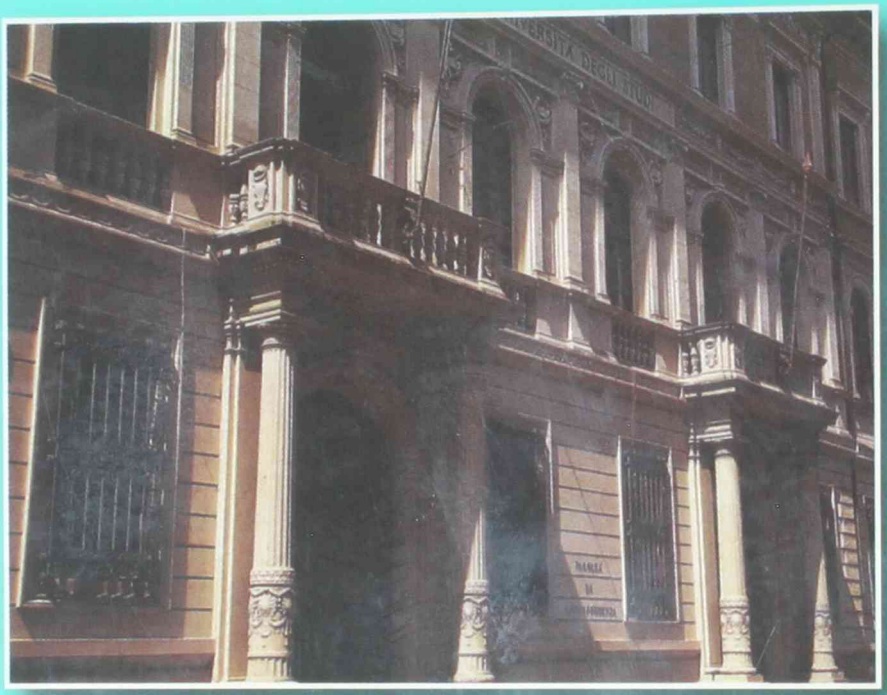
El acceso a la Justicia



IN SUPREMÆ DIGNITATIS
1343

105 AÑOS
1912 - 2017
TRADICIÓN ACADÉMICA

El acceso a la justicia

Primera edición: 2017

El acceso a la justicia

© Derechos Reservados conforme a la ley
ESCUELA LIBRE DE DERECHO
Dr. Vertiz # 12-14, Col. Centro,
C. P. 06720, Ciudad de México.
Telefono (0155) 5588-0211

Imagen de portada: Departamento de Derecho
"La Sapienza" de la Universidad de Pisa

Diseño Editorial: Patricia Encizo Becerra

ISBN: 978-607-96700-1-6

Prohibida la reproducción total o parcial del contenido de este libro, por cualquier medio, sin la autorización escrita del titular de los derechos patrimoniales.

Editado e impreso en México
Printed and made in Mexico
Por Impresos Chávez de la Cruz, Valdivia # 31,
Col. María del Carmen, Del. Benito Juárez, Ciudad de México.
Teléfonos (0155) 5539-5108 y 5672-0119
imprechavez@yahoo.com

El acceso a la justicia

Escuela Libre de Derecho
Departamento de Derecho de la Universidad de Pisa
México, 2018

ESCUELA LIBRE DE DERECHO

JUNTA DIRECTIVA:

Lic. Luis M. Díaz Mirón
Rector

Dra. Loretta Ortíz Ahlf
Vocal

Lic. Rafael Anzures Uribe
Vocal

Lic. Fernando Cataño Muro Sandoval
Vocal

Lic. Álvaro J. Altamirano
Vocal

Lic. Ricardo Antonio Silva Díaz
Vocal

Lic. José M. Villalpando César
Secretario Académica

Lic. Renata Sandoval Sánchez
Secretaria de Administración

Mayra Müggenburg Camit
Secretaria del Posgrado

CONSEJO EDITORIAL

Lic. Francisco de Icaza Dufour
Presidente Honorario

Lic. Carlos Müggenburg Rodríguez Vigil
Director

Dra. Loretta Ortiz Ahlf
Consejera

Lic. Federico Jorge Gaxiola Moraila
Consejero

Lic. José Manuel Villalpando
Consejero

Dr. Rodolfo Gómez Alcalá
Consejero

Mtro. Pablo Francisco Muñoz Dáz
Consejero

Lic. Humberto Pineda Acevedo
Secretario Técnico

Rocío Bolaños Sánchez
Secretaria Técnica Auxiliar

CONTENIDO

Presentación 13
Luis M. Díaz Mirón A.

Presentazione 19
Emanuela Navarreta
Aldo Petrucci

Introducción

El acceso a la justicia entre los antiguos y los nuevos derechos 23
Rodolfo Gómez Alcalá
Aldo Petrucci

Primera Parte
Derecho Internacional

El derecho de acceso a la justicia en el Derecho Internacional 53
Loretta Ortiz Ahlf

Independencia del juez y acceso a la justicia en el sistema europeo de protección de Derechos Humanos 97
Antonio Marcello Calamia

Segunda Parte
Derecho Constitucional

La tutela judicial efectiva y las reglas procesales en el Amparo mexicano 119
Ricardo Antonio Silva Díaz

Tutela de los derechos y acceso a la justicia en el juicio constitucional de las leyes, entre evolución y crisis de la forma de Estado y de la forma de gobierno 177
Gian Luca Conti
Andrea Pertici

Tercera Parte
Derecho Administrativo

Problemas y retos del acceso a la justicia administrativa en México 211
María del Rocio González Alcántara Lammoglia
Rubén Minutti Zanatta

El acceso a la justicia administrativa en Italia 249
Luisa Azzena
Alfredo Fioritto

Cuarta Parte
Derecho Laboral

La contratación de trabajadores con contratos de prestación de servicios profesionales por el sector público y la iniciativa privada como un medio de negar el acceso a la justicia 299
Luis Enrique Díaz Mirón Salcedo

La forma de elusión del vínculo de subordinación en la relación de trabajo privada y pública 353
Oronzo Mazzotta

Quinta Parte
DerechoProcesal

El uso de los medios alterntivos de solución de controversias como requisito de procedibilidad de la demanda 369
Maurcio A. Cárdenas Guzmán

Acceso a la justicia y métodos alternativos de resolución de controversias: Los métodos alternativos como filtro de la jurisdicción 401
María Angela Zumpano

Presentación
y
Presentazione

PRESENTACIÓN

Desde hace más de diez años la Escuela Libre de Derecho y el Departamento de Derecho de la Universidad de Pisa han participado en investigaciones conjuntas sobre temas jurídicos relevantes, que afectan no sólo a ambos países sino al mundo en general. En ellas se han propuesto contribuir de manera común, a tratar de explicar los problemas del Derecho más relevantes, sus alcances, así como las respuestas que nacional o internacionalmente se han dado al día de hoy, todo ello, con el apoyo de prestigiados tratadistas y con el uso de las herramientas metodológicas más adecuadas. Fruto de este trabajo han sido los cuatro libros que ya se han publicado bajo el sello de esta Escuela: el primero que trata de dar razón a la crisis que en los tiempos actuales presenta la ley, así como los nuevos enunciados jurídicos que han aparecido y que están cobrando relevancia a nivel mundial (2006); el papel que juegan en el mundo los principios y las normas en la configuración y desarrollo del Derecho (2010); la manera en que la responsabilidad de los jueces, servidores públicos o profesionistas se está desarrollando, lo que trastoca la doctrina tradicional que existe al respecto (2013); la reacción formal y sustancial de los derechos frente a las diversas crisis económicas tanto nacionales como internacionales (2015). Ahora en la obra que me complazco en presentar, se ha considerado oportuno tratar el problema

del "acceso a la justicia", tanto en su vertiente internacional como nacional.

Los motivos del por qué se ha decidido trabajar en este tema saltan a la vista, no sólo porque constituye un derecho fundamental, tal vez el más primordial de todos, que permite el reconocimiento y disfrute de los demás, de ahí que haya sido uno de los primeros en aparecer. Si bien por ello se le aprecia como una antigua prerrogativa, en las décadas pasadas pero sobre todo en estos tiempos estamos apreciando su radical transformación, que lo hace aparecer como una renovada prerrogativa con efectos potenciadores hacia los demás derechos fundamentales.

Por ello el libro explica el origen de este derecho, su desarrollo, la manera en que se ha transfigurado y los resultados que podemos esperar de él en los próximos años, enfocando todo ello, por sus aristas más perceptibles o sus temas más relevantes. Así, se ha considerado oportuno dividir la obra en una introducción y cinco apartados: En la Introducción trata de los orígenes de esta prerrogativa, su desarrollo y el estado que presenta en los dos países. En la Primera Parte, dedicada al Derecho Internacional, se nos muestra el origen de la transformación mundial de este derecho, pero también los obstáculos que presenta en su efectivo reconocimiento. La Segunda Parte dedicada al Derecho Constitucional se aboca al problema de la tutela judicial efectiva por lo que hace a los procesos constitucionales que tratan de proteger a los individuos de las leyes o actos de las autoridades, pero con las limitaciones que se presentan al día de hoy. La Tercera Parte dedicada al Derecho Administrativo, se centra en el desarrollo y los retos que se enfrenta la justicia administrativa y el largo camino que ha tenido que tomar el establecimiento de procedimientos generales o específicos que protejan a los individuos de las autoridades administrativas. La Cuarta Parte dedicada al Derecho Laboral trata de un tema preocupante en ambos países y es el relativo a que debido a problemas presupuestales, políticos o administrativos provocan que las normas y los principios de la justicia laboral, de aceptación mundial, no benefician a todos los trabajadores del Estado. Por último, en la quinta sección dedicada al Derecho Procesal Civil se revisa el tema de los medios alternativos de solución de controversias y su relación al acceso a los tribunales, especialmente sobre si se pueden hacer obligatorios dichos medios antes de acudir a los tribunales nacionales.

Como sucedió en la anterior investigación, la que aquí se presenta está totalmente escrita en español, con resúmenes en inglés e italiano, ya que lo que se busca es que no sólo auxilie a la comunidad hispanoamericana sino a investigadores o juristas de otras partes del mundo. En la medida de lo posible se proporciona respecto de cada tema tratado unas conclusiones así como una bibliografía básica de referencia que permitirá a quienes deseen seguir indagando en los temas tratados, las obras relevantes y actuales en ambos países, de tal forma que se puede decir que la obra también representa un análisis actual que contiene esta prerrogativa en las dos naciones.

Los lazos entre ambos institutos universitarios cada vez son más estrechos. De hecho podemos decir que son colegios hermanos, de ahí que no sólo se busque la elaboración de trabajos conjuntos, o la difusión del pensamiento de profesores de ambos institutos, sino también queremos acercar a los lectores de lengua española a los símbolos del ateneo italiano, de ahí que en esta ocasión hayamos seleccionado como portada y a manera de un pequeño homenaje, la imagen de la fachada principal de la sede univer-

sitaria del Departamento de Derecho, a la que con cariño se le conoce como "la Sapienza", inmueble que data de finales del siglo XV de un indudable valor artístico, construcción emblemática del saber, de la producción científica, así como la defensa de la libertad en Italia, que de manera dolorosa ha estado cerrada por varios años a raíz de un fuerte sismo, pero que, en estos, días celebramos su reapertura, lo que nos llena de alegría y satisfacción.

Quiero agradecer el esfuerzo de los maestros, investigadores y traductores que trabajaron arduamente en la elaboración de este proyecto, en donde no sólo entregaron sus conocimientos y experiencias para atender a los temas que les fueron propuestos, sino que además aportaron su valioso tiempo en acudir a ambos institutos para preparar o difundir la obra, que esperemos produzca abundantes frutos.

Por último, también expreso mi sincera gratitud a la Directora del Departamento de Derecho de la Universidad de Pisa, la eminente profesora Emanuela Navarretta y a la propia Universidad por la confianza depositada en esta Escuela, así como por el ánimo de seguir renovando los esfuerzos conjuntos que permitirá en el futuro no sólo seguir desarrollando más trabajos de investigación sino el continuar estrechando vínculos entre ambos países. Es decir, lo que se procura es seguir creando y manteniendo puentes que comuniquen a las dos naciones en beneficio del conocimiento jurídico y de su enseñanza, de ahí que hago mis fervientes votos que así suceda.

LUIS M. DÍAZ MIRÓN A.
Rector de la Escuela Libre de Derecho

Ciudad de México, septiembre del 2017

PRESENTAZIONE

È motivo di grande soddisfazione scrivere queste poche parole introduttive al presente volume, in cui sono racchiusi i risultati della Quinta ricerca congiunta fra la Escuela Libre de Derecho di Città del Messico ed il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Pisa dedicata al tema dell'accesso alla giustizia.

La pubblicazione dei lavori è il segno della fecondità dell'Accordo di collaborazione sottoscritto dai due Atenei nel 2004 e si aggiunge alle altre quattro opere che hanno raccolto precedenti ricerche su tematiche giuridiche di ampio respiro e di spiccata attualità: "La crisi della legge" (2007); "Principi e regole" (2011); "La responsabilità giuridica del giudice, del funzionario pubblico e dei professionisti" (2013); la "Reazione formale e sostanziale dei diritti di fronte alla crisi economica" (2015).

La percezione di percorrere un sentiero altamente proficuo nel solco della cooperazione scientifica è consolidata dalla constatazione degli alti risultati cui hanno condotto l'approccio interdisciplinare agli argomenti, il

metodo comparativo nel confronto fra i due ordinamenti e la fecondità del dialogo in chiave diacronica e sincronica fra cultori di materie diverse.

Ma non è solo la ricerca ad attestare la perdurante vitalità dell'Accordo tra le due istituzioni. L'intesa si è consolidata anche attraverso la collaborazione didattica, attuata in virtù dello scambio di docenti nei corsi di laurea, di master e di dottorato dei due Atenei e grazie al progressivo aumento del numero dei colleghi coinvolti, oltre venti solo da parte pisana, a dimostrazione del crescente interesse per le iniziative intraprese.

E una dimostrazione tangibile di tale interesse è la stessa partecipazione dei Colleghi pisani in questo ultimo volume che, nell'esame dell'accesso alla giustizia, ha coinvolto competenze in ambito costituzionale, amministrativo, internazionale, processuale civile e giuslavoristico. In particolare, si devono agli Autori pisani i seguenti contributi: "Tutela dei diritti e accesso alla giustizia costituzionale nel giudizio sulle leggi tra evoluzione e crisi della forma di Stato e della forma di governo" (Gian Luca Conti-Andrea Pertici); "L'accesso alla giustizia amministrativa in Italia" (Luisa Azzena-Alfredo Fioritto); "Indipendenza del giudice e accesso alla giustizia nel sistema europeo di protezione dei diritti umani" (Antonio Marcello Calamia); "Accesso alla giustizia e metodi alternativi di risoluzione delle controversie: i metodi alternativi come filtro alla giurisdizione" (Maria Angela Zumpano); "Le forme elusive della subordinazione nel rapporto di lavoro privato e pubblico" (Oronzo Mazzotta).

Queste poche parole non possono, dunque, che chiudersi formulando l'auspicio che il cammino intrapreso prosegua e potenzi con ancora maggiore entusiasmo l'opera così proficuamente avviata.

EMANUELA NAVARRETTA
Direttore del Dipartimento di Giurisprudenza
Università di Pisa

ALDO PETRUCCI
Responsabile dell'Accordo

Pisa, maggio, 2017

Introducción

EL ACCESO A LA JUSTICIA ENTRE LOS ANTIGUOS Y LOS NUEVOS DERECHOS

Rodolfo Gómez Alcalá
Aldo Petrucci

Constituye una afirmación común —y podemos decir, acertada— que el acceso a la justicia se convirtió en un auténtico derecho sólo hasta el siglo XIX, cuando las constituciones liberales de los diversos estados la reconocieron expresamente como una prerrogativa fundamental de la persona.

Pero esto no significa que hasta dicho reconocimiento constitucional, no se hubiera planteado antes el problema de que los ordenamientos permitieran a las personas para hacer valer sus derechos, el que acudieran ante los tribunales, tomando este término en un sentido muy amplio, por medio de recursos jurídicos adecuados, lo que no fue así, pero como veremos a continuación, existen antecedentes históricos que si bien son fragmentarios y no permiten concluir la existencia de un principio general en tal sentido y aplicable para todos los casos, en cambio sí prepararon el camino para el reconocimiento futuro de tal facultad, como la contemplamos ahora.

Si nos fijamos, por ejemplo, en la experiencia jurídica romana, puede ciertamente invocarse a la institución de

la *provocatio ad populum* (*apelación al pueblo*) existente en el derecho constitucional y penal de la etapa republicana, entre los siglos V y I a.C. En efecto, ya en el año 509 a.C. la tradición (como nos la recuerda Cicerón en su *República*: 2.31.53) reconoce la existencia de una ley propuesta por Valerius Publicola la cual fue aprobada por los comicios centuriados (la principal asamblea del pueblo) en la que se estableció que ningún magistrado podía privar de la vida u ordenarla o azotar a un ciudadano romano, sin recurrir antes a dichos comicios para la aplicación de la pena. Esta auténtica garantía fue confirmada por una norma expresa en la Ley de las XII Tablas (Tab. IX. 2) del 451 a.C., disposición que fue mantenida y ampliada por leyes posteriores (como la ley Valeria del 300 a.C., o las leyes Porcias del inicio del siglo segundo a.C.).[1]

La *provocatio ad populum* en realidad no estableció un verdadero recurso jurídico frente a la asamblea del pueblo para modificar una sentencia de muerte dictada por un magistrado después de un juicio, sino por el contrario, estableció de manera más general la posibilidad de que una

[1] La ley Valeria es debida al cónsul Marco Valerio Corvo; en ella, ante los frecuentes casos en los que la garantía de la *provocatio* había sido inaplicada, no sólo se confirmaba su vigencia, sino que, prohibiendo la muerte mediante fustigación o decapitación sin un juicio del pueblo previo, se sancionaba como reprobable, la conducta de quien hubiese violado las disposiciones de la misma ley. Las tres leyes Porcias son llamadas así porque todas fueron propuestas por magistrados con dicho gentilicio. El contenido de cada una nos es conocido de modo aproximado pero suficiente como para hacernos una idea de ellas. La primera probablemente se debería a Catón el Censor, durante su consulado en el año 195 a.C., y habría integrado el régimen ya existente, admitiendo la posibilidad de "*provocare*" en contra de la fustigación como disposición autónoma; la segunda, de la que ignoramos el autor, habría por el contrario previsto una pena grave (tal vez la muerte) frente al magistrado que hubiese actuado en violación al derecho de la *provocatio*. Con la tercera, atribuible a Porcio Leca, tribuno en el 199 y pretor en el 195 a.C., se habría otorgado la *provocatio* a los ciudadanos también cuando se encontraran fuera de Roma y a más de mil pasos de ésta, pudiendo así hacerla valer también de frente al poder de imperio militar de un comandante.

persona condenada a muerte pudiera ser sustraída del poder punitivo del magistrado (*coercitio*) y sujeta al juicio popular para que confirmara su condena o su absolución. El ciudadano, frente al ejercicio del poder de un magistrado que quería aplicar la pena de muerte en su contra, tenía la posibilidad de solicitar el ser juzgado por la asamblea de todo el pueblo.

La aplicación de esta forma embrionaria del derecho de acceso a la justicia penal no estuvo, sin embargo, siempre garantizada, porque podía ser excluida por razones de orden público o de seguridad de la propia república, como vemos en los procedimientos extraordinarios (*quaestiones extraordinariae*) establecidos por el Senado para poner fin, por ejemplo, al culto a Baco (*las Bacanales*) o los envenenamientos colectivos, y en los episodios apuntados por Cicerón en sus discursos en contra de Verres, gobernador de Sicilia, cuando ordenó pasar por el látigo y matar a un ciudadano romano en el Foro de Messina por ser sospechoso de incitar a la rebelión (*Discursos en contra de Verres: 2.5.161-163*).

Al término de la República, a finales del siglo I a.C., la *provocatio ad populum* cayó en desuso y se transformó después del nacimiento del principado, en un derecho de apelar al emperador para establecer un proceso en una segunda instancia, que tuviera como propósito, revisar los hechos que dieron lugar a la emisión de la sentencia de primera instancia.[2]

Fuera de lo anterior, el acceso a la justicia, tanto en el derecho penal como en el civil no fue obstaculizado por lo menos en el aspecto formal durante varios siglos.

[2] Véase al respecto: Petrucci, Aldo, *Curso de Derecho Público Romano*, parte III, de próxima aparición en español bajo los auspicios de la Escuela Libre de Derecho.

También en Roma se reconoció la posibilidad de ejercitar una acción en los juicios civiles (*ius postulandi*) tanto a ciudadanos como a extranjeros, lo que podría realizarse por medio del pretor urbano (cuya jurisdicción la ejercía en litigios que involucraban solamente a ciudadanos) o del pretor peregrino (titular de la función jurisdiccional en los litigios entre ciudadanos y extranjeros, o entre extranjeros que tuvieran en Roma su asiento de negocios). Así como en materia penal, cualquier ciudadano podía asumir el papel de parte acusadora o fiscal en los procedimientos ante los tribunales, compuestos por los miembros del jurado de la clase alta, presididos por un pretor o un juez (*quaestiones perpetuae*).

Desde un punto de vista sustantivo, sin embargo, se daban serias limitaciones dependiendo de la clase social y del nivel económico para aquellos que querían tener un efectivo acceso a la justicia: en efecto, ya durante la época de la república (a partir del siglo III a.C.) era indispensable acudir a buenos abogados para tener la posibilidad de defender con éxito los derechos de los particulares, como lo muestran los numerosos discursos pronunciados por Cicerón a favor de sus clientes, así como de la existencia de leyes en donde se reguló el pago de los honorarios en favor de los abogados (como la ley Cincia de finales del siglo III a.C.).[3]

Además, durante la época imperial, fueron establecidas costas con el carácter de progresivas para la administración de la justicia (*sportulae*) cuyo pago era un requisito previo y necesario para el inicio, desarrollo y eventual ejecución de un proceso judicial, con lo que de hecho excluyeron, de una manera efectiva, la posibilidad de acudir a los tribunales a todas aquellas personas que no contaran con los suficientes recursos económicos para enfrentar una controversia; así como el establecimiento gradual de fueros especiales (para la clase senatorial, o para altos funcionarios del gobierno, o los sacerdotes) que determinó así privilegios en el desarrollo de los procesos judiciales que propiciaron tratamientos desiguales y por ello discriminatorios entre las personas.

[3] Con la que se estableció un límite máximo de valor a las donaciones que se hacían a los abogados para pagarles sus honorarios.

Finalmente, con la consolidación definitiva del régimen imperial de corte absolutista en el siglo IV d.C., se produjeron nuevas relaciones entre monarca y súbditos, que anuló el derecho de obtener, a través de tribunales independientes, el respeto del derecho de las personas frente al aparato público.

Muchos de estos obstáculos para el debido acceso a la justicia, que se empezaron a dar en el *Estado* romano tardío, se trasladaron a la experiencia jurídica de la Europa medieval y moderna, los que permanecieron y aun se incrementaron con el absolutismo de los monarcas, el derecho especial de los señores feudales o de las distintas autoridades, incluyendo las eclesiásticas, la total superioridad de los poderes públicos sobre las personas y sus derechos, la ausencia de jueces independientes, los privilegios de clase, o el establecimiento de costas judiciales de imposible pago para los más pobres, prerrogativas que sólo pudieron terminarse, no del todo, con la revolución francesa y el constitucionalismo moderno, al implantar así, ya de manera expresa dicho derecho, como una forma efectiva de terminar con esas indebidas prerrogativas. En ese sentido, como ha podido observarse, el acceso a la justicia tuvo que vencer fuertes reticencias ancladas en siglos de desigualdad.

Al dejar los ordenamientos del pasado, podemos apreciar que los tiempos actuales, utilizando la famosa expre-

sión del profesor Norberto Bobbio, corresponden al de los derechos fundamentales, pero también es fácil percibir que los mismos ya no son obra sólo de una teoría política o filosófica, o de un grupo revolucionario, o de tratados internacionales, o del poder legislativo, o del ejecutivo, o que tienen un carácter histórico siempre progresivo como sucedía antaño, sino que estamos en presencia de derechos cuyo producto es el resultado de la interacción de múltiples factores, no sólo normatividad internacional, o reformas legislativas sino también de la actividad jurisdiccional o de la de los abogados y tratadistas. Si bien se ha pretendido que los derechos a que nos referimos han pasado por diversas etapas en su expansión, en donde se aprecia la acumulación de nuevas facultades que no han variado en su historia, ahora vivimos sin duda alguna en una época novedosa donde los derechos humanos, incluso los ya consagrados, son producto o se transforman por distintos componentes, no todos homogéneos ni unitarios entre sí, de ahí que el profesor Roberto Romboli, haya apuntado que en estos tiempos, la protección y desarrollo de estos derechos se encuentran, por lo menos, entre el juez y el legislador.[4]

Por ello, la Escuela Libre de Derecho y el Departamento de Derecho de la Universidad de Pisa han creído conveniente analizar dicha situación, ver los factores que la han provocado y los resultados que está tomando, partiendo para ello del derecho fundamental ya apuntado, acaso el más necesario e importante para las personas y como se ha visto, uno de los más desconocidos a lo largo de la historia. El mismo, si bien como ya se ha dicho, fue producto de los antiguos y primeros derechos fundamentales de libertad

[4] Romboli, Roberto, "Los derechos fundamentales entre el Juez y el Legislador", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, núm. 40, México, 2016, pp. 541 a 554.

que consagró el constitucionalismo moderno, para garantizar a las personas el acceso a los tribunales, en donde se les aplicara de manera formal las leyes, hoy en cambio, se ha visto radicalmente modificado no sólo por los instrumentos internacionales, las variaciones legislativas pero también, sin duda, por la constante labor de los jueces y de la doctrina, de tal manera que estamos ante un antiguo pero modificado y por ello renovado derecho, que puede ser utilizado ante los requerimientos y los grandes retos que nos brinda el mundo moderno. Prerrogativa cuya configuración sigue en movimiento y que no se puede apreciar cuándo va a concluir, si es que así será, ya que implica la manera en que las personas deben ser reconocidas y protegidas por los poderes públicos dentro del entorno social en que se desarrollan.

En el caso de México tal derecho figuró desde la llamada *Constitución de Cádiz* promulgada el 19 de marzo de 1812,[5]

[5] Cuando señalamos lo anterior estamos haciendo referencia al derecho de acceso a la justicia como lo conocemos actualmente, pero como sucedió en Roma, también los ordenamientos que existieron antes del estado nacional, contuvieron ejemplos que pudieran asemejarse a este derecho, por ejemplo, los aztecas tenían un sistema judicial en cuya cabeza estaba el rey o *tlatoani*, quien se apoyaba en un *cihuacoatl* que en realidad era su *doble* y quien tenía funciones de hacienda y de justicia, debido a que los aztecas no conocían la separación de poderes. Así, en principio, sus resoluciones no admitían ningún recurso. No obstante esto, existían jueces que *escuchaban* las causas civiles o criminales y sólo las penales admitían algo similar a nuestra moderna apelación. En casos graves, el tlatoani era quien directamente administraba justicia. En ese sentido, se presuponía que los particulares podían acudir ante las autoridades a solicitar que se les impartiera justicia por estos órganos, pero no hay registros para considerar que existiera tal derecho entre ellos. Durante la colonia española, existió un reconocimiento de que las personas podían ejercitar ante los tribunales del domicilio del demandado sus acciones civiles. Incluso se habla de un antecedente del juicio de amparo, cuando una persona que se creía agraviada por resoluciones de los virreyes podían apelar ante la Audiencia, para verificar si la misma se había dictado dentro de sus facultades, suspendiendo mientras tanto sus efectos. Cabe aclarar que durante este régimen se dio una justicia ordinaria que conocía de las materias civiles y penales, cuyos jueces eran designados directamente por el rey y que se integraba por

que estableció la facultad de los tribunales de aplicar las leyes a los particulares, concediéndoles de manera exclusiva tal prerrogativa, enfatizando así el principio de división de poderes que también este documento pretendió establecer. Por ello en ese texto, se puso especial atención en la sustracción de esta competencia del poder ejecutivo, representado por el monarca, para concederlo sólo a los tribunales.[6] Esta facultad se transmitió prácticamente a todos los demás textos constitucionales que se han tenido en el país, hasta figurar en el actual Artículo 17 constitucional, que en un principio sólo consagró el acceso de la justicia desde una óptica exclusivamente formal, es decir, como una prerrogativa de acudir exclusivamente ante los tribunales para la solución de controversias en base al texto de las leyes emitidas por el poder legislativo, pero que ahora, su contenido ha evolucionado y además se ha diseminado y complementado en otros preceptos constitucionales.[7]

distintos niveles dependiendo de la importancia del negocio. También había una justicia especial integrada por diversos jueces y tribunales especializados en razón de personas o materias, algunos de los cuales también era designado por el rey y otros por los integrantes de las corporaciones, por ejemplo, los comerciantes. Véase al respecto: Esquivel Obregón, Toribio: "Apuntes para la historia del derecho en México", segunda edición, Tomo I, Editorial Porrúa, S.A., México, 1984, pp.186 a 189, 388 a 390 y 817 a 868. También: De Icaza Dufour, Francisco: *Plus Ultra. La Monarquía Católica en Indias.* (1492-1898) México, Editorial Porrúa, 2008, pp. 288 a 309.

[6] Véanse los artículos 17, 242, 243 de esa Constitución, misma que puede ser consultada en Tena Ramírez, Felipe, *Leyes Fundamentales de México* (1809-1979) 10 edición, México, Ed. Porrúa, 1981, pp. 59 a 104.

[7] El precepto en comento se ha visto modificado por reforma expresa en cinco ocasiones, complementando y desarrollando este derecho: la primera de ellas ocurrió casi setenta años después de la promulgación del texto político supremo, lo que deja entrever lo estático que en ese tiempo se apreció a esta prerrogativa y ocurrió el 17 de marzo de 1987, en base a una propuesta del Poder Ejecutivo, para aclarar que el acceso a la justicia comprendía también el que los tribunales deberían de emitir sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial, reforzando la independencia judicial y calificando la manera en que debería impartirse la justicia, pero manteniéndose este derecho dentro de la esfera jurisdiccional. La segunda reforma se dio el 18 de junio del año 2008,

No obstante su formulación constitucional y lo escaso así como lo tardío de las reformas que se han tenido, también este derecho se ha venido desarrollando en los últimos tiempos para transformarse en su integridad. De pasar a un derecho personal y limitado a la existencia y funcionamiento de los tribunales dentro de un Estado, los cuales se dedican a aplicar de manera deductiva las leyes, ha pasado a ser un mecanismo versátil para procurar no sólo la justicia formal, sino ahora también de tipo material, no solamente individual sino asimismo colectiva. De pensarse sólo como un derecho aplicable a procedimientos jurisdiccionales, se ha difundido a todos los ámbitos del poder público. Es decir, el derecho se ha transfigurado en todas sus distintas aristas, como son la existencia de tribunales, la asistencia de los justiciables, la regulación de las costas como obstáculo en la solución de las controversias y la eliminación de requisitos jurídicos para la efectiva protección de los derechos, comprendiendo no solamente la protección individual sino la grupal, aunque ahora de manera indebida de carácter muy limitado.

para prever la posibilidad dentro de la esfera de resolución de controversias en el Poder Judicial, el que las leyes pudieran prever mecanismos alternativos de solución de conflictos, tanto en las materias civiles como penales, abriendo la posibilidad de juicios orales en donde sus sentencia se pudieran explicar en audiencia pública con citación previa de las partes y la creación de un sistema de defensoría pública de carrera garantizando sus honorarios. La tercera reforma ocurrió el 29 de julio del 2010, donde se amplió el acceso a la justicia con la creación de las acciones colectivas, cuyo conocimiento fue reservado al ámbito federal. La cuarta reforma, del 29 de enero del 2016 donde se amplió el sistema de defensoría pública como obligación de todas las entidades federativas que integran al país. La última reforma, del 15 de septiembre del 2017, donde se federaliza la emisión de leyes de los procedimientos civiles y familiares, así como se pretende ahora privilegiar la solución de fondo de los conflictos entre particulares en todos los juicios o procedimientos seguidos en forma de juicio sobre los formalismos procedimentales, siempre que no se afecte la igualdad entre las partes, el debido proceso u otros derechos. Las referencias a las fechas son de su publicación en el *Diario Oficial de la Federación*.

En ese sentido, la Suprema Corte de Justicia de la Nación en un importante precedente,[8] ha puntualizado que este derecho si bien comprende el acceso de las personas a los tribunales que deben ser independientes e imparciales, para la administración de las leyes, en realidad se puede desdoblar en diversos derechos como son en primer término, derechos previos a cualquier juicio y que corresponden a un derecho de acceso a la jurisdicción, en donde estaría representado el derecho subjetivo a ser ejercitable la acción (lo que es diferente de la acción misma). También se tendrían derechos específicamente judiciales como son los del inicio y conclusión de los procedimientos en base a las leyes expedidas al efecto, con las adecuadas garantías de un debido proceso y por último, derechos posteriores al juicio como son la debida eficacia de las sentencias dictadas y su pronta ejecución, de tal manera que el derecho no se agota con el acceso y la impartición de la justicia sino hasta que la misma ha sido debidamente cumplida en los términos expuestos por los tribunales.

La Corte en su actuación ha precisado además que este derecho no se agota en la esfera jurisdiccional sino que ya también abarca otra clase de procedimientos ante autoridades distintas de las judiciales pero que lleven a realizar actos materialmente jurisdiccionales, de ahí que las autoridades administrativas tengan el deber de resolver de manera breve las peticiones de los particulares, o la necesidad de que establezcan procedimientos sencillos y ágiles para la atención de los propios particulares. También en todos los órdenes de gobierno se ha implementado la idea de una justicia completa para atender todos los aspectos relacionados con las solicitudes de los justiciables y de ahí que

[8] "Derecho de acceso a la Justicia. Sus etapas", en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Primera Sala, Libro XVIII, Marzo del 2013. Tomo 1, Tesis: 1ª, LXXIV/2013 (10ª) p. 882.

los tribunales y órganos administrativos tienen el deber de atender en un mismo procedimiento todas las cuestiones relacionadas con el acto principal a discutir (*litis abierta*) por ello no sólo se habla de justicia pronta, sino también de justicia completa para atender a todos los requerimientos del particular, justicia imparcial, para no favorecer a ninguna de las partes, justicia gratuita en donde no se le exijan contribuciones a los particulares por el ejercicio de la función administrativa o jurisdiccional, justicia material en donde la labor de los tribunales ya no queda reducida a la aplicación mecánica de los textos legales, sino tratar de desentrañar las auténticas reclamaciones de las partes y sus verdaderos hechos y motivos.[9] Incluso se ha llegado a comprender dentro de este derecho la creación de mecanismos alternos para la solución de las controversias, es decir la justicia aplicada más allá de los tradicionales impartidores de justicia, como se ha establecido en la reforma constitucional del año 2008.

El desenvolvimiento del derecho no se ha agotado en el ámbito interno de los estados nacionales sino que a nivel internacional, a raíz de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y de su Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se han creado diversos instrumentos internacionales que pretenden desarrollar a este derecho y se ha obligado a los estados nacionales a modificar sus legislaciones con el ánimo de ir profundizando en su desarrollo estableciendo un contenido mínimo internacional compatible con los demás estados. Pero también

[9] "Acceso a la impartición de justicia. El artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece diversos principios que integran la garantía individual relativa, a cuya observancia están obligadas las autoridades que realizan actos materialmente jurisdiccionales", en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Segunda Sala, Tomo XXVI, Tesis: 2ª/J, 192/2007, p.209.

esta influencia internacional se ha visto complementada por las experiencias nacionales que trascienden al ámbito internacional.

No sólo la evolución de este derecho ha sido responsabilidad de instrumentos normativos nacionales o internacionales sino que también la doctrina ha contribuido en su desarrollo y un ejemplo de ello es que a partir de la década de los sesentas del siglo pasado, el profesor Mauro Cappelletti[10] lideró un movimiento internacional para retomar este derecho como un elemento para eliminar las desigualdades socioeconómicas que existían en los estados y hacer efectivos no sólo este derecho sino los demás de los particulares. Es decir, el acceso a la justicia fue visto como la puerta necesaria por el cual se pueden garantizar los demás derechos. Si bien la crisis del estado del bienestar de los finales del siglo pasado hizo que perdiera vigencia este movimiento internacional, no cabe duda que su impacto trascendió a los tribunales quienes en alguna medida continuaron con el desarrollo jurisprudencial de este derecho, como ya hemos dado algunos ejemplos.

Si pasamos ahora a considerar la situación de la Italia contemporánea, vemos cómo al igual que muchos otros países europeos, si bien este derecho estuvo garantizado por el estado liberal, sufrió fuertes restricciones durante los veinte años del régimen fascista (1922-1943). De ahí que después de la caída de ese régimen y el final de la segunda guerra mundial en 1945, en la nueva Constitución que entró en vigor el 1 de enero de 1948, se consideró necesario enunciar solemnemente este derecho como un principio fundamental del estado, reconocido en el artículo 24 (*Todos podrán acudir a los tribunales para la defensa de*

[10] Véase: Cappelletti, Mauro, Bryant Garth: *"El acceso a la justicia: la tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivo los derechos"* Traducción de Mónica Miranda, *México*, Fondo de Cultura Económica, 1996.

sus derechos y de sus intereses legítimos...) establecido especialmente para evitar que el ciudadano pueda ser privado en el futuro de la protección de las leyes frente a las administraciones públicas.

En paralelo, se ha querido establecer un estrecho vínculo entre el derecho a emprender acciones legales y las disposiciones contenidas en la Constitución y que se dedican a regular el estado y la República, que incluyen disposiciones dedicadas a defender la independencia judicial frente a otros poderes o autoridades (artículos 101 y 104) o la prohibición de excluir o limitar la tutela jurisdiccional por situaciones de carácter subjetivas o por ciertas categorías de actos (como se señala en el artículo 113: *Contra los actos de la Administración Pública siempre se admite la protección judicial de derechos e intereses legítimos ante los tribunales ordinarios o administrativos. Dicha protección jurisdiccional no podrá excluirse o limitarse a recursos jurídicos particulares o a ciertas categorías de actos*).

De esta manera se ha enfatizado el significado concreto jurídico que supone el acceso a la justicia: un derecho incondicional de acudir a los tribunales que constituyen una autoridad independiente que representa la expresión de un estado respetuoso de la legalidad democrática; también como un derecho que puede ejercer cualquier persona, independientemente de la nacionalidad o de sus condiciones personales o sociales; así como un derecho que puede ser ejercitado con la consecuente obligación del estado, no sólo para proporcionar asistencia económica hacia las personas más necesitadas, sino también para permitirles actuar o defenderse judicialmente mediante la asistencia de abogados competentes (como por ejemplo lo señala el artículo 24, párrafo 3 de la propia Constitución Italiana: *Se garantizan a los desprovistos de recursos económicos, mediante ins-*

tituciones adecuadas, los medios para demandar y defenderse ante cualquier jurisdicción.).

A nivel internacional, el derecho de acceso a la justicia fue confirmado por el artículo 6.1 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales firmado en Roma en 1950, que establece: *Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella...*

La aparición de este principio y derecho fundamental fue seguida por importantes aplicaciones prácticas: en primer lugar, en la protección de la esfera privada contra la injerencia de la Administración Pública, a través de la declaración de inconstitucionalidad de todas las normas que impiden la revisión judicial de las medidas o actos administrativos, o en el establecimiento de un procedimiento especial para el informe sobre el ejercicio de los gastos públicos y financieros en beneficio no sólo de la Administración Pública sino también de los propios particulares.

En referencia a esta última, existe la aprobación de un Código de Procedimiento Administrativo (mediante el Decreto Legislativo No. 104/2010) con el que se concluye un largo proceso de reforma de la justicia administrativa italiana, que establece la creación de una protección plena y efectiva de todos los particulares en contra de la injerencia de las autoridades públicas, mediante el acceso generalizado a los jueces.

En fin, como se puede apreciar de las líneas anteriores, el acceso a la justicia es uno de los múltiples derechos que al día de hoy, están siendo objetos de grandes cambios

que obedecen a diversos factores cuyos resultados no podemos vislumbrar, de ahí que ambos institutos lo han considerado relevante analizar como su quinta investigación y propuesta conjunta, debido a que finalmente, como se ha señalado e intentado acreditar, se trata de un fenómeno que no sólo afecta a ambos países sino al mundo en general y que cobra relevancia al tratarse de un auténtico derecho fundamental vital para las sociedades contemporáneas.

En atención a lo anterior, el tema propuesto será abordado en diversas áreas por tratadistas tanto de México como de Italia en los rubros de Derecho Internacional, Derecho Constitucional, Derecho Administrativo, Derecho Laboral y Derecho Procesal, en donde no sólo se discutirá el mismo tema desde la óptica mexicana e italiana, sino también se suministrará una bibliografía básica, en la medida de lo posible, para que los lectores puedan ampliar sus conocimientos o el desarrollo de los puntos planteados por los diversos autores.

En la primera parte de la investigación, dedicada al ámbito del Derecho Internacional, la sección mexicana, a cargo de la doctora Loretta Ortiz Ahlf, nos enseña cómo el cambio operado en el derecho en comento, también ha trascendido en el ámbito internacional, debido a que si bien en un inicio sólo se contó con un simple enunciado general y vago en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, se ha llegado a desarrollar de manera minuciosa en diversos instrumentos internacionales, que lo proyecta hacia el futuro, con la consecuente transformación de los estados nacionales, que tienen el deber de hacer ajustes en su normatividad interna. También nos muestra cómo a través del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos en el ámbito mundial y con la Convención Americana de los Derechos Humanos, en el

sistema regional, se ha configurado un contenido mínimo sustantivo del derecho al acceso de la justicia que debe ser asumido por los propios estados nacionales, lo que sin duda nos permite evaluarlos de acuerdo a las normas internas que tienen implantadas.

Después de ello analiza la situación de México, a través de diversos casos que se han presentados tanto ante la Comisión como ante la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, que le permite evaluar el grado de cumplimiento de esta prerrogativa, concluyendo que nuestro país no respeta ese contenido mínimo normativo internacional y que aún existen restricciones no justificadas que impiden el pleno reconocimiento de este derecho. Tal vez el origen de este rezago, como nos lo explica la autora, se encuentra en razones históricas o nacionalistas que hay que dejar atrás de una vez por todas.

No sólo el análisis de la profesora recae en el aspecto nacional sino se extiende incluso al Sistema Interamericano de los Derechos Humanos, donde también se presentan insuficiencias en el pleno goce del derecho en comento, como en el caso de la actividad discrecional de la propia Comisión Interamericana para decidir los asuntos que se llevarán ante la Corte; o la falta de debida justificación racional expresa en las resoluciones que emite, o la no obligatoriedad de las medidas cautelares que adopta la Comisión durante los procedimientos que sigue, puntos sobre los cuales se debe de ir trabajando en aras de un mejor disfrute del derecho que comentamos, sobre todo por el impacto que llegan a tener estas resoluciones en el ámbito nacional, ya que finalmente la insuficiencia en la protección del derecho al acceso a la justicia se puede presentar incluso a nivel internacional.

Por su parte, el profesor Antonio Marcello Calamia, desde la óptica de Italia, examina el derecho en comento a partir de la perspectiva del Derecho de la Unión Europea. Inicia por tomar en cuenta el artículo 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos del año de 1948 el cual establece que: *Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por ley*, documento que desde un punto de vista técnico jurídico sólo contiene una recomendación internacional pero que ha madurado en el transcurso de los años para convertirse en una auténtica obligación y que constituye ya un elemento esencial de la *praxis* internacional, que además ha influido en la elaboración de otros instrumentos internacionales, ahora sí, de carácter obligatorio, como el que se contiene en el artículo 6 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales —el CEDH— aprobado en el seno del Consejo de Europa en el año de 1950, como se ha visto.

Según la clara provisión del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea, los derechos fundamentales garantizados por el CEDH y que son resultados de las tradiciones constitucionales comunes de los estados miembros, son parte del derecho de la unión europea como principios generales. En este contexto, el acceso a la justicia se puede delinear a través de muchas situaciones diferentes, incluyendo las básicas como pueden ser el tener un acceso a la jurisdicción competente y predeterminada por la ley, o la tutela judicial efectiva en el debido proceso.

Una mención específica merece uno de los elementos más significativos en la aplicación del artículo 6 del CEDH, que lo constituye la independencia judicial, reafirmada repetidas veces en diversos foros internacionales, sobre todo,

por la Asamblea General de las Naciones Unidas en dos de sus resoluciones: la 40/32 del 29 de noviembre de 1985 y la 40/146 del 13 de diciembre de 1985, en donde se enfatiza la necesidad de la independencia y la imparcialidad del juez y que se relaciona también con el derecho a un juicio justo, garantizado por el propio artículo 6 del CEDH y su estrecha conexión que constantemente surge de la jurisprudencia que emite el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, que ha identificado una serie de criterios para poder considerar que existe independencia en el órgano judicial y el debido proceso judicial justo celebrado ante él. También por lo que hace al criterio para la selección del juez, la duración de su período, las normas de protección con que cuenta contra las presiones externas a las que puede ser expuesto y también las condiciones bajo las cuales, en principio, un órgano judicial puede ser considerado con que cuenta con la debida independencia, para terminar su estudio con el examen de un caso concreto, recientemente resuelto por la *Grande Chambre* del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos ("Baka *vs* Hungría") mediante sentencia emitida el 23 de junio de 2016.

La segunda sección de la obra, se encuentra integrada por los estudios desde la perspectiva del Derecho Constitucional y por lo que se refiere a la parte mexicana, el profesor Ricardo Antonio Silva Díaz nos habla del principio de la tutela judicial efectiva, que impone a los diversos estados el deber de establecer procedimientos que resuelvan de manera efectiva las controversias que se presentan entre las personas de una sociedad. Dentro de las garantías jurisdiccionales constitucionales, la efectividad no sólo se mide a partir de la solución de las controversias entre las partes, sino a partir de garantizar debidamente a otros principios como lo son, entre otros, la supremacía constitucional o la

dignidad de las personas. Este matiz frente a los procedimientos ordinarios, obliga a reflexionar respecto de los alcances que deben tener las reglas procesales en el juicio de amparo mexicano, pues para hacer efectiva la tutela que se pretende en él, resulta necesario entender la lógica procesal de las reglas, que adquieren un matiz por los principios constitucionales que deben protegerse. De ahí que el estudio de la *razonabilidad* que se realiza a dichas figuras, no puede partir exclusivamente de garantizar de forma ciega el acceso a la justicia o a la supremacía constitucional, ni tampoco de forma ciega el respeto a los lineamientos de igualdad procesal o el respeto a la división de poderes, por tanto, dicha razonabilidad está encaminada a que el juicio de amparo cumpla con los fines para los cuales fue creado.

Por el lado italiano, el artículo de los profesores Gianluca Conti y Andrea Pertici pretende abordar el tema de acceso a la justicia constitucional por lo que se refiere al juicio de constitucionalidad de las leyes, que se caracteriza, en primer lugar, por la existencia de un juicio en la vía incidental, en donde dentro del procedimiento principal que se promueve y de manera difusa, se puede analizar el problema de constitucionalidad indicado en concreto. También al lado de ese recurso, siempre ha existido un auténtico juicio, planteado con una acción directa del gobierno nacional en contra de las leyes aprobadas por las regiones del pais o bien de éstas en contra las leyes nacionales para solicitar su conformidad al texto constitucional, lo que ha sido modificado de manera parcial con la reforma constitucional del año 2001.

Las modalidades con que se puede acceder, caracterizan el sistema de justicia constitucional en Italia que desde hace algunos años, se ha encontrado frente a la evolución de la forma de estado y de gobierno que en parte se ha ex-

presado con la modificación del del título V de la segunda parte de la Constitución y el frecuente cambio de la ley electoral, y en parte se ha realizado de manera *tácita* como el resultado de un reequilibrio de poderes y de funciones entre órganos, en ausencia de una reforma constitucional finalizada a tal propósito, pero para superar algunas dificultades en el funcionamiento concreto del sistema o para definir de un modo mejor (generalmente sin mucho éxito) el elemento representativo y las formas democráticas de determinación del rumbo político. Esto sin duda también ha reabierto el debate sobre las formas de acceso a la Corte Constitucional y la posible modificación del juicio de legitimidad constitucionalidad promovido en la vía incidental, lo que se hizo muy evidente en la sentencia número 1 del año 2014 sobre la ley electoral aprobada para las dos Cámaras del Parlamento. Todo esto sin duda nos llevará en el futuro a nuevas preguntas relevantes sobre el papel de la Corte Constitucional, que también implica las modalidades de acceso a la misma y su evolución.

En la tercera parte, dedicada al Derecho Administrativo, los profesores María del Rocío González Alcántara Lammoglia y Rubén Minutti Zanatta nos exponen los principales problemas y retos que enfrenta en el país el derecho a una real y efectiva acceso a la justicia en esta rama, por lo que comienzan por señalar que el mismo debe ser entendido como el más básico y fundamental de todas las prerrogativas, debido a que constituye un presupuesto para poder acceder a todos los demás y que comprende deberes de transparencia, información pública, difusión y publicación de los derechos. Ahora bien, en lo concerniente a la justicia administrativa, se presentan problemas que afectan a este derecho, como es la necesidad de que los tribunales administrativos nacionales fortalezcan el principio de la

litis abierta y por ello que amplíen el ámbito de la actuación administrativa sujeta a su escrutinio, en aras de una simplificación y celeridad de la justicia. La reciente novedad de los juicios de nulidad en el país ya obliga a ir superando el formalismo innecesario con el que están estructurados los tribunales nacionales lo que impide el sano desarrollo del derecho en comento.

Tampoco se ha cumplido con el pleno goce de este derecho por lo que se conoce como *el amparo administrativo* y las limitaciones con las que está regulado lo que finalmente termina por perjudicar a los propios particulares a quienes se les quiere beneficiar con instituciones que si bien son históricas y de gran valor, no se justifican actualmente en el mundo moderno, donde se debe dar una mayor y efectiva tutela a los derechos humanos y así se presentan situaciones hoy irracionales, como la relatividad de las sentencias de amparo, o los efectos limitados de los procedimientos jurisdiccionales que impiden la debida reparación de los daños causados a los particulares. También el complicado sistema de recursos, juicios de nulidad o juicios de amparo hacen que finalmente el particular no tenga un debido acceso a la justicia, en este caso administrativa, situación a la que está obligada el estado mexicano.

