

CERTEZA Y JUSTICIA EN LA INAPLICACIÓN DE NORMAS EN EL CONTROL JUDICIAL.

CERTAINTY AND JUSTICE IN THE NON-APPLICATION OF NORMS IN JUDICIAL REVIEW.

CARLA HUERTA OCHOA¹

CÉSAR ALEJANDRO RINCÓN MAYORGA²

RESUMEN: El estudio sobre el control de constitucionalidad y convencionalidad de leyes que realizan los jueces constitucionales, así como los jueces ordinarios en el caso del control de convencionalidad, se realiza para reflexionar sobre un posible desfase entre justicia y certeza jurídica en la inaplicación de normas. La ausencia de una guía del ejercicio interpretativo que debe realizarse con motivo de esos medios de control da lugar a un amplio margen de discrecionalidad a los juzgadores, lo que incluso podría resultar en arbitrariedad. Los autores ejemplifican esto analizando dos casos en los que la Suprema Corte mexicana –como órgano de control de la constitucionalidad–, y un juez de lo civil de la Ciudad de México en un procedimiento ordinario, realizan el control de constitucionalidad y convencionalidad de leyes.

PALABRAS CLAVE: *Control judicial, control de constitucionalidad, control de convencionalidad, Constitución, Tratados Internacionales.*

¹ Licenciada en Derecho por el Instituto Tecnológico Autónomo de México; doctora en derecho por la Universidad Autónoma de Madrid. Actualmente es investigadora de tiempo completo del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Correo electrónico: chuerta@unam.mx ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7457-5822>

² Licenciado en Derecho por el Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, Campus Guadalajara; maestro en derecho por la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derechos de la UNAM; actualmente es alumno del doctorado en derecho en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Correo electrónico: cesar.rincon@rinconabogados.com ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5045-0091>

ABSTRACT: The authors study the judicial review of both the constitutionality and conventionality of laws performed by constitutional judges and ordinary ones —regarding judicial review of the conventionality of laws— to reflect upon a potential discrepancy between legal certainty and justice. The absence of a guide for judges of the interpretative exercise verified during judicial review allows a high degree of discretion; decisions made by judges during judicial review could therefore even be arbitrary. To exemplify this, the authors analyze two cases: one opinion by the Mexican Supreme Court, and a decision of a civil judge in Mexico City. In those cases, both de Court and the civil judge performed judicial review of constitutionality and conventionality of acts. Finally, the authors propose a solution for this problem.

KEYWORDS: *Judicial review, control of the constitutionality, control of the conventionality, Constitution, International Treaties.*

SUMARIO: I. Introducción, II. El control de constitucionalidad y convencionalidad, III. El control judicial en México, IV. Reflexión final y propuesta, V. Fuentes.

I. INTRODUCCIÓN

El control de la constitucionalidad o convencionalidad de leyes conlleva la posibilidad de que un órgano jurisdiccional pueda verificar su regularidad con la Constitución o con tratados internacionales respectivamente, y, en su caso, declarar su inconstitucionalidad e invalidez con efectos generales. Incluso en procedimientos ordinarios, aquellos en los que se resuelven conflictos jurídicos entre particulares, o entre éstos y la autoridad, los órganos jurisdiccionales pueden inaplicar leyes en el caso de que consideren que transgreden la Constitución o tratados.

En México, la interpretación que deben realizar tanto los jueces ordinarios, como los constitucionales al momento de ejercer el control de la constitucionalidad y convencionalidad de leyes no se en-

cuenta regulado. Así pues, el órgano juzgador (el juzgador) cuenta con amplia discrecionalidad al ejercer esa clase de control, pues se confía en que podrán separar sus convicciones personales y orientaciones políticas del caso en concreto sometido ante su jurisdicción. De modo que no se cuenta con lineamientos específicos en virtud de los cuales los juzgadores sepan de manera clara y precisa cuáles son los elementos que deben analizarse al momento de ejercer el control de la constitucionalidad de leyes. Por ello, es que se puede pensar que los litigantes no tienen certeza sobre las razones conforme a las cuales podría válidamente determinarse la inconstitucionalidad o inaplicación de un precepto legal.

La ausencia de estos lineamientos permite que el juez deje de considerar, o realice un análisis somero de la interpretación y análisis constitucional que el legislador ya hizo al momento de desarrollar los derechos y principios constitucionales en la ley sometida a control. En lugar de que el juzgador realice un análisis integrador de la interpretación constitucional efectuada por el legislador, éste podría considerar que la única interpretación válida de la Constitución es la que él efectúe, lo cual podría llegar a ser arbitrario.

A guisa de ejemplo, veremos un caso en el que un juez ordinario de la Ciudad de México ejerció el control de convencionalidad de un precepto del Código Procesal Civil de Ciudad de México sin considerar la razón de ser del artículo legal que se sometió a control. Asimismo, se analiza la resolución de la acción de inconstitucionalidad 62/2016 dictada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la que, en ejercicio de su competencia, modificó la interpretación del artículo 128, tercer párrafo, de la Ley de Amparo. En esta decisión, el Alto Tribunal realiza una interpretación superficial de los motivos e interpretación constitucional del legislador. Vemos, pues, que el riesgo al que aquí hacemos referencia no es meramente teórico, sino que ocurre en la realidad.

Por último, se hacen unas sugerencias para contribuir, si no a solucionar este problema, al menos a reducir el margen de discrecionalidad, para lo que se propone la conveniencia de adoptar algunos lineamientos por parte del propio poder judicial. Con tales lineamientos, consideramos que se fortalecería el derecho a la seguridad jurídica, ya que los litigantes podrían conocer de manera clara cuáles son los elementos mínimos que deben cumplirse para que la inconstitucionalidad o inaplicación de una ley sea declarada.

II. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD

El control de constitucionalidad y de convencionalidad son mecanismos jurídicos para garantizar la efectividad de la Constitución y proteger, tanto los principios que prevé, como los derechos y libertades fundamentales que reconoce a las personas. No obstante, se debe tener en cuenta que la interpretación constitucional a cargo del legislador al momento de legislar también es una forma de desarrollar los principios y derechos constitucionales.

Es por ello que consideramos oportuno abordar brevemente los fundamentos del control de constitucionalidad y de convencionalidad, así como los efectos que éstos tienen en el Estado constitucional de derecho.

1. FUNDAMENTOS DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD

El derecho puede ser concebido como un lenguaje especial de reglas de conducta con las que una comunidad pretende lograr ciertos fines en un espacio y tiempo determinados.³ Por consiguiente, las normas que integran un sistema jurídico específico son elaboradas para lograr los fines trazados para esa comunidad. Los objetivos

³ Carla Huerta Ochoa, *Conflictos normativos*, 2^a ed., Ciudad de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2012, p. 17.

establecidos en una Constitución son denominados por Loewenstein como “decisiones políticas fundamentales”. Éstas son determinantes para la conformación de la sociedad que opta por ellos no solamente en el momento en que se toman, sino también en el futuro,⁴ razón por la cual se incluyen en la norma suprema de un sistema jurídico. La constitucionalización de las decisiones relativas a la forma de Estado y de gobierno, así como sobre la protección de los derechos fundamentales sienta las bases del sistema jurídico. Los derechos fundamentales y los principios constitucionales rectores, en virtud de su naturaleza, suelen encontrarse en expresiones generales, vagas, elásticas e imprecisas.⁵ En su actuar, el Estado habrá de “adherirse” a tales principios,⁶ los cuales deben ser optimizados, ya que sus objetivos se deben cumplir en la mayor medida posible.⁷ Así, la Constitución se conforma por disposiciones específicas relativas a la integración de órganos de poder y su funcionamiento, así como por disposiciones generales, abstractas, y vagas.

Estrada, siguiendo las tesis del Tribunal Constitucional Alemán, menciona que los derechos y principios constitucionales conforman un “orden objetivo de valores” que irradia a todo el derecho, lo cual incluye al derecho civil y, en consecuencia, inciden en las relaciones entre particulares.⁸ Es por ello, que como señala Guastini, la Constitución puede ser aplicada, incluso en el caso de conflictos entre particulares, cuando no pueden ser resueltos por la ley o, en

⁴ Karl Loewenstein, *Teoría de la Constitución*, trad. de Alfredo Gallego Anabitarte, 2ª ed., Madrid, Ariel, 2018, p. 63.

⁵ Susana Pozzolo, “Un constitucionalismo ambiguo” trad. de Miguel Carbonell, en Miguel Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 3ª ed., Madrid, Editorial Trotta, 2006, p. 190.

⁶ Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, 10ª ed., Madrid, Editorial Trotta, 2011, p. 110.

