

**La protección de los derechos fundamentales y la revisión de la
constitucionalidad como construcciones socio-legales
endémicas**

**The protection of fundamental rights and the constitutional review
as endemic socio-legal constructions**



Rodrigo Camarena González*

Sumario: Introducción. Modelo difuso. Modelo Centralizado. Modelo Mixto. Modelos y propuestas alternativas. Conclusiones. Fecha de Recepción 30/01/2012. Fecha de aceptación: 21/03/2012.

RESUMEN

El ensayo analiza la creación de medidas legales que auxilian a proteger la supremacía de los derechos fundamentales y de la constitucionalidad, según las necesidades de cada nación. El punto de partida que se propone para crear o

*Abogado por la Universidad de Guadalajara. Estudiante del Master of Jurisprudence en la Universidad de Sydney.

aplicar dichos métodos no se basa en exclusiva en el debate teórico, sino la experiencia, diseñada a partir de la realidad social de cada país.

Se analizan principalmente los casos de Argentina, Estados Unidos, India y México.

ABSTRACT

The essay discusses the establishment of legal measures that help to protect the supremacy of fundamental rights and constitutional according to the needs of each nation. The starting point is proposed to create or use these methods is not based exclusively on the theoretical debate, but the experience designed from the social reality of each country.

We mainly analyze the cases of Argentina, USA, India and Mexico

PALABRAS CLAVE: Constitucionalidad, derechos fundamentales, contexto social particular.

KEY WORDS: constitutionality, basic rights, particular social background.

INTRODUCCIÓN

Los textos constitucionales, así como los actos normativos emanados de ella, deben señalar los parámetros que limitan a las autoridades para reducir violaciones a los derechos de la ciudadanía. Debe de existir un medio a través del cual el daño pueda ser subsanado o prevenido. Si éste instrumento legal se encuentra ausente, o es defectuoso, los derechos son letra muerta. O sea, si los derechos no son exigibles, en realidad, es que no existen tales derechos.

Diversas necesidades sociales como el subdesarrollo económico han influenciado las nociones de la justiciabilidad de la supremacía constitucional y la defensa de los derechos fundamentales. La tendencia mundial es proclive a ampliar el ámbito de protección de los derechos humanos en maneras que no podrían haber sido

previstas por los creadores del *judicial review* o del modelo Kelseiano del legislador negativo, ejemplos de ello es la salvaguardia judicial transnacional ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, o su homóloga de la Unión Europea, así como el Litigio de Interés Público en India, solo por nombrar unos cuantos.

En este trabajo analizaré como los dos medios tradicionales de revisión de la constitucionalidad se han influenciado mutuamente, y sostendré que dichos arquetipos no deben ser vistos como figuras perfectas, ni como los únicos medios de revisión de la constitucionalidad de los actos, si no más bien deben ser usados como herramientas flexibles y adaptables a las necesidades locales. En efecto, la aplicación de ambos sistemas de revisión de la constitucionalidad es más útil si se ven como modelos libres de paradigmas, donde su aplicación, redefinición o rechazo se da en base al contexto nacional.

Primero se realizará un estudio sintetizado de los dos modelos clásicos y su influencia recíproca, después se abordará su influencia y adaptación en países en vías de desarrollo como Argentina, India y México, y finalmente se describirá un panorama general en relación al desarrollo de métodos endémicos de protección de los derechos fundamentales y defensa de la supremacía constitucional.

1. Modelo difuso

En países con un modelo difuso de revisión de los derechos fundamentales, todos los tribunales de justicia se encuentran facultados para analizar la controversia constitucional, siempre y cuando exista una violación en concreto, cuya ilegitimidad es invocada a instancia de parte. Este es el caso de Estados Unidos o Argentina. En el primer país esta protección se da incidentalmente a través del *Judicial Review*, y en la nación del Río de Plata de manera directa gracias al recurso de Amparo.

Si bien se suele utilizar la clasificación cotidiana que separa el método difuso del centralizado, así como el derecho consuetudinario del codificado, en la práctica ambos sistemas se han influenciado mutuamente.

1.1 Efectos Erga Omnes

Por regla general, en este modelo los tribunales solo están autorizados para examinar la constitucionalidad de los actos cuando existe una violación actual o inminente de derechos. Este requisito de legitimación activa es la razón por la que algunos académicos han sugerido que el modelo estadounidense solo afecta a las partes procesales, en contraste con el efecto *erga omnes* del modelo concentrado propuesto por Hans Kelsen. Sin embargo, este análisis preliminar no contempla las consecuencias legales de las decisiones de las cortes en el sistema anglo-estadounidense.

Por ejemplo, la “Miranda Warning”¹ consistente en el derecho a la no auto incriminación bajo el amparo de la Quinta Enmienda de la Constitución Estadounidense. A partir de este fallo histórico, el cuerpo policiaco de los Estados Unidos tiene el deber de informar a todos los presuntos criminales de sus derechos constitucionales para estar en aptitudes de obtener una confesión que pueda ser válida ante los órganos jurisdiccionales.

De esta manera, podemos afirmar que los efectos vinculantes de los precedentes judiciales en la Unión Americana tienen efectos generales, de la misma manera que el modelo europeo, aun si los dispositivos legales no son expulsados del sistema jurídico.

1.2 Modelo débil de judicial review

¹*Miranda v Arizona*, 384 US 436 (1966).

Por mucho tiempo, en naciones como Francia y Gran Bretaña, algunos pensadores del Derecho han considerado que el papel de los jueces debe ser secundario, no protagonista y siempre apegado a lo que marca la voluntad del legislador, a diferencia del peso de los precedentes judiciales en materia constitucional y la relevancia de las opiniones de los jueces que se tiene en la federación estadounidense.

Esta condición puede explicar el presunto fracaso de incorporar el modelo Estadounidense en los países de derecho codificado en Europa (Jackson, Vicky C., 1999, p.462.), experimento que tuvo lugar al terminar la Primera Guerra Mundial, y el cual puede ser percibido como un antecedente endémico que buscaba reconciliar las atribuciones del parlamento o el congreso de crear leyes, con las facultades del poder judicial de interpretarlas.

Esta deferencia judicial hacia el legislador europeo es similar a lo que en los países de derecho escrito hoy en día se conoce como interpretación, que a su vez es análogo a lo que Mark Tushnet ha denominado como “modelo débil” (Tushnet, M, 2008, p. 28) del *judicial review*, en países de derecho consuetudinario, en los que se considera que el poder judicial debe abstenerse de *crear* derecho, como sucede en el Reino Unido o Nueva Zelanda.

En este sistema “débil”, el legislador puede ignorar las interpretaciones judiciales referentes a derechos fundamentales. En ese mismo sentido, en España o América Latina, la interpretación conforme evita declarar la inconstitucionalidad de dichos actos legislativos, al desentrañar el significado legal de manera que coincida con la Constitución. Así, en caso de que una norma pueda tener dos o más interpretaciones, el Juzgador debe dar preferencia a la que se acerque más a la asumida *ratio* constitucional, en vez de declarar la inconstitucionalidad de la norma.

Por un lado, esta doctrina puede ser utilizada para evitar una confrontación entre el órgano legislativo y el judicial. No obstante, la consecuencia de aplicar esta doctrina puede ser la inversa: el intérprete judicial puede emitir un análisis incompatible con la intención del legislador, de esa manera el congreso puede considerar la decisión del Juez como una distorsión, y no como una interpretación correcta, o incluso como una usurpación de la función legislativa. Según el propio Tushnet, este debate entre los dos poderes puede ser positivo para la sociedad; ello en la medida de que ignorar las decisiones judiciales puede ser posible para el representante legislativo, quien puede refrendar el dispositivo legal tildado de inconstitucional o violatorio de derechos humanos, o incluso emitir una norma aun mas contundente en contra de la interpretación judicial, pero al mismo tiempo esta actitud involucra un costo político que será evaluado por la sociedad (Tushnet, M, 2008, p. 45) y que puede disminuir el apoyo del electorado en perjuicio del partido político autor de la decisión legal.

El modelo débil de *judicial review* es un concepto alternativo usado en los países de derecho común con sistemas difuso de protección de los derechos fundamentales.