Una vez analizado estos puntos los autores mexicanos se enfocan en otros puntos que reflejan deficiencias, como es el caso de una falta de regulación completa a nivel estatal de tribunales administrativos dotados de plena autonomía en su integración y ejercicio, o en la falta de una adecuada defensoría pública de oficio, pero también mejoras como en las acciones emprendidas para la simplificación normativa de los juicios administrativos, o el uso de las nuevas tecnologías, lo que ha permitido el establecimiento del juicio electrónico en línea, o el uso de la fir-

ma electrónica, o la digitalización de los expedientes, o las notificaciones por medios electrónicos. Por último y a raíz de los recientes cambios constitucionales en la materia de derechos fundamentales, se permite a los jueces administrativos el poder acelerar la justicia que le es confiada mediante el control difuso de la constitucionalidad, lo que les permite dejar de aplicar normas administrativas contrarias a la constitución o a tratados internacionales en materia de Derechos Humanos.

Por su parte, los profesores italianos Luisa Azzena y Alfredo Fioritto analizan el derecho de acceso a la justicia administrativa en una investigación en dos partes, donde en la primera de ella, está dedicada a explicar brevemente cómo funciona el sistema de justicia administrativa en Italia (lo que se realiza ante los tribunales administrativos regionales y el Consejo de Estado) poniendo especial atención a la evolución que ha tenido respecto a los temas de protección jurisdiccional y administrativa, la organización de la justicia administrativa, las principales formas de acción ante los tribunales y la relación que se da entre la justicia ordinaria y la justicia administrativa.

La segunda parte de la investigación de estos profesores tiene como objetivo indagar el acceso a las medidas cautelares dentro del proceso administrativo, realizando una reconstrucción de manera histórica y evolutiva sobre su origen y gradual afirmación a través de la legislación y la jurisprudencia, pero también teniendo en cuenta la contribución que ha dado el derecho europeo. Este desarrollo culmina con la adopción en el año 2010 del Código de Procedimiento Administrativo, en donde se regula la adopción de las medidas cautelares las que son tratadas de una manera orgánica y sistemática así como se atiende a

diversas cuestiones que las conciernen hasta a llegar a una solución definitiva.

La cuarta sección de la obra está dedicada al Derecho del Trabajo y particularmente se tomó un problema real y grave que aqueja a los dos países y consiste en que los gobiernos de los estados nacionales, quienes deben ser los promotores y defensores de las prerrogativas laborales de sus gobernados, utilizan finalmente por problemas de recursos y de control presupuestal, figuras de derecho civil que dejan sin la debida protección a sus trabajadores, quienes finalmente deberían recibir los mismos beneficios que los demás que forman parte de sus administraciones, lo que no es así.

Por ello el profesor Luis Enrique Díaz Mirón Salcedo por la óptica mexicana, nos indica que si bien la Ley Federal del Trabajo ha sido apreciada a nivel no sólo nacional sino incluso internacional, como un instrumento novedoso de inclusión y de salvaguarda de la justicia social, al establecer y procurar a los trabajadores como una clase protegida, mediante un sólo sistema de derechos laborales, la praxis política produjo una separación injustificada entre trabajadores privados y los estatales, lo que se tradujo en una doble regulación, para salvaguarda de la función pública. Pero incluso dentro de la normativa estatal se crearon regímenes de excepción no justificados, como en el caso del Poder Judicial Federal, o el Banco Central, o las distintas entidades que forman parte del sistema bancario u organismos públicos autónomos, donde se establecen reglas especiales que hacen derogar los principios y prerrogativas generales que se contienen en la ley laboral, pero que difícilmente pueden ser sustentadas desde el punto de vista racional, atendiendo a la debida universalización de los derechos de los trabajadores.

Por su parte, el profesor Oronzo Mazzotta se ocupa de examinar los instrumentos normativos del derecho laboral italiano que inducen a eludir el elemento de subordinación tanto en el sector público como privado. Para ello, procede a reconstruir la noción misma de la *subordinación*, sobre la base de los elementos contenidos en la norma principal que lo regula como es el artículo 2094 del Código Civil italiano, siguiendo para ello, la interpretación más autorizada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia.

Después se ocupa de señalar cuáles son en el derecho italiano las técnicas para clasificar en los casos concretos una relación laboral como subordinación, planteándose sobre todo en la voluntad de las partes y en su interpretación. En la última parte del trabajo se analiza el tema de la rigidez del tipo contractual con que se regula la relación laboral tanto en general como por lo que hace a la cualificación de la misma, a la luz de un ordenamiento legislativo que se ha centrado en buscar formas técnicas para eludir el tema de la subordinación por parte de las administraciones públicas.

En el aspecto del Derecho Procesal Civil, el profesor Mauricio Cárdenas Guzmán nos explica cómo la concepción tradicional del derecho de acceso a la justicia en el derecho procesal se ha transformado y de configurar el apego de los jueces por decidir las controversias conforme a la ley y el monopolio en la aplicación del derecho, se ha reconfigurado con la finalidad de proporcionar a los particulares una alternativa diferente para la solución más eficiente y rápida de las controversias que lleguen a tener.

En este sentido, ya se tiene una doble vía, sin que se dé una contradicción y que en la realidad operan de una manera independiente, de ahí que se le llame el *uso alternativo de solución de conflictos*, que a veces opera de una manera

complementaria dentro de los propios procedimientos judiciales, por lo que no se da ninguna tensión entre ellos.

Sin embargo, lo anterior puede complicarse cuando se intenta por parte del estado en privilegiar la autocomposición por medios alternativos frente a la aplicación judicial del Derecho, como se da en el caso de que se llegue a condicionar o supeditar el acceso a los tribunales siempre y cuando se haya hecho uso de los medios alternativos, lo que no debe ser correcto, por lo que el hecho de que si en la legislación mexicana se llega a establecer ese condicionamiento o supeditación se estarían afectando los derechos fundamentales de los particulares, de ahí que el estado deba dar la posibilidad y no la imposición para hacer uso de ese medio alternativo.

En ese tenor, en el caso de México, como ya se ha apuntado, nuestra Constitución ya contempla el uso de los medios alternativos de solución de controversias. No obstante esto se debe dar la preeminencia del uso de estos medios alternativos, siempre y cuando se forme un sistema de justicia alternativa que se encuentre estructurado para solucionar eficientemente el conflicto, tomando en cuenta para su estructuración, los requisitos mínimos como son una adecuada infraestructura, así como la debida capacitación de los funcionarios que realizarán las labores de los medios alternativos y una adecuada difusión e información a los particulares de los derechos procesales con los que cuentan y los medios que tienen para lograr la solución de sus conflictos.

Bajo ese perfil, más que alejarse de la idea de un debido acceso a la justicia, estos medios buscan hacer efectivo tal derecho. Sin embargo en el caso mexicano no se ha satisfecho plenamente estos requisitos como se apunta en el artículo.

En el caso de Italia, la profesora María Ángela Zumpano ha estudiado la compatibilidad entre el derecho a la acción, garantizado constitucionalmente y la imposición de filtros para el acceso a los tribunales, con especial atención a la utilización establecida por el ordenamiento, de los medios alternativos de resolución de controversias, como una manera de sustituir, fuera de la ley, a la jurisdicción o como una condición previa de procedibilidad a la demanda judicial. La autora para ello, estudia en particular los principales instrumentos de solución alternativa de las controversias en relación a los procesos judiciales ordinarios, centrándose en el arbitraje, en la negociación asistida por abogados, así como en la mediación tanto civil como mercantil.

Más específicamente, en el artículo se analizan las circunstancias en que la ley exige que tales medios alternativos sean utilizados obligatoriamente antes de acudir al juicio, todo ello, a la luz de los principios establecidos por la Corte Constitucional italiana. En la conclusión de su análisis, indica en primer lugar, que es difícil conciliar tales modalidades con la garantía de acceso a la justicia establecida a nivel constitucional. En segundo lugar, que el legislador italiano tiende a utilizar estos instrumentos para disminuir la carga del trabajo judicial, en lugar de establecer un complemento válido del sistema de protección de los derechos fundamentales.

En fin, como se podrá apreciar de la lectura integral de la obra, se podrá percibir cómo el derecho al acceso a la justicia se ha visto modificado por diferentes ámbitos y por distintos actores, que nos permiten apreciar que en materia de los derechos fundamentales si bien muchos de ellos, ya son históricos, la interacción de esos factores propician que nos encontremos con derechos rejuvenecidos

en aras de cumplir mejor su función en estas sociedades modernas, pero que a pesar de los avances notorios que se han presentado, siguen subsistiendo en las distintas áreas del Derecho claras deficiencias y contradicciones que se deben ir superando en aras de un efectivo goce de tal prerrogativa, lo que hace vislumbrar la necesaria y continua transformación de este mismo derecho.

Por último, quisiéramos agradecer a las siguientes personas que nos ayudaron con las traducciones de los textos italianos para que pudieran aparecer en español: Natalia Rueda de la Universidad Externado de Colombia, por lo que hace al artículo de derecho internacional, David Fabio Esborraz del Consejo Nacional de Investigaciones (C.N.R.) de Roma que tradujo el artículo de procesal civil, al profesor Luis Enrique Díaz Mirón Salcedo, quien tradujo el artículo de derecho laboral, al profesor Aldo Petrucci quien tradujo el artículo de derecho constitucional, quien junto con Rubén Minutti tradujeron el artículo de derecho administrativo y Santiago Soní Velasco para la corrección de algunos textos en inglés.

Primera Parte
Derecho Internacional

EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA EN EL DERECHO INTERNACIONAL

LORETTA ORTIZ AHLF

SUMARIO: 1. *Conceptualización del derecho de acceso a la justicia de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos*; 2. *El derecho de acceso a la justicia y a un recurso jurídico efectivo para la protección de los derechos humanos en México*; 3. *El derecho de acceso a la justicia en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*.

RESUMEN: En una primera parte se define el contenido del derecho de acceso a la justicia conforme a las normas de derecho internacional de Derechos Humanos, en el segundo apartado se analiza con base en las resoluciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y sentencias de la Corte Interamericana si México garantiza de manera efectiva el derecho de acceso a la justicia. Por último, se determina si de acuerdo a la normatividad que rige al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, se garantiza el acceso a justicia ante estas instancias internacionales.

ABSTRACT: Nella prima parte si delinea el contenuto del diritto d´acceso alla giustizia in conformità con le norme del diritto internazionale dei diritti umani. Nella seconda sezione si analizza sulla base delle risoluzione della Commissione Interamericana sui Diritti Umani, e le sentenze della Corte, se il Messico garantire efficacemente il diritto di accesso alla giustizia. Infine, si stabilisce se secondo le nome che disciplinano il Sistema Interamericano per il Diritti Humano garantisce l'accesso alla giustizia verso questi organismo internazionali.

Abstract: In the first section we define the law content referring to the right of access to justice in accordance with the international law of human rights, in the second section, is analyzed based on the resolutions of the Interamerican Commission on Human Rights and the sentences of the Interamerican Court of Human Rights, if Mexico effectively guarantees the right of access to justice. Finally, it is determined if according to the normativity governing the Interamerican Human Rights System, access to justice to these international bodies is guaranteed.

Palabras clave: acceso a la justicia-debido proceso.
Parole chiave: Accesso alla giustizia-giusto processo.
Keywords: access to justice-due process of law.

1. Conceptualización del derecho de acceso a la justicia de conformidad con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

El derecho de acceso a la justicia se transformó, de un derecho de enunciación general y carente de efectividad, en un derecho fundamental de primer orden, cuya regulación, exigió un detalle muy minucioso, para garantizar de manera efectiva su ejercicio. De tal suerte, que de un concepto jurídico tan general como el de la Declaración Universal de Derechos Humanos que dispone *toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante tribunales nacionales competentes, que le ampare, contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley*,[1] se llega en instrumentos recientes a un detalle y sofisticación que no imaginaron los redactores de la Declaración Universal.

Dentro de los instrumentos internacionales que empiezan a definir, el derecho de acceso a la justicia y con ello a ampliar su ámbito de protección y garantía, ubicamos el

[1] *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, adoptada y proclamada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), cuyo artículo 14, detalla con gran amplitud el contenido del derecho de acceso a la justicia y que en su parte medular señala *todas las personas son iguales ante los tribunales y las cortes de justicia, tendrán derecho a ser oídas públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación.*[2]

La Convención Americana de San José Rica, regula el derecho de acceso a la justicia en sus artículos 7, 8, y 25 disposiciones en cuya parte medular se establece:

> *Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:*
>
> *a) derecho del inculpado a ser asistido gratuitamente por un traductor o intérprete, si no comprende o no habla el del juzgado o tribunal;*
> *b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;*
> *c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;*
> *d) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro un plazo establecido por la ley;*
> *e) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;*
> *f) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable; y*
> *g) derecho a recurrir el fallo ante el juez o tribunal superior.*

[2] *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, adoptado en Nueva York el 16 de diciembre de 1966, aprobado por el Senado el 18 de diciembre de 1980, adhesión de México el 23 de marzo de 1981, entrada en vigor internacional el 23 de marzo de 1976, entrada en vigor para México el 23 de junio de 1981, publicado en el *DOF* el 20 de mayo de 1981, Fe de erratas de 22 de junio de 1981.

h) La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

i) El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a un nuevo juicio por los mismos hechos.

j) El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de justicia.[3]

Deben considerarse además en la determinación del contenido del derecho de acceso a la justicia el Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos destinado a la abolición de la pena de muerte.[4] Las diversas Resoluciones de Naciones Unidas referentes al tema, ubicamos entre otras la atinente a los Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura,[5] las Directrices sobre la Función de los Fiscales,[6] los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados,[7] el Código de Conducta para Funcionarios Encargados de

[3] Convención Americana sobre Derechos Humanos "*Pacto de San José de Costa Rica*", adoptada en San José Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, aprobada por el Senado 18 de diciembre de 1980, adhesión de México el 24 de marzo de 1981, entrada en vigor internacional el 18 de julio de 1978, entrada en vigor para México el 24 de marzo de 1981, publicada en el *DOF* de 7 de mayo de 1981.

[4] *Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Destinado a abolir la pena de muerte*, ONU, Nueva York, 15 de diciembre de 1989, aprobado por el Senado el 24 de abril de 2007, adhesión de México 26 de septiembre de 2007, entrada en vigor internacional el 11 de julio 1991, entrada en vigor para México el 26 de diciembre de 2007, publicado en el *DOF* 26 de octubre de 2007.

[5] Adoptados por el Séptimo Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985 y confirmados por la Asamblea General en sus Resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y 40/46 de 13 de diciembre de 1985.

[6] Aprobadas por el Octavo Congreso de Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en la Habana, Cuba del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990.

[7] Aprobados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en la Habana, Cuba del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990.

Hacer Cumplir la Ley.[8] Reglas Mínimas sobre las Medidas No Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio).[9] Principios Relativos a una Eficaz Prevención e Investigación de las Ejecuciones Extralegales, Arbitrarias o Sumarias,[10] Reglas Mínimas para la Administración de la Justicia de Menores.[11] Reglas para la Protección de Menores Privados de la Libertad.[12] Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión,[13] Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos,[14] Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos[15] y el Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley.[16]

Las Resoluciones antes citadas fueron formuladas como instrumentos para lograr la debida aplicación e incorporación de las normas internacionales de derechos humanos relativas al derecho fundamental del acceso a la justicia. Algunas de ellas, a pesar de detallar el contenido del derecho, utilizan conceptos de difícil implementación por cuanto adolecen de falta de precisión. Así por ejemplo, la norma

[8] Adoptado por la Asamblea General en su Resolución 34/169, de 17 de diciembre de 1979.

[9] Adoptada por la Asamblea General en su Resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990.

[10] Consejo Económico Social Resolución 1989/65 de 24 de mayo de 1989.

[11] Adoptada por la Asamblea General en su Resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985.

[12] Adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990.

[13] Adoptado por la Asamblea General en su Resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988.

[14] Adoptadas por el Primer Congreso de Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955 y aprobadas por el Consejo Económico Social en sus Resoluciones 663 (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977.

[15] Adoptados y proclamados por la Asamblea General en su Resolución 45/111, de 14 de diciembre de 1990.

[16] Adoptado por la Asamblea General en su Resolución 34/169, de 17 de diciembre de 1979.

que establece el deber del Estado de garantizar que la causa sea oída equitativamente en un plazo razonable por tribunal independiente, incorpora conceptos que requieren de la determinación de su significado, para plasmarlos en la legislación interna y lograr con ello una debida aplicación del tratado en materia de derechos humanos.

Con base en los tratados, resoluciones de Naciones Unidas, reglas y códigos de conducta antes señalados, el derecho internacional de los derechos humanos determina como contenido sustantivo mínimo del derecho de acceso a la justicia, el siguiente:

- acceso a la jurisdicción;
- a un juez competente, imparcial y predeterminado por ley;
- a la tutela judicial efectiva;
- a un juicio justo;
- a la igualdad ante la ley y los tribunales de justicia;
- a la no discriminación por motivos de raza, nacionalidad, condición social, sexo, ideología política o religión;
- a la presunción de inocencia;
- irretroactividad de la ley penal;
- responsabilidad penal individual;
- derecho a la defensa y asistencia letrada;
- a comunicarse con su defensor en forma confidencial, sin demora y sin censura;
- disponer del tiempo necesario y de los medios adecuados para su defensa;
- a ser informado de manera inmediata y comprensible de sus derechos;
- a conocer los motivos de la detención y la autoridad que lo ordena;

- a ser juzgado dentro de un plazo razonable;
- a no ser juzgado dos veces por un mismo delito;
- a no ser encarcelado por el incumplimiento de deudas o de obligaciones contractuales;
- a no ser obligado a declarar, ni a confesarse culpable;
- a un intérprete o traductor;
- a la protección contra todo tipo de detención ilegal;
- a un recurso efectivo ante tribunales superiores competentes, independientes e imparciales;
- a que en el proceso penal se asegure que la libertad penal será reconocida y respetada por regla general y la prisión preventiva como la excepción;
- a la no aplicación de la pena de muerte;
- indemnización por error judicial.
- Prohibición y protección efectiva contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes;
- prohibición y protección efectiva contra las desapariciones forzadas e involuntarias;
- prohibición y protección efectiva contra las ejecuciones sumarias o arbitrarias; y
- en caso de detención en el extranjero a la notificación consular inmediata.

Además debe considerarse que cada uno de los derechos que están obligados a garantizar los Estados a toda persona que forman parte del derecho de acceso a la justicia, puede ser definido por diversas resoluciones de organismos internacionales o sentencias de tribunales internacionales. Un ejemplo, en ese sentido, lo ubicamos en varias sentencias y opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derecho Humanos que aluden al derecho fundamental de acceso a la justicia, en una de ellas puntualiza la Corte:

...la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una trasgresión de la misma por el Estado parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que este previsto en la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ellos pueden ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión, o cuando, por cualquier causa, no se permita al presunto lesionado el acceso al recurso judicial.[17]

2. El derecho de acceso a la justicia y a un recurso jurídico efectivo para la protección de los Derechos Humanos en México

México ratificó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) en 1981. A pesar de que han transcurridos más de 30 años de la ratificación de dichos instrumentos, en México no se garantiza de manera efectiva el derecho de acceso a la justicia, ni él acceso a un recurso jurídico efectivo, en caso de vulneración de los derechos humanos.

[17] Opinión Consultiva 11/90. Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos (Artículo 46.1, 46.2.a y 46.2.b de la Convención Americana de Derechos Humanos).

Dispone el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos:

Artículo 25. Protección judicial.

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante jueces o tribunales competentes, que le ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, la ley o la presente convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúan en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados parte se comprometen:

a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;

b) a desarrollar las posibilidades de un recurso judicial, y a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.[18]

Por su parte, señala el artículo 2, párrafo 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

1. Cada uno de Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que:

a) Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de funciones oficiales;

b) La autoridad competente, judicial administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial;

[18] Artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969 en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, ratificación de México 24 de marzo de 1981, entrada en vigor 18 de junio de 1978, publicación en el *DOF* 7 de mayo de 1981.

c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.[19]

La operatividad actual del derecho de acceso a la justicia y del juicio de amparo en México, en lo relativo a mecanismo jurídico de garantía y efectiva protección de los derechos humanos, dista mucho de ajustarse a los requerimientos tanto de la Convención Americana de Derechos Humanos, como del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, son pocos los avances que se han logrado para transformar y convertir dicho proceso, sobre todo si se considera la obligación contenida en el artículo 2° de ambos instrumentos, que exige a los Estados que realicen, si no de manera inmediata lo antes posible, las reformas constitucionales y legales necesarias para lograr la efectiva aplicación de los mencionados tratados y con ello a su vez alcanzar la efectiva protección de los derechos humanos.

La falta de adecuación de la legislación interna lesiona gravemente los derechos fundamentales, se deniega el derecho de acceso a la justicia incluso para el reclamo de los derechos fundamentales. Llama la atención que la necesidad de garantizar el acceso a un recurso eficiente para la protección de los derechos fundamentales se planteó desde el Constituyente de 1916-1917, sin embargo hasta hoy día no se ha logrado satisfacer dicha necesidad, Venustiano Carranza manifestó en dicho Constituyente:

Hay que reconocer, dijo Don Venustiano Carranza... que en el fondo de la tendencia a dar al artículo 14 constitucional una extensión indebida estaba la necesidad ingente de reducir a las autoridades de los Estados a

[19] Artículo 2, párrafo 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200ª (XXI), de 16 de diciembre de 1966, entrada en vigor 23 de marzo de 1976, ratificación de México 23 de marzo de 1981, publicación en el *DOF* 20 de mayo de 1981, Fe de Erratas 22 de junio de 1981.

sus justos límites, pues bien pronto se palpó que, convertidos los jueces en instrumentos ciegos de los gobernadores que descaradamente se inmiscuían en asuntos que estaban por completo fuera del alcance de sus atribuciones, se hacía preciso tener un recurso, acudiendo a la autoridad judicial federal para reprimir tales excesos.[20]

Para evaluar si se garantiza en México el derecho de acceso efectivo a la justicia, como lo exigen los instrumentos internacionales, conviene revisar algunos de los casos presentados en contra de México ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (TIDH).

La cuestión de la naturaleza del juicio de amparo y de las obligaciones del Estado mexicano de conformidad con el citado artículo 25 CADH, se analizó en el Caso 10.180 del 23 de octubre de 1987, presentado por Eduardo Arias Aparicio, Luis Santos de la Garza, María Teresa García de Madero y Miguel Gómez Guerreo todos ellos diputados del Partido de Acción Nacional en contra de México, ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en dicho caso la CIDH señaló en su informe:

En el caso bajo examen, por lo tanto, México, al ratificar la Convención Americana sobre Derechos Humanos asumió las obligaciones de garantizar el ejercicio de los derechos reconocidos por ella, contenidos en su artículo 1, y de adoptar las disposiciones de derecho interno "para hacer efectivos tales derechos y libertades", establecidas en el artículo 2, las cuales tienen aplicación, en el Caso No. 10.180 al ejercicio de los derechos políticos reconocidos en el artículo 23, así como en la necesidad de contar con un recurso efectivo ante tribunales competentes, independientes e imparciales, en los términos de los artículos 8 y 25 de la convención. Resulta pertinente recordar en esta oportunidad nuevamente que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Sentencia de 29 de Julio de 1988 en el

[20] *Congreso Constituyente 1916-17, Diario de Debates*. Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana, Edición Facsimilar, México, 1985, p. 17.

Caso Velázquez Rodríguez, consideró que la obligación de respetar y garantizar el ejercicio de los derechos humanos contenida en el artículo 1.1 de la CADH "implica el deber de los Estados Parte de organizar todo el aparato gubernamental y en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos"... Estas obligaciones contenidas en los primeros dos artículos de la CADH son los que imponen al Gobierno de México la exigencia de tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su Constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes (de las entidades componentes de la Federación puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de la Convención). La solución planteada por el gobierno de México tendiente a lograr la aplicación del juicio de amparo en materia política con base en la violación del principio de la garantía individual derivada del principio de legalidad contenido en el artículo 14 de la Constitución constituye, al parecer, una interpretación novedosa pues el Gobierno de México no aporta información sobre la aplicación exitosa de casos concretos. La Comisión debe señalar que el recurso planteado dista de ser el recurso sencillo, rápido y efectivo para proteger los derechos políticos en los términos de la CADH.[21]

De igual forma, en el Caso 10.956 de 7 de octubre de 1993, preciso la Comisión en su informe:

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos estima oportuno reiterar al Gobierno de México su deber de adoptar las disposiciones de derecho interno con arreglo a sus procedimientos constitucionales y legales, a fin de asegurar el ejercicio pleno de los derechos políticos, en particular, en relación con la idoneidad de los recursos previstos en la legislación interna, a fin de que los ciudadanos de ese país puedan contar con recursos sencillos, rápidos y efectivos, despojados de rigorismos innecesarios que afecten la eficacia, en la protección de todos los derechos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sin distinción alguna.[22]

[21] Informe No. 8/91, Caso 10.180 de Comisión Interamericana de Derechos Humanos en http://www.cidh.oas.org/annualrep/90.91sp/Mexico10180.htm. Subrayado de la autora del trabajo. Subrayado de la autora de este trabajo.

[22] Informe No. 14/93, Caso 10.956 de 7 de octubre de 1993, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, http://www.cidh.oas.org/annualrep/93span/capIII.mexico10.956.htm.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en diversas Sentencias[23] *también ha enfatizado la importancia del artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, puntualizando que dicha obligación exige no sólo una adecuada regulación en la materia, sino el garantizar un acceso efectivo y rápido. En palabras del Juez de la Corte Internacional de Justicia Antônio Augusto Cançado Trindade la obligación del artículo 25, no se reduce a garantizar al acceso formal, stricto sensu, a la instancia judicial (tanto interna como internacional), sino comprende, además, el derecho a la prestación jurisdiccional al acceso a la justicia dotado de contenido jurídico propio que significa lato sensu, el derecho a obtener justicia.*[24]

En el Caso Castañeda de 6 de julio de 2009, la Corte aludió a la naturaleza de las obligaciones contenidas en la Convención Americana de Derechos Humanos y a la falta de cumplimiento de México de las mismas, al carecer el ordenamiento jurídico de México de un recurso efectivo para la protección de los derechos fundamentales, apunta la Corte en relación a la naturaleza de las obligaciones:

Los Estados Partes en la Convención deben garantizar el cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos propios (effet utile) en el plano de sus respectivos derechos internos. Este principio se aplica no sólo en relación con las normas sustantivas de los tratados de derechos humanos (es decir, las que contienen disposiciones sobre los derechos protegidos), sino también en relación con las normas procesales, como las que se refieren al cumplimiento de las decisiones del Tribunal. Estas obligaciones deben ser interpretadas y aplicadas de manera que la garantía protegida sea

[23] Ver: Caso Hilarie, Constantine, y Benjamin y Otros *versus* Trinidad y Tobago (Sentencia del 21.062002) Caso Bámaca Velásquez *versus* Guatemala (Sentencia de 25.11.2000), Villagrán Morales y Otros *versus* Guatemala (Sentencia del 19.11.1999), Juan Humberto Sánchez *versus* Honduras (Sentencia del 07.06.2003), Caso Duran y Ugarte *versus* Perú (Sentencia del 18.08.2000).

[24] Cançado Trindade, Antônio Augusto, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Esencia y Trascendencia*, México, Ed. Porrúa, 2006, p. 755.

verdaderamente práctica y eficaz, teniendo presente la naturaleza especial de los tratados de derechos humanos.[25]

En relación al incumplimiento de México de sus obligaciones precisa la Sentencia:

El Estado debe, en un plazo razonable, completar la adecuación de su derecho interno a la Convención, de tal forma que ajuste la legislación secundaria y las normas que reglamentan el juicio de protección de los derechos del ciudadano de acuerdo con lo previsto en la reforma constitucional de 13 de noviembre de 2007, de manera que mediante dicho recurso se garantice a los ciudadanos de forma efectiva el cuestionamiento de la constitucionalidad de la regulación legal del derecho a ser elegido.[26]

Sobresale en el Caso Castañeda nuevamente la necesidad del Estado Mexicano de ajustar su Constitución y legislación interna para contar con un recurso efectivo mediante el cual garantice de manera sencilla y rápida los derechos regulados en la Convención Americana de Derechos Humanos. No basta para que México cumpla con sus obligaciones internacionales, de conformidad con la argumentación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Castañeda, con regular y garantizar un acceso formal a un recurso jurídico, se requiere garantizar un acceso rápido y eficiente, para con ello asegurar la debida protección de los derechos fundamentales.

Recientemente la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso González y Otras ("Campo Algodonero") *vs* México, puntualizó:

[25] Caso Castañeda Gutman *vs* Estados Unidos Mexicanos de 6 de Julio de 2009, en http://www.corteidh.org.cr/docs/. *Cfr.* Caso Bronstein Vs. Perú. Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999, Serie C No. 54, Párr. 37; Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz *vs* Perú, supra nota 1, considerando sexto, y Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez *vs* Ecuador, supra nota 1, considerando sexto.

[26] Caso Castañeda Gutman *vs* Estados Unidos Mexicanos de 6 de julio de 2009, en http://wwwcorteidh.org.cr/docs/

Todo ello permite concluir que en el presente caso existe impunidad y que las medidas de derecho interno adoptadas han sido insuficientes para enfrentar las graves violaciones de derechos humanos ocurridas. El Estado no demostró haber adoptado normas o implementado las medidas necesarias, conforme al artículo 2 de la Convención Americana y al artículo 7.c de la Convención Belém do Pará, que permitieran a las autoridades ofrecer una investigación con debida diligencia. Esta ineficacia judicial frente a casos individuales de violencia contra las mujeres propicia un ambiente de impunidad que facilita y promueve la repetición de los hechos de violencia en general y envía un mensaje según el cual la violencia contra las mujeres puede ser tolerada y aceptada como parte del diario vivir.

Por lo expuesto, el Tribunal concluye que el Estado incumplió con su deber de investigar —y con ello su deber de garantizar— los derechos consagrados en los artículos 4.1, 5.1, 5.2 y 7.1 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma y con el artículo 7.b y 7.c de la Convención Belém do Pará, en perjuicio de Claudia Ivette González, Laura Berenice Ramos Monárrez y Esmeralda Herrera Monreal. Por los mismos motivos, el Estado violó los derechos de acceso a la justicia y protección judicial, consagrados en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma y 7.b y 7.c de la Convención Belém do Para, en perjuicio de los familiares de las tres víctimas identificados en el párrafo 9 supra".[27]

Sobresale en este caso la obligación del Estado mexicano de garantizar un acceso efectivo a la justicia, al puntualizar que con la ineficacia judicial frente a casos de violencia contra las mujeres en Juárez se envía un mensaje de tolerancia y aceptación de estos crímenes, situaciones que generan la responsabilidad internacional del Estado.

De manera mucho más clara y precisa en el Caso Radilla Pacheco *vs* México, con relación al juicio de amparo la Corte señala:

[27] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso González y Otras ("Campo Algodonero") *vs* México, Sentencia de 16 de noviembre de 2009, p. 100 en http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm.

Al respecto, de los hechos del presente caso se desprende que una vez que el Juzgado Segundo de Distrito decidió declinar su competencia a favor de la jurisdicción militar, la señora Tita Radilla Pacheco interpuso un juicio de amparo para revocar esta resolución. Sin embargo, esta demanda fue desechada en primera instancia (supra párr. 262) ya que con base en el artículo 10 de la Ley de Amparo) "el ofendido o víctima del delito, sólo puede intentar el juicio de garantías cuando se trate de algún acto relacionado directa e inmediatamente con la reparación del daño.
La señora Tita Radilla Martínez interpuso un recurso de revisión en contra de dicha decisión. El Tribunal observa que, por "razón de turno", correspondió al mismo Primer Tribunal Colegiado que resolvió la cuestión relativa al conflicto competencial (supra párr. 265) conocer del recurso de revisión. De la decisión de 24 de noviembre de 2005, solicitada por este Tribunal como prueba para mejor resolver (supra párr. 12) se desprende que el Primer Tribunal Colegiado estableció que no serían "motivo de estudio ni la resolución impugnada ni los agravios propuestos por la [señora Tita Radilla Martínez]", debido a que lo reclamado guardaba relación con el conflicto competencial ya resuelto. En tal sentido, dicho Tribunal Colegiado señaló que había "sobrevenido" una causal diversa a la invocada por el Juzgado Segundo de Distrito (supra párr. 292) para desechar el amparo y que, en consecuencia, era aplicable lo dispuesto en el artículo 73, fracción XVI, de la Ley de Amparo, según el cual, éste es improcedente "cuando hayan cesado los efectos del acto reclamado" Por tanto, en razón de que previamente ya había resuelto la competencia en favor del fuero militar en el mismo asunto, el Primer Tribunal Colegiado confirmó el desechamiento de la demanda de amparo promovida por la señora Tita Radilla Martínez. [28]

De la decisión anterior, claramente puede concluirse que se privó a la señora Tita Radilla Martínez de la posibilidad de impugnar la competencia de los tribunales militares para conocer de asuntos que, por su naturaleza, debe corresponder a las autoridades del fuero ordinario.

[28] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Radilla Pacheco *vs* Estados Unidos Mexicanos, Sentencia de 23 de noviembre de 2009, p. 81, en http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm.

Al respecto, la Corte ha señalado que los Estados tienen la responsabilidad de consagrar normativamente y de asegurar la debida aplicación de los recursos efectivos y las garantías del debido proceso legal ante las autoridades competentes, que amparen a todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que violen sus derechos fundamentales o que conlleven a la determinación de los derechos y obligaciones de éstas.

La Corte en el Caso Radilla no se detuvo en su argumentación jurídica, en ninguna de las razones que esgrimió el Gobierno de México para justificar el sobreseimiento del amparo, bastó la comprobación del impedimento de acceso a un recurso jurídico efectivo para determinar que a la Sra. Tita Radilla se le negó el derecho de acceso a la justicia en los términos de los artículos 8.1 y 25.1 de la CADH y con ello responsabilizar al Estado mexicano.

Algunas de las razones por las cuales México, no garantiza el derecho de acceso a la justicia y a un recurso jurídico eficiente para la protección de los derechos humanos, ajustándose a lo establecido en los instrumentos internacionales, son las siguientes:

2.1. *La exigencia de una parte agraviada en el amparo*

La interpretación jurisprudencial tanto de "parte" como de "agravio", han obstaculizado el acceso al amparo y lo han convertido en un mecanismo ineficiente para la debida protección de los derechos humanos. Un ejemplo claro de dicha situación lo ubicamos en el siguiente caso:

Previamente al estudio del fondo del asunto que precede al análisis de las causales de improcedencia, ya sea que las hagan valer las partes o sean advertidas de oficio por el suscrito, por ser ésta la cuestión de orden público

y de estudio preferente en los términos de lo previsto en el último párrafo del artículo 73, de la Ley de Amparo y de conformidad con la Tesis Jurisprudencial número 940, visible en la página 1538 de la Segunda Parte del Semanario Judicial de la Federación de 1917 a 1988, bajo el rubro IMPROCEDENCIA. El Director General de Asuntos Jurídicos de la Secretaría de Medio Ambiente, Recursos Naturales y Pesca, en su informe justificado manifiesta que el quejoso por sí y en calidad de representante legal de la asociación civil, "Grupo de los Cien Internacional"; carece de la legitimación para promover el presente juicio de garantías, y por lo tanto, se actualiza la causal de improcedencia prevista en el artículo 73, fracción XVIII, en relación al artículo 4º del mismo ordenamiento legal, ya que no ha resentido un agravio personal y directo.[29]

Debería de proceder el juicio de amparo por el simple hecho de una vulneración o afectación de un derecho fundamental o garantía individual, los conceptos de parte agraviada al igual que interés legal suelen constituir impedimentos para el ejercicio del legítimo del derecho de acceso a la justicia en caso de vulneración de los derechos humanos.

2.2. *El principio de supremacía constitucional*

El estándar de protección de los derechos humanos contemplado en los tratados ratificados por México en la mayoría de los casos, es más amplio que el regulado por nuestra Constitución. A pesar de la reforma constitucional de 2011 al artículo 1° constitucional, la reciente jurisprudencia de la Suprema Corte[30] vuelve inoperante dicha

[29] Amparo en Revisión promovido por Homero Aridjis Fuentes *vs* el Director General de Asuntos Jurídicos de la Secretaría de Medio Ambiente Recursos Naturales y Pesca, radicado en el Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa, Sentencia 16 de septiembre de 1996.

[30] Tesis: P./J. 64/2014 (10a.) *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Pleno Libro 13, Diciembre de 2014, Tomo I. p. 8; y Tesis: 1a./J. 29/2015 (10a.) *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación* Décima Época, Primera Sala Libro 17, Abril de 2015, Tomo I, p. 240, Jurisprudencia (Constitucional). DERECHOS HUMANOS RECONOCIDOS TANTO POR LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, COMO EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. PARA DETERMINAR SU CONTENIDO Y ALCANCE DEBE ACUDIRSE A AMBAS FUENTES, FAVORECIENDO A LAS PERSONAS LA PROTECCIÓN MÁS AMPLIA. Acorde con lo sostenido por el Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis de jurisprudencia P./J. 20/2014 (10a.), las normas de derechos humanos contenidas en los tratados internacionales y en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no se relacionan entre sí en términos jerárquicos, ya que se integran al catálogo de derechos que funciona como un parámetro de regularidad constitucional. Por tanto, cuando un derecho humano esté reconocido tanto en la Constitución Federal, como en los tratados internacionales, debe acudirse a ambas fuentes para determinar su contenido y alcance, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia; en el entendido de que cuando exista en la Constitución una restricción expresa al ejercicio de un derecho humano, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional.

reforma en caso de conflicto entre la norma constitucional y el tratado de derechos humanos, conforme a la mencionada jurisprudencia prima la Constitución. Con lo cual, la incorporación de las normas convencionales de derechos humanos a nuestro sistema jurídico, únicamente se produce cuando la norma convencional es acorde con la Carta Magna, si es contraria la norma convencional, al no incorporase dicha norma a nuestro sistema jurídico, no opera ningún recurso jurídico de protección del derecho fundamental vulnerado, lo que a su vez genera responsabilidad internacional.[31]

Una de las obligaciones internacionales del Estado mexicano de conformidad con la CADH y PIDCP en caso de presentarse contradicciones como las mencionadas de conformidad con la Cláusula *"pro homine"*, contenida tanto en la Convención Americana como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, sería aplicar la norma más

[31] *Cfr.* Vázquez Pando, Fernando Alejandro, "Algunas reflexiones sobre la Constitución Mexicana, a la luz de algunos tratados internacionales sobre derechos humanos en que México es Parte", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Número 11, Escuela Libre de Derecho, México, 1987, pp. 525 a 553.

favorable para la persona y no necesariamente la constitucional.[32]

2.3. *Denegación del derecho de acceso a la justicia a las personas que carecen de recursos para pagar los honorarios de un abogado o traductor cuando no conozca la lengua del Tribunal*

El derecho de acceso a la justicia y a un recurso jurídico eficiente, rápido y sencillo, contemplado tanto en la CADH como en el PIDCP, exige que se garantice a cualquier persona en todo proceso un abogado y traductor cuando no conozca la lengua del Tribunal. Dicha obligación obedece a que se debe garantizar no sólo el acceso formal a un recurso jurídico con las características mencionadas, sino un acceso efectivo. Nuestra Constitución no garantiza dichos derechos fundamentales a toda persona como lo señalan la CADH y el PIDCP.

Cabe precisar que no debe confundirse el derecho de asistencia legal y a un traductor con el derecho de acceso a los tribunales contemplado en nuestro artículo 17 constitucional.

2.4. *La falta de eficacia de los procesos*

Eficacia del derecho significa en palabras de Germán Bidart Campos "la legitimación del titular del derecho para que se reconozca su disfrute y su ejercicio, para disponer paralela y simultáneamente de vías idóneas a través de las cuales hacer valer su derecho, defenderlo, lograr su reconocimiento impedido o postergado y reparar su violación".[33] Con base en dicha conceptualización, puede definirse la eficacia del derecho de acceso a la justicia como el reconocimiento o la legitimación de las personas nacionales o extranjeros para acudir a los tribunales para hacer valer, defender, impedir o reparar la violación de sus derechos humanos a través de dicho juicio de manera pronta y expedita.

Mauro Cappelletti y Bryant realizaron diversas investigaciones para determinar la eficacia del derecho de acceso a la justicia,[34] con base en ellas llegan a la conclusión de que dicho derecho se ve obstaculizado entre otros factores por los siguientes:

a) El costo de los litigios y en los juicios de menor cuantía que los abogados no desean llevar dichas causas.
b) La duración de los procesos y los retrasos injustificados.
c) Las asimetrías entre las partes lo cual origina en algunas ocasiones que una de ellas disfrute de ventajas. Así por ejemplo, las personas y organizaciones que poseen recursos financieros considerables o relativamente altos, pueden utilizarlos para litigar y tienen ventajas obvias en la defensa de sus reclamaciones.
d) La falta de conocimiento legal básico no sólo para cuestionar sino para comprender que se puede impugnar.

[32] Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado en la Asamblea General de la ONU, el 16 de diciembre de 1966, ratificación de México el 23 de mayo de 1981. La Convención Americana de Derechos Humanos se adoptó el 22 de noviembre de 1969 y México ratificó el 24 de marzo de 1981.

[33] Bidart Campos, Germán, "Sobre derechos humanos, obligaciones y otros temas afines", T. I, México, UNAM, 1990, *Estudios en Homenaje al Dr. Héctor Fix Zamudio*, p.25.

[34] Capelletti, Mauro y Bryant, Garth, *El acceso a la justicia, La tendencia en el movimiento para hacer efectivos los derechos, México*, Ed. Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 13.

e) El reclamo de intereses difusos o colectivos, como los relativos al medio ambiente y los derechos de los consumidores, normalmente resultan procesos muy complicados, por lo que resultan poco atractivos para los abogados, en razón de los escasos beneficios económicos que les llegan a generar.

f) La carga excesiva de asuntos en los tribunales, la falta de capacitación de los jueces.[35]

Los obstáculos mencionados por Capelletti y Bryan como causas que impiden el ejercicio efectivo del derecho de acceso a la justicia son aplicables en el caso del juicio de amparo en México, obstáculos que no pueden eliminarse uno por uno, ya que están interrelacionados.[36]

2.5. *La falta de ejecución pronta de las sentencias*

El lograr un acceso efectivo a la justicia exige garantizar el ejercicio efectivo de los derechos mediante la ejecución de las resoluciones o sentencias que dicte el Poder Judicial. Sobre esta cuestión puntualiza Miguel Carbonel que "en México poco se ha avanzado en lo relativo al acatamiento de las sentencias, a pesar de que se han llevado a cabo diversas reformas en ese sentido desde 1994. Dichas reformas se han utilizado, mas como arma para atacar el adversario político, situación que poco tiene que ver con el derecho del gobernado a la ejecución de las sentencias".[37]

Si la exigencia del cumplimiento de sentencias es necesario para asegurar un efectivo acceso a la justicia, en el

[35] *Idem*.

[36] *Ibídem*, p. 22.

[37] Carbonnel, Miguel, *Los Derechos Fundamentales en México*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos y Universidad Autónoma de México, 2004, p. 735.

caso de los derechos fundamentales es de vital importancia garantizar dicho derecho, ya que, de no ser así la autoridad continuará vulnerando los derechos fundamentales sin sentirse constreñida, ni limitada en ningún momento para restituir al individuo el derecho humano o garantía individual restringida o vulnerada.

2.6. *Derecho a una indemnización en caso de error judicial*

Señalan el artículo 10 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el 14 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

> *Artículo 10. Derecho a indemnización. Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial.*[38]
>
> *Artículo 14...*
>
> *6. Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.*[39]

A pesar de que se contempla en dos tratados pilares en materia de derechos humanos la obligación de los Estados

[38] Artículo 10, Convención Americana sobre de Derechos Humanos, adoptada en San José Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, publicada en el D.O.F. de 7 de mayo de 1981.

[39] Artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante su Resolución 220ª (XXI), el 16 de diciembre de 1966, publicado en el *DOF* del 22 de junio de 1981.

de indemnizar a las víctimas en caso de cometer error judicial, en el sistema jurídico mexicano no existe una sola disposición que permita la aplicación del artículo 10 de la CADH y el 14 del PIDCP. El artículo 113 de la Constitución de México, no resulta aplicable para las indemnizaciones por error judicial, sólo contempla la responsabilidad del Estado por daños que con motivo de su actividad administrativa irregular cause a bienes y derechos de los particulares.[40]

Tanto el artículo 10 de la Convención Americana de Derechos Humanos, como el 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos requieren, para aplicarse en México, de legislación federal y local que permita el pago de la indemnización en caso de dicho error. Cabe precisar, que el hecho de que dichas disposiciones no puedan aplicarse en México por falta de legislación que lo permita, no exime de la correspondiente responsabilidad internacional al Estado Mexicano.

En los Casos Radilla Pacheco y González y Otras contra México ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quedó evidenciado que en virtud del error judicial las víctimas tienen derecho a una indemnización, razón por la cual uno de los puntos resolutivos de ambas Sentencias condenó a México en ambos casos al pago de indemnizaciones a las víctimas entre otras cuestiones.[41]

[40] Castro Estrada, Álvaro, *Responsabilidad Patrimonial del Estado,* México, Ed. Porrúa, 1997, p. 494.

[41] *Véase:* Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Radilla Pacheco *vs* Estados Unidos Mexicanos, Sentencia de 23 de noviembre de 2009 y Caso González y Otras ("Campo Algodonero") *vs* México, Sentencia de 16 de noviembre de 2009, en http://wwcorteidh.org.cr/casos.cfm.

3. El derecho de acceso a la justicia en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos

3.1. *La Comisión Interamericana de Derechos Humanos*

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, surgió de la Resolución VIII de la V Reunión de Consulta de los Ministros de Relaciones Exteriores (Santiago, 1959).[42] Tenía según su Estatuto de 1960, un mandato limitado a la promoción de los derechos humanos.

Sin embargo, una vez creada, la propia Comisión pasó a luchar por una gradual expansión de sus funciones. Así en la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria de Río de Janeiro de 1965, por medio de la Resolución XII,[43] se ampliaron las facultades de la Comisión para que también pudiera recibir peticiones o comunicaciones sobre violaciones de derechos humanos. Además, se incluyeron entre dichas facultades de la Comisión, un sistema de informes de distintos tipos, el examen de las comunicaciones, la visitas de observación *in loco* a los Estados y la preparación de estudios y seminarios.

En los primeros años de su existencia la Comisión fue aún más allá de sus funciones formales. Ya como órgano de protección, en el caso de la República Dominicana (1965-1966), la Comisión Interamericana se transformó en verdadero órgano de acción actuando continuamente en aquel

[42] *Conferencias Internacionales Americanas*, publicadas por la Secretaría General de la Décima Conferencia Interamericana, Washington, 1956, p. 26.

[43] *El Sistema Interamericano a través de Tratados, Convenciones y otros Documentos*, compilación anotada por García Amador, OEA, Washington, 1966, pp. 202-206.

país por más de un año, ampliando considerablemente sus atribuciones de órgano de observación y recomendación.[44]

Cuatro años después durante el conflicto armado de Honduras y El Salvador (1969), miembros de la Comisión permanecieron en aquellos países por un periodo de aproximadamente cuatro meses. Ya no quedaba duda de que la Comisión se había consolidado como órgano de acción efectiva de protección de los derechos humanos.[45]

Con el primer Protocolo de Reformas de la Carta de la Organización de Estados Americanos (Buenos Aires, 1967), que entró en vigor en 1970,[46] la Comisión fue finalmente erigida en uno de los órganos principales de la organización regional. De esta manera se fortaleció el estatus jurídico de la misma poniendo fin a eventuales objeciones de competencia, la Comisión pasaba así a disponer de una base convencional, con un mandato no sólo de promoción, sino también de control y supervisión, para lograr una debida protección de los derechos humanos. A partir de entonces la Comisión actuó con amplio margen de acción, por ejemplo en el Caso Chileno de 1973,[47] la Comisión se dedicó a la recolección de datos relevantes, realizó misiones de investigación y elaboró recomendaciones e informes al respecto.

En cuanto al examen de las comunicaciones recibidas sobre alegadas violaciones de los derechos humanos, la naturaleza de los procedimientos adoptados permitió a la Comisión actuar con flexibilidad y evitar rechazo inmediato

[44] *Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Diez Años de Actividades*, 1971-1981, Washington. 1982, .p. 35.

[45] Ibidem, p. 42.

[46] *Organización de Estados Americanos, Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, Actas y Documentos*, OEA/SER.K/XVI/1.2, reimpresión 1978, pp. 514 y ss.

[47] *Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Diez Años de Actividades*, 1971-1981, Washington, 1982, p. 40.

de ciertas comunicaciones con base a las condiciones de admisibilidad (tales como el requisito previo de agotamiento de los recursos internos por los peticionarios). A la Comisión le fue posible recurrir a las presunciones a favor de las presuntas víctimas, en lo que se refería a las condiciones de admisibilidad de sus comunicaciones.[48]

En cuanto requisito del previo agotamiento de los recursos internos, la Comisión ha adoptado una diversidad de soluciones, que incluyen solicitud de informaciones adicionales y aplazamiento de la decisión (en lugar de simplemente rechazo de las peticiones) y reapertura subsiguiente de los casos. En efecto uno de los aspectos sobresalientes de la experiencia de la Comisión en esta área reside en el tratamiento dispensado a las llamadas situaciones generales, o casos en que se alegan violaciones generalizadas de derechos humanos.

En virtud de una regla de interpretación fijada en la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria (Río de Janeiro, 1965),[49] se admitió que el requisito de admisibilidad del previo agotamiento de los recursos de derecho interno no se aplicaría en tales situaciones graves. Dicha regla de interpretación se aplicó en algunos casos concernientes a la suspensión de garantías del debido proceso legal, ineficacia de los recursos de amparo y del *habeas corpus*. De este modo la práctica de la Comisión en este particular, incluso antes de la entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, contribuyó a facilitar gradualmente el acceso de las presuntas víc-

[48] Cançado Trindade, Antônio, "O agotamento dos recursos internos a evoluçao da noça de víctima, Directo Internacional dos Direitos Humanos" en *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, San José, Costa Rica, enero-junio, 1986, pp. 5-79.

[49] Actas y Documentos de la Reunión, Doc./OEA/SerieF/III.8, 300-301.

timas a la instancia internacional y a fortalecer su posición en el plano internacional.

3.2. *Corte Interamericana de Derechos Humanos*

Con la entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969,[50] operan la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos como órganos de supervisión. La Comisión Interamericana fue dotada de una dualidad de funciones, por un lado continuó aplicando las normas que venían rigiendo su actuación en relación incluso a los Estados que no eran Parte y a las Partes de la Convención Americana y aplicó las disposiciones cuya vigencia comenzaron en 1969 con el Pacto de San José con relación a los Estados Parte del mismo.

La Corte Interamericana además de ejercer la facultad de resolver las peticiones que le sean sometidas por la Comisión Interamericana mediante su jurisdicción contenciosa, con fundamento en el artículo 62 de la Convención Americana, ejerce la función de emitir opiniones consultivas. Destacan con relación al tema de nuestro trabajo, las Opiniones, OC/8, OC/9, OC/11 y OC/16.

