

Justicia constitucional y libertad de configuración legislativa. Problemáticas y perspectivas actuales del ejercicio de la función jurisdiccional en México a cargo de los tribunales de amparo

Eduardo Fidel Juárez Moya¹

SUMARIO: I. *Introducción*; II. *Estado legal de derecho versus Estado constitucional*; III. *La libertad de configuración legislativa en el marco de la teoría constitucional*. IV. *La justicia constitucional como instrumento de restricción a los espacios de discrecionalidad legislativa*. V. *Problemáticas y perspectivas actuales en la práctica de la función jurisdiccional en México a cargo de los tribunales de amparo*. VI. *Consideraciones finales*. VII. *Bibliografía*.

I. Introducción

Hablar en la actualidad de justicia constitucional implica hacer referencia a un proceso evolutivo tanto de la teoría del derecho como de la teoría del derecho constitucional, pues la tradición jurídica occidental ha venido transitando del Estado legal de derecho a un Estado constitucional, no en pocos momentos de manera inconsciente e imperceptible, como se considera en México viene sucediendo. Este cambio de lo que podría denominarse paradigma, trae consigo despojarse de viejas y arraigadas prácticas jurídicas, como sucede con la reverencia indiscriminada al concepto de “imperio de la ley”, el cual socava a la Constitución a un mero conjunto de postulados

¹ Abogado postulante en materia fiscal y catedrático de posgrado en el Centro Universitario de Ciencias Económico Administrativas de la Universidad de Guadalajara.

políticos y organizativos del Estado, prescindiendo casi de todo contenido material que pudiere alimentarla.

El viejo y anacrónico positivismo jurídico, cuya versión más férrea reduce a la Constitución a una norma fundante del sistema, no como parámetro de validez material que permita controlar el contenido de las normas secundarias, sino bajo un cariz meramente formal vinculado a procesos de producción normativa, va dando paso al entendimiento de una Constitución con un fuerte contenido axiológico, que no solo vincula al legislador a un cierto proceso de producción normativa, sino también a los valores recogidos en sus preceptos, de tal manera que el contenido de las normas secundarias se encuentra predeterminado en la Carta Magna y no a través de un proceso inverso, esto es, un proceso donde la ley dota de contenido a la Constitución.

A partir de esta nueva perspectiva, el legislador va encontrando menos espacios de decisión en el contenido de las normas secundarias, derivado de que la Constitución le establece ciertas limitantes que, en último término, son construidas y determinadas por el juzgador atendiendo a la carga axiológica que advierte de sus preceptos. Esto significa que el juez deja de ser un simple autómatas en la aplicación del derecho, pues ese papel pasivo que lo limita al mero descubrimiento de la voluntad legislativa, es sustituido por un rol activo en la construcción del derecho, que se encamina más bien a dotar de contenido a las normas jurídicas partiendo de los valores identificados en la Constitución, de suerte que el entendimiento de la legislación se hace en función, precisamente, de esos valores fundamentales.

No obstante el desarrollo de esta tendencia, también se ha reconocido la existencia ciertos ámbitos donde la Constitución no predetermina la actuación legislativa, de suerte que le son reconocidos al legislador ámbitos de libertad de configuración, es decir, esferas de decisión que escapan a la competencia del Poder Judicial, al quedar comprendidas en el margen de los procesos democráticos, postura que se refleja de manera clara en cuestiones que involucran decisiones del legislador en materias económica y social, como sucede con la conformación del sistema tributario y la consecuente distribución del gasto público, las políticas públicas en materia de competencia económica, entre otras; sin pasar por alto lo acentuado de tal reconocimiento en la estructuración de la política punitiva del Estado.

Esto que podríamos considerar como un choque de ideologías jurídicas, escapa del ámbito meramente teórico para desembocar en el plano de la *praxis* judicial, tal como se verá en el desarrollo del presente artículo, en el cual podremos advertir su incidencia en el dictado de sentencias por parte de los tribunales de amparo que comparten la visión de un Estado Constitucional en México, pero también en las materias apuntadas reconocen espacios o esferas de actuación del legislador que, conforme a esta libertad de configuración legislativa, rechazan la posibilidad de confrontar las decisiones adoptadas por este órgano democrático en el contenido de la legislación secundaria.

Este estado de cosas en la *praxis* judicial de los tribunales de amparo, se considera que ha dado pauta a ciertas problemáticas, como son la una ausencia de definición de los límites y alcances de la libertad de configuración del legislador frente a los valores constitucionales que conforman el parámetro de control de la regularidad de las normas sujetas a un escrutinio de tal naturaleza, así como de la metodología empleada por los citados órganos judiciales para dilucidar estos aspectos de constitucionalidad, en detrimento de la justicia que corre a cargo de los órganos de amparo.

Para efectos del desarrollo del presente artículo, se estima conveniente, en primer orden, hacer referencia a las notas esenciales de los Estados legal de derecho y constitucional, a fin de justificar la realidad de la transición a la cual se ha hecho referencia y en la que México se encuentra inmerso. Posteriormente, se hará alusión a las bases teórico constitucionales en las que se sustenta la libertad configurativa del legislador, en aras de destacar las razones y motivos que –en todo caso– justifican la necesidad de reconocimiento de ciertos espacios de decisión concedidos a este órgano democrático, ajenos a intromisiones del Poder Judicial. Preciado lo anterior, se abordará cómo la justicia constitucional sirve de instrumento de restricción –hasta cierto grado– a las esferas de decisión del legislador, atendiendo, precisamente, al entendimiento de las características primordiales del Estado constitucional. Todo lo expuesto dará las bases para exponer la recepción en la *praxis* judicial de los tribunales de amparo, de estas tendencias en la impartición de la justicia constitucional y las problemáticas y perspectivas que genera este entendimiento de la función jurisdiccional en nuestro país, lo cual permitirá, a manera de colofón, externar las consideraciones finales respecto a este tema.

II. Estado legal de derecho *versus* Estado constitucional

A. Estado legal de derecho

Hacer referencia al Estado legal de derecho nos obliga a remitirnos al modelo de Estado rousseauiano del siglo XVIII. Para Juan Jacobo Rousseau, las personas, consideradas individualmente, llegan a un estado tal de cosas que les es imposible continuar viviendo aisladamente sin poner en peligro su propia subsistencia, de suerte que solo a través de la suma de esfuerzos hacen posible su preservación. De esta forma, la unión de las personas produce un cuerpo colectivo con voluntad distinta a éstas, capaz de imponerse leyes no con miras a satisfacer necesidades particulares, sino todo requerimiento emanado de la colectividad. Desde esta perspectiva rousseauiana, el legislador se erige como un ser extraordinario que emite leyes destinadas a guiar la recta voluntad general del pueblo emanada del contrato social.²

Esta deferencia al órgano legislativo, permitió sentar las bases del Estado legal de derecho, el cual encuentra sustento en el principio de legalidad como parámetro de validez del derecho, precisamente, por emanar la ley de un órgano que expresa la voluntad popular. La esencia representativa del órgano legislativo legitima el acto de expedición de la ley, la cual no puede ser trastocada ni tergiversada por el juez al momento de resolver las controversias, pues su función se circunscribe a la de un mero aplicador del derecho previamente dictado por el órgano legislativo.