⁷ Carla Huerta Ochoa, *op. cit.*, p. 71.

⁸ Alexei Julio Estrada, “Los tribunales constitucionales y la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales”, en Miguel Carbonell (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Editorial Trotta, 2007, p. 125.

los casos en que la respuesta legislativa se considere injusta.⁹ De ese modo, los principios y derechos constitucionales, tienen fuerza vinculante tanto para el actuar estatal como para los particulares.

La concretización de estos principios y derechos habrá de realizarse mediante su desarrollo legislativo y la aplicación de las normas jurídicas respectivas, por lo que corresponde al órgano legislativo competente, así como a los diversos operadores jurídicos —incluidos los jueces—, en el ámbito de sus competencias superar la indeterminación de los principios contenidos en la Constitución.¹⁰ Este desarrollo general llevado a cabo por el legislador, y específico por el juez, lleva a la construcción de los derechos y los principios constitucionales. Por lo que, siguiendo a Tushnet, se puede decir que la construcción del derecho constitucional en abstracto se realiza mediante el ejercicio regular de la actividad normativa de los poderes legislativo y ejecutivo; posteriormente, el judicial tomará parte en este proceso constructivo.¹¹

Según Webber, si se determina “adecuadamente” un principio constitucional, ya no habría necesidad de optimizarlo,¹² pues ya se habría concretado como regla y, por ende, se puede proceder a la subsunción. De cierta forma, la delimitación de los principios —que en general son vagos— concretizaría sus postulados. Así, una vez que los derechos están delimitados, pueden hacerse exigibles de una manera más clara frente a las personas que están obligados a su cumplimiento.¹³

⁹ Riccardo Guastini, “La constitucionalización del ordenamiento jurídico” trad. De José María Lujambio, en CARBONELL, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 3ª ed., Madrid, Editorial Trotta, 2006, p. 55.

¹⁰ Hans Kelsen, *La garantía jurisdiccional de la constitución (La justicia constitucional)*, trad. de Rolando Tamayo Salmorán, Ciudad de México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, pp. 77-79.

¹¹ Mark Tushnet, *Taking back the Constitution, activist judges and the next age of American Law*, New Haven, Yale University Press, 2020, pp. 26-27.

¹² Grégoire C. N. Webber, *The Negotiable Constitution on the Limitation of Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 117.

¹³ Grégoire C. N. Webber, *op. cit.*, pp. 131-133.

El cumplimiento de los objetivos planteados en las decisiones fundamentales se garantiza en opinión de Loewenstein, mediante un sistema de reglas fijas contenidas en la Constitución.¹⁴ Esas reglas sirven para controlar el ejercicio del poder y para garantizar que éste no se aleje de los objetivos planteados en la Constitución. El control del ejercicio del poder del Estado no sólo conlleva la restricción del ejercicio de ciertos actos, sino que también incluye el control de la dirección de su actuar.¹⁵ Los mecanismos de control de la constitucionalidad son la garantía de que la Constitución será plenamente obligatoria en el sentido técnico, por lo que la ausencia de esos mecanismos la convertirían en el mero deseo de una sociedad sin fuerza obligatoria.¹⁶ Mediante este tipo de control se contrasta un acto infraconstitucional con la Constitución para verificar su regularidad. El control de la constitucionalidad es posible porque la Constitución como norma suprema de un sistema jurídico constituye el parámetro último de validez de todos los actos.

Los mecanismos de control de la constitucionalidad de actos se pueden clasificar según el momento en que se realizan, la forma en que se realiza el control entre los órganos, o el tipo de control. El tipo de control también depende de la cualidad del órgano, será político cuando lo realiza un órgano de naturaleza política, será jurídico cuando la finalidad es el control de las normas, y éste puede ser jurisdiccional cuando la competencia recaiga en un tribunal. En cuanto a su temporalidad, éstos pueden ser ejercidos previa o posteriormente a la emisión de un acto. Estructuralmente, los mecanismos de control se basan en la distribución de funciones y la cooperación, se consideran intraórganos cuando operen dentro de la misma organización controlada, o interórganos cuando funcio-

¹⁴ Karl Loewenstein, *op. cit.*, p. 149.

¹⁵ Jeremy Waldron, *Contra el gobierno de los jueces. Ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y en los tribunales*, trad. de Leonardo García Jaramillo, *et. al.*, Buenos Aires, Siglo veintiuno editores, 2018, p. 34.

¹⁶ Hans Kelsen, *op. cit.*, p. 95.

nan entre diversas instituciones.¹⁷

Es importante mencionar que cualquier acto emitido por las autoridades constituidas del Estado puede ser objeto de control de regularidad constitucional. Sin embargo, a efecto de preservar la coherencia del sistema jurídico, la prioridad del control de la constitucionalidad son las normas generales. Según Guastini, la garantía jurisdiccional de la Constitución es una de las condiciones necesarias para que un sistema jurídico sea considerado como “impregnado” por normas constitucionales¹⁸, y, por ende, tengan que ser tomadas en cuenta en toda decisión judicial.

Waldron sostiene que el control de la constitucionalidad por órgano jurisdiccional puede distinguirse en términos teóricos en control judicial “fuerte” o “débil”. En un sistema de control judicial fuerte, los jueces no solamente tienen facultades para dejar de aplicar normas a un caso en particular, sino que también pueden declarar su inconstitucionalidad con efectos prácticamente anulatorios. En los sistemas de control judicial débil, en cambio, no se faculta a los tribunales a negarse a aplicar normas, pero sus decisiones pueden tener el efecto de generar una “resolución de incompatibilidad” que dé origen a un procedimiento legislativo en el que se modifique la norma cuestionada.¹⁹

Los controles jurisdiccionales concentrado y difuso de la constitucionalidad de normas generales se distinguen por los órganos que la ejercen. En el control concentrado, se tiene que un solo órgano —típicamente, un tribunal constitucional— es competente para ejercer el control de la constitucionalidad de normas generales, mientras que, en el difuso, cualquier juez ordinario puede interpretar la Constitución y, en su caso, resolver sobre su conformidad e inaplicar la norma en cuestión.²⁰

¹⁷ Karl Loewenstein, *op. cit.*, pp. 232-233.

¹⁸ Riccardo Guastini, *op. cit.*, pp. 50, 51.

¹⁹ Jeremy Waldron, *op. cit.*, pp. 62-64.

²⁰ Miguel Covián Andrade, *Fundamentos teóricos del control de la constitucionalidad*, Ciudad de México, Centro de Estudios de Ingeniería Política y Constitucional, A.C., 2010, pp. 100, 124.

Por otra parte, conviene mencionar que los mecanismos de control pueden ser ejercidos incidentalmente, cuando los jueces ordinarios —en el transcurso del desahogo de un procedimiento ordinario— resuelven sobre la regularidad constitucional de una determinada norma aplicable al caso en concreto.²¹ Los procedimientos ordinarios resuelven conflictos entre particulares o entre éstos y algún órgano estatal por lo que su objeto no es determinar la regularidad constitucional de normas generales ni la de proteger el orden constitucional; por tal motivo, el control de regularidad constitucional o convencional de normas que realicen los jueces en procedimientos ordinarios será incidental. En cambio, será por vía de acción directa cuando el planteamiento de inconstitucionalidad se formule como la pretensión principal mediante el ejercicio de un medio de control específicamente dirigido a buscar la declaración de inconstitucionalidad y consecuente declaratoria de invalidez de una determinada norma o acto.²²

Como ya se mencionó, el control de constitucionalidad conlleva la verificación de la regularidad de actos infraconstitucionales —primordialmente de normas generales— con la Constitución. En un sentido general, el control de convencionalidad, en cambio, consiste en la confrontación de los actos domésticos con los tratados internacionales. El ejercicio de este tipo de control es competencia originaria de los tribunales internacionales, pero también puede ser ejercido por los órganos jurisdiccionales internos. Al igual que en el control judicial de constitucionalidad, en éste se puede determinar la invalidez de actos jurídicos internos por no ser conformes con el ordenamiento internacional.²³ Kelsen señala que las normas generales

²¹ Francisca Pou Giménez, “El Poder Judicial”, en Daniel Barceló Rojas, *et. al.*, *Manual de derecho constitucional, Estructura y organización constitucional del Estado mexicano*, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 2018, p. 197.

²² Néstor Pedro Sagüés, *Teoría de la Constitución*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2004, p. 476.

