

El neoconstitucionalismo en México

*Antonio Salcedo Flores**

Analizaré el modelo jurídico del neoconstitucionalismo, en ocasiones enfrentado al iuspositivismo. Defenderé el control judicial sobre la ley y el acto administrativo. Compararé al neoconstitucionalismo con el ordenamiento jurídico mexicano, específicamente con el original de la Constitución de 1917, el texto actual y sus reformas del año 2011, en materia de derechos humanos y amparo.

De estas últimas destacaré algunas contradicciones, por ejemplo la de que al mismo tiempo que incorporan medidas abiertas como los principios generales, la ponderación, el buen derecho y el privilegio del fondo sobre la forma, propias de las democracias, clausuran el derecho de combatir, mediante el juicio de amparo, las reformas constitucionales, cerrazón que caracteriza a las tiranías de Estado.

The neo constitutionalism legal model is analyzed, sometimes facing the iuspositivism. Judicial control over law and administrative act is defended. The Neo Constitutionalism and Mexican law are compared, specifically with the original 1917 Constitution, the current text and amendments of 2011, on human rights and protection matter. Of these, some contradictions are emphasized, for example that while are incorporated open measures such as general principles, weighting, good right and privilege of substance over form, characteristic of democracies, the right to fight is closed by injunction, constitutional reforms, stubbornness that characterizes the State tyrannies.

SUMARIO: Introducción / I. El neoconstitucionalismo / II. El Estado de derecho constitucional y el Estado de derecho legal / III. El caso mexicano / IV. Conclusiones / Fuentes de consulta

* Dr. en Derecho y Profesor Investigador de la UAM-A.

Introducción

A partir de la obra de algunos de sus más destacados exponentes, analizaré la corriente jurídica denominada neoconstitucionalismo, identificaré sus principales características, mismas que trataré de localizar en el ámbito jurídico mexicano, particularmente en la Constitución de 1917 y sus reformas de 2011 en materia de derechos humanos y juicio de amparo. Intentaré demostrar que las virtudes democráticas del neoconstitucionalismo no aparecieron después de la Segunda Guerra Mundial, sino que ya se encontraban en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cuando ésta fue promulgada el 5 de febrero de 1917.

Constataremos que en la reforma de 2011, se consolidan los derechos fundamentales y, sobre todo, su garantía, en virtud de que se dispone que todo en el país sea en función de los derechos humanos, cuya promoción, respeto, protección y garantía, se impone como obligación a todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias; se incorpora literalmente el principio *propersona*, se prohíben las deportaciones sin previo juicio, se limita, aún más, el estado de excepción, dejando fuera de la posibilidad de suspensión una amplia lista de derechos fundamentales, en la que se incluye la garantía para su defensa, es decir, el recurso eficaz, la defensa adecuada, el debido proceso, el juicio de amparo, para cuya tramitación y resolución se incorporan, textualmente, los principios generales del derecho, la ponderación, el buen derecho, el privilegio del fondo sobre la forma, así como más supuestos en los que el órgano jurisdiccional deberá suplir, en forma oficiosa, las deficiencias de las quejas por violaciones a derechos humanos; exigiendo de los jueces constitucionales una mayor participación, dinamismo y compromiso para la protección de los derechos fundamentales. Desde este momento puedo afirmar que la Constitución mexicana y sus reformas se acercan mucho al ideal sustantivo y adjetivo del modelo neoconstitucional.

I. El neoconstitucionalismo

Es la corriente jurídica que hoy en día y a través de la labor de Luigi Ferrajoli, Carlos Nino, Susanna Pozzolo, Robert Alexy, Ronald Dworkin, Gustavo Zagreblesky y Rodolfo Luis Vigo, entre otros, enfrenta y desafía al iuspositivismo de Savigny, Kelsen, Hart y Bulygin, principalmente.

Se dice que hizo su aparición después de la Segunda Guerra Mundial, a mediados del siglo XX. Considera a la Constitución medida de todo el orden jurídico, por lo pronto, nacional; incorporó al Derecho, por medio del texto constitucional, los principios, los valores y la moral. Postula que toda Constitución democrática moderna se compone de dos clases o categorías de disposiciones, a saber: *a)* las dogmáticas que se refieren a los derechos humanos, y *b)* las orgánicas que regulan al Estado y/o Gobierno. Las primeras son los derechos fundamentales de la persona que irradian

“todos los ámbitos del derecho”¹ y, sobre todo, limitan las actividades del Estado y las decisiones de la mayoría.

El Derecho, según los neoconstitucionalistas, es un conjunto de argumentos, más que un sistema de normas; debe constituirse de principios (abiertos), más que de reglas (cerradas); más que de subsunción, requiere de argumentación; el silogismo mecanicista, exigen, debe ceder el paso a la ponderación del buen derecho; el juez puede dejar sin efecto la obra del legislador secundario (la ley), y competir con él, de igual a igual, por medio de la jurisprudencia; los derechos ya no son en función de la libertad, ahora lo son en función de la justicia (el bien); la moral, afirma Susanna Pozzolo, es uno de los criterios de validez del Derecho, el cual podría prescindir de la autoridad, “puesto que lo que vale, vale por méritos intrínsecos² [...] el neoconstitucionalismo (precisa la acuñadora del término), no creo que deba conducir a la confusión teórica que caracteriza a muchos que no resisten la tentación de unificar el sistema jurídico y el sistema moral, porque la separación entre derecho y moral y su recíproca autonomía son el fundamento del garantismo”³.

El mandato de optimización, característico del neoconstitucionalismo y desarrollado por Robert Alexy, exige a cada uno de los involucrados, muy particularmente a los jueces, cumplir lo propio en la mayor medida posible y dentro de los márgenes fácticos y jurídicos. El nuevo paradigma propicia la integración de amplias áreas del derecho, tales como su teoría general, la teoría constitucional, la filosofía jurídica, la teoría procesal, la teoría de la argumentación, la dogmática jurídica y la ética.

Se crean tribunales (del Poder Judicial) encargados de hacer cumplir los principios, los postulados, las normas y las aspiraciones constitucionales, con plena competencia para anular las normas generales (del Poder Legislativo) y los actos administrativos (del Poder Ejecutivo) que encuentren contrarios a la Constitución.

El Estado Constitucional o “fuerte”, es confrontado con el Estado Legal o “débil”, en el primero prevalece la Constitución, obra del Órgano Constituyente, en el segundo, la Ley, obra del Legislador secundario. El (neo)constitucionalismo, al decir de Josep Aguiló Regla, tiene un intenso componente de liberación política, de erradicación de los males característicos de las dominaciones políticas: arbitrariedad, autoritarismo, despotismo o exclusión política, oligarquía o exclusión social.⁴ En el Estado legal, continúa Aguiló, existe una relación de sujeción entre Estado o soberano (omnipotente) y ciudadano (súbdito), establecida por las normas generales o leyes; en el Estado Constitucional esa relación se transforma, por el componente liberal, en otra entre soberano competente/incompetente y ciudadano sujeto/inmune. Esa inmunidad es el *coto vedado* que impide al Estado y a las decisiones populares,

¹ Tribunal Constitucional Federal Alemán, sentencia BVerfGE 7, 198(205).

² Susanna Pozzolo, “Reflexiones sobre la concepción neoconstitucionalista de la Constitución”, en Miguel Carbonel y Leonardo García Jaramillo (Eds.), *El canon neoconstitucional*, pp. 174 y 175.

³ *Ibidem*, p. 184.