En la Octava Opinión Consultiva de la Corte de 1987,[51] la Corte consideró que los recursos de *habeas corpus* no podían ser suspendidos a la luz del artículo 27(2) de la

[50] Entró en vigor la Convención Americana de Derechos Humanas de 1969, el 18 de julio de 1978, el Consejo Permanente adoptó la Resolución CP/RES.253 (343/78 V. OEA), "*Transición entre la Actual Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión prevista en la Convención Americana sobre Derechos Humanos*", Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Diez Años de Actividades, 1971-1981.

[51] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva, OC/8/87, El *habeas corpus* bajo suspensión de garantías (arts.27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana) del 30 de enero1987, http:/www.derhumanos.com.ar/opiniones%20consultivas/opinión%20consultiva%2001.

Convención, porque constituían garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos y libertades regulados. La Corte, además advirtió que los ordenamientos constitucionales y legales de los Estados Parte que autoricen, explícita o implícitamente, la suspensión de los recursos de amparo o de *habeas corpus* en situación de emergencia "deben considerarse incompatibles con obligaciones internacionales que la Convención impone a esos Estados". En la ponderación de la Corte, la cuestión de la suspensión de las garantías judiciales no puede desvincularse del ejercicio efectivo de la democracia representativa a que alude el artículo 3, de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Por su parte, la Novena Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de 1987,[52] precisa que la obligación general de respetar los derechos reconocidos en la Convención se deriva del derecho de toda persona a un "recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes" para la protección de los derechos fundamentales reconocidos por la Convención, la Constitución o la ley (artículo 25.1 de la Convención). No basta con que los recursos estén previstos por el derecho interno se requiere su idoneidad y efectividad. La Corte agregó que el artículo 8 de la Convención no contiene un recurso judicial propiamente dicho, sino que reconoce el *due process of law* que se aplica "en lo esencial, a todas las garantías judiciales" referidas en la Convención, "aún bajo el régimen de suspensión regulado por el artículo 27 de la misma". Finalmente otras garantías, derivadas de la forma

[52] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC/9/ 87, Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 28 Convención Americana de Derechos Humanos) de 6 de octubre de 1987, Serie A. No. 8, www.derhumanos.com.ar/opiniones%20consultivas/opinión%20consultiva%2011.

democrática de gobierno a que se refiere el artículo 29 de la Convención, implican no solamente una determinada organización política sino la necesidad de que las medidas tomadas por un gobierno en situación de emergencia cuenten con garantías judiciales y estén sujetas a un control de legalidad, de manera que se preserve el Estado de Derecho. En las Opiniones Consultivas Octava y Novena, la Corte desarrollo su razonamiento a partir de un enfoque pragmático, tomando en cuenta la realidad que vive nuestro continente e insistiendo en la intangibilidad de las garantías judiciales.

En la Undécima Opinión Consultiva (1990),[53] la Corte examinó la cuestión del agotamiento de los recursos internos de conformidad con el artículo 46 de la Convención Americana, decidió que tendría que abordar el cumplimiento de dicho requisito de modo claramente más flexible que en otros contextos, a la luz de la especificidad de la protección internacional de los derechos humanos, con la presunción de operar a favor de las presuntas víctimas. El requisito del agotamiento de los recursos internos según la Corte, no se aplica si un reclamante ante la Comisión se ha visto impedido de agotar o utilizar los recursos internos necesarios para proteger un derecho garantizado por la Convención. Mediante esta Opinión, la Corte precisó el alcance de la excepciones a la regla del agotamiento de los recursos internos, lo cual constituyó una aportación de importancia fundamental en América Latina, dadas las dificultades existentes de acceder a la justicia en las poblaciones carentes de recursos y de asistencia legal necesaria

[53] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC/11/90, Excepciones al agotamiento de los recursos internos (art. 46.1, 46.2ª y 46.2.a y 46.2 b Convención Americana de Derechos humanos), del 10 de agosto de 1990, Serie A, No. 11, http://www.derhumanos.com.ar/opiniones%20consultivas/opinion%20consultiva%2011.

para la protección de los derechos consagrados en la Convención Americana.

Cabe mencionar por último la Opinión Consultiva OC/16, vinculada con la denegación de acceso a la justicia de los migrantes. La política gubernamental de criminalizar la migración irregular ha ocasionado diversos fenómenos negativos. Uno de ellos es la denegación del derecho de acceso a la justicia del que son víctimas, originada entre otras razones porque son detenidos y juzgados sin notificarle al Cónsul de su nacionalidad, funcionario que en caso de ser notificado en tiempo oportuno, aseguraría la debida asistencia legal y de un traductor a favor del detenido.

En relación a la problemática antes mencionada, la Corte Interamericana de Derechos Humanos mostró un carácter innovador y creativo de enorme importancia, al determinar que gozaba de competencia para responder la solicitud de Opinión Consultiva hecha por México y determinar que la materia objeto de la misma era materia vinculada con los derechos humanos.

La OC/16, establece con claridad que el extranjero goza del derecho fundamental de asistencia consular el cual le permite acceder a la justicia. La no observancia del derecho contemplado en el artículo 36 de la Convención de Viena de Relaciones Consulares afecta las garantías del debido proceso legal del extranjero. A pesar de la existencia de la obligación de notificación consular previa o inmediata a la detención de los extranjeros, con dicha Opinión se dimensiona la notificación consular en el ámbito de la protección de los derechos humanos en específico en relación al derecho fundamental de acceso a la justicia.[54]

[54] Cançado Trindade Antônio A., "*The Humanization of Consular Law: The Impact of Advisory Opinion n. 16 (1999 of the Inter-American Court of Human Rights on International Case-Law and Practice*", *Anuario Hispano-Luso- Americano de Derecho Internacional*, No. 18, Madrid, 2007, pp. 292 y ss.

En caso de no cumplirse con la referida obligación además de generar la responsabilidad internacional, por el incumplimiento de la obligación convencional, en lo relativo a los derechos humanos y al derecho de acceso a la justicia, el Estado deberá de iniciar de nuevo el proceso, previa notificación del Cónsul, para garantizar el ejercicio efectivo de dicho derecho. Cabe agregar, que el artículo 36, de la Convención de Viena de Relaciones Consulares y la OC/16, no distinguen entre inmigrantes regulares e irregulares por lo tanto la obligación del Estado, deberá cumplirse en igualdad de condiciones tanto si es un inmigrante regular o como un irregular.

3.3. *Proyecto de Reforma al Sistema Interamericano*

Durante la Presidencia de Antônio Augusto Cançado Trindade con el fin de avanzar en el acceso directo a las víctimas de violaciones de sus derechos al Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, se realizaron diversas Reuniones de Trabajo de expertos para presentar una propuesta de reforma para el fortalecimiento del Sistema. Dichas reuniones comenzaron en 1999 y concluyeron en mayo de 2001 con un Informe denominado *Bases para un Proyecto de Protocolo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos para Fortalecer su Mecanismo de Protección*.[55] Para lograr el mismo objetivo se adoptó un nuevo Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 25 de noviembre de 2003.[56]

[55] Cançado Trindade, Antônio Augusto (Relator Especial) Informe: *Bases para un Proyecto de Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para Fortalecer su Mecanismo de Protección*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José Costa Rica, 2001.

[56] Reglamento de la Corte Interamericano de Derechos Humanos, modificación aprobada por la Corte en su LXI Período Ordinario de Sesiones, celebrado del 20 de noviembre al 4 de diciembre de 2003, durante las sesiones número 9 y 10 el día 25 de noviembre de 2003. Entrada en vigor 1 de enero de 2004.

Desgraciadamente no todas las recomendaciones fueron adoptadas lo que ha ocasionado en muchas ocasiones que se generé una doble denegación del derecho de acceso a la justicia de muchas personas a nivel nacional e internacional, dentro de las recomendaciones no incorporadas ubicamos las siguientes:

- Las decisiones de la Comisión Interamericana en cuanto a la admisibilidad de comunicaciones o peticiones, deben ser pronunciadas *in limine litis* sin postergaciones. Es evidente que la decisión de admisibilidad es competencia privativa de los Miembros de la Comisión, el Secretario no puede más que asistirlos. Dichas decisiones deben encontrarse debidamente fundadas y motivadas, de otra forma se transforman las decisiones de la Comisión en resoluciones arbitrarias.
- Una vez concluido el examen del caso por la Comisión si ésta no lo envía a la Corte, debería esté órgano a través de un procedimiento *ad-hoc* dar seguimiento a sus resoluciones. En muchas ocasiones la falta de seguimiento ocasiona que las violaciones denunciadas persistan.
- Además habría que establecer criterios claros para el reenvió de casos de la Comisión a la Corte, la actual situación de indefinición genera en muchas ocasiones que se abandone a las víctimas, originando con ello su indefensión.
- Debe buscarse un mayor equilibrio entre las Partes en las distintas etapas procesales. Dicho

equilibrio por ejemplo, debe alcanzar la notificación a ambas partes de toda y cualquier información sobre el trámite del caso en todas sus etapas debiendo las partes cumplir los requisitos convencionales.

- Teniendo siempre presente la posición de la persona humana como sujeto del derecho internacional de los derechos humanos, el artículo 61 (1) de la Convención debería modificarse de la siguiente manera "los Estados Parte, la Comisión y las presuntas víctimas tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte".
- El artículo 77 de la Convención debe ser enmendado, en el sentido de que no sólo cualquier Estado y la Comisión, sino también la Corte pueden presentar Proyectos de Protocolos adicionales a la Convención Americana con miras a la ampliación de elenco de los derechos convencionalmente protegidos y al fortalecimiento del mecanismo de protección establecido por la Convención.[57]

La falta de atención de dichas recomendaciones ha ocasionado que en la actualidad, la situación se haya transformado en angustiosa para miles de personas del Continente Americano que veían en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, a un mecanismo

[57] Cançado Trindade, Antônio A., *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (1948-1995): Evolución, Estado Actual y Perspectivas*, Derecho Internacional de los Derechos Humanos, San José Costa Rica, Academia de Derecho Internacional de La Haya e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Reimpresión facsimilar, 2005, pp. 81 y ss. *Cfr. Bases para un Proyecto de Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para Fortalecer su Mecanismo de Protección*, Vol. II, 2ª edición, San José Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003, p. 115.

de última instancia frente a las gravísimas violaciones de los derechos humanos, que aún se cometen en los países miembros de la Organización de Estados Americanos.

Desgraciadamente la Comisión Interamericana de Derechos Humanos no funda, ni motiva sus resoluciones. En muchas ocasiones en escasas dos líneas niega la admisión de las peticiones de víctimas de violaciones de derechos humanos, ocasionando con ello que se cierre la única puerta de acceso a la justicia internacional interamericana.

La situación antes descrita se ha agravado, como se puede observar en los Votos Razonados y las Reflexiones de *lex lata* de Antônio A. Cançado Trindade en los Casos Mery Naranjo y Otros *vs* Colombia[58] y García Prieto y Otros *vs* El Salvador.[59] Expresa en su voto Antônio A. Cançado como posibles causas de denegación de justicia y falta de acceso a la justicia internacional, las siguientes:

- La exigencia del previo agotamiento de las medidas cautelares ante la Comisión antes de acudir a la Corte Interamericana para solicitar medidas provisionales de protección.
- La negativa de medidas cautelares por parte de la Comisión, sin motivar debidamente sus resoluciones. Las decisiones tanto de la Comisión para medidas cautelares como de la Corte en el caso de las medidas provisionales deben estar debidamente fundadas y motivadas, como garantía del principio contradictorio para que

[58] Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 22 de septiembre de 2006, Medidas Provisionales respecto de la República Bolivariana de Venezuela, a favor de Carlos Nieto Palma y otros.

[59] Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 26 de septiembre de 2006, solicitadas por Comisión Interamericana de Derechos Humanos, respecto El Salvador, a favor de Gloria Giralt de García Prieto y otros.

los peticionarios se sientan seguros de que la cuestión que plantearon ha sido debidamente tratada por la instancia internacional.

- La resolución negativa de la Comisión de solicitar medidas provisionales a la Corte, igualmente sin el debido fundamento, es de igual forma causa de denegación de justicia y legítima a las víctimas potenciales, para recurrir a la Corte en búsqueda del otorgamiento de las medidas provisionales, ya que de otro modo se podría configurar una denegación de justicia a nivel internacional.
- En el caso de que el individuo peticionario en cuestión obtenga las dos negativas la de la Comisión y recurra a la Corte y ésta se abstenga de tomar medida alguna, por alegada falta de base convencional (por tratarse de un caso pendiente ante la Comisión y no ante la Corte) se podría configurar una denegación de justicia en el plano internacional. Situación que se presentó en los Casos Hermanos Dante, Jorge y José Peirano Basso *vs* Paraguay y Caso Loretta Ortiz Ahlf y Otros Ciudadanos Mexicanos *vs* México.[60]

Otra circunstancia que afecta el acceso a la justicia efectiva en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, como bien lo señala el Juez Manuel E. Ventura Robles[61] y

[60] Hermanos Dante, Jorge y José Peirano Basso *vs* Uruguay del 07.07.2006 Doc. C.D.H.-S/1181 y Caso Loretta Ortiz Ahlf y Otros Ciudadanos Mexicanos *vs* México, del 19.09.2006, Doc. Corte IDH/1641.

[61] Cançado Trindade, Antônio Augusto y Ventura Robles, Manuel E., *El Futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 3ª edición, Corte Interamericana de Derechos Humanos, UNHCR y ACNUR, San José Costa Rica, 2005, p. 343.

cuya reforma fue propuesta, es el mantener la actual redacción del artículo 65 de la Convención Americana y no contemplar que la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos o el Consejo Permanente desempeñen, en esta materia, una función similar a la del Comité de Ministros en el Sistema Europeo. Señala el juez Ventura Robles que de un total de casos contenciosos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos[62] tenía bajo su jurisdicción en 2005, el 13.33% se encuentran archivados, el 30.66% se encuentran en trámite ante la Corte y el 56% se encuentran en etapa de supervisión de cumplimiento de sentencia.[63]

De igual forma Thomas Buergenthal en un estudio de evaluación sobre los avances de los sistemas de protección de los derechos humanos, puntualiza que siguen existiendo en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, grandes lagunas en comparación con el Sistema Europeo, que sería necesario evitar para convertir en una realidad del continente americano la efectiva protección de los derechos humanos. Señala:

> *América es un continente donde continua el sufrimiento ocasionado por la pobreza, corrupción, discriminación, donde faltan letrados, por no mencionar que los sistemas jurídicos son arcaicos que necesitan urgentemente reformarse. Además Estados Unidos de América y Canadá como algunos países del Caribe continúan sin ratificar la Convención Americana de Derechos Humanos, algunas de las Cortes Nacionales en América les ha tomado un largo tiempo familiarizarse con la práctica de la Convención Americana.*[64]

[62] *Idem*.

[63] *Cfr.* Ventura Robles, Manuel, "La supervisión del cumplimiento de sentencias en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos", en *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, No. 18, Madrid, 2007, pp. 167 y ss.

[64] Buergenthal Thomas, *American Journal of International Law*, Vol: 100, Núm. 4, ASIL, octubre de 2006, p. 797, (traducción de la autora).

Se puede concluir que actualmente se carece de acceso efectivo al sistema interamericano. Muchos de los abogados y defensores de derechos humanos que podrían asistir a personas que se les deniega el derecho de acceso a la justicia, no presentan las peticiones ante la Comisión Interamericana por la falta de confianza en el mecanismo de protección.

Conclusiones

1. El derecho de acceso a la justicia se transformó, de un derecho de enunciación general y carente de efectividad, en un derecho fundamental de primer orden, cuya regulación exige un detalle muy minucioso, para garantizar de manera efectiva su ejercicio. Con base en los tratados, resoluciones, reglas y códigos de conducta del derecho internacional de los derechos humanos el contenido sustantivo mínimo de dicho derecho abarca: acceso a la jurisdicción; a un juez competente, imparcial y predeterminado por ley; a la tutela judicial efectiva; a un juicio justo; a la igualdad ante la ley y los tribunales de justicia; a la no discriminación por motivos de raza, nacionalidad, condición social, sexo, ideología política o religión; a la presunción de inocencia; irretroactividad de la ley penal; responsabilidad penal individual; derecho a la defensa y asistencia letrada, a comunicarse con su defensor en forma confidencial, sin demora y sin censura; disponer del tiempo necesario y de los medios adecuados para su defensa; a ser informado de manera inmediata y comprensible de sus derechos; a conocer los motivos de la detención y la autoridad que lo ordena; a ser juzgado dentro de un plazo razonable; a no ser juzgado dos veces por un mismo delito; a no ser encarcelado por el incumplimiento de deudas o de obligaciones contractuales; a no ser obligado a declarar, ni a confesarse culpable; a un intérprete o traductor; a la protección contra todo tipo de detención ilegal; al *habeas corpus* o al amparo; a un recurso efectivo ante tribunales superiores competentes, independientes e imparciales; a que en el proceso penal se asegure que la libertad será reconocida y respetada por regla general y la prisión preventiva constituya una medida de excepción y en caso de detención de un extranjero a la notificación consular inmediata.

2. Algunas de las razones por las cuales México no garantiza el derecho de acceso a la justicia y a un recurso jurídico eficiente para la protección de los derechos humanos, ajustándose a lo establecido en los instrumentos internacionales, son las siguientes: la primacía de la Constitución sobre los tratados de derechos humanos, la falta de asistencia jurídica gratuita en todos los procesos cuando se carece de recursos, la falta de eficacia, la no ejecución de las sentencias y el no garantizar el derecho de indemnización por error judicial.

3. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos deniega el derecho de acceso a la justicia en el ámbito internacional por las siguientes razones: no fundar y motivar todas sus resoluciones, la discrecionalidad de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para someter el asunto a la Corte Interamericana y la no obligatoriedad de las medidas cautelares de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Bibliografía

Cançado Trindade Antônio Augusto, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (1948-1995): evolución, estado actual y perspectivas, Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Hague Academy of International Law and the Inter-American Institute of Human Rights, San José, Costa Rica, 2005.

_____, *The Humanization of Consular Law: The Impact of Advisory Opinion 16, of the Inter- American Court of Human Rights on International Case-Law and Practice*, ILADHI, No. 18, Madrid, 2007.

_____, *Humanização do direito international*, Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 2006.

_____, *Derecho internacional de los derechos humanos. Esencia y trascendenci"*, México, Ed. Porrúa-UIA, 2007.

_____, "Formación, consolidación y perfeccionamiento del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos", en *Jurídica*, Núm. 22, Universidad Iberoamericana, México, 1993.

_____, *International Law of Humankind: Towards a New Jus Gentium*, General Course on Public International Law, Offprint from Collected Courses, Vol. 316 (2005), Tomo I y II, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/ Boston, 2006.

_____, *The right of access to justice in the Inter-American System of Human Rights Protection, The Italian Yearbook of International Law*, Vol. XVII, Leiden, Boston, Ed. Martinus Nijhoff Publishers, 2007.

_____, *"Coexistence and coordination of mechanisms of international protection of human rights"*, Offprint from Collected Courses, Vol. 202, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 1987.

Cançado Trindade, Antônio Augusto y Ruíz de Santiago, Jaime, *La nueva dimensión de las necesidades del ser humano en el inicio del Siglo XXI*, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, San José, Costa Rica, 2011.

Meron T., *International Law in the Age of Human Rights*, General Course on Public International Law, Offprint from Collected Courses, Vol. 301 Leiden, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2003.

Ortiz Ahlf, Loretta, *El derecho de acceso a la justicia de los inmigrantes en situación irregular*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2011.

_____, *Derechos Humanos de los Indocumentados*, México, Ed. Tirant lo Blanch, 2013.

INDEPENDENCIA DEL JUEZ Y ACCESO A LA JUSTICIA EN EL SISTEMA EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS*

ANTONIO MARCELLO CALAMIA

SUMARIO: 1. *El derecho de acceso y las normas internacionales relevantes.* 2. *El concepto de independencia en algunos instrumentos internacionales.* 3. *El concepto de independencia y el Consejo de Europa.* 4. *La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la independencia.* 5. *(Sigue): y sobre la imparcialidad.* 6. *Un caso reciente, Baka vs Hungría.*

RESUMEN: En la primera parte de este trabajo se define el concepto del derecho de acceso a la justicia según las normas pertinentes en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Será necesaria la referencia a los actos de las Naciones Unidas y del Consejo de Europa. Luego se identificará un corolario importante, para efectos prácticos, en el concepto de independencia de la jurisdicción que se redujo junto con la imparcialidad en sus diversas acepciones, objetiva, subjetiva y aparente. La jurisprudencia del TEDH ofrece una lectura exhaustiva para una cualificación del instituto. Por último, se concentrará la atención en la reciente decisión del caso Baka *vs* Hungría.

ABSTRACT: Nella prima parte si è definito il concetto del diritto di accesso alla giustizia secondo le pertinenti norme contenute

* Traducción del italiano a cargo de Natalia Rueda, de la Universidad Externado de Colombia.

nel diritto internazionale dei diritti umani. Necessario riferimento è dato dagli atti elaborati in seno alle Nazioni Unite ed al Consiglio d'Europa. Un corollario importante ai fini applicativi è stato individuato nel concetto di indipendenza della magistratura che viene declinato insieme alla imparzialità nelle sue diverse accezioni, oggettiva, soggettiva ed apparente. La giurisprudenza della CEDU ha fornito una lettura esaustiva per una qualificazione dell'istituto. Infine, è stata rivolta l'attenzione alla recente decisione nel caso Baka c. Ungheria.

ABSTRACT: In the first part of this article there is a definition of the concept of the right to accesso to justice according the rules of the International law about Human Rights. In order to do that, one must refer to acts approved by United Nations and by the Council of Europe. One of the most important consequences of the right to access to justice is the independence of judges in all its meanings. The jurisprudence of the Human Rights European Convention contains essential elements to give a concrete configuration of such right. The final part of this article is focused on the recent decision about the case Baka v. Hungary.

PALABRAS CLAVE: acceso a la justicia; Artículo 6 CEDH; independencia del juez; imparcialidad del juez; Caso Baka *vs* Hungría.
PAROLE CHIAVE: Accesso alla giustizia; Artículo 6 CEDU; Indipendenza del giudice; Imparzialità del giudice; Caso Baka v. Ungheria
KEYWORDS: Access to justice; Artículo 6 Human Rights European Convention; Independence of judges; Impartiality of judges; Case Baka v. Hungary

1. EL DERECHO DE ACCESO Y LAS NORMAS INTERNACIONALES RELEVANTES

Las disposiciones internacionalmente relevantes en relación con el derecho de acceso a la justicia se pueden circunscribir, de manera especial, al Artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, según

el cual: *Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.*[1] Esta es una disposición que no tiene carácter preceptivo, estando contenida en una declaración con la estructura técnica de una recomendación internacional y, en cuanto tal, sólo capaz de producir un efecto de legalidad.[2] En todo caso, es una previsión que ha madurado una obligatoriedad, bien sea como elemento constitutivo de la *praxis* internacional, constituyendo a su vez el elemento inicial de una costumbre, o siendo luego recogida en convenciones obligatorias, como —por ejemplo— el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales adoptado por el Consejo de Europa en 1950 (en lo sucesivo: "CEDH").

De hecho, el Artículo 6 de este instrumento fundamental en materia de derechos humanos dispone que: *Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley.*[3]

El acceso a la justicia se puede definir por medio de múltiples situaciones, las más significativas se pueden reconocer en el acceso a la justicia, el acceso al juez competente y predeterminado por la ley, el proceso justo, la tutela judicial efectiva.

Desde hace tiempo, el Artículo 6 del CEDH fue recogido entre los principios generales de derecho de la Unión en virtud del reenvío unilateral que hace el Artículo 6 del

[1] Sobre el sistema de las Naciones Unidas y los Derechos Humanos, ver Alston (ed.) *The United Nations and Human Rights: a Critical Appraisal*, Oxford, 1992; Cassese, *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, 7 ed., Bari, 2002.

[2] Ver Asamoah, *The Legal Significance of the Declarations of the General Assembly of The United Nations*, The Hagne, London-Boston, 1966.

[3] Sobre el efecto de legalidad, ver para todos los efectos, Conforti B., *La funzione dell'accordo nel sistema delle Nazioni Unite*, Padova, 1968.

Tratado UE a la CEDH en su totalidad.[4] Según la clara previsión del artículo 6 del Tratado UE, los derechos fundamentales garantizados por la CEDH y los resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, hacen parte del derecho de la Unión en cuanto principios generales.

La inserción de los derechos humanos fundamentales en el derecho de la Unión Europea se consagra en dicha norma aún habiendo sido afirmado, trámite pretorio, en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.[5]

[4] El Artículo 6 del Tratado UE representa una disposición articulada y constituye un punto de partida de diversos caminos para llegar a tener una protección de los derechos fundamentales en Europa.
La protección de los derechos humanos en la Unión se basa en múltiples referencias normativas: la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, los principios generales de los cuales hacen parte los derechos fundamentales garantizados por la CEDH y los resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros.
Sobre el artículo referido existe una amplia bibliografía, entre los estudios más significativos véase: Daniele L., *La protezione dei diritti fondamentali nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona: un quadro* d'insieme, in Dir. Un. eur., 2009, p. 645; Gianelli A., *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU secondo il Trattato di Lisbona*, in Dir. Un. eur., 2009, p. 678; Di Federico G. (a cura di), *The EU Charter of Fundamental Rights: from declaration to binding instrument*, Dordrecht, 2011; Jacqué J. P., *The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms*, in *Comm. Market law rev.*, 2011, p. 995; Tizzano A., *Quelques réflexions sur les rapports entre les cours européennes dans la perspective de l'adhésion de l'Union à la Convention EDH*, in *Rev. Trim. droit eur.*, 2011, p. 9; Nascimbene B., *Les droits fondamentaux vingt ans après le traité de Maastricht*, in *Rev. Aff. Eur.*, 2012, p. 259; Tizzano A., *L'Adesione dell'Unione alla CEDU e il ruolo della Corte di giustizia*, in Aa. Vv., *Il Trattato di Lisbona: due anni d'applicazione*, Napoli, 2013, p. 59.

[5] Para un claro examen, ver Daniele L., *Diritti dell'Unione europea, sistema istituzionale-ordinamento-tutela giurisdizionale-competenze*, 5ª ed., 2014, specie, pp. 182 y ss. Se reenvía también a las decisiones allí referidas; el Tribunal de justicia ha privilegiado siempre la referencia a la CEDH para verificar el respeto de los derechos fundamentales: sentencia del 13 de diciembre de 1979, expediente 44/79 Hauer, en *Raccolta*, p. 3727; sentencia del 21 de septiembre de 1989, expedientes reunidos 46/87 y 227/88, Hoechst, en *Raccolta*, p. 259; sentencia del 26 de junio de 1997 expediente C-368/95, Familiapress, en *Raccolta*, p. I-3689; sentencia del 28 de marzo del 2000, expediente C-7/98, Krombach, en *Raccolta*, p. I-1935; sentencia del 18 de enero de 2007, expediente C-229/05, PKK, en *Raccolta* p. 349.

En cambio, la referencia a las tradiciones constitucionales comunes puede determinar alguna incertidumbre para la identificación de dichos derechos: por ejemplo, la previsión y su reconocimiento debe estar contenido y relevado sólo en algunas constituciones o en las de todos los Estados miembros.

En todo caso, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha afirmado también en la sentencia del 24 de abril de 2012, caso Kamberaj, que:

> *de conformidad con el Artículo 6, párrafo 3, 2, los derechos fundamentales, tanto los garantizados por la CEDH como los que resultan de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, hacen parte del derecho de la Unión en cuanto principios generales. Sin embargo, el Artículo 6, párrafo 3, 2, no regula la relación entre la CEDH y los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, ni tampoco determina las consecuencias que un juez debe extraer en la hipótesis de conflicto entre los derechos garantizados por la Convención y una norma de derecho nacional.*[6]

Esta precisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea evidencia que el juez nacional no estaría obligado, en caso de conflicto, a aplicar las normas de la CEDH frente a la inaplicación de una norma de derecho nacional en contraste con aquellas.[7]

[6] TJUE, 24 de abril de 2012, expediente C-571/10, Kamberay, págs. 60-62.
[7] TJUE, 24 de abril de 2012, ult. cit., pár. 63.

2. EL CONCEPTO DE INDEPENDENCIA EN ALGUNOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

Uno de los elementos más significativos de la aplicación del Artículo 6 CEDH puede estar relacionado con la independencia de la jurisdicción. Dicho aspecto parece digno de un profundo examen, en cuanto surge a lo largo de las líneas ya desarrolladas en distintos ámbitos internacionales, tanto institucionales como representativos de las categorías interesadas.[8] La Asamblea General de las Naciones Unidas ya ha reafirmado la necesidad de preservar la dignidad del encargo atribuido a los jueces y la imparcialidad e independencia de la jurisdicción.[9]

En particular, se ha destacado que los jueces, sean nominados o elegidos, son inamovibles hasta cuando no decidan renunciar o termine su mandato. Igualmente, un juez puede ser suspendido o destituido sólo cuando se demuestre que no es apto para continuar con sus funciones, en virtud de su incapacidad o de su conducta.

A este propósito, téngase en cuenta la observación general número 32, relativa al Artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, publicada el 23 de agosto

[8] Los principios sobre la independencia del poder judicial fueron afirmados por el "*Seventh United Nations Congress on the Prevention of Crimes and the Treatment of Offenders*", celebrado en Milán en 1985.

[9] Así se ha afirmado: "*In accordance with the Universal Declaration of Human Rights, members of the judiciary are like other citizens entitled to freedom of expression, belief, association and assembly; provided, however, that in exercising such rights, judges shall always conduct themselves in such a manner as to preserve the dignity of their office and the impartiality and independence of the judiciary. Judges, whether appointed or elected, shall have guaranteed tenure until a mandatory retirement age or the expiry of their term of office, where such exists. Judges shall be subject to suspension or removal only for reasons of incapacity or behaviour that renders them unfit to discharge their duties. Decisions in disciplinary, suspension or removal proceedings should be subject to an independent review. This principle may not apply to the decisions of the highest court and those of the legislature in impeachment or similar proceedings*".

de 2007.[10] El Artículo 14 dispone que todo individuo tiene derecho a una audiencia pública y equitativa ante un tribunal competente, independiente e imparcial establecido por la ley.

En la mencionada observación, el Comité de Derechos Humanos ha resaltado que la garantía de competencia, independencia e imparcialidad del juez es un derecho absoluto que no debe sufrir excepciones. Además, la garantía de independencia se refiere al procedimiento de nominación, a las calidades y a la inamovibilidad hasta el fin del mandato.

Independencia significa que la jurisdicción no debe estar subordinada a intervención alguna de naturaleza política por parte de los gobiernos o de los parlamentos. Para tal fin, los Estados deben adoptar medidas que garanticen expresamente la independencia del poder judicial protegiendo los jueces de cualquier forma de injerencia política sobre la base de la Constitución o de la ley.

Los principios ahora representativos tienen aplicación específica en algunas decisiones del Comité de Derechos Humanos, en las cuales se ha revelado, por ejemplo, que la interrupción de las funciones de un juez de la Corte Constitucional, muchos años antes de la expiración del mandato, constituye un atentado a la independencia del poder judicial y una violación del derecho de acceso a las funciones públicas (así, Pastukhov c. Bielorussia, comunicación n. 814/1998, 17 de septiembre del 2003).[11]

[10] Se evidencia que el derecho afirmado en el Artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es un derecho absoluto no susceptible de alguna excepción.

[11] En particular se afirma que "*The Committee takes note of the author's claim that he could not be removed from the bench since he had, in accordance with the law in force at the time, been elected a judge on 28 April 1994 for a term of office of 11 years. The Committee also notes that presidential decree of 24 January 1997 No 106 was not based on the replacement of the Constitutional Court with a new court but that the decree*

Conceptos iguales están afirmados en otros casos como *Mundyo Busyo y otros c. República Democrática del Congo*, comunicación número 933/2003, 19 de septiembre del 2003,[12]

referred to the author in person and the sole reason given in the presidential decree for the dismissal of the author was stated as the expiry of his term as Constitutional Court judge, which was manifestly not the case. Furthermore, no effective judicial protections were available to the author to contest his dismissal by the executive. In these circumstances, the Committee considers that the author's dismissal from his position as a judge of the Constitutional Court, several years before the expiry of the term for which he had been appointed, constituted an attack on the independence of the judiciary and failed to respect the author's right of access, on general terms of equality, to public service in his country. Consequently, there has been a violation of article 25 (c) of the Covenant, read in conjunction with article 14, paragraph 1, on the independence of the judiciary and the provisions of article 20".

[12] Así: "*The Committee notes that the authors have made specific and detailed allegations relating to their dismissal, which was not in conformity with the established legal procedures and safeguards. The Committee notes in this regard that the Minister of Justice, in his statement of June 1999 ..., and the Attorney-General of the Republic, in the report by the Public Prosecutor's Office of 19 September 2000 ... recognize that the established procedures and safeguards for dismissal were not respected. Furthermore, the Committee considers that the circumstances referred to in Presidential Decree No. 144 could not be accepted by it in this specific case as grounds justifying the fact that the dismissal measures were in conformity with the law and, in particular, with article 4 of the Covenant. The Presidential Decree merely refers to specific circumstances without, however, specifying the nature and extent of derogations from the rights provided for in domestic legislation and in the Covenant and without demonstrating that these derogations are strictly required and how long they are to last. Moreover, the Committee notes that the Democratic Republic of the Congo failed to inform the international community that it had availed itself of the right of derogation, as stipulated in article 4, paragraph 3, of the Covenant. In accordance with its jurisprudence, the Committee recalls, moreover, that the principle of access to public service on general terms of equality implies that the State has a duty to ensure that it does not discriminate against anyone. This principle is all the more applicable to persons employed in the public service and to those who have been dismissed. With regard to article 14, paragraph 1, of the Covenant, the Committee notes the absence of any reply from the State party and also notes, on the one hand, that the authors did not benefit from the guarantees to which they were entitled in their capacity as judges and by virtue of which they should have been brought before the Supreme Council of the Judiciary in accordance with the law, and on the other hand, that the President of the Supreme Court had publicly, before the case had been heard, supported the dismissals that had taken place ... thus damaging the equitable hearing of the case. Consequently, the Committee considers that those dismissals constitute an attack on the independence of the judiciary protected by article 14, paragraph 1, of the Covenant. The dismissal of the authors was ordered on grounds that cannot be accepted by the Committee as a justification of the failure to respect the established procedures and guarantees that all citizens must be able to enjoy on general terms of equality. In the absence of a reply from the State party,*

y Bandaranayake c. Sri Lanka, comunicación número 1376/2005, 24 de julio del 2008.[13]

3. El concepto de independencia y el Consejo de Europa

A nivel del Consejo de Europa, en relación con el concepto de independencia existen distintos pronunciamientos de la Corte y algunas recomendaciones del Consejo de Ministros. En relación a este último, valga recordar la recomendación C.M./ REC (2010) 12, adoptada el 17 de

and inasmuch as the Supreme Court, by its ruling of 26 September 2001, has deprived the authors of all remedies by declaring their appeals inadmissible on the grounds that Presidential Decree No. 144 constituted an act of Government, the Committee considers that, in this specific case, the facts show that there has been a violation of article 25, paragraph (c), read in conjunction with article 14, paragraph 1, on the independence of the judiciary, and of article 2, paragraph 1, of the Covenant".

[13] Así: "*The Committee observes that article 25 (c) of the Covenant confers a right to access, on general terms of equality, to public service, and recalls its jurisprudence that, to ensure access on general terms of equality, not only the criteria but also the 'procedures for appointment, promotion, suspension and dismissal must be objective and reasonable'. A procedure is not objective or reasonable if it does not respect the requirements of basic procedural fairness. The Committee also considers that the right of equal access to public service includes the right not to be arbitrarily dismissed from public service. The Committee notes the author's claim that the procedure leading to his dismissal was neither objective nor reasonable. Despite numerous requests, he did not receive a copy of the proceedings from his first hearing before the JSC [Judicial Service Commission] on 18 November 1998; this is confirmed in the Supreme Court decision of 6 September 2004, and is not contested by the State party. Nor did he receive the findings of the Committee of Inquiry, on the basis of which he was dismissed by the JSC. The decision of the Court of Appeal confirms that these documents were never provided to him, in accordance with the express provision of Rule 18 of the JSC rules... The Committee finds that the JSC's failure to provide the author with all of the documentation necessary to ensure that he had a fair hearing, in particular its failure to inform him of the reasoning behind the Committee of Inquiry's guilty verdict, on the basis of which he was ultimately dismissed, in their combination, amounts to a dismissal procedure which did not respect the requirements of basic procedural fairness and thus was unreasonable and arbitrary. For these reasons, the Committee finds that the conduct of the dismissal procedure was conducted neither objectively nor reasonably and it failed to respect the author's right of access, on general terms of equality, to public service in his country. Consequently, there has been a violation of article 25 (c) of the Covenant".*

noviembre de 2010, en la cual, respecto a la inamovilidad y términos de las funciones se afirma que aquella constituye uno de los elementos clave de la independencia de los jueces. En consecuencia, por regla general los jueces deben ser inamovibles hasta cuando no se manifieste una condición esencial del retiro.[14]

El derecho a un proceso equitativo, garantizado por el Artículo 6.1 CEDH, comporta que la controversia deba valorarla un tribunal independiente e imparcial. Se trata de conceptos que tuvieron un desarrollo interpretativo y que representan un núcleo focal de la plena aplicación del Artículo 6. La importancia de dichos elementos es evidente también por la circunstancia que los mismos fueron considerados una especie de hendíadis al punto que la Corte los examina de manera conjunta.

Pero ¿qué debe entenderse por independencia? En primer lugar, cuando se hace referencia al concepto de tribunal independiente se debe entender independiente respecto de los demás poderes del Estado, e independiente respecto de las partes en conflicto. La independencia, o mejor la noción de independencia de un tribunal, implica que deban existir garantías procedimentales de separación entre el poder judicial y los demás poderes. De esta manera, si el ejecutivo interviene en una controversia con el objetivo de influir en la decisión está violando la independencia de los jueces. Al respecto, se puede recordar una conocida decisión en la cual se afirmó la violación del Artículo 6.1 CEDH, el caso *Sovtransavto Holding c. Ukraine*.[15]

[14] La inamovilidad es uno de los presupuestos de la independencia de los jueces (así §§ 49 ss. de la citada recomendación).

[15] Decisión del 6 de noviembre del 2002; en particular la Corte afirma que: *"un système judiciaire marqué par la procédure de protest et donc par la possibilité d'annulations répétées d'un jugement définitif, ce qui s'est produit dans le cas d'espèce, est, en tant que tel, incompatible avec le principe de sécurité des rapports juridiques qui constitue l'un des éléments fondamentaux de la prééminence du droit au sens de l'article 6 § 1 de la Convention"* (así § 77). La Corte precisa después : *"etant donné les interventions des autorités exécutives de l'Etat dans les procédures judiciaires, le rôle que jouait le protest dans ces procédures, ainsi que l'ensemble des autres éléments mentionnés ci-dessus, la Cour conclut que le droit de la requérante à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal indépendant et impartial, au sens de l'article 6 § 1 de la Convention, considéré à la lumière des principes de la prééminence du droit et de la sécurité des rapports juridiques, a été méconnu"* (§ 82).

En otro caso, *"Mosteanu et autres c. Roumanie*,[16] la Corte estableció que: *il y a eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention en raison du refus du droit d'accès à un tribunal", mientras que "qu'il n'y a pas eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention, du fait du manque d'indépendance et de partialité des tribunaux internes*.

En fin, en otras decisiones la Corte ha afirmado que no constituye una violación automática del Artículo 6 la circunstancia de que los jueces sean nominados por el ejecutivo siempre y cuando aquellos sean libres de presiones o influencias cuando ejercen la propia función jurisdiccional.[17]

Aquello que debe ser objeto de salvaguarda es que el juez, aún siendo designado, no esté sometido a presiones, no reciba instrucciones y ejerza la propia función en total independencia. Los conceptos y los límites ahora señalados valen tanto frente al ejecutivo como a la nómina de los magistrados ejercida por el Parlamento o por el poder legislativo en general.

En este punto, es significativo el caso *Majorana*, del 26 de mayo del 2005, en el cual la Corte afirma que ninguna apariencia de violaciones de la independencia e imparcialidad requeridas por el artículo 6.1 aparece relevante.[18] En particular, la Corte precisa que:

[16] Decisión definitiva 26 de febrero del 2003 (que rectificó la decisión del 26 de noviembre - Requête no 33176/96).

[17] Se pueden recordar las decisiones en los casos *Clarke c. Royaume-Uni* (déc.), n. 23695/02, del 25 de agosto del 2005 y *Flux c. Moldova (n° 2)*, n. 31001/03, del 3 de julio de 2007.

[18] Caso *Majorana c. Italia*, requête n. 75117/01, del 26 de mayo de 2005.

[P]our établir si un tribunal peut passer pour "indépendant" il faut prendre en compte, notamment, le mode de désignation et la durée du mandat de ses membres, l'existence d'une protection contre les pressions extérieures et le point de savoir s'il y a ou non apparence d'indépendance. A cet égard, leur seule nomination par la région ne saurait compromettre l'indépendance des juges s'il ressort clairement de leur statut que, une fois désignés, ils ne subissent ni pressions ni reçoivent d'instructions de la région et exercent leurs fonctions en toute indépendance. Or tel est bien le cas en l'espèce d'autant plus que le mandat des juges non professionnels était en cours de validité.

Quant à la condition d' "impartialité", elle revêt deux aspects. Il faut d'abord que le tribunal ne manifeste subjectivement aucun parti pris ni préjugé personnel. Ensuite, le tribunal doit être objectivement impartial, c'est-à-dire offrir des garanties suffisantes pour exclure à cet égard tout doute légitime. La seule désignation des juges par la région ne saurait être interprétée comme jetant le doute sur leur indépendance ou leur impartialité. Elle n'autorise pas à conclure que la région adresse aux magistrats des instructions dans le domaine de leurs attributions judiciaires.

4. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la independencia

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha identificado una serie de criterios a los cuales se debe hacer referencia para considerar independiente un determinado órgano. Los criterios atienden a la modalidad de designación, la duración del mandato, las normas de protección contra las presiones externas y también la circunstancia del principio de la apariencia, es decir, que el órgano aparezca o no como independiente.

En lo relativo al modo de designación de los miembros de un órgano judicial, el Tribunal ha valorado si la intervención del ministro de justicia tenga incidencia en la nominación o revocación del órgano decisional.

Aquí resulta significativa la decisión del caso *Zolotas c. Grèce*, n. 38240/02, del 2 de junio de 2005 en el que el Tribunal recordó antes que nada que:

[P]our établir si un tribunal peut passer pour "indépendant", il faut prendre en compte, notamment, le mode de désignation et la durée du mandat de ses membres, l'existence d'une protection contre les pressions extérieures et le point de savoir s'il y a ou non apparence d'indépendance. A cet égard, la seule désignation du président de la Cour de cassation par l'exécutif ne saurait entacher son indépendance, dès lors qu'il ressort manifestement de son statut qu'une fois désigné, il n'est soumis à aucune pression, ne reçoit pas d'instructions de sa part et exerce ses fonctions en toute indépendance.[19]

En cuanto a la imparcialidad, ésta toma dos perfiles: *Il faut d'abord que le tribunal ne manifeste subjectivement aucun parti pris ni préjugé personnel. Ensuite, le tribunal doit être objectivement impartial et offrir des garanties suffisantes pour exclure à cet égard tout doute légitime.*[20] El Tribunal recuerda que:

[L]a seule désignation du président de la Cour de cassation par l'exécutif ne saurait être interprétée comme jetant le doute sur son impartialité. Quoiqu'un juge soit désigné par l'exécutif, on ne saurait en déduire que celui-ci lui adresse des instructions dans le domaine de ses attributions judiciaires. En l'espèce, aucune raison objective ne permet de penser que le président de la Cour de cassation et les magistrats qui ont examiné l'affaire du requérant n'ont pas considéré comme primordial le serment prêté lors de leur prise de fonctions.[21]

El Tribunal Europeo ha desarrollado una valoración análoga en relación con una eventual intervención de las

[19] Cfr. § 24.
[20] Cfr. § 25.
[21] Cfr. § 26.

autoridades internas para atribuir una controversia a un juez o a un determinado tribunal.[22]

La duración del mandato pasa a ser esencialmente un elemento fundamental, por cuanto la inamovibilidad por el tiempo del mandato mismo constituye un corolario de la independencia del miembro del órgano.[23] En fin, la independencia está estrechamente relacionada a la circunstancia de que el juez no reciba instrucciones o presiones por parte de los colegas, responsables administrativos del

[22] Así en la decisión *Bochan c. Ukraine*, n. 7577/02, 3 de mayo de 2007: "*La Cour rappelle que les juridictions internes se doivent d'organiser le déroulement des procédures dont elles sont saisies en vue d'assurer la bonne administration de la justice. Confier une affaire à un magistrat ou tribunal particulier relève de la marge d'appréciation dont jouissent les autorités nationales en la matière. Lorsqu'elles attribuent une affaire, les autorités doivent tenir compte de toute une série d'éléments, notamment les ressources disponibles, la qualification des juges, les conflits d'intérêts ou l'accessibilité du lieu des audiences pour les parties. Bien qu'elle n'ait pas pour tâche d'apprécier s'il existait des motifs valables à l'attribution d'une affaire à tel ou tel magistrat ou tribunal, la Cour doit être convaincue que cette mesure était compatible avec l'article 6 § 1 et, en particulier, aux exigences d'indépendance et d'impartialité objective qui en découlent*" (*Cfr.* § 71).

[23] *Cfr.* Decisión *Sacilor-Lormines c. France*, n. 65411/01, del 9 de noviembre de 2006 (definitivo el 9/2/2007): "*Au surplus, la Cour rappelle que la seule nomination de magistrats par un membre de l'exécutif mais aussi par le Parlement ne crée pas pour autant une dépendance à leur égard si une fois nommés, ces magistrats ne reçoivent ni pressions ni instructions dans l'exercice de leurs fonctions juridictionnelles. De même, si d'une manière générale on doit considérer l'inamovibilité des juges en cours de mandat comme corollaire de leur indépendance, l'absence de consécration expresse en droit n'implique pas en soi un défaut d'indépendance du moment qu'il y a reconnaissance de fait et que les autres conditions nécessaires se trouvent réunies. Or, il résulte des dispositions du C.J.A. et de la pratique que tel est bien le cas*". Y una vez más la decisión *Luka c. Roumanie*, n. 34197/02, 21 de julio de 2009: "*44. Par ailleurs, la Cour note que pendant la durée de leur mandat, et à la différence des magistrats professionnels, ils ne sont pas inamovibles et à l'abri d'une révocation anticipée. En outre, la législation applicable n'énumère pas les motifs pouvant donner lieu à leur révocation. Par ailleurs, il n'y avait pas de critères précis quant à l'étendue des pouvoirs des assistants ni d'ailleurs de mesures réglementant leurs fonctions ou leur protection dans l'exercice de ces fonctions. A cet égard, la Cour note que la décision du Gouvernement no 226/2000 mettant en place la commission consultative n'énonçait pas les critères d'évaluation de l'activité des assistants pouvant donner lieu à leur de révocation, laissant ainsi place à l'arbitraire*".

oficio, el presidente del tribunal o de la sección de referencia.[24]

Por último, aparece más compleja la apreciación del criterio de la apariencia de independencia. Ciertamente, cuando el Tribunal Europeo es llamado a valorar si un tribunal es independiente, las "apariencias" pueden revestir una importancia relevante. En particular un elemento determinante consiste en valorar si un observador externo no vería dichas circunstancias como una fuente de preocupación.[25] Es evidente que en una sociedad democrática los tribunales deben dar una impresión de no subordinación de funciones o de servicios frente a una de las partes, pudiendo tener el otro sujeto dudas legítimas sobre la independencia de tales personas.

[24] Así en la decisión *Agrokompleks c. Ukraine*, n. 23465/03, del 6 ottobre 2011: "*137. The Court further observes that judicial independence and impartiality, as viewed from an objective prospective, demand that individual judges be free from undue influence – not only from outside the judiciary, but also from within. This internal judicial independence requires that judges be free from directives or pressures from fellow judges or those who have administrative responsibilities in a court such as, for example, the president of the court. The absence of sufficient safeguards ensuring the independence of judges within the judiciary and, in particular, vis-à-vis their judicial superiors, may lead the Court to conclude that an applicant's doubts as to the independence and impartiality of a court may be said to have been objectively justified*".
Anteriormente, en la decisión *Parlov-Tkalčić c. Croatie*, n. 24810/06 del 22 de diciembre de 2009, donde estableció: "*87. Therefore, the question for the Court to examine in the present case is whether the judges of the Zlatar County Court who were the members of the panel that decided the applicant's appeal in the civil proceedings for unjust enrichment were sufficiently independent of that court's president*".

[25] Se puede recordar la decisión en el caso *Sramek c. Autriche* del 22 de octubre de 1984: "*42. Néanmoins, la Cour ne saurait se borner à apprécier les conséquences que la subordination du rapporteur au Contrôleur ont pu avoir en fait. Pour décider si un tribunal peut passer pour indépendant comme l'exige l'article 6 (Artículo 6), les apparences peuvent revêtir elles aussi de l'importance. Dès lors qu'un tribunal compte parmi ses membres une personne se trouvant - comme en l'espèce - dans un état de subordination de fonctions et de services par rapport à l'une des parties, les justiciables peuvent légitimement douter de l'indépendance de cette personne. Pareille situation met gravement en cause la confiance que les juridictions se doivent d'inspirer dans une société démocratique. Il y a donc eu violation de l'article 6 par. 1 (Artículo 6-1)*".

5. (SIGUE): Y SOBRE LA IMPARCIALIDAD

El concepto de tribunal imparcial en el sentido del Artículo 6 de la Convención Europea de 1950 comporta que no existan prejuicios o posiciones preconstituídas y puede apreciarse con modalidades distintas, que se refieran a aspectos subjetivos y objetivos.

Una primera línea de demarcación viene dada por la apreciación subjetiva, es decir, la convicción personal o el comportamiento del juez, que debe estar libre de valoraciones preconcebidas o prejuicios personales.

En cambio, la demarcación objetiva se refiere a la circunstancia de que el tribunal, o en general el órgano juzgador, y en consideración a su composición, ofrezca garantías suficientes para excluir toda duda legítima en relación con su imparcialidad.

Es evidente que el límite entre imparcialidad subjetiva e imparcialidad objetiva no es identificable fácilmente, por cuanto la propia conducta del magistrado puede determinar dudas sobre su imparcialidad, pero también incluso en relación con sus convicciones personales.

Ciertamente, los dos supuestos de hecho tienen una relevancia distinta, pues —respecto del aspecto subjetivo— la imparcialidad personal de un juez se presume hasta tanto no haya prueba en contrario dado que es un principio consolidado a nivel europeo que un tribunal se debe presumir libre de juicios de parcialidad.