Así, desde una perspectiva de la teoría del derecho, la idea de sujeción a la ley evoca a la corriente *iuspositivista* de finales del siglo XIX, como entendimiento de un sistema de normas jurídicas cuya validez se finca en la observancia de un procedimiento de producción normativa a cargo del órgano constitucionalmente legitimado, prescindiendo de toda cuestión axiológica al interior del derecho, o dicho en palabras simples, se traduce en una negación a todo contenido moral de las normas jurídicas. De tal manera que para Hans Kelsen, a quien se le considera uno de los máximos

² Jean-Jacques Rousseau (1762), “*El Contrato Social*” (José Marchena Ruiz de Cueto, trad.), Centaur Editions, 27 de agosto de 2012, Disponible en internet: http://www.amazon.com.mx/El-Contrato-Social-con-%C3%ADndice-ebook/dp/B0092Y083O/ref=sr_1_fkmr0_1?ie=UTF8&qid=1439953562&sr=8-1-fkmr0&keywords=el+contrato+social+centaur+editores.

exponentes del positivismo jurídico, la validez de la legislación secundaria depende de que su producción se haya ajustado al proceso de creación de las normas previstos en una ley fundamental o Constitución, sin que su contenido material sea relevante para determinar su conformidad con esta norma primaria.³ Al ser derecho válido la ley expedida conforme al proceso de producción normativa previsto en la Constitución, el juez no debe más que aplicar las consecuencias jurídicas establecidas en ella cuando constate que se han verificado en el plano de los hechos las situaciones previstas de manera abstracta en la ley. A lo más, conforme a la teoría del citado autor, el contenido de la ley puede ser confrontado con los postulados fundamentales bajo una jurisdicción que corre a cargo de un órgano con facultades estrictamente constitucionales, bajo el denominado control concentrado de constitucionalidad.

Conforme a lo expuesto, el orden jurídico se integra por reglas legales cuya aplicación por parte de los juzgadores se limita a procesos eminentemente formales, como es la conformación de un silogismo jurídico cuya premisa mayor se construye a partir del contenido de las normas jurídicas que se estiman aplicables al caso concreto; la premisa menor integrada a partir de los hechos relevantes del caso; y la conclusión que es dada mediante un proceso de subsunción que permite asignar o negar las consecuencias jurídicas que correspondan según se constate la verificación en el plano fáctico de los supuestos contemplados abstractamente en la ley.

En materia de derechos subjetivos, estos adquieren relevancia jurídica en la medida en que se encuentran contenidos en la ley, esto es, dichos derechos pueden ser protegidos por la ley (contra la administración), pero no contra la ley (por la Constitución); en suma, significa identificar el derecho con la ley.⁴

Así pues, resulta evidente que la función del juzgador en el Estado legal de derecho se constriñe a aplicar la voluntad popular materializada en el acto del legislador, sin efectuar juicios acerca de lo justo o injusto de la ley,

³ Este entendimiento del positivismo jurídico es catalogado como de carácter excluyente, precisamente, al prescindir de elementos axiológicos para juzgar la validez o invalidez de las normas jurídicas.

⁴ Zagrebelsky Gustavo, *“El Derecho Dúctil”* (1992), Madrid, 1995, citado por Guastini Ricardo, en *“Derecho Dúctil Derecho Incierto”* (Marina Gascón, trad.) (citado el 21 de agosto de 2015), Anuario del Derecho de Filosofía XIII, Fundación Dialnet: disponible en internet: dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/142372.pdf.

es decir, la función del juzgador se ve rebajada a procesos cognitivos cuya apreciación de los textos normativos estriba en averiguar su significado objetivo o la intención de su autor, de suerte que su decisión se basa en premisas jurídicas falsas o verdaderas, atendiendo a la identificación correcta o no de la voluntad general concretada en la ley.

Ilustrativo resulta el caso *Riggs vs Palmer*, cuya resolución adoptada por el Tribunal de Apelación de Nueva York en 1889, dilucidó si Elmer E. Palmer, quien asesinó a su abuelo Francis B. Palmer, con el propósito de disponer de los bienes de la herencia de éste de manera rápida, ante la posibilidad de que lo revocaran como heredero, podía recibirla a pesar de tal suceso, dado la existencia de norma expresa en el sentido de que los instituidos en un testamento obtuvieran la propiedad a ellos otorgada.⁵ Bajo una perspectiva del Estado legal de derecho, descrita en el presente apartado, estimo que sería obvia la respuesta que ameritaría la interrogante planteada.⁶

B. Estado Constitucional

La férrea defensa del principio de legalidad como parámetro de validez del derecho quedó en entredicho cuando al amparo de la Ley del III Reich, se cometieron crímenes y abusos en contra de la humanidad. Recordemos que derivado de las atrocidades cometidas por el ejército Nazi en la Segunda Guerra Mundial se creó el Tribunal de Nuremberg, situación que suscitó una confronta directa entre el principio de legalidad y el derecho de gentes,⁷ al someter a juicio a los altos funcionarios del citado régimen totalitario al amparo de una ley *ex post facto*; actuación que quebrantó el aludido principio de legalidad encarnado en el aforismo latino *nullum crimen nulla poena sine lege*.⁸ Las decisiones pronunciadas por el Tribunal de Nuremberg significaron

⁵ La traducción del caso citado se puede encontrar en la Revista Telemática de Filosofía del Derecho, n° 11, 2007/2008, pp. 363-374, disponible en internet: <http://www.rtfed.es/numero11/21-11.pdf>.

⁶ Afortunadamente la resolución adoptada por el Tribunal de Apelación de Nueva York optó por atender a una cuestión de justicia más allá de aspectos de mera legalidad.

⁷ Identificado bajo la connotación de derecho internacional natural.

⁸ Aunque se afirma que la legitimidad del Tribunal de Nuremberg emana de los acuerdos de Londres del 8 de agosto de 1945. Ver: Ortiz Treviño, Rigoberto Gerardo, "*Los Juicios de Nuremberg: 60 años después*" (citado el 24 de agosto de 2015), Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, pág. 43, disponible en internet: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhumex/cont/2/art/art2.pdf>

un triunfo del derecho de gentes frente a una legalidad desenfrenada, puesto que se antepuso el valor de los seres humanos, sentando con ello las bases para la inserción de una primera aproximación a la justicia en Europa.

Este evento desafortunado dio pauta a que el constitucionalismo europeo de posguerra recogiera el ideal de un sometimiento del legislador a la obra y creación del poder constituyente, así como el entendimiento de una norma fundante del orden jurídico con un fuerte contenido sustantivo, traduciéndose en una re-materialización de la Constitución que implicaba no solo la sujeción formal de la ley a ésta, sino también el reconocimiento de valores inmersos en los postulados constitucionales que predeterminan las esferas de regulación del acto legislativo, es decir, una reducción de los espacios de discrecionalidad concedidos al legislador para determinar el contenido de una ley.⁹

Asimismo, el fenómeno jurídico antes descrito generó un desbordamiento constitucional, es decir, la inmersión de la Constitución dentro del orden jurídico como una norma de carácter superior, de suerte que los operadores jurídicos acceden a ésta de manera directa y sin necesidad de realizarlo a través del acto legislativo, dado que el fuerte contenido axiológico de la norma fundamental permea a todo el derecho.¹⁰

Este proceso de desbordamiento constitucional exigió el cumplimiento de ciertas condicionantes que permitieran constatar la presencia de tal fenómeno, sin que, conviene precisar, fuere pertinente hablar de su ocurrencia bajo premisas verdaderas o falsas, sino más bien desde una perspectiva de grado de concreción, esto es, de un bajo, intermedio o alto grado de constitucionalización del ordenamiento jurídico.¹¹

En este sentido, las condiciones exigidas por la teoría constitucional para afirmar la existencia del proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico, ya sea en grado inicial, intermedio o acabado, requirió de: i) Una Constitución rígida;¹² ii) Una garantía jurisdiccional de la Constitución;¹³ iii) Una fuerza vinculante de la Constitución;¹⁴ iv) Una sobreinterpretación de la

⁹ Prieto Sanchís, Luis, *“Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial”*, en Neoconstitucionalismo(s), ed. Miguel Carbonell, México, Trotta, 2009, pág. 130.

¹⁰ Sanchís, *“Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial”*, pág. 130.