En el Reino Unido, por ejemplo, los tribunales se encuentran facultados para aplicar una norma de rango infraconstitucional para proteger los derechos humanos, esta es la *Human Rights Act*.

Con base en este instrumento legal, las cortes británicas deben analizar los demás actos legislativos a la luz de los derechos humanos, pero no pueden, de ninguna manera, expulsar el precepto jurídico o declararlo invalido, lo más que pueden hacer es declararlo incompatible. Además, este fallo judicial no es vinculante para el legislador.

Luego, el legislador puede respetar la resolución y así modificar la norma cuestionada, o puede confrontar al poder judicial con un dispositivo legal más agresivo; norma que puede derivarse de los votos disidentes de la sentencia (Tushnet, M, 2008, p. 45).

Según el propio Tushnet, este modelo débil de *judicial review* en contraposición con el modelo “*intenso*” Estadounidense, es más útil para alcanzar una protección de los derechos fundamentales, ello en la medida en que se consolida el dialogo entre los poderes judicial y legislativo, ya que el legislador acepta la decisión judicial, o el juez evita declarar una ley como inaplicable. Esto no quiere decir que ambos órganos coincidan en la interpretación que se ha dado de una determinada ley, si no que dado el alto costo político que conlleva cuestionar una interpretación judicial (Tushnet M, 2008, p. 70), por regla general el legislador, conducido por el temor de que sus votantes no aprueben el cuestionamiento, evitará confrontar al juzgador.

En el modelo tradicional de Estados Unidos, forjado por Alexander Von Hamilton y John Marshall, se puede decir que la última palabra la tiene el poder judicial, ya que una vez que una norma es declarada inconstitucional, solo hay dos alternativas para cuestionar el fallo de la corte: una nueva interpretación judicial; normalmente elaborada por una diversa composición de jueces, que los obliga a alejarse del precedente judicial antes establecido, y la otra es la reforma constitucional del precepto, a la luz del cual se declaró la inconstitucionalidad del acto. Esta última alternativa es sumamente difícil si consideramos que la Norma Suprema estadounidense ha sido reformada solo 27 veces desde 1787.

Por lo tanto, la diferencia entre ambos sistemas, es el periodo en que se desarrolla el dialogo legislativo-judicial: en el modelo débil ese periodo es más corto, lo que hace que esta interacción sea más dinámica que en el modelo surgido en el aparato judicial Estadounidense.

De esa manera se puede ver la influencia o similitud del derecho civil o codificado con el derecho consuetudinario en Inglaterra. Esta peculiaridad del Derecho inglés fue concebida según sus propias necesidades y tradiciones legales, y mezclada con la posibilidad del control difuso, aunque no sea materia constitucional, dado

que este país no existe una única o exclusiva norma escrita que funja como la Constitución.

2. Modelo Centralizado

A diferencia del modelo difuso, el modelo concentrado o centralizado consiste en que existe un solo tribunal competente para resolver cuestiones de constitucionalidad, el cual por lo general es un organismo autónomo que no forma parte del poder judicial, y que cuenta con competencia originaria en cuestiones de derechos fundamentales, la cual se ejerce incluso sin que haya un agravio personal y directo, y cuyos efectos suelen ser *erga omnes*. Similar al actuar de la Suprema Corte mexicana cuando conoce de controversias constitucionales o acciones de inconstitucionalidad.

Esta competencia exclusiva puede convertirse en un obstáculo para el acceso a la justicia: ya sea por la ubicación del órgano revisor, y especialmente por el exceso de carga de trabajo. Esta fue una problemática que surgió en España, lo que forzó al legislador para reformar la ley orgánica que regula el recurso de Amparo.² De esa manera se trato de depurar el sistema, en beneficio del justiciable, pues se buscó que solo se analizaran verdaderas cuestiones de fondo y no impugnaciones dilatorias.

El hecho que cualquier individuo tenga acceso a la justicia constitucional, tal y como sucede con el modelo Estadounidense, es una mejora sustancial, aun si esta posibilidad no fuera contemplada dentro del arquetipo del legislador negativo de Kelsen, donde el acceso a tribunales de constitucionalidad se encontraba restringido a autoridades. Sin embargo, esta libre accesibilidad puede transformarse en una desventaja para los mismos ciudadanos por el “abuso” que se puede dar el análisis de la constitucionalidad; el cuestionamiento constante de

² Véase *Ley Orgánica 6/2007 de 24 de mayo 2007* (España) BOE, 25 Febrero 2007, p. 125.

la validez de los actos de autoridad se puede traducir en una justicia lenta. No obstante, este problema puede solucionarse al depurar el sistema, en vez de restringir el acceso a los tribunales.

Otro rasgo del modelo centralizado o Kelseniano es el perfil especializado de los jueces constitucionales; el derecho procesal constitucional trata aspectos muy diversos del Derecho, por lo tanto, los intérpretes judiciales deben tener una preparación acorde a sus funciones, ya que sus decisiones tienen consecuencias en todo el sistema social, político y legal de un país. Así pues, con el objeto de alcanzar fallos sólidos, un juez constitucional debe contar con un vasto conocimiento en una rama específica, a diferencia del modelo difuso en el que la revisión constitucional es una facultad de todos los jueces una vez que el debate es instaurado o delineado por las partes procesales.

De nuevo, podemos ver como la construcción europea de un tribunal constitucional se vio influenciada por el sistema americano, con el objeto de hacer que la justicia fuera asequible a todos los ciudadanos, sin que se perdiera de vista las propias necesidades de las naciones como Alemania, Austria y España.

3. Modelo Mixto

Los modelos tradicionales tanto de creación del Derecho, como de protección de los derechos fundamentales y de la supremacía constitucional no son mutuamente excluyentes; existen muchos ejemplos de modelos híbridos.

Por ejemplo, aunque Argentina es un país de derecho codificado, tiene un sistema difuso de protección constitucional³, en el que todos los juzgados tienen competencia en relación a la violación de los derechos fundamentales.

Este peculiar esquema legal Argentino es una muestra de la capacidad que cada país debe tener para desarrollar sus instituciones endémicas: este desarrollo de la

³ Véase *Ley 16986 de 18 de octubre 1966* (Argentina) BO, 20 Octubre 1966, art 1 y 4.

ingeniería legal y constitucional no debe ser ni defendido de manera chauvinista, ni arrogantemente impuesto por poderes externos. Ambos modelos de revisión constitucional pueden coexistir; como lo ha afirmado Brewer-Carias en el contexto Latinoamericano:

“Este es el caso de Brasil, Colombia, Republica Dominicana, Ecuador, Guatemala, México, Perú y Venezuela. Lo que significa que en todas estas naciones [...] todos los juzgados están facultados para decidir sobre la constitucionalidad de actos de autoridad [...] y al mismo tiempo, las Cortes Supremas o los Tribunales Constitucionales, pueden a su vez, analizar la inconstitucionalidad de normas”.⁴

En el caso Mexicano, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) es el único ente autorizado para analizar la constitucionalidad *in abstracto*. Los juzgados federales ostentan la atribución de realizar revisión constitucional federal, quienes pueden declarar la inconstitucionalidad de un precepto, potestad que no es compartida por los tribunales estatales, quienes solo pueden inaplicar preceptos normativos a la luz de una interpretación *in dubio pro homine* de los derechos humanos reconocidos, pero jamás podrán expulsar un precepto, o fungir como impartidores principales de justicia en materia de Amparo, situación que solo se puede dar en auxilio del poder judicial federal.

Todo el poder judicial federal, como el único órgano, cumple con dos funciones: como juzgados constitucionales en materia de Amparo, y como juzgados comunes en materia común federal. Sin embargo, la última instancia es la SCJN quien tiene competencia original en casos de análisis abstracto de la constitucionalidad, tal y como un tribunal concentrado constitucional, y de manera simultánea se

⁴BREWER-CARIAS A.R., *Constitutional Protection of Human Rights in Latin America*, Cambridge, 2009, p.120.

desempeña como el máximo tribunal en casos de derecho común, como la Suprema Corte de los Estados Unidos.