En cambio, la línea objetiva conduce a valorar cuando algunos hechos verificables autorizan la duda razonable sobre la imparcialidad del juez, independientemente de su conducta personal. Se trata de valoraciones que deben considerar en el caso concreto la naturaleza y el grado de los lazos que pueden denotar una falta de imparcialidad.

De este modo, un defecto de imparcialidad puede ser reconducido a un elemento funcional: por ejemplo, el ejercicio por parte de la misma persona de funciones distintas en el proceso judicial, o la existencia de lazos jerárquicos o procedimentales.

Algunos ejemplos pueden ser significativos, el ejercicio sucesivo de funciones de consulta y de funciones jurisdiccionales dentro del órgano mismo pueden suponer un problema de imparcialidad;[26] la participación en la adopción de textos legislativos o reglamentarios de un sujeto, sucesivamente encargado de resolver la controversia puede determinar igualmente dudas sobre la imparcialidad. En resumen, se debe evitar el cúmulo de funciones jurisdiccionales y extrajurisdiccionales en la misma controversia, así como la posibilidad de desarrollar de forma contemporánea distintas funciones judiciales.[27]

[26] Al respecto se puede recordar la decisión *Procola c. Luxembourg* del 28 de septiembre de 1995: "*45. La Cour constate qu'il y a eu confusion, dans le chef de quatre conseillers d'Etat, de fonctions consultatives et de fonctions juridictionnelles. Dans le cadre d'une institution telle que le Conseil d'Etat luxembourgeois, le seul fait que certaines personnes exercent successivement, à propos des mêmes décisions, les deux types de fonctions est de nature à mettre en cause l'impartialité structurelle de ladite institution. En l'espèce, Procola a pu légitimement craindre que les membres du comité du contentieux ne se sentissent liés par l'avis donné précédemment. Ce simple doute, aussi peu justifié soit-il, suffit à altérer l'impartialité du tribunal en question, ce qui dispense la Cour d'examiner les autres aspects du grief. 46. Partant, il y a eu violation de l'article 6 par. 1 (Artículo 6-1)*". De manera diversa en el caso *Kleyn et autres c. Pays-Bas* [GC], del 6 de mayo del 2003, la Corte afirma que "*les avis consultatifs rendus relativement au projet de loi sur la planification des infrastructures de transport et la procédure subséquente d'examen des recours introduits contre l'arrêté de tracé ne peuvent passer pour représenter 'la même affaire' ou 'la même décision'. Dans ces conditions, la Cour estime que les craintes nourries par les requérants quant à l'indépendance et à l'impartialité de la section du contentieux administratif à raison de la composition de la formation ayant eu à connaître de leurs recours ne sauraient être considérées comme objectivement justifiées. En conséquence, il n'y a pas eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention*". (§§201-202).

[27] Una referencia específica se encuentra en la decisión *Toziczka c. Pologne*, n. 29995/08 del 24 de julio 2012, donde la Corte afirma: "*The assessment of whether the participation of the same judge in different stages of a civil case complies with the requirement of impartiality laid down by Article 6 § 1 is to be made on a case-to-case basis, regard being had to the circumstances of the individual case and, importantly, to the*

Por último, es evidente que la circunstancia de que el juez pueda tener un interés personal en la controversia o que existan lazos profesionales o personales entre el juez y una parte o el defensor de la misma determina el problema de la imparcialidad.[28]

characteristics of the relevant rules of civil procedure applied to the case. In particular, it is necessary to consider whether the link between substantive issues determined at various stages of the proceedings is so close as to cast doubt on the impartiality of the judge participating in the decision-making at these stages" (Cfr. § 36).

[28] Resulta clara la argumentación de la Corte en el caso *Langborger c. Suède*, 22 de junio de 1989, según el cual: "*Dans la présente affaire il n'existe aucune raison de douter de leur impartialité personnelle, faute de preuve. Quant à leur impartialité objective et à leur apparence d'indépendance, en revanche, la Cour constate qu'ils avaient été recommandés par des associations avec lesquelles ils entretenaient des liens étroits et toutes deux intéressées à voir subsister la clause de négociation. Comme il réclamait la suppression de cette dernière, le requérant pouvait légitimement craindre qu'ils n'eussent un intérêt commun contraire au sien et donc redouter une rupture de l'équilibre d'intérêts, inhérent à la composition du tribunal des locations dans d'autres litiges, quand il s'agirait de décider du sort de sa propre demande. Que le tribunal comprît aussi deux juges professionnels, dont l'indépendance et l'impartialité ne sont pas en cause, n'y change rien. Dès lors, il y a eu violation de l'article 6 par. 1 (Artículo 6-1)*" (Cfr. §§ 35-36). También resulta relevante la decisión *Gautrin et autres c. France* del 20 de mayo de 1998, y la decisión en el caso *Pescador Valero c. Espagne*, del 17 de junio de 2003, donde la Corte afirma "*Reste la question de savoir si les craintes du requérant quant à l'impartialité du magistrat en question étaient légitimes, compte tenu des relations professionnelles existant entre ce dernier et l'autre partie au litige, et si ces relations étaient de nature à jeter le doute sur son impartialité objective. Pour la Cour, la réponse est positive. En effet, professeur associé à l'université, le magistrat entretenait des rapports professionnels réguliers et étroits avec l'université depuis plusieurs années. Par ailleurs, pour son enseignement, il percevait de l'université des émoluments périodiques qui ne sauraient être qualifiés de négligeables (7 200 EUR annuels d'après le Gouvernement). M. J.B.L. a donc exercé en même temps la fonction de juge auprès du Tribunal supérieur de justice de Castille-La Manche, d'une part, et celle de professeur associé percevant des émoluments de la partie adverse, d'autre pArtículo De l'avis de la Cour, cette situation peut avoir fait naître chez le requérant des craintes légitimes que le juge J.B.L. n'abordât pas son affaire avec l'impartialité requise*". Referencias puntuales sobre este aspecto se encuentran en la decisión *Tocono et Profesorii Prometeisti c. Moldova*, n. 32263/03 del 26 de junio de 2007 y en la decisión *Micallef c. Malte* [GC], n.17056/06, del 15 de octubre de 2009.

6. UN CASO RECIENTE, *BAKA C. HUNGRÍA*

A modo de conclusión, se quiere referir una reciente decisión de la *Grande Chambre* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Baka c. Hungría*, sentencia del 23 de junio de 2016.[29]

Baka lamenta el hecho de no haber tenido acceso a un tribunal para hacer valer sus derechos en relación con la cesación prematura de su mandato como Presidente de la Corte Suprema. La providencia del Tribunal sigue a la decisión del 27 de mayo de 2014 de la Sección II del Tribunal Europeo, que había considerado la cesación anticipada del encargo de Naka como contraria a las normas de la Convención Europea.

Los hechos se pueden resumir así: Luego de la reforma del sistema judicial húngaro, el Parlamento aprobó una disposición de rango constitucional con la que se establecía que con la entrada en vigencia de la nueva ley fundamental se daría por terminado el mandato del Presidente de la Corte Suprema. Según el accionante, la disposición transitoria que establecía nuevas elecciones del Presidente de la Kùria, órgano que sustituía la Corte Suprema con las mismas funciones, se adoptó con el fin de destituirlo. Además, la adopción con norma de rango constitucional lo privaba de la posibilidad material de impugnar la legitimidad, con evidente compresión del propio derecho de acceso.[30]

[29] Se trata de la sentencia del 23 de junio de 2016 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Los motivos del recurso de Baka se refieren a la violación por parte de Hungría del derecho de acceso a la justicia (Artículo 6.1) y del derecho de libertad de expresión (Artículo 10). Ambos fueron acogidos por el Tribunal con sentencia del 24 de mayo de 2014 y confirmados en la sentencia del 23 de junio de 2016 luego de la petición del gobierno húngaro.

[30] La Corte sostuvo: "*116.* À la lumière de ces considérations, la Cour est d'avis que dans les circonstances particulières de l'espèce, elle doit

El Tribunal reconoció la violación del art. 6 y del art. 10 de la CEDH, considerando que la decisión fue adoptada sin consideración, entre otros, al art. 6.1 de la misma. En la decisión del 23 de junio de 2016, el Tribunal consideró que el Estado húngaro conculcó la esencia del derecho de acceso a un tribunal. En el caso en estudio, la cesación prematura del mandato del Presidente de la Corte Suprema impuesto al recurrente no fue examinada por un tribunal ordinario o por otro órgano con función jurisdiccional, y no podía serlo.

Aunque la ausencia de un control jurisdiccional resulte de un texto de ley general con rango constitucional, la compatibilidad de tal previsión con la exigencia de un Estado de derecho es dudosa. Ciertamente, si la legislación nacional excluye el acceso a un tribunal, ella debe ser siempre compatible con la supremacía del derecho. Se

déterminer si l'accès à un tribunal était exclu en droit interne non pas au moment où la mesure litigieuse concernant le requérant a été adoptée mais avant cela. Procéder autrement reviendrait à admettre que la mesure litigieuse elle-même, constitutive de l'ingérence alléguée dans le 'droit' du requérant, pourrait en même temps former la base légale de l'impossibilité faite à l'intéressé d'accéder à un tribunal. Pareille approche ouvrirait la voie à des abus, car elle permettrait aux États contractants d'interdire l'accès à un tribunal relativement aux mesures individuelles prises à l'égard de leurs fonctionnaires, en incluant simplement ces mesures dans une disposition de loi ad hoc non soumise au contrôle juridictionnel. 117. À cet égard, la Cour tient à souligner que, pour que la législation nationale excluant l'accès à un tribunal ait un quelconque effet au titre de l'article 6 § 1 dans un cas donné, elle doit être compatible avec la prééminence du droit".

Luego el Tribunal afirma que: "*121. En l'espèce, la cessation prématurée du mandat de président de la Cour suprême conféré au requérant n'a pas été examinée par un tribunal ordinaire ou par un autre organe exerçant des fonctions judiciaires, et elle ne pouvait pas l'être. Cette absence de contrôle juridictionnel résulte d'un texte de loi dont la compatibilité avec les exigences de l'état de droit est douteuse (paragraphe 117 ci-dessus)*". Por lo tanto: "*Dans ces conditions, la Cour considère que l'État défendeur a porté atteinte à la substance même du droit pour le requérant d'accéder à un tribunal. 122. Partant, il y a eu violation à l'égard du requérant du droit d'accès à un tribunal garanti par l'article 6 § 1 de la Convention*".

trata de dos exigencias a proteger, pero la relación entre las injerencias legislativas y la supremacía del derecho evidencia que las leyes referidas sólo a un individuo deban, en todo caso, presumirse como contrarias al Estado de derecho. Por lo tanto, en el caso en estudio, existió violación frente al reclamante del derecho de acceso a un tribunal, garantizado por el Artículo 6.1 de la Convención.

Segunda Parte
Derecho Constitucional

LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y LAS REGLAS PROCESALES EN EL AMPARO MEXICANO

RICARDO ANTONIO SILVA DÍAZ

SUMARIO: 1. *Introducción*; 2. *El derecho de acceso a la tutela judicial efectiva*; 3. *Los mecanismos de protección constitucional*; 4. *La protección constitucional del amparo mexicano y sus reglas procesales: a) Interés en el amparo mexicano; b) Limitantes en el amparo judicial: la imposible reparación; c) Limitantes en el amparo judicial: el amparo adhesivo; d) Las reglas en los alcances de protección: la relatividad de las sentencias*; 5. *Las reglas procesales y la efectividad del amparo*. 6. *Conclusión*.

RESUMEN: La tutela judicial impone al Estado la creación de procedimientos que resuelvan de manera efectiva las controversias que se presentan entre las personas de una sociedad. En los mecanismos de control constitucional, la efectividad no sólo se mide a partir de la solución de las controversias entre partes, sino a partir de garantizar otros principios como la supremacía constitucional y la dignidad de la persona. Este matiz frente a los procedimientos ordinarios, obliga a reflexionar respecto de los alcances que deben tener las reglas procesales en el juicio de amparo mexicano, pues para hacer efectiva la tutela que se pretende en él, es necesario entender la lógica procesal de las reglas, que adquieren un matiz por los principios constitucionales que deben protegerse. De ahí que el estudio de razonabilidad que se realiza a dichas figuras, no puede partir exclusivamente de garantizar de forma ciega el acceso a la justicia o a la supremacía constitucional, ni tampoco de forma ciega el respeto a los lineamientos de igualdad procesal o el respeto a la división de

poderes, por tanto, dicha razonabilidad está encaminada a que el amparo cumpla los fines para los cuales fue creado.

Abstract: La tutela giurisdizionale impone allo Stato l'obbligo di creare le procedure per risolvere in modo efficace le controversie che occorrono tra le persone in una società. Nei meccanismi di controllo costituzionali, l'efficacia si misura non solo dalla composizione delle controversie tra le parti, ma da altri principi come le forme in cui si può garantire la supremazia e la dignità costituzionale. Questa sottile differenza tra le procedure ordinarie, ci costringe a riflettere sulla misura che dovrebbero tenere le regole procedurali per il ricorso di protezione nel Messico, per far rispettare la protezione che è destinato, è necessario capire la logica procedurale delle regole che acquistano una differenza dai principi costituzionali da proteggere. Qui lo studio di ragionevolezza fatto, non può partire esclusivamente da garantire ciecamente l'acceso alla giustizia o la supremazia costituzionale, né rispettare ciecamente gli orientamenti di uguaglianza procedurale o il rispetto della divisione dei poteri, pertanto, la ragionevolezza è orientata a che il ricorso di protezione soddisfa gli scopi per cui è stato creato.

Abstract: The judicial protection imposes an obligation to create procedures that effectively resolve disputes between members of the society. In constitutional procedures, effectiveness is not only measured from the resolution of disputes, but also from ensuring other principles such as the supremacy of the Constitution and the human dignity. This nuance compared to the ordinary procedures, forces us to reflect about the rules in the Mexican amparo trial, in order to make effective the protection that is intended, because it is necessary to understand the logic of those rules that acquire specific characteristics by the constitutional principles that must be protected. Hence, the reasonableness standard of review cannot be limited to serve justice blindly, nor to guarantee the supremacy of the Constitution, neither blindly respect the principles of equality or check and balances; therefore, this reasonableness is aimed to fulfill the objectives for which the amparo was created.

Palabras clave: derecho a un recurso efectivo de defensa, recurso de protección, la norma procesal, restricciones de los derechos humanos.

Parole chiave: diritto ad un ricorso effettivo, ricorso di protezione, le norme procedurali, restrizioni dei diritti umani.
Key words: right to an effective remedy of defence, resource protection, the procedural rule, restrictions of human rights.

1. Introducción

El presente artículo es un estudio de los alcances del derecho a la tutela judicial efectiva, tanto desde su perspectiva ordinaria como constitucional, así como las facultades del legislador para lograr su efectividad. Este documento recuerda cómo el Estado está obligado a la creación de procedimientos que resuelvan de manera efectiva las controversias que se presentan entre las personas de una sociedad y como dichas controversias pueden suscitarse por la aplicación de normas ordinarias o individualizadas, así como por la aplicación o transgresión de los derechos contenidos en la Constitución; por lo que cada País configura procedimientos de justicia ordinaria y de justicia constitucional, de acuerdo al tipo de controversia que deba resolverse.

Así, en el caso de los mecanismos jurisdiccionales de control constitucional, existe un ingrediente adicional para el legislador, pues el impacto de las decisiones que se tomen en dichos juicios no se limita a las partes, ya que involucra el cumplimiento de los parámetros que cualquier democracia sana debe respetar: la dignidad de la persona y la supremacía constitucional; sin embargo, esa línea argumentativa no resulta suficiente para que el legislador pierda de vista que las reglas procesales ayudan a garantizar la efectividad de los procedimientos. De esa forma, la regulación de los juicios constitucionales no sólo implica

la creación de reglas para la solución de un caso concreto, sino que su configuración debe atender a la necesidad de resolver un caso que trasciende a bienes jurídicos de relevancia para la sociedad.

En efecto, dentro de los procedimientos ordinarios existen reglas, requisitos y presupuestos procesales que se instrumentan para garantizar principios como el de equidad en la contienda, la seguridad jurídica y la eficacia en el desarrollo del proceso, en cumplimiento al derecho de acceso a una tutela judicial. En los juicios constitucionales, no sólo se trata de cumplir, en ese aspecto, con el acceso a una tutela judicial, sino que también debe lograrse el respeto a la dignidad de la persona, la supremacía constitucional y la división de poderes, como baluartes del Estado.

De esa forma, el presente artículo gira alrededor de una interrogante, respecto a las reglas que estructuran el desarrollo de los procedimientos constitucionales, de forma específica el amparo, pues si bien una tutela judicial ordinaria impone reglas de juego hacia la equidad en la contienda y la seguridad jurídica, en la tutela judicial constitucional, las reglas del juego se estructuran además para lograr el respeto a la Constitución y con ello el respeto a los derechos de las personas, pero desde luego bajo la mirada del equilibrio entre poderes. Lo anterior sin olvidar que los principios en cada una de las configuraciones (ordinaria y constitucional) pueden variar, pero ambos tienen que estar encaminados a una meta: lograr efectividad en la impartición de justicia.

A lo largo del texto, se analizan diversas figuras del amparo, como el interés jurídico y legítimo, las limitantes en los actos jurisdiccionales (imposible reparación y amparo adhesivo) y la relatividad de las sentencias; no sólo desde la perspectiva de la tutela judicial constitucional, sino como

figuras dentro de una tutela judicial ordinaria, a partir de los principios que deben garantizarse en un medio de control constitucional, pero sobre todo con miras a lograr la efectividad del juicio, por lo que con ello se demuestra que las reglas procesales dentro del amparo deben responder a la efectividad del procedimiento y al mismo tiempo deben permitir el cumplimiento de la supremacía constitucional y la división de poderes.

En ese sentido, las reglas procesales en el amparo, adquieren matices distintos en relación con los valores y finalidades constitucionales que deben protegerse, por lo que el discurso de la transgresión a la tutela judicial efectiva, al imponerse requisitos de acceso a un juicio de protección de derechos humanos no resulta del todo adecuado, pues para determinar la efectividad del amparo, a partir de las reglas que lo conforman, se requiere atender a su naturaleza procesal, a la defensa de la supremacía constitucional y la dignidad de la persona, así como al principio de división de poderes. Esto es, debe realizarse un estudio de razonabilidad de las reglas que conforman el amparo, encaminado a verificar que este juicio cumpla los fines para los cuales fue creado, a la luz de la diversidad de principios constitucionales que defiende, sin que ello implique que la efectividad del amparo se mida sólo desde la perspectiva de protección a los derechos humanos, pues las reglas procedimentales, además de brindar seguridad jurídica, permiten desarrollar procedimientos sanos que cumplan con su objetivo.

2. El derecho de acceso a la tutela judicial efectiva

La tutela judicial es un derecho humano contemplado en los artículos 17 de la Constitución Mexicana, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; así como el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Se trata de una estructura jurídica mediante la cual se garantizan los elementos esenciales para que el Estado establezca un sistema de administración de justicia, que permita a las personas titulares de la acción, defender sus derechos, tanto ordinarios, como constitucionales, ya sea del propio Estado o de terceros.[1]

[1] **Artículo 17.** Ninguna persona podrá hacerse justicia por si misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho. Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales. [...]"

Artículo 8. Garantías Judiciales 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada; c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y h) derecho de recurrir del fallo ante

juez o tribunal superior. 3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza. 4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos. 5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

Artículo 25. Protección Judicial. 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

Artículo 14. 1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores. 2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley. 3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella; b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección; c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas; d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo; e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo; f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma

Dichas hipótesis normativas de fuente constitucional e internacional, imponen al Estado una gama de obligaciones, tanto positivas como negativas, así como de protección y garantía del derecho.[2] Dentro de estas últimas de garantía, se impone el velar por el acceso efectivo a los tribunales y se dirige tanto al legislador, como a los propios impartidores de justicia, quienes deben llevar a cabo todos aquellos actos que permitan una tutela judicial efectiva. En esa línea, encontramos la obligación de emitir una sentencia en la que, mediante la aplicación de la ley al caso concreto, se resuelva si le asiste la razón a una persona, sobre los derechos cuya tutela jurisdiccional ha solicitado. Además, no sólo se trata de la imposición de obligaciones de hacer, dar o no hacer, sino también del cumplimiento de ciertos principios. De esa forma, como parte de sus elementos esenciales, la Constitución establece que la im-

empleado en el tribunal; g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable. 4. En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social. 5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley. 6. Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido. 7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.

[2] Dentro de esta identificación de las diversas obligaciones que pueden conformar un derecho humano, conviene recordar la visión de Alexy, en cuanto a la acción positiva del Estado y la forma en que identifica las distintas estructuras normativas de los derechos, conforme a lo cual distingue los derechos de protección, los de organización y procedimiento, así como los de prestaciones en sentido estricto. Esta clasificación la deriva de las distintas obligaciones que se requieren en cada uno de sus derechos para lograr su efectividad. Alexy, Robert, *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007, pp. 45 a 51.

partición debe ser de forma gratuita, pronta, completa e imparcial y para lograr esas finalidades se autoriza al legislador a elaborar la legislación necesaria para sujetarla a los plazos y términos que fijen las normas ordinarias.

Esta autorización para la regulación de los respectivos procedimientos jurisdiccionales, puede realizarse siempre y cuando se cumplan los parámetros básicos que establece el propio artículo 17 de la Constitución —como las hipótesis mencionadas— y, por lo tanto, la emisión de una norma que regule un procedimiento para garantizar una tutela judicial, debe respetar la gratuidad, prontitud, imparcialidad y exhaustividad en la decisión, con la finalidad de ofrecer a los gobernados un efectivo acceso a la justicia.

Así, el sistema que implica una tutela judicial efectiva y el debido proceso que lleva aparejado, evidencia un sistema complejo que no puede estructurarse de forma abstracta e indiferente, sino que requiere de una perspectiva integral respecto a las distintas finalidades que persigue el propio Derecho, es decir, de nada serviría formular procedimientos que resuelvan los asuntos de forma rápida, si con ello se omite la resolución de algunos puntos dentro de la controversia; por tanto, el legislador siempre debe velar por permitir que el juzgador esté en posibilidad de emitir resoluciones de forma gratuita, completa e imparcial.

Además, la configuración de los procedimientos jurisdiccionales no solo implica el respeto a las directrices que refieren los artículos 17 de la Constitución, en relación con el 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; así como el 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, sino que también obliga al legislador a elaborar normas jurídicas que tomen en cuenta las necesidades de la sociedad, con la finalidad de que el

Derecho cumpla con su *ultima ratio:* mantener el orden y la convivencia.

La facultad del legislador para regular o modular el acceso a los tribunales y el desarrollo del procedimiento para lograr la eficacia de los derechos humanos, es una evidencia de la naturaleza relativa de estos derechos, contrario a la postura absoluta de su eficacia.

El derecho humano a una tutela judicial, al igual que los demás derechos humanos, es relativo, pues de la lectura del texto constitucional, no sólo se advierte una naturaleza indeterminada (la cual implica un desdoblamiento de obligaciones) sino que también constitucionalmente se permite el establecimiento de límites y condiciones para su ejercicio. Así, la Constitución, en el artículo 17, permite al legislador regular los plazos y términos conforme a los cuales se instrumenten los procedimientos, siempre respetando los parámetros esenciales, por lo que de forma preliminar no puede considerarse inconstitucional, el que se establezcan presupuestos procesales para el ejercicio de una acción, como la competencia, los plazos para la interposición de los recursos o incluso los requisitos de procedencia para acceder al medio de defensa.

La Suprema Corte en México ha entendido que el derecho a la tutela judicial o de acceso a la justicia se encuentra constitucionalmente establecido en el segundo párrafo del artículo 17 de nuestra Carta Magna. Del citado precepto constitucional se desprenden cinco supuestos: 1) La prohibición de la auto-tutela o "hacerse justicia por propia mano"; 2) El derecho a la tutela jurisdiccional o acceso a la justicia; 3) La abolición de costas judiciales; 4) La independencia judicial, y 5) La prohibición de la prisión por deudas del orden civil.

Dichos derechos constituyen limitaciones al poder público, en cualquiera de sus tres manifestaciones tradicionales: ejecutivo, legislativo y judicial, pues se consagran a favor de los gobernados los siguientes principios: 1. Justicia pronta, que se traduce en la obligación de las autoridades encargadas de su impartición, de resolver las controversias ante ellas planteadas, dentro de los términos y plazos que para tal efecto se establezcan en las leyes; 2. Justicia completa, consistente en que la autoridad que conoce del asunto emita pronunciamiento respecto de todos y cada uno de los aspectos debatidos, cuyo estudio sea necesario; y garantice al gobernado la obtención de una resolución en la que, mediante la aplicación de la ley al caso concreto, se resuelva si le asiste o no la razón sobre los derechos que le garanticen la tutela jurisdiccional que ha solicitado; 3. Justicia imparcial, que significa que el juzgador emita una resolución, no sólo apegada a derecho, sino, fundamentalmente, que no dé lugar a que pueda considerarse que existió favoritismo respecto de alguna de las partes o arbitrariedad en su sentido; y 4. Justicia gratuita, que estriba en que los órganos del Estado encargados de su impartición, así como los servidores públicos a quienes se les encomienda dicha función, no cobrarán a las partes en conflicto emolumento alguno por la prestación de ese servicio público.

En ese sentido, la Suprema Corte mexicana ha considerado que la tutela judicial contenida en el artículo 17 constitucional garantiza a los gobernados el disfrute de diversos derechos relacionados con la administración de justicia y dentro de los diversos derechos fundamentales que se tutelan, se encuentra el relativo a tener un acceso efectivo a la administración de justicia que desarrollan los tribunales; debiendo precisarse que para su debido acatamiento

no basta el que se permita a los gobernados instar ante un órgano jurisdiccional, sino que el acceso sea efectivo en la medida en que el justiciable, de cumplir con los requisitos justificados constitucionalmente, pueda obtener una resolución en la que, mediante la aplicación de la ley al caso concreto, se resuelva si le asiste o no la razón sobre los derechos cuya tutela jurisdiccional ha solicitado.

Igualmente, ha considerado que la impartición de la administración de justicia solicitada por los gobernados y, por ende, el efectivo acceso a la justicia se debe sujetar a los plazos y términos que fijen las leyes. Finalmente, que la regulación de los respectivos procedimientos jurisdiccionales debe garantizar a los gobernados un efectivo acceso a la justicia, por lo que los requisitos o presupuestos que condicionan la obtención de una resolución sobre el fondo de lo pedido deben encontrarse justificados constitucionalmente, lo que sucede, entre otros casos, cuando tienden a generar seguridad jurídica a los gobernados que acudan como partes a la contienda, o cuando permiten la emisión de resoluciones prontas y expeditas, siempre y cuando no lleguen al extremo de hacer nugatorio el derecho cuya tutela se pretende.

Es por ello que la tutela judicial ha sido objeto de estudio por la Suprema Corte mexicana y ha determinado sus alcances desde una perspectiva amplia, maximizando sus alcances; sin embargo, también ha precisado que el cumplimiento de este derecho no significa que —en cualquier caso— el órgano jurisdiccional deba resolver el fondo del asunto, sino que, en aras de la efectividad de ese derecho, también es necesario verificar los requisitos de procedencia previstos en las leyes nacionales para la interposición de cualquier medio de defensa, ya que las formalidades procesales son la vía que hace posible arribar a una adecuada resolución.[3]

Esta decisión resulta lógica, pues debemos recordar que a partir de la reforma constitucional del 2011, los tribunales mexicanos al momento de impartir justicia, han tenido la posibilidad de ampliar su percepción al resolver los asuntos, a partir de un ejercicio de razonabilidad de la norma con el uso de diversas fuentes, tal y como lo dijimos en el apartado anterior, la Suprema Corte de Justicia en la Contradicción de Tesis 293/2011, al hablar del control de regularidad constitucional precisó que este se conforma tanto por los derechos humanos contenidos en la Constitución como aquellos contemplados en tratados internacionales que hayan sido ratificados por México.

Asimismo, este ejercicio jurisdiccional ha obligado a reflexionar respecto de los alcances que se tienen al fijar un sentido favorable a las normas, pues como ya se demostró, los derechos humanos no son absolutos y pueden existir modulaciones justificadas y racionales. Así, la propia contradicción 293/2011 estableció que el referido parámetro de regularidad constitucional, encuentra sus límites en el establecimiento de una restricción expresa en la Constitución.

En ese orden de ideas, la Corte Interamericana en el criterio sustentado en el Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y Otros) *vs* Perú, sentencia de veinticuatro de noviembre de dos mil seis, específicamente, en su párrafo 126, ha establecido que por razones de

[3] Este ejercicio se ve reflejado en el criterio 1a./J. 10/2014 (10a.) visible en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 3, Febrero de 2014, Tomo I, Décima Época, página 487, de rubro: "PRINCIPIO PRO PERSONA Y RECURSO EFECTIVO. EL GOBERNADO NO ESTÁ EXIMIDO DE RESPETAR LOS REQUISITOS DE PROCEDENCIA PREVISTOS EN LAS LEYES PARA INTERPONER UN MEDIO DE DEFENSA."

seguridad jurídica, así como para la correcta y funcional administración de justicia y la efectiva protección de los derechos de las personas, los Estados pueden y deben establecer presupuestos y criterios de admisibilidad de los recursos internos de carácter judicial o de cualquiera otra índole.[4]

Lo anterior, de tal manera que, si bien dichos recursos deben estar disponibles para el interesado y resolver efectiva y fundadamente el asunto planteado, así como eventualmente proveer la reparación adecuada, no cabría considerar que siempre y en cualquier caso los órganos y tribunales internos deben resolver el fondo del asunto que les es planteado, sin que importe la verificación de los presupuestos formales de admisibilidad y procedencia del recurso intentado.

De esa forma, los parámetros constitucionales y convencionales analizados, permiten al legislador imponer requisitos para el ejercicio de cualquier acción, siempre y cuando este sea razonable. Para considerar que se cumple dicho estándar, debe tomarse en cuenta el núcleo esencial del derecho y, con ello, evitar que no se deje sin defensa a una de las partes; motivo por el cual, la configuración legislativa debe tener por efecto organizar y dar congruencia a la *litis*, con la finalidad de permitir a los órganos jurisdiccionales emitir una sentencia de forma congruente,

4 *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C No. 158). "[...] La Corte considera que en todo procedimiento o proceso existente en el orden interno de los Estados deben concurrir amplias garantías judiciales, entre las cuales se encuentran también las formalidades que deben observarse para garantizar el acceso a las mismas. Por razones de seguridad jurídica y para la correcta y funcional administración de justicia y la efectiva protección de los derechos de las personas, los Estados pueden y deben establecer presupuestos y criterios de admisibilidad de los recursos internos, de carácter judicial o de cualquier otra índole. De tal manera, si bien esos recursos internos deben estar disponibles para el interesado [...]"

exhaustiva y de forma expedita, en respeto al artículo 17 constitucional. En razón de ello, la modulación a la tutela judicial debe encontrarse justificada constitucionalmente; por lo que puede partir de lo que establece el propio artículo constitucional y buscar generar seguridad jurídica a los gobernados que acudan como partes a la contienda.

El artículo 17 constitucional garantiza a favor de los gobernados, entre otros derechos fundamentales, el del acceso a la justicia, que se concreta en la posibilidad de ser parte dentro de un proceso y que permita obtener una decisión jurisdiccional sobre las pretensiones deducidas, una vez cumplidos los respectivos requisitos procesales, pues no se trata de un derecho incondicionado y absoluto a la prestación de esa actividad, por lo que el mismo no puede ejercerse al margen de los cauces establecidos por el legislador. Dicho en otras palabras, si bien se deja en manos del legislador el fijar los plazos y términos con base en los cuales se desarrollará la actividad jurisdiccional, debe estimarse que tal regulación puede limitar esa prerrogativa fundamental, siempre y cuando no establezca obstáculos o presupuestos procesales que no encuentren justificación constitucional, como sucede cuando se desconoce la naturaleza jurídica del vínculo del que emanan los derechos cuya tutela se solicita, tornándolos nugatorios.

Así, como todo derecho humano, el acceso efectivo a la justicia que administran los tribunales del Estado no es absoluto, por lo que su ejercicio debe someterse a cauces que al limitarlo justificadamente posibiliten su prestación adecuada, con el fin de lograr que las instancias de justicia constituyan el mecanismo expedito, eficaz y confiable al que los gobernados acudan para dirimir cualquiera de los conflictos que deriven de las relaciones jurídicas que entablan. En ese tenor, los presupuestos, requisitos o condicio-

nes que el legislador establece para lograr tales fines, cuyo cumplimiento puede verificarse por el juzgador, según la legislación aplicable, tanto al inicio del juicio, en el curso de éste o al dictarse la sentencia respectiva, no pueden ser fijados arbitrariamente, sino que deben tener sustento en diversos principios y derechos consagrados o garantizados en la Constitución General de la República; atendiendo, por ende, a la naturaleza de la relación jurídica de la que derivan, las prerrogativas cuya tutela se solicita y al contexto constitucional en el que ésta se da.

Por ello, tomando en cuenta principios constitucionales como el de seguridad jurídica u otros de la misma índole, o si en la respectiva relación jurídica de origen las partes acuden en un mismo plano o alguna de ellas investida de imperio, o si aquélla es de naturaleza civil, mercantil o laboral, entre otras, el legislador deberá valorar tales circunstancias con el fin de dar cauce al proceso respectivo sin establecer presupuestos procesales o condiciones que no se justifiquen constitucionalmente, como puede suceder cuando éstos desconozcan a tal grado la relación jurídica de donde emanan los derechos cuya tutela se solicita, que tornen nugatoria su defensa jurisdiccional.[5]

[5] Dentro de estos límites impuestos al legislador al momento de configurar el desarrollo de los procedimientos, se encuentra la obligación de racionalidad impuesta al legislador, conforme a la cual debe dar un tratamiento similar al momento de regular el acceso a los procedimientos. Dicha argumentación se ve plasmada en la tesis 1a. CXLV/2015 (10a.) visible en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 18, Mayo de 2015, Tomo I, Décima Época, página 391, de rubro: "**ACCESO A LA JUSTICIA. LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES ESTÁN FACULTADOS PARA REALIZAR UN ESCRUTINIO DE RAZONABILIDAD A LA ACTIVIDAD LEGISLATIVA CUANDO EN ELLA SE IMPONGAN REQUISITOS DISTINTOS PARA EL EJERCICIO DE ACCIONES QUE PROTEJAN BIENES JURÍDICOS SIMILARES.** Si bien es cierto que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no establece expresamente parámetros para realizar un análisis ordinario o estricto de la actividad legislativa, también lo es que reconoce que el ejercicio de los derechos humanos sólo podrá restringirse o suspenderse en los casos y bajo las condiciones que la propia Constitución establezca; asimismo, señala que los derechos deben interpretarse de forma que favorezca la protección más amplia de la persona e impone a todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, la obligación de respetar, promover, proteger y garantizar los derechos humanos; de ahí que las normas constitucionales busquen que las autoridades, por regla general, permitan el goce y disfrute de los derechos y, de forma excepcional, impongan alguna restricción. De la misma forma, el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que la restricción a éstos debe aplicarse conforme a las leyes que se dicten por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas. Consecuentemente, el hecho de que el artículo 17 constitucional permita al legislador regular los plazos y términos en los que debe garantizarse el acceso a la justicia, no implica que pueda establecer libremente requisitos que inhiban el ejercicio del derecho o alteren su núcleo esencial, por lo que los órganos jurisdiccionales están facultados para realizar un escrutinio de razonabilidad cuando el legislador imponga requisitos distintos para el ejercicio de acciones que protejan bienes jurídicos similares."

De lo anterior, es factible concluir que la tutela judicial o acceso a la justicia es un derecho humano que puede ser objeto de regulación por el legislador y dicho ejercicio debe respetar tanto el núcleo esencial del derecho, mediante el cual se impone el acceso a los tribunales, pero ello también obliga a respetar los diversos principios constitucionales, como el de seguridad jurídica; de ahí que la modulación del derecho debe justificarse con un valor de rango constitucional y con la finalidad de lograr la efectividad del propio derecho. Con estas premisas, es válido afirmar que el derecho a la administración de justicia efectiva, no es absoluto sino relativo, pues admite modulaciones. La idea de la relatividad de los derechos depende de su análisis estructural del cual se puede advertir su naturaleza jurídica de principios, al estar elaborados de forma indeterminada y tener una tendencia a su optimización, que permite a los operadores jurídicos "acondicionarlos" para su mejor funcionamiento dentro de la sociedad.[6]

[6] La característica de indeterminación de los derechos fue identificada por Robert Alexy. Este autor afirma que los derechos humanos gozan de máxima indeterminación, derivado del carácter sumamente sucinto y desde luego lapidario y vacío de los artículos constitucionales, más aún resulta difícil iden-

Una vez delimitados los alcances de la tutela judicial, así como las facultades del legislador al configurar los procedimientos jurisdiccionales, resulta oportuno hablar de forma específica de los medios de control constitucional, para luego identificar los alcances generales del juicio de amparo mexicano y las figuras que lo regulan.

3. Los mecanismos de protección constitucional

La regularidad constitucional es un concepto que se identifica como una condición de uniformidad que debe regir en todo ordenamiento jurídico. Es una finalidad en sí misma, al pretender que el sistema encuentre una congruencia entre la norma superior y la inferior de todo ordenamiento. También puede entenderse como el ejercicio mediante el cual se logre esa congruencia normativa, el cual implica la necesidad de mantener una uniformidad con la diversidad de normas existentes, a la luz de los principios contenidos en la Constitución.

A partir de ello, el ordenamiento jurídico puede configurar diversos mecanismos para lograr esa congruencia normativa en respeto a la Constitución, tanto mediante la imposición de obligaciones, como el establecimiento de procedimientos para remediar el incumplimiento de esas obligaciones. La variedad y diversidad de los mecanismos de control constitucional, desde la concepción del control difuso de constitucionalidad, a inicios del siglo XVIII, pasando por el control concentrado de constitucionalidad a

tificar lo que representan los derechos fundamentales, a partir del suscinto texto de la Ley Fundamental, lo cual se puede lograr sólo a partir de los 94 volúmenes de sentencias del Tribunal Constitucional Federal que hasta la fecha ha registrado. Alexy, Robert, "*Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático*" en Miguel Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2005, pp. 35 a 37.

mediados del siglo XX, ha llevado a una elaboración prolífera de herramientas jurídicas en defensa de la regularidad constitucional. Esta perspectiva ha permitido identificar facultades en los jueces ordinarios, así como procedimientos específicos de protección de normas constitucionales.

Dentro de estos últimos, se encuentran los tradicionales juicios de protección de derechos humanos, como el juicio de amparo en México, que tiene por objeto resolver toda controversia que se suscite por actos de la autoridad que violen derechos humanos. Este objeto del juicio de amparo de resolver controversias derivadas de actos que violen derechos humanos, permiten identificar que el amparo es una garantía de derechos que se ha convertido en una de las herramientas esenciales para garantizar la supremacía constitucional.

Así, los juicios de protección de derechos humanos, son herramientas ideales que garantizan la supremacía constitucional a través de la protección de los derechos humanos; de ahí que estos procedimientos constitucionales tengan como finalidad la protección tanto de la dignidad de las personas, como la congruencia constitucional necesaria en un ordenamiento jurídico sano. Es decir, estos juicios son importantes no sólo porque tienen como finalidad garantizar la supremacía constitucional, sino porque protegen la integridad del ser humano mediante la protección de sus derechos, por lo que la tutela judicial efectiva se ve como un derecho individual y específico para obtener por parte del Estado una resolución en la que pueda proteger al ser humano y al mismo tiempo se trata de un procedimiento que garantiza la supremacía constitucional, al hacer congruentes los distintos actos estatales y de particulares con la Norma Suprema.

Ahora bien, no se debe desconocer que al igual que otros mecanismos procesales, el procedimiento de protección de derechos humanos debe estructurarse para garantizar otros principios como la equidad en la contienda y la seguridad jurídica, en tanto se trata de una controversia que si bien no es ordinaria, si debe cumplir con los parámetros de equilibrio procesal, con la exclusiva finalidad de lograr el objetivo para el cual fue creado. Al igual que en la justicia ordinaria, en el caso de protección de derechos humanos se alega una violación cometida por un agente u operador jurídico (puede ser estatal o privado dependiendo el sistema normativo) por lo que corresponde al legislador y al juzgador conforme a las reglas del debido proceso, dar intervención a ambas partes para resolver una controversia; sin embargo, a esto hay que adicionarle que la protección de esos bienes jurídicos son de la mayor relevancia.

Estas ideas evidencian la gran complejidad de los juicios de protección de derechos humanos y, por ello, la necesidad de que estos mecanismos dispongan de elementos sencillos y accesibles para que pueda cumplirse con sus finalidades. En ese sentido se han estructurado distintas normas tanto nacionales como internacionales que imponen al Estado obligaciones para la creación de procedimientos eficaces y sencillos. Para identificar los alcances que el legislador debe cumplir al configurar procedimientos que puedan considerarse idóneos y eficaces, conviene hacer referencia a lo definido por la Corte Interamericana al interpretar y fijar los alcances del artículo 25 de la Convención Americana, el cual establece que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo, rápido y efectivo ante los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales.

Así, la Corte Interamericana, al emitir la Opinión Consultiva OC-9/87, *Garantías judiciales en estados de emergencia (artículos 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos)* de 6 de octubre de 1987, precisó que con fundamento en este artículo, no basta que el recurso esté previsto por la Constitución o la ley o que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. En ese sentido, estimó que no pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios, lo cual acontece cuando se demuestre su inutilidad en la práctica, por falta de independencia del órgano jurisdiccional o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones. En síntesis, la Corte ha considerado que un recurso judicial efectivo es aquel capaz de producir el resultado para el que ha sido concebido, es decir, debe ser un recurso capaz de conducir a un análisis por parte de un tribunal competente a efectos de establecer si ha habido o no una violación a los derechos humanos y, en su caso, proporcionar una reparación.

No obstante lo anterior, la delimitación de los alcances de un recurso efectivo, sencillo y rápido, implica también la posibilidad para el legislador estatal de establecer requisitos de acceso a los juicios, es decir, existe un margen de apreciación del legislador para imponer condiciones de acceso, en tanto resulten razonables. En ese sentido, en el caso *Castañeda Gutman vs Estados Unidos Mexicanos* (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas) de 6 de agosto de 2008, precisó que la existencia y aplicación de causales de admisibilidad de un recurso resulta compatible con la Convención Americana y la efectividad del

recurso implica que, potencialmente, cuando se cumplan dichos requisitos, el órgano judicial evalúe sus méritos; de ahí que los Estados deben promover recursos accesibles a toda persona para la protección de sus derechos; por tanto, si una determinada acción es el recurso destinado por la ley para obtener la restitución del derecho que se considera violado, toda persona que sea titular de dicho derecho debe tener la posibilidad real de interponerlo. Añadió que la regulación de los recursos judiciales por el Estado debe ser de forma tal que las personas tengan certeza y seguridad jurídica para su acceso. Asimismo, señaló que no es en sí mismo incompatible con la Convención que un Estado limite el recurso de amparo a algunas materias, siempre y cuando provea otro recurso de similar naturaleza e igual alcance para aquellos derechos humanos que no sean de conocimiento de la autoridad judicial por medio del amparo.

Estas premisas evidencian que si bien los juicios de protección de derechos humanos, como mecanismos de control constitucional, tienen bajo su resguardo diversos principios de la mayor relevancia, de la misma forma tienen, atento a su naturaleza procesal, la necesidad de instrumentar una contienda que guarde una equidad entre las partes y les dé certeza; por lo que el legislador debe ejercer su facultad para configurar estos procedimientos, de manera sencilla y eficaz, que permita al tribunal conocer las controversias y la verdad de los hechos.

Con estos dos primeros apartados se demostró la diferencia entre la tutela judicial ordinaria y la relativa a la protección a los derechos humanos; así como su condición como derecho humano relativo, en tanto que el legislador tiene la facultad de modular su acceso en ambos casos, en atención a la necesidad de lograr procedimientos que cumplan con el objetivo para el que son creados. De esa

forma, en los siguientes apartados se analizará el amparo mexicano, en específico, algunas de las figuras que limitan su acceso, para después analizar si dichas barreras resultan conformes a los parámetros de tutela judicial efectiva que han sido identificados.

4. La protección constitucional del amparo mexicano y sus reglas procesales

El juicio de amparo en México es un mecanismo jurisdiccional que tiene como finalidad última la protección y garantía de normas constitucionales. De acuerdo a su definición normativa se trata de un juicio que tiene por objeto resolver las controversias que se susciten entre los ciudadanos y las autoridades cuyos actos se emitan en contravención o vulneración de los derechos humanos.[7] Con estos sencillos elementos, es factible afirmar que el juicio de amparo es un mecanismo de control constitucional, pues tiene como finalidad proteger normas constitucionales y se configura como un procedimiento cuyas características esenciales están delimitadas y precisadas en la propia Constitución. Aunado a ello, dado que su objeto de protección son las normas constitucionales, cualquier acto

[7] Artículo 103. Los Tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite

I. Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por esta Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte;

II. Por normas generales o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los estados o la esfera de competencia del Distrito Federal, y

III. Por normas generales o actos de las autoridades de los Estados o del Distrito Federal que invadan la esfera de competencia de la autoridad federal.

contrario a ellas, deberá ser expulsado del ordenamiento, por lo que el amparo busca garantizar la supremacía constitucional.

El juicio de amparo es un proceso que se estructura en etapas, cuya finalidad es resolver la controversia que se plantea por una parte afectada, en contra de un acto de una autoridad que transgrede derechos humanos, por lo que además de ser un mecanismo de control constitucional, es un proceso en el que se trata de probar la existencia de una violación a la Constitución, con la finalidad de repararla. La Ley de Amparo es la norma reglamentaria de los artículos 103 y 107 constitucionales que configura los elementos que conforman al juicio de amparo, así podemos advertir de forma preliminar que los distintos actos violatorios de derechos humanos, pueden combatirse en dos vías, la indirecta, en la que pueden combatirse actos legislativos, del poder ejecutivo y algunos de carácter judicial y en la vía directa, solo sentencias definitivas o que pongan fin al juicio. Cada una de estas vías tiene condiciones y requisitos para su ejercicio

En razón de ello, del estudio de las reglas procesales que se plasman en la Ley de Amparo, se puede advertir que existen algunas condiciones o elementos que limitan el ejercicio de la acción o los efectos en su protección, dentro de determinadas figuras procesales. El estudio pretende delimitar y analizar tres de ellas: *i)* el interés jurídico y legítimo; *ii)* las limitantes en los actos jurisdiccionales (imposible reparación y amparo adhesivo), y *iii)* las limitantes en los efectos de la sentencia (el principio de relatividad).

a) *Interés en el amparo mexicano*

El interés en el amparo (ya sea jurídico o legítimo) es un presupuesto procesal para ejercer la acción, es decir, se trata de una barrera de entrada al procedimiento, con la finalidad de que acuda al mismo el sujeto que efectivamente resiente una afectación en su esfera jurídica. De esa forma, a diferencia de ciertas acciones populares para la protección de derechos humanos que existen en el derecho comparado[8], la acción de amparo mexicana exige que sólo puedan acudir al juicio aquellos sujetos que acrediten una condición de afectación específica.

La regulación constitucional, se encuentra contenida en el artículo 107, fracción I, de la Constitución Federal, publicada el seis de junio de dos mil once en el *Diario Oficial de la Federación*;[9] conforme a la cual se establece que el interés para acudir al juicio de amparo en la vía indirecta,[10]

[8] Sirvan de ejemplo los casos en Ecuador y Bolivia que en sus Constituciones prevén acciones que pueden promoverse por cualquier sujeto, con la finalidad de evitar un daño o afectación a algún derecho o interés colectivo, o incluso en contra de la emisión de políticas públicas que supongan la privación de algún derecho humano. Estas acciones están reguladas en el artículo 89 de la Constitución de la República del Ecuador y en los 135 y 16 de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia.

[9] "Artículo 107. Las controversias de que habla el artículo 103 de esta Constitución, con excepción de aquellas en materia electoral, se sujetarán a los procedimientos que determine la ley reglamentaria, de acuerdo con las bases siguientes: I. El juicio de amparo se seguirá siempre a instancia de parte agraviada, teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho o de un interés legítimo individual o colectivo, siempre que alegue que el acto reclamado viola los derechos reconocidos por esta Constitución y con ello se afecte su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico. Tratándose de actos o resoluciones provenientes de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, el quejoso deberá aducir ser titular de un derecho subjetivo que se afecte de manera personal y directa; (...)".

[10] En esta vía se pueden reclamar el mayor número de actos estatales, como lo pueden ser actos administrativos, resoluciones dictadas en procedimientos seguidos en forma de juicio, leyes o disposiciones de carácter general e incluso

lo tiene la parte que sufre un agravio, el cual se configura de dos formas distintas: *i)* ser titular de un derecho jurídicamente reconocido a su favor en la Constitución Federal, el cual sufre una afectación directa por el acto reclamado (interés jurídico); *ii)* ser titular de un interés jurídicamente reconocido a su favor en la Constitución Federal, que por encontrarse ubicado en una especial situación frente al orden jurídico sufre una afectación (interés legítimo).

Dicho precepto fue interpretado por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en sesión de 5 de junio de 2014, al resolver la contradicción de tesis 111/2013. En dicha sentencia se identificó que el interés jurídico implicaba acreditar un perjuicio directo a la esfera jurídica del quejoso, a partir de la titularidad de un derecho público subjetivo, lo que significaba que debía acreditarse una lesión directa e inmediata en la persona o patrimonio del quejoso. Situación que varió a partir de las reformas constitucionales de dos mil once, en las que se adecuó el sistema a una perspectiva de protección y eficacia de los derechos humanos. Con dichos actos legislativos, se incorporó el interés legítimo con la finalidad de ampliar la procedencia del juicio de amparo para lograr una mejor protección de dichos derechos.