¹¹ Guastini, Ricardo, *“Estudios de teoría constitucional”*, Fontamara, México, 2009, pág. 148.

¹² Guastini, *“Estudios de teoría constitucional”*, pág. 149.

¹³ Guastini, *“Estudios de teoría constitucional”*, pp. 149 a 151.

¹⁴ Guastini, *“Estudios de teoría constitucional”*, pp. 151 y 152.

Constitución;¹⁵ v) Una aplicación directa de las normas constitucionales;¹⁶ vi) La interpretación conforme de las leyes;¹⁷ y vii) La influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas.¹⁸

Cabe precisar que las condiciones enunciadas en los incisos i) y ii) constituyen condiciones necesarias de constitucionalización del ordenamiento jurídico, es decir, resulta inconcebible pensar en este proceso de desbordamiento constitucional sin la existencia de tales condiciones; mientras que las previstas en los incisos iii) a vii) son condiciones suficientes de distintos grados de constitucionalización, en los términos antes expuestos.

El fenómeno de constitucionalización tuvo influencia significativa en torno a la concepción de las normas jurídicas que consagraban derechos subjetivos, propiamente, los de carácter fundamental, pues se creó convicción en el sentido de que el orden jurídico no solo estaba compuesto de reglas cuya aplicación se da bajo la perspectiva de un “todo o nada”, sino también de principios destinados a entrar en conflicto a partir de casos concretos, sin que exista una regla de prevalencia absoluta aplicable a este tipo de normas jurídicas.¹⁹ La decisión respecto a cuál derecho debe prevalecer en caso de existir una colisión entre estos, debe decidirse a través de un proceso de ponderación de las prerrogativas en juego, sin que la conclusión alcanzada para un caso concreto pueda servir para juzgar distintos asuntos, aunque sí es susceptible de generar premisas generales aplicables a los casos futuros, en la medida que conserven las mismas propiedades relevantes que sirvieron para sustentar la decisión primigenia.

El reconocimiento de principios en el Estado constitucional, generó en un cambio significativo y radical de la función jurisdiccional a cargo del juez, pues este nuevo rol lo elevó de un mero aplicador del derecho a un verdadero constructor del orden jurídico, al corresponderle en última instancia definir el contenido de la ley a partir de los valores inmersos en el texto constitucional, lo cual ha sido en no pocas ocasiones criticado bajo la consideración de un excesivo “activismo judicial”.²⁰

¹⁵ Guastini, “*Estudios de teoría constitucional*”, pp. 152 a 154.

¹⁶ Guastini, “*Estudios de teoría constitucional*”, pp. 154 y 155.

¹⁷ Guastini, “*Estudios de teoría constitucional*”, pp. 155 y 156.

¹⁸ Guastini, “*Estudios de teoría constitucional*”, pp. 157 y 158.

¹⁹ Es lo que en la teoría principalista de Robert Alexy se denomina Ley de Colisión.

²⁰ Entendiendo por tal concepto la modificación judicial del derecho con la finalidad de adaptarlo a las necesidades sociales imperantes en un momento determinado. Ver: Malarino

Un caso que se estima paradigmático por haber sido resuelto a partir de una perspectiva del Estado constitucional, resulta el de *Lüth Urteil*, resuelto en 1958 por el Tribunal Constitucional Alemán. Eric Lüth exhortó al público alemán a boicotear una película del cineasta Veit Harlan, a quien se le acusaba de tener un pasado Nazi. La cuestión jurídica a dilucidar versó sobre la colisión del derecho a la libertad de opinión que, por una parte, asistía a Eric Luth, frente a la causación de un daño de manera contraria a las buenas costumbres que, por otra parte, reclamaba Veit Harlan. Demandado civilmente el primero se le consideró culpable de daño perpetrado en perjuicio del segundo. No obstante lo anterior, el Tribunal Constitucional Alemán determinó que el principio de libertad de expresión debía prevalecer a los que iban contra él.²¹

III. La libertad de configuración legislativa en el marco de la teoría constitucional

Hablar de una deferencia constitucional hacia el legislador conlleva sostener que, al menos en los términos de teoría constitucional, el proceso de constitucionalización del orden jurídico no ha culminado o, ideológicamente, se le ha negado, pues la ausencia de regulación concreta y determinada en la norma fundamental en torno a ciertas materias en ella contenidas, es entendida como una permisón al legislador para trazar el andamiaje normativo correspondiente con base en decisiones políticas que reflejen la voluntad de las mayorías imperantes en un momento determinado, de suerte que las decisiones adoptadas por el legislador carecen de justiciabilidad²² o, en el mejor de los casos, son susceptibles de un escrutinio constitucional leve.

Ezequiel, “*Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*” (citado el 25 de agosto de 2015), Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, pág. 29, disponible en internet: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/8/3515/6.pdf>.

²¹ Alexy Robert, “*Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad*” (David García Pasos y Alberto Oehling de los Reyes, trad.) (citado el 26 de agosto de 2015), Revista Iberoamericana de Derecho Constitucional, núm. 11, enero-junio 2009, pág. 5, disponible en internet: http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/derechos_fundamentales_ponderaci_n_y_racionalidad_Rober_Alexy.pdf

²² Juan Carlos Cassagne, “*La Judicialización de las Cuestiones Políticas*” (citado el 30 de agosto de 2015), pág. 1, disponible en internet: http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/La_judicializacion_de_las_cuestiones_politicas.pdf. Muy oportuno resulta destacar lo expresado

Es desde la perspectiva de una carencia de justiciabilidad de las decisiones políticas del legislador, donde la teoría de las “cuestiones políticas” florece de manera natural. La mencionada teoría de las cuestiones políticas se sustenta en la necesidad de evitar el denominado “gobierno de los jueces”, vinculado al ya invocado activismo judicial, con la finalidad de preservar la separación de poderes que rige en los Estados y, por consecuencia, sortear la posibilidad de traslación del poder político a los tribunales judiciales.²³

Una postura menos rígida respecto a la teoría de las cuestiones políticas no justiciables, es la que sostiene que éstas no abarcan a todas las facultades conferidas por la Constitución al legislador, sino solamente aquéllas que tengan un carácter discrecional en cuanto a su contenido, oportunidad y conveniencia y que, por consecuencia, carecen de la posibilidad de ser examinadas por los jueces sin alterarse el equilibrio e independencia de los poderes consagrados en la propia Constitución.²⁴

Esta teoría de las cuestiones políticas no justiciables, aparentemente tiene su origen en el paradigmático caso del constitucionalismo estadounidense *Marbury versus Madison*, en donde la Corte de dicho país, precedida por el Juez Marshall, declaró la inconstitucionalidad de la Ley de Organización Judicial de 1789 (*Judiciary Act*), que otorgaba poderes a la Suprema Corte para emitir órdenes (*writs of mandamus*) por ser contraria a la Constitución, bajo la premisa de que existen limitaciones impuestas por la norma fundamental a los funcionarios judiciales, como sucede con los aspectos que constitucionalmente compete desempeñar al Poder Ejecutivo y respecto de los cuales tiene discreción.²⁵

por el citado autor, respecto a la necesidad de depurar el lenguaje jurídico de los juristas, ya que, como bien lo indica, la palabra “justiciabilidad no figura en el Diccionario de la Lengua Española; no obstante lo antes indicado, al estimarse que dicha palabra es una especie de modismo jurídico, se invoca en el presente trabajo.

²³ Cassagne, “*La Judicialización de las Cuestiones Políticas*”, pág. 2.

²⁴ Badeni, Gregorio, “*Tratado de Derecho Constitucional*”, Tomo 1, Buenos Aires, 2004, pág. 211, citado por Cassagne, en “*La judicialización de las Cuestiones Políticas*”, pág. 3.