El poder discrecional de la SCJN le otorga la potestad de decidir que casos puede analizar o atraer al fungir como el órgano supremo del poder judicial. De esa manera es posible que juzgados federales de menor rango decidan casos de constitucionalidad de leyes, sin que el asunto llegue hasta la SCJN, siempre y cuando no se presente recurso de revisión, o aun presentado, ya la SCJN ha establecido un precedente judicial obligatorio u orientativo para el resto de las autoridades.

En México podemos ver la amalgama del sistema difuso y centralizado, con nuestra particular institución del Juicio de Amparo. Un instrumento que forma parte de la tradición legal nacional y que pudiera ser también útil para hacer una justicia más democrática. El hecho que contemos con un medio procesal específico para demandar la vigencia de nuestros derechos fundamentales puede ser utilizado para que, en una sociedad desigual como la mexicana, el conocimiento y la cultura jurídica se expandan con el objeto de disminuir la injusticia social.

Una construcción endémica mexicana puede ser la percepción de la Ley de Amparo como una especie de ley adjetiva, en la que la ley sustantiva es precisamente la Constitución, no con el objeto de degradar su rango, sino con el de ampliar la noción de exigibilidad y comprensión de nuestros derechos, ya que es inútil contar con una catálogo gigantesco de derechos, si estos no son conocidos por sus habitantes y menos aun son reclamados por sus legítimos titulares.

3.1 Un debate Constitucional en México: ¿Es revisable el proceso de reforma de la Constitución?

Las normas fundamentales son instrumentos políticos y jurídicos, pero en ocasiones uno de estos aspectos se acentúa más que el otro, entonces, cuando la división entre lo legal y lo político es difícil de trazar, los tribunales se enfrentan a un difícil dilema.

En el contexto Mexicano existen algunas particularidades sociales y jurídicas que lo diferencian del resto; la Constitución Federal ha sido reformada mas de 530 veces en 94 años,⁵ y a través del Amparo cualquier habitante de la Nación Mexicana puede, al menos teóricamente, acceder a un análisis de constitucionalidad concreto, similar al modelo americano, y las autoridades pueden también impugnar la normativa nacional a través del análisis abstracto, de esta última manera se emula el esquema Kelseniano.

Gracias a este contexto social y legal, en relación al ámbito de protección de la constitución, en los últimos quince años se ha desarrollado una interesante discusión en el campo del Derecho Constitucional, sin que en realidad se haya llegado a resolverse de manera convincente o definitiva.

Bajo este tenor surgen algunas preguntas: ¿Puede un juzgado constitucional analizar el procedimiento mediante el cual la Constitución es reformada? Si la respuesta es afirmativa; ¿Cómo es que el órgano puede reparar ese daño?

Dichas inquietudes involucran básicamente dos grandes rasgos: Primero, la dicotomía entre justiciabilidad y cuestiones políticas. Y posteriormente, si se considera que el órgano judicial es competente, la duda que deberá de resolverse es la manera en que se defenderá la supremacía constitucional, es decir, el tipo de federalismo existente en la nación si se trata de un análisis abstracto, como la acción de inconstitucionalidad, y el alcance de la protección judicial, si se trata de un análisis concreto como el Amparo.

⁵ Cámara de Diputados, H. Congreso de la Unión, *Reformas Constitucionales por artículo*(Octubre 13 2011) <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_art.htm>.

La incógnita referente al pacto federal surge cuando reflexionamos acerca del proceso de aprobación a la iniciativa de reforma constitucional emanada del Congreso de la Unión; ¿Cómo es que una entidad federativa puede estar vinculada por una reforma en la que se excluyó a dicho ente?

Por otro lado, también se puede dar el caso que el Poder Reformador no haya seguido las estaciones formales que son necesarias para que una iniciativa se concrete en parte de la Constitución; ¿Significará acaso que la violación del procedimiento formal, opera en detrimento del proceso deliberativo, lo que a la vez perjudica a los individuos?

Estos argumentos resultan plausibles, aunque al analizar la reforma constitucional existe el riesgo latente de crear un órgano meta-constitucional, con facultades *ultra vires*.

Como lo ha sostenido Robert Décary: cada vez que el poder judicial se encuentra ante un asunto de esta índole, no hay duda de que sea la decisión que sea, el tribunal deberá atravesar un “campo minado.”⁶

En vista de este complicado panorama, lo que parece políticamente correcto para los tribunales, es declararse incompetentes, o declarar la controversia como no justiciable, ya que los actos del Poder Revisor tienen que ver más con una cuestión de Política, que con una de Derecho.

Luego, con el objeto de evitar una confrontación con los otros poderes, los juzgados deciden evitar analizar el procedimiento de reforma a Constitución, y motivan su actuar al argumentar que la enmienda fue un acto desplegado por los representantes del pueblo en nombre de la sociedad.

⁶DECARY R., 'LE POUVOIR JUDICIAIRE FACE AU JEU POLITIQUE' en *THE COURT AND THE CONSTITUTION*, Institute of Intergovernmental Relations, Kingston, 1982, p. 33.

Esta polémica constitucional ha sido conocida por los máximos tribunales en países como Canadá,⁷ India,⁸ y los Estados Unidos,⁹ cuyos órganos competentes han resuelto de manera muy diversa.

En Estados Unidos, la Corte Suprema (USSC) resolvió que el procedimiento de reforma a la Constitución era un debate que se escapaba de su ámbito competencial, al ser una cuestión política, pero su homóloga en la India ha opinado lo contrario.¹⁰

Al respecto en México, la SCJN ha cambiado su parecer al menos en cuatro ocasiones.

En 1999, Manuel Camacho Solís presentó una demanda de Amparo en contra del procedimiento de reforma constitucional, que culminó en el hecho de que este no pudiera ser candidato para la jefatura del gobierno del Distrito Federal. La SCJN falló en el sentido de que era un juicio de su competencia, ya que la Norma Determinante prevé normas especiales para reformarla. Por lo tanto, al no seguir este procedimiento, existía la posibilidad jurídica de que la reforma fuera inconstitucional. Empero, según dicho tribunal, el acto reclamado había sido constitucional, por lo que el Juicio de Amparo era procedente pero inoperante.¹¹

Tres años más tarde, en relación con la reforma constitucional en materia de derechos indígenas, la llamada *Ley Indígena*, el asunto se suscitó de nuevo. Dicha reforma al texto constitucional fue aprobada en una escena política complicada, ya que los grupos indígenas se sintieron traicionados por el Congreso Federal, pues

⁷*Reference Re a Resolution to amend the Constitution* [1981] 1 S.C.R 753, La Corte declaró que en efecto existía una norma no escrita, una convención política que no era exigible en los tribunales.

⁸*S.P Gupta v President of India* (1981) AIR [1982] SC 149. La SCI resolvió que una reforma constitucional era revisable ya que el Parlamento no podía restringir los derechos constitucionales.

⁹*Leser v. Garnett*, [258 U.S. 130](#) (1922), La USSC determinó que se trataba de una cuestión política, no jurídica

¹⁰BHAGWATI P. N. CJ, en *People's Union for Democratic Rights v Union of India and others* [1982] AIR 1473.

¹¹ Suprema Corte de Justicia de la Nación. IUS 2009. Novena Época. Instancia. Pleno. Fuente. Semanario Judicial de la Federación. Tomo X. Septiembre 1999. Núm. de Registro.193,253. p 12.

sus exigencias fueron ignoradas.¹² Consecuentemente, la sociedad se encontraba ávida de encontrar en los tribunales una reconciliación, por lo que se presentaron diversos amparos y controversias constitucionales. Pese a ello, la SCJN revocó su anterior criterio al declarar que el procedimiento de reformas a la Constitución no era de su competencia, ya que el Texto Supremo no prevé la facultad expresa que pudiera legitimar al Máximo Tribunal para analizar el proceso reformador. Además, la SCJN sostuvo que el procedimiento de reforma era en si mismo un control para la modificación del texto constitucional.¹³

Posteriormente, en el año 2008, el Pleno de la SCJN decidió que la presentación de demanda de Amparo no daba lugar a una causal de improcedencia manifiesta e indudable.¹⁴

Finalmente, en el 2011, la SCJN emitió un nuevo criterio. En esta ocasión, la mayoría de los ministros consideraron que el amparo no era el medio idóneo para alcanzar la protección constitucional de una reforma que no hubiera seguido los lineamientos del artículo 135 Constitucional. Según los miembros de la corte el Juicio de Garantías fue diseñado para proteger *inter pares*, solo los quejosos, y no *erga omnes*. Por lo tanto, la SCJN no se encontraba en aptitudes de declarar una reforma como nula para los quejosos, y constitucional para el resto de la población.¹⁵

No se comparte la más reciente interpretación por cinco razones:

Primero, cualquier procedimiento de reforma a la Constitución no es una *parte* de la Ley Suprema a menos que satisfaga ciertos requisitos previos, por lo que el

¹²Véase Gobierno Federal y EZLN *Acuerdos de San Andrés*. <<http://zedillo.presidencia.gob.mx/pages/chiapas/docs/sanandres.html>>.