De esa forma, la Corte mexicana consideró al interés legítimo como un presupuesto procesal para acudir al juicio de amparo, el cual identificó como una categoría diferenciada y más amplia que el interés jurídico, pero tampoco se trata de un interés genérico de la sociedad como ocurre con el interés simple. Es decir, implica el acceso a los tribunales competentes ante posibles lesiones jurídicas a

actos dictados dentro de juicio. Respecto al interés que debe de acreditarse en esta vía se realiza una distinción tratándose de actos judiciales, pues a diferencia de los actos administrativos, en los que es válido acreditar un interés legítimo, en los actos judiciales debe ser forzosamente jurídico.

intereses jurídicamente relevantes y, por ende, protegidos. Dicho interés exige la existencia de una afectación en cierta esfera jurídica —no exclusivamente en una cuestión patrimonial— apreciada bajo un parámetro de razonabilidad, y no sólo como una simple posibilidad, ante lo cual, una eventual sentencia de protección constitucional implicaría la obtención de un beneficio determinado, el cual no puede ser lejanamente derivado, sino resultado inmediato de la resolución que en su caso llegue a dictarse.[11]

Es importante precisar, que el Pleno determinó que el interés legítimo es un concepto jurídico de enorme complejidad, cuyos contenidos esenciales pueden ser delimitados por esta Suprema Corte, pero la categorización de todas las posibles situaciones y supuestos para la actualización de esta figura requiere de un análisis concreto, atendiendo a las situaciones de cada caso.[12] No obstante lo anterior, identificó una serie de elementos que deben tomarse en cuenta para ejercer la acción de amparo, tales como: *i)* la existencia de un vínculo entre ciertos derechos fundamentales y una persona que comparece en el proceso; *ii)* el vínculo no requiere de una facultad otorgada expresamente por el orden jurídico, es decir, la persona con interés se encuentra en aptitud de expresar un agravio

[11] El Pleno de la Corte mexicana determinó que el interés legítimo es un concepto jurídico de enorme complejidad, que impide una construcción que permita abordar todos los supuestos de procedencia, por lo que su construcción no es taxativa y, por tanto, obliga a un análisis concreto, en el que se atiendan las situaciones de cada caso.

[12] Las consideraciones vertidas en la contradicción que se comenta en los párrafos anteriores se reflejaron en el criterio de rubro y texto siguientes: "INTERÉS LEGÍTIMO. CONTENIDO Y ALCANCE PARA EFECTOS DE LA PROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 107, FRACCIÓN I, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS)" Décima Época Jurisprudencia P/J. 50/2014 (10a.), publicada en el Semanario Judicial de la Federación, viernes 14 de noviembre de 2014.

diferenciado al resto de los integrantes de la sociedad, al tratarse de un interés cualificado, actual, real y jurídicamente relevante; *iii)* debe existir una afectación que no sea una mera posibilidad y debe ser distinta a la de cualquier otro gobernado, por lo que implica que la concesión del amparo, pueda traducirse en un beneficio jurídico en favor del quejoso, es decir, un efecto positivo en su esfera jurídica, ya sea actual o futuro pero cierto, mismo que no puede ser lejanamente derivado, sino resultado inmediato de la resolución que en su caso llegue a dictarse; y, finalmente, *iv)* la situación jurídica identificable, surge por una relación específica con el objeto de la pretensión que se aduce, ya sea por una circunstancia personal o por una regulación sectorial.

Como se ha dicho, el amparo es una acción que no puede ser presentada por cualquier titular de un derecho humano, persona o ciudadano, sino que se requiere acreditar un tipo de afectación. Si bien la reforma constitucional de 2011 disminuyó los requisitos para acreditar dicho interés, sigue estando presente la necesidad de acreditar una específica afectación en relación con los derechos humanos que protege la acción de amparo. Esta construcción del interés evidencia la intención de beneficiar el acceso al amparo, pero no tiene por objeto simplificarlo a grado tal, que cualquiera pueda acceder. Así, con este apartado, se identifica un requisito procesal que restringe la acción, con la finalidad de permitir que los tribunales federales se avoquen de manera exclusiva a aquellos casos respecto de los cuales puede remediarse a una persona, la violación a sus derechos humanos; de ahí que su establecimiento como limitante para acceder al amparo, no pueda considerarse indebida.

b) *Limitantes en el amparo judicial: la imposible reparación*

El amparo judicial es un mecanismo de protección constitucional que procede en contra de violaciones a los derechos humanos cometidas por parte de tribunales jurisdiccionales. La procedencia de este tipo de amparo está prevista en el artículo 107, fracción III, de la Constitución Mexicana, conforme al cual se establecen de manera limitativa los supuestos para reclamar actos de tribunales judiciales. Dichos supuestos permiten reclamar distintos actos jurisdiccionales que van desde sentencias definitivas, actos previos y dentro de juicio, después de concluido, así como las afectaciones que se ocasionen a los terceros extraños a juicio. De forma específica, en este espacio se evidenciará la procedencia limitada del amparo respecto de los actos dentro de juicio, la cual obliga a acreditar una afectación de imposible reparación.

El inciso b) de la fracción III del artículo 107 constitucional,[13] señala que el amparo será procedente en contra de actos dictados dentro de juicio cuando su ejecución sea de imposible reparación. Así, en la vía indirecta de amparo, no puede reclamarse todo acto dictado dentro de juicio, sino que dicho acto debe ocasionar una especie de afectación o perjuicio, para que pueda activarse la instancia extraordinaria. Para entender los alcances de esa afectación, el artículo 107, fracción V, de la Ley de Amparo[14]

[13] Artículo 107. Las controversias de que habla el artículo 103 de esta Constitución, con excepción de aquellas en materia electoral, se sujetarán a los procedimientos que determine la ley reglamentaria, de acuerdo con las bases siguientes: [...] III. Cuando se reclamen actos de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, el amparo sólo procederá en los casos siguientes: [...]b) Contra actos en juicio cuya ejecución sea de imposible reparación, fuera de juicio o después de concluido, una vez agotados los recursos que en su caso procedan, y [...]"

[14] Artículo 107. El amparo indirecto procede: [...]V. Contra actos en juicio cuyos efectos sean de imposible reparación, entendiéndose por ellos los que

establece que se entiende por actos que generen efectos de imposible reparación, aquellos que afecten materialmente derechos sustantivos tutelados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte. Esa definición legal es innovadora, en tanto que si bien desde la vigencia de la ley anterior el requisito de imposible reparación ya estaba plasmado, lo cierto es que su construcción y alcances fueron definidos a través de la jurisprudencia emitida a partir de la Quinta Época del Semanario Judicial de la Federación.

En esa Época inicial, la imposible reparación (como requisito para acceder al amparo) se entendía a partir de dos elementos, el juicio de amparo sería procedente en tanto que: *i)* no sea posible reparar la violación en la sentencia definitiva (lo cual incluiría la facultad del órgano de revocar sus propias determinaciones), y *ii)* exista una ejecución material, en cuanto a que provoque efectos en el procedimiento. En la Sexta Época se enfatiza la necesidad de acreditar que los actos tuvieran una ejecución material sobre las personas o las cosas, por lo que el criterio se regía a partir del análisis de los distintos actos procesales que se dan en los juicios de origen y, por ello, las distintas violaciones que pueden cometerse dentro de un procedimiento.

En la Séptima Época, la procedencia del amparo se enfocó en aquellos actos que en el curso del juicio se consuman o cumplen, de tal manera que la sentencia definitiva ya no puede hacerse cargo de ellos, tal y como acontece con una negativa a dar entrada a una demanda o que admitan la personería de determinada persona. En esta época se incorporó al debate la idea de fortalecer el análisis de

afecten materialmente derechos sustantivos tutelados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte; [...]"

los actos intra-procesales a la luz de la sentencia definitiva, esto es, combatirlos en el amparo directo; por lo que se negó la procedencia respecto de actos procesales que ocasionen un perjuicio que no se materialice hasta el dictado de la sentencia y de aquellas violaciones susceptibles de reclamarse en la vía directa, de acuerdo a lo que disponía la Ley de Amparo de 1936, en su artículo 159.[15]

En la Octava Época se fijaron dos parámetros esenciales en la identificación de la procedencia del amparo indirecto. El primero de ellos fue enfatizar la condición excepcional del amparo indirecto respecto del análisis de violaciones procesales, en atención a que deben ser reclamadas en el amparo directo. El segundo de ellos, precisó que los actos procesales tienen una ejecución de imposible repara-

[15] Artículo 159. En los juicios seguidos ante tribunales civiles, administrativos o del trabajo, se considerarán violadas las leyes del procedimiento y que se afectan las defensas del quejoso: I. Cuando no se le cite al juicio o se le cite en forma distinta de la prevenida por la ley; II. Cuando el quejoso haya sido mala o falsamente representado en el juicio de que se trate; III. Cuando no se le reciban las pruebas que legalmente haya ofrecido, o cuando no se reciban conforme a la ley; IV. Cuando se declare ilegalmente confeso al quejoso, a su representante o apoderado; V. Cuando se resuelva ilegalmente un incidente de nulidad; VI. Cuando no se le concedan los términos o prórrogas a que tuviere derecho con arreglo a la ley; VII. Cuando sin su culpa se reciban, sin su conocimiento, las pruebas ofrecidas por las otras partes, con excepción de las que fueren instrumentos públicos; VIII. Cuando no se le muestren algunos documentos o piezas de autos de manera que no pueda alegar sobre ellos; IX. Cuando se le desechen los recursos a que tuviere derecho con arreglo a la ley, respecto de providencias que afecten partes substanciales de procedimiento que produzcan indefensión, de acuerdo con las demás fracciones de este mismo artículo; X. Cuando el tribunal judicial, administrativo o del trabajo, continúe el procedimiento después de haberse promovido una competencia, o cuando el juez, magistrado o miembro de un tribunal del trabajo impedido o recusado, continúe conociendo del juicio, salvo los casos en que la ley lo faculte expresamente para proceder; XI. En tratándose del procedimiento de extinción de dominio, todas aquellas violaciones cometidas en el mismo, salvo que se trate de violaciones directas a la Constitución o de actos de imposible reparación, y XII. En los demás casos análogos a los de las fracciones que preceden, a juicio de la Suprema Corte de Justicia o de los Tribunales Colegiados de Circuito, según corresponda.

ción, cuando sus consecuencias son susceptibles de afectar directamente alguno de los llamados derechos fundamentales del hombre, porque la afectación o sus efectos no se destruyen con el sólo hecho de obtener una sentencia definitiva favorable a sus pretensiones en el juicio.

En la Novena Época se agregaría un elemento que ampliaría la procedencia del amparo indirecto, al contemplar ciertas violaciones procesales "que afectan a las partes en grado predominante o superior"; para lo cual debían cumplirse los siguientes elementos: *i)* la institución procesal que está en juego, *ii)* la extrema gravedad de los efectos de la violación; *iii)* la trascendencia específica de los efectos; y *iv)* los alcances vinculatorios de la sentencia que llegara a conceder el amparo. Aunado a ello, se analizó que ciertos actos procesales podían considerarse relevantes, en atención a la necesidad de verificar la debida integración de la *litis* y la posibilidad de evitar el retardo en la impartición de justicia. Estos elementos dieron lugar a la identificación de tres tipos de actos procesales que podían ser reclamados en la vía indirecta: *i)* los que ocasionan una afectación a derechos sustantivos; *ii)* los que causan afectaciones en grado predominante o superior; y *iii)* los que inciden en una debida impartición de justicia.

Dentro de los primeros, se identificaron violaciones procesales en relación a la salud y los derechos del trabajador, los de propiedad, libertad, intimidad y los derechos de los niños, como por ejemplo la impugnación de una prueba médica que debía practicarse en un lugar de residencia distinta a la del trabajador, la admisión y desahogo de una prueba pericial en genética en un juicio ordinario civil de paternidad, el embargo practicado en el juicio, la negativa de un juez natural para ordenar la inscripción de un embargo, una resolución que decreta una pensión alimenticia

provisional y se fija su monto, una resolución que aprueba o desaprueba el informe del síndico en una suspensión de pagos, la resolución de admisión y desahogo de una prueba testimonial por parte de los menores dentro de un juicio de divorcio necesario; así como actos procesales en materia penal, en relación con la forma y monto de la caución; la dictada en un incidente de libertad por desvanecimiento de datos y, resoluciones que tengan como consecuencia el traslado del quejoso, por razones de seguridad.

Respecto de las afectaciones en grado predominante o superior se identificó una resolución de que pone fin a una competencia entre una Junta de Conciliación y Arbitraje y el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje. Dicho acto se consideró ocasiona una afectación en grado predominante, pues establece cuál es la naturaleza del negocio y por ende, las leyes aplicables para su tramitación y resolución. De igual forma, se consideró la negativa a denunciar el juicio a terceros, el desechamiento parcial de una demanda, la resolución de segunda instancia que deja insubsistente la sentencia de primer grado y ordena reponer el procedimiento para integrar un litisconsorcio pasivo. Todos estos actos analizados desde la importancia de la figura procesal y su impacto en el procedimiento.

Respecto a los actos que inciden en una debida impartición de justicia, los cuales transgreden el artículo 17 constitucional, como derecho sustantivo, se identificaron las siguientes resoluciones: *i)* la que confirma el desechamiento de la reconvención; *ii)* la que niega la admisión de la demanda laboral en contra de uno o varios codemandados a los que se le reclaman distintas prestaciones; *iii)* la que declara la improcedencia de la insumisión al arbitraje; *iv)* la que no tiene por formulado el desistimiento de la acción laboral; *v)* la omisión del dictado del laudo; *vi)* la

que niega la apertura de un procedimiento sumario; y *vii)* la omisión de tramitar y resolver la apelación en contra del auto de formal prisión.

Actualmente, la Ley de Amparo de 2013 brinda mayores elementos para dar certeza a la procedencia del amparo indirecto judicial. Esta norma utiliza dos conceptos: "afectación material" y "derechos sustantivos". A diferencia de la construcción de la Novena Época, estos parámetros dejan fuera una gran cantidad de resoluciones que afectan derechos adjetivos, de ahí que las afectaciones procesales en grado predominante o superior dejaron de ser objeto del juicio de amparo indirecto.[16] En esa línea, la Suprema Corte de Justicia resolvió la contradicción de tesis 377/2013, en la que precisó que el legislador concibió como excepcional la procedencia del amparo indirecto en contra de actos dictados dentro de juicio, la cual se acreditaba en atención a su gravedad, consistente en el impedimento en el ejercicio de un derecho y no únicamente por una lesión jurídica de naturaleza formal o adjetiva que no necesariamente llegará a trascender al resultado del fallo, además de que debían recaer sobre derechos cuyo significado rebasara lo puramente procesal o procedimental, según se trate, lesionando bienes jurídicos cuya fuente no proviniera exclusivamente de las leyes adjetivas aplicables.

La evolución del concepto de imposible reparación, como procedencia del amparo indirecto judicial, evidencia la facultad del legislador para modular el acceso al amparo, encaminada a disminuir la intervención del Juez solo a los casos estrictamente indispensables, con la finalidad de

[16] Por lo menos de forma general, ya que si se analiza la fracción VIII del propio artículo 107 se observa la procedencia del amparo indirecto respecto de actos que determinen inhibir, declinar la competencia o el conocimiento de un asunto, actuación que resulta meramente procesal y, sin embargo, el legislador decidió por considerar procedente el amparo indirecto.

lograr el desarrollo sano del procedimiento de origen y la protección adecuada de los derechos de las partes dentro del juicio. Por el contrario, permitir el análisis de afectaciones procesales, permitiría la intervención del juez constitucional en sustitución del órgano revisor ordinario, sin una justificación salvo la desconfianza existente respecto de los órganos ordinarios.

En esas condiciones, es posible afirmar que el juicio de amparo indirecto en contra de actos dictados dentro de juicio, en realidad se busca que los jueces constitucionales intervengan para corregir situaciones excepcionales, derivadas del tipo de afectación que se ocasiona en los procedimientos de origen. De ahí que el análisis jurisdiccional se traduzca generalmente en una especie de casación pero limitada a determinados casos, en virtud de que este tipo de amparos altera el curso natural de los juicios de origen. El amparo intra-procesal encuentra sentido cuando no puede exigirse a las partes la tolerancia de las afectaciones procesales y, por lo tanto, se requiere la intervención del órgano de amparo en ese momento y no en uno posterior, lo cual puede acontecer por la necesidad de analizar de forma inmediata la afectación o porque los actos afecten no solo los derechos de las partes, sino también otros derechos de forma autónoma, tangencial o indirecta.

c) *Limitantes en el amparo judicial: el amparo adhesivo*

El amparo adhesivo es un medio de protección de derechos humanos regulado en la Constitución, cuya promoción depende de la promoción del amparo principal, por tanto, se trata de una acción accesoria, en tanto que el término para su presentación inicia una vez que fue admitido el que se promovió en lo principal; su trámite es en el mis-

mo expediente, se resuelve en una sola sentencia, se rige por las reglas del amparo principal y sigue la suerte de éste, por lo que se trata de una acción restringida y limitada a ciertos supuestos, a pesar de ser un mecanismo de defensa constitucional.

Así, conforme a la Constitución y a la ley, sólo pueden acceder a este medio de defensa, la contraparte dentro de un juicio ordinario que hubiese obtenido sentencia favorable y que tenga interés jurídico en la subsistencia del acto, es decir, a pesar de ser una acción constitucional de protección de derechos humanos, sólo está dirigida a las partes dentro del juicio, no a cualquier persona o ciudadano, e incluso las partes deben acreditar, como presupuesto procesal, que se obtuvo sentencia favorable y el interés preliminar en la subsistencia del acto reclamado. Además, la propia ley configura dos requisitos adicionales de procedencia, consistentes en: *i)* la formulación de argumentos que tiendan a reforzar las consideraciones; y *ii)* la existencia de violaciones al procedimiento que pudieran afectar las defensas del adherente, trascendiendo al resultado del fallo.

Además de los presupuestos procesales que se imponen para poder presentar un amparo adhesivo, como condicionantes para el ejercicio de la acción, la ley determina el contenido que puede ser vertido en los conceptos de violación que se aleguen en esta vía, para lo cual precisa que deben encaminarse a fortalecer las consideraciones de la sentencia definitiva, laudo o resolución que pone fin al juicio, que determinaron el resolutivo favorable a los intereses del adherente, o pueden dirigirse a impugnar las consideraciones que concluyan en un punto decisorio que le perjudica.

En consecuencia, este amparo de procedencia excepcional, sólo permite que los argumentos de perjuicio que pueden hacerse valer, estén estrechamente relacionados con una violación procesal que pudiera perjudicar, o, en su caso, aquellos argumentos respecto de violaciones en el dictado de la sentencia, que de resultar fundado un concepto de violación en el amparo principal, pudieran afectarle; lo cual está relacionado con la posibilidad de hacerse valer en esta vía, argumentos que traten de fortalecer las consideraciones vertidas en el fallo recurrido.

Esta acción no sólo impone condiciones para su acceso, sino incluso establece cargas procesales respecto de la omisión de hacerla valer, respecto de todas las violaciones procesales que se hayan cometido cuando pudieran trascender al resultado del fallo; por lo que la inactividad procesal de las partes tiene como consecuencia que precluya el derecho de quién obtuvo sentencia favorable para alegar dichas violaciones con posterioridad.

La ley impone al órgano colegiado la obligación de resolver integralmente el asunto, para evitar la prolongación de la controversia, pero ello respetando la lógica y las reglas fundamentales que norman el procedimiento; por lo que, debe atender siempre a la regla general del principio de estricto derecho, a las excepciones previstas en la figura de la suplencia de la queja; así como a las etapas del procedimiento, su secuencia y las consecuencias que se generan en cada una de ellas, para estar en posibilidad de emitir una resolución definitiva congruente y exhaustiva, la cual se obtenga de la forma más expedita posible.

Así, el amparo adhesivo es una acción cuyo ejercicio depende del amparo principal, por lo que se rige por las mismas reglas, conforme a las cuales deben cumplirse ciertos presupuestos procesales para que pueda ejercerse

dicha acción y con la limitante respecto de los argumentos que formulen las partes, por lo que el amparo adhesivo no puede ser una vía para reclamar consideraciones que perjudiquen a una de las partes, en virtud de que se trata de una acción que depende de la principal y, por ello, no puede apartarse de la *litis* que se fija en dicho juicio.

En esencia, el amparo adhesivo es un medio de defensa que garantiza, a quien obtuvo sentencia favorable, la posibilidad de reforzar la parte considerativa de la sentencia que lo favoreció (dentro de lo cual pueden hacerse valer violaciones en el dictado de la sentencia que le pudieran afectar, de resultar fundado un concepto de violación en el amparo principal); o bien, impugnar violaciones procesales que puedan trascender al resultado del fallo favorable para éste; sin desconocer que el órgano jurisdiccional debe analizar los argumentos relacionados con las violaciones procesales para cumplir con la encomienda constitucional y legal de lograr una resolución definitiva de manera íntegra y de forma expedita. Esta configuración permite distinguir entre violaciones en el dictado de la sentencia, cuya afectación se ocasiona al dictarse la sentencia y aquellas afectaciones que pudieran ocasionarse si se califica de fundado un concepto de violación en el amparo principal, toda vez que las primeras debieran reclamarse en un amparo principal y las segundas en un adhesivo.

Una de las justificaciones que se hace valer para limitar el acceso a esta acción de amparo, guarda relación estrecha con los principios de equilibrio procesal entre las partes y la igualdad de armas, en virtud de que dado el carácter accesorio del amparo adhesivo, se puede presentar con posterioridad al plazo para el amparo principal, es decir, dentro de los quince días siguientes a la notificación de la admisión de la demanda principal; por lo que aun cuando

la parte que obtuvo sentencia favorable en parte, conocía desde la notificación de la sentencia el perjuicio que le ocasionaba dicha resolución, tendría días adicionales para combatir la afectación, en tanto esperaría la promoción del amparo de su contraparte, lo cual provocaría una desigualdad procesal indebida.

Como se ve, con la introducción del amparo adhesivo, el órgano constituyente y el legislador ordinario buscaron dar la posibilidad a la parte que haya obtenido sentencia favorable y a la que tenga interés en que subsista el acto, de promover amparo con el objeto de mejorar las consideraciones del acto reclamado. Asimismo, buscaron que en un mismo juicio de amparo directo, el órgano jurisdiccional se pronunciara respecto a la totalidad de las violaciones procesales que pudiesen existir en un procedimiento jurisdiccional que culminara con el dictado de la sentencia, laudo o resolución reclamada en amparo.

Se trata pues de una acción con una finalidad específica y claramente delimitada por el legislador, en virtud de que se configura como una acción excepcional que se activa exclusivamente para permitir ejercer su defensa a quién resultó favorecido con la sentencia reclamada y con la intención de concentrar en la medida de lo posible las afectaciones procesales que se ocasionaron o pudieron ocasionar, para evitar retrasos injustificados y dar celeridad al procedimiento. Razones que llevan a justificar la modulación respecto de la tutela judicial efectiva que debe garantizarse en los mecanismos de protección constitucional.

d) *Las reglas en los alcances de protección: la relatividad de las sentencias*

La relatividad de las sentencias en el juicio de amparo, es un principio constitucional, consagrado en el artículo 107, fracción II, constitucional, conforme al cual las sentencias que se pronuncien en los juicios de amparo sólo se ocuparán de los quejosos que lo hubieren solicitado, limitándose a ampararlos y protegerlos, si procediere, en el caso especial sobre el que verse la demanda. Por su parte, el artículo 73 de la Ley de Amparo vigente a partir de 2013, señala que las sentencias que se pronuncien en los juicios de amparo sólo se ocuparán de los individuos particulares o de las personas morales, privadas u oficiales que lo hubieren solicitado, limitándose a ampararlos y protegerlos, si procediere, en el caso especial sobre el que verse la demanda.

Dicha regla constitucional y legal encuentra una justificación dentro de la teoría general del proceso, la cual impone que las sentencias sólo pueden beneficiar o perjudicar a las partes que intervinieron en ellas, es decir, sólo pueden tener efectos *inter partes*; sin embargo, un cuestionamiento respecto a este límite, surge cuando en el juicio de amparo se alega la protección de bienes jurídicos que pertenecen a una colectividad, por lo que la concesión de un amparo y la posible reparación de la afectación, implicaría un beneficio para esa colectividad comprendida en el derecho. El otro cuestionamiento parte del análisis de la naturaleza del acto que se reclama, el cual puede tener alcances generales, como las normas o disposiciones de carácter general, ya sean leyes, reglamentos o normas oficiales; en virtud de que el juicio de amparo tendrá por objeto estudiar y, en su caso, declarar la inconstitucionalidad de una norma, cuya

vigencia y validez opera para los miembros de una determinada comunidad.

Esta restricción provoca una distorsión en el sistema constitucional, pues permite que actos contrarios a la Constitución, no encuentren una protección inmediata y eficaz. Es por ello, que el cuestionamiento en torno a este principio gire alrededor de determinar el peso y la necesidad de conservar una estructura procesal, que brinde seguridad jurídica, certeza y equilibrio en el proceso, frente a la imperiosa obligación de hacer prevalecer la supremacía constitucional. Además, se agrega a la discusión, el sistema de pesos y contrapesos, construido en nuestro sistema constitucional como el principio de división de poderes, conforme al cual se argumenta un límite al activismo judicial arbitrario y desmedido; de ahí que las sentencias sólo puedan tener efectos entre las partes.

En atención a la línea argumentativa planteada en el presente trabajo, queda evidenciado que el principio de relatividad es una modulación ejercida por el legislador respecto de la tutela judicial en materia de derechos humanos, sin embargo, encuentra cuestionamientos al impedir al juicio de amparo el cumplimiento de su finalidad primordial. De esa forma, si bien el principio está construido como una limitante a las sentencias, que en ciertas condiciones pudiera considerarse válida, lo cierto es que su aplicación no puede trasladarse a la procedencia del juicio; en tanto que la aplicación e interpretación que realicen los jueces de este principio, debe ser acorde con la finalidad del juicio y con el objetivo de lograr la mayor protección de los derechos.

En relación a ello, cabe recordar que en diversos precedentes la Suprema Corte ha considerado que el amparo es improcedente si la concesión tiene por efecto transgredir

este principio, es decir, se le impide al juez pronunciarse, atento a que cualquier eventual concesión podría beneficiar o perjudicar a personas que no formaron parte del juicio.[17] No obstante lo anterior, el respeto de una tutela judicial efectiva impone que la interpretación de ese principio no llegue al extremo de evitar que los jueces conozcan del fondo del asunto y, por ello, no puede constituir un medio para limitar el acceso al amparo, es decir, la lógica del principio de relatividad está inserta válidamente en el debido proceso, con la finalidad de evitar que la sentencia genere consecuencias en alguna persona que no formó parte del juicio, pues dicha modificación a su esfera podría dejarla

[17] Varios criterios del Pleno y las Salas han sostenido dicha cuestión, a continuación se transcribe la tesis 2ª./J. 36/2012 en la que se contiene en esencia el criterio al que se hace referencia: "**IMPROCEDENCIA. SE ACTUALIZA EN EL JUICIO DE AMPARO SI EL JUZGADOR ADVIERTE QUE LOS EFECTOS DE UNA EVENTUAL SENTENCIA PROTECTORA PROVOCARÍAN TRANSGRESIÓN AL PRINCIPIO DE RELATIVIDAD.** La técnica del juicio de amparo permite desarrollar un ejercicio de previsibilidad sobre los efectos de una eventual sentencia protectora, con el propósito de visualizar si la restitución del quejoso en el goce del derecho violado se podría alcanzar, pues carecería de lógica y sentido práctico el análisis del acto reclamado, si anticipadamente se logra prever que la declaratoria de inconstitucionalidad no tendría ejecutividad, como ocurre cuando se advierte que si se concede la protección federal, sus efectos vulnerarían normas o principios rectores del juicio de amparo, casos en los cuales la acción intentada resulta improcedente. En tales términos, si el juzgador observa que la sentencia estimatoria que llegara a dictar tendría efectos más allá del caso concreto enjuiciado y, por tanto, generales, ello provoca la improcedencia del juicio en términos del artículo 73, fracción XVIII, de la Ley de Amparo, en relación con los numerales 76 y 80 (este último interpretado en sentido contrario), de ese mismo ordenamiento y con el artículo 107, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en su texto anterior a la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 6 de junio de 2011, y de acuerdo con el artículo tercero transitorio del propio decreto de reformas), en tanto que la decisión de inconstitucionalidad beneficiaría también a sujetos distintos del quejoso, situación que provocaría transgresión al principio de relatividad que rige el dictado de las sentencias de amparo, lo que a su vez implicaría que la restitución en el goce del derecho violado llegara al extremo de desencadenar consecuencias contrarias a la naturaleza del juicio de amparo y, por ende, a la regularidad constitucional que busca preservar."

en indefensión; sin embargo, esta lógica no puede evitar el estudio de la controversia tomando como fundamento que una eventual concesión pudiera beneficiar a terceros ajenos.

Por el contrario, debe reformularse la interpretación tradicional y jurisprudencial, para entender que se trata de una prohibición para generar afectaciones a sujetos que no formaron parte del amparo, lo cual de acuerdo a la lógica del procedimiento impide que una persona que no fue sujeta a juicio, no pueda verse perjudicada o beneficiada de los efectos de la sentencia, sin que ello sea un obstáculo para reparar la violación del derecho que se alega por una persona. Toda vez que los órganos jurisdiccionales, con base en la efectividad de la tutela judicial y el principio de relatividad, deben realizar un ejercicio exhaustivo para determinar la forma en la que debe repararse la violación a derechos humanos, así como las vías mediante las cuales se pueda restituir plenamente el derecho alegado, con independencia de que un beneficio indirecto o tangencial pueda recaer a personas ajenas al juicio. Así, en atención a la importancia del bien protegido, el juzgador está obligado a buscar los medios para reparar el derecho violado, sin necesidad de afectar otras esferas jurídicas o, en el peor de los casos, generando efectos que reparen eficazmente la esfera jurídica del quejoso, aun cuando ello implique de manera tangencial o indirecta un beneficio para otros sujetos.

Este ejercicio de búsqueda se ha dado de distintas formas, por ejemplo, la Segunda Sala al resolver la contradicción de tesis 61/2009, modificó el criterio tradicional conforme al cual se declaraban improcedentes los amparos respecto

del estudio de normas que negaban un beneficio;[18] en el criterio se buscó un mecanismo para generar efectos que no implicaran la modificación de la ley, pero permitiera la reparación de los bienes afectados. En el caso concreto se alegaba la inequidad tributaria de una norma fiscal, por lo que la Corte mexicana consideró que la concesión de amparo debía tener efectos restitutorios, los cuales se traducían en hacer extensivo al peticionario de garantías el beneficio contenido en la norma declarada inconstitucional, conforme a lo cual se regresaban las cosas al estado que guardaban antes de la violación.[19]

En esa búsqueda de efectos, el Pleno de la Corte mexicana estableció la posibilidad de emitir sentencias estimatorias, con la finalidad de que el órgano jurisdiccional fijara todos aquellos elementos necesarios para la plena eficacia de los bienes jurídicos protegidos y equilibrar todos los principios, competencias e institutos que pudieran verse afectados positiva o negativamente por causa de la expulsión de la norma declarada inconstitucional; de ahí que, con fundamento en este ejercicio, la Corte facultara a los órganos para revivir normas derogadas, con el objetivo de reparar adecuadamente la afectación y brindar certeza.[20]

[18] Las razones se centraban en considerar que admitir la procedencia del amparo, implicaría que una eventual concesión obligara al legislador a emitir una norma, la cual impactaría a toda la sociedad, incluso a aquellos que no promovieron el amparo y, con ello, transgredir el principio de relatividad.

[19] Dicho criterio se plasmó en la jurisprudencia 2ª./J. 94/2009 de rubro: "AMPARO INDIRECTO Y DIRECTO EN QUE SE CUESTIONA UNA NORMA FISCAL QUE SE ESTIMA INEQUITATIVA PORQUE OTORGA UN BENEFICIO SÓLO A DETERMINADOS CONTRIBUYENTES, RESPECTO DE LOS QUE JURÍDICAMENTE SON IGUALES. ANTE LA POSIBILIDAD JURÍDICA DE RESTITUIR AL QUEJOSO EN EL GOCE DE LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL VIOLADA, EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO ES PROCEDENTE Y EN EL DIRECTO EL CONCEPTO DE VIOLACIÓN RELATIVO ES OPERANTE."

[20] Así se precisó en las jurisprudencias P./J. 84/2007 y P./J. 86/2007 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia, de rubro y texto: "ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN CUENTA CON AMPLIAS FACULTADES PARA DETERMINAR LOS EFECTOS DE LAS SENTENCIAS ESTIMATORIAS." "ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. LAS FACULTADES DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN PARA DETERMINAR LOS EFECTOS DE LAS SENTENCIAS ESTIMATORIAS FRENTE A UN SISTEMA NORMATIVO QUE HA REFORMADO A OTRO, INCLUYEN LA POSIBILIDAD DE ESTABLECER LA REVIVISCENCIA DE LAS NORMAS VIGENTES CON ANTERIORIDAD A AQUELLAS DECLARADAS INVÁLIDAS, ESPECIALMENTE EN MATERIA ELECTORAL."

En ese contexto, el órgano jurisdiccional de amparo cuenta con diversas facultades y herramientas para lograr una reparación efectiva y si bien el principio de relatividad puede considerarse una limitante para lograr una eficacia plena de los derechos humanos en juego, lo cierto es que puede entenderse desde su estructura y lógica procesal, pero ello no puede ser un obstáculo para el conocimiento de los asuntos y la intervención de los jueces para reparar las violaciones a los derechos humanos.

5. Las reglas procesales y la efectividad del amparo

A lo largo del presente texto se han analizado diversas figuras procesales dentro del amparo, mediante las cuales el legislador moduló el ejercicio y efectos de la acción. Desde el interés jurídico y legítimo que exige la acreditación de un derecho subjetivo o afectación, para poder iniciar la acción, al igual que la condición que se impone de alegar una afectación material a derechos sustantivos para poder reclamar un acto dentro de juicio; así como, el amparo adhesivo que fue construido para permitir el acceso sólo a determinados supuestos y, finalmente, la relatividad de las sentencias, como un límite a los efectos reparadores de una decisión constitucional.

Cada una de las figuras descritas limita en cierta forma un ejercicio pleno de la acción e incluso de su efectividad, por lo que exige un escrutinio a partir del derecho a una tutela judicial efectiva. Como se precisó en el primer apartado el acceso a la justicia se concreta en la posibilidad de ser parte dentro de un proceso, en el que se permita obtener una decisión jurisdiccional sobre las pretensiones deducidas, sin embargo, ello requiere el cumplimiento de ciertos requisitos procesales, conforme a los cuales se da estructura y cauce al proceso para que pueda cumplir el fin para el que fue creado. En ese orden de ideas, también se demostraron las finalidades y funcionamiento distinto que puede existir en los mecanismos de control constitucional, de forma específica en aquellos que protegen derechos humanos como el amparo.

Entonces, el cuestionamiento radica en determinar conforme a qué parámetros debe analizarse y verificarse el establecimiento de requisitos procesales dentro de los mecanismos de control constitucional. De forma inmediata, es posible concluir que este ejercicio no puede tener como consecuencia invalidar o eliminar de forma automática cualquier requisito procesal, bajo el argumento del fortalecimiento del derecho a una tutela judicial y su efectividad. Esta conclusión se sostiene, en primer lugar, desde la condición relativa del derecho humano, conforme a la cual es válido limitar el goce del derecho, cuando se enfrenta a un bien jurídico de la misma relevancia. En segundo lugar, desde la propia naturaleza del derecho al acceso a la justicia el cual requiere de reglas para lograr cumplir con los fines para los cuales fue creado.

La primera línea argumentativa se justifica con la característica relativa de los derechos humanos, pues a diferencia de otros derechos en los que sus alcances están

perfectamente delimitados, los derechos previstos en la Constitución no tienen una condición de aplicación automática e indiscriminada, pues como ya vimos requieren de un ejercicio previo, en el que se determine su sentido y para su mejor aplicación resulta necesario evaluar y tomar aquellas decisiones que permitan el mejor cumplimiento de los derechos.

Así, el debido ejercicio y efectividad[21] de un derecho, no necesariamente implica un cumplimiento inmediato y absoluto de todas las obligaciones que se identifican, por lo que se permite al operador jurídico una selección y clasificación de "lo mejor" para lograr su finalidad, de ahí que los requisitos procesales que se imponen en los procesos, son una condición necesaria para su desarrollo adecuado y el respeto al debido proceso. Esta idea de selección y conveniencia se contrapone de forma clara al discurso "universal"[22] de los derechos humanos, que defiende todos los derechos humanos como absolutos y exige su aplicación de forma inmediata.[23] Esta postura absolutista defiende el estatus de estos derechos como estándares inmodificables e inalienables, que obliga a todos a cumplir

[21] Esta premisa sin duda permite identificar una diferencia clara en el discurso de los derechos humanos, pues en áreas como la sociología, la historia y la política, los defensores de estos derechos, con una perspectiva axiológica, otorgan un significado preponderante a la protección de esos valores. En cambio, el Derecho con una neutralidad natural, dada la necesidad de regular los distintos intereses en juego, requiere ver de forma imparcial esos valores y atender a las necesidades sociales.

[22] Por universal entiéndase aquí lo que nos pertenece a todos, asimilándolo a la visión formal de la igualdad, conforme a la cual todos somos iguales frente a la ley, por lo que no existen argumentos que justifiquen la no aplicación de algún derecho.

[23] Entre otros, Corcuera Cabezut, Santiago, *Derecho constitucional y derecho internacional de los derechos humanos*, Oxford University Press, México, 2001, pp. 88-91.

sus disposiciones, sin que valga justificación alguna respecto de su incumplimiento.[24]

El análisis estructural de los derechos humanos se contrapone a esta idea absolutista para evidenciar que a pesar de su contenido axiológico (por ser de vital importancia para el ser humano); los derechos contenidos en la Constitución no pueden tratarse como normas únicas, inmodificables, cuya aplicación no pueda ser susceptible de valoración e incluso de selección para garantizar su efectividad; argumento suficiente para descartar que el establecimiento de cualquier condición o requisito de acceso al juicio debe considerarse contrario a la tutela judicial efectiva.

De esa forma, si los requisitos procesales no pueden considerarse contrarios a una tutela judicial efectiva, su estudio requiere de la atención de una serie de parámetros. El primero de ellos es identificar los alcances del derecho en cuestión. En el caso de la Constitución mexicana, los operadores jurídicos están vinculados a llevar a cabo dicho análisis a partir de la interpretación conforme y pro persona de las normas. Esto implica que el intérprete constitucional tiene la obligación de analizar la hipótesis normativa de manera armónica con el texto constitucional, con la finalidad de identificar una congruencia normativa y funcionamiento del derecho. Para cumplir con ese objetivo, el principio *pro persona*, obliga a ver las normas en su mejor contexto y en beneficio de la persona, lo cual justifica el uso del mayor número de fuentes, formales y materiales, para lograr identificar los enunciados normativos que construyan el derecho de la mejor forma posible.

[24] No podemos desconocer que estas ideas de aplicación inmediata, sin desgloses y selección, se encuentran enraizadas en un discurso de defensa de los derechos humanos que los identifica como triunfos políticos, frente a un Estado invasivo, por lo que no se admite ningún tipo de cesión.

Este ejercicio interpretativo, ha sido identificado por diversos autores[25] como el "desempaque" de los derechos, el cual tiene por objetivo delimitar las distintas obligaciones que deben imponerse para lograr la eficacia de algún derecho. Este ejercicio obliga a desentrañar aquellas obligaciones necesarias para lograr el cumplimiento de un derecho; además, por esa razón, es fácil entender la incorporación del párrafo segundo en el Artículo 1 de la Constitución respecto a la interpretación conforme y pro persona, así como la incorporación del párrafo tercero de dicho precepto, en el que se obliga a todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, a promover, proteger, respetar y garantizar, pues se trata del punto de inicio para delimitar los alcances de los derechos humanos.

La promoción, protección, respeto y garantía[26] de los derechos humanos, son obligaciones generales a partir de las cuales el operador jurídico empieza a identificar las líneas de acción para cumplir el derecho, es decir, permite identificar los parámetros básicos de cómo debe de actuar la autoridad en casos en los que se involucre algún derecho. En el caso de la tutela judicial, el legislador tiene que crear normas que permitan disfrutar este derecho y mejorarlo, también dentro de su configuración legislativa tiene que crear un marco normativo en el que se prevenga el

[25] Véase al respecto: Serrano, Sandra y Daniel Vázquez, *Los derechos en acción. Obligaciones y principios de derechos humanos*, FLACSO, México, 2013; en dicho libro los autores refieren la necesidad de determinar los alcances de los derechos, pues en el caso de los civiles y políticos existen interpretaciones cambiantes derivadas de las resoluciones de organismos internacionales y en el caso de los sociales y culturales, existe cierta vaguedad.

[26] Cada una de estas obligaciones tiene características distintas, por ejemplo, la promoción se entiende como la implementación de medidas que dan a conocer los derechos, el respeto se traduce en abstenciones, la protección en las acciones que tienen por objeto evitar violaciones a derechos y la garantía permitir el disfrute del derecho y sus mejoras. En similar sentido, Serrano y Vázquez delimitan estas acciones en *Los derechos en acción*..., op. cit., pp. 61-81.

posible abuso y violación a este derecho, en ese sentido, el legislador no sólo garantiza una tutela judicial efectiva implementando procedimientos judiciales para el disfrute del derecho, sino que estos también tienen que protegerse de injerencias que hagan nugatorio el derecho; más aún cuando ese mecanismo jurisdiccional tiene por objeto proteger bienes jurídicos de la mayor relevancia, como los derechos humanos.

Esta modulación de los derechos se encuentra incluso regulada de forma expresa y genérica en la Constitución Española, específicamente en el Artículo 53,[27] el cual establece la facultad para el legislador de regular los derechos, siempre y cuando se cumplan los núcleos esenciales establecidos en la propia Constitución. En el caso mexicano no existe una referencia genérica como en el ordenamiento español, pero en cada derecho, hay una posibilidad de regulación o modulación y una condición de aplicación por los operadores jurídicos, el ejemplo claro de ello lo encontramos en el Artículo 17 constitucional, objeto de análisis en el presente estudio, en el que se permite al legislador regular los plazos y términos de los mecanismos que garanticen un acceso a la justicia.

[27] **Artículo 53.** 1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a). 2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30. 3. El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.

Un segundo paso, después de haber identificado el contenido y los alcances del derecho, obliga al operador jurídico a analizar su interrelación con los otros derechos, conforme a la obligación de aplicar los derechos conforme a los principios de universalidad e interdependencia; este ejercicio se corrobora en el ordenamiento mexicano, si advertimos la estructura de las libertades conforme a las cuales su debido ejercicio se limita por los derechos de los demás. Así lo establecen los artículos 6, 7 y 9 de la Constitución Mexicana,[28] conforme a los cuales, se imponen obligaciones generales de respeto, esto es, la abstención de las autoridades de no interferir en la esfera de los individuos, sin embargo, dicha conducta está limitada por el abuso del derecho que puede identificarse en la afectación a terceros; hipótesis constitucional que permite al legislador construir, desdoblar o desempacar las distintas

[28] "**Artículo 6o.** La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, la vida privada o los derechos de terceros, provoque algún delito, o perturbe el orden público; el derecho de réplica será ejercido en los términos dispuestos por la ley. El derecho a la información será garantizado por el Estado. [...]" "**Artículo 7o.** Es inviolable la libertad de difundir opiniones, información e ideas, a través de cualquier medio. No se puede restringir este derecho por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares, de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios y tecnologías de la información y comunicación encaminados a impedir la transmisión y circulación de ideas y opiniones. Ninguna ley ni autoridad puede establecer la previa censura, ni coartar la libertad de difusión, que no tiene más límites que los previstos en el primer párrafo del artículo 6o. de esta Constitución. En ningún caso podrán secuestrarse los bienes utilizados para la difusión de información, opiniones e ideas, como instrumento del delito." "**Artículo 9o.** No se podrá coartar el derecho de asociarse o reunirse pacíficamente con cualquier objeto lícito; pero solamente los ciudadanos de la República podrán hacerlo para tomar parte en los asuntos políticos del país. Ninguna reunión armada, tiene derecho de deliberar. No se considerará ilegal, y no podrá ser disuelta una asamblea o reunión que tenga por objeto hacer una petición o presentar una protesta por algún acto, a una autoridad, si no se profieren injurias contra ésta, ni se hiciere uso de violencias o amenazas para intimidarla u obligarla a resolver en el sentido que se desee".

obligaciones o sub-derechos que surgen de la necesidad de hacer efectivas las libertades. De igual forma, con la construcción de los procedimientos que garanticen el acceso a la justicia, pues el legislador no sólo se enfrenta a permitir el acceso de los ciudadanos a un juez imparcial que resuelva su controversia, sino también a brindar un adecuado proceso a la contraparte del ciudadano y en el caso de los procedimientos de control constitucional, también se encuentra vinculado a garantizar principios como la supremacía constitucional y la división de poderes.

Una vez identificado el derecho y su relación con el resto de los bienes jurídicos, el operador jurídico debe cumplir una serie de parámetros ante la posibilidad de restricción del derecho que se pretende reglamentar. Para ello, es posible recurrir al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece en su Artículo 5 que las limitaciones a los derechos humanos que realice el Estado, no pueden efectuarse en mayor medida a las previstas en el propio instrumento internacional, es decir, si bien se prohíbe tajantemente a los Estados, interpretar las normas en el sentido de conceder facultades para realizar actividades que destruyan los derechos y libertades, lo cierto es que dicha prohibición no alcanza cuando se trata de limitaciones autorizadas en el propio tratado.

Asimismo, la Convención Americana prevé esta misma situación en su artículo 29, al señalar que ninguna disposición puede ser interpretada en el sentido de: *a)* permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; *b)* limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de

acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; *c)* excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno; y *d)* excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza. En concordancia con lo anterior, en el artículo 30 se establece el alcance a las restricciones permitidas en la Convención, respecto al goce y ejercicio de los derechos y libertades, las cuales no pueden ser aplicadas, sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.

La interpretación y alcances de estos artículos —conforme a los cuales se permite modular los alcances de los derechos— se reforzó por lo dicho en las opiniones consultivas 6/86, 13/93; en las cuales se afirmó que las restricciones a los derechos fundamentales deben respetar los principios de legalidad y proporcionalidad, conforme a lo cual deben respetarse ciertos requisitos, como cuando se trata de una restricción expresa autorizada por la Convención y en las condiciones que fue permitida; así como que los fines sean legítimos y previstos en ley.[29]

[29] Estos alcances fijados en las opiniones consultivas se reflejaron en casos como el de *Usón Ramírez vs. Venezuela*; en el que la Corte reconoció que la protección del derecho al honor o a la reputación, es considerada en la Convención como una de las finalidades legítimas para justificar una restricción al derecho a la libertad de expresión. En este sentido, el Tribunal realizó un análisis sobre la legitimidad del fin relativo a la protección del derecho al honor o reputación de las Fuerzas Armadas. En el caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá, reconoció el derecho de reunión pacífica y sin armas, por lo que el ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley, que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás. En el caso *Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador*, la Corte señaló que cualquier restricción al derecho a la libertad personal debe darse únicamente por las causas y en las condiciones

En atención a esas reglas, la razonabilidad o racionalidad de los parámetros del legislador que limiten o restrinjan el ejercicio del acceso a la justicia, obligan a que dicha limitante sea congruente, en la medida de lo posible, con el resto de las restricciones impuestas en los diversos derechos humanos; por tanto, la construcción de estos requisitos por parte del legislador tiene que estar encaminada a buscar que cualquier juicio y de manera específica el de amparo, logre cumplir los fines para los que está hecho. Asimismo, los requisitos no deben tener por objeto impedir de manera absoluta el goce de ese derecho o de cualquier otro, esto es, destruir su eficacia. Además, esos requisitos siempre deben estar previstos en una ley formal y material; aunado a que deben tener un sustento en razones de interés general. Finalmente, esa limitante debe guardar proporcionalidad, en tanto que el sacrificio que provoca no puede ser considerablemente mayor al beneficio que se obtiene.

En el caso de las figuras que se analizan en el presente documento, todas cumplen cabalmente el requisito de estar previstas en ley, pues sus alcances están delimitados y contemplados claramente en la Constitución y en la Ley de Amparo. Además, el interés jurídico visto en conjunto con el interés legítimo, así como los requisitos de acceso al amparo adhesivo, constituyen limitantes que son acordes al funcionamiento del amparo, con el objetivo de que el juicio cumpla los fines para los que está hecho, esto es, el análisis real de afectaciones y una impartición de justicia pronta, completa y expedita. Este ejercicio limitativo no provoca de manera evidente la destrucción del acceso a la justicia, pues existen espacios para ejercer la acción, e incluso permite que el juzgador pueda realizar una interpretación que favorezca el estudio de los asuntos; de ahí que no se advierta desproporcionalidad en el establecimiento de estos requisitos.

fijadas de antemano por las Constituciones Políticas o por las leyes dictadas conforme a ellas y, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos en la misma.

No obstante lo anterior, en el caso del principio de relatividad, dada su vaga construcción, es posible identificar un espacio que pueda generar una ineficacia del juicio de amparo como mecanismo protector de derechos humanos y, por ello, contrario a la tutela judicial efectiva, en virtud de que, al limitar sus efectos, permitiría la subsistencia de situaciones jurídicas idénticas que son contrarias a la Constitución; sin embargo, a partir del escrutinio que se realice a dicho principio conforme a los estándares aquí enunciados, ésta posible falta de razonabilidad de la regla procesal, puede subsanarse al vincular y constreñir a los juzgadores a buscar las herramientas que hagan procedente el juicio pero sobre todo se permita una reparación adecuada del derecho transgredido.

6. Conclusión

Los derechos humanos se insertan dentro de una teoría jurídica que no impide la restricción o modulación de las obligaciones o derechos contemplados dentro de su estructura jurídica; por ello, los derechos vistos desde su perspectiva estructural, no pueden considerarse normas inmodificables o inalienables, pues para lograr su finalidad última se requiere de la mejor selección de obligaciones. Así, el derecho a la tutela judicial efectiva, tanto en la vía ordinaria y de manera específica en la extraordinaria, justifica que el legislador ordinario cuente con facultades para delimitar las condiciones de ejercicio de los mecanismos que garantizan el acceso a la justicia. De esa forma, en el

amparo mexicano existen reglas que condicionan el acceso y los efectos de la propia acción. En su mayoría esas figuras procesales encuentran una justificación procesal y de acuerdo a los principios constitucionales, lo cual justifica su existencia y no genera la exclusión en el ejercicio de ese derecho ni de algún otro. Sin embargo, dada la amplitud del principio de relatividad, este puede ocasionar una destrucción del propio derecho, si el juzgador no emite sus decisiones buscando y aplicando las herramientas jurídicas idóneas, como lo pueden ser las sentencias estimatorias, mediante las cuales se logre el fin para el cual fue creado el amparo: la protección adecuada de los derechos humanos.