²⁵ Un amplio análisis jurídico y político del caso en cuestión puede verse en: Valdés S. Clemente, “*MARBURY VS. MADISON. Un ensayo sobre el origen del poder de los jueces en Estados Unidos.*” (citado el 30 de agosto de 2015), Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, disponible en internet: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/35/pr/pr18.pdf>.

Existe también otra visión que ofrece una respuesta en torno a la imposibilidad del juez de inmiscuirse en los espacios de discrecionalidad legislativa. Esta visión es conocida como la doctrina de la “autorrestricción judicial”, la cual plantea la necesidad de una moderación a los impulsos de los jueces constitucionales, encaminada a evitar una invasión a la esfera competencial del órgano democrático, de suerte que los jueces al estudiar la constitucionalidad de una ley, cuyo contenido ha sido dejado en manos del legislador por parte del poder constituyente, solo deben intervenir en los casos en que el órgano democrático haya quebrantado de manera evidente las normas fundamentales.²⁶

Esta doctrina tuvo su origen en los Estados Unidos, la cual traza la práctica a seguir en la operación del derecho constitucional por parte de los juzgadores, en el sentido de no resolver cuestiones constitucionales salvo que sea la última opción y solo en caso de que sea absolutamente necesario por ser imposible evadir el tema; y, solucionar la problemática constitucional únicamente en el supuesto de que exista planteamiento formal ante el tribunal y sea realizado con motivo de un acto inconstitucional emitido en perjuicio de alguna persona.²⁷

Estas teorías tienen serias repercusiones en el alcance de la facultad de decisión del juzgador, dado que en un Estado cuyo proceso de constitucionalización es avanzado, el derecho creado a partir de la interpretación y aplicación de la norma jurídica construida para la resolución del caso concreto es admisible e, incluso, necesario para resolver conforme a los valores predeterminados en la norma fundamental; mientras que bajo la concepción en comento, el juzgador debe ser respetuoso de las decisiones basadas en los procesos democráticos, sin que corresponda al juez someterlas a un escrutinio constitucional, o en el mejor de los casos, haciéndolo de manera laxa, de suerte que lo único vedado a este órgano de decisión política es la adopción de decisiones arbitrarias.

Así pues, conforme a una teoría constitucional, la razón de ser de esta especie de reverencia constitucional al órgano que encarna la voluntad popular, obedece al régimen democrático y pluralista que embebe al poder

²⁶ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, y Molina Suárez, César de Jesús (coords.), *“El juez constitucional EN EL SIGLO XXI,”* Tomo II, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2009, pág. 590.

²⁷ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, y Molina Suárez, César de Jesús (coords.), *“El juez constitucional EN EL SIGLO XXI,”* pág. 590.

legislativo, permitiéndole, conforme a un abanico amplio de posibilidades, determinar el contenido material de ciertas leyes atendiendo a la visión de las mayorías.

Con base en lo expuesto, es dable afirmar que la posibilidad de decisión del legislador es inversamente proporcional a la precisión y amplitud del contenido regulativo de la Constitución respecto a una institución jurídica, es decir, mientras más cargada esté la Constitución de aspectos sustantivos menor será el ámbito o espacio de decisión con que cuenta el legislador para elegir la configuración normativa que sea representativa de la perspectiva mayoritaria.²⁸

Por ejemplo, tratándose de la materia tributaria, la Constitución Colombiana, en sus artículos 150, numeral 12, y 338, establece la facultad del Congreso de decretar las contribuciones fiscales bajo las condiciones que establezca la ley; mientras que su artículo 95, numeral 9, estipula que son deberes de la persona y el ciudadano contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad. La Constitución Española, en su artículo 31, numerales 1 y 3, dispone que todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema justo basado en los principios de igualdad y progresividad, sin que pueda tener el alcance de confiscatorio; mientras que su artículo 133, numerales 1 y 2, precisan que la potestad originaria para imponer tributos corresponde al Estado mediante la ley y que las Comunidades Autónomas y Corporaciones locales podrán establecer y exigir tributos, de acuerdo con la Constitución y las leyes. Por último, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece en su artículo 31, fracción IV, que son obligaciones de los mexicanos contribuir al gasto público de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes; en tanto que su artículo 73, fracción VII, indica que corresponde al Congreso de la Unión decretar las contribuciones necesarias para cubrir el presupuesto.

Como se puede observar, una nota común en el ámbito constitucional tributario de los países mencionados, es la ausencia de lineamientos precisos bajo los cuales el legislador deba realizar la construcción de los sistemas que les allegarán los recursos económicos necesarios para sufragar los gastos

²⁸ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-404/01 (citado el 28 de agosto de 2015), Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra, disponible en internet: <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-404-01.htm>.

públicos, lo cual, desde la posición que se analiza, se traduce en la concesión de un amplio margen de configuración política del sistema tributario, por parte del poder constituyente al mencionado poder constituido, de suerte que no es dable al juzgador realizar un pronunciamiento en torno a la viabilidad o inviabilidad de la manera en que fue estructurado el sistema fiscal, sino tan solo constatar que los tributos decretados son respetuosos de los principios que estipulan cada una de las Constituciones invocadas.

El alcance de la revisión constitucional que, en todo caso, puede realizar el juzgador respecto de decisiones que constitucionalmente corresponde adoptar al legislador con base en procesos democráticos, es lo que en la doctrina constitucional se le denomina “control de constitucionalidad leve” del acto legislativo. Esta intensidad de control constitucional también tiene su origen en el derecho de los Estados Unidos, en la insigne nota al pie de página del caso *Carolene Products*, en la cual se hizo referencia a un ámbito más limitado para la operación una presunción de constitucionalidad de los actos del legislador, cuando se afectan ciertos derechos fundamentales trascendentes para el sistema democrático.²⁹ En el caso *Hodel versus Indiana*, la Suprema Corte estadounidense estableció que para lograr superar un juicio de constitucionalidad de la ley que rige ámbitos de la vida económica, basta una mínima conexión razonable entre los objetivos buscados por el legislador y los medios utilizados para lograrlos.³⁰ Esto implica que libertad de configuración legislativa torna inexigible al legislador que las medidas por él acogidas en la producción normativa, encaminadas a alcanzar un propósito o valor constitucional, sean las mejores o las más adecuadas para conseguir la finalidad buscada, sino que es suficiente que el entramado legal confeccionado sea potencialmente apto para alcanzar el propósito inmerso en la norma secundaria.

IV. La justicia constitucional como instrumento de restricción a los espacios de discrecionalidad legislativa

De manera inversa a lo tratado en el epígrafe que antecede, la perspectiva de una justicia constitucional que sirve como instrumento de restricción a la

²⁹ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, y Molina Suárez, César de Jesús (coords.), “El juez constitucional EN EL SIGLO XXI,” pág. 593 y 594.

³⁰ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, y Molina Suárez, César de Jesús (coords.), “El juez constitucional EN EL SIGLO XXI,” pág. 594.

libertad de configuración legislativa, se funda en la idea de una Constitución “irradiante” o “invasiva” del orden jurídico. Esta propuesta implica que la Constitución abarque, en grado preponderante, todos los ámbitos de la vida de las personas, de manera que no existan o, en el peor de los casos, sean mínimos los espacios concedidos al legislador para realizar juicios de discrecionalidad en torno al contenido de las normas secundarias, derivado de que su configuración normativa está predeterminada por los postulados constitucionales.

El control de constitucionalidad del acto legislativo tiene sus bases en la Constitución escrita que confiere poderes limitados a los órganos constituidos, de manera que es la propia Constitución la que confía al Poder Judicial la posibilidad de interpretarla y determinar su contenido como parámetro de control de regularidad constitucional de la legislación secundaria.³¹ Es por ello que aquí se afirma que el control de constitucionalidad a cargo del mencionado Poder tiene una vocación democrática, al emanar de la voluntad superior del pueblo cristalizada en la Ley Fundamental.