¹³Suprema Corte de Justicia de la Nación, IUS 2009. Novena Época. Instancia. Pleno. Fuente. Semanario Judicial de la Federación. Tomo XVI. Septiembre 2002. Núm. de Registro 185,941. p 1136.

¹⁴Suprema Corte de Justicia de la Nación. IUS 2009. Novena Época. Instancia. Pleno. Fuente. Semanario Judicial de la Federación. Tomo XXX. Diciembre 2009. Núm. de Registro 165,708. p 15.

¹⁵ Suprema Corte de Justicia de la Nación Medios y Publicaciones, *Noticias*, (28 marzo 2011) <<http://www.scjn.gob.mx/MediosPub/Noticias/Noticias2011/Paginas/28-Marzo-2011.aspx>>.

Poder Reformador, al igual que la SCJN, esta limitada por la Constitución. Ningún poder se encuentra por encima del texto constitucional.

Sería ilógico presumir que un determinado apartado del Código Supremo es constitucional a pesar de que nos percatamos de que el procedimiento ordenado por el 135 Constitucional no fue seguido.

Recordemos la estructura del citado precepto:

Artículo 135. La presente Constitución puede ser adicionada o reformada. Para que las adiciones o reformas lleguen a ser parte de la misma, se requiere que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, acuerden las reformas o adiciones, y que éstas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los Estados.

El Congreso de la Unión o la Comisión Permanente en su caso, harán el cómputo de los votos de las Legislaturas y la declaración de haber sido aprobadas las adiciones o reformas.

En ese mismo tenor de ideas, el Máximo Tribunal de la India ha concluido:

No es necesario reparar en la descripción del Poder Reformador en su capacidad como un ente soberano, en la medida de que esta soberanía esta conferida por una particular constitución que puede expresamente limitar el poder reformado, tanto en su aspecto substancial como formal. Por lo que no se puede afirmar que el Poder Constituyente no tenga limitaciones al ser un poder soberano.¹⁶

¹⁶KOKA SUBBA. R. CJ, en *L.C. GolakNath and Ors. vs. State of Punjab and Anr.* AIR 1967 SC 1643.

A diferencia del caso Indio, el debate Mexicano no se trata acerca de de valores intrínsecos o implícitos de los derechos fundamentales y su redacción originaria o su posible superioridad sobre posteriores enmiendas, si no más bien acerca de los limites establecidos por el Constituyente para reformar el Texto Supremo.

Entonces, resulta contrario a la esencia de toda constitución, que un órgano, incluso el Constituyente Permanente, se encuentre exento de revisión, ya que ello significaría que un poder se convirtiera en un ente omnipotente al ignorar el mandato constitucional del citado 135 constitucional, sin que exista un remedio para los individuos o entidades que resultaron ilegalmente afectadas, y en este caso, la agraviada bien pudiera ser la nación entera.

En segundo término, vale la pena considerar que en México, así como en todos los países que cuentan con un Tribunal Constitucional, la SCJN es el intérprete definitivo de la Constitución; por ende, se encuentra facultada para analizar el procedimiento de reforma a la Constitución, ya que como acto infra constitucional se equipara a una iniciativa, cuyo rango constitucional solo puede alcanzarse una vez que se llevan las formalidades ordenadas por el procedimiento previsto en la Constitución.

Esta modalidad del *judicial review* o del legislador negativo no transforma a la SCJN en un poder supra constitucional. Si ese fuera el caso, todas las cortes constitucionales violarían la división de poderes al ejercer el examen de constitucionalidad, lo que obviamente no sucede, ya que las leyes, al igual que el procedimiento de reforma a la Constitución, se encuentran por debajo de esta.

Tercero, los tribunales constitucionales se encuentran vinculados por el Código Político; por lo tanto, en México, el poder judicial federal, como un intérprete imparcial, debe tener la facultad de analizar el procedimiento de enmienda. De hecho, en este caso el escrutinio constitucional es más fácil, toda vez que no involucran la aplicación de valores morales subjetivos, si no que es una

observación mucho más objetiva en el que el tribunal debe analizar, no el fondo de la reforma (Ville, J.R., 1995, p. 199), si no la forma en que se aprobó.

En caso de que la reforma choque con un diverso precepto constitucional, la enmienda debe ser considerada, en la mayoría de los casos, como una excepción, tal y como sucedió con la constitucionalización del arraigo, cuya inconstitucionalidad había sido previamente declarada por la SCJN.

En el caso mexicano, no se cuestiona la legitimidad de fondo, o la autoridad del Poder Reformador de modificar los derechos humanos establecidos en la Norma Determinante, lo que si se debe poner en tela de juicio es la manera en que el Constituyente sigue o no los pasos señalados por la Constitución. El objeto de este estudio debe ser que se garantice que el proceso deliberativo fue satisfecho, y que de esa manera, la democracia representativa cumplió el mandato constitucional, pues una vez que la reforma cobra vigencia, la antes iniciativa se transfigura ahora en una parte de la Constitución, y la aplicación de dicha enmienda tiene consecuencias prácticas que pueden restringir las garantías individuales.

Cuarto, independientemente del tipo de federalismo que una nación tenga, resulta casi dogmático el hecho de la intervención de todas las entidades federativas es esencial. Por otro lado, bien puede darse el caso de que esta intervención sea defectuosa, lo que es prácticamente lo mismo a que si no hubiera habido injerencia.

Quinto y último, los efectos de la protección constitucional deben ser lo mismos en los demás casos de Amparo contra Leyes -con las recientes reformas-, un hecho de esta índole seguramente daría lugar a una declaración *erga omnes*.

Vale la pena considerar que en el proyecto de nueva Ley de Amparo, como primera causal de improcedencia, se prevé que el Juicio de Amparo es

improcedente en contra de reformas a la constitución, lo que es una redacción defectuosa, pues lo que ha llevado a dicho debate, no es una cuestión sobre la reforma en sí, si no sobre el cumplimiento de sus etapas. No obstante, la ratio de dicha causal fácilmente pudiera desentrañarse en el sentido de que lo que 'quiso decir el legislador' fue impedir el análisis del proceso de reforma. En este supuesto, se daría un trato diferenciado a los justiciables, ya que la ley reglamentaría del 105 Constitucional no prevé dicha causal, y es indispensable para la sociedad contar con un instrumento que haga analizable las modificaciones de nuestra ya extremadamente reformada y supuestamente rígida Constitución.

Finalmente, pudiera darse caso que la discusión se cerrara en el sentido de que todos los instrumentos legales (incluso la acción de inconstitucionalidad o la controversia constitucional) y judiciales negaran expresamente de manera absoluta el estudio del procedimiento de enmienda constitucional, lo que sería desafortunado, pues nuestro distintivo marco social y legal ha permitido no solo que el contenido de nuestra Constitución sea desconocido para la mayoría de la población, si no que sea modificado sin que haya de por medio un verdadero costo político, es por ello que la competencia de los tribunales judiciales de analizar estos asuntos pudiera ser útil para el sistema jurídico Mexicano.

4. Modelos y propuestas alternativas

La justicia constitucional y de derechos fundamentales está evolucionando no solo en los Estados Unidos o en Europa occidental, si no también en lugares como Argentina o la India.

