concluir que ambas figuras jurídicas, la declaratoria general de inconstitucionalidad y la acción declarativa de inconstitucionalidad, deben ir encaminadas a otorgar certeza y seguridad jurídica a todas las personas -no solo a los actores-, dando premura a la resolución de conflictos constitucionales con base en el principio de igualdad, además de prevenir actos ilegítimos, eliminar abusos de autoridad, aplicar el principio de supremacía constitucional

y depurar los ordenamientos incompatibles con la Ley Suprema, todo esto, a fin de lograr el respeto y protección efectiva de los derechos humanos, independientemente de la materia de que se trate, debido a que los derechos no valen, si no valen sus garantías judiciales. Finalmente, estos procesos judiciales deben estar encauzados hacia la reivindicación de la confianza social en el sistema de justicia y el pronto alcance del tan anhelado Estado de derecho.

Referencias

ALSINA, Hugo, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, 2da. Edición, Editorial Ediar, Buenos Aires 1956, T. I, p. 354, citado por HARO, Ricardo, “Acción Declarativa de Inconstitucionalidad sus Vicisitudes y Progresiva Consolidación”.

BARRIOS GONZALEZ, Boris, *Derecho procesal constitucional*, Panamá, Editorial Jurídica Ancón, 1999.

BIANCHI, Alberto A., *Control de constitucionalidad*, T 1, Ábaco, Buenos Aires, 2002.

...CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *El municipio en las controversias constitucionales*, en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, México, núm. 86, mayo-agosto de 1996.

...CARPIZO, Jorge, *Reformas constitucionales al poder judicial de la federal y la jurisdicción constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, Boletín Mexicano de derecho comparado, 31 de diciembre de 1994, artículo consultado en <http://www.juridicas.unam>.

CASSAGNE, Juan Carlos, *La acción declarativa de inconstitucionalidad*, Publicado en: LA LEY 06/07/2015, 06/07/2015, Cita Online: AR/DOC/2167/2015.

CHÁVEZ CASTILLO, Raúl, *Nuevo juicio de amparo*, México, 14ª edición, Editorial Porrúa, 2015.

FERRER MC. GREGOR, Eduardo, et al/y otros, *nuevo juicio de amparo*, UNAM, México, 3ª. Ed., editorial Porrúa, 2013.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *Los Inicios del Control de la Constitucionalidad en Iberoamérica: del Control Político al Control*

Jurisdiccional, en la DIREITO PÚBLICO N° 12, Abr-Maio-Jun/2006 –
DOCTRINA ESTRANGEIRA.

FIX FIERRO, Héctor, *Ensayos sobre el Derecho de Amparo*, México, Porrúa,
2003.

FIZ ZAMUDIO, Héctor, *El juicio de amparo mexicano y el recurso
constitucional federal alemán (breves reflexiones comparativa)*, Trabajo
presentado en el Congreso organizado por la Asociación Mexicana de
Juristas en la Ciudad de Karlsruhe, República Federal de Alemania, durante
los días 10 a 12 de septiembre de 1992, publicado en la Revista Jurídica
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, número 77, Mayo-Agosto 1993.

GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, *Constitución Socioeconómica y Derechos
Económicos, Sociales y Culturales*, Editorial Ad- Hoc, 1ª Edición, Buenos Aires,
2009.

HARO, Ricardo, Acción Declarativa de Inconstitucionalidad sus
Vicisitudes y Progresiva Consolidación.

HARO, Ricardo, *La Acción Declarativa de Inconstitucionalidad en el
Derecho Federal Argentino*, Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional
Núm. 7, 2003.

LAPLACETTE, Carlos José, *Inconstitucionalidad. Exigencias temporales
del caso judicial*, publicado en: LA LEY, el 23/02/2015, Cita Online: AR/
DOC/4623/2014.

... MARÍN, José Ángel, *Naturaleza Jurídica del Tribunal Constitucional*,
Barcelona, Editorial Ariel, 1998.

MORENO, Andrés M. *Normas no publicadas y acción declarativa de
inconstitucionalidad*.

PEÑA, OVIDEO, Víctor, *Ley de amparo comentada*, México, Editorial
Flores, 2015.