²³ Sergio García Ramírez, “El control judicial interno de convencionalidad”, en *Revista de posgrado en derecho de la UNAM*, Ciudad de México, México, Antología, julio 2005-diciembre 2013, 2014, pp. 333-334.

de origen internacional pueden ser utilizadas como parámetro del control. En su opinión, al ser autorizada la celebración de los tratados internacionales por la Constitución constituyen un modo de formación de la voluntad estatal, por lo que una ley ordinaria emitida con posterioridad a la integración del tratado al orden nacional, que lo modificase o contraviniese, sería inconstitucional.²⁴ Así entendido, el control de convencionalidad puede concebirse como un control de constitucionalidad en la medida en que los tratados internacionales a los que se adhiere un país tienen ese potencial de conformar la voluntad del Estado. En el caso de México, esto resulta de lo previsto en los artículos 1º y 133 de la Constitución mexicana, en la medida en que las disposiciones sobre derechos humanos previstos en los tratados internacionales vigentes pueden ser empleados como parámetro de regularidad constitucional.²⁵ De ahí que, el ejercer el control de convencionalidad en términos del artículo 133 constitucional, en realidad conlleve un control de constitucionalidad.

En la práctica, el parámetro de control en el control de convencionalidad es un tratado internacional, no así la Constitución. En consecuencia, tanto el litigante que solicita el ejercicio del control de convencionalidad, como el juzgador que lo ejerce, contrastan el acto cuestionado con un tratado internacional. Por tanto, el control de convencionalidad se entiende como el control jurisdiccional que realizan tribunales —sean internacionales o nacionales— para verificar la regularidad de un acto con un tratado internacional.

Dadas las similitudes con el control de constitucionalidad, el de convencionalidad puede ser también calificado según la competencia del órgano de control como jurídico o político, y podrá ser pre-

²⁴ Hans Kelsen, *op. cit.*, pp. 73-74.

²⁵ *Vid.* Tesis P./J. 20/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 5, Abril de 2014, Tomo I, página 202, cuyo rubro dice: Derechos humanos contenidos en la constitución y en los tratados internacionales. Constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, pero cuando en la constitución haya una restricción expresa al ejercicio de aquéllos, se debe estar a lo que establece el texto constitucional.

vio o posterior al acto cuya regularidad se cuestiona, y dependiendo de los efectos que tenga puede ser tipificado como un control judicial fuerte o débil en términos de Waldron. En este artículo nos centraremos en el control de la constitucionalidad y convencionalidad fuerte ejercido por órgano jurisdiccional que se realiza con posterioridad a la emisión de una norma general que se estime que contraviene la Constitución. Este es el tipo de sistema de control de la constitucionalidad que prevalece en México, y para simplificar la referencia a éste, lo denominaremos en adelante, simplemente como “control judicial”.

2. CONDICIONES PARA EL CONTROL JUDICIAL

Los derechos y principios previstos en una Constitución se prevén de una manera más bien “abierta” o abstracta, por lo que están sujetos a la interpretación del legislador, en primera instancia, y, luego, del órgano aplicador y del judicial. Tanto el poder legislativo como el judicial son autoridades constituidas, no obstante, en la medida en que les corresponde desarrollar lo previsto en la Constitución y aplicarlo, se les faculta para delimitar los derechos constitucionales conforme a ciertas reglas interpretativas que justifiquen la acción legislativa o, en su caso, la judicial. Esto es así, porque los derechos y los principios de alto grado de abstracción se desarrollan y concretizan a nivel infraconstitucional, lo cual puede hacerse con diversos grados de precisión.²⁶ Los derechos y principios constitucionales se deben desarrollar tomando en cuenta las demás disposiciones de la Constitución, ya que ningún derecho es absoluto. Por ello es posible que su restricción sea necesaria para realizar otros intereses públicos o garantizar los derechos fundamentales de otras personas.²⁷

²⁶ Aharon Barak, *Proporcionalidad, los derechos fundamentales y sus restricciones*, trad. De Gonzalo Villa Rosas, Lima, Palestra Editores, 2017, p. 65.

²⁷ *Ibid.*, p. 176.

Normalmente, la especificación de las restricciones previstas en la Constitución, son realizadas por el legislador en un primer término: él es el primer intérprete de la Constitución.²⁸ Al regular y delimitar los derechos y principios contenidos en la norma suprema, el legislador está obligado a realizar una tarea legislativa racionalizada y con base en los principios y valores constitucionales.²⁹ Dado que la ley es, como dice Aragón, la expresión más ordinaria del derecho, la Constitución deja al legislador un margen de discrecionalidad para que pueda desarrollar las normas constitucionales en las leyes que expide.³⁰ Así, es de esperar que la regulación realizada por el legislador sea racional, por lo que es dable afirmar que el producto de la actividad del legislador que tienda a regular derechos se efectúe con la finalidad de salvaguardar los valores y derechos constitucionales. En consecuencia, la legislación también es una garantía de la llamada justicia sustancial, y esto debe ser tomado en consideración por el juzgador al momento de ejercer el control constitucional correspondiente.

No se puede olvidar que el papel del poder judicial también es relevante en ese ejercicio de interpretación de la Constitución. Como lo ha dicho Alexy, los derechos fundamentales son por virtud de la interpretación jurisdiccional. En su opinión, la Constitución (Ley Fundamental alemana) contiene derechos fundamentales protegidos de manera ilimitada, pero que encontrarán sus límites frente a otros principios o derechos constitucionales, y que su determinación corresponde al Tribunal Constitucional Federal.³¹ Al

²⁸ Javier Pérez Royo citado por Miguel Ángel Suárez Romero, *Crisis de la ley y Estado Constitucional. La argumentación jurídica del legislador*, Ciudad de México, Editorial Porrúa, 2015, p. 135.

²⁹ Miguel Ángel Suárez Romero, *Crisis de la ley y Estado Constitucional. La argumentación jurídica del legislador*, Ciudad de México, Editorial Porrúa, 2015, p. 141.

³⁰ Manuel Aragón Reyes, “El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad”, en *Anuario de la Facultad de Derecho s de la Universidad Autónoma de Madrid*, Madrid, España, 1997, pp. 191, 195.

³¹ Robert Alexy, “Derechos fundamentales y estado constitucional democrático”, trad. De Alfonso García Figueroa, en Miguel Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 3ª ed., Madrid, Editorial Trotta, 2006, pp. 35-36.

respecto, señala Zagrebelsky que: “las exigencias del Estado constitucional, nos ha llevado a reconocer la excepcional importancia de la función jurisdiccional”, e incluso considera que los jueces son en la actualidad “los señores del derecho”, ya que en ellos confluyen la ley, los derechos y la justicia.³² Según ese pensamiento, los jueces son los intérpretes primordiales de la Constitución y de su apreciación se obtendrá la determinación de los derechos. Por consiguiente, el control judicial impone al juzgador el deber de interpretar tanto el contenido de los derechos como de las normas generales que interfieran con ellos. Según Zagrebelsky, en un Estado constitucional de derecho este control se sustenta en la relación que existe entre ley, derechos y justicia, en la que el poder judicial está necesariamente llamado a garantizar la estructura del derecho en el Estado.³³ En ese contexto, el ejercicio interpretativo que realice el juzgador debe apoyarse en la técnica ponderativa, y encontrarse conectado a la razonabilidad práctica y a la equidad.³⁴

Si bien no coincidimos plenamente con las anteriores posturas, pues —como ya lo dijimos— la labor legislativa también representa un ejercicio interpretativo racional respecto de derechos y principios constitucionales, reconocemos la incidencia de estas posiciones para apreciar la importancia del control judicial.

El control judicial, por lo tanto, habrá de realizarse tomando en consideración la interpretación realizada en sede legislativa. Según Pozzolo, “el intérprete, en el fondo, deberá elegir entre la estricta legalidad y la justicia sustancial”,³⁵ sin embargo, creemos que no necesariamente será así en todos los casos en los que el juzgador se encuentre en la disyuntiva de inaplicar una norma. Esto se debe a que la ley —al ser también un resultado de la interpretación cons-

³² Gustavo Zagrebelsky, *op. cit.*, p. 150.

³³ *Ibid.*, p. 153.

³⁴ Así lo considera Susana Pozzolo, *op. cit.*, p. 193.

³⁵ *Ídem.*

titudinal— regula la relación entre diversos principios y derechos constitucionales, por lo que la estricta aplicación de la ley no necesariamente conlleva la denegación de la justicia sustancial, sino que podría ser una garantía de ella.