Gracias a diferentes y particulares necesidades sociales, podemos encontrar diferentes acercamientos a la revisión de los lineamientos legales fundamentales; al repensar antiguos dogmas del Derecho Constitucional es la manera en que los modelos legales de muchos países han desarrollado instituciones o doctrinas novedosas que no fueron concebidas o previstas en los modelos tradicionales.

4.1 Litigio de Interés Público

Distintos panoramas legales forjados por sociedades complejas, que históricamente han sido marcadas por la desigualdad social, son los motores que han conducido a algunas naciones a construir sus propias estrategias jurídicas, acorde a las necesidades sociales endémicas de cada estado.

Es por eso que una reinterpretación sobre la justicia constitucional se ha venido formando desde los últimos 30 años. El espíritu individualista o liberal cada vez se cuestiona más, ya sea por crisis económicas o políticas, o lamentablemente por arraigadas inequidades sociales. Es por eso que el sistema de justicia de algunas antiguas colonias ha buscado alternativas para poder alcanzar un grado de bienestar aceptable, una de estas es el Litigio de Interés Público (LIP).

4.1.1 Litigio de Interés Público en India

Esta institución legal fue concretada por la Suprema Corte de la India, tribunal que orientado por las ideas de Mauro Capeletti sentó las bases de lo que hoy se conoce como LIP.

La más alta Corte India ha sido considerada como un órgano judicial innovador, sin estar exento de la crítica, al ser considerada como un juzgado activista (Jain, M. P., 2000, p. 83). Investida con dicho carácter, y ya que según la constitución actual cuenta con competencia originaria en cuestiones de derechos fundamentales, la SCI aceptó su función como “Guardián de los Derechos Fundamentales”¹⁷, y desarrolló el concepto de LIP (Jain, M. P., 2000, p. 86).

En ese contexto y debido a la falta de protección judicial de derechos sociales con el objeto de equilibrar la asimetría de poder, este órgano se atrevió a cuestionar y reanalizar la añeja doctrina de parte agraviada en las controversias constitucionales, para compensar la inequidad social vivida en la India.

¹⁷ANAND A.S, en “Foreword”, S.K Verma y Kusun (eds), *Fifty years of the Supreme Court of India*, Oxford University Press, Nueva Delhi, 2000, p 3.

De esa manera, en la década de 1980, la SCI optó por reinterpretar los estándares tradicionales de legitimación en la causa y se concibió una novedosa concepción de revisión constitucional. Esta liberalización del sistema de justicia dispositiva, en el que siempre existen dos partes procesales con pretensiones antagonistas fue superado por el LIP, en el que la SCI declaró contar con la facultad de llamar a cualquier autoridad, e incluso a entidades de Derecho Privado, para perseguir violaciones a derechos fundamentales, aun en el supuesto de que el quejoso o demandante no estuviera legitimado para poner en movimiento al poder judicial.

En consecuencia, este nuevo entendimiento del *locus standi* del derecho Anglo-Estadounidense, equivalente al *legitimatío ad causam* del Derecho Codificado, se justificó, primordialmente, en dos aspectos: uno, en el hecho de que los derechos difusos o sociales difícilmente recaían bajo la titularidad de un solo individuo, y segundo, en la clara circunstancia social, de que algunos grupos sociales no estaban familiarizados con la exigibilidad de estos derechos colectivos, o aun conociendo sus derechos, los individuos carecían del poder económico para tomar medidas judiciales (Jain, M. P., 2000, p. 78), lo que se traducía en que sus derechos fueran violentados sin ningún remedio legal.

La SCI comprendió la naturaleza cambiante del Derecho, e hizo evolucionar la relación de Derecho Procesal Constitucional, al argumentar que aunque existieran instituciones públicas que velaran por el interés público, -que en México podrían ser los agentes del Ministerio Público o Comisiones de Derechos Humanos-, no obstante, la Corte consideraba que dicha función se realizaba deficientemente; esta ausencia de recursos judiciales se hace aun más notable cuando se trata de derechos de tercera generación, o cuando la parte agraviada forma parte de la clase social baja.¹⁸ Por lo tanto, según el criterio de la SIC, la Corte podía, legítimamente, analizar y hasta iniciar de oficio un procedimiento con el objeto de

¹⁸S.P Gupta v President of India (1981) AIR [1982] SC 149.

salvaguardar los derechos de los más desprotegidos, siempre y cuando se tratara de violaciones constitucionales.

Los lineamientos generales del LIP se establecieron como consecuencia de las actividades preparativas a los Juegos Asiáticos de 1982, en Nueva Delhi – evento deportivo similar a los Juegos Panamericanos- en el caso ‘Asiad’¹⁹. Dicho asunto judicial se refirió a violaciones de derechos sociales constitucionales que se habían efectuado en perjuicio de trabajadores de la construcción. El desacato a los derechos fundamentales constaba, entre otras cosas, en la omisión de pagar el salario mínimo, en desigualdad de salarios entre hombres y mujeres, inadecuadas condiciones del lugar de trabajo, y el empleo de menores de catorce años de edad.

Dichos atropellos fueron reclamados por un tercero, sin aparente legitimación en la causa, que fue la “*People’s Union for Democratic Rights*”

La SCI consideró que era su obligación actuar para mejorar las condiciones sociales, y esta acción, más que una usurpación del poder legislativo o judicial, era un deber, una de las “estrategias multidimensionales”²⁰ necesarias para alcanzar el bienestar social.

Entonces, el LIP debía ser cooperativo, en lugar de adversarial, ya que no se trataba de una disputa legal entre dos sujetos. Al contrario; las partes procesales, así como el órgano judicial, debían de estar comprometidos para corregir el daño, aun si el presunto infractor era un particular. En este caso, el ente que sería equivalente a la Autoridad Responsable, era un contratista que había sido concertado por el gobierno. En otras palabras, se trataba de un particular, cuyas funciones se realizaban en vista de la delegación efectuada por el Comité Deportivo, y los tres niveles de gobierno que eran entes de Derecho Público. Fue así, que la SCI envió a tres representantes para analizar y corregir la situación.

¹⁹ BHAGWATI P. N. CJ, en *People’s Union for Democratic Rights v Union of India and others* [1982] AIR 1473.

²⁰ Ibid.

El concepto endémico desarrollado en un país empobrecido como la India, es un acercamiento jurídico aun más amplio que la “*citizen suit*”²¹ de los Estados Unidos. La cual es una protección de rango legal que solo procede, por lo general, en materia de derecho ambiental. En cambio, la institución hindú es una protección constitucional, que protege todos los derechos constitucionales, especialmente, los derechos sociales y difusos.

4.1.2 Litigio de Interés Público en México (Lo que pudo haber sido)

Un ejemplo contrastante en relación con el LIP de la nación Asiática se puede encontrar en México. Nos referimos a la *facultad de investigación* de violaciones graves a las garantías individuales, prevista en el artículo 97 constitucional, y que la SCJN tuvo hasta el diez de junio del 2011.²²

A pesar de que existía una previsión constitucional expresa para que el tribunal mexicano analizara presuntas infracciones a los derechos fundamentales -ya fuera de oficio-, o a petición de los otros dos poderes, es decir, entes que no contaban con una afectación en su esfera jurídica. La SCJN determinó, no solo que las conclusiones derivadas de la investigación no eran vinculantes para las autoridades,²³ si no que incluso miembros de esta Corte apoyaron deliberadamente la abrogación de esta atribución.²⁴

Esta intención fue consagrada, cuando la facultad pasó a manos de la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) dentro del cúmulo de reformas en materia de derechos humanos.

²¹ KÖTZ H., “Public Interest Litigation” en Mauro Capeletti (ed), *Access to Justice and the Welfare State*, European University Institute, Florencia, 1981, pp 101-102. La “*citizen suit*” solo procede respecto de daños ambientales, no cualquier derecho social, aun es un instrumento dispositivo que requiere dos posiciones contradictorias, y es un instrumento subordinado jerárquicamente a otros lineamientos jurídicos.

²² Véase reforma constitucional del 10 de Junio del 2011. DOF, Junio 10 del 2011, p 4.