⁴ Josep Aguiló Regla, “Sobre las contradicciones (tensiones) del constitucionalismo y las concepciones de la Constitución”, en Miguel Carbonel y Leonardo García Jaramillo (Eds.), *op. cit.*, pp. 249 y 250.

legislativas mayoritarias o unánimes, lesionar intereses o derechos de las minorías o de los individuos. La relación entre electores ganadores y electores perdedores, en el constitucionalismo se transforma en una relación entre mayorías y minorías, ambas poseedoras o titulares de derechos y capaces de combatir las exclusiones políticas y sociales. No obstante, advierte el autor, el neoconstitucionalismo abriga en su seno dos graves contradicciones: 1ª) legitima el poder del Estado y al mismo tiempo lo limita con los derechos fundamentales, relación o tensión que no puede resolverse en abstracto y menos aun con principios, entre ellos los de equidad, ponderación, buen derecho, etcétera. Más que tener una Constitución, se vive en Constitución; 2ª) los derechos se garantizan con las constituciones rígidas (difíciles de cambiar), dadas, en la mayoría de los casos, por los ancestros o *padres fundadores* (muertos), que han privado de intervención y de decisión a los presentes (vivos); o se participa en la creación de la Constitución o se tienen garantizados los derechos. Para intentar resolver ambas contradicciones internas del neoconstitucionalismo, Aguiló propone la formulación de un *desiderátum*, basado en el discurso deliberativo, argumentativo y justificativo que, junto con las conductas adecuadas, tienda a poner en práctica la Constitución, porque, enfatiza el profesor de la Universidad de Alicante, “El vehículo por medio del cual el (neo)constitucionalismo es posible no es otro que los llamados *acuerdos incompletamente teorizados* (que silencien aquello en lo que se esté en real y radical desacuerdo y expliciten aquello en lo que se esté de acuerdo)”.⁵

Manuel Atienza y Francisco Laporta consideran que los valores y los principios, fundamento del (neo)constitucionalismo, por no poseer la precisión de la ley y de las normas, propia del Estado Legal o Legislativo, podrían impedir a la persona saber a qué atenerse, conocer cuáles serían las consecuencias de su conducta, trazar planes, organizar racionalmente su vida, poniendo así, en riesgo el valor moral de su autonomía.⁶ Además, denuncia Atienza, el excesivo poder de los jueces es una amenaza para la democracia: “los señores del derecho no son ya los legisladores, los representantes de la voluntad popular, sino órganos que carecen de legitimidad democrática, puesto que los jueces son nombrados mediante procedimientos de cooptación”.⁷ No obstante sus dudas sobre la conveniencia del modelo (neo)constitucional, Atienza cede y admite estar de acuerdo con Ronald Dworkin, en cuanto estima que quien pretenda desenvolverse en el (neo)constitucionalismo bien lo puede hacer, siempre que no desprecie a las autoridades, a las reglas ni a la subsunción, sino que debe aceptarlas y trabajar con ellas, poniendo especial énfasis en buscar y lograr un ajuste que integre en un todo coherente la dimensión autoritativa (normativa, legalista) del derecho con el orden de valores contenido y expresado en los principios.⁸ En el mundo globalizado, concluye Atienza, como en el constitucionalismo, el derecho tiende a verse más que como un sistema o conjunto de normas, como una práctica,

⁵ *Ibidem*, pp. 251-258.

⁶ Francisco Laporta, *El imperio de la ley. Una visión actual*, Manuel Atienza, “Constitucionalismo, globalización y derecho”, en Miguel Carbonel y Leonardo García Jaramillo (Eds.), *op. cit.*, p. 266.

⁷ Manuel Atienza, *op. cit.*, pp. 226 y 267. (Este tema lo retomo en el apartado I.1).

⁸ Ronald Dworkin, *Law's Empire*, pp. 140-177.

un procedimiento o método para conciliar intereses, resolver conflictos, solucionar problemas, etcétera.

Desligar, de la manera radical que sugiere Ferrajoli, el discurso jurídico del discurso moral, es, me parece, un serio error y, además, un error que perjudica esencialmente al pensamiento de izquierda, empeñado en la transformación del mundo en un sentido más igualitario [...] el derecho (no cualquier derecho, sino un derecho imbuido de los valores del constitucionalismo) es, probablemente, uno de los instrumentos más potentes con los que cuentan para llevar a cabo la ingente tarea de *civilizar* el mundo.⁹

Una de las tesis que más distinguen al neoconstitucionalismo es la objeción contramayoritaria, consistente en los derechos de la minoría, de los no privilegiados, de quienes perdieron las elecciones, de los prácticamente no representados, de los menos favorecidos, de los parias, de los individuos que, no obstante, deben ser escuchados y respetados para que la democracia obtenga legitimación. Las auténticas democracias modernas dejan fuera del alcance (activo u omisivo) del Estado, así como de la decisión (u omisión) de la mayoría o mejor dicho, de la tiranía de la mayoría, un coto vedado, las cartas de triunfo, las inmunidades, los límites infranqueables, los derechos fundamentales, los derechos humanos, la esfera de lo indecible. Según Juan Carlos Bayón, para la existencia de una real democracia, neoconstitucionalista y/o John-rawlsiana, se requiere que se cumplan tres postulados: 1º) pie de igualdad (trato igual), 2º) procedimiento adecuado y 3º) resultados correctos.¹⁰

***Otra de las tesis
neoconstitucionalistas
centrales consiste en el control
judicial de la Constitución,
que faculta a los jueces para
dejar sin efecto las leyes (y los
actos administrativos).***

Otra de las tesis neoconstitucionalistas centrales consiste en el control judicial de la Constitución, que faculta a los jueces para dejar sin efecto las leyes (y los actos administrativos). Este punto es quizá el que más polémica ha causado. Veamos cómo, por qué y si es posible abonar para su superación.

¿Es aceptable, pregunta Víctor Ferreres Comella, en una democracia, someter al control judicial las leyes aprobadas por el Parlamento? ¿Hasta qué punto es legítima esta institución?¹¹

⁹ Manuel Atienza, *op. cit.*, pp. 280 y 281.

¹⁰ Juan Carlos Bayón, "Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo", en Miguel Carbonel y Leonardo García Jaramillo (Eds.), *op. cit.*, pp. 340-351.

¹¹ Víctor Ferreres Comella, "El control judicial de la constitucionalidad de la ley. El problema de su legitimidad democrática", en Miguel Carbonel y Leonardo García Jaramillo (Eds.), *op. cit.*, p. 356.

1ª. Sería aceptable, responde, si tuviéramos la seguridad de que el juez fuera a corregir errores del legislador, o a mejorar su obra, porque de ser así, no puede afirmarse que el trabajo del juez produce costes o daños a la democracia ni a la legislatura.

2ª. Es aceptable también cuando tenemos presente que el juez defiende la Constitución, que es la voluntad del pueblo, contra la ley, que es la voluntad de los representantes. La Constitución es jerárquicamente superior a la ley secundaria.

3ª. Es aceptable el control judicial, continúa, y siguiendo a Lawrence Sager, detalla: si tomamos en cuenta que la democracia tiene dos momentos, el electoral y el deliberativo, este último ante el juez y por medio de pretensiones (reclamos motivados y fundados), concederemos, continúa, que todo miembro de la sociedad tiene derecho, sin importar el número de votos que está detrás de él, ni la cantidad de dinero que puede utilizar en su favor, ni el grado de influencia que tenga en su comunidad, a exigir a quienes deliberan (a los jueces), que valoren su pretensión en sus propios méritos. Sager deja claro que los tribunales de justicia constituyen el mejor foro para la modalidad deliberativa, en la que cualquier persona puede acudir ante los tribunales, en ejercicio de su derecho a la acción procesal y plantear su pretensión constitucional, “aunque pertenezca a un grupo generalmente despreciado”.¹² “Lo que importa es la fuerza de su argumento a los ojos de los jueces”,¹³ quienes tienen el deber, en su caso, de brindarle el amparo y la protección constitucionales que merece, además de que, en caso de resultar improcedente su acción, el inconforme “tiene derecho a obtener una motivación (y una fundamentación) de por qué se considera infundada su pretensión”.¹⁴

Como la Constitución, concluye Ferreres, tiene la función de enunciar principios básicos de justicia que tienen un amplio consenso social, estableciendo un sistema de restricciones para la interpretación (y la aplicación) de esos principios, como lo es el control judicial de la ley, que por “el mayor tiempo y aislamiento de que disponen los jueces para la reflexión, el carácter especializado de su función y la cultura de los principios que está asociada a sus decisiones, constituyen elementos clave dentro del paquete normativo que puede justificar el establecimiento de un sistema de control judicial de constitucionalidad en materia de derechos”.¹⁵

Yo agregaría a las razones que proporciona Ferreres, la que aludiera al principal instrumento de que se valen los jueces para desempeñar su función, que es el procedimiento, cuya naturaleza, método, principios y dialéctica, garantizan, en grado más que suficiente, la certeza del resultado.

Sobre el tema del control judicial constitucional también Rodolfo Vázquez se pronuncia, exige de entrada, como requisito no dispensable y sólo para contar con un mínimo de objetividad, transparencia e imparcialidad; la independencia de los jueces. Después de una brillante y bien soportada exposición argumentativa y de-

¹² *Ibidem*, p. 366.