RIVERA, Julio César y LEGARRE, Santiago, *Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad en los Estados Unidos y la Argentina*, publicado en Lecciones y Ensayos, no. 86, 2009.

ROSALES CUELLO, Ramiro, *Acción declarativa de inconstitucionalidad y amparo*, *Revista Suplemento de Derecho Constitucional*, 5 de Diciembre de 1997.

ROSALES CUELLO, Ramiro, *Acción declarativa y control constitucional*. Estado actual de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, JA 2000-IV-1249, 2004.

ROZO ACUÑA, Eduardo, *Las garantías constitucionales en el derecho público de América Latina*, Editorial Universidad Externado de Colombia, 2006.

...SAGÜÉS, Nestor. *Derecho procesal constitucional. Recurso extraordinario*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2002.

SISMOS, Laura Patricia, *Acción Declarativa de Inconstitucionalidad: Marco Federal. Una Mirada Diacrónica a Leyes de Emergencia Económica*, Id Infojus: DACF150004, 6 de Enero de 2015. Ubicación web: <http://www.infojus.gob.ar/laura-patricia-simos-accion-declarativa-inconstitucionalidad-marco-federal-una-mirada-diacronica-leyes-emergencia-economica-dacf150004-2015-01-06/123456789-0abc-defg4000-51fcanirtcod>

TARAPUÉS SANDINO, Diego F., *La naturaleza institucional del Tribunal Constitucional en América del Sur*, Cali, Editorial USC y José Gregorio Hernández Galindo publicaciones, 2008.

ZALDÍVAR, LELO DE LARREA, Arturo, *Hacia una nueva Ley de Amparo*, México, 4ª. Edición, Porrúa, 2013.

Recepción: 27 - 10- 2015 / Dictamen: 1-11-2015

ENTREVISTA

DR. ADRIÁN RENTERÍA DÍAZ

DERECHO Y ÉTICA

ENTREVISTA AL DR. ADRIÁN RENTERÍA DÍAZ¹

*El derecho y el deber son como dos palmeras
que no dan fruto si no crece la una al lado de la otra.*

Hugues-Félicité Robert de Lamennais

Filósofo, teólogo y político liberal francés (1782-1854)

Antes de presentar el contenido principal de esta entrevista, quisiera aclarar determinados puntos acerca del contexto en el cual fue realizada, pues me parece pueden ayudar a una mejor comprensión sobre su origen. Esta entrevista fue realizada en el año 2013, sin embargo, se había mantenido inédita. Al presentarse la oportunidad de poder compartir un tema trascendente como lo es el de Derecho y Ética en una revista especializada en temas jurídicos, no dudé en retomarla y enviarla a su editora.

¹ Doctor en Filosofía Analítica y Teoría General del Derecho por la Universidad Estatal de Milán, Italia. Catedrático de la Facultad de Derecho de la UNAM, adscrito a la División de Estudios de Posgrado en la que imparte la asignatura de Epistemología Jurídica y, como profesor invitado, la de Teoría del Derecho en el Instituto Tecnológico Autónoma de México. Es Profesor Titular de Filosofía de Derecho- por oposición- en la Universidad de Insubria, Milán, Italia. Ha impartido cursos y conferencias en varias universidades de México y el mundo; entre ellas: Estatal de Milán, Milán Bicocca, Roma La Sapienza, Pisa, Ferrara, Génova, Palermo, Carlos III (Madrid, España) Alicante, Pompeu Fabre (Barcelona, España), la Autónoma de Chihuahua, la Autónoma de Ciudad Juárez, la Libre de Derecho (Puebla), la Benito Juárez (Oaxaca). En instituciones como el Tribunal Electoral del Estado de Oaxaca y la Escuela Judicial del Instituto de la Judicatura Federal. Entre sus obras publicadas están *Il labirinto della giustizia* (Milán, Franco Angeli, 2000), *Discrecionalidad judicial y responsabilidad* (México, Fontamara, 2001), *El aborto. Entre la moral y el derecho*, (Cd. Juárez, UACJ, 2001), *Costituzione e democrazia. Tensioni, Limiti, Vincoli*, (Milán, Giuffrè, 2005), *Teoria e pratica delle fonti del diritto* con G. D'Elia, (Roma, Carocci, 2008). Cuenta además con una vasta producción de ensayos publicados en revistas especializadas en México y en el extranjero; capítulos de libros colectivos, y es miembro de Consejos editoriales de las revistas *Isonomia* del ITAM, *Universitas* de la Universidad Carlos III de Madrid y de la *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*.