Lo que aquí queremos hacer ver es que el control jurisdiccional de la constitucionalidad de actos y normas no puede, sin consideración o justificación alguna, hacer caso omiso de la interpretación constitucional realizada por la legislatura para que, en su lugar, se imponga la interpretación judicial como la única válida. Sobre el particular, Waldron —quien llega a un extremo no deseado de negar el control judicial fuerte tal como se explicó previamente— nos advierte sobre la “supremacía judicial”. Ésta la define como el desconocimiento por parte de los tribunales de la discusión constitucional de otros ámbitos del gobierno y sociales, con el efecto de imponer sobre aquellos su propio razonamiento, sus propios precedentes y su propia doctrina.³⁶ Sin embargo, lo que él identifica como supremacía judicial no deriva del control judicial mismo, sino de la forma —ilimitada o excesiva— en que el poder judicial lo pudiera ejercer.³⁷ El riesgo de la supremacía judicial es que esta actitud puede llevar a los tribunales hacer el trabajo de los regímenes políticos, sea para proteger ciertas políticas públicas frente a un nuevo régimen, o bien, eliminarlas para facilitar el trabajo de uno nuevo.³⁸

Sobre este tema en particular, Kelsen considera que la inclusión de principios como los de equidad, justicia, libertad, igualdad o moralidad formulados de manera imprecisa no es deseable, porque deja su configuración a la discrecionalidad del legislador y del ejecutivo. Incluso en el caso de que se cuente con un tribunal constitucional deberían de precisarse, de otra forma se deja al arbitrio de

³⁶ Jeremy Waldron, *op. cit.*, p. 147.

³⁷ *Ibid.*, p. 132.

³⁸ Mark Tushnet, *op. cit.*, p. 255.

un grupo de jueces la suerte de una ley votada por el legislador.³⁹ En sí, ni Waldron ni Kelsen consideran conveniente que sea el judicial quien determine libremente el contenido y alcance de los derechos fundamentales y principios constitucionales. Pues incluso, el poder judicial puede ser utilizado como una herramienta política.

Es por ello por lo que, como Aragón Reyes afirma: “...entre Estado constitucional y cualquier *señor del derecho* hay una radical incompatibilidad”, razón por la cual el poder del juez debe encontrarse limitado.⁴⁰ El poder del juzgador se encuentra limitado no solamente por la Constitución, sino también por la legislación ordinaria como producto de un proceso de creación que incluye una interpretación constitucional razonada realizada por un órgano democrático del Estado: el legislativo.

Tampoco parece conveniente que se prive al juzgador de la posibilidad de realizar tal ejercicio interpretativo, pues la combinación entre la fuente interpretativa del legislativo y del judicial funciona como una doble garantía de la regularidad constitucional de las normas generales. Los jueces deben tener la posibilidad de determinar el contenido de los derechos, pero entendemos la preocupación de Waldron y Kelsen. Por eso consideramos oportuno que se oriente la labor de justificación realizada durante el control de normas generales. En opinión de Aragón Reyes esto puede hacerse también desde la cultura jurídica, y señala que:

es preciso abogar por unas medidas de reequilibrio (curativas) o contrapeso (preventivas) a cargo de la propia cultura jurídica consistentes en la utilización de la teoría jurídica y no de la filosofía moral en la aplicación de la Constitución, o en suma, en potenciar el normativismo y reducir la jurisprudencia de valores. Ese podría ser, quizá, el camino para que el Estado de Derecho no acabase

³⁹ En este caso, Kelsen está considerando que el órgano de control no cuenta con la legitimación democrática que tiene el poder legislativo en un Estado constitucional. Hans Kelsen, *op. cit.*, pp. 79-82.

⁴⁰ Manuel Aragón Reyes, *op. cit.*, pp. 199, 201.

convirtiéndose en Estado de Justicia. El primero procura certeza, previsión, seguridad, esto es, igual libertad para todos, mientras que el segundo, como autorizadamente se ha dicho tantas veces, sería el caldo de cultivo de la arbitrariedad, es decir, la desigualdad.⁴¹

La ausencia de lineamientos en el derecho positivo deja a la total discreción del poder judicial las condiciones que deben cumplirse y los alcances de la interpretación cuando se ejerce el control de constitucionalidad o convencionalidad. Por esta razón se corre el riesgo de que, en ejercicio de este control judicial, los jueces pudieran transgredir diversos principios constitucionales e infringir derechos fundamentales. Esto cobra mayor relevancia cuando se toma en cuenta que en ocasiones los jueces resuelven conforme a sus primeras impresiones. Sobre ello, Tushnet dice: “los jueces saben cuáles son sus primeras impresiones, aunque no siempre sepan por qué las tienen... los jueces adoptaron su filosofía constitucional antes de ser jueces, en parte porque ellos pensaban en que esas filosofías concordaban con sus preferencias partidistas”.⁴² De ese modo, por los efectos que los medios de control judicial pueden tener —los cuales abordamos adelante—, consideramos de singular importancia que los jueces cuenten con lineamientos que garanticen el ejercicio racional de la interpretación en el ejercicio de la función jurisdiccional, y así —como señala Aragón—, evitar que la discrecionalidad se convierta en arbitrariedad.

En México, por ejemplo, al resolver la acción de inconstitucionalidad 75/2015,⁴³ la Suprema Corte señaló que la Constitución general no permite que las entidades federativas regulen la manera en que los órganos jurisdiccionales conciben y ejercen el parámetro de regularidad constitucional. Con ello se pretendía resolver un problema sobre distribución competencial, porque, en opinión de la Corte, al regular la Constitución federal el parámetro de control,

⁴¹ *Ibid.*, pp. 190.

⁴² Mark Tushnet, *op. cit.*, p. 12.

⁴³ Acción de Inconstitucionalidad 75/2015, resuelta en sesión de 14 de junio de 2016.

las autoridades infraconstitucionales no pueden redefinirlo. No obstante, al no existir disposiciones que rijan el procedimiento, impidió que las autoridades locales suplieran esta deficiencia. Considerando lo anterior, la idea es invitar a una reflexión sobre la relevancia de contar con criterios orientadores comunes para realizar el control de convencionalidad para que la labor interpretativa realizada en sede judicial —cuya naturaleza es discrecional, y se debe ejercer con prudencia— sea justificada adecuadamente, y que en dicho proceso se tome en cuenta el análisis ya realizado por otros órganos del Estado.

3. EFECTOS DEL CONTROL

El alcance del control judicial de constitucionalidad o convencionalidad puede ser la declaración de invalidez de leyes. Éste es, para Sagüés, uno de los componentes significativos del control judicial, pues los operadores jurídicos deben tener el poder para dictar sentencias con fuerza anulatoria cuando se determine la no conformidad de una norma general.⁴⁴ Al preverse este efecto, se podría afirmar que la Constitución se encuentra efectivamente garantizada.⁴⁵

Si bien la declaración de invalidez con efectos *erga omnes* de normas generales es uno de los efectos más importantes de los mecanismos de control, el alcance varía dependiendo del tipo de control que se ejerce. Por ejemplo, en el caso del control incidental, sus efectos no podrían ser generales, sino que, en todo caso, tendrá efectos únicamente para el proceso en el que se hubiere realizado. De ahí que en esos casos la mayor afectación que se puede imponer a la validez de la norma que se considera inconstitucional sea su inaplicación para un caso en particular. En consecuencia, los efectos generales sólo podrán obtenerse cuando la inconstitucionalidad de una norma se cuestión por vía de acción.

⁴⁴ Néstor Pedro Sagüés, *op. cit.*, p. 436.

⁴⁵ Hans Kelsen, *op. cit.*, p. 82.

En opinión de Sagüés, cuando ejercen el control, los jueces al declarar que determinada interpretación de la ley es inconstitucional o inconveniente, habrían de proponer su correcta interpretación, lo que implicaría que cualquier otra interpretación se estimaría como contraria a la Constitución o al derecho internacional. Otra opción es que el órgano de control adicionara algo al texto de la norma para “salvar” su regularidad constitucional en el caso de que considere que, sin tal adición, la norma sería irregular, aunque también podría “sustituir” la norma que estime contraria a la Constitución por otra que sí sea regular,⁴⁶ y, por último, podría hacer la declaración de inconstitucionalidad o inconveniente de la norma. Esto suponiendo, claro está, que cuenta con facultades para modificar el derecho.

Como se puede ver, los efectos del control judicial de constitucionalidad o convencionalidad son relevantes para el funcionamiento del sistema jurídico. Si se determina la invalidez con efectos generales, entonces tal norma general no podrá ser aplicada en el futuro y el sistema jurídico resulta modificado. Si se descarta una interpretación en particular de una norma general por considerar que violenta la Constitución o un tratado internacional, entonces se vincularía a otras autoridades —sean miembros del poder judicial o de la administración pública— a optar por una nueva interpretación de la norma. Es innegable, que los efectos del control judicial son trascendentales para el sistema jurídico, por lo que debería ser regulado adecuadamente para evitar la arbitrariedad en su ejercicio.