¹³ Lawrence Sager, *Justice in plainclothes. A theory of american constitutional practice*, p. 203.

¹⁴ *Idem*.

¹⁵ Víctor Ferreres Comella, *op. cit.*, pp. 376 y 377.

liberativa, Vázquez acepta el control judicial, con la condición de que los jueces realicen correctamente su trabajo, corrección que, siguiendo a Christian Courtis y a Robert Alexy, esboza con los elementos de transparencia y publicidad, calidad argumentativa, independencia de criterio, desarrollo de jurisprudencia sobre derechos fundamentales y sensatez; cualidades, advierte, que no deben verse opacadas por falta de fundamentación, sospecha de cercanía con los poderes políticos y notoriedad en la defensa de sus privilegios o de intereses corporativos.¹⁶ “Que los jueces pueden equivocarse, subraya Vázquez, no hay duda alguna, pero el efecto de un control judicial de índole procedimental consiste en promover las condiciones que otorgan valor epistémico al mismo proceso democrático”.¹⁷

Vázquez asegura que es posible conciliar el control judicial de la constitucionalidad y la representación democrática (que inviste a la persona de los legisladores —diputados y senadores— y de los titulares del Ejecutivo —gobernadores y presidentes—, elegidos por el voto popular), para demostrarlo se adhiere a la tesis que sobre el particular ha postulado Alexy, en el sentido de que es necesario analizar el concepto de representación argumentativa en el marco del constitucionalismo discursivo, que comienza con el tema de los derechos fundamentales y continúa con los de la ponderación, el discurso y el control de la constitucionalidad. Haciendo ver que los auténticos modelos democráticos cuentan con dos características: la decisionista, expresada a través de las campañas, las jornadas electorales y los votos, y la deliberativa, que se manifiesta en la deliberación y la argumentación que tienen lugar en los procesos judiciales. En ambas características esenciales de la democracia, la parlamentaria y la judicial se encuentra presente el pueblo.¹⁸ El proceso deliberativo y argumentativo del pueblo ante su juez, no es cualquier proceso, ataja Rodolfo Vázquez, quien para orientarnos sobre las características que debe reunir ese proceso judicial, recurre a dos condiciones básicas que ha formulado Alexi:

(1) la existencia de argumentos correctos y razonables y (2) la existencia de personas racionales que estén dispuestas y sean capaces de aceptar argumentos correctos y razonables, por la mera razón de que son correctos y razonables [...]. Si existen los argumentos correctos y razonables, así como, también, personas racionales, la razón y la corrección estarán mejor institucionalizadas mediante el control de constitucionalidad que sin dicho control.¹⁹

De tal manera que la decisión y la deliberación serían (ambas y cada una) partes sustanciales de la democracia.

¹⁶ Rodolfo Vázquez, “Justicia constitucional y democracia: la independencia judicial y el argumento contramayoritario”, en Miguel Carbonel y Leonardo García Jaramillo (Eds.), *op. cit.*, pp. 386-400.

¹⁷ *Ibidem*, p. 395.

¹⁸ *Ibidem*, p. 399.

¹⁹ Robert Alexy, *Ponderación, control de constitucionalidad y representación*, pp. 89 y ss.

Lo anterior estaría respaldado por la teoría de Carlos Nino, quien, según Gargarella, sostenía que la democracia deliberativa contenía dos promesas básicas: favorecer la inclusión social (referida a su aspecto democrático) y alentar entre sus miembros un genuino intercambio de argumentos (referida a su aspecto deliberativo). En efecto, señala Gargarella, entre las principales aspiraciones de una democracia deliberativa figuran la de que todos los individuos potencialmente afectados por el proceso de toma de decisiones participen en él, “y la de que dicha toma de decisiones gire en torno a un robusto proceso de discusión pública en donde cada una de las propuestas que se consideren aparezca fundada en razones que todos los demás puedan revisar y desafiar de un modo apropiado”.²⁰ Ese modo apropiado para revisar, desafiar, confirmar o, en su caso, anular las razones y las decisiones del Estado y de la mayoría, sería ejercitando la acción procesal ante el juez, quien estaría obligado a atender y resolver correctamente nuestra pretensión de invalidar una ley o un acto del Ejecutivo, que consideramos que viola la Constitución, porque vulnera indebidamente nuestros derechos fundamentales.

A fin de estar en mejores condiciones para responder la pregunta que formuló Ferreres, sobre si es aceptable, en una democracia, que los jueces ejerzan el control de las leyes (y de los actos administrativos), considero que es conveniente repensar la función judicial, y con ella la competencia, la acción, la pretensión, la prueba, la sentencia, la impugnación, el procedimiento y los principios procesales; estudio que nos permitirá conocer más de cerca la labor del juez, contestar a Ferreres y tratar de contrarrestar los serios cuestionamientos que al control judicial hacen algunos de sus más enconados opositores.

1.1 Respuesta a las objeciones al control judicial sobre la ley

Después de haber expuesto a grandes rasgos las principales tesis neoconstitucionalistas, paso a responder algunas de las oposiciones a que los jueces ejerzan el control constitucional sobre la ley y el acto administrativo.

Alexander Bickel recrimina:

La dificultad radical es que el control judicial de constitucionalidad es una fuerza contramayoritaria [...] cuando la Suprema Corte declara inconstitucional una sanción legislativa o una acción de un ejecutivo electo, ella tuerce la voluntad de los representantes del pueblo real de aquí y ahora [...] El control judicial pertenece del todo a una pecera diferente de la democracia, y esa es la razón de que se pueda hacer la acusación de que el control judicial es antidemocrático.²¹

²⁰ Roberto Gargarella, “Una disputa imaginaria sobre el control judicial de las leyes. El constitucionalismo popular frente a la teoría de Nino”, en Miguel Carbonel y Leonardo García Jaramillo (Eds.), *op. cit.*, pp. 403 y 404.

²¹ Alexander Bickel, *The least dangerous branch. The supreme court and the bar of politics*, pp. 16 y ss.

En realidad, cuando un tribunal declara inconstitucional una ley o un acto administrativo, es porque, de conformidad con las reglas del procedimiento, que ha llevado siglos conformar, esa ley o acto ha resultado contrario a la Constitución, verdad o sentencia que cuenta con la presunción, que le reconoce la misma ley secundaria, de haberse dictado correctamente.²² La verdad de los jueces, dice Habermas, es una de las más confiables, por el alto grado de racionalidad con que se desarrolla el procedimiento en que se obtiene.²³ La sentencia contradice la voluntad de los legisladores secundarios, pero endereza las cosas según el mandato del legislador primario, hacedor de la Constitución, quien recogió la voluntad del pueblo directamente. El control judicial, como la función legislativa, según dejaron claro Lawrence Sager y Víctor Ferreres Comella,²⁴ es parte esencial de la democracia.

Genaro Carrió se pregunta

¿Cómo es posible que una ley sancionada tras amplio debate por los representantes del pueblo democráticamente elegidos, quede sometida o supeditada, en cuanto a su validez constitucional, al criterio de los integrantes de un grupo aislado, no elegidos por procedimientos suficientemente democráticos, no controlados en su actuación por los representantes del pueblo y, en la práctica institucional efectiva, no responsables ante ellos?²⁵

Ese supuesto amplio debate parlamentario es en muchas ocasiones la imposición despótica de la fracción mayoritaria sobre las minoritarias, quienes, en lugar de elaborar estrategias provechosas desde su posición, pierden la oportunidad, el tiempo y su representación, recriminando a la mayoría y curándose en salud, con el argumento de que si nada llegan a conseguir se deberá a que fueron *mayoriteados*. El debate

²² “Toda sentencia tiene a su favor la presunción de haberse pronunciado según la forma prescrita por el derecho, con conocimiento de causa y por juez legítimo con jurisdicción para darla”. Artículo 91 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

²³ “En este caso el procedimiento jurídico viene a toparse con un procedimiento de tipo completamente distinto, a saber, con procesos de argumentación que obedecen a su propia lógica. Recurriendo al modelo de los procedimientos judiciales habremos de aclarar todavía cómo el conjunto de normas procedimentales posibilitan e institucionalizan discursos de aplicación, pero sin poder normar la argumentación como tal. Deciden, protegen y estructuran los ámbitos y espacios en los que han de producirse argumentaciones. La práctica de las decisiones judiciales ofrece, en virtud de su racionalidad comparativamente alta, el caso mejor analizado de una interpretación de dos tipos de procedimiento, del entrelazamiento de un procedimiento jurídico institucionalizador con un proceso de argumentación que en su estructura interna escapa a la institucionalización jurídica [...] la obligatoriedad social que el código jurídico presta a un resultado obtenido de conformidad con el procedimiento viene a sustituir a la racionalidad procedimental sólo inmanente, es decir, asegurada por la forma de la argumentación. La institucionalización jurídica tiene también el sentido de injertar a los discursos y a su racionalidad procedimental imperfecta una, como dice Rawls, justicia procedimental cuasi-pura. Por esta vía no queda detenida la lógica de la argumentación, sino puesta al servicio de la producción de decisiones con fuerza jurídica”. Jürgen Habermas, *Facticidad y validez de las ciencias sociales. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, pp. 246 y 247.