TUTELA DE LOS DERECHOS Y ACCESO A LA JUSTICIA EN EL JUICIO CONSTITUCIONAL DE LAS LEYES, ENTRE EVOLUCIÓN Y CRISIS DE LA FORMA DE ESTADO Y DE LA FORMA DE GOBIERNO*

GIAN LUCA CONTI / ANDREA PERTICI

SUMARIO: 1. *Observaciones preliminares*. 2. *Acceso a la justicia constitucional y crisis de la ley y de la jurisdicción*. 3. *Acceso a la justicia constitucional y crisis de la Constitución*. 4. *Acceso a la justicia constitucional y modificaciones tácitas a la Constitución*. 5. *Las cuestiones concretas nacidas del acceso a la justicia constitucional.*

RESUMEN: El artículo pretende abordar el tema de acceso a la justicia constitucional por lo que se refiere al juicio de constitucionalidad de las leyes, que en Italia se caracteriza sobre todo por la existencia de un juicio en la vía incidental, en donde dentro del procedimiento principal que se promueve y de manera difusa, se puede analizar el problema de constitucionalidad indicado en concreto. También al lado de ese recurso, siempre ha existido un juicio planteado con una acción directa del Gobierno nacional en contra de las leyes aprobadas por las Regiones del país, o bien de éstas en contra las leyes nacionales, para solicitar su conformidad al texto constitucional, lo que ha sido modificado de manera parcial con la reforma constitucional del año 2001.

* Traducción del italiano de Aldo Petrucci.

Las modalidades con que se puede acceder, caracterizan el sistema de justicia constitucional en Italia que desde hace algunos años, se ha encontrado frente a la evolución de la forma de Estado y de gobierno, que en parte se ha expresado con la modificación del título V de la segunda parte de la Constitución y el frecuente cambio de la ley electoral, y en parte se ha realizado de manera "tácita" como el resultado de un reequilibrio de poderes y de funciones entre órganos, en ausencia de una reforma constitucional finalizada para tal propósito, pero para superar algunas dificultades en el funcionamiento concreto del sistema o para definir de un modo mejor (generalmente sin mucho éxito) el elemento representativo y las formas democráticas de determinación del rumbo político. Esto sin duda también ha reabierto el debate sobre las formas de acceso a la Corte Constitucional y la posible modificación del juicio de legitimidad constitucionalidad promovido en la vía incidental, lo que se hizo muy evidente en la sentencia número 1 del año 2014 sobre la ley electoral aprobada para las dos Cámaras del Parlamento. Todo esto sin duda nos llevará en el futuro a nuevas preguntas relevantes sobre el papel de la Corte Constitucional, que también implica las modalidades de acceso a la misma y su evolución.

Abstract: Lo scritto si propone di affrontare la questione dell'accesso alla giustizia costituzionale (nel giudizio di costituzionalità delle leggi), con particolare riferimento all'Italia, dove esso si è caratterizzato soprattutto per l'esistenza del giudizio in via incidentale (che è accentrato a iniziativa diffusa, caratterizzandosi per la concretezza della questione di costituzionalità) accanto al quale vi è sempre stato un giudizio in via d'azione (promuovibile dal Governo contro le leggi regionali o dalle Regioni contro le leggi dello Stato), che è stato in parte modificato con la riforma costituzionale del 2001.
Le modalità di accesso caratterizzano certamente l'intero sistema di giustizia costituzionale, che, in Italia, da alcuni anni si trova di fronte a una evoluzione della forma di Stato e della forma di governo, in parte espresse (in tal senso va in particolare la modifica del titolo V della parte seconda della Costituzione ma anche il cambiamento – ripetuto – della legge elettorale) e in parte "tacite", frutto di un riequilibrio di poteri e funzioni, in assenza di una revisione costituzionale, ma per superare alcune difficoltà di funzionamento del sistema o per ridefinire (generalmente con scarso successo) il rapporto rappresentativo e quindi

le modalità democratiche di determinazione dell'indirizzo politico. Questo ha certamente riaperto anche la discussione circa le modalità di accesso alla Corte costituzionale e pure una modificazione —risultata particolarmente evidente con la sentenza n. 1 del 2014 sulla legge elettorale per le Camere— del giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale. Da tutto questo si ingenerano certamente interrogativi sul ruolo della Corte costituzionale anche attraverso le modalità di accesso alla stessa e sulla sua evoluzione.

Abstract: This paper aims to deal with the problem of the access to the constitutional justice with special reference to Italy, where we can find two main constitutional processes: one, in which it is possible to access to the Constitutional Court only indirectly because the question of the constitutional conformity of a law must be brought by a judge that has to apply it concretely in an ordinary process, and the other, where the national Government or the regional governments can directly access to the Constitutional Court to contest the constitutional conformity respectively of regional laws or of national laws. This second kind of process was partially changed by the reform of 2001.
During the last years all the Italian system of access to the Constitutional Court was subject to an evolution due to some changes of the form of the State and of the form of the government, that were sometimes contained in a reform legislation (such as it happened with the title V of the Italian Constitution) and sometimes silent in a play of balance among political powers. This kind of situation re-opened the discussion about the modes to access to the Constitutional Court and about the need to change the indirect one, as the judgement n. 1 of 2014 made it evident, in order to allow a wider and simpler access to it.

Palabras clave: Corte constitucional, acceso a la justicia constitucional, Constitución, modificaciones constitucionales, papel de la Corte Constitucional, evolución de las modalidades de acceso a la Corte constitucional.
Parole chiave: Corte costituzionale, accesso alla giustizia costituzionale, Costituzione, modifiche costituzionali, ruolo della Corte costituzionale, evoluzione delle modalità di accesso alla Corte costituzionale.

KEYWORDS: Constitutional Court, access to constitutional justice, constitutional changes, role of the Constitutional Court, evolution of the means to access to the Constitutional Court.

1. OBSERVACIONES PRELIMINARES

En todo el título dedicado a las garantías constitucionales, la Constitución aprobada el 22 de diciembre de 1947, había puesto por escrito: *"Aquí están los leones"* (*Hic sunt leones*) incluyendo sólo cuatro artículos y remitiendo una regulación más detallada a leyes constitucionales y ordinarias.

Entre las remisiones previstas expresamente a una ley constitucional posterior, estaba la de dar *"las condiciones, formas y términos de accesibilidad"* de los juicios de legitimidad constitucional, en que durante los trabajos de la Asamblea, hubo una confrontación entre distintos modelos, que en realidad también reflejaba la desconfianza de los partidos de izquierda hacia un órgano no representativo, pero con un poder de sindicar —y anular— leyes aprobadas por los representantes del pueblo.[1]

Las incertidumbres del proceso constituyente en la definición del acceso a la justicia constitucional de hecho no concernían a la necesidad de que la Constitución terminara con un sistema completo de garantías adecuado para asegurar su rigidez, sino a las modalidades con que este sistema pudiera operar concretamente.

La Asamblea constituyente estaba perfectamente consciente de que las modalidades del ingreso a la justicia constitucional determinarían la manera de operar de la

[1] En realidad se trata de una posición que ha vuelto a aparecer también sucesivamente en la historia republicana de Italia, por parte de miembros de partidos de centro-derecha.

Corte para cerrar el propio sistema y esto último inevitablemente llevaría a cabo el diseño constitucional adecuándolo a los distintos desarrollos históricos.

Aunque el texto constitucional se había terminado con una remisión, fue la propia Asamblea constituyente, demorada en su función después de la aprobación de la Constitución hasta la convocatoria del Parlamento, que aprobó la ley constitucional número 1 de 1948, con la que se establecieron las modalidades de acceso a la Corte Constitucional en los juicios de legitimidad constitucional,[2] proveyendo el sistema del recurso en la vía incidental y completando el de la vía principal o de acción parcialmente ya disciplinado por el artículo 127 de la Constitución.

En base a la primera modalidad, que consiste en que durante un juicio, el juez puede (de oficio o bajo petición de parte) remitir a la Corte Constitucional la cuestión de constitucionalidad de una norma incluida en una ley o un acto con fuerza de ley que debiera aplicarse en aquel juicio, cuando considera dicha cuestión "*no manifiestamente infundada*". De tal manera, el juicio, aunque concentrado en el juez, resulta evidentemente concreto,[3] en cuanto re-

[2] A la Corte Constitucional habían sido atribuidas por el Artículo 134 de la Constitución, también otras competencias, así como la decisión sobre los conflictos de atribución entre poderes del Estado y entre Estado nacional y Regiones, o bien entre Regiones, y el juicio sobre las acusaciones en contra del Presidente de la República y los Ministros (después limitado por la ley constitucional n. 2 de 1967, al juicio sobre las acusaciones en contra de sólo el Presidente de la República). Además de estas competencias, la Ley Constitucional n. 1 de 1953 agregó la de juzgar la admisibilidad de un *referéndum* abrogativo según el Artículo 75, apartado 2, de la Constitución.

[3] Destaca la mayor relevancia de la diferencia entre sistemas concretos y sistemas abstractos respecto de sistemas centralizados y difusos en particular, véase A. Pizzorusso, *"Verfassungsgerichtsbarkeit" o "Judicial Review of legislation"?* en *Foro it.*, 1979, pp. 1933-ss.; Id., Artt. 134-138, en *Commentario alla Costituzione*, director G. Branca, Zanichelli-Il Foro italiano, Bologna-Roma, 1981; Id, *Giustizia costituzionale (comp.)*, en *Enc. dir., Annali I,* Milano, 2007, pp. 669-ss. Y en otros escritos.

lacionado al caso en discusión, evitando también pretextos que puedan atribuirle la función de un mero "portero" (es decir un simple transmisor) según la expresión de Piero Calamandrei.

En cambio, el juicio en la vía de acción directa había sido previsto parcialmente por el propio Constituyente, que después de haber reconocido a las Regiones una función legislativa (aunque limitada) había establecido que la ley regional una vez aprobada, tenía que ser transmitida al Comisario del Gobierno nacional ante la Región y que podría ser remitida al Consejo regional por parte del Consejo de Ministros (el Gobierno nacional) para modificaciones en caso de exceso de competencia o de contraste con el interés nacional.

Sin embargo si el Consejo regional hubiese aprobado la ley otra vez con la mayoría absoluta, el Gobierno nacional podría impugnar la ley ante la Corte Constitucional por exceso de competencia o bien ante el Parlamento por contraste con el interés nacional (una hipótesis que nunca se ha verificado concretamente). Respecto de esta modalidad de acceso, la ley constitucional n. 1 de 1948 había previsto una especie de contrapeso, al otorgar a las Regiones la posibilidad de impugnar la ley estatal o de otra Región cuando creía que hubieran invadido su competencia. Por lo tanto, mientras que la impugnación de la ley regional por parte del Estado nacional era preventiva, la de la ley estatal o de otra Región por parte de una Región era sucesiva. Pero en ambos casos, el juicio además de ser centralizado, resulta también abstracto, porque se refiere a una norma de ley en sí misma y no a su aplicación a un caso concreto, como ocurre en el juicio en la vía incidental.

Esta característica del juicio en la vía de acción se ha conservado también después de su modificación por la

ley n. 3 de 2001, que ha reformado el texto del artículo 127 de la Constitución, estableciendo la posibilidad para el Gobierno nacional de impugnar una ley regional después de su aprobación (y no como era antes, cuando se podía impugnar sólo la simple deliberación del Consejo regional aún desprovista de fuerza de ley) y para una Región de impugnar una ley estatal o de otra Región dentro de 60 días, de una forma exactamente idéntica.

Así, fue eliminada con referencia a las modalidades de acceso, una asimetría, que se fundamentaba en el reconocimiento al Estado de la función de tutela general del ordenamiento para garantizar su coherencia y la unidad e indivisibilidad de la República que en cambio, sigue existiendo con referencia a los vicios denunciables según la propia jurisprudencia constitucional.[4]

[4] Al respecto, el Artículo 127 prevé que el Gobierno nacional pueda impugnar por exceso de competencia, mientras que una Región lo pueda por lesión de su esfera de competencia. Dicha diferencia de hecho, no implica necesariamente una diferencia de los vicios denunciables, que en cambio fue puesta por la jurisprudencia constitucional que después de una orientación favorable a la equiparación de los vicios denunciables (sentencia n. 282 de 2002) en seguida ha subrayado sus diferencias en la sentencia n. 274 de 2003, en donde se afirma que es: "*decisivo rilevare come, nel nuovo assetto costituzionale scaturito dalla riforma, allo Stato sia pur sempre riservata, nell'ordinamento generale della Repubblica, una posizione peculiare desumibile non solo dalla proclamazione di principio di cui all'Artículo 5 della Costituzione, ma anche dalla ripetuta evocazione di un'istanza unitaria, manifestata dal richiamo al rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali, come limiti di tutte le potestà legislative (Artículo 117, primo comma) e dal riconoscimento dell'esigenza di tutelare l'unità giuridica ed economica dell'ordinamento stesso (Artículo 120, secondo comma). E tale istanza postula necessariamente che nel sistema esista un soggetto —lo Stato, appunto— avente il compito di assicurarne il pieno soddisfacimento. Lo stesso Artículo 114 della Costituzione non comporta affatto una totale equiparazione fra gli enti in esso indicati, che dispongono di poteri profondamente diversi tra loro: basti considerare che solo allo Stato spetta il potere di revisione costituzionale e che i Comuni, le Città metropolitane e le Province (diverse da quelle autonome) non hanno potestà legislativa*". Por lo tanto con esta base la Corte puede concluir diciendo que: "*pur dopo la riforma, lo Stato può impugnare in via principale una legge regionale deducendo la violazione di qualsiasi parametro costituzionale*" mientras que una Región debe limitarse a denunciar a la Corte una posible invasión de su competencia. So-

Una vez comentadas las modalidades de acceso, se puede apreciar cómo de hecho existe una interdependencia muy estrecha entre ellas así como las características de la forma de Estado y de la forma de Gobierno dibujadas por la Constitución, porque a la Corte Constitucional le fue encomendada la salvaguarda de un correcto desarrollo de ambas dimensiones constitucionales y las incertidumbres relacionadas a las modalidades de acceso a la justicia constitucional, determinan zonas de sombra en la Constitución considerada como norma.[5]

Tales incertidumbres en primer lugar, permitieron a la Corte afirmar su legitimación en el sistema, a través de una interpretación amplia —desde la primera decisión (sentencia n. 1 de 1956)— de las normas que podrían limitar el acceso a la justicia constitucional y a la tutela de los derechos conexos. En este periodo la elasticidad con la que la Corte juzgó por ejemplo, la relevancia[6] o los supuestos del acceso en la vía incidental, determinaron una legitimación

bre este punto cf. A. Pertici, *Giudizio in via d'azione*, voz del *Digesto di discipline pubblicistiche*, Agg. ****, UTET, Torino, 2012, pp. 403-ss.

[5] El tema de las zonas de sombra (normas que difícilmente se pueden valorar a través del juicio de constitucionalidad), a veces diferenciado por la doctrina de las zonas francas (normas consideradas esencialmente no valorables en razón de las modalidades de acceso) es frecuentemente investigado por los estudiosos italianos. Más en detalle a este tema fueron dedicados dos seminarios del "Grupo de Pisa", cuyos resultados fueron publicados en *AA.VV.*, *"Le zone d'ombra del giudizio di costituzionalità. I giudizi sulle leggi"*, a cargo de R. Balduzzi, P. Costanzo, Giappichelli, Torino, 2007; *"Le zone d'ombra del giudizio di costituzionalità. I giudizi sui conflitti tra poteri e sull'ammissibilità del referendum"*, a cargo de R. Pinardi, Giappichelli, Torino, 2007.

[6] Sobre este punto A. Pizzorusso, *"Ancora sulla valutazione della rilevanza e sui controlli a essa relativi"*, en *"Giur. Cost."*, 1968, pp. 1478-ss., también con referencia a las evaluaciones que al respecto debe llevar a cabo el juez común al remetir la cuestión a la Corte Constitucional y las que desarrolla la propia Corte cuando al examinar su relevancia, realiza una selección (discrecional) de los casos, véase A. Pizzorusso, *"Ancora sui rapporti fra Corte costituzionale e giudice a quo"*, en *"Foro it."*, 1979, I, pp. 2535-ss., considera muy parecida al *writ of certiorari* de la Suprema Corte de Estados Unidos de América.

siempre mayor de la propia Corte porque estaba destinado a conseguir la efectiva aplicación de las normas constitucionales, evitando en dentro de lo posible, la formación de zonas de sombra para el planteamiento del juicio constitucional en la vía incidental, que antes de la institución de la Regiones en 1970 (en un origen sólo existían las que contaban con estatuto especial). Así, en los primeros años esencialmente era la única vía de acceso para un juicio sobre las leyes.[7]

En cambio, al mismo tiempo el acceso a la justicia constitucional no debe ser visto solamente como un instrumento de efectividad de la Constitución, sino que vale como instrumento de efectividad de la Constitución entendida como norma en la medida en que las normas constitucionales son el resultado de una interpretación aunque no obligatoria, pero ampliamente compartida en una directa relación con el texto de las normas constitucionales. Cuando la interpretación constitucional se hace más elástica, más libre, más dependiente de la jurisprudencia de la Corte respecto del texto mismo de la Constitución, la pregunta es si las normas en tema de acceso a la justicia constitucional suponen también un límite a la propia Corte, para impedirle rebasar su esfera constitucional de atribuciones.

Por lo tanto las cuestiones relacionadas con la justicia constitucional definen tanto la medida en que la Constitu-

[7] Existe una amplia bibliografía producida en ocasión de los distintos aniversarios de la Corte Constitucional, que ha intentado realizar una partición en periodos, al individualizar los de su mayor apertura hacia el acceso o viceversa los de mayor rigor en la interpretación de los supuestos con una consecuente restricción del mismo acceso: sobre este punto cf., por ejemplo, P. Carrozza, R. Romboli, E. Rossi, *"I limiti all'accesso al giudizio sulle leggi e le prospettive per il loro superamento"*, en AA.VV. *"L'accesso alla giustizia costituzionale. Caratteri, limiti, prospettive di un modello"*, a cargo de R. Romboli, ESI, Napoli, 2006, pp. 679-ss.; *AA.VV.*; *"La giustizia costituzionale tra memoria e prospettive"*, Giappichelli, Torino, 2008; S. Bartole, *"Giustizia costituzionale (linee evolutive)"*, en Enc. Dir. (Annali), vol. VII, Giuffrè, Milano, 2014, pp. 477-ss.

ción puede ser considerada como efectiva, así como la esfera constitucional de atribución de la Corte, garantizando su naturaleza jurisdiccional.[8] Ellas deben solucionarse de una manera razonable y equilibrada, evitando por un lado, que la Constitución se convierta en una norma cada vez que expresa efectivamente un orden que puede extraerse unívocamente de su entramado, y por el otro, permitiendo que la Corte Constitucional exprese normas (e incluso valores constitucionales) que difícilmente podrían relacionarse al texto de la Constitución.

Esta necesidad de equilibrio se ha manifestado con una urgencia siempre mayor en los tiempos más recientes en que la transformación y (bajo ciertos aspectos) la crisis de nuestra forma de Estado y algunas tensiones de la forma de gobierno emergieron también como (muy discutibles) *"modificaciones tácitas"* o por lo menos, como torsiones de la Constitución conexas a la *"necesidad"* —o al menos voluntad— frecuentemente repetida de una reforma constitucional, que aunque propuesta varias veces a lo largo de los últimos años, llegando a ser aprobada dos veces por una estricta mayoría del Parlamento, fue rechazada por la gran mayoría de los ciudadanos mediante un referéndum constitucional en 2006 y 2016.[9]

[8] También sobre la naturaleza de la Corte constitucional hay una amplia doctrina, dentro de la cual cf., por ej., *AA.VV.*, *"Corte costituzionale e processi di decisione politica"*, a cargo de V. Tondi della Mura, M. Carducci, R.G. Rodio, Giappichelli, Torino, 2005; R. Romboli, *"La natura della Corte costituzionale alla luce della sua giurisprudenza più recente"*, en http://archivio.rivistaaic.it/dottrina/giustizia_costituzionale/romboli.html, 19 de septiembre de 2007.

[9] Para una descripción del itinerario hasta el caso más reciente cf. por ej. C. Fusaro, *"Per una storia delle riforme istituzionali (1948-2015)"*, en *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, pp. 431-ss.; por último, véase (con referencia también a la última fase de las reformas pero excluyéndose el resultado del *referendum* de diciembre de 2016), S. Troilo, *"Gli antefatti: il riformismo costituzionale nell'Italia repubblicana e le sue ragioni"*, en *AA.VV.*, *"La Costituzione in movimento"*, a cargo de A. Apostoli, M. Gorlani, S. Troilo, Giappichelli, Torino, 2016, pp. 3-ss.

Frente a la evolución y las torsiones de la Constitución, las modalidades de acceso a la justicia constitucional se encuentran comprimidas entre la imposibilidad histórica de un regreso a la pureza del modelo constituyente y la dificultad constitucional de admitir distancias incolmables entre Constitución material y Constitución formal.

2. ACCESO A LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y CRISIS DE LA LEY Y DE LA JURISDICCIÓN

La presente investigación se ocupa de las relaciones entre las torsiones de la Constitución mencionadas arriba y el acceso a la justicia constitucional. Sin embargo, las torsiones de la Constitución por sí mismas son inconstitucionales porque la Constitución republicana fue aprobada como rígida y su rigidez no puede no encontrar en la Corte Constitucional, así como en el Presidente de la República, una sólida garantía.

En otros términos, la Constitución no puede considerarse en el prisma de una coyuntura histórica; ella nació para durar más allá de las coyunturas históricas (para ser una ley para el tiempo de paz y el tiempo de guerra, como afirmó la Suprema Corte de los Estados Unidos de América en *ex parte* Milligan de 1866) y para guiar tales coyunturas siguiendo la orientación político-constitucional.

Pero no todas las normas son definidas de modo tal que impongan una solución única: eso vale en particular para las normas de carácter constitucional, dada su frecuente formulación en términos de principio,[10] pero vale también para las incluidas en leyes ordinarias.

[10] Al respecto puede recordarse en el ámbito de la segunda investigación conjunta *AA.VV.*, "Principios y Reglas", Escuela Libre de Derecho, Mexico, 2010 el artículo de A. Pertici, *"Principi e regole nell'applicazione del diritto. La prospettiva del diritto costituzionale"*, ivi, pp. 231-ss.

En el ámbito de las modalidades de acceso a la justicia constitucional como hemos mencionado arriba, existen amplios espacios para regular el acceso también con referencia al momento histórico:[11] hoy el sistema de la vía incidental puede no aparecer adecuado a las exigencias de justicia constitucional expresadas por los derechos fundamentales.

El sistema del acceso a la justicia constitucional en la vía incidental supone un juez al que según la previsión del Artículo 23 de la ley n. 87 de 1953, le sea pedido durante un juicio, aplicar concretamente una norma de ley que él considera como manifiestamente no conforme a la Constitución.

En este sistema resulta central la idea de que la tutela de los derechos fundamentales sea solucionada normalmente por medio de leyes y que consecuentemente, para asegurar una plena tutela a los derechos, necesite un control de constitucionalidad de las leyes en el momento en que ellas definen concretamente la protección de un derecho fundamental.

La crisis de la ley y en particular, de la ley como instrumento de realización de los derechos fundamentales hace de este sistema no siempre el adecuado para responder a las necesidades de una justicia constitucional proyectada a la tutela de derechos perjudicados por decisiones políticas, que no son adoptadas por el legislador, sino por otras autoridades como las administrativas independientes (sobre todo antes de su lento ocaso aun no definitivo) o por el propio poder ejecutivo y como ocurre más frecuentemente, por el poder judicial, dada su función de integración normativa en ausencia de intervenciones del legislador,

[11] Cf. *supra*, nota 7.

que muchas veces persigue la evolución social de los derechos en lugar de anticiparla.

La esencia del acceso en la vía incidental puede verse en un juicio de legitimidad constitucional, que tiene por objeto una *"norma"* apreciada como inconstitucional por el juez, al que en el ejercicio de sus funciones, se le solicita aplicarla para solucionar un caso que le es sometido y él sospecha que al aplicarla, violaría una situación subjetiva protegida por la Constitución. En tal modelo es central la consideración del juez como sujeto al que en su situación sustancial de tercero respecto de los intereses implicados (en cuanto conexa a su sumisión a la ley y a la interpretación de la misma en conformidad con la Constitución) le es demandado actuar como una puerta de acceso del juicio de constitucionalidad.

Pero la crisis actual del Parlamento como lugar de síntesis y de orientación política ha modificado el modo de ejercicio de las atribuciones del poder judicial y dicha modificación tiende a representar un punto de crisis del modelo en donde, por ejemplo, la motivación de las disposiciones con las que los jueces promueven un juicio de legitimidad constitucional en la vía incidental, resulta en la praxis desequilibrada al concentrarse en la sola pregunta de lo fundado o infundado de la constitucionalidad de la norma aplicable. Esta manera de configurar el acto introductor del juicio en la vía incidental, determina también una modificación del modo con que la Corte pronuncia sus sentencias, que siempre representan una respuesta a la pregunta del juez que remitió la cuestión (el juez *a quo*) en lugar de ofrecer una solución a un problema de constitucionalidad.

En segundo lugar, debe preguntarse si el mecanismo del juicio en la vía incidental tal como fue configurado por la

ley constitucional n. 1 de 1948 y la ley n. 87 de 1953, puede responder efectivamente a las exigencias de justicia constitucional expresadas por el cuerpo social. De hecho existen pretensiones de justicia constitucional que difícilmente pueden llegar a un juez común, que luego eventualmente podría promover la cuestión de legitimidad en la vía incidental: es suficiente pensar en el amplio conjunto de las necesidades de seguridad social, por las cuales el ciudadano no cuenta con un juez al cual dirigirse, en la dimensión de la *"privacy"* y la afirmación de nuevos medios tecnológicos que afectan a los derechos fundamentales, pero no están sometidos a la soberanía estatal.

Por otra parte, el proceso tiene un costo y el costo del proceso también es el tiempo de la justicia. Ambos elementos han llegado a un punto de crisis (para algunos irreversible) en nuestro sistema, que incluso conoce una justicia administrativa a doble velocidad: un proceso especial caracterizado por tiempos muy restringidos, que concierne a los grandes contratos públicos y un proceso ordinario farragoso y muy lento que afecta a la generalidad de los intereses legítimos, que pueden ser comprimidos por la administración pública. A causa del acceso en la vía incidental, esta situación influye en la justicia constitucional impidiendo a las exigencias de justicia constitucional llegar a la Corte mediante un acceso basado en un proceso *"liberal"*, efectivamente abierto a todos y capaz de asegurar la igualdad ante la ley.

Por último, quizás hay también una especie de arredramiento del tejido constitucional respecto de las evoluciones de la sociedad. La Constitución formal quizás, no permite satisfacer las necesidades de justicia constitucional expresadas por el cuerpo social. No es fácil mirar a la Constitución para encontrar en ella una respuesta a los

problemas de la tutela del medio ambiente, que constituye un valor constitucional en virtud de la jurisprudencia constitucional, pero que no es sencillo reconstruir en términos constitucionales a partir del texto de la propia Constitución.[12] Y lo mismo ocurre con referencia a las varias dimensiones de las libertades individuales en relación con el internet o bien a las nuevas dimensiones de la libertad religiosa, que se mueve según líneas muy lejanas del contenido de los artículos 7, 8, 19 e 20, Constitucional.[13]

También bajo este aspecto, el acceso a la justicia constitucional necesita una reflexión, porque el ingreso de tales exigencias de justicia en la trama de la jurisprudencia constitucional hace de la Corte el árbitro de un proceso de integración de la Constitución, que podría considerarse como suplencia de una función de orientación político-constitucional, que el binomio Parlamento-Gobierno (ya) no logra ejercer.

Es cierto que hay hipótesis que no pueden definirse *"a priori"* por las normas y que requieren una intervención jurisprudencial, eventualmente también por parte de la Corte Constitucional o bien por motivo de su intervención,[14] pero algunas veces una evidente *"suplencia"* de la Corte aunque justificada por la incapacidad de intervención de

[12] Sobre este punto, entre los numerosos escritos publicados sobre todo en los últimos años (la mayoría de los cuales en realidad, se ocupan de la definición de los ámbitos de competencia legislativa del Estado y las Regiones mediante el juicio en la vía principal), véanse, por ej., P. Maddalena, *"La tutela dell'ambiente nella giurisprudenza costituzionale"*, en *Giorn. dir. amm.*, n. 3/2010, p. 307; G. Cordini, *"Principi costituzionali in tema di ambiente e giurisprudenza della Corte Costituzionale italiana"*, en *Riv. giur. ambiente*, 2009, p. 626.

[13] Al respecto cf., por ejemplo, M. Croce, *"La libertà religiosa nella giurisprudenza costituzionale"*, en *Diritto Pubblico*, n. 2/2006, pp. 387-ss.; Id., *"La libertà religiosa nell'ordinamento costituzionale italiano"*, ETS, Pisa, 2012; C. Bianca Ceffa, L. Musselli, *"Libertà religiosa obiezione di coscienza e giurisprudenza costituzionale"*, Giappichellli, Torino, 2014.

[14] Al respecto *cf.* G. Zagrebelsky, *"Il diritto mite"*, Einaudi, Torino, 1992.

los órganos de orientación política, parece implicar el riesgo de comprometer la legitimación de la propia Corte.

Resumiendo, es posible afirmar que la Corte ha encontrado su legitimación en el sistema, en primer lugar a través de la tutela de los derechos fundamentales realizada con la depuración del ordenamiento republicano de los residuos del ordenamiento fascista. Sin embargo, hoy la legitimación de la Corte depende también de su capacidad de responder a las necesidades de justicia constitucional y fundamental (si se puede decir así, con la consciencia de utilizar una expresión muy imprecisa técnicamente) que la Constitución no soluciona explícitamente, lo que puede ocurrir sólo mediante una reflexión cuidadosa sobre las modalidades de acceso a la justicia constitucional y las técnicas de juicio que derivan de ellas.

3. Acceso a la justicia constitucional y crisis de la Constitución

Desde la segunda mitad de los años setenta del siglo XX, se discute la revisión de la Constitución italiana, mientras que desde los años ochenta se han elaborado algunos proyectos de reforma (por medio de comités, comisiones parlamentarias e incluso iniciativas gubernamentales, sobre todo en los últimos años).[15]

Después del mensaje del Presidente de la República Leone en 1975, las intervenciones de Giuliano Amato (en la revista *Mondoperaio* en 1977) y Bettino Craxi (en el diario *L'Avanti* en 1978) fue Giovanni Spadolini, primer Jefe de Gobierno de la historia republicana no perteneciente al partido de la Democracia Cristiana, que durante su segundo gobierno, en 1982 propuso un decálogo sobre las reformas constitucionales. Desde entonces casi todos los Gobiernos sucesivos tuvieron a un Ministro para las reformas institucionales o constitucionales y en casi todas las legislaturas se discutió la cuestión.

[15] *Cfr. supra*, nota 9.

Entre las numerosas tentativas, una sola —relativa a la forma de Estado— fue llevada a cabo en 2001 y confirmada por parte de los electores con un referéndum constitucional, mientras que la mayoría no logró ni terminar el camino (*"iter"*) parlamentario y en dos casos, en 2006 y 2016, una extensa reforma constitucional promovida por el Gobierno y aprobada por el Parlamento sólo con los votos de los partidos que apoyaban el Gobierno, fue rechazada por el cuerpo electoral en un referéndum (con porcentajes acerca del 60%). Si el correcto respeto de la rigidez constitucional condujo a los partidarios de la necesidad de modificaciones del texto a plantear procedimientos de revisión (más o menos aceptables) no se puede pasar por alto que la Constitución aprobada el 22 de diciembre de 1947 parece haber sufrido unas torsiones o modificaciones tácitas en lo que se refiere tanto al sistema de las fuentes así como la forma de estado y de gobierno.

Sin embargo, las frecuentes tentativas (más o menos aceptables) de modificar la Constitución representan también la manera con la que las fuerzas políticas tratan de esconder (aunque con creciente dificultad) su crisis a la opinión pública, atribuyendo al texto constitucional la responsabilidad de su fracaso. De todos modos, estas tentativas repetidas de modificar la Constitución además de las intervenciones llevadas a cabo, indican una *"crisis"* de la Constitución y bajo ciertos aspectos, la han provocado.

Dicha crisis se evidencia también por el papel asumido por la Corte Constitucional, que hizo ingresar exigencias

de justicia constitucional, que probablemente no podrían solucionarse por medio de las categorías de la Constitución formal consideradas estáticamente, como acabamos de examinar.

Las dinámicas de la crisis constitucional también se reflejan en las temáticas del acceso que por un lado, deja a la Corte la tarea de integrar un tejido constitucional no siempre considerado como completamente actual y por el otro, constriñe la Corte a preguntarse seriamente cuál sea su papel, para no perder su legitimación y convertirse en guardián de valores ya no percibidos como vinculantes por el cuerpo social.

En este sentido, las dinámicas del acceso a la justicia constitucional sufren mucho la crisis de la Constitución y son influenciadas por ella. Luego la función de revisión constitucional pone una cuestión de acceso a la justicia constitucional muy delicada porque la Constitución es rígida también con referencia a la revisión constitucional y no solamente por motivo de la revisión constitucional.

Además, no se puede acceder fácilmente a la revisión constitucional ni respetando el procedimiento establecido por el Artículo 138 Constitucional o las distintas leyes que modificaron su contenido con referencia a las tentativa de reforma orgánica de la Parte Segunda de la Constitución,[16]

[16] De hecho en varias ocasiones fueron aprobadas leyes constitucionales derogando el procedimiento previsto por el Artículo 138: al respecto véase F. Dal Canto, "*Legge costituzionale 24 gennaio 1997, n. 1 (commissione parlamentare per le riforme costituzionali)*", en AA.VV., "*Commentario alla Costituzione fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso*" (Comentario a la Constitución fundado por G. Branca y continuado por A. Pizzorusso), Zanichelli-Soc. ed. del Foro italiano, Bologna-Roma, 2006, pp. 1-ss. Una tentativa de seguir el mismo camino fue llevada a cabo también en la XVII legislatura, mediante una propuesta de ley constitucional presentada por el Gobierno de Enrico Letta, luego abandonada para respetar el camino normal disciplinado por el Artículo 138 Constitucional, en relación a la propuesta presentada por el Gobierno de Matteo Renzi.

ni respetando la forma constitucional republicana ni consecuentemente los principios del constitucionalismo contemporáneo, como se ha observado por una doctrina autorizada.

El acceso a la justicia constitucional de la revisión de una Constitución en crisis hace de la Corte Constitucional el árbitro de una controversia político-constitucional sobre las oportunidades de una reforma, sometiéndola a un estrés no fácilmente soportable, sobre todo en el caso de que tal reforma sea valorada por la legitimación derivante de la aprobación popular mediante referéndum (lo que ocurrió solamente en 2001, con la reforma del título V de la segunda parte de la Constitución, cuyas normas —en particular el arttículo 117 en tema de repartición de competencias entre el Estado nacional y las Regiones— son consideradas como parámetros frecuentes en los juicios de constitucionalidad en la vía principal, en donde los fallos pronunciados por la Corte, muchas veces han "*reescrito*" el texto de las mismas normas, según lo que se observa por parte de la doctrina).[17]

Se trata de una situación en la que un legislador poco escrupuloso de una revisión constitucional podría alterar el contenido de los principios fundamentales en que se basa la Constitución, sin encontrar límites substanciales a excepción de la posibilidad de una reacción de la opinión pública, que rechace mediante *referéndum*, reformas de tal tipo (como de hecho pasó dos veces en 2006 y 2016 cuando las reformas aprobadas por el Parlamento alterarían al parecer de una parte de la doctrina, unos principios fundamentales).

[17] A. Morrone, "*La Corte riscrive il titolo V*," en *Quad. Cost.*, 2003, pp. 818-ss.; R. Dickmann, "*La Corte costituzionale attua (ed integra) il titolo V*", en www.federalismi.it., 6 de noviembre de 2003.

De otra parte, el propio procedimiento de revisión constitucional podría crear cuestiones de interpretación y aplicación de la Constitución que implicarían algunas torsiones de la misma Constitución, así como cuestiones de constitucionalidad que sin embargo difícilmente permitirían el acceso a la Corte. Por ejemplo, bastaría pensar en la cuestión de admisibilidad de un referéndum constitucional no homogéneo (discutida también en ocasión del referéndum de diciembre de 2016) porque tiene por objeto una pluralidad de disposiciones constitucionales, que no pueden solucionarse de una forma unívoca, lesionando así la libertad de voto de los ciudadanos, que se configuró a partir de la sentencia de la Corte Constitucional n. 16 de 1978. Al respecto, necesitamos distinguir por un lado, la tesis según la cual el Artículo 138 Constitucional sólo autorizaría modificaciones delimitadas o de todos modos homogéneas, y por el otro, la tesis de que tendría que ser homogénea la cuestión presentada a los electores (la así llamada tesis del "*desmembramiento*" entre las varias cuestiones).[18]

Pero también otros aspectos del complicado procedimiento de referéndum en su aplicación concreta, podrían ocasionar dudas de constitucionalidad.[19]

[18] Sobre este punto cf. la recién investigación de A. Pertici, "*La Costituzione spezzata*", Lindau, Torino, 2016, pp. 45-ss.

[19] En lo que refiere por ejemplo, para la sucesión de votaciones, que ahora se interpreta en el sentido de que los 3 meses para la segunda deliberación se calculan para cada rama del Parlamento desde la fecha, en que la propia rama votó en primera deliberación (y no desde el término de ambas las primeras deliberaciones) o para la fecha dentro de la cual se debe realizar el *referéndum* constitucional, fijada por el Artículo 15 de la ley n. 352 de 1970, en 60 días a partir de la fecha del acto de admisión emitido por la Oficina Central para los Referéndum de la Suprema Corte de Casación, con tal que sea un domingo comprendido entre el quincuagésimo y el septuagésimo día desde la fecha del decreto de convocatoria de los comicios. La Oficina Central para los Referéndum debe pronunciarse sobre la legitimidad de su petición dentro de 30 días de su recepción (artículo 12, ap. 3°, ley n. 353/1970). Por consecuente, el *referéndum* podría realizarse dentro de 160 días desde la (primera) petición (30 días sirven para la decisión de la Oficina Central, 60 para el decreto del Presidente de la República de convocatoria de los comicios electorales y un período entre 50 y 70 días para la efectiva realización de la consulta popular), mientras que de hecho siempre se han calculado 3 meses dentro de los cuales todos los legitimados pueden presentar una petición.

También estas cuestiones —que deberían solucionarse antes de un referéndum para que la intervención realmente pueda ser eficaz— no parecen encontrar un acceso fácil a la justicia constitucional.

Si la cuestión de legitimidad constitucional fuese fundamentada, la imposibilidad de acceso a la justicia constitucional para conseguir por ejemplo, la declaratoria de inconstitucionalidad de la ley de revisión constitucional que viola el criterio de homogeneidad, determinaría una paradoja relevante porque la revisión constitucional ciertamente constituye un principio fundamental y este principio fundamental podría ser violado, con la consecuencia de que la Constitución sería rígida en caso de modificaciones delimitadas y respetuosas del artículo 138 Constitucional, mientras que sería flexible con referencia a modificaciones amplias y lesivas del contenido normativo del propio artículo 138.

4. ACCESO A LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y MODIFICACIONES TÁCITAS DE LA CONSTITUCIÓN

Como comentamos, en Italia la Constitución sufrió modificaciones tácitas desde 1948. Se puede observar que eso pasó con particular evidencia desde 1992 a causa de la crisis de la forma de gobierno fundamentada en los partidos políticos y su capacidad de generar una orientación política, al sustituir el diálogo entre mayoría y minoría a la dialéctica Parlamento-Gobierno, que era típica del Estado libe-

ral, y de una forma más marcada desde 1994, después del cumplimiento de elecciones con un sistema en prevalencia mayoritario, que nuestra Constitución republicana nunca había conocido antes (aunque más veces la Corte constitucional había afirmado su compatibilidad con ella).[20] Este cambio de sistema electoral puso en ocasión de la primera crisis de Gobierno sucesiva, también la cuestión de una posible modificación tácita de los poderes del Presidente de la República, que pero fue rechazada precisamente por el Presidente de entonces Oscar Scalfaro.

También se puede afirmar que eso pasó porque la crisis de los partidos políticos en primer lugar, es la crisis de su capacidad de interpretar políticamente las exigencias de la sociedad civil y la representación se ha creado entre cuerpo electoral y gobierno sin intermediaciones del Parlamento y los grupos parlamentarios en que se proyectan los partidos políticos.

Además se puede observar que el papel del Presidente de la República sufrió una modificación tan fuerte porque ya no es intermediario de la representación política expresada por el Parlamento y del ejercicio de la función de orientación política expresada por el Gobierno, sino de la representación vertical entre cuerpo electoral y Gobierno, en un escenario con límites impalpables y dejado únicamente a su prudencia.[21]

Todo lo que acabamos de comentar naturalmente no tuvo ningún ingreso a la Corte Constitucional a la que

[20] *Cf.* en particular la sentencia n. 1 de 2015.

[21] También la evolución del papel del Presidente de la República fue objeto de una atención particular por parte de la doctrina en los últimos años: véase por ej., D. Galliani, *"Il Capo dello Stato e le leggi"*, Tomo I, *"Aspetti storici, profili comparatistici, ordinamento italiano"*, Giuffrè, Milano, 2011; Id., *"Il Capo dello Stato e le leggi"*, Tomo II, *"Il concreto svolgimento costituzionale"*, Giuffrè, Milano, 2011. Más recién es la investigación de V. Lippolis, G. M. Salerno, *"La Repubblica del Presidente"*, Il Mulino, Bologna, 2013.

han llegado sólo algunas manifestaciones exteriores de los cambios realizados por la praxis constitucional en la Constitución de 1948. De hecho, estos cambios constituyen un *"escenario"* y las técnicas del acceso a la justicia constitucional pueden responder sólo a las exigencias de justicias concretas y referidas a casos de la vida en que los modos de decisión utilizados por la Corte pueden intervenir con precisión quirúrgica.

La Corte no es ni puede ser el juez de la correspondencia entre Constitución formal y Constitución material cuando la relación entre las dos es dada por un escenario político-constitucional y en tal caso, la crisis de la Corte Constitucional quizás es más evidente. La Corte puede juzgar la inmunidad presidencial de las interceptaciones realizadas por una magistratura investigadora considerada como demasiado audaz por alguien, pero no puede juzgar el cambio del papel del Presidente de la República en la forma de gobierno y su centralidad casi estatutaria en la crisis de la representación política.[22]

Las dificultades que la Corte Constitucional encuentra en juzgar las modificaciones tácitas de la Constitución se pueden considerar como el fundamento de nuevas moda-

[22] La referencia es al conflicto entre el Presidente de la República y la Procuradoría de Palermo decidido por la Corte Constitucional con la sentencia n. 1 de 2013, en que se afronta la definición del rol del Jefe de Estado en el ordenamiento italiano, sobre el cual cf., entre los tantos comentarios, los de F. Ferrari, *"Ma non era una Repubblica? Sul ruolo costituzionale del Presidente della Repubblica dopo Corte cost. 1/2013"*; M.C. Grisolia, *"La sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2013: un nuovo tassello nella ricostruzione giurisprudenziale della figura e del ruolo del Capo dello Stato nel nostro sistema costituzionale"*; A. Pace, *"Intercettazioni telefoniche fortuite e menomazione delle attribuzioni presidenziali"*; G. Simone, *"La sentenza della Corte costituzionale n. 1/2013: l'occasione per riflettere sulla responsabilità e sul ruolo del Presidente della Repubblica nell'ordinamento costituzionale italiano"*; A. Sperti, *"Alcune riflessioni sul ruolo del Presidente della Repubblica e sulla sua responsabilità dopo la sentenza n. 1 del 2013 della Corte costituzionale"*; publicados en distintas revistas telemáticas, que se pueden encontrar todos en www.giurcost.org (en las páginas de la sentencia).

lidades de acceso a la justicia constitucional, como la que se refiere a las modalidades de impugnación de los estatutos regionales después de la reforma constitucional de 1999,[23] o la que se quería introducir con la reforma constitucional rechazada por los electores el 4 de diciembre de 2016 en el tema del juicio de constitucionalidad anticipado (antes de la promulgación) sobre la ley electoral.[24]

En el caso de los Estatutos (así como lo sería para las leyes electorales) la Corte puede ser requerida de evaluar la legitimidad constitucional de los instrumentos normativos antes e independientemente de su entrada en vigor, ejercitando un control preventivo y abstracto de constitucionalidad que encuentra quizás, su propio fundamento en la función sistemática que los Estatutos juegan para la forma de gobierno regional (del mismo modo de que sería para la ley electoral en relación a la determinación de la forma de gobierno).

La modificaciones tácitas de la Constitución en este caso, son atraídas por la justicia constitucional según un

[23] Esta revisión constitucional, realizada por la ley constitucional n. 1 de 1999, al referirse a los artículos 121, 122, 123 y 126 de la Constitución, adelanta en una cierta medida, la más amplia de 2001, conocida como *"reforma del título V"*, que de hecho, interviene prácticamente en todos los demás artículos de la disciplina constitucional de las Regiones y de las otras entidades territoriales. Con referencia a los Estatutos, la nueva formulación del texto del Artículo 123 prevé por la primera vez, que los Estatutos de las Regiones con autonomía ordinaria sea aprobado por la propia Región (en lugar que con una ley estatal) después de un procedimiento complejo, que bajo muchos aspectos, recuerda el previsto para las leyes constitucionales. Al interior de dicho procedimiento también está prevista la posibilidad para el Gobierno de impugnar el Estatuto aprobado antes de su entrada en vigencia. Después de la revisión constitucional del Artículo 127, se trata de la única impugnación preventiva. Sobre este punto v. R. Tarchi, D. Bessi, *"Artículo 123"*, en *"Commentario alla Costituzione"*, a cargo de R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Utet, Torino, 2006.

[24] Al respecto v. F. Dal Canto: *"Corte costituzionale e giudizio preventivo sulle leggi elettorali"*, en http://www.gruppodipisa.it/wp-content/uploads/2015/11/Dal-Canto-Giudizio-preventivo-30-ottobre.pdf

modelo en que la estructura preventiva y abstracta del control podría alterar la legitimación de la Corte, que no soluciona un problema concreto de justicia constitucional, sino juzga el funcionamiento del sistema en su complejo al evaluar las opciones políticas efectuadas por los órganos representativos.

Al parecer, por parte de una doctrina autorizada, las modificaciones tácitas de la Constitución no pueden examinarse ni mediante un juicio en la vía incidental porque normalmente son desprovistas de los requisitos concretos necesarios para dar vida a un proceso en donde alguien actúe para tutelar una situación subjetiva indicada por el ordenamiento como una manifestación de la voluntad, ni mediante un juicio en la vía de acción, porque las Regiones (también a causa de la jurisprudencia de la propia Corte que limita el acceso de las mismas) difícilmente pueden considerarse como titulares de un poder constitucional para el respeto de la Constitución en casos distintos de los que se refieren a sus funciones. También por eso se propuso la vía del recurso directo.

Sin embargo, si las modificaciones tácitas fueran objeto del juicio de constitucionalidad, la Corte Constitucional podría convertirse a su vez, en uno de los actores del proceso de modificación tácita de la Constitución, contrastando con su papel substancial y formal. En efecto, una modificación tácita de la Constitución es un hecho eminentemente político y un juicio al respecto tendría carácter político y en cuanto tal, contrario al papel formal de la Corte y a los instrumentos de su legitimación.

Las reglas del acceso a la justicia constitucional crean como comentamos arriba, zonas de sombra en que la Corte Constitucional fisiológicamente no debe intervenir, exactamente como era la opinión del diputado Perassi en

la Asamblea Constituyente, cuando se discutía la formulación del artículo 138 de la Constitución. A su parecer, existen espacios de acción política reservados a los órganos constitucionales en que es mejor que la Constitución no intervenga, dejándolos a las praxis constitucionales y por lo tanto también a las modificaciones tácitas que la fuerza de tales praxis podrían determinar.

La relevancia prejudicial de una cuestión permitió a la Corte desarrollar su actividad en una llave jurisdiccional que conquistó una amplia legitimación, que quizás no logró conservar con el mismo éxito, cada vez de que sus atribuciones se han desplazado en un terreno más político, como en el caso del juicio de admisibilidad de un referéndum abrogativo[25] y —en una cierta medida— del juicio sobre un conflicto entre poderes. Y probablemente no es por casualidad que cuando la Corte dio menor relevancia a una cuestión prejudicial (así como ocurrió con la sentencia n. 1 de 2014 sobre la Ley para la Elección de la Cámara de los Diputados y del Senado) se encontró en el centro de tensiones políticas que aun más, surgieron después de juicio sobre la Ley Electoral para la Cámara de los Diputados aprobada en 2015 (llamada con el apodo de "*Italicum*").

Por otra parte, la revisión constitucional puede llegar hasta a la Corte probablemente sólo mediante recurso directo sea por parte de los ciudadanos reunidos en comités con tal finalidad, así como por parte de la minorías parlamentarias o bien por medio de un juicio preventivo de constitucionalidad de naturaleza tendencialmente necesaria.

Pero en tales casos, el alto contenido político de las opciones elegidas por el legislador de la revisión constitucional, la posible incandescencia del conflicto que se refiere a las mismas y que podría agitar a la opinión pública (sobre todo cuando dichas opciones hubiesen visto aprobadas por una limitada mayoría parlamentaria, como pasó en la últimas ocasiones en materia de revisión constitucional) el contenido tendencialmente elástico y no fácilmente determinable *a priori* de los principios supremos del ordenamiento a los que está sometida la función de revisión constitucional (y que podrían considerarse como perjudicados) podrían atentar contra la legitimación de la Corte, para la cual una atribución de este tipo podría asemejarse al "dono envenenado" a ("la manzana envenenada") del cuento de los hermanos Grimm, según la expresión que Leopoldo Elia (un ex Presidente de la Corte Constitucional) utilizó con referencia al juicio de admisibilidad de un *referéndum*.

[25] Esta competencia fue la que históricamente suscitó las mayores críticas y ataques políticos a la Corte: véase al respecto entre otros autores, A. Pertici, "*Il giudice delle leggi e il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo*", Giappichelli, Torino, 2010.

5. LAS CUESTIONES CONCRETAS NACIDAS DEL ACCESO A LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

No es por casualidad que en los últimos años las perspectivas del acceso a la justicia constitucional se hayan puesto frecuentemente a la atención de la doctrina y los grupos de estudiosos de derecho constitucional. Para mencionar sólo las ocasiones más recientes, se puede recordar el Congreso de 1999, organizado por la asociación entre profesores de derecho constitucional denominada "*Grupo de Pisa*" y dedicado propiamente a las *Perspectivas de acceso a la justicia constitucional*, y la colección de 2006 dedicada a los 50 años de la Corte Constitucional, en la que Roberto Romboli

coordinó una publicación titulada "*Acceso a la justicia constitucional: caracteres, límite, perspectivas de un modelo*".[26]

El primer volumen se ocupa de las problemáticas existentes por el acceso a la justicia constitucional en el marco de la forma de Estado y de gobierno: si la Corte Constitucional completa el sistema al solucionar sus contradicciones y ambigüedades, las modalidades de ingreso de las contradicciones y ambigüedades del sistema definen el modo con que la Corte puede actuar y por lo tanto su papel. Luego, el modo con que tales contradicciones y ambigüedades pueden llegar a la Corte depende de los límites de su posibilidad de solucionarlas y dichos límites derivan de la colocación de los distintos poderes del Estado —de las distintas esferas de atribuciones constitucionales puestas en una situación de recíproca autonomía— en el sistema.