La entrevista se desarrolló en el cubículo que ocupa el académico en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México como miembro del Seminario de Filosofía del Derecho. Era mi segunda visita a esa Facultad, la primera con fines periodísticos. Llegué con demora debido a una vuelta equivocada en el pasillo que conecta la imponente e histórica Biblioteca Central con aquella Facultad y la de Filosofía y Letras, donde aparecí unos metros después. Fue hasta preguntar a un amable señor de blancas sienes, que pude ubicar y dirigirme al edificio dónde se encontraba mi entrevistado. Subí las escaleras y caminé por el pasillo del Seminario, un pasillo angosto y tétrico como el de los hospitales que conectan una sala con la otra.

El doctor Rentería me esperaba sentado detrás del escritorio, al parecer, en un cubículo prestado, ocupado por escasos libros además de aquél mueble y una computadora. Toqué la puerta - ¡Adelante! - dijo con voz ronca y grave de la que se desprendía un acento un tanto italiano. Nos presentamos y, de inmediato, preguntó de dónde venía- De Yucatán- respondí. Nos dimos un apretón de manos y tomé asiento frente a él, del otro lado del escritorio; la barrera física entre nosotros no propiciaba el mejor comienzo deseado para una entrevista.

Me miró y de inmediato, cruzó la pierna izquierda. Su personalidad adusta contrastaba con la suavidad del azul cielo de su camisa y el marino de su pantalón y *blazer*; no usaba corbata y su barba le cubría el rostro y la papada.

Supuse que estaría disgustado por mi involuntaria impuntualidad, aun así, me mostré empático y puse en práctica todas mis técnicas para lograr la más armónica de las sintonías, eso que los psicólogos han denominado como *rapport*. Crucé la pierna derecha, tomé con la mano izquierda el maletín y saqué de él, mi grabadora y una libreta en la cual anotar los datos importantes de la que, prometía ser, una extensa conversación.

Esperando que su contenido contribuya a la formación académica de colegas, estudiantes y de todo aquél que desee conocer acerca de la relevancia de la

Ética en el desempeño de nuestra profesión, presento esta entrevista.

¿Qué grado de correspondencia existe entre la reforma del Derecho y la modificación de las convicciones éticas?

Me parece que el derecho con sus prescripciones, a través de las normas jurídicas y de las reformas que se pueden implementar por medio de la legislación, pueden tener un papel muy importante en el cambio de las convicciones éticas de las personas. Y lo es dado que pueden generar convicciones éticas a partir de una prescripción jurídica, sin embargo, esto no siempre es positivo porque puede ser que las reformas generen una afectación o una convicción ética hacia normas que no siempre podrían ser consideradas como éticas desde el punto de vista de una moral compartida por una comunidad. ¿Qué quiero decir? Que a partir de una reforma jurídica se puede ir generando una idea de aceptación de las mismas, por el solo hecho de que se prescriba [sin análisis crítico]; es decir una determinada conducta se ve delimitada por medio de una obligación o de una prohibición, por lo que se confunde el aspecto jurídico con el aspecto ético. De modo que, por el simple hecho de prescribirse, en ocasiones, genera la convicción de que es “justo” y, son dos cosas completamente diferentes. A eso me refiero cuando afirmo que puede generar aspectos positivos, pero también aspectos negativos, convicciones éticas y otras de afectación; ya no tanto por ser un derecho positivo impuesto por la voluntad humana, sino también porque se considera, de consciente, como derecho justo; como derecho éticamente aceptable.

Doctor, ¿hasta qué punto un sistema legislativo funciona como cauce para el progreso moral?