²⁴ Apartado I de este artículo.

²⁵ Genaro Carrió, “Una defensa condicionada de la *Judicial Review*”, en *Fundamentos y alcances del control judicial de la constitucionalidad*, p. 149.

parlamentario en realidad es negociación de condiciones que sólo favorecerán intereses oligárquicos y corporativos nacionales y extranjeros; componendas entre líderes y partidos políticos corruptos para que se dejen de investigar denuncias por los delitos de fraude, abuso de autoridad, tráfico de influencia, peculado, evasión de impuestos, genocidio, trata de personas, desvío de fondos y enriquecimiento ilegítimo, entre muchos otros, imputados a legisladores, gobernadores, presidentes, en activo, receso o retiro, o a sus familiares. Ese *carpetazo* a las investigaciones es a cambio de votos, discursos y silencios parlamentarios. *El amplio debate parlamentario* no es más que una simulación, una ilusión, la oportunidad para hacerse ilegítimamente de recursos públicos.²⁶ La queja de Carrió es igualmente injustificada en lo que se refiere a que la declaración de inconstitucionalidad se debe al criterio de los integrantes de un grupo aislado, porque: 1º) la declaración de inconstitucionalidad no se debe al criterio del juez, es el resultado de un procedimiento racional, equitativo, ordenado, dialéctico, controlado, sancionado y aprobado por el propio legislador secundario, en las leyes procesales; 2º) los jueces no son un grupo aislado, son integrantes de uno de los poderes constituidos por el pueblo, que además están atendiendo y resolviendo la queja legítimamente planteada por otro miembro social, y 3º) los jueces sí son responsables efectiva y directamente ante el pueblo, quien, en su caso, puede hacer uso de los medios de impugnación, supervisión jerárquica, acción procesal y denuncia, todo para exigirles y hacerles efectivas las consecuencias por la responsabilidad civil, penal y oficial en que hubieren incurrido.

Ese carpetazo a las investigaciones es a cambio de votos, discursos y silencios parlamentarios. El amplio debate parlamentario no es más que una simulación, una ilusión, la oportunidad para hacerse ilegítimamente de recursos públicos.

La inconformidad de Carrió sólo es justificada en lo que toca a la falta de democracia en la designación de los jueces constitucionales, al menos en México.²⁷

1.2 La jurisprudencia

Las labores de los jueces constitucionales, concretamente sus resoluciones, van formando un acervo jurisprudencial que explicará su razón y orientará sus siguientes actuaciones. A este compendio de criterios o fuente jurídica, Gustavo Zagrebelsky lo considera “derecho viviente”, es decir, medio dispuesto a dar una respuesta inmediata a los justiciables, a guiar la función judicial, a informar de los principios

²⁶ V. el artículo de mi coautoría con la doctora María Elvira Buelna Serrano, “La Reforma Constitucional de Seguridad y Justicia, viola los derechos humanos”, *Alegatos*, núm. 85.

²⁷ Sobre este punto regresaré en el apartado III.1.

y valores, a fin de cumplir, dice Zagrebelsky, con los procedimientos y colmar las aspiraciones de la justicia (neo)constitucional.²⁸

Esa producción jurisprudencial en la que Zagrebelsky fija su atención, es precisamente uno de los aspectos que destaca Rodolfo Luis Vigo cuando, como veremos, decide caracterizar al movimiento neoconstitucionalista, constitucionalista o judicialista. A partir de la obra de Zagrebelsky, hace ver el contraste, por no decir la confrontación existente entre el principio y la regla, la Constitución y la ley, la jurisprudencia y la ciencia jurídica, el derecho viviente y el derecho inerte.²⁹ Quizá esté de más mencionar que el primer elemento de cada par lo adjudican, ambos intelectuales, al modelo neoconstitucionalista.

II. El Estado de derecho constitucional y El Estado de derecho legal

Es Rodolfo Vigo quien identifica al neoconstitucionalismo (o sólo constitucionalismo), con el Estado de Derecho Constitucional, mientras que al iuspositivismo lo designa como Estado de Derecho Legal, a éste lo ubica a partir del triunfo de la Revolución francesa y hasta la Segunda Guerra Mundial, en que, dice, entró en crisis. Con una visión contrastante desarrolla su estudio, hace su crítica y elabora sus propuestas; al efecto y sobre la postura neoconstitucionalista de Ferrajoli, hace notar que este autor renuncia a la epistemología kelseniana, así como a la iusfilosofía analítica italiana de la posguerra, proponiendo una ciencia jurídica funcional al paradigma constitucional, con un papel crítico y constructivo, descriptiva del ser del derecho y prescriptiva de su deber ser jurídico, comprometiendo, dice Vigo, a los juristas a asumir la responsabilidad de resolver y colmar, respectivamente, las antinomias y lagunas jurídicas que llegaren a encontrar; presenta (Ferrajoli) una nueva noción de validez para las normas, no circunscrita a análisis meramente formales, sino interesada por la coherencia de sus contenidos con los principios constitucionales; su definición de los derechos fundamentales en la que aparecen la forma universal de imputación y el carácter indisponible e inalienable; su teoría de la justicia avocada al fundamento axiológico de los derechos fundamentales que identifican cuatro criterios: igualdad, democracia, paz y ley del más débil; y los derechos fundamentales como límite a lo decidible por la mayoría y aun por la unanimidad.³⁰

Las tesis de Ferrajoli recuerdan las del denominado *futurismo italiano*³¹ que inspiró sus letras, su pintura, su escultura, su diseño, su arquitectura, su ciencia y su política, sobre todo antes de la Segunda Gran Guerra. Ferrajoli es uno de los prin-

²⁸ Gustavo Zagrebelsky, “Realismo y concreción en el control de constitucionalidad. El caso de Italia”, en Miguel Carbonel y Leonardo García Jaramillo (Eds.), *op. cit.*, pp. 439 y 440.

²⁹ Rodolfo Luis Vigo, *Constitucionalización y judicialización del derecho. Del Estado de derecho legal al Estado de derecho constitucional*, p. 37.

³⁰ *Ibidem*, p. 36.