Esta investigación originó la oportunidad de reflexionar sobre el cambio de papel de la Corte Constitucional en ocasión de la reforma de la Constitución, entonces ideada por la Comisión bicameral instituida por la ley constitucional n. 1 de 1997, que como se sabe, había previsto que el acceso a la Corte Constitucional pudiera realizarse prácticamente según todas las modalidades conocidas entonces por el derecho comparado.[27]

Por lo tanto, hubo la oportunidad de reflexionar de cómo el aumento de los modelos de acceso a la justicia constitucional modificaría el papel de la Corte Constitucional en el sistema y una vez fracasada (o de todos modos reducida) la tentativa de reforma de la Constitución,

[26] Los dos volúmenes más exactamente son, *AA.VV.*, "*Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale*", a cargo de A. Anzon, P. Caretti y S. Grassi, Giappichelli, Torino, 2000; *AA.VV.*, "*L'accesso alla giustizia costituzionale. Caratteri, limiti, prospettive di un modello*", a cargo de R. Romboli, ESI, Napoli, 2006.

[27] *Cfr.* R. Romboli, "*La giustizia costituzionale nel progetto della Bicamerale*", en "*Dir. pubbl.*", 1997, p. 833.

no fue difícil empezar un análisis sobre las posibilidades concretas de mejorar la eficiencia del texto constitucional entendido en su eficacia normativa, modificando las modalidades de acceso a la justicia constitucional.

El trabajo coordinado en 2006 por Romboli, se mueve en una dirección convergente porque responde a la cuestión de cómo después de 50 años de actividad de la Corte Constitucional, han funcionado las reglas del acceso a la justicia constitucional y si en la compleja fase de transición constitucional de entonces (todavía no completa hoy) el juicio de legitimidad constitucional en la vía incidental aun pudiese considerarse como una limitante suficiente para los derechos y libertades fundamentales.

En ambos casos, los problemas actuales del acceso a la justicia constitucional siguen un esquema lógico bastante parecido. En 1999, se puso la distinción entre acceso a la justicia constitucional en la vía incidental, el recurso directo de los particulares, el acceso a la Corte Constitucional en los procedimientos electorales, el acceso de las minorías parlamentarias, el recurso constitucional directo de las minorías lingüísticas, el acceso de Regiones, Provincias y Municipalidades bien sea en el juicio en la vía principal así como en el de los conflictos entre ellos, el acceso en los conflictos constitucionales y los *referéndums*.

A estas temáticas que fueron examinadas analíticamente en las relaciones de base o bien en las intervenciones durante el congreso, se agregaron las intervenciones de los participantes que manifestaron el gran interés de la doctrina hacia el argumento del acceso. Además en las intervenciones dedicadas a las autoridades administrativas independientes, se expresó toda la crisis de la ley como instrumento de síntesis política, mientras la crisis de la representación política era considerada con referencia a los

conflictos sobre las inmunidades parlamentarias, cuya relevancia paulatinamente se disminuyó.

En 2006, en primer lugar, se analizaron las cuestiones puestas por los sujetos que pueden promover la justicia constitucional (órganos parlamentarios, Presidente de la República, poder judicial, Regiones y entidades locales, autoridades administrativas independientes y consejo superior del poder judicial, formaciones sociales y sujetos particulares, los terceros en los conflictos de atribución de poderes y la persona ofendida en los conflictos sobre las inmunidades parlamentarias). En segundo lugar, se consideró el acceso a la justicia constitucional desde el punto de vista del parámetro del juicio de legitimidad constitucional, bien sea en sentido estricto así como norma interpuesta. En tercer lugar, se examinaron las cuestiones puestas por el objeto del juicio de constitucionalidad (las fuentes constitucionales; los tratados internacionales, las fuentes de la Comunidad Europea; las leyes ordenamiento y las leyes auto-aplicativas; los decretos-leyes; las delegaciones legislativas; los reglamentos parlamentarios, la sustitución de leyes por actos administrativos; los actos jurisdiccionales; el poder judicial y la garantía de un juez prefijado por ley; la materia electoral). En cuarto lugar, la atención se desplazó hacia el proceso constitucional, teniendo en cuenta su relevancia, la discrecionalidad del legislador, las técnicas de juicio y la selección de los casos). Por último, se formularon conclusiones en torno a las limitaciones que existían en el acceso a la justicia constitucional para el juicio de legitimidad constitucional de las leyes y las perspectivas de su superación.

Retomar hoy el tema del acceso a la justicia constitucional no puede configurarse como una continuación del trabajo realizado en 1999 y profundizado en 2006; por el

contrario, debe ser una tentativa de ir más allá, verificando las novedades que efectivamente se han realizado.

La primera novedad probablemente es también la más importante: la Corte Constitucional en su sentencia n. 1 de 2014, afirmó la posibilidad de control de la legislación electoral, iluminando así una de las más importantes zonas de sombra del juicio de legitimidad constitucional. Hasta entonces la opinión común era en el sentido de que no había instrumentos y técnicas que pudieran someter a un proceso constitucional una cuestión de legitimidad constitucional en tema de legislación electoral en sentido estricto o bien de legislación que tenía por objeto la transformación de los votos en escaños, al faltar en este caso, el acceso en la vía incidental (¿cuál sería el juez y durante cuál juicio podría juzgarse sobre la legislación electoral, puesto que el juicio en tema de regularidad de las operaciones electorales estaba reservado al Parlamento según el art. 66 de la Constitución?) así como tendencialmente el acceso mediante un juicio en la vía principal (las Regiones y las Provincias autónomas difícilmente podrían demostrar su interés para impugnar una ley electoral estatal y difícilmente un defecto de esta última podría reflejarse en las competencias regionales).[28]

En el caso de la sentencia n. 1 de 2014, la cuestión de legitimidad constitucional fue objeto del juicio de la Corte, lo que podría permitir un primer tímido ingreso a un recurso directo bajo la forma de la tutela de un derecho a leyes conformes a la Constitución, que podría ejercitarse en la vía ordinaria (en efecto no hay mucha diferencia entre la violación de un complejo de posiciones constitucio-

[28] Al respecto y en particular en tema los espacios que podrían abrirse cf. A. Pertici, E. Rossi, *La possibilità di impugnare la nuova legge elettorale alla Corte costituzionale e gli effetti della sua eventuale sospensione*, en www.forumcostituzionale.

nales relacionadas con la libertad de voto y la violación de cualquier otro derecho constitucional).

La Corte Constitucional reconoció la relevancia de la cuestión de legitimidad constitucional en base de un supuesto procesal excepcional: en primera instancia, las administraciones que iniciaron el juicio habían opuesto la excepción de falta de legitimación y de interés de un ciudadano con referencia a la libertad de voto. Esta excepción había sido rechazada por el juez y dichas administraciones no habían interpuesto apelación sobre este punto, determinando al respecto la formación de un juzgado al interior del juicio que permitió al juez de apelación de promover una cuestión de legitimidad constitucional, no porque efectivamente existía una situación substancial para la cual tal cuestión podía tener relevancia, sino únicamente porque la formación del juzgado había creado una verdadera norma, como siempre ocurre con todos los juzgados, que forman una regla jurídica según el dicho: "*transforman el blanco en negro y lo cuadrado en redondo*" (*faciunt de albo nigris et aequat quadrata rotundis*).

No es fácil suponer si el desarrollo de la jurisprudencia constitucional seguirá este primer tímido ingreso que acabamos de recordar (como parecería entreverse en otras sentencias sucesivas como la n. 110 de 2015) o bien se detendrá. En los próximos días, la Corte se pronunciará sobre una cuestión bastante parecida substancialmente, pero promovida por un juez de primera instancia. En un origen, su decisión era prevista para el 4 de octubre de 2016, pero fue postergada por motivo del *referéndum* constitucional del 4 de diciembre de ese año.

Por otra parte, el juicio preventivo sobre las leyes electorales para el Parlamento previsto por la reforma constitucional rechazada en ese referéndum, probablemente

respondía a la voluntad de superar los problemas que casos como los que acabamos de recordar, ponen también desde el punto de vista del acceso a la justicia.

Si bien es cierto que esta modificación cambiaría de un modo muy importante el rol del juez constitucional y quizás, de la ley electoral, porque reconocería en cierta medida, el "*tono constitucional*" de la misma, remetiendo a la Corte la tarea —arriesgada desde el punto de vista de su papel— de actuar como árbitro en un conflicto constitucional entre mayoría y minorías, lo que siempre ha hecho considerar como inoportuno el recurso de las minorías parlamentarias a excepción de eventuales motivos relacionados al procedimiento.

Sin embargo, la estructura lógica del proceso constitucional no parece nacida para juzgar como árbitro de los conflictos interiores a la dialéctica política y la falta de un carácter prejudicial fuerte en tema de tutela de derechos fundamentales, podría generar situaciones de alta tensión en el sistema constitucional también mayores quizás de las que nacieron en el ámbito de juicios con un impacto político más grande. Sobre todo, podría preguntarse si en el momento en que el juicio en la vía incidental perdiese la característica de basarse en un supuesto prejudicial, aun tendría sentido excluir formas más lineares de acceso directo.

Tercera Parte
Derecho Administrativo

PROBLEMAS Y RETOS DEL ACCESO A LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA EN MÉXICO

María del Rocío González Alcántara Lammoglia
Rubén Minutti Zanatta

Sumario: *Introducción*. 1. *Propuesta de concepción básica de acceso efectivo a la justicia administrativa*. 1.2. *Algunos elementos del derecho de acceso a la justicia: Transparencia, información pública, difusión y publicación del derecho*. 2. *Figuras procesales relevantes en el acceso a la justicia en materia administrativa*. 2.1. *Recurso en sede administrativa;* 2.1.1. *Carácter optativo del recurso*; 2.1.2. *Litis abierta en la instancia posterior*. 2.2. *Juicio Contencioso Administrativo*. 2.2.1. *Control difuso;* 2.3. *Amparo Indirecto o Administrativo*. 3. *Infraestructura social*. 3.1. *Defensoría Pública o de Oficio*. 4. *Simplificación normativa y uso de la tecnología*. 4.1. *Juicio de nulidad en línea*; 4.2. *Avisos electrónicos*. 5. *Conclusiones*.

Resumen: En este ensayo, intentaremos identificar los principales retos y problemas que enfrenta el acceso efectivo a la justicia administrativa en México, y también presentaremos propuestas concretas de soluciones posibles; prestando especial atención a: *i)* el uso reciente de la tecnología en los procesos y *ii)* formas procesales relacionadas con los principales valores a proteger. Lo anterior, teniendo en cuenta que es un derecho fundamental que el estado debe realizar, en el plazo más breve posible, utilizando las instituciones adecuadas para llegar a las decisiones finales, adoptando todas las medidas necesarias para tales fines.

ABSTRACT: In questo saggio, cercheremo di identificare le principali sfide e i problemi che affronta un accesso effettivo alla giustizia amministrativa in Messico, e saremo presenti anche proposte specifiche per le possibili soluzioni; con particolare attenzione: *i)* l'uso recente di tecnologia nel procedimento e *ii)* nelle forme processuali legati ai valori principali di essere protetti. Quanto sopra, considerando che è un diritto fondamentale che lo stato esegue, entro il più breve tempo possibile e utilizzando le istituzioni accurate, le decisioni finali, adottando le misure necessarie per tali scopi.

ABSTRACT: In this essay, we will try to identify the main challenges and problems that effective access to administrative justice in Mexico confronts, and we will also present specific proposals for possible solutions; paying special attention to i) the recent use of technology in proceedings and ii) procedural forms related to the main values to be protected. The foregoing, considering that it is a fundamental right that the State performs, within the briefest possible time and using accurate institutions, the final decisions, adopting the necessary measures for such purposes.

PALABRAS CLAVE: Acceso, efectivo, justicia, juicio, nulidad, jurisdicción administrativa, medida cautelar, suspensión, defensoría pública, transparencia, información, simplificación, juicio de amparo, control difuso.
PAROLE CHIAVE: Accesso, effetivo, la giustizia, il giudizio, l'annullamento, la gurisdizione amministrativa, misure cautelari, la sospensione, la difesa pubblica, la trasparenza, l'informazione, la semplificazione, amparo, controllo diffuso.
KEYWORDS: Efective, access, justice, judgment, nullity, administrative jurisdiction, injunction, suspension, public defender's office, transparency, simplification, *amparo claim*, fuzzy control.

INTRODUCCIÓN

En nuestro país, en términos generales y conforme a parámetros internacionales, el acceso a la justicia administrativa es deficiente (es decir, no efectivo), debido a una multiplicidad de factores de los que hablaremos más

adelante. El problema, como la misma realidad mexicana, es complejo y así debe ser su análisis y acercamiento, además de ser multidisciplinario. Por lo que respecta a los ámbitos jurídico y sociológico, se detectan diversas cuestiones a tratar, principalmente la deficiente cultura jurídica de la sociedad en su mayoría, incluyendo a los gobernados no sin dejar fuera a las autoridades, en las que se incluirían los diseños normativos e institucionales en la materia, que en gran medida son tomados de sistemas jurídicos ajenos tropicalizándose no siempre con afortunados resultados, con afectación directa por intervención política, principalmente de los poderes ejecutivos (federal y locales) y de los partidos políticos.

Las propuestas de probables soluciones deberán considerar nuevas políticas públicas; mayor incidencia social (comunitaria-colectiva); replanteamiento normativo, simplificado y con mayor enfoque práctico, y conciencia política de la independencia jurisdiccional, dotando de eficacia a los dispositivos utilizados por la Administración de Justicia para lograr el acatamiento de las órdenes emanadas de las autoridades jurisdiccionales en materia administrativa y los factores torales de poder. Esto requiere un esfuerzo conjunto y acciones concretas de los distintos actores, tanto públicos como privados. Así, la ciudadanía debe comprometerse con su papel de gobernado responsable y conocer y ejercer sus derechos informada y conscientemente; las autoridades deben respetar la autonomía jurisdiccional y del poder legislativo, los derechos humanos, la jerarquía entre las propias autoridades y los principios de legalidad, gratuidad y debido proceso.

1. PROPUESTA DE CONCEPCIÓN BÁSICA DE ACCESO EFECTIVO A LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA

Previo a emitir nuestra definición de acceso a la justicia, hay quienes la definen como "*derecho de las personas, sin distinción de sexo, raza, identidad sexual, ideología política o creencias religiosas, a obtener una respuesta satisfactoria a sus necesidades jurídicas*",[1] noción vinculada con la tutela judicial efectiva y con mecanismos efectivos que permitan la solución de conflictos.

Ahora bien, nuestra propuesta para definir a ésta en materia administrativa, sería: *el derecho fundamental de toda persona de tener garantizado constitucionalmente, un contacto viable y efectivo con el órgano —jurisdiccional— especializado competente para conocer de actos administrativos definitivos, a efecto de activar su función y obtener en proceso simplificado una resolución sobre el fondo del asunto, de conformidad con la normatividad aplicable, para reparar los intereses afectados dentro de un plazo razonable.*[2] Esta definición, comprende un enfoque integral en donde acceso a la justicia va más allá de la tutela judicial efectiva.

Consideramos que la definición anterior abarca además los principales elementos de nuestro objeto de estudio, que:

1. Se reconozca como el principal de los derechos fundamentales, quizá uno de los más elementales, al ser el medio que hace posible acceder a todos los demás y garantizarlo.
2. Sea obligación constitucional (como derecho fundamental) de la autoridad garantizar el acceso real al

[1] Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, *Manual de políticas públicas para el acceso a la justicia*, Instituto Talcahuano, Buenos Aires, 2005, p. 7.

[2] Minutti Z., Rubén, *Acceso a la información pública y a la justicia administrativa en México*, Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ)-UNAM, México, 2009, p. 433.

particular, persona física o moral, en todos los sentidos: legislativo, ejecutivo y jurisdiccional.
3. La viabilidad sea tanto teórica como práctica; esto implica que de nada sirve un modelo constitucional correcto si no se refleja de facto en cuanto accesibilidad efectiva, física, infraestructura básica, defensorías adecuadas, suficientes y gratuitas, etcétera.
4. Se dé especialización de los juzgadores en la materia, que en lo administrativo cada vez es mayor debido a la fragmentación de éste. Véase la evolución según materia de los juzgados federales, que ahora cuentan con Juzgados de Distrito y Tribunales Colegiados de Circuito en materia administrativa especializados en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones, Salas del Tribunal Federal de Justicia Administrativa especializadas en materia de Propiedad Intelectual, de Comercio Exterior, Ambiental y de Regulación, por nombrar algunas.
5. Existan procesos más sencillos o que los existentes se simplifiquen, sin perjuicio del respeto al derecho de audiencia y debido proceso, eliminando todas las posibilidades de retraso, burocracia, exceso de uso de recursos por parte del gobernado y de la administración, etcétera.
6. Los efectos de la resolución respecto a la ineficacia del acto administrativo se dé atendiendo al estudio del fondo del asunto planteado, buscando otorgar la ineficacia que otorgue mayores beneficios al particular (nulidad lisa y llana); esto es, que la nulidad "de forma" y "para efectos" de los actos otorgada por los órganos, deberá ser la excepción.

Sólo así una resolución o sentencia resarcitoria según el caso, en tiempo razonable, justifica todo el esfuerzo anterior y el acceso a una tutela judicial efectiva en materia administrativa.

1.2. *Algunos elementos del derecho de acceso a la justicia transparencia, información pública, difusión y publicación del derecho*

En México la legislación es ajena a la mayoría de la población, tanto en su existencia, como en su comprensión y alcances. El conocimiento jurídico es poco y la visión de justicia de la población en general está relacionada con consideraciones punitivas, en donde el cumplimiento de la ley, "puede tolerar o alternar altos niveles de impunidad", reforzado con una percepción respecto a la incapacidad de las autoridades para aplicar la norma.[3] Esta percepción es importante pues incluso se ha considerado el acceso a la justicia como un elemento clave para el desarrollo de los países de América Latina.[4]

De ahí que es tarea pendiente de todas las autoridades del país, darse a conocer más y mejor, a través de la transparencia y otros medios, en cuanto a su naturaleza, estructura y función; dando mayor énfasis a esta última, con datos concretos de atención, ubicación, alcances y obligaciones.

[3] Conclusiones respecto a Seguridad Pública y Justicia, *Segunda Encuesta Nacional de Cultura Constitucional: legalidad, legitimidad de las instituciones y rediseño del Estado*, IFE(INE)-IIJ- UNAM, México, 2011, consultado el 22 de marzo de 2017, en: http://historico.juridicas.unam.mx/invest/areas/opinion/EncuestaConstitucion/

[4] *Acceso a la justicia. Llave para la Gobernabilidad Democrática. Informe final del Proyecto "Lineamientos y buenas prácticas para un adecuado acceso a la justicia en las Américas,* Organización de los Estados Americanos (OEA), Secretaría General, Washington, D.C., junio, 2007 consultado el 21 de enero de 2017, en: http://www.justiciaviva.org.pe/publica/lineamientos_buenas_practicas.pdf

Así, es también labor de las legislaturas (federal y locales) dar a conocer mejor y más ampliamente las leyes orgánicas de los poderes ejecutivos (federal y locales), sus reglamentos y políticas públicas; sin perjuicio de los procesos y sentencias de los juzgadores.

De la misma forma, es obligación de la población informarse, conocer y entender sus derechos, pues sólo así puede ejercerlos.

Al respecto y refiriéndonos exclusivamente al tema de transparencia, encontramos precedentes europeos a nivel supranacional, donde se obliga a los países comunitarios a tener altos niveles en su actuar; teniendo como ejemplo la existencia de la Convención sobre el Acceso a la Información, la Participación del Público en la Toma de Decisiones y el Acceso a la Justicia en Materia de Medio Ambiente, conocida como la Convención de Aarhus; con cuya aprobación la Unión Europea pretende, según el proemio de la síntesis que publica en su página web, sensibilizar e implicar a los ciudadanos en las cuestiones medioambientales y mejorar su aplicación.[5]

Ahora bien, podríamos afirmar que los grandes grupos de la sociedad mexicana no ejercen el derecho de acceso a la justicia porque no saben que lo tienen y no saben que lo tienen porque no tienen información al respecto ni saben cómo o ante quién ejercerlo. Estos círculos viciosos se deben romper.

Cabe citar el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que reconoce este derecho fundamental:

[5] Convención de Aarhus, *Síntesis de la Convención sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente*, decisión 2005/370/CE del Consejo, de 17 de febrero de 2005, consultado el 28 de diciembre de 2016, en: http://europa.eu/scadplus/leg/es/lvb/l28056.htm

Artículo 17. Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.

Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.

...

Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial.

...

Las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que *se garantice la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones.*

La Federación y las entidades federativas garantizarán la existencia de un servicio de defensoría pública de calidad para la población y asegurarán las condiciones para un servicio profesional de carrera para los defensores. Las percepciones de los defensores no podrán ser inferiores a las que correspondan a los agentes del Ministerio Público...

(Énfasis añadido)

Como se puede observar de la lectura del propio precepto, para su análisis jurídico, intervienen las materias constitucional, procesal y la relativa al derecho administrativo, en tanto que cada una clarifica su alcance, cuestiones operativas del proceso y la organización y funcionamiento de la justicia como servicio público, respectivamente.[6] Es en esta última a la que nos abocaremos.

[6] Fix-Fierro, Héctor y López-Ayllón, Sergio, *El Acceso a la Justicia en México. Una reflexión multidisciplinaria*, p. 112, consultado el 16 septiembre de 2016, en: https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/92/8.pdf.

2. FIGURAS PROCESALES RELEVANTES EN EL ACCESO A LA JUSTICIA EN MATERIA ADMINISTRATIVA

La justicia administrativa, *lato sensu*, abarca una amplia gama de procesos, vías y órganos. Nos dice Daniel Márquez Gómez: *...tan justicia es el otorgamiento de una licencia, como la solución de una controversia entre partes, puesto que ambas actividades requieren aplicar el derecho en el caso concreto.*[7] Es decir, todo acto administrativo (e incluso todo *acto de la Administración*), en su carácter de acción concreta encaminada a la aplicación de la ley, implica *per se* una cuestión susceptible de ser justa o no. Desde un punto de vista estricto, la justicia administrativa comprende desde los procedimientos ordinarios (derivados de los recursos administrativos o "*en sede administrativa*"), hasta los jurisdiccionales, ya sea ante tribunales administrativos o judiciales.

Hablar de justicia administrativa implica necesariamente el hacer referencia a los medios de defensa con los que cuenta el particular o gobernado para hacer frente y así reclamar por la vulneración de los actos autoritarios o contrarios a derecho emitidos por la autoridad administrativa que afecten sus intereses. Esos pueden ser a través de medios de impugnación judicial (jurisdiccional) o de otra índole, es decir, a través de los recursos administrativos, o aquéllos que resulten idóneos conforme a la ley.

Nos concentraremos prioritariamente en los recursos en sede administrativa y en la vía contenciosa administrativa, abarcando sólo en forma tangencial el amparo administrativo indirecto; figura, esta última, sobre la que el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, mediante un equipo

[7] Márquez Gómez, Daniel, *Los procedimientos administrativos materialmente jurisdiccionales, como medios de control en la Administración Pública*, IIJ-UNAM, México, 2002, pp. 231.

encabezado por Héctor Fix-Fierro, elaboró el que consideramos el mejor estudio sobre la realidad del tema siendo referencia obligada.[8] Sobre la vía ordinaria o administrativa *stricto sensu*, se han realizado estudios serios como los del autor ya citado en este trabajo, Daniel Márquez Gómez, uno de ellos intitulado *Los procedimientos administrativos materialmente jurisdiccionales como medios de control en la administración pública,*[9] también de referencia necesaria.

2.1. *Recurso en sede administrativa*

En el sistema jurídico mexicano, a niveles federal y local, se cuenta con medios directos de protección de los derechos de los particulares, siendo esos los recursos administrativos tramitados ante la propia autoridad, los cuales están contemplados, a nivel federal, en la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, a través de la figura del recurso de revisión[10] en la legislación, llamémosle, de carácter "*general*", la cual es aplicable supletoriamente al régimen fragmentado en las materias administrativas especiales. Es importante considerar que este ordenamiento es aplicable a los actos, procedimientos y resoluciones de la Administración Pública Federal Mexicana (centralizada y paraestatal, éstos últimos respecto de sus actos de autoridad) (ver. Artículo 1 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo).[11]

[8] Fix-Fierro, Héctor, *El amparo administrativo y la mejora regulatoria*, IIJ-UNAM, México 2005, pp. 115, y *Tribunales, Justicia y Eficiencia*, IIJ-UNAM, México 2006, p. 377.

[9] Márquez Gómez, Daniel, *op. cit.*.

[10] *"Artículo 83 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo. Los interesados afectados por los actos y resoluciones de las autoridades administrativas que pongan fin al procedimiento administrativo, a una instancia o resuelvan un expediente, podrán interponer el recurso de revisión o, cuando proceda, intentar la vía jurisdiccional que corresponda ..."*

En materia local, de igual modo encontramos recursos similares que contemplan un medio de defensa en contra de actos administrativos a interponerse al igual que el federal, ante la propia autoridad administrativa resolviendo el superior jerárquico.[12]

2.1.1. Carácter optativo del recurso

Una característica esencial para lograr que el acceso a la justicia en materia administrativa se dé en la práctica, se logró dando, en la vasta mayoría de los casos, el carácter optativo para el particular de agotar los recursos en sede administrativa, lo que implica que el gobernado cuenta con la posibilidad de interponerlos o no, o bien acudir de modo directo ante un tribunal administrativo. Es decir, no se le impone la carga de agotar el recurso para cumplir con el principio de definitividad.[13] Esta característica es otorgada expresamente por voluntad del legislador, por lo que el interesado no se encuentra constreñido a agotarlo en contra de las resoluciones emitidas por las autoridades admi-

[11] La Ley Federal de Procedimiento Administrativo a la que nos referimos no le aplica a las materias de carácter fiscal, de responsabilidades de los servidores públicos, justicia agraria y laboral, ni al ministerio público y en cuanto a competencia económica, prácticas desleales de comercio internacional y financiera, únicamente le aplica el capítulo de mejora regulatoria y la forma en que se tramita el recurso de revisión (ver. Artículo 2).

[12] *Artículo 86 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo. El escrito de interposición del recurso de revisión deberá presentarse ante la autoridad que emitió el acto impugnado y será resuelto por el superior jerárquico, salvo que el acto impugnado provenga del titular de una dependencia, en cuyo caso será resuelto por el mismo...*

[13] Este principio consiste en la obligación del particular de agotar el medio ordinario previo de defensa legal en contra de los actos emitidos por la autoridad que le causen perjuicio por virtud del cual puedan ser modificados, revocados o nulificados antes de acudir a la vía jurisdiccional correspondiente.

nistrativas previas a acudir al juicio contencioso administrativo, conocido coloquialmente como juicio de nulidad ante el Tribunal Federal de Justicia Administrativa, habida cuenta de que los recursos de esa naturaleza representan en sí un beneficio para los afectados haciendo palpable esta garantía de acceso a la justicia efectiva en materia administrativa. Interpretar lo contrario supondría que estaríamos en presencia de una trampa procesal; lo que implica necesariamente que cuando se acuda al juicio ante la autoridad jurisdiccional directamente no se podrá sobreseer por no haber agotado el medio ordinario de defensa al haber sido concebido como opcional.

La optatividad mencionada, ha sido confirmada por nuestros máximos tribunales en un sin número de criterios.[14]

Se reitera que ello no implica necesariamente la inexistencia dentro de la legislación mexicana de recursos de agotamiento obligatorio. No obstante, estos son escasos en la práctica y de carácter excepcional. A nuestro parecer recursos dotados con este agotamiento forzoso, limitan el derecho de acceso a la justicia en materia administrativa, análisis que excede el alcance del presente trabajo.

[14] REVISIÓN EN SEDE ADMINISTRATIVA. EL ARTÍCULO 83 DE LA LEY FEDERAL DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ESTABLECE LA OPCIÓN DE IMPUGNAR LOS ACTOS QUE SE RIGEN POR TAL ORDENAMIENTO A TRAVÉS DE ESE RECURSO O MEDIANTE EL JUICIO SEGUIDO ANTE EL TRIBUNAL FISCAL DE LA FEDERACIÓN. *...los afectados por los actos y resoluciones de las autoridades administrativas que se rijan por ese ordenamiento, que pongan fin al procedimiento administrativo, a una instancia o resuelvan un expediente, tienen la opción de impugnarlos a través del recurso de revisión en sede administrativa o mediante el juicio contencioso administrativo ante el Tribunal Fiscal de la Federación;..* tesis de jurisprudencia número, 2a./J. 139/99, emitida en la Novena Época por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XI, junio 2000, p. 61.

2.1.2. *Litis* abierta en la instancia posterior

El concepto de *litis* abierta es un principio que, a nuestro parecer, fortalece que el recurso en sede administrativa conlleve un acceso efectivo en términos legislativos a favor del gobernado. Al otorgarle a la instancia posterior de impugnación de esta particularidad con relación a este medio de defensa, se le está permitiendo al particular que en la vía subsecuente (vía jurisdiccional administrativa), formule conceptos de impugnación sobre aspectos que no hizo valer en el recurso, es decir, en el procedimiento del que derivó la resolución de la cual se duele, pudiendo reivindicar violaciones o ilegalidades cometidas en su contra durante la tramitación del recurso mismo.[15]

Este principio se encuentra previsto en el artículo 1o. de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, el cual señala:

> ...Cuando la resolución recaída a un recurso administrativo, no satisfaga el interés jurídico del recurrente, y éste la controvierta en el juicio contencioso administrativo federal, *se entenderá que simultáneamente impugna la resolución recurrida en la parte que continúa afectándolo, pudiendo hacer valer conceptos de impugnación no planteados en el recurso*. Asimismo, cuando la resolución a un recurso administrativo declare por no interpuesto o lo deseche por improcedente, siempre que la Sala Regional competente determine la procedencia del mismo, el juicio contencioso administrativo procederá en contra de la resolución objeto del recurso, *pudiendo en todo caso hacer valer conceptos de impugnación no planteados en el recurso* (Énfasis añadido)

[15] Ver, tesis número I.8o.A.83 A, emitida en la Décima Época por el Octavo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 12, tomo IV, noviembre 2014, p. 3000.

Derivado de lo anterior, se puede concluir que no se limitó este principio a condición alguna. Es decir, en el momento en que el gobernado acuda al juicio contencioso administrativo federal, a impugnar una resolución de carácter administrativo, se encuentra habilitado no solo para formular conceptos de nulidad sobre aspectos que no hizo valer en el procedimiento del que aquélla derivó, es decir, de la resolución de origen impugnada vía recurso sino también para externar argumentos que demuestren las ilegalidades cometidas en su perjuicio en el trámite del recurso en sede administrativa y para presentar pruebas adicionales.

Las interpretaciones jurisprudenciales han limitado el principio de *litis* abierta respecto a la posibilidad de presentar medios probatorios en momentos posteriores, lo cual ha sido amplia y abiertamente cuestionado. El sentido dado por nuestros tribunales, ha variado lamentablemente en retroceso para el particular. Actualmente nuestra Suprema Corte de Justicia ha determinado que este principio no contempla la materia probatoria, pues a su parecer, esos elementos de convicción deben ser aportados por el particular afectado desde el momento en que la autoridad administrativa resuelva la controversia, esto es, al momento de la presentación del recurso en sede administrativa, y no en momento posterior.

El razonamiento anterior, le es atribuido indebidamente a la intención del legislador, pues considera que no era su propósito extender el principio de *litis* abierta al caudal probatorio, pues si así lo hubiera querido lo habría señalado expresamente tal y como se había hecho en otras legislaciones (*v.gr.*, en su momento, en el Código Fiscal de la Federación). En virtud de dicha interpretación, nuestra Suprema Corte modificó su jurisprudencia 2ª/J.69/2001,

limitando en consecuencia el derecho del particular. En este sentido, a su parecer, sería erróneo entender que el principio respecto a la posibilidad de aportar pruebas, se extiende al juicio contencioso administrativo, pues sería jurídicamente inválido declarar la nulidad de una resolución reclamada o impugnada *con base en el análisis de pruebas que el particular no presentó en el procedimiento de origen o en el recurso administrativo, estando obligado a ello y en posibilidad legal de hacerlo, como lo prescribe el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al indicar que los gobernados deben conservar la documentación indispensable para demostrar el cumplimiento de las disposiciones… y exhibirla cuando sea requerida por la autoridad administrativa en ejercicio de sus facultades…* Concluye que estimar lo opuesto significaría que el Tribunal Administrativo cuenta con facultades para sustituirse en aquéllas propias de la autoridad administrativa, declarando la nulidad de los actos administrativos por causas atribuibles a la inadecuada defensa del particular. (Ver. Contradicción de tesis 528/2012 y en particular los votos disidentes).[16]

Ahora bien, según nuestra interpretación sistemática y atendiendo al principio *pro persona*, el particular se encontraría facultado a ofrecer los elementos probatorios que

[16] La interpretación judicial respecto a la posibilidad de presentar pruebas en el juicio contencioso administrativo aun cuando no se hubieran ofrecido en el procedimiento, ha sido restrictiva y contraria a lo indicado en el presente, modificando incluso criterios que reforzaban el punto aquí descrito. Ver, "JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. EL PRINCIPIO DE LITIS ABIERTA QUE LO RIGE, NO IMPLICA PARA EL ACTOR UNA NUEVA OPORTUNIDAD DE OFRECER LAS PRUEBAS QUE, CONFORME A LA LEY, DEBIÓ EXHIBIR EN EL PROCEDIMIENTO DE ORIGEN O EN EL RECURSO ADMINISTRATIVO PROCEDENTE, ESTANDO EN POSIBILIDAD LEGAL DE HACERLO", tesis de jurisprudencia número 2a./J. 73/2013, emitida en la Décima Época por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el libro XXII, Tomo 1, *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, julio 2013, p. 917. (Contradicción de tesis 528/2012).

considere convenientes no aportados en dicho procedimiento relacionados con sus argumentos, pues la *litis* abierta, permite una defensa extendida, abierta y amplia, por lo que en el momento posterior, los tribunales administrativos competentes deberían estudiar y resolver dichos planteamientos considerando el caudal probatorio aportado en este medio, no pudiendo desecharlo por no haber sido ofrecido en su momento desconociendo la naturaleza de la figura.

Con independencia de la problemática interpretativa respecto a la admisibilidad de los elementos probatorios adicionales en esta principio, cabe señalar que el que se contemple éste en la instancia posterior, implica que la figura procesal del recurso en sede administrativa en nuestro país se encuentra correctamente regulada, pues con su existencia se reconoce el efectivo beneficio para el particular de acudir ante la autoridad administrativa en procedimientos sencillos, y no ante un tercero independiente, traduciéndose ello en un medio de acceso a una justicia efectiva.

Caso distinto es la oportuna, en algunos casos, administración de justicia en este tipo de recursos, pues la tardanza de ciertas autoridades administrativas en la emisión y notificación de las resoluciones de estos procedimientos deja mucho que desear para el particular afectado, encontrándose este ante silencios administrativos que en virtud de la propia legislación, se traducen en confirmación de la resolución recurrida.

2.2. *Juicio Contencioso Administrativo*

Sin entrar a fondo en los antecedentes históricos de la justicia administrativa, la impartición de justicia en esta rama

del derecho es relativamente nueva,[17] sobre todo a nivel local, surgiendo en el Distrito Federal, ahora Ciudad de México, en 1971 como primera "*entidad federativa*" en crear un tribunal especializado.[18]

A nivel federal, desde la conocida Ley Lares de 1853, se crea un órgano jurisdiccional especializado en materia administrativa llamado Consejo de Estado; sin embargo, termina con la Revolución de Ayutla sin siquiera cumplir dos años de vigencia. Es hasta 1936 que surge la Ley de Justicia Fiscal, que crea el Tribunal Fiscal de la Federación, con competencia exclusiva en dicha materia; la cual es ampliada a todo lo administrativo 59 años después con la reforma de 1995.[19]

La tutela judicial efectiva es un ideal que todo Estado de Derecho aspira a cumplir y aunque en México la idea misma de Estado de Derecho provoca de por sí diversas reflexiones y señalamientos como los aquí mencionados, ciertamente aquél no puede existir sin diversos elementos básicos que denotan la necesidad de un adecuado sistema de impartición de justicia en materia administrativa, en el que los gobernados puedan acceder, fácilmente y sin necesidad de estar sujetos a formalismos innecesarios, a órganos estatales imparciales que tengan atribuciones para en su caso, hacer efectivos los derechos cuya exigencia o reconocimiento se demanda.

---

[17] Vázquez Alfaro, José Luis, *Evolución y Perspectiva de los Órganos de Jurisdicción Administrativa en el Ordenamiento Mexicano*, UNAM, México, 1991, p. 289 (principalmente el Capítulo Cuarto); y Vázquez Galván, Armando, y Agustín García Silva, *El Tribunal de lo Contencioso Administrativo en el Distrito Federal*, México, Ediciones Orto, S.A., 1977, p. 246.

[18] Vázquez Galván, *Op cit.*, p. 15.

[19] Lucero Espinoza, Manuel, *La Transformación del Contencioso Administrativo en México*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Nueva Serie Año XXXVI, Número 107, IIJ-UNAM, México, mayo-agosto 2003 consultado el 15 de diciembre de 2016 en: http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/107/el/el12.htm'.

Ante ello, cobra importancia las reformas constitucionales que dotan de autonomía constitucional a dicho Órgano Colegiado, y aquéllas realizadas a la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, que denota no sólo cómo el Tribunal Federal de Justicia Administrativa ha ampliado su competencia en diversas materias desde su gestación como Tribunal Fiscal de la Federación, sino a lo largo de su historia e incluso con el cambio de su denominación como expresión necesaria de la creciente extensión de atribuciones que han venido excediendo la competencia por materia con la que originalmente fue concebido.

Si bien se ha tratado de agilizar el juicio contencioso administrativo mediante el uso de tecnologías y se han hecho esfuerzos importantes en la regulación mediante la introducción de figuras especiales,[20] en nuestra opinión, no han resultado suficientes para alcanzar el objetivo planteado, pues la tutela judicial implica a su vez poner al alcance de los gobernados los mecanismos de acceso a los órganos de impartición de justicia.

Desafortunadamente, la enorme carga de trabajo del Tribunal Federal de Justicia Administrativa, ha puesto a prueba la efectividad de los últimos cambios legislativos realizados y la capacidad de respuesta del órgano de administración de justicia, siendo que si bien hay avances tratados adelante, aún existe un rezago importante en los tiempos en los que los asuntos son resueltos, que resulta costoso y en ocasiones frustrante para quienes acuden ante dicho órgano, reclamando justicia con la legítima aspiración de neutralizar en tiempo oportuno, la arbitrariedad que en no poco frecuentes ocasiones acompañan a los actos de la autoridad administrativa mexicana.

[20] Juicio Contencioso Administrativo Federal en línea y sumario.

2.2.1. Control difuso

Las bases constitucionales de la justicia contenciosa administrativa, y por tanto del derecho de acceso a la misma, se encuentran en los artículos 73, fracción XXIX-H y 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Por su parte, acorde con los artículos 1o. y 133 del mismo ordenamiento, las autoridades jurisdiccionales ordinarias, para hacer respetar los derechos humanos establecidos en la propia Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, pueden inaplicar leyes secundarias, lo que constituye un control difuso de su constitucionalidad y convencionalidad.[21]

En el juicio contencioso administrativo, la competencia específica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa es en materia de legalidad y, por razón de su función jurisdiccional, este órgano puede ejercer control difuso. En este sentido, nos dice Rafael Coello Cetina, Secretario General de Acuerdos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que el reconocimiento del control difuso dota a los juzgadores *de la atribución para analizar la constitucionalidad de las disposiciones generales que rigen los asuntos de su competencia y, en su caso, para inaplicarlas por estimarlas inconstitucionales, lo que genera en nuestro orden jurídico un cambio trascendente de la justicia constitucional*...[22]

A pesar de haberse contemplado en la Constitución Mexicana desde su texto original en 1917, como una fa-

[21] Jurisprudencia número 2ª/J.16/2014, emitida en la Décima Época por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 5, tomo I, abril 2014, cuyo rubro señala: CONTROL DIFUSO. SU EJERCICIO EN EL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

[22] Coello Cetina, Rafael, "El control jurisdiccional del control difuso", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n. 18, julio-diciembre de 2012, pp. 65-131.

cultad, en principio, de todos los órganos jurisdiccionales del país, el control difuso de la constitucionalidad no fue ejercido por los tribunales ajenos al poder judicial federal durante el resto del siglo XX y la primera década del siglo XXI dada la interpretación legislativa y jurisprudencial a lo largo de más de 90 años.

Así, Coello nos explica que:

> el primer criterio aislado sostenido al respecto por el Pleno de la SCJN se dio al resolver el 14 de julio de 2011, el expediente varios 912/2010, integrado para recepcionar en el orden jurídico del Estado Mexicano la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al resolver el caso "Radilla Pacheco", del cual derivaron, entre otras, la tesis LXX/2011(9ª) que lleva por rubro: *SISTEMA DE CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO.* Posteriormente, al resolver el 25 de octubre de 2011 la solicitud de modificación de jurisprudencia 22/2011, el propio Pleno determinó que han quedado sin efectos las tesis jurisprudenciales números P/J 73/99 y P/J 74/99, de rubros: *CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN. ES ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN" y "CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN. Finalmente, cabe señalar que el primer criterio con fuerza jurisprudencial que reconoce la existencia del control difuso en el orden jurídico del Estado Mexicano es el derivado de la contradicción de tesis 259/2011 resuelta el 30 de noviembre de 2011 por la Primera Sala de la SCJN.*[23]

Los juzgadores administrativos pueden hoy en día con plena libertad y ejerciendo su labor de impartición de justicia, desaplicar aquellas normas que consideren inconstitucionales, lo que ha dado un nuevo estatus jurídico, político, económico y social a la judicatura administrativa en México.

[23] *Ídem.*

Cabría mencionar un desacierto a nuestro parecer, respecto a la adición señalada recientemente por el legislador con relación a la posibilidad de la autoridad de impugnar mediante recurso de revisión judicial, sentencias en donde el Tribunal Federal de Justicia Administrativa hubiese declarado la nulidad, con motivo de la inaplicación de una norma general, en ejercicio del control difuso de la constitucionalidad y de la convencionalidad de la norma.[24] En dicho control difuso, el tema de inconstitucionalidad o inconvencionalidad no integra la *litis* del procedimiento, pues ésta se limita a la materia de legalidad y, por ello, el juzgador por razón de su función, inclusive prescindiendo de todo argumento de las partes, puede y debe desaplicar la norma.

2.3. *Amparo Indirecto, aquí llamado Amparo Administrativo*

En México, podríamos decir que, en principio y en lo general, el proceso jurisdiccional administrativo se presenta en un esquema dual: el amparo indirecto, referido aquí como amparo administrativo, el cual es concebido como medio de defensa de carácter extraordinario ante violaciones de derechos fundamentales, y el ya comentado juicio contencioso administrativo (juicio de nulidad), el cual analiza cuestiones de legalidad dándose en dos esferas competenciales al igual que toda la rama de derecho administrativo: la federal y la local.

Atendiendo al principio de definitividad y a la propia naturaleza del juicio de garantías, los juicios de amparo —administrativo— y contencioso administrativo, son excluyentes, ya que el primero juzga sólo aspectos de cons-

[24] Artículo 63, fracción X de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo.

titucionalidad y el segundo de legalidad,[25] por lo que las facultades del juzgador en amparo son decretar la inconstitucionalidad del acto y consecuentemente dejarlo sin efectos, para ordenar a la autoridad responsable restituya, en su caso, al particular en el goce de sus derechos indebidamente afectados.

En el segundo caso, esto es, en el juicio de nulidad, el juzgador tiene facultades de analizar el acto administrativo por vicios de legalidad, y ordenar el cumplimiento de la sentencia a la autoridad correspondiente. Actualmente, aunado a la aplicación del control difuso, se establece la posibilidad de que el juzgador determine la obligación del pago de indemnizaciones a favor del particular afectado en este tipo de juicios por el importe de los daños y perjuicios causados por la autoridad administrativa, cuando ésta cometa falta grave al dictar la resolución impugnada y no se allane al contestar la demanda en el concepto de impugnación de que se trate.[26]

Ello no implica que las facultades sancionadoras de los juzgadores contenciosos administrativos sean más eficaces y eficientes, por el contrario. Las facultadas sancionadoras del juez de amparo son en la práctica, a nuestro parecer, más eficientes. Un ejemplo lo sería en que el segundo puede incluso ordenar la destitución del incumplidor, mientras que el contencioso se ve limitado a la comunicación del incumplimiento al superior jerárquico de la autoridad contumaz para que actúe en consecuencia. Una honrosa excepción, es el Código Administrativo del Estado de

[25] Aunque hoy, dado el reconocimiento formal del control difuso, puede desaplicar la norma por inconstitucional.

[26] Artículo 6 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo.

México,[27] que faculta al contencioso inclusive a destituir al funcionario público que incumpla su sentencia.

Cómo se señaló en líneas anteriores, atendiendo a nuestra práctica procesal, la jurisdicción por excelencia para la tutela urgente contra actos administrativos es frente al Juez de Distrito (fuero federal) por la vía de amparo (indirecto, o aquí llamado administrativo); bajo el supuesto de que la urgencia implica una violación o posible violación a un derecho fundamental. Por su parte, por urgencia para efectos cautelares vamos a entender el peligro en la demora para evitar un hecho o acto (o su continuación si es de tracto sucesivo) que de consumarse causaría daños de difícil o imposible reparación.

En caso de no verse involucrados derechos fundamentales, pero considerarse igualmente como una situación de urgencia, entonces deberá agotarse el juicio de nulidad ante el órgano jurisdiccional contencioso administrativo competente, federal o local según sea el caso de la autoridad que dicte el acto o la materia que se trate, ante el cual se podrán solicitar medidas cautelares, con la condición de que la ley procesal administrativa correspondiente no exija mayores requisitos para otorgar la suspensión que aquellos requeridos por la Ley de Amparo;[28] pues en caso de mayores exigencias, se podrá acudir directamente al amparo indirecto,[29] sin necesidad de agotar el obligatorio y muchas

[27] Consultado el 15 de septiembre de 2016, en: http://www.edomexico.gob.mx/portalgem/legistel/LyEFra.asp

[28] Consultado el 15 de septiembre de 2016, en: www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/20.pdf

[29] Ver Artículo 61, fracción XX de la Ley de Amparo. El juicio de amparo es improcedente... XX. *Contra actos de autoridades distintas de los tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, que deban ser revisados de oficio, conforme a las leyes que los rijan, o proceda contra ellos algún juicio, recurso o medio de defensa legal por virtud del cual puedan ser modificados, revocados o nulificados, siempre que conforme a las mismas leyes se suspendan los efectos de dichos actos de oficio o mediante la interposición del juicio, recurso o medio de defensa legal que haga valer el quejoso, con los mismos alcances que*

veces devastador principio de definitividad. Es decir, sin tener que acudir previamente al juicio de nulidad o contencioso administrativo.

No siempre ha existido identidad en cuanto a los alcances previstos por la Ley de Amparo respecto a los efectos de la suspensión contemplados en los juicios contenciosos administrativos, locales y federales, ni respecto a los requisitos o plazos que la misma consigna para efecto de conceder dicha medida.

Como ejemplo no muy lejano, podemos invocar el caso del entonces artículo 28 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo,[30] el cual no era espejo de la Ley de Amparo.

Era claro para los particulares que dicho precepto establecía mayores requisitos que la Ley de Amparo para conceder la suspensión de los actos impugnados al acudir al juicio de nulidad, lo que hacía procedente la impugnación inmediata mediante la interposición de un amparo adminis-

los que prevé esta Ley y sin exigir mayores requisitos que los que la misma consigna para conceder la suspensión definitiva, ni plazo mayor que el que establece para el otorgamiento de la suspensión provisional, independientemente de que el acto en sí mismo considerado sea o no susceptible de ser suspendido de acuerdo con esta Ley.

[30] Se transcriben las partes conducentes del referido artículo 28 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo: *El demandante, podrá solicitar la suspensión de la ejecución del acto administrativo impugnado, cuando la autoridad ejecutora niegue la suspensión, rechace la garantía ofrecida o reinicie la ejecución, cumpliendo con los siguientes requisitos... III. Ofrecer, en su caso, las pruebas documentales relativas al ofrecimiento de garantía, a la solicitud de suspensión presentada ante la autoridad ejecutora y, si la hubiere, la documentación en que conste la negativa de la suspensión, el rechazo de la garantía o el reinicio de la ejecución, únicas admisibles en la suspensión. IV. Ofrecer garantía suficiente mediante billete de depósito o póliza de fianza expedida por institución autorizada, para reparar el daño o indemnizar los perjuicios que pudieran ocasionarse a la demandada o a terceros con la suspensión si no se obtiene sentencia favorable en el juicio contencioso administrativo. V. Los documentos referidos deberán expedirse a favor de la otra parte o de los terceros que pudieran tener derecho a la reparación del daño o a la indemnización citadas... XIV. Si la solicitud de suspensión de la ejecución es promovida por la Autoridad demandada por haberse concedido en forma indebida...*

trativo (indirecto), pues era necesario acreditar con pruebas que la autoridad ejecutora había negado la suspensión, o había rechazado la garantía ofrecida, o bien, reiniciaba la ejecución del acto, lo que ocasionó una saturación en asuntos de análisis de legalidad para los Juzgados de Distrito. Ante ello, el legislador se vio obligado a d modificar dicho precepto mediante una reforma legislativa pues incluso la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación había determinado que en efecto, dicho artículo establecía mayores requisitos que la Ley de Amparo (Jurisprudencia número 2ª/J.56/2007).[31]

Es el juez de amparo el que determina en última instancia si se dan los supuestos descritos en cada caso, es decir, si hay violación de derechos fundamentales o si la ley (federal o local) administrativa en cuestión exige mayores requisitos para la suspensión que la Ley de Amparo, sendos casos en los que admitirá o desechará (y en el mejor de los casos, aunque no siempre se da, remitirá a la jurisdicción competente), según corresponda.

Por el enfoque del presente trabajo y al ser las instancias antes descritas las competentes para admitir a juicio y conocer de las medidas cautelares, no haremos mención alguna del amparo casación conocido como amparo directo[32] y baste con mencionar que ante el desechamiento o la

[31] Tesis de jurisprudencia número 2ª/J.56, emitida en la Novena Época por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* tomo XXV, p. 1103, 2007: RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS IMPUGNABLES ANTE EL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA. NO ES NECESARIO AGOTAR EL JUICIO CORRESPONDIENTE, PREVIAMENTE AL AMPARO, AL PREVER EL ARTÍCULO 28 DE LA LEY FEDERAL DE PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO MAYORES REQUISITOS PARA CONCEDER LA SUSPENSIÓN QUE LOS PREVISTOS EN LA LEY QUE RIGE EL JUICIO DE GARANTÍAS.