Así, en el caso *Trop versus Dulles*, la Suprema Corte Norteamericana estableció que las disposiciones de la Constitución no son adagios gastados (*time-worn*) o lemas (*shibboleth*) vanos, sino que constituyen principios esenciales y vivientes que autorizan y limitan a los poderes gubernamentales, constituyendo las reglas de gobierno; motivo por el cual, ante la impugnación de inconstitucionalidad de una ley, la Corte tiene que aplicar esas reglas, ya que omitir tal labor convierte a la Constitución en un poco más que un buen consejo.³²

Sin embargo, el carácter pleno y acabado de la Constitución no se extrae de los enunciados literales que la conforman, toda vez que corresponde al Poder Judicial determinar la carga axiológica en ella contenida a partir una interpretación constitucional de sus disposiciones. En ese sentido, conviene traer a colación la frase del jurista estadounidense *Charles Evans*

³¹ García Belaunde, Domingo (director), “*El Carácter Democrático del control judicial de la Constitucionalidad*” (citado el 30 de agosto de 2015), *Revista Peruana de Derecho Público*, Año 8, No. 14, enero – junio 2007, pág. 15, disponible en internet: http://www.garciabelaunde.com/Biblioteca/REVISTA_P14.pdf.

³² Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, y Molina Suárez, César de Jesús (coords.), “*El juez constitucional EN EL SIGLO XXI*,” pág. 601.

Hughes, quien afirmó que se vive al amparo de una Constitución, pero que la Constitución es lo que los jueces dicen que es.³³

En efecto, debemos recordar que las disposiciones constitucionales, propiamente las que consagran derechos fundamentales, poseen un amplio margen de indeterminación y vaguedad, situación que lleva al juez a completarlas a través de una labor interpretativa e integrativa, que permita su aplicación inmediata a la conducta humana. De ahí que la aplicación de las normas constitucionales para la resolución de los casos planteados ante el juez, supone una actividad creadora y no mecánica, de manera que la tarea del juez no debe limitarse a desentrañar lo que ha querido decir el legislador a través del texto normativo, sino también a determinar si el legislador hubiere querido proteger la situación que no pudo prever en caso de haberla establecido.³⁴

Siguiendo la misma línea ejemplificativa trazada en el epígrafe que antecede, la Constitución Colombiana, en su artículo 13, establece que todas las personas nacen libres e iguales ante la ley. Por su parte, la Constitución Española, en su artículo 14, establece que los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda existir discriminación atendiendo a ciertas categorías ahí señaladas. Por último, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 1, establece la imposibilidad de discriminar atendiendo también a determinadas categorías previstas en el citado numeral.

Los preceptos fundamentales invocados aluden al principio constitucional de igualdad; sin embargo, los rasgos o elementos que obligan a un trato igualitario no son suministrados por las disposiciones fundamentales en comento, sino que hacen necesario que los jueces constitucionales las descifren. No en pocas ocasiones se acude a una definición de igualdad en los términos siguientes: los iguales deben ser tratados de manera igual y los desiguales deben ser tratados de manera desigual. Se estima que esta

³³ Citado por: Lelo de Larrea, Arturo, “*Breves notas sobre la interpretación constitucional*” (citado el 30 de agosto de 2015), Documentos y ponencias. Reflexiones sobre el Derecho Constitucional y el Derecho Procesal Constitucional, disponible en internet: <http://arturozaldívar.com.mx/node/81>.

³⁴ Bouzat, Gabriel, “*La argumentación jurídica en el control constitucional. Una comparación entre la Judicial Review y el control preventivo y abstracto de constitucionalidad.*” (citado el 30 de agosto de 2015), pág. 209, disponible en internet: http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n2N1y2-Abril1997/02%201y2Juridical1.pdf.

definición es hueca. Por ello, los jueces constitucionales deben dotar de contenido a estos textos normativos, partiendo de la idea de que toda igualdad es siempre, por eso, relativa, pues sólo en relación con un determinado *tertium comparationis* puede ser afirmada o negada y desde esa perspectiva solo puede existir o no existir, de manera que el conjunto de elementos de los que se predica constituye una clase en sentido lógico, integrada por elementos absolutamente homogéneos, y ello con absoluta independencia de que el *tertium comparationis* obligue a tomar en consideración un solo rasgo (por ejemplo, sólo el sexo), varios o muchos (por ejemplo, además del sexo, también la edad, la estatura, el grado de instrucción, la localidad de origen, etc.).³⁵ Esto implica que corresponde al juez constitucional elegir el término de comparación o *tertium comparationis* de acuerdo con los valores o propósitos inmersos en la Constitución, como condición necesaria para llevar a cabo el juicio de igualdad y, en última instancia, para determinar mediante un proceso ponderativo si la distinción legislativa encuentra asidero constitucional, con lo cual se reconoce la facultad del juzgador de erigirse en un creador o constructor del derecho y no en un simple aplicador del mismo.

Esta facultad creadora del derecho, a veces criticada bajo visión de un activismo judicial, desata la interrogante de la intensidad que debe tener la construcción del parámetro de regularidad constitucional conforme al cual debe analizarse la validez del acto legislativo. Uno de los principios básicos de la interpretación constitucional es la fuerza normativa de la Constitución, que pregona la eficacia directa de la norma fundamental sobre todos los actores jurídicos con la finalidad de vincularlos a ésta, en virtud de su carácter obligatorio, de modo tal que su observancia no se sujeta a lo previsto por otras fuentes.³⁶

Los valores inmersos en la Constitución deben ser consolidados por el juzgador a fin otorgar la máxima eficacia a las normas fundamentales que

³⁵ Rubio Llorente, Fernando, “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional” (citado el 30 de agosto de 2015), Revista Española de Derecho Constitucional, pág. 13, disponible en internet: dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/79432.pdf.

³⁶ Huerta, Carla, “La fuerza normativa de la Constitución. Tensión entre la aplicación y reforma constitucional.” (citado el 30 de agosto de 2015), Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, pág. 28, disponible en internet: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/8/3845/5.pdf>.

permita incluir la mayor cantidad de situaciones jurídicas con las cuales pudieran estar vinculadas. Se habla de una voluntad por la Constitución (*Wille zur Verfassung*): el impulso natural del operador jurídico para dar a la ley fundamental toda la fuerza que debe tener.³⁷

Esto nos permite abordar el control de constitucionalidad intenso, propio de esta perspectiva constitucional que se comenta. Se parte de la premisa de que si las constituciones tienen fuerza normativa, entonces deben ser aplicadas otorgando la mayor eficacia posible a sus preceptos, para lo cual el juzgador debe esforzarse por realizar una interpretación que los potencialice no obstante el grado de abstracción que presentan; requiriendo un análisis pormenorizado de la cuestión efectivamente planteada, las disposiciones fundamentales relevantes y vinculadas a ella y la confección del parámetro de control de regularidad constitucional que intensifique lo más posible la determinación normativa de las situaciones *sub judice*.³⁸

Una incidencia mayúscula tiene esta postura constitucional respecto a la visión de las mayorías reflejadas en el acto legislativo, en razón de que la fuerza normativa de la Constitución prevalece sobre ciertos valores comunes arraigados en una sociedad poco incluyente, de modo tal que el pluralismo jurídico inmerso en la norma fundamental constituya un “coto vedado”³⁹ o “vetos” o “cartas de triunfo”.⁴⁰ Esto significa que la fuerza normativa de la Constitución se antepone a las decisiones mayoritarias, al no poder ser suprimidos los derechos reconocidos en la norma fundamental a grupos minoritarios en sociedades profundamente heterogéneas.