³¹ Guggenheim Museum, Nueva York, agosto 2014. **Combinación de elementos varios para dar la impresión de movimiento, fuerza, ímpetu, dinamismo, que van al encuentro del futuro.**

cipales teóricos del neoconstitucionalismo, aunque él mismo se ha definido como iuspositivista crítico.³²

Ronald Dworkin, asienta Vigo, reconoce que en el derecho están los principios, que pueden ser definidos como exigencias de justicia, equidad o de otra dimensión de la moral y ser asimilados a los derechos individuales; que es en extremo difícil hallar la única respuesta correcta para cada caso jurídico; que es a los jueces a quienes corresponde elaborar argumentos principialistas, posibilitando así que los derechos individuales triunfen cuando compitan con el Estado y los intereses comunitarios; que es imprescindible una lectura moral de la Constitución.³³

Carlos Nino criticó duramente los modelos epistemológicos carentes de valores y contrarios a concretar propuestas superadoras de *lege ferenda*, como los de Kelsen, Ross y Bulygin-Alchourron; sostuvo que la justificación jurídica no es autosuficiente por lo que requiere abrirse a la justificación moral; declaró que los derechos humanos como derechos morales remiten en su justificación a los principios morales de autonomía de la persona, de la inviolabilidad de la persona, así como a la dignidad personal; marcó distancia entre el escepticismo ético y la democracia: “que no haya una verdad moral objetiva [...] excluye la justificación de la democracia, o de cualquier otro arreglo social”,³⁴ admitió el control judicial de constitucionalidad de las leyes señaladas como violatorias de los presupuestos de la democracia, de las leyes fundadas en razones perfeccionistas y de las leyes que afectan negativamente la preservación de la práctica jurídica moralmente aceptada.³⁵

Robert Alexy sugirió que entre el constitucionalismo y el legalismo, sería preferible un constitucionalismo moderado; denunció la presencia, en el derecho, de los principios, a los que asimiló con los valores, identificando en estos últimos un contenido moral y una forma jurídica; encontró que el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico y moral, que la aplicación del derecho debe estar guiada por la mejor respuesta correcta para cada caso como idea regulativa y que la injusticia extrema limita y aun excluye la existencia del derecho.³⁶

Alexy defiende la ponderación y manifiesta su desacuerdo con Habermas, quien advierte que el juicio ponderativo es menos racional que el juicio subsuntivo. A pesar de que Alexy propone, desarrolla y explica un método para la ponderación, sin pretenderlo, también demuestra que la subjetividad y la arbitrariedad son mayores en la ponderación que en la subsunción,³⁷ con lo que estaría dando la razón a Jürgen Habermas.

³² Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, pp. 875 y ss.

³³ Rodolfo Luis Vigo, *op. cit.*, pp. 36 y 37.

³⁴ Carlos Nino, “La concepción de Alf Ross sobre los juicios de justicia”, *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, núm 3, p. 174.

³⁵ Rodolfo Luis Vigo, *op. cit.*, p. 292.

³⁶ *Ibidem*, pp. 35 y 36.

³⁷ Robert Alexy, “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, en Miguel Carbonel y Leonardo García Jaramillo (Eds.), *op. cit.*, pp. 109-116.

Vigo, basándose en los trabajos de Robert Alexy, Luigi Ferrajoli, Ronald Dworkin, Gustavo Zagrebelsky y Carlos Nino, que confronta con las obras de Savigny, Hans Kelsen, Hart, Habermas y Bulygin, realiza una semblanza del (neoconstitucionalismo), en el cual aprecia que: *a)* el derecho ha dejado de ser un conjunto sistemático de normas autoritativas para incluir valores y principios, *b)* en la epistemología jurídica ya no se pretende un saber meramente descriptivo y sistematizador, sino que se exige prescripción y valoración, *c)* “la aplicación deja de asimilarse a decisión irracional y volitiva como en Kelsen”,³⁸ o de fácil y silogístico desentrañamiento de la solución contenida en la norma, para reclamar de la razón práctica ponderaciones y argumentos que la validen o justifiquen, *d)* el derecho se judicializa, *e)* la validez de las normas se amplía a los contenidos, especialmente constitucionales, potenciando la jurisdicción, *f)* se reconoce una juridicidad indisponible o limitante del derecho que ponen las autoridades (y de las decisiones y omisiones de la mayoría), *g)* la distinción tajante entre derecho y moral se fractura, y el jurista debe enfrentar exigencias de moral crítica o racional.³⁹ “En el Estado de Derecho Constitucional no sólo importa reconocer derechos, sino preocuparse para que se tornen operativos, y aquí el acceso a la justicia se torna una pieza decisiva”,⁴⁰ *h)* la Constitución deja de ser un programa político dirigido al legislador y se convierte en una fuente del derecho en la que se pueden encontrar las respuestas jurídicas que requieren los problemas de esa naturaleza,⁴¹ *i)* la Constitución en su totalidad se convierte en una norma jurídica eficaz, *j)* se establecen controles judiciales de constitucionalidad.⁴²

Son obvias las razones por las que en el análisis incluí a la Constitución, en lo que toca a la reforma sobre derechos humanos y amparo, consisten en que, como vimos, los derechos fundamentales son la preocupación sustantiva del modelo neoconstitucionalista.

III. El caso mexicano

Analicemos ahora el ordenamiento jurídico mexicano, particularmente su Constitución y las reformas que se realizaron a la misma en materia de derechos fundamentales y del juicio de amparo en el año 2011. Intentaré localizar en ellas los aspectos del neoconstitucionalismo. Son obvias las razones por las que en el análisis incluí a la Constitución, en lo que toca a la reforma sobre derechos humanos y ampa-

³⁸ Rodolfo Luis Vigo, *op. cit.*, p. 38.

³⁹ *Idem.*

⁴⁰ *Ibidem.*, p. 19.

⁴¹ *Ibidem.*, p. 256.

⁴² *Idem.*

ro, consisten en que, como vimos, los derechos fundamentales son la preocupación sustantiva del modelo neoconstitucionalista, mientras que el juicio de amparo es el procedimiento judicial, o recurso eficaz por el que se garantiza, en México, esa sustancia.

III.1 La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917⁴³

Con el título de garantías individuales,⁴⁴ protegió los derechos subjetivos públicos, incluyendo la mayoría de los que hoy se conocen como fundamentales, humanos, personales, etcétera. Al mismo tiempo creó tribunales encargados de defender esos derechos y a la Constitución toda, lo harían por medio del juicio de amparo, recurso eficaz o garantía que estableció en sus artículos 103 y 107. Sentó las bases para la independencia e inamovilidad de los jueces, exigiendo a éstos preparación profesional universitaria; enarbó los principios del debido proceso en sus artículos 14 y 16, ordenando que nadie (ni individuos, ni minorías, ni mayorías) fuera privado de sus derechos, si antes no había sido vencido en un juicio en el que se hubieran respetado las formalidades esenciales del procedimiento. Ordenó a todos los tribunales estar expeditos para administrar justicia (Art. 17), conforme a la letra o a la interpretación de la ley, y, en defecto de éstas, fundándose en los principios generales del derecho (Art. 14). Dispuso que los ministros de la Suprema Corte dejaran de ser elegidos por voto popular (como venía sucediendo), y fueran nombrados por el Poder Legislativo.⁴⁵

Como puede verse, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a principios del siglo XX, aproximadamente treinta años antes de que concluyera la Segunda Guerra Mundial, ya contaba con casi todos los aspectos del modelo neoconstitucionalista, destacados por Alexy, Ferrajoli, Nino, Dworkin, Zagreblesky, Pozzolo, Vigo y Miguel Carbonell, quien ha declarado:

Es obvio que ya existían textos con mandatos constitucionales sustantivos desde principios del siglo XX, por ejemplo la Constitución mexicana de 1917 o la alemana de Weimar de 1919 [...] pero lo que resulta interesante del cuadro neoconstitucional es el conjunto, la combinación de los tres elementos que he mencionado (textos constitucionales, prácticas jurisprudenciales y desarrollos teóricos que se ocupan de él).⁴⁶

El único elemento de la Constitución mexicana de 1917, que parece haberse distanciado del modelo neoconstitucionalista, es el relativo a la designación de los jueces que

⁴³ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 5 de febrero de 1917. [Web en línea].

⁴⁴ De los artículos 1 al 29 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

⁴⁵ Los designaría el Congreso de la Unión, a propuesta de las legislaturas estatales. Esa disposición se modificó en el período presidencial (1924-1928) de Plutarco Elías Calles (titular del Poder Ejecutivo), estableciéndose que la propuesta la haría el titular del Poder Ejecutivo, que es como actualmente se realiza.

⁴⁶ Miguel Carbonell, “El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis”, Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo (Eds.), *op. cit.*, p. 158.

ejercerían el control constitucional, específicamente en el caso de los miembros (hoy ministros), de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que antes de la Constitución eran elegidos por voto popular y que a partir de la promulgación del texto constitucional de 1917 comenzaron a ser propuestos y designados por los otros dos poderes. Esa cuestión de la designación de los jueces constitucionales, sobre todo cuando no son elegidos por voto popular, es un punto que preocupa al neoconstitucionalismo, del que sospecha el iuspositivismo y del que desconfía toda corriente jurídica seria. Se duda, con razón, de la imparcialidad de los jueces que son designados por la contraparte del pueblo, se cuestiona su legitimación, incluso su competencia para, con base en su interpretación de la Constitución, anular las leyes, los actos del Poder Ejecutivo, las propias decisiones del Poder Judicial y los derechos humanos.