Bien. Me parece que un sistema legislativo como fenómeno normativo puede servir para encausar la moralidad de las personas hacia una dirección, siempre y cuando, por supuesto, sea hacia determinadas prescripciones y exista la adhesión de los principios, es decir, que nuestro sistema jurídico lo que considera, desde su punto de vista, es “lo que debe de ser” [el deber ser], entonces hablaríamos

de un sistema perfecto, desde una óptica práctica, porque está lleno [nuestro sistema jurídico] de derechos de las personas y de prohibiciones: derechos de los menores, de las mujeres, de los grupos indígenas, de los ancianos, etcétera. Con eso parecería que es un sistema perfecto desde una perspectiva moral, sólo que no siempre conduce hacia un progreso moral, porque, simplemente, las perfecciones [el ideal] se quedan en el papel y eso no garantiza su efectividad. Entonces lo que sucede es que pudiera conducir hacia un progreso moral si los destinatarios de las normas y los que están encargados de aplicarlas las respetaran, pero cuando esto no sucede, simplemente, surge la separación entre lo que dice el derecho que “debe ser” y lo que es la realidad, de manera que no hay una adhesión moral de sus normas. Digamos, el no acatamiento de la norma, se convierte, ante los ojos de muchas personas, como una conducta positiva, como una conducta que hay que adular; se aprecia más la astucia que la adhesión moral a la norma, se aprecia más, por ejemplo, la forma de evadir los impuestos que el hecho de pagarlos y cumplir con esa obligación. Desde un punto de vista de progreso moral real, si se criticara[n] las conductas como el hecho de no pagar impuestos y esto se convirtiera en una conducta reprochable para toda la comunidad jurídica y en general, al final de cuentas este comportamiento podría avergonzar a sus practicantes y tender a corregirse. Pues en un comportamiento, no solamente antijurídico, sino también una conducta antimoral, en ese sentido es que el sistema legislativo podría conducir a un progreso moral.

¿Cómo puede disminuirse la brecha entre la Ética y el Derecho en la norma aplicada?

A través de una consideración [del origen] más precisa de las conductas concretas, es decir, estudiando a través de la Sociología, el porqué del acatamiento y del no acatamiento de las normas, por parte de los particulares y también de los funcionarios públicos encargados de la aplicación del Derecho. Un estudio, en esta línea, podría ser de mucha utilidad. Existe un gran problema de violencia ¿y por qué no se acatan las normas que prohíben el homicidio, o en su generalidad? ¿Qué está detrás de las conductas delictivas? Si examináramos

estos fenómenos veríamos que no son delincuentes por ser “malas personas” sino encontraríamos causas sociológicas en su origen, causas como la falta de oportunidades, la pobreza, el no haber podido acceder a la educación y muchas más.

¿Considera que existe una crisis que impide el cumplimiento de la norma como conductora de las relaciones sociales y solución de conflictos?

Yo creo que sí existe una crisis y eso lo vemos cotidianamente. El Derecho y, sobretudo, quienes tienen en sus manos la aplicación de la fuerza pública, carecen de voluntad o de capacidad para usar los instrumentos jurídicos que aseguran la convivencia pacífica de una sociedad organizada. Eso sucede cuando el área de ineficacia de las normas jurídicas en temas como el homicidio, la violación, el robo, se va ampliando cada vez más. Debemos entender que las normas no son capaces de ser eficaces por sí solas si no van acompañadas de la adecuada y rigurosa aplicación, pero ¿qué sucede? En una sociedad donde no se respeta la norma se erosiona la efectividad en la respuesta del Estado, pero es un círculo vicioso, pues ante la ineficacia del propio Estado para vigilar el respeto a los derechos sociales de las personas, se nota un aumento de las conductas antijurídicas. Como resultado de esto los ciudadanos, casi siempre, optan por soluciones fáciles, de tal manera que da la impresión de que “todo se vale”, actuando bajo la lógica de “¿si ellos lo hacen porque yo no?”; lo que conduce a un clima de relajamiento no sólo jurídico sino también ético. El derecho por sí solo no puede mantener el control de la conducta social, hay otros elementos necesarios como la propia ética, de tal manera que cuando hay un relajamiento jurídico, también lo hay en la ética, generando sociedades caóticas.