²³ Suprema Corte de Justicia de la Nación. IUS 2009. Novena Época. Instancia. Pleno. Fuente. Seminario Judicial de la Federación. Tomo XXVII. Abril 2008. Núm. de Registro 169,764. p. 7.

²⁴ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Libro Blanco de la Reforma Judicial*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006, p.402.

Según nuestro supremo tribunal nacional, el objetivo de la investigación era solo determinar si efectivamente hubo o no violaciones de garantías, pero nunca debería de ir encaminada a sancionar a los responsables.

Resulta absurdo, sobre todo en un país como México, que cuando haya una violación grave de los derechos básicos, la respuesta del poder judicial se limite a decir si hubo o no tal violación.

En un Estado de Derecho las resoluciones judiciales de fondo no deben formarse sin conocer las circunstancias fácticas, pero también es claro que una de las funciones primordiales de cualquiera de los tres poderes es disminuir la estratificación social. En específico, cuando se trata del poder judicial, el objeto debe ser hacer la justicia accesible para todos, y no enunciar declaraciones tibias que jamás podrán engendrar responsabilidades civiles, administrativas o penales, ni reconocer el nexo causal de violaciones de derechos a cargo de Secretarios de Estado y en perjuicio de la ciudadanía.

Tomemos por ejemplo el caso ABC: ¿Acaso se necesita ser jurista, o instaurar un procedimiento legal para concluir que se violaron derechos previstos por nuestra Carta Magna? La simple ambigua declaración luce casi tautológica.

49 menores de edad murieron a consecuencia de un incendio en una bodega adaptada para ser guardería pública que fue subrogada a particulares. 31 de los niños murieron el mismo día del evento.²⁵ ¿En realidad será imperiosa una investigación y la confrontación de esta con máximas de experiencia y la aplicación de complejos argumentos lógico-jurídicos, el gasto de 9.5 Millones de

²⁵ ‘Cronología del Caso ABC’, *La Jornada*, Jueves 17 de junio, p 13.

Pesos,²⁶ para que la conclusión que arroje este proceso sea afirmar vagamente, que efectivamente, se violentó la Norma Determinante?

Si balanceamos el desgaste económico y de recursos humanos, con la respuesta ofrecida a las víctimas o sus familiares, el resultado es bastante desfavorable para los últimos.

En este marco de inaccesibilidad judicial y falta de justicia social la SCI ha subrayado:

“Cuando el acceso a la justicia esta limitado por circunstancias sociales y económicas, es necesario democratizar los remedios judiciales, remover barreras formalistas para facilitar el acceso a la justicia y promover el Litigio de Interés Público, para que así los miembros de los grupos desfavorecidos o explotados, puedan exigir los derechos socio-económicos que les han sido reconocidos, pues solo de esta manera es como adquieren significado sus pretensiones, en lugar de permanecer como esperanzas vacías”.²⁷

No es verosímil que un miembro de la clase social alta confiara a sus hijos a este tipo de guardería, y menos creíble resulta que ante una situación como esta, la repuesta del poder judicial hubiera sido la misma, si dentro de los fallecidos se encontrara un hijo de un servidor público de alto rango.

La respuesta oficial a este caso fue que los titulares de secretarías u organismos de seguridad social permanecieran intactos y sin que hubiera un pronunciamiento en el que se documentara las infracciones provenientes desde la cúspide de la jerarquía orgánica.

Así pues, la SCJN vio la posibilidad del LIP desde una óptica muy diferente. Según la mayoría de nuestros jueces constitucionales, ya que no había partes procesales, ni legitimación activa, la investigación era una función no jurisdiccional

²⁶ ‘9.5 mdp costo investigación de ABC en la SCJN’

WRadio.<<http://www.wradio.com.mx/nota.aspx?id=1328955>> (19 de julio 2010).

²⁷ BHAGWATI P. N. CJ, en I. C. *Golaknath & Ors vs State Of Punjab & Anrs* (1967), AIR 1967 SC 1643.

que debía pertenecer a la CNDH, y no a los tribunales de justicia. Esta línea de razonamiento fue lo que llevó al Ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano a afirmar que “como se decía en el Medioevo *se hace justicia juzgado*”.²⁸

Desde la visión del ministro, el trabajo de la Corte debía ser solo una declaración, ya que mediante la facultad de investigación, al no ser un juicio tradicional, o sea, sin que hubiera dos rivales, se debería de limitar a enunciar si hubo o no violación.

Parece un tanto inadecuada la postura de Aguirre Anguiano. La circunstancia de que existan dos partes procesales con pretensiones de derecho contradictorias o incompatibles no es un elemento esencial de todo procedimiento vinculante.

Además del caso encontrado en India, podemos ver situaciones similares que no forman parte de un juicio en el sentido tradicional, y que sin embargo tienen efectos vinculantes. Por ejemplo, después de que se resuelve una Contradicción de Tesis, ¿Será que el Presidente del Tribunal Colegiado regresa cabizbajo porque su criterio fue superado por el establecido por la SCJN?, o ¿Su ‘derecho’ fue superado por el antagónico sostenido por el diverso órgano?

Cuando un órgano legislativo defiende la constitucionalidad de una norma que a la postre es declarado inconstitucional por el Pleno de la Corte ¿Podemos hablar de partes en el sentido tradicional? O ¿Es que en algún momento se afectó la esfera jurídica de la autoridad que expidió el acto legislativo?

Parece ser que no, y sin embargo, el resultado es incuestionablemente obligatorio, no solo para ellos si no para todos los órganos judiciales.

La función principal de las cortes constitucionales debe ser proteger los derechos. Esta tarea no es mutuamente excluyente con la del Ombudsman, bien podía ser desempeñada y complementada por el trabajo de la SCJN y la CNDH.

En síntesis, me parece que el enfoque dado por la SCJN respecto de lo que pudo haber sido el LIP en México fue un fracaso. No se trataba de un asunto de

²⁸ AGUIRRE ANGUIANO S. Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Voto concurrente en el dictamen de facultad de investigación 1/2009*, p.3.

dicotomía entre un quejoso y una autoridad, o entre dos partes procesales. Era más bien un caso de supremacía constitucional y de los derechos fundamentales, un asunto de cooperación del poder judicial en un país marcado por una palpable desigualdad social.

4.2 Revisión de la Constitucionalidad de Actos de Particulares

Un paradigma que ha sido cuestionado mundialmente es la posibilidad de violaciones de derechos básicos *inter pares*; esto es, el detrimento de un derecho fundamental como resultado de la infracción de otro particular, en lugar de una autoridad pública.

Las medidas tomadas para propagar el ámbito proteccionista de los derechos humanos han sido diversas. Bien podría ser que mientras más violaciones a derechos existan, más amplio o relajado debe ser el concepto de autoridad, para así obstaculizar acciones de entes de poder, ya sean autoridades formales, o de hecho, que puedan afectar al individuo o grupo social que se encuentra vulnerable.

4.2.1 La Doctrina de State Action doctrine en los Estados Unidos

La Jurisprudencia de los Estados Unidos ha sido consistente en el sentido de que el *judicial review* solo puede referirse a actos u omisiones de un ente de Derecho Público.

Esta es la doctrina de '*State Action*', similar al concepto de autoridad responsable para efectos del Juicio de Amparo.

Las bases que conforman este principio fueron desarrolladas principalmente a raíz del juicio *Shelley vs Kraemer*.²⁹ En este caso se resolvió que la discriminación racial debía ser tolerada cuando es causada por particulares, aunque también se estableció que los pactos que preveían un trato desigual a la comunidad afro americana no podrían ser exigibles en las cortes de justicia.

²⁹*Shelley v Kraemer*, 334 US 1 (1948).

En dicha ocasión, la USSC fundó su actuar en los lineamientos de los Civil Rights Cases,³⁰ a partir de los cuales se consideró como algo dogmático el hecho de que los derechos constitucionales solo podían ser violados por el Estado.