Esta Constitución, las Leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella, y todos los tratados hechos y que se hicieren por el Presidente de la República, con aprobación del Congreso, serán la ley suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, Leyes y Tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones o leyes de los Estados.⁴⁷

De esa manera disponía la Constitución mexicana de 1917, el control absoluto que ejercería, como ley suprema, sobre todos los ámbitos de la vida nacional. Al parecer fue más allá de la *irradiación* a que se refieren los neoconstitucionalistas expuestos en líneas anteriores. Supremacía constitucional que es un riesgo para la democracia y los derechos humanos, en virtud de que favorece el absolutismo y la tiranía, como veremos en el apartado III.3.

III.2 La Reforma Constitucional en materia de derechos humanos de 2011

La Cámara de Diputados, en su carácter de cámara de origen, el 23 de abril de 2009, aprobó por unanimidad el dictamen de proyecto de decreto para modificar la denominación del Capítulo I y diversos artículos de la Constitución. El 8 de abril de 2010, el Senado aprobó con modificaciones el dictamen de los artículos 1º, 11º, 33º, 89º y 102, e incorporó reformas a los artículos 3º, 15º, 18º, 29º, 97º y 105 constitucionales. La Cámara de Diputados, el 15 de diciembre de 2010, aprobó con modificaciones el proyecto de reforma constitucional en materia de derechos humanos y lo remitió a la Cámara de Senadores, donde, el 8 de marzo de 2011, se aprobó el proyecto, habiéndose publicado el dictamen el día siguiente. El proyecto fue devuelto a la Cámara de Diputados, donde fue aprobado el 23 de marzo de 2011. La Cámara de Senadores, como cámara revisora, envió la reforma a las legislaturas estatales, concluyendo el proceso el 1 de junio de 2011, con veintiún votos aprobatorios y uno en contra por parte de las legislaturas de los estados.⁴⁸ El concepto individuo fue sustituido por el

⁴⁷ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Artículo 133.

⁴⁸ La Reforma Constitucional en Materia de Derechos Humanos fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 10 de junio de 2011.

de persona, a los derechos humanos reconocidos por el texto de la Constitución se sumaron los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales suscritos y ratificados por nuestro país, es decir, se aceptaron como propios los derechos humanos que se encuentran en tratados celebrados y reconocidos por México, aunque no se hayan incorporado (armonizado) a los instrumentos jurídicos nacionales;

[...] quedó prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.⁴⁹

Se modificaron las reglas para la obtención de asilo por persecución política y refugio por razones humanitarias; se dispuso que los derechos humanos sean el eje rector de la educación, el sistema penitenciario, la política interior y exterior, la vida nacional; se concedió audiencia a los extranjeros a quienes se pretenda expulsar del territorio nacional; se ordenó el fortalecimiento de los organismos públicos de derechos humanos, transfiriendo a la Comisión Nacional de Derechos Humanos la facultad de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para investigar violaciones graves a los derechos humanos; se mandó el mejoramiento del sistema de control abstracto de la constitucionalidad (amparo, controversias constitucionales, contradicción de tesis); todas las autoridades, en su respectivo ámbito, ordenó la Constitución, están obligadas a promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, según los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad; se estableció un ámbito más estricto para la figura del estado de excepción, así que

[...] no podrá restringirse ni suspenderse el ejercicio de los derechos a la no discriminación, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la protección a la familia, al nombre, a la nacionalidad; los derechos de la niñez; los derechos políticos; las libertades de pensamiento, conciencia y de profesar creencia religiosa alguna; el principio de legalidad y retroactividad; la prohibición de la pena de muerte; la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; la prohibición de la desaparición forzada y la tortura; ni las garantías judiciales (procesales) indispensables para la protección de tales derechos.⁵⁰

Es evidente la disposición de la reforma constitucional en análisis, de hacer de los derechos humanos más que una política pública, en virtud de que ordena a todas las autoridades que, en el ámbito de su respectiva competencia, los promuevan, respeten, protejan y garanticen.

No considero exagerado el afirmar que, porque así lo dispone la Constitución, la vida nacional debe ser en función de los derechos humanos, circunstancia que

⁴⁹ CPEUM, Art. 1º.

⁵⁰ *Ibidem*, Art. 29.

colma una de las principales tesis del neoconstitucionalismo, consistente en la necesidad de reconocer la suprema importancia de los derechos humanos (elemento sustantivo).

Esos derechos fundamentales, dice la teoría neoconstitucionalista, además deben ser garantizados con los recursos más eficaces (elemento adjetivo).

Hemos visto que la Constitución mexicana, desde su texto original ha considerado los derechos humanos (garantías individuales) como uno de los bienes más valiosos de nuestra sociedad, valía que vino a acrecentar la Reforma Constitucional sobre Derechos Humanos de 2011. Es clara la coincidencia de nuestra Constitución con el neoconstitucionalismo, en lo que a la importancia de los derechos humanos se refiere.

La segunda exigencia neoconstitucionalista, que es la que se refiere a los recursos eficaces que garanticen los derechos fundamentales, también la satisface nuestra ley suprema, lo consigue con el juicio de amparo que instituyó desde 1917, según vimos en el apartado III.1., juicio constitucional que se fortalece en los años 2011 y 2013, como veremos en los apartados que siguen.

No considero exagerado el afirmar que, porque así lo dispone la Constitución, la vida nacional debe ser en función de los derechos humanos, circunstancia que colma una de las principales tesis del neoconstitucionalismo.

III.3 La Reforma Constitucional en materia de amparo de 2011

En el año 2011 también se reformaron los artículos 103 y 107 de la Constitución mexicana, dispositivos que contienen los principios sustantivos y adjetivos de la materia de amparo, cuya misión, recordemos: es proteger los derechos humanos en México. La Ley de Amparo, reglamentaria de dichos artículos, entró en vigor el día 3 de abril de 2013, al ser publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del día anterior.

Del propio texto constitucional reformado lo que más se identifica con los postulados neoconstitucionales, es lo relativo a la personalidad de la parte quejosa y a los efectos de la ejecutoria de amparo; a la declaratoria general de inconstitucionalidad, por la que se ejerce el control sobre la ley y la orden de no reiteración del acto administrativo; a la operación intelectual de ponderación que, en lugar de la de subsunción, al acordar y resolver, ahora debe realizar el órgano jurisdiccional de amparo; a la apariencia del buen derecho; al privilegio del fondo sobre la forma; a la autorización de suspender el acto reclamado aún en contra del orden público y del interés social; entre otras cosas que, para mayor claridad, también iremos señalando en forma precisa con la mención de la parte específica de la ley reformada en donde coincide con las tesis neoconstitucionalistas. Los principios de las reformas se enarbolaron en los artículos 103 y 107 de la Constitución y se desarrollaron a lo largo de la Ley de Amparo. Pasemos a ver cómo es eso.

El juicio de amparo protege los derechos humanos y sus garantías, reconocidos y otorgadas, respectivamente, por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los tratados internacionales de los que el Estado mexicano es parte, contra las violaciones por normas generales, actos u omisiones de autoridad o particular actuando en carácter de aquélla. Art. 1º de la Ley de Amparo.⁵¹

El juicio de amparo se tramitará en vía directa o indirecta. Se substanciará y resolverá de acuerdo con las formas y procedimientos que establece esta ley.

A falta de disposición expresa se aplicará en forma supletoria el Código Federal de Procedimientos Civiles y, en su defecto, los principios generales del derecho. Art. 2º L.A.

Es significativa la inclusión de los principios generales del derecho como fuente para la tramitación y resolución del juicio de amparo, hecho que enlaza al amparo con el neoconstitucionalismo; la incorporación resulta más significativa si tomamos en cuenta que el Poder Judicial de la Federación, que es quien tramita y resuelve los amparos, siempre se había negado a considerar y aplicar, como fuente del derecho, sus principios generales.

El juicio de amparo podrá promoverse por dos o más quejosos cuando resientan una afectación común a sus derechos o intereses. Art. 5º.

Se acepta la personalidad colectiva del quejoso, es decir, el litisconsorcio activo.

Cualquier persona moral pública podrá solicitar amparo, exenta de prestar garantías, cuando se afecte su patrimonio respecto de relaciones jurídicas en las que se encuentre en un plano de igualdad con los particulares. Art. 7º.