³⁷ Die normative Kraft der Verfassung, Tubinga, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1959, pág. 12, citado en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, y Molina Suárez, César de Jesús (coords.), “El juez constitucional EN EL SIGLO XXI,” pág. 601.

³⁸ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, y Molina Suárez, César de Jesús (coords.), “El juez constitucional EN EL SIGLO XXI,” pp. 602 y 603.

³⁹ Garzón Valdés, E., “Representación y Democracia”, en E. Garzón, Derecho, ética y política, CEC, Madrid, pp. 631 a 650, citado en Carbonell, Miguel (coordinador), “Neoconstitucionalismo(s)”, Trotta, Madrid, Cuarta Edición, 2009, pág. 211. Cabe precisar que este concepto alude a ciertos derechos retirados de la agenda política ordinaria para emplazarlos a una esfera intangible.

⁴⁰ Dworkin, Ronald, “Los Derechos en Serio” (Marta Guastavino), Ariel, Barcelona, Segunda Edición, 1989, pp. 91 y 199.

V. Problemáticas y perspectivas actuales en la práctica de la función jurisdiccional en México a cargo de los tribunales de amparo

En principio de cuentas, conviene destacar que las reformas constitucionales en materia de amparo y derechos humanos,⁴¹ han tenido como propósito fundamental ampliar el ámbito de protección a la persona, mediante el reconocimiento de derechos humanos inscritos en la Constitución; la incorporación constitucional de los derechos humanos previstos en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano es parte; principios hermenéuticos que rigen la interpretación de los derechos fundamentales; así como la garantía de tutela jurisdiccional de las citadas prerrogativas a través del juicio de amparo, con base en la existencia de intereses jurídicos o legítimos que actualicen su procedencia, entre otras cuestiones no menos importantes.

Conforme a lo visto, esto significa que México dio otro paso adelante en el proceso de constitucionalización de su ordenamiento jurídico, dado que tanto los derechos humanos previstos a nivel constitucional como los establecidos a nivel internacional, producen un efecto invasivo en la legislación secundaria, a la vez que se constituyen en el parámetro de control de la regularidad constitucional del acto legislativo,⁴² de modo tal que, al menos desde una perspectiva teórica, los espacios de discrecionalidad concedidos al órgano legitimado para expedir leyes se vean profundamente reducidos por el efecto irradiante de las normas fundamentales.

Es conveniente precisar que esto no significó que México, de un día para otro y por virtud de la entrada en vigor de la apuntada reforma constitucional, se viera inmerso en este proceso de constitucionalización de su ordenamiento jurídico, pues, como se mencionó en el epígrafe introductorio del presente artículo, ese transitar ha sido no en pocos momentos inconsciente e imperceptible. Esta afirmación se sustenta en el hecho de que ya con

⁴¹ Publicadas en el Diario Oficial de la Federación los días 6 y 10 de junio de 2011, respectivamente.

⁴² En este aspecto resulta muy relevante la decisión adoptada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la contradicción de tesis 293/2011, que dilucidó la posición o jerarquía en el ordenamiento jurídico mexicano de los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

anterioridad a la reforma constitucional en materia de amparo y derechos humanos, se abordaban aspectos propios de un Estado constitucional, como sucede con el reconocimiento de la estructura principalista de los derechos fundamentales, cuyo incidencia o afectación amerita realizar juicios de proporcionalidad o ponderación de los bienes constitucionales en juego.⁴³ De tal manera que con antelación a la culminación de la aludida reforma constitucional, México ya se encontraba sumido en ese proceso de constitucionalización de su ordenamiento jurídico, pero encontró en tal modificación un catalizador que ubica al Poder Judicial de la Federación como al actor más importante del constitucionalismo mexicano del siglo XXI.⁴⁴

Pareciere entonces que el proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico mexicano, ha reducido sustancialmente los espacios de discrecionalidad concedidos al Legislador para determinar el contenido de las leyes. Sin embargo, existen ciertos ámbitos donde ello no ha sucedido, ya que en los últimos años han existido diversos pronunciamientos por parte de los tribunales de amparo mediante los cuales, recurrentemente, se reconocen ciertos espacios de discrecionalidad legislativa, lo cual genera dudas de la eficacia y fuerza normativa que tienen algunos de los principios constitucionales, en detrimento de la justicia constitucional y, en última instancia, de quienes recurren a los tribunales de amparo en busca de protección frente a los actos del Legislador.

Se estima que esta actuación de los tribunales de amparo genera ciertas problemáticas en la práctica de la función jurisdiccional a su cargo; por ello, ahora nos ocuparemos de estos aspectos, partiendo de las premisas ya sentadas en los epígrafes que anteceden.

⁴³ Para sustentar esta afirmación, basta ver el contenido de las tesis jurisprudenciales: P./J. 130/2007 y Tesis: P./J. 28/2011, emitidas por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuyos rubros citan, respectivamente: “Garantías individuales. El desarrollo de sus límites y la regulación de sus posibles conflictos por parte del legislador debe respetar los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica.” Y “escrutinio de igualdad y análisis constitucional orientado a determinar la legitimidad de las limitaciones a los derechos fundamentales. Su relación.”.

⁴⁴ En este sentido se pronunció el Magistrado Manuel González Oropeza, en la presentación de su libro *“Constitución y Derechos Humanos, Orígenes del Control Jurisdiccional”*, en el marco de la Feria Internacional del Libro 2009, visible en internet: <http://www.trife.gob.mx/noticias-opinion-y-eventos/boletin/1/38/2009>.

A. La discrecionalidad legislativa como concepto que imprime a la ley un carácter cuasi-invencible

Existen ciertos ámbitos de la Constitución -como ocurre con el económico- respecto de los cuales nuestro más Alto Tribunal ha reconocido una libertad de configuración del legislador, de modo tal que la intensidad del escrutinio constitucional que deben efectuar los tribunales de amparo en torno al acto legislativo que regule tales ámbitos se ve mermado.⁴⁵ Esto implica que la decisión tomada por el legislador con base en el ejercicio de la discrecionalidad reconocida, sea prácticamente insuperable por el juzgador de amparo, pues al enfrentarse ante un planteamiento en el que se involucren aspectos económicos, la decisión tenderá a privilegiar esa discrecionalidad legislativa.

Esto sucede, por ejemplo, en los asuntos que envuelven aspectos tributarios. Cuando el juzgador aborda el estudio de una ley que establece algún impuesto, advertirá la tensión, al menos inicial, entre los principios de justicia tributaria y el impuesto estructurado con base en una discrecionalidad política. Nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación ha emitido sendos criterios jurisprudenciales y aislados, que afirman un mínimo de injerencia de los jueces en el ámbito contributivo, siempre bajo la consideración medular de que existe una deferencia constitucional hacia en legislador en dicha materia.⁴⁶ El linaje de la discrecionalidad legislativa lleva al juzgador a fungir como mero tramitador de la constitucionalidad de la ley tributaria a pesar de advertir que en uso de la discrecionalidad legislativa el órgano

⁴⁵ Ver el contenido de las tesis jurisprudencial y aislada: 1a./J. 84/2006 y 1a. CCCXII/2013 (10a.), emitidas por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuyos rubros indican: “Análisis constitucional. Su intensidad a la luz de los principios democrático y de división de poderes.” e “Intensidad del análisis de constitucionalidad y uso del principio de proporcionalidad. Su aplicación en relación con los derechos humanos.”.