III. EL CONTROL JUDICIAL EN MÉXICO

Los mecanismos de control judicial de la constitucionalidad en México son el juicio de amparo, la controversia constitucional, la acción de inconstitucionalidad y la declaratoria general de inconstitucionalidad, además se cuenta con el llamado “control de convenciona-

⁴⁶ Néstor Pedro Sagüés, *op. cit.*, pp. 491-492.

lidad”. En todos ellos es posible hacer el análisis jurisdiccional de la regularidad constitucional o convencional de normas generales que hubieren sido aprobadas previamente, ya que las normas cuya regularidad constitucional o convencional es cuestionada deben haber entrado en vigor previo al ejercicio de estos medios de control.

A partir de la reforma constitucional en materia de derechos humanos del 2011, la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reconocido que los jueces ordinarios —aquellos que no ejercen una jurisdicción constitucional propiamente— pueden ejercer un cierto grado de control mediante el empleo de herramientas interpretativas y, en su caso, determinar la inaplicación de normas no conformes a las disposiciones en materia de derechos humanos previstas en los tratados internacionales.⁴⁷ La Corte también ha reconocido la posibilidad de que los tribunales y juzgados que conocen del juicio de amparo pueden realizar control judicial *ex officio* y, de ser necesario, inaplicar las normas que estimen contrarias al parámetro de regularidad constitucional.⁴⁸

En México se cuenta con un sistema mixto de control judicial de la constitucionalidad de normas generales, toda vez que por una parte existe una competencia constitucional exclusiva de la Suprema Corte que realiza funciones para determinar la inconstitucionalidad y la subsecuente invalidez con efectos generales de una ley mediante mecanismos de control que se ejercen en vía de acción como son las acciones de inconstitucionalidad, las controversias constitu-

⁴⁷ Fernando Silva García, “Control de convencionalidad en México: transformaciones y desafíos”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Ciudad de México, México, Sueva serie, año XIX, núm. Extraordinario, 2019, pp. 105,106, 121-122.

⁴⁸ *Vid.* Tesis: P./J. 2/2022 (11a.) *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 10, Febrero de 2022, Tomo I, página 7, cuyo rubro dice: Control de regularidad constitucional. Contenido y alcance del deber de los órganos jurisdiccionales del poder judicial de la federación de realizarlo al conocer juicios de amparo directo e indirecto [abandono de las tesis aisladas P. IX/2015 (10a.) Y P. X/2015 (10a.)].

cionales y las declaratorias generales de inconstitucionalidad.⁴⁹ Por la otra, como se ha mencionado, también existe la posibilidad de que incidentalmente se controle la regularidad constitucional o convencional de una ley en un proceso jurisdiccional ordinario, el cual puede ser efectuado por cualquier juzgador nacional.⁵⁰

Si bien, el juicio de amparo es un mecanismo de control por vía de acción, tiene ciertas particularidades que lo distinguen de los mecanismos de control de la constitucionalidad previstos en el artículo 105, fracciones I y II, de la Constitución general y que son de competencia exclusiva de la Suprema Corte. En el aspecto orgánico, la competencia en materia de amparo corresponde a una diversidad de órganos jurisdiccionales, los cuales se distinguen por razón de grado y competencia, sea territorial o por materia. De ahí que el amparo podría parecer un medio de control difuso en virtud de esa diversidad de órganos jurisdiccionales del Poder Judicial de la Federación que tienen competencia en amparo.

No obstante, el amparo se distingue del control que realiza incidentalmente cualquier juez ordinario, porque en el amparo se puede realizar una declaración de inconstitucionalidad de una norma general, pero únicamente con el efecto de que no le sea aplicado de nueva cuenta a futuro a quien lo hubiere interpuesto. Mientras que el control realizado incidentalmente sólo tiene por efecto la inaplicación de la norma cuestionada al caso.

⁴⁹ En relación a la Declaratoria General de Inconstitucionalidad (DGI) como medio independiente de control de la constitucionalidad véase: César Alejandro Rincón Mayorga, “La declaratoria general de inconstitucionalidad, medio ineficaz de control de la constitucionalidad de normas generales”, en *Hechos y Derechos Revistas Jurídicas UNAM*, núm. 37, enero-febrero, 2017. Cabe destacar, no obstante, que la Corte, al resolver la DGI 6/2017 el día 14 de febrero de 2019, resolvió que la DGI es un medio de control independiente al amparo; sin embargo, al fallar la DGI 1/2018 el día 28 de junio de 2021, la misma Corte consideró que este medio de control solo debe limitarse a otorgarle efectos generales a la inconstitucionalidad advertida previamente al resolver amparos indirectos en revisión donde se hubiere determinado la inconstitucionalidad de una ley.

⁵⁰ Sobre las razones por las cuales éste es incidental, véase *supra* II. 1.

Con esto, se advierte que el control judicial en México es particular, pues se prevé tanto el control concentrado en un solo tribunal, como el difuso que lo complementa. Esto hace que el control judicial de constitucionalidad esté al alcance de cualquier persona que sea parte de un litigio ordinario, por lo que la persona u órgano que realice el control adquiere un papel determinante en virtud de que sus decisiones podrían llegar a incidir en el desarrollo y delimitación de los derechos y principios constitucionales.

1. LA REGULACIÓN DEL CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN

Actualmente, por lo que a la justificación se refiere, el ejercicio de este tipo de control judicial se deja completamente a la prudencia del juzgador mexicano. Esto en virtud de que no existe obligación alguna para que los operadores jurídicos justifiquen la idoneidad del método interpretativo que habrán de emplear al momento de resolver sobre la constitucionalidad o convencionalidad de una norma general.⁵¹ De modo que el juzgador simplemente debe separar sus tendencias partidarias o ideológicas de su función, y proceder a valorar la ley y ponderar si sus disposiciones son conformes a la Constitución.⁵²

Consideramos que la ausencia de directrices sobre cómo habrá de realizarse la interpretación ejercida en el control judicial causa incertidumbre jurídica, máxime que la solución que se proponga puede tener un impacto en el desarrollo posterior del derecho.⁵³ Esto se debe a que, por un lado, la decisión que se tome con respecto a la regularidad de una norma puede —con efectos inmediatos— colocar en un estado de inseguridad a alguna de las partes que se encuentren en litigio y, por el otro, trascender en el sistema jurídico

⁵¹ Germán Cardona Müller, “La política pública como objeto de revisión”, GUERRERO, Juan Carlos, *et. al.* (coord.), *El juez en el constitucionalismo moderno, algunas reflexiones*, Guadalajara, Editorial Universidad de Guadalajara, 2020, p. 214.

⁵² *Ibid.*, p. 235.

⁵³ *Ibid.*, p. 216.

nacional por el antecedente creado respecto a la regularidad constitucional de una norma o, en su caso, la interpretación que debe subsistir a partir de ella.

Consideramos que, debido a la relevancia del control judicial, éste debe encontrarse regulado y no dejarse enteramente a la discreción de cada una de las personas que ejercen las funciones jurisdiccionales. Actualmente no existe certeza alguna sobre la forma y justificación del ejercicio interpretativo que realice la persona u órgano que analice la regularidad constitucional o convencional de una norma general. En los litigios ordinarios, no existe la obligación de que el juzgador analice la probable afectación a derechos del contrario de quien solicite la inaplicación de una norma general que estime que contraviene la Constitución o los tratados internacionales. Por lo que, de no ser considerados, no se podría decir que se tomó una decisión en la que se ponderaron los derechos de las partes, y se consideró la proporcionalidad de la afectación, en consecuencia, la imparcialidad de la decisión se vio afectada. Tampoco se encuentra previsto que el control de convencionalidad en procedimientos ordinarios se desahogue con audiencia de las partes interesadas. Por otra parte, en los procesos en que por vía de acción se ejerce el control de constitucionalidad, no se prevé que el juzgador constitucional tome en consideración la interpretación constitucional realizada por el legislador. Es más, ningún medio de control judicial en México cuenta con medidas que reduzcan el riesgo de ignorar el estudio constitucional hecho por el legislador.

De la mano de lo anterior, las partes en un litigio tampoco tienen certeza respecto de qué extremos probatorios o, en su caso, argumentativos, habrán de colmarse para que el control judicial logre su cometido: modificar la interpretación de una ley para ajustarla a la Constitución, inaplicar la ley o decretar su inconstitucionalidad o inconventionalidad con efectos generales.