Así pues, según la Corte Estadounidense, los pactos discriminatorios “por si mismos no representaban la violación de ningún derecho”³¹, pero cuando una autoridad, como un juzgado, exige el cumplimiento de acuerdos racistas, o cuando provisiones estatales aparentemente neutrales implican violación *de facto*, entonces es posible que se configure una violación constitucional.³²

Según los precedentes judiciales de la Unión Americana, existen algunos supuestos en los que el Estado no tiene que estar involucrado de manera directa para que haya una violación susceptible de control constitucional. Algunas de estas excepciones son: relación financiera simbiótica pública-privada,³³ la subrogación de una función pública por una entidad privada,³⁴ y la posible concretización de la ‘Mirror Image Doctrine’ o doctrina de imagen refleja, que se pueda dar cuando instituciones públicas aplican normas privadas, convirtiendo así asociaciones o sociedades en autoridades.³⁵

La fuerza vinculante y la capacidad creativa del Derecho Consuetudinario Estadounidense han permitido que en algunas ocasiones el concepto de autoridad evolucione acorde las necesidades y peticiones de su sociedad. Sin embargo, la

³⁰*The Civil Right Cases*, 109 US 3 (1883).

³¹*Shelley v Kraemer, Op cita*, p. 13.

³²Veáse *Reitman v Mulkey* 387 U.S. 369 (1967) y *Washington v Seattle School District No.1* 458 U.S. 457 (1982). Siempre que el actuar o la omisión de una autoridad se vea involucrada con violaciones de derechos, o con la tolerancia de estas violaciones, aunque sea de manera pasiva o indirecta, habrá materia de revisión de la constitucionalidad. Tal y como sucedió con la propuesta de reforma a la Constitución de California que impedía el actuar de la autoridad, y dadas las cuestiones fácticas, permitía que ciertos barrios fueran exclusivos para supuestos descendientes de la “raza” caucásica.

³³*Burton v Wilimington Parking Authority* 365 U.S. 715 (1961). Una relación simbiótica se da cuando a pesar de que el acto proviene de un particular, este último se encuentra en dicha posición gracias a un acuerdo de voluntades entre el sector público y el privado, y el ente privado se beneficia de apoyo proveniente de recursos públicos. En este caso fue una cafetería rentada por un particular en un edificio público.

³⁴*Smith v. Allwright*, [321 U.S. 649](#) (1944); *Terry v Adams* 345 U.S 461 (1953). Situación que ya se encuentra prevista en el proyecto de la nueva Ley de Amparo, siempre y cuando la delegación se encuentre prevista en una norma general.

³⁵*National Collegiate Athletic Association v Tarkanian* 488 U.S 179(1988).

esencia del judicial *review* aun implica la intervención de una autoridad pública, es decir, el actuar del Estado debe ser motivado por un particular para que su constitucionalidad sea revisable en los tribunales de justicia.

4.2.2 Revisión de la Constitucionalidad de actos de particulares en Argentina

Desde 1958, el poder judicial argentino, ha considerado legítima su intervención para analizar violaciones constitucionales de particulares sin que haya ninguna intervención del Estado. Este principio fue elaborado en el Caso Samuel Kot.³⁶ En contraste con el caso *Asiad* en la India; los hechos de este juicio se referían a un acto efectuado por los empleados en perjuicio del derecho a la propiedad privada y al trabajo de su patrón. El demandante fue la empresa propietaria de una fábrica que fue ocupada por los trabajadores después de que la sociedad mercantil se rehusó a recontratar a cierto personal. Como consecuencia de este conflicto laboral, la producción se encontraba paralizada.

El presunto crimen fue denunciado por la empresa como un delito de despojo. Sin embargo, la autoridad consideró que dado que la intención de los trabajadores no era ejercer actos de dominio, en realidad no se trataba de un despojo si no de un conflicto laboral.

Toda vez que no existía ningún medio legal, el demandante busco protección constitucional a través del Amparo, que hasta ese entonces solo procedía para analizar el actuar del Estado. El juicio llegó hasta la Corte Suprema Argentina (CSJN), quien resolvió que siempre que hubiera una violación de los derechos básicos entre particulares que fuera evidente y flagrante, entonces el Amparo era procedente, aun si existían medios ordinarios a favor de los particulares afectados.

³⁶*Kot Samuel SRL/ Recurso de Habeas Corpus*, CSJN (Argentina) Fallos (1958) pp 241-291.

Esta decisión del tribunal Argentino se fundo en el razonamiento de que una violación constitucional como esta debía ser reparada inmediatamente a través de un instrumento expedito sin la lentitud de los juicios ordinarios.

4.3 Asimetría entre relaciones privadas referentes a violaciones de derechos fundamentales.

La misma controversia suscitada en Argentina se ha generado en otras partes del mundo. El punto en común que hace posible la intervención de una corte en relaciones de particulares es la asimetría de poder que se da entre ambas partes.

Esta distinción entre violaciones de derechos fundamentales o verticales, y horizontales debe persistir ya que en gran parte de las relaciones jurídicas privadas no hay una asimetría de poder, ya sea fáctica o jurídica, y además, existen algunos casos en los que el ámbito de protección entre civiles no es tan claro ya que conlleva un conflicto de derechos fundamentales.

Como lo ha aseverado Andrew Clapham en un interesante ejemplo:

“La Convención Europea de Derechos Humanos debe de cubrir el supuesto en el que el propietario de una cafetería se rehúsa a servir a un comensal por el color de su piel, pero es menos claro como podría operar en cuanto a la decisión étnica al elegir un padre biológico en un banco de esperma.”³⁷

Asúmanos que violaciones como estas fueran reclamadas por el agraviado en los tribunales de justicia. Ambos supuestos no son tan fáciles de resolver. ¿Qué tal si un individuo blanco se presenta a un restaurante con una capucha del KKK? ¿Sería tan fácil de proteger al posible cliente?

Las obligaciones de respetar los derechos humanos en relaciones formalmente horizontales, representan un conflicto de derechos, pero aun así al restringir

³⁷CLAPHAM A., *Human Rights in the Private Sphere*, Clarendon Press, Nueva York, 1993, p. 135.

momentánea y parcialmente una pretensión es como la problemática puede ser resuelta. Si vemos, por ejemplo, el caso de la inseminación artificial; podemos deducir el derecho a la libre elección y el derecho a no ser discriminado. No obstante, estimo que sería inapropiado forzar a los padres a elegir cierto padre biológico. Esta libre elección se justifica ya que no hay una asimetría de poderes sociales o políticos, aunque alguien bien podría ver esto como un acto discriminatorio o eugenésico.

La claridad de las violaciones *inter pares* puede ser un poco borrosa. Además, este argumento puede ser extendido desproporcionalmente, haciendo que cada controversia pudiera entrar en el campo de la revisión de constitucionalidad o convencionalidad. Sin embargo, con el objeto de distinguir un caso ordinario, de uno que represente atropello de derechos básicos, podemos encontrar parámetros objetivos como la seriedad de la violación, la capacidad de agraviar al otro particular sin que intervenga la autoridad, y la falta de acceso a la protección jurídica, ya sea por una laguna legal, un proceso judicial obstaculizado, o las desventajas sociales del quejoso.

La revisión de actos de particulares puede ser admitida, siempre y cuando no exista recurso ordinario, exista una asimetría de poderes, y sin que se ignore el contexto social en el que este conflicto de derechos tiene lugar.

CONCLUSIONES

La creación de medios de control de la constitucionalidad suele ser permeado por el problema epistemológico que presume que los paradigmas legales creados en Estados Unidos o en Europa Occidental representan arquetipos de un buen sistema legal, o que tales premisas deben ser consideradas como la máxima evolución de la protección de los lineamientos jurídicos. Esta presunción debe ser cuestionada seriamente. La doctrina emanada de la USCC, las bases sentadas por los padres fundadores, o las teorías de Hans Kelsen no solo son perfectibles, sino que la importación automática del pensamiento extranjero puede resultar

incluso contraproducente. Antes de implementar o elogiar elucubraciones doctrinarias extranjeras es necesario evaluar el contexto social en particular.

Los aspectos socio-económicos en países como India o México, la tradición judicial en Estados Unidos, o la supremacía parlamentaria en el Reino Unido son solo algunos ejemplos de la manera en que las naciones han desarrollado sus propias instituciones.

Los parámetros forjados en otros sistemas legales sin duda son útiles lineamientos para todas las naciones, pero de ninguna manera representan dogmas incuestionables. La revisión de la constitucionalidad o la protección de los derechos humanos deben ser construidas por y desde la comunidad para satisfacer las necesidades particulares.