⁴⁶ Ver el contenido de las tesis aisladas y jurisprudenciales: 1a. CLXX/2007, 1a./J. 132/2007, 1a./J. 159/2007, 1a. XLIII/2008, 1a./J. 77/2011, emitidas por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuyos rubros indican, respectivamente: “renta. El artículo 32, fracción xxvii, de la ley del impuesto relativo, al establecer que los anticipos erogados por las adquisiciones de mercancías, materias primas, productos semiterminados y terminados, no forman parte del costo de lo vendido, no viola la garantía de proporcionalidad tributaria (legislación vigente a partir de 2005)”, “sistema tributario. Su diseño se encuentra dentro del ámbito de libre configuración legislativa, respetando las exigencias constitucionales.”,

constitucionalmente legitimado para emitirla partió de premisas falsas, de suerte que no obstante estar estructurada la ley contributiva a partir de concepciones erróneas, el juez constitucional prácticamente no tiene más remedio que avalar el acto legislativo.⁴⁷

Sin duda que la práctica de la función jurisdiccional en materias que tradicionalmente se han considerado como sujetas a una discrecionalidad legislativa en los términos que se viene exponiendo, enfrenta un gran reto, pues la fuerza normativa de la Constitución no puede ni debe quedar supeditada a la voluntad del Legislador, que si bien tiene una esencia democrática incuestionable, de ninguna manera puede estar por encima de los postulados fundamentales, los cuales se erigen como limitaciones a las mayorías parlamentarias. En ese sentido, el juez constitucional no debe renunciar a la potestad de someter a escrutinio constitucional las razones

“Regímenes optativos. Supuestos en los cuales no se actualiza la inoperancia de los argumentos y puede analizarse su constitucionalidad.” Y “proporcionalidad tributaria. El legislador cuenta con un margen amplio de configuración, al definir las tasas y tarifas.”, entre otros pronunciamientos.

⁴⁷ A manera de dar soporte a lo afirmado, conviene citar textualmente la versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el 14 de agosto de 2014. En dicha sesión se abordó la acción de inconstitucionalidad 40/2013 y su acumulada 5/2014, promovidas por diversos Senadores y Diputados de la Sexagésima Segunda Legislatura del Congreso de la Unión. La temática a dilucidar versó sobre la constitucionalidad de la homologación de la tasa del Impuesto al Valor Agregado en la región fronteriza. Al respecto, el Ministro José Ramón Cossío Díaz, en su intervención manifestó lo siguiente: “...lo quiero señalar desde ahora, creo que el proyecto tiene un problema, a mi juicio, serio, porque si bien está señalando...que hay una libertad configurativa y simplemente la enuncia, más adelante...no se realiza ningún tipo de análisis para saber por qué sí o por qué no esta libertad configurativa está justificada; es decir, lo que se está haciendo en el proyecto es tomar prácticamente, lo digo simplemente para utilizar el lenguaje así, una frase “libertad configurativa”, y dice: “toda vez que tiene libertad configurativa es constitucional...creo que esto complica, lo digo con mucha franqueza, al menos para mí, la discusión, porque al final del día no sé del proyecto cuáles son las razones por las cuáles el legislador ejerció bien su libertad de configuración legislativa...sería tanto como creer que porque el legislador tiene una libertad legislativa se le ha dado un cheque en blanco, por decirlo también de esta forma metafórica, para el efecto de que disponga como le parezca de esta configuración de impuestos sin saber si las razones que dio fueron buenas o fueron malas en los casos específicos concretamente... Estoy a favor de la validez del precepto, pero difiero radicalmente de las argumentaciones que se dan. Creo que en una acción de inconstitucionalidad, si debemos llevar a cabo un análisis de las razones dadas por el legislador. Creo que apelar simplemente a la existencia de una deferencia en cuanto a las políticas fiscales o a las políticas económicas, me parece realmente una claudicación de las atribuciones de este órgano constitucional.”.

que subyacen en el ejercicio de la libertad de configuración legislativa, sin que ello implique la instauración de un “gobierno de los jueces”, pues tan solo conlleva el desempeño de la noble atribución encomendada por el Poder Constituyente de fungir como defensor y garante de la Constitución.

Debemos recordar que la sobreinterpretación y fuerza vinculante de la Constitución, son pilares fundamentales de la justicia en el Estado Constitucional, de manera que los tribunales de amparo deben analizar la corrección o incorrección en el uso de la discrecionalidad legislativa, en aras de preservar y potencializar los postulados en ella previstos, privilegiando el espectro protector de las personas frente a la organización política del Estado, proscribiendo de esta manera todo margen de capricho o arbitrariedad.

B. Ausencia de precisión en el alcance del escrutinio constitucional leve o laxo tratándose de actos en los que opera la libertad de configuración legislativa

Derivado del reconocimiento de los derechos fundamentales como principios, estos tienden a entrar en choque o colisión con otros valores o propósitos constitucionales, situación que amerita llevar a cabo una ponderación de los principios involucrados, a fin de determinar cuál de ellos debe prevalecer en el caso concreto. Esto constituye un ejercicio típico de la práctica jurisdiccional a cargo de los tribunales de amparo, de manera que es una cuestión cotidiana en sus labores.

La ponderación permite constatar si las limitaciones impuestas por el Legislador a ciertos derechos fundamentales encuentran asidero constitucional. Esta herramienta metodológica se conforma de distintos pasos o niveles de análisis, siendo estos los siguientes: i) Existencia de una finalidad objetiva y constitucionalmente válida, lo cual se traduce en que los tribunales de amparo deben determinar si la limitación o restricción al derecho fundamental mediante el acto legislativo tiene una finalidad objetiva y constitucionalmente válida; entendiendo por esto la existencia de un valor o propósito constitucional que merece igual protección que derecho el fundamental incidido; ii) Idoneidad de la medida, lo cual conlleva la existencia de una relación de instrumentalidad entre el mecanismo elegido por el Legislador que provoca una afectación al derecho fundamental en juego y la finalidad que se pretende alcanzar con su implementación, es decir,

que la medida sea apta para alcanzar la finalidad u objetivo pretendido; iii) Necesidad de la medida, exigiendo este nivel de análisis que la elección de la medida que restringe o limite un derecho fundamental sea la que menor incidencia o lesión produzca a éste, de entre todo el abanico de posibilidades que a su alcance tuvo el Legislador para configurar la medida, es decir, la adopción de la solución o alternativa menos gravosa al derecho que se afecta; y iv) Proporcionalidad de la medida, lo cual exige que mientras más sea el grado de afectación o no satisfacción del derecho fundamental en juego mayor deberá ser la intensidad o grado de importancia de la satisfacción del valor o propósito constitucional que se pretende tutelar con la medida restrictiva o limitativa, sin que pueda justificarse una afectación desmedida de otras prerrogativas constitucionales.

Tratándose de leyes en las que opera un ámbito de libertad de configuración legislativa, los tribunales de amparo se encuentran obligados a realizar un análisis o escrutinio constitucional leve o laxo. Sin embargo, la problemática que enfrentan estos es, precisamente, definir qué implica realizar este escrutinio constitucional leve o laxo.⁴⁸ Ya se había referido en el epígrafe relativo a la libertad de configuración legislativa, que el ejercicio de una discrecionalidad por parte del Legislador tiene como límite no incurrir en decisiones arbitrarias o caprichosas que lesionen derechos fundamentales de las personas. En ese sentido, sería fácil, en principio, determinar que conforme a la ponderación que corresponde a los tribunales de amparo realizar, con la finalidad de constatar la constitucionalidad del acto legislativo, la intensidad leve o laxa del escrutinio exige solo constatar que la medida adoptada por el Legislador sea potencialmente apta para alcanzar la finalidad pretendida, pero esto, conforme a los criterios emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación,⁴⁹ conllevaría a la indebida aplicación de esta herramienta metodológica, pues, el Alto Tribunal ha referido no solo constatar la idoneidad de la medida, sino también si ésta es necesaria y proporcional, de modo tal que el análisis así realizado quedaría trunco.