¿Cuál es el punto de conexión entre la norma jurídica y el mandamiento moral?

El punto de conexión, desde un punto de vista teórico, es que ambos aspectos: el jurídico y el moral tienen un objetivo común que es el de guiar el

comportamiento de las personas que asegure una convivencia más o menos pacífica. Los mandamientos jurídicos y los morales tienen en común el elemento de guiar. A la moral le falta lo que tenemos en el derecho: la previsión exacta dentro de determinados límites de lo que es ilícito desde el punto de vista de lo ético; en el derecho, dentro de determinados límites, sabemos lo que tenemos, debemos y podemos hacer y, por supuesto, lo que no hacer. Asimismo, tenemos presente quién es la entidad de recepción [órganos jurisdiccionales], mientras que la moral, sea cual fuese, se queda en el “interior” de las personas. La Ética puede auxiliar al derecho y viceversa, sin embargo, a pesar de que ambas pretenden guiar el comportamiento humano, no se les puede juzgar como si fueran lo mismo. Debemos estar conscientes de que una norma jurídica por el hecho de serlo no necesariamente es estrictamente ética; lo que consideramos justo no obligatoriamente es Derecho. Es interesante conocer la diversidad de los universos para comprender que lo justo no siempre será derecho ni que lo jurídico siempre será lo justo.

¿Es la ética el fundamento sobre el que descansa la validez del Derecho?

No necesariamente. El Derecho puede servir para muchos fines, podemos considerar derecho, el derecho de los nazis, por ejemplo, el derecho democrático, el totalitario, el derecho neoliberal, si consideramos derecho como el conjunto de normas, es decir el derecho positivo, que me parece que es la acepción más acreditada del derecho.

Otra cosa es el fundamento que se le puede encontrar al derecho. Si pensáramos que el derecho tiene que ser justo, necesariamente, esto ya conlleva una visión particular del derecho. Nosotros tenemos la visión positivista del derecho: suponemos que, dado que la norma fue impuesta por la voluntad humana, luego entonces el derecho puede servir para cualquier finalidad. Esta posición puede parecernos bastante cínica y desencantada, pero se le puede matizar diciendo que el Derecho es un instrumento para descifrar el comportamiento de los seres humanos, el Derecho no crece como las flores, sino que es una construcción humana que sirve para determinados fines y uno de ellos es el de armonizar los intereses en conflicto, que permitan y propicien una convivencia

dentro de ciertos términos.

¿Entonces el Derecho puede servir para legitimar una tiranía?

Así es. El Derecho puede servir para legitimar una tiranía cuando se presenta un poder ejecutivo que tiene prerrogativas legislativas. Por ejemplo, cuando cuenta con un procedimiento para enviar un proyecto de reforma al Congreso por una vía preferencial, para mí, eso ya es derecho positivo.

¿Cuáles han sido los momentos históricos más relevantes en los que se ha intentado plasmar la ética como obligación jurídica?

Aquí podemos hablar de aquellas consideraciones del derecho desde la perspectiva *iusnaturalista*², según la cual el derecho para ser “verdadero derecho” debe corresponder con determinados contenidos éticos, emanados de un derecho natural, de un derecho justo, de un derecho fundamentado en la razón y la reflexión ética.

En todos los tiempos históricos, los pensadores y filósofos han puesto como centro de atención contenidos éticos muy diferentes. En una época se consideró justo el propio esclavismo o la eliminación de personas mayores porque ya no contribuían al desarrollo de la comunidad y eran vistos como un peso. Se ha considerado justo que la mujer no tenga derechos, prácticas que se han considerado en determinados momentos, como justas y éticas. La absolutización de los contenidos éticos como si fueran algo universal e inamovible, ha conducido a consideraciones ideológicas acerca de los modos en que ha de organizarse la sociedad, cuando en realidad es relativo, por ejemplo, antes las mujeres no tenían derechos, si eran parte de una familia, respondía

2 Iusnaturalismo: Corriente del Derecho que pondera y justifica, la existencia del derecho positivo, fundamentado en los principios y valores morales del ser. Éstas se ubican por encima de las normas jurídicas que únicamente versan sobre el deber ser, porque no contemplan en algunos casos los principios de la naturaleza. [Macedonio Hernández, Carlos Alberto (2014) Análisis de los niveles epistemológicos desde una perspectiva tridimensional (Tesis doctoral). Centro de Investigaciones Jurídicas y Políticas de la Universidad Autónoma de Tlaxcala. Tlaxcala, México.].

por ellas el padre y, cuando se casaban, el marido. Hoy día nadie se atrevería a contradecir abiertamente que aquellas gocen de plenos derechos, pues todos lo vemos como justo.