Aquí se *treparon* los partidos políticos para defender sus intereses pecuniarios en la vía del amparo, que aunque es para la defensa de derechos humanos, no habría visto la luz si el reclamo de los grupos políticos no se hubiera satisfecho.

Cuando se trate de actos que importan peligro de privación de la vida, ataques a la libertad personal fuera de procedimiento, incomunicación, deportación o expulsión, proscripción o destierro, extradición, desaparición forzada de personas o alguno de los prohibidos por el artículo 22 de la CPEUM, así como la incorporación forzosa al Ejército, Armada o Fuerza Aérea nacionales; operarán reglas especiales más favorables para el quejoso.

Cuando se trate de una posible desaparición forzada de persona, el juez de distrito tendrá un término no mayor de 24 horas para dar trámite al amparo, decretar la suspensión de los actos reclamados y requerir a las autoridades correspondientes toda la información que pueda conducir a la localización y liberación de la probable víctima.

Ninguna autoridad podrá determinar que transcurra plazo alguno para que comparezca el agraviado, ni podrán las autoridades negarse a practicar las dili-

⁵¹ En adelante, y buscando mayor claridad, escribiré en cursivas el contenido de la ley que específicamente se relaciona con los postulados del neoconstitucionalismo y a continuación, con letras normales, el resultado de mi análisis, señalando, siempre, la parte de la ley en donde aparece la tesis neoconstitucional.

gencias que de ellas se soliciten o sean ordenadas bajo el argumento de que existen plazos legales para considerar la desaparición de una persona. Art. 15. Los familiares de los estudiantes normalistas desaparecidos en Ayotzinapa, deben interponer el juicio de amparo para que todas las autoridades federales, estatales y municipales, así como la sociedad civil, en auxilio de aquéllas, busquen a los desaparecidos y rindan los informes que, para su localización, requiera el juez de amparo.

Se exige mayor intervención, compromiso y dinamismo del juez constitucional, sobre todo contra los delitos de trata y desaparición forzada de personas.

El juicio de amparo es improcedente:

1. *Contra adiciones o reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.* Art. 61, frac. I.

La anterior reforma es quizá la más oscura y contradictoria, no se encuentra en el texto constitucional, sí en su Ley Reglamentaria, el Congreso de la Unión la introdujo subrepticamente. Contradice casi todos los principios del neoconstitucionalismo, de la Constitución, de los Derechos Humanos y del Derecho mismo, es un ejemplo de compromiso y sumisión del Poder Legislativo frente al Poder Ejecutivo.

La Ley de Amparo, que se promulgó el día 2 de abril del año 2013, cuando ya se encontraba en funciones y preparando sus reformas constitucionales “estructurales” el actual titular del Poder Ejecutivo, cancela la posibilidad de defender los derechos fundamentales que se violen con esas reformas.

El Congreso de la Unión, como Legislador, se curó en salud, y para que el juicio de amparo no entorpeciera las reformas de la Constitución que se estaban preparando, reformó la Ley de Amparo disponiendo que el juicio de amparo sería improcedente contra las adiciones y las reformas a la Constitución, que él, junto con las legislaturas de los estados, estaban muy próximos a realizar.⁵²

Actitudes como las que asumió el Congreso de la Unión, al cancelar los recursos y las vías judiciales, nos conducen al absolutismo y a la tiranía de Estado, que son algunos de los riesgos de la democracia en los regímenes neoconstitucionalistas.

El juez de amparo deberá recabar oficiosamente las pruebas rendidas ante la responsable y las actuaciones que estime necesarias para la resolución del caso. Art. 75.

El órgano jurisdiccional deberá corregir los errores u omisiones que advierta en la cita de los preceptos constitucionales y legales que se estimen violados, y podrá examinar en su conjunto los conceptos de violación y los agravios, así como los demás razonamientos, a fin de resolver la cuestión efectivamente planteada. Art. 76.

La autoridad de amparo deberá suplir la deficiencia de los conceptos de violación o agravios:

- *En cualquier materia, cuando el acto reclamado se funde en normas generales que han sido consideradas inconstitucionales por la jurisprudencia de la*

⁵² En términos de lo dispuesto por el Artículo 135 de la CPEUM.

Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) y de los Plenos de Circuito.

- *En cualquier materia, a favor de quienes por sus condiciones de pobreza o marginación se encuentren en clara desventaja social para su defensa en el juicio.* Art. 79.

En los supuestos anteriores se exige al juez constitucional más compromiso, dinamismo y participación; condiciones que son plenamente coincidentes con las tesis del neoconstitucionalismo.

III.3.1 Los Procedimientos de Amparo

El amparo indirecto procede, entre otros casos, contra normas generales que por su sola entrada en vigor o con motivo del primer acto de su aplicación causen perjuicio al quejoso.

Entendiéndose por normas generales, entre otros, las leyes y los tratados internacionales aprobados en los términos previstos por la CPEUM, salvo aquellas disposiciones en que tales tratados reconozcan derechos humanos. Art. 107, frac. I. Constitucionalismo puro.

En los asuntos del orden administrativo, si el juez de amparo considera el acto reclamado falto o insuficiente de fundamentación y motivación, estimará que presenta un vicio de fondo que impide a la autoridad su reiteración. Art. 124, último párrafo.

Neoconstitucionalismo pleno. Control judicial que representa un serio riesgo para la división de poderes, en detrimento, concretamente, de la autoridad ejecutiva, mientras que la declaratoria general de inconstitucionalidad amenaza a la autoridad legislativa.

III.3.2. La Suspensión del Acto Reclamado

El órgano jurisdiccional podrá excepcionalmente conceder la suspensión, aún cuando se siga perjuicio al interés social y se contravengan disposiciones de orden público, si a su juicio con la negativa de la medida suspensiva pueda causarse mayor afectación al interés social. Art. 129, último párrafo.

Neoconstitucionalismo esencial. Como puede verse, la ley de amparo autoriza al juez a que sobre los derechos de la mayoría y del Gobierno, proteja los derechos humanos (coto vedado, objeción contra mayoritaria, cartas de triunfo).

El juez de amparo concederá o negará la suspensión, después de realizar un análisis ponderado de la apariencia del buen derecho y la no afectación del interés social.

Pleno neoconstitucionalismo, más procedimental que sustantivo. Como se recordará: la teoría neoconstitucional se opone a la mera operación subsuntiva, silogística, mecánica del juez iuspositivista y exige más espacio y consideración para la ponderación que incluya principios, valores y aspectos morales. Esa ponderación,

señalan, debe sopesar entre conceder o negar la suspensión, debe considerar los bienes y los principios afectados, para bien y para mal, los grados de la afectación, todo bajo el principio de la proporcionalidad, y, hasta entonces, decidir.

El órgano jurisdiccional de amparo procederá al estudio de los conceptos de violación atendiendo a su prelación lógica y privilegiando en todo caso el estudio de aquéllos que, de resultar fundados, redunden en el mayor beneficio para el quejoso. En todas las materias se privilegiará el estudio de los conceptos de violación de fondo por encima de los de procedimiento y forma, a menos que invertir el orden redunde en un mayor beneficio para el quejoso.

En los asuntos del orden penal, cuando se desprendan violaciones de fondo de las cuales pudiera derivarse la extinción de la acción persecutoria o la inocencia del quejoso, se le dará preferencia al estudio de aquéllas aún de oficio. Art. 189.

La anterior disposición: el fondo sobre la forma y sobre el procedimiento, es plenamente neoconstitucionalista. El órgano jurisdiccional de amparo, tiene la obligación de privilegiar el fondo, es decir, la justicia, por sobre la forma y el procedimiento.

Todas las autoridades que tengan o deban tener intervención en el cumplimiento de la sentencia, están obligadas a realizar, dentro del ámbito de su competencia, los actos necesarios para su eficaz cumplimiento y estarán sujetas a las mismas responsabilidades a que alude el Capítulo I del Título Tercero de la Ley de Amparo. Art. 197.

Si se tratare de la libertad personal, la que debiera restituirse al quejoso por virtud de la sentencia, el órgano jurisdiccional de amparo mandará poner al quejoso en libertad. Art. 211.

Imperio Constitucionalista.

III.3.3. La Jurisprudencia por Sustitución

Los magistrados y ministros, respectivamente, después de resolver un caso, podrán pedir a quienes hayan formado la jurisprudencia, que la sustituyan, expresando las razones que tuvieren. Art. 230, frac. III.