⁴⁸ Ver el contenido de la tesis tesis aislada: 1a. LIII/2012 (10a.), emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuyo rubro cita: “test de proporcionalidad de las leyes fiscales. En atención a la intensidad del control constitucional de las mismas, su aplicación por parte de la suprema corte requiere de un mínimo y no de un máximo de justificación de los elementos que lo conforman.”

⁴⁹ A los cuales se ha hecho referencia en múltiples citas al pie de página del presente trabajo.

Un problema adicional vinculado con lo anterior, se presenta cuando el juzgador advierte que la medida adoptada por el Legislador es apta para alcanzar la finalidad pretendida, pero no es la que en menor grado incide en el derecho fundamental en juego, es decir, si bien es apta la medida implementada por el Legislador para alcanzar el valor o propósito constitucional perseguido, no es dicha medida la que menos afecta al derecho fundamental incido, ante la existencia de otras alternativas menos lesivas para esta prerrogativa fundamental. De esta manera, el tribunal de amparo se enfrenta con la posibilidad de decidir que no corresponde al Poder Judicial de la Federación exigir la adopción de cierta medida, siendo suficiente que la elegida sea potencialmente apta para alcanzar el valor o propósito constitucional pretendido. Sin embargo, esta decisión implicaría soslayar la estructura de la ponderación como herramienta metodológica que permite dilucidar la constitucionalidad de restricciones o limitaciones a bienes fundamentales. En caso inverso, si el juez constitucional se decanta por destacar la carencia de necesidad de la medida adoptada, por existir otras alternativas menos lesivas al derecho fundamental en juego, entonces podría afirmarse un quebrantamiento a la separación de poderes que vulnera la libertad de configuración legislativa.

Esta situación merece una definición por parte de los tribunales de amparo, dado que la ausencia de criterio jurisdiccional que explicita la forma en que habrán de realizar el escrutinio constitucional leve o laxo de disposiciones legales que restringen o limitan derechos fundamentales, dictadas al amparo de la libertad de configuración legislativa, genera incertidumbre en la impartición de justicia en perjuicio de las personas.

VI. Consideraciones finales

Sin duda que en México estamos en un proceso avanzado de constitucionalización del ordenamiento jurídico, lo cual ha derivado en que la justicia constitucional de nuestro país se pronuncie a favor de la eficacia máxima de los postulados fundamentales, mediante la utilización de herramientas judiciales que son propias de un Estado Constitucional, como sucede con la ponderación realizada por los tribunales de amparo en aquellos asuntos que plantean una restricción o limitante a los derechos fundamentales. Sin embargo, subsisten ciertos ámbitos en donde no existe una definición clara y precisa del alcance de la justicia constitucional

frente a los actos emitidos por el Legislador con base en una libertad de configuración legislativa.

Esto conlleva la necesidad de que los tribunales de amparo, como defensores y garantes de la Constitución, no claudiquen en la revisión de las decisiones adoptadas por el Legislador, en ámbitos que le confieren discrecionalidad legislativa, de modo tal haga posible la conservación de la fuerza normativa de sus postulados fundamentales como nota esencial de la justicia en un Estado Constitucional. No es una labor sencilla la que enfrentan los tribunales de amparo en la decisión de este tipo de asuntos, en razón de que, no en pocas ocasiones, se pone en juego los recursos económicos del Estado que son necesarios para sufragar los gastos públicos, situación que amerita especial atención la decisión que llegue a adoptar el Poder Judicial de la Federación en torno a estas materias. Pero el hecho de que se ponga en juego recursos económico del Estado no es razón suficiente para que los tribunales de amparo avalen las decisiones del Legislador en los ámbitos comentados, pues debe prevalecer la determinación que mejor predique los valores constitucionales construidos desde la perspectiva de la justicia constitucional, es decir, conforme a una integración del derecho a partir de una sobreinterpretación de la Constitución, ponderación de principios y su potencialización mediante criterios hermenéuticos aplicables a los derechos fundamentales.

El planteamiento efectuado en el presente artículo no tiene la pretensión de transmitir un mensaje de pesimismo respecto al estado que guarda la administración de justicia en nuestro país por parte de los tribunales de amparo. Al contrario, pretende destacar los avances de la justicia constitucional en México, resaltando lo que considera una asignatura pendiente en asuntos que atañen al escrutinio constitucional de la discrecionalidad legislativa, intentando destacar algunas particularidades que se presentan en el quehacer de la práctica jurisdiccional a cargo del juez constitucional. Es simplemente una humilde visión, probablemente equivocada, que intenta destacar ciertas problemáticas y perspectivas en el quehacer de la práctica jurisdiccional a cargo del juez constitucional, observadas desde el horizonte académico y de la práctica del abogado postulante, lo que, sin género de duda, puede sesgar un poco la visión que se plantea, pues sería en todo caso el juez constitucional quien pudiera confirmar o desestimar lo aquí plasmado.

VII. Bibliografía

Carbonell, Miguel (coordinador), *“Neoconstitucionalismo(s)”*, Trotta, Madrid, Cuarta Edición, 2009.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, y Molina Suárez, César de Jesús (coords.), *“El juez constitucional EN EL SIGLO XXI,”* Tomo II, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2009.

Guastini, Ricardo, *“Estudios de teoría constitucional”*, Fontamara, México, 2009.

Prieto, Sanchís Luis, *“Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial”*, en *Neoconstitucionalismo(s)*, ed. Miguel Carbonell, México, Trotta, 2009.

Dworkin, Ronald, *“Los Derechos en Serio”* (Marta Guastavino), Ariel, Barcelona, Segunda Edición, 1989, pp. 91 y 199.

Electrónicas

Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la corte interamericana de derechos humanos. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/8/3515/6.pdf>.

Breves notas sobre la interpretación constitucional. <http://arturozaldivar.com.mx/node/81>.

Derecho Dúctil Derecho Incierto. <http://dialnet.unirioja.es/download/articulo/142372.pdf>

Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad. http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/derechos_fundamentales__ponderaci__n_y_racionalidad._Rober_Alexy.pdf

El Carácter Democrático del control judicial de la Constitucionalidad. http://www.garciabelaunde.com/Biblioteca/REVISTA_P14.pdf.

El contrato Social. http://www.amazon.com.mx/El-Contrato-Social-con-%C3%ADndice-ebook/dp/B0092Y083O/ref=sr_1_fkmr0_1?ie=UTF8&qid=1439953562&sr=8-1-fkmr0&keywords=el+contrato+social+centaur+editores

La argumentación jurídica en el control constitucional. Una comparación entre la Judicial Review y el control preventivo y abstracto de constitucionalidad. http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n2N1y2-Abril1997/02%201y2Juridica11.pdf.

La fuerza normativa de la Constitución. Tensión entre la aplicación y reforma constitucional. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/8/3845/5.pdf>.

La Judicialización de las Cuestiones Políticas. http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/La_judicializacion_de_las_cuestiones_politicas.pdf.

Los Juicios de Nuremberg: 60 años después. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhumex/cont/2/art/art2.pdf>

Marbury vs. Madison. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/35/pr/pr18.pdf>.

Riggs vs Palmer. <http://www.rtfed.es/numero11/21-11.pdf>

Sentencia C-404/01. <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-404-01.htm>

Semanario Judicial de la Federación. <http://sjf.scjn.gob.mx/SJFSem/Paginas/SemanarioIndex.aspx>

Normativas

Constitución Española. <http://www.congreso.es/consti/index.htm>

Constitución Política de Colombia. http://www.procuraduria.gov.co/guiamp/media/file/Macroproceso%20Disciplinario/Constitucion_

Politica_de_Colombia.htm

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/htm/1.htm>

I. Advertencia

La erradicación de un paradigma aturde varios otros que usted, al leerme, querrá conservar como incólumes en su subconsciente, cuantimás si es letrado en la ciencia jurídica. El presente artículo constituye un replanteamiento del tipo penal, por lo que si decide pasar esta página y