¿Qué papel desempeña la Ética en la práctica jurídica?

La Ética juega un papel muy importante en la práctica del Derecho, no sólo en la visión de los particulares sino en la conducta de quienes tienen en sus manos su aplicación: Jueces, magistrados, Ministerios Públicos, pero también a los administradores; en sí a todo el aparato de gobierno que ejerce una función pública. En este caso la Ética puede jugar un papel fundamental porque el derecho por sí sólo no puede, por su misma naturaleza, disciplinar todas las funciones y todos los mecanismos que involucra el derecho en su aplicación judicial y administrativa. Hay muchos aspectos que se quedan, vamos a decir, en un campo de discrecionalidad del juzgador o del administrador. Y aquí la ética puede jugar un papel subsidiario; ahí donde no llega el derecho con sus normas, puede intervenir la ética. Por ejemplo, mediante el derecho no podemos —o si pudiéramos no sería muy oportuno, porque no se podría llegar hasta a algún punto— establecer que en un partido político no se puedan postular como candidatos a puestos de elección popular las esposas, las amantes o los hijos de los funcionarios públicos, eso se deja al sentimiento ético de los dirigentes. Sentimiento ético, que si existe y además es compartido por la comunidad. Entonces, en esa sociedad en la que un ciudadano vea que son candidatos la esposa o el hijo, la reacción sería, posiblemente, [la de] anular su voto. Pero cuando esto no se ve como algo incorrecto sino como algo que denota astucia del político, se le considera como si fuera un modelo ejemplar, eso nos dice que no existe el carácter subsidiario de la ética del que hemos hablado, de forma que no sólo permite ese comportamiento sino, lo admira.

Doctor, antes de finalizar, ¿cómo pueden las nuevas generaciones de abogados coadyuvar al fortalecimiento de la ética en la práctica jurídica?

Considero importante que los jóvenes vayan construyendo este sentimiento

de rechazo y repudio a cierto modo de practicar el derecho que se ha ido generalizando; es necesario que esto se vaya combatiendo, paulatinamente, desde las aulas universitarias, para ir eliminando esa idea negativa que se tiene del abogado como un corrupto que se vende al mejor postor y del cual siempre hay que desconfiar. Eliminar estas ideas se logra a través del estudio profundo de los aspectos éticos y deontológicos de la profesión. Pienso que en la medida en que los jóvenes vayan generando iniciativas, de publicaciones, de discusiones, se combatirá con mayor ahínco estas percepciones que se tiene del derecho y hacen que los profesionales sean señalados, de forma generalizada, con adjetivos negativos. Realidad que ustedes los jóvenes deben combatir y transformar.

“El no acatamiento de la norma se ha convertido, ante los ojos de muchas personas, como una conducta positiva que hay que adular; se aprecia más la astucia que la adhesión moral a la norma”.

*Entrevistador José Miguel Rosado Pat
ponchojmr91@hotmail.com*

Mérida, Yucatán, Octubre de 2015

Tobil Revista Jurídica

Terminó de imprimirse en enero de 2016 en los talleres de Grupo Impresor Unicornio S.A. de C.V. Calle No. 506 x 60 y 62, Centro Cp. 97000 Mérida, Yucatán, México

Tobil Revista Jurídica es una publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Yucatán Km. 1 Carretera Mérida-Tizimín Cholul, C.P. 97305, Mérida, Yucatán, México Tels. 01.999. 9822942 y 01. 999. 9822943

Director Técnico: Abog. Marisol Camacho Ancona
marisol.camacho@correo.uady.mx