Operatividad neoconstitucional.

III.4.4. Declaratoria General de Inconstitucionalidad

Cuando las salas o el pleno de la SCJN, resuelvan la inconstitucionalidad de una norma general por segunda ocasión consecutiva lo informarán a la autoridad emisora de la norma.

Cuando en jurisprudencia por reiteración el pleno o las salas de la SCJN determinen la inconstitucionalidad de una norma general, se procederá a informar de ello a la autoridad emisora, quien tendrá 90 días naturales para superar la problemática: modificar o derogar la norma general; si en ese plazo no lo hace,

la SCJN, procederá a realizar una declaratoria general de inconstitucionalidad de esa norma general, requiriéndose para ello el voto de por lo menos ocho ministros. Art. 232.

Este punto ya lo traté extensamente en el apartado I.1, del control judicial que es una de las tesis más representativas del neoconstitucionalismo.

IV. Conclusiones

- 1^a. En el neoconstitucionalismo, la Constitución no deja de ser una ley.
- 2^a. La ponderación, propia del neoconstitucionalismo, reduce el nivel de racionalidad en comparación con la subsunción.
- 3^a. La Constitución mexicana de 1917, ya contenía los principales postulados del neoconstitucionalismo.
- 4^a. La Ley de Amparo es violatoria de la Constitución, en virtud de que impide defender los derechos humanos frente a las reformas constitucionales.
- 5^a. El tirano puede manipular la Constitución y en ella establecer reglas y principios, incluso una *moral*, todos antidemocráticos, ante los cuales el neoconstitucionalismo no tiene defensa, por su principio esencial consistente en que la Constitución es la ley máxima, medida de todo u origen irradiador.
- 6^a. El aforismo *lo que no está en el expediente no está en el mundo*, es rechazado por los judicialistas, quienes, sin embargo, enarbolan el de *lo que no está en la Constitución no está en el mundo*.
- 7^a. Para localizar a los estudiantes de Ayotzinapa desaparecidos forzosamente, debe entablarse el juicio dispuesto por el artículo 15 de la Ley de Amparo.

Fuentes de consulta

Bibliográficas

Aguiló Regla, Josep. “Sobre las contradicciones (tensiones) del constitucionalismo y las concepciones de la Constitución”. En Miguel Carbonel y Leonardo García Jaramillo (Eds.). *El canon neoconstitucional*. Madrid [España], Trotta, 2010 (Estructura y Procesos. Derecho).

Alexy, Robert. “Ponderación, control de constitucionalidad y representación”. En *Teoría del discurso y derechos constitucionales*. México, Fontamara, 2005 (Cátedra Ernesto Garzón Valdés 2004).

———. “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”. En Miguel Carbonel y Leonardo García Jaramillo (Eds.). *El canon neoconstitucional*. Madrid, Trotta, 2010 (Estructura y Procesos. Derecho).

- Atienza, Manuel. "Constitucionalismo, globalización y derecho". En Miguel Carbonel y Leonardo García Jaramillo (Eds.). *El canon neoconstitucional*. Madrid, Trotta, 2010 (Estructura y Procesos. Derecho).
- Bayón, Juan Carlos. "Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo". En Miguel Carbonel y Leonardo García Jaramillo (Eds.). *El canon neoconstitucional*. Madrid, Trotta, 2010, (Estructura y Procesos. Derecho).
- Bickel, Alexander. *The least dangerous branch. The supreme court and the bar of politics*. New Haven [Conn.], Yale University Press, 1962.
- Briseño Sierra, Humberto. *Derecho procesal*. México, Harla, 1995.
- Carbonell, Miguel. "El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis". En Miguel Carbonel y Leonardo García Jaramillo (Eds.). *El canon neoconstitucional*. Madrid, Trotta, 2010, (Estructura y Procesos. Derecho).
- _____. y Leonardo García Jaramillo (Eds.). *El canon neoconstitucional*. Madrid, Trotta, 2010, (Estructura y Procesos. Derecho).
- Carnelutti, Francesco. *Derecho procesal*. T. II. México, Cárdenas Editores, 1997.
- Carrió, Genaro. "Una defensa condicionada de la *Judicial Review*". En VV.AA. *Fundamentos y alcances del control judicial de la constitucionalidad*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1991.
- Couture, Eduardo Juan. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires [Argentina], Depalma, 1999.
- Devis Echandía, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*. T. I, 5ª. Ed. Buenos Aires, Víctor P. de Zavalía, 1998.
- Díaz de León, Marco Antonio. *Tratado de la prueba penal*. México, Porrúa, 2011.
- Dworkin, Ronald. *Law's empire*. Cambridge [Mass.], Harvard University Press, 1986.
- Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid, Trotta, 2004.
- Ferreres Comella, Victor. "El control judicial de la constitucionalidad de la ley. El problema de su legitimidad democrática". En Miguel Carbonel y Leonardo García Jaramillo (Eds.). *El canon neoconstitucional*. Madrid, Trotta, 2010, (Estructura y Procesos. Derecho).
- Gargarella, Roberto. "Una disputa imaginaria sobre el control judicial de las leyes. El constitucionalismo popular frente a la teoría de Nino". En Miguel Carbonel y Leonardo García Jaramillo (Eds.). *El canon neoconstitucional*. Madrid, Trotta, 2010, (Estructura y Procesos. Derecho).
- Habermas, Jürgen. *Facticidad y validez de las ciencias sociales. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Trad. e intr. Manuel Jiménez Redondo. Madrid, Trotta, 2007, (Estructuras y Procesos. Filosofía).
- Laporta, Francisco. *El Imperio de la Ley. Una visión actual*. Madrid, Trotta, 2007.
- Nino, Carlos. "La concepción de Alf Ross sobre los juicios de justicia". *Anuario de la Filosofía Jurídica y Social*. Núm. 3, Buenos Aires, 1983.
- Ovalle Favela, José. *Teoría general del proceso*. 4ª Ed. México, Oxford, 1996.
- Pozzolo, Susanna. "Reflexiones sobre la concepción neoconstitucionalista de la Constitución". En Miguel Carbonel y Leonardo García Jaramillo (Eds.). *El canon neoconstitucional*. Madrid, Trotta, 2010, (Estructura y Procesos. Derecho).

Sección Doctrina

- Sager, Lawrence. *Justice in plainclothes. A theory of american constitutional practice*. New Haven, Yale University Press, 2004.
- Santos Azuela, Héctor. *Teoría general del proceso*. México, McGraw-Hill, 2007.
- Vázquez, Rodolfo. “Justicia constitucional y democracia: la independencia judicial y el argumento contramayoritario”. En Miguel Carbonel y Leonardo García Jaramillo (Eds.). *El canon neoconstitucional*. Madrid, Trotta, 2010, (Estructura y Procesos. Derecho).
- Vigo, Rodolfo Luis. *Constitucionalización y judicialización del derecho. Del Estado de derecho legal al Estado de derecho constitucional*. México, Porrúa/Universidad Panamericana, 2013.
- Zagrebelsky, Gustavo. “Realismo y concreción en el control de constitucionalidad. El caso de Italia”. En Miguel Carbonel y Leonardo García Jaramillo (Eds.). *El canon neoconstitucional*. Madrid, Trotta, 2010, (Estructura y Procesos. Derecho).

Electrónicas

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Texto original, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 5 de febrero de 1917. [Documento en línea]. Disponible desde Internet en: <www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum/CPEUM_orig_05feb1917.pdf> [con acceso en jul-ag. del 2014].

Hemerográficas

- Alegatos*. Órgano de Difusión del Departamento de Derecho, Universidad Autónoma Metropolitana, Azcapotzalco, números 50, 58, 71, 77, 81, 82 y 85.
- Ars Iuris*. Revista del Instituto Panamericano de Jurisprudencia, Universidad Panamericana, números 40/2008, 41/2009, 42/2009 y 44/2010.
- Salcedo Flores, Antonio y María Elvira Buelna Serrano. “La Reforma Constitucional de Seguridad y Justicia, viola los Derechos Humanos”. *Alegatos*. Universidad Autónoma Metropolitana, Azcapotzalco, núm. 85, México, sept-dic., 2013.

Legislativas

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Código Nacional de Procedimientos Penales.