Resulta paradójico que el control judicial, que es la garantía del orden constitucional, carezca a su vez de control alguno. No parece lógico que en un Estado constitucional se le otorgue al guardián de la Constitución tan amplio margen de discrecionalidad al momento de ejercer el control judicial. Por tal motivo consideramos conveniente la regularización de esta facultad mediante la elaboración de lineamientos que –en respeto de la función jurisdiccional, y la independencia y discrecionalidad de los órganos decisores–, el propio Poder Judicial podría otorgar. Con esto, se puede proporcionar a la persona justiciable mayor certeza sobre los elementos mínimos que deben ser analizados por el juzgador al momento de decidir sobre la conformidad de una norma general con la Constitución o un tratado internacional. De lo contrario, estas formas de control pueden resultar en la transgresión de otros derechos o principios constitucionales e, irónicamente, el ejercicio del control podría terminar causando aquello que pretendía evitar: infringir la Constitución.

2. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN PROCEDIMIENTOS ORDINARIOS

Si se considera que la ley es un medio para desarrollar las aspiraciones constitucionales, entonces la inaplicación de ésta en un litigio ordinario podría implicar la determinación de no atenerse a los principios constitucionales tutelados por esa norma en particular. En un Estado de Derecho contamos con el principio de que la norma legislativa es aplicable a todos los sujetos sin distinción, lo que conlleva la igualdad ante la ley;⁵⁴ por tal motivo, la inaplicación de un precepto legislativo en un procedimiento ordinario tendría como consecuencia una transgresión a ese derecho de igualdad.

Un principio de todo procedimiento ordinario es la igualdad procesal como garantía del derecho al debido proceso contenido en los artículos 14 de la Constitución mexicana y 8.1, de la Con-

⁵⁴ Gustavo Zagrebelsky, *op. cit.*, p. 29.

vención Americana de Derechos Humanos.⁵⁵ La igualdad procesal de las partes está relacionada con el principio de contradicción y es parte del núcleo del derecho de audiencia. La igualdad procesal significa que las partes en un litigio tengan las mismas oportunidades para defender sus derechos, lo que significa que el juzgador —como rector del procedimiento— habrá de proteger este derecho constitucional y actuar neutralmente,⁵⁶ pues el otorgamiento de un beneficio a una de las partes necesariamente resultaría en la transgresión a este derecho.

Tratándose del control de convencionalidad realizado en procedimientos ordinarios, la regulación del ejercicio incidental del control es nula. Aunque la Corte ha establecido que la inaplicación que realice un juzgador debe encontrarse *justificada razonablemente*, por lo cual únicamente se exige que el juez argumente por qué la norma que se inaplica no es conforme con los derechos fundamentales previstos en la Constitución o contenidos en los tratados internacionales.⁵⁷ Ahora bien, existen diversas herramientas interpretativas tanto de la Constitución como de las leyes, así como una diversidad de teorías para construir argumentos constitucionales, sin embargo, la elección de estos criterios y su forma de utilización se dejan totalmente a la prudencia del juzgador. Mantenerlo así confiere mayor independencia al juzgador, ya que se da prevalencia a su discreción

⁵⁵ Convención a la que se adhirió México el día 24 de marzo de 1981, previa aprobación del Senado del 18 de diciembre de 1980, habiendo entrado en vigor para México el día 24 de marzo de 1981 y habiéndose promulgado en el Diario Oficial de la Federación el día 7 de mayo de 1981.

⁵⁶ *Vid.* Tesis: 1a. CCCXLVI/2018 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 61, Diciembre de 2018, Tomo I, página 376, cuyo rubro dice: PRINCIPIO DE IGUALDAD PROCESAL. SUS ALCANCES.

⁵⁷ *Vid.* Tesis 1a. XXII/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 27, Febrero de 2016, Tomo I, página 667 cuyo rubro dice: Control de convencionalidad ex officio. Las autoridades judiciales, previo a la inaplicación de la norma en estudio, deben justificar razonadamente por qué se destruyó su presunción de constitucionalidad.

en lugar de sujetarlo a determinaciones externas, sin embargo, esto puede tener efectos negativos para el justiciable, pues es éste quien permanece en la incertidumbre sobre las condiciones y los elementos mínimos del control judicial ejercido.

El poder de un juez ordinario es tal que podría llegar a modificar la interpretación que se realice de una ley —en el supuesto de que algún litigante así lo propusiera— o, incluso, determinar su inaplicación, sin más que una justificación genéricamente “razonable” para lograrlo. De modo que el juzgador cuenta con un vasto poder y un amplio margen de discrecionalidad.

A continuación, procederemos a mostrar como el ejercicio del control judicial ante jueces ordinarios carente de regulación u orientación puede generar problemas de certeza jurídica y, además, afectar derechos constitucionales. Tomaremos como ejemplo un acuerdo en el que se otorgan medidas cautelares dictado por el Juez Sexagésimo de lo Civil de Ciudad de México en el procedimiento civil ordinario 142/2021. En ese procedimiento, la autoridad administrativa encargada para la vigilancia de instituciones de asistencia privada (IAP) demanda a una IAP la nulidad de ciertas donaciones realizadas por ésta última a favor de otra IAP. Al plantear la demanda, la autoridad actora solicita el embargo de bienes y cuentas bancarias hasta por la cantidad que ampara la totalidad de las donaciones cuya nulidad reclama. El artículo 244 del Código de Procedimientos Civiles de Ciudad de México (CPC) prevé que: “Cuando se pida un secuestro provisional, sin fundarlo en título ejecutivo, el actor dará fianza de responder por los daños y perjuicios que se sigan, ya porque se revoque la providencia, ya porque, entablada la demanda, sea absuelto el reo.” Las razones de ser de este precepto son proteger los intereses del afectado por la medida cautelar y garantizar cualquier afectación que éstos pudieren tener con motivo de tal medida, así como la de desincentivar el otorgamiento de medidas abusivas en detrimento del afectado. Sin embargo, en su solicitud de medidas, la institución actora expresamente dice:

En virtud de lo anterior, considerando que mi representada es una persona moral oficial, su Señoría debe exentarla de exhibir el monto que establece el artículo 244 del Código de Procedimientos Civiles para garantizar los posibles daños y perjuicios que pudieran causarse a la parte demandada. Esto es, este H. Juzgador deberá inaplicar, en el caso concreto y en ejercicio del control difuso de constitucionalidad y convencionalidad, lo dispuesto por el dispositivo jurídico en mención, para los efectos legales a que haya lugar. Sostener lo contrario, se haría nugatorio el derecho fundamental de acceso a la justicia, pronta, completa y exhaustiva en tanto que se exigiría la exhibición de una garantía por un monto excesivo del que mi mandante no dispone, violando así lo dispuesto por el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) y, con ello, los artículos 17, párrafo séptimo y 22 de nuestra Constitución Federal que, para los efectos que aquí importan, prohíbe la multa excesiva con base en el principio de progresividad.

Tal como se desprende de esta transcripción, se realiza una solicitud mas no se encuentra justificada la inaplicación de ese precepto legal. La actora se limita a señalar que la aplicación del artículo 244 del CPC vulnera los derechos de acceso a la justicia y la prohibición de imposición de multas excesivas previstos en los artículos 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 17 y 22 de la Constitución mexicana. Es más, la actora no propuso al juzgador interpretación alguna con la cual justificar la razonabilidad de inaplicar una ley cuya hipótesis normativa se actualizaba en ese caso en particular.

Por su parte, al otorgar la medida cautelar solicitada por la institución actora mediante auto de 25 de marzo de 2021, el juez determinó lo siguiente:

Ahora bien, considerando que la parte actora es un organismo desconcentrado del Gobierno del Estado de Puebla, dependiente de la Secretaría de Gobernación, es inconcuso que se trata de una persona moral oficial excenta (*sic*) de exhibir la garantía prevista por

el artículo 244 del Código de Procedimientos Civiles, en tanto que se presume su capacidad para hacer frente a los daños y perjuicios que pudieran causarse a los demandados por el otorgamiento de la medida cautelar. En virtud de lo anterior, esta autoridad en ejercicio del control difuso de constitucionalidad y de convencionalidad previsto en el artículo 1 Constitucional, se determina que en el caso que nos ocupa debe dejar de aplicarse lo previsto por el numeral 244 antes citado, y excentar (*sic*) a la demandante de garantizar los daños y perjuicios que pudieran ocasionarse.⁵⁸

Independientemente de las deficiencias argumentativas ya mencionadas, la actora solicitó el otorgamiento de medidas cautelares y manifestó no tener solvencia suficiente para exhibir una garantía para los daños y perjuicios que pudieran generarse en detrimento de la IAP demandada y, por ello, solicita la inaplicación del artículo 244 del CPC. El argumento toral que propone la actora es que, de exigírsele la exhibición de la garantía, se vulnera su derecho fundamental de acceso a la justicia y se le impondría una “multa excesiva”.