Cualquier Estado tiene el deber, y la sociedad tiene el derecho y la creatividad para cuestionar y crear instrumentos endémicos que protejan los lineamientos básicos de su sistema jurídico. Circunstancias como el subdesarrollo, la discriminación, la pobreza o la asimetría de poderes son factores que tienen que considerarse al construir o reformar medios legales.

La supremacía de la Constitución o de los derechos humanos no debe seguir una línea monolítica; las instituciones que han surgido en países desarrollados no son estándares meta-constitucionales a los que nos debemos de someter automáticamente. Los verdaderos parámetros son las realidades sociales, económicas y políticas.

No hay corriente de pensamiento que no haya sido influenciada por otra. De la misma manera que no existe institución legal que no tome prestadas ciertas nociones de sistemas foráneos.

Muy probablemente el Juicio de Amparo no podría haberse formado sin la influencia del *judicial review*, forjado por el trabajo de John Marshall en la USSC, quien a su vez recibió influencia de Hamilton, Blackstone en alguna medida, y el Derecho Anglosajón. Dicha noción de justicia fue complementada por el modelo

de tribunales constitucionales propuesto por Kelsen y la Constitución Checoslovaca de 1920.

Paralelamente, la útil conceptualización del Juicio de Garantías en México bajo fundamentos constitucionales expresos,³⁸ y en una ley exclusiva para proteger todos los derechos fundamentales, ha motivado acciones legislativas similares alrededor del planeta. En lugares como Venezuela, España o Filipinas se ha seguido el ejemplo Mexicano,³⁹ no debido a grandes debates teóricos, sino a que se comparten ciertos aspectos sociales como la desigualdad o la tradición de derecho codificado.

Toda base legal o judicial debe ir encaminada a eliminar la segregación y estratificación social. Ello surge en primer término al entender el contexto social e histórico en que surgieron las teorías filosóficas, como el liberalismo, o jurídicas como el *judicial review*. Y en segundo término, al contrastar las circunstancias históricas y sociales que se viven en países como México.

En pocas palabras, nuestras instituciones deben de derivarse de nuestra propia experiencia social y buscar medidas prácticas que colaboren para alcanzar un nivel de bienestar colectivo.

³⁸ A diferencia del *judicial review* que fue desarrollado sin que hubiera una provisión constitucional explícita para la USSC, sino que fue construido a bases de argumentos jurídicos y precedentes judiciales.

³⁹ Ver [A.M. No. 07-9-12-SC](#) (Filipinas). Referente al procedimiento del recurso de Amparo

Bibliografía

A. Artículos/Libros/Publicaciones

Anand A. S., "Foreword", en S.K Verma, Kusun (eds), *Fifty years of the Supreme Court of India*, Nueva Delhi, Oxford University Press, 2000

Amar Vikram D y. Tushnet M.V. (eds) *Global Perspectives on Constitutional Law*, Nueva York, Oxford University Press, 2009

Brewer-Carías, A.R., *Constitutional Protection of Human Rights in Latin America*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009

Clapham A., *Human Rights in the Public Sphere*, Nueva York, Clarendon Press: Oxford, 1993

Décary R., 'LE POUVOIR JUDICIAIRE FACE AU JEU POLITIQUE' en *THE COURT AND THE CONSTITUTION*, Kingston, Institute of Intergovernmental Relations, 1982

Hamilton A., 'The Judges as guardians of the Constitution' en Benjamin Fletcher Wright (ed) *The Federalist*, Nueva York, The Belknap Press of Harvard University Press, publicado 1788, edición de 1961

Jain M. P. 'The Supreme Court and Fundamental Rights' en S.K Verma, Kusun (eds), *Fifty years of the Supreme Court of India*, Nueva Delhi, Oxford University Press, 2000

Jackson V.C., Tushnet M., *Comparative Constitutional Law*, Nueva York, New York: Foundation Press, 1999

Kommers D. P., *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Durham, Duke University Press, 1997

Kötz H., "Public Interest Litigation" en Mauro Capeletti (ed), *Access to Justice and the Welfare State*, Florencia, European University Institute, 1981

Rotunda, R. D, *Modern Constitutional Law*, St Paul: American Casebook Series, publicado 1981, edición 2009

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Libro Blanco de la Reforma Judicial, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006

Tushnet M., *Weak Courts, Strong rights* , Princeton, Princeton University Press, 2008

Ville J.R., 'The Case against Implicit Limits' en Sanford L. (ed), *Responding to Imperfection: The theory and Practice of Constitutional Amendment*, Princeton, Princeton University Press, 1995

Cronología del Caso ABC, La Jornada, México, Jueves 17 de junio,

'9.5 mdp costo investigación de ABC en la SCJN' WRadio.

<<http://www.wradio.com.mx/nota.aspx?id=1328955>> (19 de julio 2010)

B. Asuntos Judiciales

Burton v Wilimington Parking Authority 365 U.S. 715 (1961)

The Civil Right Cases, 109 US 3 (1883)

GolakNath and Ors.vs. State of Punjab and Anr. AIR 1967 SC 1643 [804]

Kot Samuel SRL/ Recurso de Habeas Corpus[Samuel KOT SLR Habeas Corpus Writ] CSJN (Argentina) Fallos (1958) 241-291.

Leser v. Garnett, [258 U.S. 130](#) (1922)

Miranda v Arizona, 384 US 436 (1966)

National Collegiate Athletic Association v Tarkanian 488 U.S 179(1988)

People's Union for Democratic Rights v Union of India and others [1982] AIR 1473

Reference Re Amendment to the Canadian Constitution [1982] 2 S.C.R 793

Reitman v Mulkey 387 U.S. 369 (1967)

Suprema Corte de Justicia de la Nación. IUS 2009. Novena Época. Instancia. Pleno. Fuente. Semanario Judicial de la Federación. Tomo X. Septiembre 1999. Núm. de Registro.193,253. p 12

Suprema Corte de Justicia de la Nación, IUS 2009. Novena Época. Instancia. Pleno. Fuente. Semanario Judicial de la Federación. Tomo XVI. Septiembre 2002. Núm. de Registro 185,941. p 1136

Suprema Corte de Justicia de la Nación. IUS 2009. Novena Época. Instancia. Pleno. Fuente. Seminario Judicial de la Federación. Tomo XXX. Diciembre 2009. Núm. de Registro 165,708. p 15

Suprema Corte de Justicia de la Nación. IUS 2009. Novena Época. Instancia. Pleno. Fuente. Seminario Judicial de la Federación. Tomo XXVII. Abril 2008. Núm. de Registro 169,764. p. 7

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Sergio Aguirre Anguiano, Voto concurrente en el dictamen de facultad de investigación 1/2009, p.3

Shelley v Kramer, 334 US 1 (1948)

Smith v. Allwright, [321 U.S. 649](#) (1944); *Terry v Adams* 345 U.S 461 (1953)

S.P Gupta v President of India (1981) AIR [1982] SC 149

Washington v Seattle School District No.1 458 U.S. 457 (1982)

C. Legislación

Constitución de los Estados Unidos de América del 17 de septiembre de 1787

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 5 de febrero de 1917

Constitución de la República de la India del 26 de enero de 1950

Ley 16986 de 18 de octubre 1966 (Argentina) BO, 20 octubre 1966

Ley Orgánica 6/2007 de 24 de mayo 2007 (España) BOE, 25 Febrero 2007

Proyecto de Decreto de la Ley de Amparo, Cámara de Senadores, Noviembre 2011

Reglas referentes al recurso de Amparo (Filipinas), [A.M. No. 07-9-12-SC](#), 25 septiembre, 2007.

D. Otros

Gobierno Federal y EZLN, Acuerdos de San Andrés [Federal Government, San Andres Accords] (Mexico)

<<http://zedillo.presidencia.gob.mx/pages/chiapas/docs/sanandres.html>>

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Medios y Publicaciones, Noticias (28 Marzo 2011)

<<http://www.scjn.gob.mx/MediosPub/Noticias/Noticias2011/Paginas/28-Marzo-2011.aspx>