Aun cuando se planteó el anterior argumento, el juzgador no resuelve sobre la inaplicación del artículo 244 del CPC con base en un análisis profundo de su constitucionalidad, ni siquiera en uno somero, sino que simplemente manifiesta que ejerce un control difuso y, por tal motivo, inaplica el artículo en cita sin motivar la decisión. Tampoco pondera la afectación alegada por la actora a su derecho fundamental de acceso a la justicia frente a la igualdad procesal como garantía del derecho al debido proceso ni hace un estudio sobre los principios constitucionales que tal precepto legal desarrolla. Al inaplicar el precepto legal en cita, asume como válido el argumento planteado por la actora para que se procediese en ese sentido. El problema con que se asuman como precedentes los argumentos

⁵⁸ Incluso parece ser contradictoria la resolución, porque primero señala que se presume que la actora tiene capacidad para hacer frente a los daños y perjuicios que pudieran generarse en perjuicio de la demandada, pero, al mismo tiempo, le exime de la obligación de garantizarlos.

de la actora es que el ejercicio de la discrecionalidad jurisdiccional se torna en arbitrario al no justificarse la decisión de inaplicar una ley, contraviniendo así también el principio de legalidad.

Por lo que respecta al argumento vertido por la actora para solicitar la inaplicación, sólo se menciona que la aplicación del artículo 244 del CPC generaría en su perjuicio una afectación a su derecho de acceso a la justicia. La actora no hace mayor explicación, ni presenta un análisis del beneficio que recibiría a cambio del sacrificio que se hace de la garantía de igualdad procesal y del derecho de igualdad frente a la ley. Esto es, el análisis constitucional que derivó en la inaplicación de un precepto legal vía control judicial no toma en consideración los derechos y principios constitucionales que son desarrollados por la ley inaplicada, sino que tal análisis se centra únicamente en los derechos delimitados por el artículo sometido a control. Así se evidencia una falta de imparcialidad y ausencia de independencia judicial, pues al actuar el juzgador es parcial hacia la postura de la actora.

De modo que ni las partes en un proceso jurisdiccional ordinario ni el juzgador ordinario saben con certeza qué debe ser argumentado —en el caso de los litigantes—, ni qué debe ser analizado —tratándose de los juzgadores—, al momento en que se ejerce el control judicial en sede ordinaria. Por lo que, en caso de resolverse la inaplicación de una ley, las partes no siempre sabrán cuáles fueron las razones que motivaron tal decisión.

3. EL CONTROL JUDICIAL EN PROCEDIMIENTOS CONSTITUCIONALES

En los procesos constitucionales en los que se ejerce el control judicial, tales como la acción de inconstitucionalidad o la controversia constitucional, no existen lineamientos constitucionales o legales que habrán de ser seguidos para sostener la inconstitucionalidad de una ley. La valoración jurisdiccional que deba efectuar la Corte respecto de la regularidad constitucional de una ley no cuenta, por lo tanto, con elementos procedimentales mínimos de forma para la justificación de la decisión.

Al respecto, señalamos como ejemplo lo resuelto por el Pleno de la Corte en la Acción de Inconstitucionalidad 62/2016 en sesión de fecha 6 de julio de 2017. Allí, la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) reclamó la inconstitucionalidad del artículo 128, tercer párrafo, de la Ley de Amparo.⁵⁹ De ese precepto se desprende que la suspensión de amparo es improcedente cuando se pida contra técnicas de investigación o medidas cautelares otorgadas por autoridad judicial. Este precepto fue adicionado por la llamada “miscelánea penal” de fecha 17 de junio de 2016. Al realizar un argumento sistemático *a coherencia*, se entiende que la improcedencia de la suspensión de amparo es respecto de técnicas de investigación o medidas cautelares penales; así fue entendido tanto por la CNDH y la Corte.

En sí, la CNDH señaló que la improcedencia de la suspensión de amparo —tal como está dispuesta en la ley— es inconstitucional porque: primero, vulnera el derecho constitucional de acceso efectivo a la justicia, pues se permitiría la ejecución irreparable de las técnicas de investigación o medidas cautelares reclamadas; segundo, que la Constitución no establece disposición alguna en la que se pueda prohibir la suspensión en contra de esa clase de actos —lo que sí acontece tratándose de la impugnación de actos emitidos por la Comisión Federal de Competencia Económica o el Instituto Federal de Telecomunicaciones— y, por último, que la disposición legislativa impugnada no permite al juzgador realizar un análisis ponderado de la apariencia del buen derecho y la no afectación al orden público e interés social, el cual es un ejercicio ponderativo regulado por la Constitución.⁶⁰

⁵⁹ Artículo 128, tercer párrafo, de la Ley de Amparo: “Asimismo, no serán objeto de suspensión las órdenes o medidas de protección dictadas en términos de la legislación aplicable por alguna autoridad administrativa o jurisdiccional para salvaguardar la seguridad o integridad de una persona y la ejecución de una técnica de investigación o medida cautelar concedida por autoridad judicial.”

⁶⁰ *Vid.* Artículo 107, fracción X, de la Constitución mexicana.

Al resolver, la Corte transcribe una porción de la exposición de motivos de la propuesta de reforma del artículo 128 de la Ley de Amparo que fue publicada el 17 de junio de 2016.⁶¹ Sin embargo, solamente realiza un estudio somero de esa breve transcripción, es omisa en estudiar los principios constitucionales que tal reforma pretendía tutelar, y tampoco analiza la interpretación constitucional realizada por el legislador en el proceso legislativo.

Por lo que respecta al análisis del precepto legal impugnado, la Corte estableció que la Constitución en su artículo 107, fracción X, sí permite al legislador regular libremente lo relativo a la suspensión de amparo. En lo relacionado con la transgresión al derecho a la tutela judicial efectiva, se resolvió que el precepto impugnado tiende a evitar obstáculos para el desarrollo del procedimiento penal acusatorio adversarial; por ende, así se procura la efectividad de las técnicas de investigación y las medidas cautelares en materia penal, y se garantizaría el objeto del procedimiento penal contenido en el artículo 20 constitucional consistente en el esclarecimiento de los hechos, la reparación del daño, que el responsable no quede impune y la salvaguarda de los derechos fundamentales. Aunado a esto, la Corte también señala que el precepto legal impugnado no impone una prohibición tajante de la procedencia de la suspensión en contra de las técnicas de investigación y medidas cautelares que se decreten en materia penal. Por tales motivos, concluye la Suprema Corte que el artículo 128, tercer párrafo de la Ley de Amparo sí es conforme a la Constitución.

Sin embargo, al final, la Corte realizó una interpretación diversa a la literalidad del precepto legal impugnado. Como lo vimos, uno de los posibles efectos del control judicial de leyes es que se modifique la interpretación de un precepto legal para garantizar su regularidad constitucional. En el caso, la Corte ejerció esa función del control judicial como órgano facultado constitucionalmente para

⁶¹ *Vid* Sentencia dictada en la Acción de Inconstitucionalidad 62/2016, pp. 72-73.

ello, y modificó la interpretación del artículo de la Ley de Amparo impugnado. Esto es así porque, dada la clara improcedencia de la suspensión de amparo en contra de técnicas de investigación y medidas cautelares en materia penal prevista en la ley, la Corte consideró que ese precepto debe interpretarse en el sentido de que no se impide que los jueces de amparo puedan otorgar la suspensión en esos casos. En otras palabras, la Corte consideró que el precepto legal impugnado sería constitucional siempre y cuando fuere aplicado conforme a la interpretación que sostuvo.

De lo aquí reseñado, nos parece importante destacar que ni la CNDH ni la Suprema Corte realizan un análisis de la regularidad constitucional del artículo 128, párrafo tercero, de la Ley de Amparo en el que se tomen en consideración, por lo menos, los principios constitucionales que pretende tutelar la legislación impugnada y la interpretación constitucional realizada por el legislador. Si bien la Corte quiso relacionar los principios constitucionales que tutela el procedimiento penal con el precepto impugnado, no queda claro cómo se justifica esa nueva interpretación que restringe el derecho al acceso efectivo a la justicia por virtud de esa interpretación, cuando literalmente establece que no procede la suspensión.

Tampoco queda claro por qué la Corte consideró pertinente ajustar la interpretación del artículo 128, tercer párrafo, de la Ley de Amparo para que se entienda que dice algo cuya literalidad no permite: la procedencia de la suspensión en contra de técnicas de investigación y medidas cautelares en materia penal.⁶² La Corte no plantea una justificación con respecto al por qué su interpretación de ese precepto legal garantiza los principios del procedimiento penal, el derecho al acceso efectivo a la tutela judicial ni establece por qué era mejor realizar esa interpretación para preservar la

⁶² Si bien es cierto que, como Kelsen sostiene, las normas son marcos abiertos a la interpretación dentro de los cuales se dan diversas posibilidades de aplicación, no hay que olvidar que el enunciado que la expresa constituye su límite. Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, trad. Vernengo, Porrúa, México, 2000, p. 351.

constitucionalidad de la disposición controvertida. Podría decirse que la Corte realizó una argumentación insuficiente al momento de resolver la acción de inconstitucionalidad en comento, pues en la justificación se debería explicitar el método interpretativo que hace posible determinar el sentido de un precepto.

4. REFLEXIÓN FINAL Y PROPUESTA

En México, los mecanismos de control judicial se encuentran adecuadamente regulados en el sentido procedimental, pues queda claro en qué supuestos proceden y qué efectos pueden tener. Sin embargo, lo que no está regulado en lo absoluto es el ejercicio interpretativo que debe hacer el juzgador al momento de verificar la regularidad constitucional o convencional de una determinada norma general, sino que tal facultad se deja a la prudencia de cada juzgador o tribunal.

Previamente se indicó que las leyes, como producto de una interpretación razonada de la Constitución que efectúa el legislador, desarrollan las aspiraciones contenidas en ella. Por tal motivo, para su inaplicación o, para en su caso hacer una declaratoria de inconstitucionalidad con efectos generales, debe tomarse en consideración, cuando menos: primero, el análisis constitucional ya realizado por el legislador; luego, plantearse claramente la relación entre la posible afectación que generaría tal determinación al derecho o principio que la norma que se considera inconstitucional tutela y el derecho o principio constitucional que pretende protegerse, y, por último, tratándose del control realizado en procedimientos ordinarios, habría de realizarse tal ejercicio con audiencia del contrario.

De igual modo, debería regularse genéricamente la justificación de la decisión sobre los resultados del control judicial, pues consideramos deseable que los tribunales expliciten por qué y cómo optan por una determinada interpretación para una norma —más aún cuando tenga efectos generales. Si el Poder Judicial emite unos

lineamientos orientadores se puede fortalecer la seguridad jurídica, pues así las partes en litigio —sea procedimiento ordinario o constitucional— conocerían con mayor claridad los elementos mínimos necesarios para que se considere la inconstitucionalidad de un precepto legal. Así, la persona a quien se dirija la resolución podría conocer las razones que motivan la argumentación empleada y, sobre todo, a qué atenerse. De esta manera se fortalece no solamente la certeza jurídica, sino también la justicia.

IV. FUENTES

1. BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert, “Derechos fundamentales y estado constitucional democrático”, trad. De Alfonso García Figueroa, en Miguel Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 3ª ed., Madrid, Editorial Trotta, 2006.
- BARAK, Aharon, *Proporcionalidad, los derechos fundamentales y sus restricciones*, trad. De Gonzalo Villa Rosas, Lima, Palestra Editores, 2017.
- CARDONA MÜLLER, Germán, “La política pública como objeto de revisión”, GUERRERO, Juan Carlos, *et. al.* (coord.), *El juez en el constitucionalismo moderno, algunas reflexiones*, Guadalajara, Editorial Universidad de Guadalajara, 2020.
- COVIÁN ANDRADE, Miguel, *Fundamentos teóricos del control de la constitucionalidad*, Ciudad de México, Centro de Estudios de Ingeniería Política y Constitucional, A.C., 2010.
- ESTRADA, Alexei Julio, “Los tribunales constitucionales y la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales”, en Miguel Carbonell (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Editorial Trotta, 2007.

- GUASTINI, Riccardo, “La constitucionalización del ordenamiento jurídico” trad. De José María Lujambio, en CARBONELL, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 3ª ed., Madrid, Editorial Trotta, 2006.
- HUERTA OCHOA, Carla, *Conflictos normativos*, 2ª ed., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2012.
- KELSEN, Hans, *La garantía jurisdiccional de la constitución (La justicia constitucional)*, trad. de Rolando Tamayo Salmorán, Ciudad de México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016.
- , *Teoría Pura del Derecho*, trad. Vernengo, Ciudad de México, Porrúa, 2000.
- LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, trad. de Alfredo Gallego Anabitarte, 2ª ed., Madrid, Ariel, 2018.
- POU GIMÉNEZ, Francisca, “El Poder Judicial”, en Daniel Barceló Rojas, et. al., *Manual de derecho constitucional, Estructura y organización constitucional del Estado mexicano*, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 2018.
- POZZOLO, Susana, “Un constitucionalismo ambiguo” trad. de Miguel Carbonell, en Miguel Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 3ª ed., Madrid, Editorial Trotta, 2006.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Teoría de la Constitución*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2004.
- SUÁREZ ROMERO, Miguel Ángel, *Crisis de la ley y Estado Constitucional. La argumentación jurídica del legislador*, Ciudad de México, Editorial Porrúa, 2015.
- TUSHNET, Mark, *Taking back the Constitution, activist judges and the next age of American Law*, New Haven, Yale University Press, 2020.
- WEBBER, Grégoire C. N., *The Negotiable Constitution on the Limitation of Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

WALDRON, Jeremy, *Contra el gobierno de los jueces. Ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y en los tribunales*, trad. de Leonardo García Jaramillo, *et. al.*, Buenos Aires, Siglo veintiuno editores, 2018.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, 10^a ed., Madrid, Editorial Trotta, 2011.

2. HEMEROGRAFÍA

ARAGÓN REYES, Manuel, “El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad”, en *Anuario de la Facultad de Derecho s de la Universidad Autónoma de Madrid*, Madrid, España, 1997.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “El control judicial interno de convencionalidad”, en *Revista de posgrado en derecho de la UNAM*, Ciudad de México, Antología, julio 2005-diciembre 2013, 2014.

RINCÓN MAYORGA, César Alejandro, “La declaratoria general de inconstitucionalidad, medio ineficaz de control de la constitucionalidad de normas generales”, en *Hechos y Derechos Revistas Jurídicas UNAM*, núm. 37, enero-febrero, 2017.

SILVA GARCÍA, Fernando, “Control de convencionalidad en México: transformaciones y desafíos”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Ciudad de México, México, Sueva serie, año XIX, núm. Extraordinario, 2019.

3. FUENTES LEGISLATIVAS

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley de Amparo.

Código de Procedimientos Civiles de Ciudad de México.

Convención Americana de Derechos Humanos.

4. FUENTES JUDICIALES

Tesis P./J. 20/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 5, Abril de 2014, Tomo I, página 202, cuyo rubro dice: Derechos humanos contenidos en la constitución y en los tratados internacionales. Constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, pero cuando en la constitución haya una restricción expresa al ejercicio de aquéllos, se debe estar a lo que establece el texto constitucional.

Tesis: P./J. 2/2022 (11a.) *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 10, Febrero de 2022, Tomo I, página 7, cuyo rubro dice: Control de regularidad constitucional. Contenido y alcance del deber de los órganos jurisdiccionales del poder judicial de la federación de realizarlo al conocer juicios de amparo directo e indirecto [abandono de las tesis aisladas P. IX/2015 (10a.) Y P. X/2015 (10a.)].

Tesis 1a. XXII/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 27, Febrero de 2016, Tomo I, página 667 cuyo rubro dice: Control de convencionalidad ex officio. Las autoridades judiciales, previo a la inaplicación de la norma en estudio, deben justificar razonadamente por qué se destruyó su presunción de constitucionalidad.

Tesis: 1a. CCCXLVI/2018 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 61, Diciembre de 2018, Tomo I, página 376, cuyo rubro dice: Principio de igualdad procesal. Sus alcances.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Declaratoria General de Inconstitucionalidad 6/2017, resuelta en sesión de 14 de febrero de 2019.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Declaratoria General de Inconstitucionalidad 6/2017, resuelta en sesión de 14 de febrero de 2019.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Acción de Inconstitucionalidad 75/2015, resuelta en sesión de 14 de junio de 2016.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Acción de Inconstitucionalidad 62/2016, resuelta en sesión de 6 de julio de 2017.

Juez Sexagésimo de lo Civil de Ciudad de México, civil ordinario 142/2021, auto que otorga medidas cautelares de fecha 25 de marzo de 2021.