[32] Díaz Romero, Juan, "El Amparo directo y los tribunales ordinarios ¿la simbiosis debe continuar?", *Primer Congreso Internacional de Tribunales de lo Con-*

negación de una medida cautelar, existen recursos de revisión judicial, que en el caso del amparo se ventilan ante un órgano jurisdiccional ajeno. Contrariamente, en el juicio de nulidad resuelve la misma instancia, con la aclaración de que el sistema contencioso mexicano, a nivel federal y en la mayoría de las entidades federativas, se estructura mediante salas de tres juzgadores integrantes (magistrados), siendo uno el ponente, en las que cada ponencia a través de un instructor, admite o desecha el recurso. La resolución al recurso a través del cual se impugna cualquiera de dichos actos es de resolución colegiada, es decir, por unanimidad o mayoría de votos, lo que permite cierto nivel de reconsideración objetiva sobre la decisión de la concesión o negativa de la medida cautelar.

3. Infraestructura social

México, como República Federal, está integrada por el Gobierno Federal (compuesto por los 3 poderes tradicionales: ejecutivo, legislativo y judicial), diversos órganos autónomos y 32 entidades federativas; esto implica que existen treinta y dos regímenes jurídicos locales distintos, cada uno con una Constitución propia, aunado al Régimen Federal.

Con la llamada "reforma anticorrupción" publicada en el Diario Oficial de la Federación el 27 de mayo de 2015, se consolida la jurisdicción administrativa federal y local. Se otorga independencia a los tribunales y se obliga a los estados a crearlos, pues antes de dicha reforma era optativa su creación.

tencioso Administrativo Locales de la República Mexicana, Memorias, TCADF, México, octubre 2003, pp. 129-142.

Así al día de hoy, todas las entidades federativas están obligadas a contar con tribunales independientes para juzgar legalidad y constitucionalidad de los actos del poder ejecutivo.

Aunque es muy perfectible, en México existe una infraestructura jurisdiccional administrativa considerable. Con lo que se tiene hoy en día podemos atender a una parte importante de la población; aunque no podemos generalizar, pues hay una gran heterogeneidad entre los distintos sistemas y órganos contenciosos administrativos.

En el ámbito federal, el Tribunal Federal de Justicia Administrativa, según su nuevo nombre, se compone de una Sala Superior, diversas salas regionales distribuidas por todo el país y, como ya se mencionó, salas especializadas en diversas materias. La Sala Superior es la instancia que resuelve diversos conflictos competenciales así como otras cuestiones relacionadas con los asuntos tramitados ante las salas regionales. En cambio, las otras Salas tramitan y resuelven la controversia en cuestión.

3.1. *Defensoría Pública o de Oficio*

A finales de los 90's, y como una necesidad social para acceder a la justicia, se crea el Instituto Federal de Defensoría Pública, órgano perteneciente al Poder Judicial Federal, encargado de brindar, en forma gratuita, orientación, asesoría y representación en diversas materias como la administrativa, civil y penal.[33]

Por el alcance de este trabajo, únicamente hacemos referencia de los servicios del Instituto prestados por los

[33] Ley Federal de Defensoría Pública publicada en el Diario Oficial de la Federación el 28 de mayo de 1998, reformada el pasado 17 de junio de 2016, consultado el 16 de septiembre de 2016, en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/106_170616.pdf

asesores jurídicos[34] y no así de aquellos de los defensores públicos, quienes se dedican exclusivamente a la defensa de personas físicas en materia penal.

De primera impresión se podría concluir que nuestro legislador garantiza con esta figura el efectivo acceso a la justicia de la población al proporcionar servicios de asesoría jurídica gratuitos. Pese a ello, consideramos que es también el propio legislador el que limita dicho acceso al estar dirigido dichos servicios a sujetos determinados: personas físicas que cuenten con un estudio socioeconómico previo en el que se acredite la necesidad del servicio por ser: *i)* desempleado, o no contar con ingresos, *ii)* jubilado o pensionado —incluidos sólo sus cónyuges—, *iii)* trabajador eventual o *iv)* indígena.

Existen defensorías equivalentes en algunos órganos jurisdiccionales estatales, como aquélla del Tribunal de lo Contencioso Administrativo de la Ciudad de México,[35] que está dirigida a personas físicas de escasos recursos.

Creemos que, si bien la intención del legislador es la adecuada, es mediante este tipo de exigencias como se obstaculiza en la obtención de una asesoría y defensa efectiva del particular afectado; máxime cuando los plazos para la interposición de los medios de defensa son fatales y generalmente cortos, estando el riesgo latente de actualizarse la presunción de legalidad del acto y su respectivo consentimiento.

[34] El artículo 29 de las Bases Generales de Organización y Funcionamiento del Instituto Federal de Defensoría Pública, señala en la fracción I, que el servicio de asesoría jurídica, puede prestarse en la materia administrativa, para los asuntos: a) previstos por el artículo 52 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación; b) en los que sea procedente la interposición de recursos o medios de defensa que prevean las leyes, a efecto de combatir actos de autoridad que emitan dependencias federales y entidades de la Administración Pública Federal; c) que se tramiten ante dependencias federales y entidades de la Administración Pública Federal, conforme a procedimientos seguidos en forma de juicio; d) en los que sea procedente promover juicio de amparo directo contra sentencias definitivas o resoluciones que pongan fin al juicio, dictadas por tribunales administrativos, federales o locales, y e) migratorios.

[35] Próxima denominación: Tribunal de Justicia Administrativa de la Ciudad de México.

A su vez, existen también organismos especializados en brindar asesoría y defensa en materias específicas. Véase la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente, organismo federal especializado en la materia tributaria, cuya misión es proporcionan a todos los contribuyentes, personas físicas y morales, de forma gratuita, servicios de orientación, asesoría, consulta, representación legal y defensa contra actos u omisiones de las autoridades fiscales federales.

4. SIMPLIFICACIÓN NORMATIVA Y USO DE LA TECNOLOGÍA

En años recientes el Poder Judicial Federal y el Tribunal Federal de Justicia Administrativa han incluido y fomentado el uso de los medios electrónicos para agilizar la revisión de los expedientes que se tramitan ante ellos, facilitando y simplificando así la difusión de su contenido en favor del gobernado.

En este trabajo nos abocaremos al juicio contencioso administrativo federal.

4.1. *Juicio en línea*

Desde hace más de 7 años, la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, regula la posibilidad de que los particulares acudan a la defensa de sus derechos ante tribunales administrativos utilizando medios tecnológicos, creándose la figura del "juicio en línea", siendo así el entonces Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Ad-

ministrativa, pionero, al menos en América Latina, en la tramitación y sustanciación de todo el procedimiento por vía electrónica.

Esa implementación novedosa (juicio en línea) busca acercar al justiciable con la administración de justicia mediante simplificación de procesos aprovechando las ventajas que la tecnología presenta, lo cual va de la mano a los compromisos del Estado acordados en la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información de noviembre de 2005.

Por otro lado, se realizaron modificaciones recientes a la Ley Federal de Procedimiento Administrativo respecto a la tramitación de este proceso a fin de agilizar su instrucción, y abreviar los plazos para obtener una solución pronta a la controversia, adicionando un beneficio mayor, consistente en la simplificación de las notificaciones realizadas por el propio Tribunal y los avisos mediante medios electrónicos del estado del procedimiento.[36]

Estas reformas establecen la simplificación comprendiendo entre los casos en que una de las partes es persona moral, ya que puede optar por utilizar su firma electrónica avanzada o bien la firma electrónica avanzada de su representante legal. Una ventaja significativa que se había pasado por alto.

Otra de las simplificaciones, es la eliminación del requisito de plasmar la firma que anteriormente se exigía de los funcionarios jurisdiccionales (Magistrados y Secretarios de Acuerdos), lo que resultaba redundante pues se validan las resoluciones mediante las firmas electrónicas avanzadas de dichos funcionarios, según corresponda, lo

[36] Gonzalez Alcántara L., María del Rocío y De Salvidea de Miguel, Fernando, *Un paso adelante en la justicia administrativa a nivel federal. Consideraciones respecto a la reciente reforma a la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo*, Abogado Corporativo, México, Thomson Reuters, 2016, pp. 60-64.

que acelera la justicia administrativa en línea en beneficio del querellante.

4.2. *Avisos electrónicos*

Otra simplificación es el aviso electrónico, previsto por la ley correspondiente, como mensaje enviado a la dirección de correo electrónico de las partes siendo el contenido de dicho mensaje en el que se realizará una notificación por Boletín Jurisdiccional, con independencia de que se esté en presencia de un juicio tradicional o en línea.

Este mensaje electrónico implica que las partes en el juicio estén pendientes de su consulta, con lo cual el aviso previo se erige como un elemento de auxilio para el gobernado que facilita el cumplimiento de esa carga procesal acelerando la procuración de justicia. Es por ello que la norma obliga, a la parte, a señalar en su demanda, dirección de correo electrónico para efecto de que se envíen este tipo de comunicaciones, en la inteligencia de que si no se señala, el justiciable no tendrá derecho a que se le envíe el aviso electrónico previo a que nos hemos referido, sin que desde luego ello no sea obstáculo para que consulte el Boletín Jurisdiccional, ya sea por internet o físicamente directamente en las salas correspondientes de dicho órgano jurisdiccional, no violentándose con ello ningún derecho fundamental con respecto a las notificaciones debidas. Al contrario, a nuestro parecer, este punto implica en sí una ampliación al derecho del gobernado en acceder a la información relacionada con el trámite de su asunto.

Por equilibrio procesal, se establece obligación igual para las dependencias, organismos o autoridades cuyos actos o resoluciones sean susceptibles de impugnarse ante

dicho órgano, para que registren su dirección de correo electrónico institucional para efecto del envío del aviso.

Las notificaciones deberán realizarse por medio del Boletín Jurisdiccional con excepción de tres supuestos *i)* traslado de la demanda al tercero interesado, *ii)* el emplazamiento al particular demandado en juicio de lesividad y *iii)* la que mande citar al testigo que no pueda ser presentado por la oferente), sirviendo de sustento que en las demás etapas y actuaciones del camino procesal, las partes ya tienen conocimiento del juicio teniendo la carga de revisar el Boletín Jurisdiccional durante el transcurso del procedimiento lo que hace expedita la administración de justicia para quienes cuenten con medios electrónicos.

En términos generales la reducción a estos tres supuestos, otorga celeridad al procedimiento. No obstante, ello no implica que se le prive al Magistrado de la facultad discrecional y de manera excepcional para ordenar la notificación personal, por oficio o correo certificado con acuse de recibo a las partes, atendiendo a la trascendencia del acuerdo o su situación concreta, fundando y motivando su determinación, con lo que se pretende salvaguardar la observancia del artículo 14 constitucional y a los grupos vulnerables que acuden a pedir justicia.

Si bien estas modificaciones implican un acercamiento a la tutela judicial efectiva del particular para sectores específicos de la sociedad mexicana por formar parte de la cultura de éstas, debe considerarse que debido a la situación económica y cultural de nuestro país, gran parte de la población continúa careciendo no solo de los medios físicos para acceder al uso de la tecnología sino también de una firma electrónica. Adicionalmente, en nuestro país, aún no se cuenta con la infraestructura necesaria para que en la totalidad de este se cuente con acceso al uso de Internet haciendo por tanto inaccesible para ciertos grupos la utilización de este tipo de procedimientos.

5. CONCLUSIONES

1. La justicia administrativa en México ha evolucionado en las últimas dos décadas, tanto a nivel federal como local, en algunos aspectos que mejoran el acceso a ella por parte de los justiciables.

2. En el estado actual, no obstante los avances recientes, faltan algunos elementos para poder afirmar que existe un acceso efectivo a la justicia administrativa en favor de la mayoría de la población.

3. El conocimiento jurídico básico de las mayorías sigue siendo mínimo y deficiente, lo que repercute en el ejercicio de sus derechos.

4. La actualización legislativa sigue siendo lenta y deficiente, a pesar de los criterios jurisprudenciales, los cuáles muchas veces se apartan del principio *pro personae*.

5. En cuanto a la normatividad, falta mejorar ciertas figuras esenciales como la ampliación de los servicios de asesoría y representación jurídica gratuita para la población, aun cuando ésta no se encuentre en estado de extrema necesidad.

6. Hacer una interpretación sistemática respecto a la regulación de la *litis* abierta, dejando claro que en los juicios de nulidad es extensiva no sólo a los conceptos de violación sino también a los actos impugnados y a las pruebas a aportarse.

7. Lograr que el control difuso otorgado a los órganos jurisdiccionales en materia administrativa sea efectivamente aplicado.

8. Si bien el uso de la tecnología es benéfico para la simplificación de los juicios, sigue quedando un gran camino por recorrer, que haga extensiva esta simplificación a la mayoría de la población dadas la falta de infraestructura y las condiciones socioeconómicas de nuestro país.

BIBLIOGRAFÍA

ARTEAGA NAVA, Elisur, *Constitución política y realidad.* Siglo XXI, México, 1997, 234 pp.

_____, *Tratado de Derecho Constitucional (4 tomos),* Oxford University Press, México, 1999, pp.1506.

ATIENZA, Manuel y Luigi Ferrajoli, *Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de derecho,* UNAM, México, 2005, pp.133.

BERIZONCE, Roberto O. (Prol. Mauro Cappelletti), *Efectivo Acceso a la Justicia, Propuesta de un modelo para el Estado Social de Derecho*, Librería Editora Platense S.R.L., La Plata, Argentina, 1987, pp.154.

CABALLERO JUÁREZ, José Antonio, Carlos G. Gregorio y Margaret Popkin, *El Acceso a la Información Judicial en México: una visión comparada*, UNAM, México, 2005.

_____ y Hugo Concha Cantú, *Diagnóstico sobre la Administración de Justicia en las Entidades Federativas,* UNAM, México, 2001, pp. 380.

_____, Vanessa Díaz y Ernesto Villanueva, *Derecho de acceso a la información en el Poder Judicial*, Cámara de Diputados-LIX Legislatura, Limac, A.C., Fundación Konrad Adenauer Stiftung, Miguel Ángel Porrúa, México 2006, pp. 185.

CAPPELLETTI, Mauro y Bryant Garth, *El Acceso a la Justicia. La Tendencia en el Movimiento Mundial para hacer efectivos los Derechos,* Sección de Obras de Política y Derecho, 2ª edición, FCE, México, 1996, pp.154.

COELLO CETINA, Rafael, *El control jurisdiccional del control difuso*, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, no. 18, julio-diciembre, 2012, pp. 65-131.

DELGADILLO GUTIÉRREZ, Luis Humberto, *Elementos de Derecho Administrativo* (Primer Curso), 2ª edición, Limusa-Noriega Editores, México, 2004, pp. 338.

DESANTES GUANTER, José Maria, *La Información como Derecho*, Editora Nacional, Madrid, España 1974.

_____, *La Información como Deber,* Colección de la Facultad de Ciencias de la Información, Universidad Austral, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires Argentina, 1994, pp. 297.

DÍAZ ROMERO, Juan, *El Amparo directo y los tribunales ordinarios ¿la simbiosis debe continuar?*, Primer Congreso Internacional de Tribunales de lo Contencioso Administrativo Locales de la República Mexicana, Memorias, TCADF, México, octubre 2003, pp.129-142.

FIX-FIERRO, Héctor, *El amparo administrativo y la mejora regulatoria*, IIJ-UNAM, México, 2005, pp. 115.

_____, *Tribunales, Justicia y Eficiencia*, IIJ-UNAM, México, 2006, pp. 377.

_____ y López-Ayllón, Sergio, *El Acceso a la Justicia en México. Una reflexión multidisciplinaria*, IIJ-UNAM, México, pp. 112. https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/92/8.pdf

FIX ZAMUDIO, Héctor, *Concepto y contenido de la Justicia Administrativa,* www.bibliojuridica.org/libros/4/1624/9

GONZALEZ ALCÁNTARA L., María del Rocío y De Salvidea de Miguel, Fernando, *Un paso adelante en la justicia administrativa a nivel federal. Consideraciones respecto a la reciente reforma a la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo*, Abogado Corporativo, año IX, no 50, Thomson Reuters, México 2016, pp. 60-64.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Derecho Procesal Administrativo Mexicano*, Porrúa-UNAM, 3ª edición, México, 2005, 1529, pp. (2 tomos).

GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo, tomo 2*, Fundación de Derecho Administrativo, 6ª edición, Buenos Aires Argentina, 2003, pp. XXII-48.

_____, *Tratado de Derecho Administrativo, tomo 4*, Fundación de Derecho Administrativo, 8ª edición, Buenos Aires Argentina, 2004, pp. 625.

_____, *La Administración Paralela*, Cuadernos Civitas, 3ª reimpresión, Madrid España, 2001, pp.155; y en http://www.gordillo.com/AdmPar.htm

LUCERO ESPINOZA, Manuel, *La Transformación del Contencioso Administrativo en México, Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie Año XXXVI, Número 107, IIJ-UNAM, México, Mayo-Agosto 2003. http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/107/el/el12.htm

MÁRQUEZ GÓMEZ, Daniel, *Los procedimientos administrativos materialmente jurisdiccionales, como medios de control en la Administración Pública*. IIJ-UNAM, México, 2002, pp. 231.

MINUTTI Z., Rubén, *Acceso a la información pública y a la justicia administrativa en México*, IIJ-UNAM, México, 2009 pp. 433.

NATARÉN, Nandayapa Carlos F., *La tutela de los derechos fundamentales de naturaleza procesal (En torno a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000*, IIJ-UNAM, México, 2006, pp.193.

VÁZQUEZ ALFARO, José Luis, *Evolución y Perspectiva de los Órganos de Jurisdicción Administrativa en el Ordenamiento Mexicano*, UNAM, México, 1991, pp. 289.

VÁZQUEZ GALVÁN, Armando, y García Silva, Agustin. *El Tribunal de lo Contencioso Administrativo en el Distrito Federal*, Ediciones Orto, S.A., México, 1977, pp. 246.

EL ACCESO A LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA EN ITALIA*

LUISA AZZENA
ALFREDO FIORITTO

SUMARIO: *PRIMERA PARTE. Una introducción al sistema de justicia administrativa en Italia*.1. *Premisa*. 2. *El acceso formal a la justicia administrativa: la evolución del sistema de acceso a la justicia administrativa*. 2.1. *La función del interés legítimo en el proceso*. 2.2. *La evolución de la justicia administrativa y de la noción del interés legítimo*. 3. *El actual sistema de justicia administrativa: el nuevo proceso administrativo*. 4. *Las acciones disponibles en el proceso administrativo*. 4.1. *Acciones de anulación y la acción de condena para obtener un acto administrativo*.4.2. *La acción contra la inercia de la administración pública*. 4.3. *La acción resarcitoria*. 5. *Breves menciones sobre la organización y sobre el desarrollo del proceso. SEGUNDA PARTE. La tutela cautelar en el proceso administrativo*. 1. *Premisa. La ejecutoriedad del acto administrativo y la exigencia de una tutela cautelar*. 2. *El proceso histórico de afirmación de la tutela cautelar en el proceso administrativo. El tradicional privilegio de la administración en el derecho sustancial y en el derecho procesal*. 2.1. *El sistema original de justicia administrativa*. 2.2. *La evolución de la tutela del ciudadano en los años setentas del siglo veinte. La actuación del doble grado de jurisdicción administrativa*. 2.2.1. *La facultad del juez administrativo de suspender la ejecución del acto impugnado en la ley del Tribunal Administrativo Regional (ley núm. 1034/1971). El requisito de la necesidad de evitar el "daño grave e irreparable"*. 2.2.2. *La previsión de la obligación del juez de motivar la orden cautelar*. 2.2.3. *El requisito (de origen jurisprudencial) del "fumus boni juris"*. 3. *La tutela cautelar del juicio administrativo después de la entrada en vigor del Có-*

* Traducción del italiano a cargo de Aldo Petrucci y Rubén Minutti Zanatta.

digo de Procedimiento Administrativo (ley núm. 104/2010). 3.1.1. *Los presupuestos de la tutela cautelar: el "fumus boni juris" y el "periculum in mora".* 3.1.2. *La prohibición para el juez que reconoce la propia incompetencia de pronunciarse sobre la instancia cautelar.* 3.1.3. *Medidas procesales establecidas en el Código para evitar que la solicitud de tutela cautelar alargue (con pretextos) la duración del proceso.* 3.2. *Atipicidad de las medidas cautelares.* 3.2.1. *El procedimiento cautelar general (art. 55 del Código de Procedimiento Administrativo (CPA). La "decisión del fondo dentro de un plazo breve" ("merito a breve") como forma ordinaria de tutela.* 3.2.2. *El procedimiento cautelar en primera instancia en casos de "extrema" gravedad y urgencia (art. 56 CPA).* 3.2.3. *La tutela cautelar antes de juicio en casos de "excepcional" gravedad y urgencia (art. 61 CPA).* 3.4. *Sobre la impugnabilidad de las órdenes cautelares.* 3.5. *Reflexiones sobre la nueva disciplina del acceso a la tutela cautelar en el procedimiento administrativo.*

Resumen: El artículo contiene algunas reflexiones sobre el acceso a la justicia administrativa en Italia. La primera parte está dedicada a ilustrar brevemente el sistema de la justicia administrativa y en particular, la evolución de la tutela administrativa y jurisdiccional, la organización de la justicia, las principales formas de acción utilizables ante el juez y las relaciones entre la justicia administrativa y la justicia ordinaria. La segunda parte tiene como objeto investigar el acceso a la tutela cautelar en el proceso administrativo italiano. Se comienza con su reconstrucción en términos histórico-evolutivos de su origen y la afirmación de la tutela cautelar en el ámbito del procedimiento administrativo a través de la legislación y la jurisprudencia, teniendo también en cuenta la contribución del derecho europeo, evolución que termina con la promulgación del Código de Procedimiento Administrativo en el año 2010 en el cual, el procedimiento cautelar recibe finalmente una sistematización orgánica y en el que se resuelven numerosas interrogantes.

Abstract: Lo scritto contiene alcune riflessioni sull'accesso alla giustizia amministrativa in Italia. La prima parte è dedicata ad illustrare brevemente il sistema della giustizia amministrativa e, in particolare, l'evoluzione delle tutele amministrative e giurisdizionali, l'organizzazione della giustizia, le principali forme di azione esperibili davanti al giudice e i rapporti tra giustizia amministrativa e giustizia ordinaria. La seconda parte si propone di indagare l'accesso alla tutela cautelare nel processo amministrativo italiano. Si intende muovere dalla ricostruzione, in chiave storico evolutiva, della nascita e affermazione della tutela cautelare nell'ambito del processo amministrativo, attraverso la legislazione e la giurisprudenza, tenendo altresì conto del contributo del diritto europeo. Evoluzione che è culminata con l'emanazione nel 2010 del Codice del Processo Amministrativo, in cui il procedimento cautelare riceve finalmente una sistemazione organica e in cui numerose questioni trovano una sicura definizione.

Abstract: This article contains some considerations regarding the access to administrative justice in Italy. The first part of the article focuses to briefly illustrate the administrative justice system and, in particular, the evolution of administrative and judicial tutelage, the organization of justice, the main legal actions that can be used before the courts and the relationship between administrative justice and ordinary justice. On the other hand, the second part of the article aims to investigate the access to interim protection in the administrative proceeding of Italy. It will begin by retaking the historical-evolutive terms of its origin and the statement of the interim protection within the administrative proceeding that appears in the legislature and the national case law, considering, as well, the impact the European Law has had in this subject. Moreover, aforementioned evolution that concludes with the promulgation of the Administrative Procedures Act of the year 2010 in which precautionary proceedings acquires a systematical organization that helps to solve several questionings.

Palabras clave: Justicia administrativa, Código de Procedimiento Administrativo italiano, acceso a la justicia administrativa, procedimientos cautelares.
Parole chiave: Giustizia amministrativa, Codice del Processo amministrativo italiano, accesso alla giustizia amministrativa, procedimenti cautelari.
Keywords: Administrative justice, Italian Administrative Procedures Act, access to the administrative justice, precautionary procedures.

PRIMERA PARTE
Una introducción al sistema de la justicia administrativa en Italia

Alfredo Fioritto

1. Premisa

Con la aprobación del Código de Procedimiento Administrativo en el año 2010 (D. Lgs. 104/2010) concluyó un largo proceso de reforma de la justicia administrativa italiana, que condujo a una tutela plena y efectiva de los ciudadanos con respecto del poder ejecutivo. Este Código puede ser ciertamente comparado con los de procedimientos civiles y penales, aunque permanecen algunas marcadas diferencias con la totalidad de la justicia administrativa. Ante todo, con el término "*justicia administrativa*" se comprende tanto el proceso ante el juez administrativo como la justicia ofrecida por la misma administración con los recursos administrativos y con los medios alternativos de solución de conflictos (MASCs). En segundo lugar, el procedimiento administrativo se desarrolla en dos niveles (Tribunal Administrativo regional y Consejo de Estado) en lugar de tres instancias como sucede con la justicia civil y penal. En tercer lugar, las acciones en el procedimiento administrativo son más limitativas mientras que se prevén diversos procedimientos especiales (el más relevante es el relativo a los contratos públicos, además de haber sido objeto de una muy reciente reforma).

En este escrito se trazarán los puntos fundamentales del sistema de la justicia administrativa italiana partiendo entonces del supuesto que por derecho de acceso a la justicia se pueden entender dos diferentes aspectos del problema: *a)* el problema del derecho de acceso formal a la justicia y *b)* el problema del derecho sustancial a la justicia. Hablaremos principalmente sobre el primer aspecto del problema y trataremos con breves referencias el segundo aspecto.

Respecto al primer punto, daremos una introducción al sistema de justicia administrativa italiana que dará cuenta de sus principios, sus acciones y las fases del proceso. Esa parte proporcionará el cuadro general del sistema de la justicia administrativa, incluida su evolución, de modo que ofrezca elementos para una comparación con el sistema mexicano y para la identificación de los aspectos positivos de las recientes reformas y de las críticas que la doctrina y la jurisprudencia han evidenciado.[1]

2. El acceso formal a la justicia administrativa: la evolución del sistema de acceso a la justicia administrativa

2.1. *La función del interés legítimo en el proceso*

Un gran estudioso del derecho, particularmente de la justicia administrativa italiana, el profesor Fabio Merusi, en 1986, publicó un libro intitulado *La injusticia administrativa* refiriéndose al sistema entonces vigente de la justicia administrativa. En los años ochenta del siglo XX, más autores hablaron de esa injusticia administrativa: Cassese en el 84, Merusi y Sanviti en el 86, Nigro en el 88. Es, sin embargo, gracias a Merusi que se debe la mayor profundización sobre el tema de la injusticia que se compone, se-

[1] *Cfr.* A. Fioritto, "*Gli interessi legittimi come fonte dell'ingiustizia amministrativa*", en "*Il nuovo processo amministrativo*" (a cargo de Catelani, Fioritto, Massera), Torino, 2011, pp. 34-ss.

gún el autor, de tres aspectos que son: la falta del principio contradictorio en el proceso administrativo, la falta de una acción de cumplimiento, así como la presencia de los intereses legítimos, considerados en ambos aspectos procesal y sustancial.

Abordaré, en primer lugar, el tema del interés legítimo sobretodo en su función de un criterio distintivo de la jurisdicción. En el derecho administrativo los aspectos sustanciales y los procesales, más que en otros sectores del derecho, se encuentran estrechamente unidos y quizás el interés legítimo es precisamente la declaración de esta estrecha conexión; por otra parte, no puede ser olvidado que en algunos ordenamientos, la justicia administrativa —hasta hace pocos años— era concebida como la prolongación de la acción administrativa.

En el Código de Procedimiento Administrativo implementado en el 2010 algunos vacíos y algunas carencias señalados por Merusi han sido, sin duda, colmados; el artículo 27 y los artículos 63 y siguientes han indudablemente ampliado la posibilidad del principio contradictorio y rendición efectiva de la paridad de las partes. Sobre la falta de una acción auténtica de cumplimiento ya se ha hablado, pero por cuanto se refiere el tema de los intereses legítimos, los problemas precedentes parecen no haber sido resueltos. Sobre el interés legítimo el Código confirma el criterio que se desprende de la superposición de la ley que abrogó el contencioso administrativo (que hablaba de asuntos no comprendidos entre los derechos civiles y políticos) y de la ley por la que se estableció la IV sección (que habla explícitamente de los intereses, aunque no de los intereses legítimos).

2.2. La evolución de la justicia administrativa y de la noción del interés legítimo

El Código de Procedimiento confirma, por tanto, el dualismo jurisdiccional basado en la distinción entre derechos e intereses. Pero, podríamos preguntarnos ¿este punto de partida resulta ser actual o corre el riesgo de ser ya anacrónico? Ciertamente, el nacimiento y el desarrollo del dualismo jurisdiccional son fruto de las categorías ideológicas que hoy, aunque no estén totalmente superadas (porque en la base de la relación entre la administración y los ciudadanos siempre existe el uso de un poder público necesario para perseguir un interés público) se pueden proponer en términos radicalmente diversos. Sería imposible exponer una reconstrucción completa de las teorías sobre los intereses legítimos pero nos limitamos a algunas útiles a efectos del discurso.

De Tocqueville refuta la idea del dualismo jurídico y jurisdiccional porque está impregnada de autoritarismo, lejana del modelo garantista basado en la imparcialidad, independencia y el principio contradictorio: *entre el Estado y los ciudadanos existe la imaginación de la justicia no la justicia misma*. Los acontecimientos italianos se conocen: las afirmaciones de Mancini en relación a la ley abrogada del contencioso administrativo, aceptables en el fondo, trajeron un resultado opuesto a aquel previsto por el ponente. La afirmación de que los derechos de los ciudadanos pueden ser tutelados sólo por los tribunales comunes se trasforma en los hechos en un poder absoluto de la administración que, ya sea por la timidez de los jueces ordinarios, o por la falta de un juez administrativo, obligó al ciudadano a la resignación y a la sumisión. La afirmación de Mancini, tan debatida y criticada, esconde sin embargo una idea acepta-

ble que es la supremacía de la ley y de su correcta aplicación por parte de la administración.

En los hechos, la exaltación del derecho individual y la creación de la situación jurídica del interés simple, con la decisión del juez único, deja a las personas, que entran en contacto con la administración, sin la debida tutela. No son menos ideológicas las posiciones de quien como Spaventa ha contribuido a la creación de una sección jurisdiccional en el Consejo de Estado. De cultura hegeliana, Spaventa ve al estado como una fuente de producción no sólo de normas sino también de valores. El estado tiene un valor ético, y por ello, no es necesario crear un juez nuevo, tercero e independiente, basta con agregar una sección jurisdiccional al Consejo de Estado. Lo que se obtiene entonces es una administración de justicia, centrada en una especie de procedimiento decisorio sobre la legitimidad (o en casos limitados sobre el fondo) pero no un juicio sobre una controversia entre la administración y el ciudadano.

El reconocimiento de la naturaleza jurisdiccional de la sección IV por parte de la Corte de Casación en 1893, no resolvió el problema de la independencia ni de la imparcialidad. La nueva sección viene diversamente interpretada como *jurisdicción imperfecta*[2] o como superjurisdicción (en un declarado paralelismo con el superhumano "Nietzchiano" de Santi Romano).[3] Ahora en tiempos recientes, para el centenario de su constitución, Alberto Romano

[2] G. Vacchelli, *Difesa giurisdizionale dei diritti dei cittadini verso l'Autorità amministrativa*, en *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, dirigido por V. E. Orlando, III, Milano, 1901, pp. 223-ss.

[3] Santi Romano, *Le giurisdizioni speciali amministrative*, en *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, dirigido por V. E. Orlando, III, Milano, 1901, pp. 507-ss.

consideraba al CDS como "perteneciente a la administración como institución".[4]

Más allá del problema de la naturaleza realmente jurisdiccional de la IV sección, cobra vida desde finales del siglo XIX una elegante elaboración teórica sobre la noción del interés legítimo: el mismo adjetivo *legítimo* no está presente en la norma que restablece la jurisdicción administrativa. Prácticamente, toda la ciencia jurídica del siglo XX se mide con esta noción, considerándola tanto como situación jurídica útil sólo para los fines del reparto de la jurisdicción, así como una situación jurídica sustancial.

A menudo el punto de partida para identificar los intereses legítimos es el derecho: así para Borsi los intereses legítimos son derechos reflejos o derechos debilitados.[5] Para Miele se trata de una posición ventajosa que es sólo como un reflejo de las normas que regulan el ejercicio del poder; de este modo *la posición ventajosa es el resultado de las normas que imponen al titular de un poder la observancia de determinadas modalidades y condiciones en su ejercicio.*[6]

En una perspectiva sustancial se mueve Zanobini, para quien el interés legítimo es *"un principio de orden general"* utilizable no sólo en el derecho administrativo, sino también en el derecho privado (intuición posteriormente desarrollada por estudiosos del derecho privado como por Lina Bigliazzi Geri). Partiendo de este supuesto, el autor concluye que *la sustracción del derecho a la acción judicial no ha tenido como efecto su trasformación en interés simple*. Al contrario, *si algunos intereses legítimos vinieran asignados a la compe-*

[4] A. Romano, *I caratteri originari della giurisdizione amministrativa e la loro evoluzione, en Cento anni di giurisdizione amministrativa, Atti del convegno celebrativo*, Napoli, 1996, pp. 57-ss.

[5] U. Borsi, *Giustizia amministrativa*, Padova, pp. 1934, 120-ss.

[6] E. Miele, *Principi di diritto amministrativo*, II ed., Padova, 1960, p. 56.

tencia de la autoridad judicial, no por eso se deben considerar como otros tantos derechos subjetivos.[7]

El interés legítimo desde cualquier óptica por la que se le mire, parece permanecer en el punto en el cual se funda la imposibilidad del proceso administrativo de ser construido como un proceso de partes iguales. Giannini sostiene lo mismo, que la posición jurídica exigida en un juicio es aquella de un simple derecho a la legitimidad y que la investigación del juez se limita a verificar la correspondencia entre el acto y la atribución normativa del poder.[8] En la misma óptica se mueve Capaccioli, según el cual la voluntad de la administración no se forma en una relación, sino que nace del poder.[9] La administración no debería ser parte del negocio jurídico sino que debería ejercer un poder, aunque dentro de los límites que la legalidad implica, como indica ahora Giannini, en el uso de la discrecionalidad administrativa.[10] Un juez administrativo sería, por tanto, necesario también en razón de su proximidad a la administración y a su conocimiento directo.

Una visión particularmente brillante y exenta de prejuicios e ideologismos la ofrece precisamente Fabio Merusi en la *Injusticia Administrativa*, en donde aclara que: *el interés legítimo es un derecho diverso de los demás sólo en cuanto al objeto y no en cuanto a la sustancia... si hace falta un juez distinto, no es porque son distintas situaciones jurídicas, sino porque el poder de la administración pública es materialmente diverso del poder privado.*

Afortunadamente este planteamiento no ideológico basado en el análisis del estado de las cosas ha sido el pre-

[7] G. Zanobini, *Interessi legittimi e diritto privato*, en AA.VV., *Studi in memoria di F. Ferrara*, Milano, 1943, II, pp. 707-ss.

[8] M.S. Giannini, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, II, en Riv. Dir. Processuale, XIX, 1964, p. 18.

[9] E. Capaccioli, *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, 1980, pp. 267 y ss.

[10] M. S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, 1939.

dominante, gracias al derecho europeo; así también, antes de la reciente reforma del procedimiento, había sido reconocida la reparación del interés legítimo, había sido ampliados los medios instructores así como el contradictorio y aumentaron los casos de jurisdicción exclusiva del juez administrativo.

Concluyendo sobre este punto, podemos extraer algunas lecciones en torno al desarrollo de la noción del interés legítimo. En el plano procesal podemos decir que el dualismo puede y debe ser interpretado no como separación y diferencia de la jurisdicción, sino como especialidad del juez administrativo, que parece y se comporta cada vez más como un juez ordinario especializado. El Código de Procedimiento Administrativo (CPA) remite en 26 artículos al Código de Procedimientos Civiles: hay un reenvío general por la parte no cubierta por el CPA al proceso civil. El proceso civil se convierte en el modelo del administrativo, que claramente se coloca como un proceso especializado debido a la presencia de una administración pública en el juicio y debido a la particular competencia del juez administrativo; la separación cae y deja espacio a la especialización.

Por otra parte, existen 21 materias que se transfieren al juez administrativo no con base en la distinción entre derechos e intereses, sino con base en la atribución legislativa, que se establece, por tanto, como una atribución exclusiva. En estas 21 materias encontramos varias importantes: bastaría pensar en el urbanismo, o en el sector de la construcción; la mitad del tiempo del desempeño de las funciones de los jueces administrativos está dedicado a resolver sólo controversias en materia de construcción.

3. El actual sistema de la justicia administrativa: el nuevo procedimiento administrativo

El proceso de reforma de la justicia administrativa italiana inició a finales de los años noventa, por obra del legislador y del juez (Decreto Ley núm. 80/90; Corte de Cas. S.U. núm. 500/99; ley núm. 205/2000) y ha venido sido acompañado por una jurisprudencia constitucional que ha contribuido a fijar algunos de sus principios (por ejemplo, las sentencias núm. 204/04, núm.191/06, etcétera) que han coadyuvado a modificar profundamente la estructura de nuestra justicia administrativa (artículo 117, ap.2 Const. lett. l) entendida como el sistema de los medios de tutela jurisdiccional en las relaciones de derecho público (aquellas que se establecen en el ejercicio de facultades administrativas).[11] Tal proceso de reforma se concluyó con el decreto legislativo núm. 104/2010 (CPA) decreto de aplicación de la delegación prevista en el Artículo 44, l. núm. 69/2009, que contiene importantes principios innovadores (para algunos aspectos más avanzados respecto a su implementación por parte del legislador delegado). En el CPA también se incluyeron las normas de ejecución de la delegación con arreglo al Artículo 44 de la ley núm. 88/2009, en materia contenciosa de los contratos públicos, a su vez, aplicativo de directivas comunitarias, que modifica de manera profunda esta clase de controversias, que son extremadamente importantes entre aquellas confiadas a la jurisdicción administrativa y que atribuye al juez administrativo también la tarea de formular valoraciones de los esquemas contractuales.

[11] V. Cerulli Irelli, "Giurisdizione amministrativa e pluralità delle azioni", en *Il nuovo processo amministrativo*, a cargo de Catelani, Fioritto, Massera, Torino, 2011, pp. 45-ss.

Se puede afirmar que, en este nuevo aspecto del sistema de tutela, las situaciones subjetivas pueden en las relaciones de derecho público (agrupadas en el género de los intereses legítimos: artículo 24 Constitucional) tender a la equiparación respecto a las situaciones protegidas en el ámbito de las relaciones del derecho común (agrupadas en el género de los derechos subjetivos: artículo 24 Constitucional) como aquellas capaces de beneficiarse de todos los medios de tutela reconocidos en el ordenamiento.

Esta nueva ordenación no únicamente está conforme con los principios constitucionales, sino representa su efectiva actualización, después de un largo periodo en el cual nuestro sistema de justicia administrativa quedaba básicamente igual a la actual Constitución (salvo los avances, a menudo eficaces, productos de la jurisprudencia). Además concretiza (aunque en realidad, no se trata de actualizaciones en un sentido técnico) a los principios de tutela jurisdiccional elaborados en sede europea: en la jurisprudencia de la Corte de Justicia UE, de acuerdo con las controversias en las que se aplica el derecho comunitario y dicta principios que son vinculantes para los Estados miembros (los cuales tienen una fuerza expansiva, se diría, incluso más allá de estas controversias); en la jurisprudencia de la CEDU, cuyos principios son vinculantes para los Estados participantes de la Convención aunque en una medida distinta a los primeros, como aquellos que definen el ámbito de la protección jurisdiccional que los Estados deben asegurar a sus ciudadanos (v. las recientes decisiones de la Corte de Justicia: 18.3.2010, C-317/08, C-320/08; 14.2.2008, C-450/2006; CEDU 6.4.2010, 31.3.2009, 1.7.2008, etcétera). Principios que de hecho entraron con una clara expresión en nuestra Constitución

(artículo 111) como consecuencia de la Ley constitucional número 2/1999.[12]

Estos principios se pueden expresar en la frase *"plenitud y efectividad de la tutela"*, que en términos generales (en sus diferentes aplicaciones) significa: todas las situaciones deben poder beneficiarse de todos los medios de tutela (acciones) reconocidas por el ordenamiento, los cuales, dado el tipo de situación protegida y el tipo de relación en el cual se coloca (dadas las particularidades que los diversos tipos de relaciones presentan) son necesarios a fin de garantizar la protección; y que estos medios de tutela (acciones) deben estar regulados de tal manera (lo que se refiere precisamente a la disciplina procesal) para asegurar que la protección sea efectiva, quiero decir capaz de traducirse en un nivel práctico de plena satisfacción sustancial de los intereses que las situaciones protegidas constituyen, precisamente, el sustrato sustancial.[13]

4. Las acciones disponibles en el proceso administrativo

4.1. *Acciones de anulación y la acción de condena para obtener un acto administrativo*

El CPA prevé cinco acciones típicas que son el fruto de la constante acción de la evolución legislativa y jurisprudencial. Las acciones son: anulación (Artículo 29) condena (Artículo 30) acciones contra el silencio (Artículo 31) en

[12] *Cfr.* V. Cerulli Irelli, *"Giurisdizione amministrativa e pluralità delle azioni"*, op. loc. cit., en el mismo sentido C. E. Gallo, *"Manuale di giustizia amministrativa"*, Torino, Giappichelli, 2016, pp. 51-ss.

[13] *Cfr.* V. Cerulli Irelli, *"Giurisdizione amministrativa e pluralità delle azioni"*, op. cit., pp. 20-ss.

modo distinto vienen después previstas: la acción cautelar (Artículos 55-62 en el ámbito del proceso cautelar) y la acción de cumplimiento (Artículos 112-115).

Pasando a la acción de anulación, hay que recordar cómo el ejercicio del poder administrativo da lugar a un acto jurídico o una orden que pueden producir efectos lesivos en la esfera jurídica de su destinatario y de terceros respecto a la relación jurídica principal. En tales casos, la primera forma de tutela es aquella que consiste en la anulación del acto lesivo, previa comprobación de la presencia de una violación de ley, o de un vicio de incompetencia, o de exceso de poder y el consiguiente restablecimiento de la situación jurídica anterior a la emisión del acto ilegítimo. El CPA también prevé la posibilidad de protección contra un acto o una orden nulos (no sólo anulables o que se pueden anular); en esta hipótesis hay que comprobar, previamente la presencia de uno de los casos de nulidad (que son previstos en el Artículo 21-*septies* de la ley núm. 241/1990, como puede ser la: falta de elementos esenciales, defecto absoluto de atribución, violación o elusión de la cosa juzgada, otros casos más expresamente previstos en las leyes) y después declarar la nulidad de la orden (que implica la imposibilidad de producir efectos jurídicos). Para ello ha sido prevista una acción específica de verificación, no como acción autónoma, sino en el ámbito de la disciplina de la tutela contra el silencio de la administración (Artículo 31 CPA). Ambas acciones están sujetas a un plazo de caducidad bastante breve, de sesenta días (Artículos 29; 31, ap. 4°).

Evidentemente, la acción de anulación representa una tutela eficaz sólo contra los actos y órdenes emanados de la administración (incluso mediante el mecanismo del consentimiento tácito). Cuando, en cambio, la lesión del in-

terés (o del derecho) deriva de un comportamiento inerte, silencioso de la administración (como el caso en el cual la administración ha negado una orden solicitada por el interesado, por ejemplo una autorización que se presume debida) la mera anulación (o la declaración de nulidad) del mismo, no es suficiente para asegurar satisfacción del interés que se presume dañado. Para colmar tal laguna, intervino el Artículo 30 del CPA que ha previsto una acción específica de condena de la administración para que cumpla con la orden dada.

Esta acción está estrechamente conectada (o en contexto, como indica el Artículo 30, ap. 1 CPA) con la acción de anulación, a través de la cual se puede pedir al juez, una vez anulado el acto lesivo y comprobado que un acto positivo debía ser adoptado, de ordenar a la administración la adopción de dicho acto. Para asegurarse que la administración efectivamente cumplirá con la obligación de proveer, el nuevo Código ha previsto que en caso de una inercia ulterior por parte de la administración, el juez pueda nombrar a un comisario extraordinario que, en sustitución de la autoridad administrativa competente, emita el acto debido. La presencia de un comisario evita que el juez se sustituya en la administración (atentando contra el principio de separación de poderes) y además asegura la tutela plena y efectiva solicitada en la Constitución.

4.2. *La acción contra la inercia de la administración pública*

En la primer versión del Código, estaba incluida una autentica acción de cumplimiento que no obstante lo anterior, ha sido eliminada del texto aprobado por el Parlamento. El problema que se plantea es cómo reaccionar frente

a la inercia de la administración en el caso en el cual tras haber, por ejemplo, el ciudadano presentado una petición destinada a obtener una autorización, la administración no responda y no se pueda formar el consentimiento tácito que refiere el Artículo 20 de la ley núm. 241/1990 (sobre el procedimiento administrativo).[14]

En este caso, el interés sustancial es conseguir de la administración el acto solicitado, pero en este caso la administración no ha respondido negando la petición, sino que simplemente no responde. Y por eso la primera petición que se pide al juez es sobre la obligación de la administración de proveer al escrito del particular (hay que recordar que el Artículo 2 de la ley núm. 241/1990 prevé una obligación a cargo de la administración de proveer, así que la inercia de la administración debe ser considerada como un incumplimiento de la obligación de proveer a las solicitudes de los particulares) la verificación por parte del juez de la obligación en estos casos, no puede ir hasta el fondo de la decisión (es decir, sobre cómo debe proveer).

Por lo tanto, el contenido de la verificación de esta acción (y no de anulación, puesto que no existe un presunto acto lesivo por anular) a la que se refiere el artículo 31, CPA, da lugar a una acción de condena para cumplir por parte de la administración. Tal acción de condena resulta ahora más eficaz en el caso en el cual la administración esté vinculada por la ley a la emanación de una orden (cuando, por así decir, es la misma ley la que indica precisamente los requisitos y las condiciones con los cuales es legítimo desempeñar una actividad sometida a autorización, o a otro tipo de orden) o cuando resulte que no existen márgenes de discrecionalidad adicionales a cargo de la administra-

[14] C. E. Gallo, "*Manuale di giustizia amministrativa*", Torino, Giappichelli, 2016, pp. 95-ss.

ción (como, por ejemplo, el caso en el cual un plan urbanístico tiene ya previsto dónde, cómo y cuándo puede ser iniciada una actividad edificadora).

En estas hipótesis la verificación de la obligación de proveer, se acompaña de la condena para proveer en el modo solicitado por el interesado (y conforme a la ley) aunque en este caso, el juez no puede nombrar a un comisario que sustituya a la administración en caso de inercia de ésta (con arreglo al artículo 34, ap. 1°, lett. e).

4.3. *La acción resarcitoria*

Esta acción se configura como una especie de acción de cumplimiento (Artículo 30 CPA) con la cual, se solicita el resarcimiento por los daños producto del ejercicio (o de la falta de ejercicio) del poder administrativo.

El establecimiento en nuestro ordenamiento administrativo de la acción resarcitoria (ley núm. 205/2000) para la protección de los intereses legítimos, rompió el antiguo monopolio de la acción de anulación en las controversias de derecho público.[15] Con referencia a la misma, el Tribunal Constitucional (sentencia núm. 204/04) ha tenido oportunidad de afirmar con claridad por primera vez el principio de la plenitud de protección de las situaciones atribuibles al *género* de los intereses legítimos con arreglo al Artículo 24 Constitucional; como aquellas que necesitan, del mismo modo que los derechos subjetivos, de múltiples formas de tutela con el fin de asegurar la satisfacción en el plano sustancial. En conclusión, podemos decir que con la introducción de la acción resarcitoria en las controversias de derecho público, comenzó el nuevo curso de nuestro sistema de tutela. Es precisamente el reconocimiento de las pretensiones resarcitorias el que confirma el carácter plenamente sustancial del interés legítimo como la situación protegida con referencia a un bien, que se tiene *"derecho de mantener o de obtener"*, y que, si se dañó injustamente, debe ser resarcido en su valor monetario (o su equivalente) en caso de que no se puede reintegrar en forma específica (Artículos 2043, 2058, Cod. Civ.).

La pretensión resarcitoria a cambio de un daño producido presupone, obviamente, la verificación de que el hecho que produjo el daño es injusto (con arreglo al Artículo 2043 del Cod. Civ.) y que es el resultado de una conducta directa para realizar una situación no digna de tutela (*"non jure"*, por ejemplo, la expedición de una orden ilegitima) o que sea el producto de un evento lesivo de una situación digna de tutela (*"contra jus"*, por ejemplo una negación de un acto debido).[16]

Por otra parte, si como en este caso, el hecho injusto se concreta en un acto administrativo, hay que comprobar la ilegitimidad del mismo acto. Y para que la existencia del daño resarcible pueda ser verificada en la práctica, debe determinarse que se ha operado por el efecto de un hecho injusto (de un acto ilegítimo) según el principio de causalidad (esto es, si el hecho no hubiese ocurrido o bien si el acto se hubiese realizado conforme a la ley, el daño no se hubiera producido).[17]

[15] *Cfr.* V. Cerulli Irelli, *"Giurisdizione amministrativa e pluralità delle azioni"*, *op. cit.*, pp. 25-ss. C.E. Gallo, *"Manuale di giustizia amministrativa"*, Torino, Giappichelli, 2016, pp. 51-ss.

[16] *Cfr.* L Torchia, *"La responsabilità"*, en el *"Trattato di diritto amministrativo"*, a cargo de S. Cassese, Parte generale, Tomo II, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 1656-ss.

[17] *Cfr.* V. Cerulli Irelli, *"Giurisdizione amministrativa e pluralità delle azioni"*, en *"Il nuovo processo amministrativo"* (a cargo de Catelani, Fioritto, Massera), Torino 2011, 25 ss. A. Travi, *"Lezioni di Giustizia amministrativa"*, Torino, 2013, pp. 19-ss.

5. Breves menciones sobre la organización y sobre el desarrollo del proceso

El nuevo Código no intervino en la organización de la justicia administrativa, y más que innovar, ha procedido a sistematizar el desarrollo del proceso administrativo, antes contenido en diversos textos normativos.

Por lo que se refiere a la organización, el sistema de la justicia está basado en dos niveles: el primero es el concerniente al Tribunal Administrativo Regional (TAR) el segundo es el relativo al Consejo de Estado que juzga recursos de apelación sin filtros especiales; así que cada sentencia de primer grado puede ser objeto de apelación ante el Consejo de Estado. El desarrollo del procedimiento es relativamente rápido respecto de los procesos civiles y penales y, en algunas importantes materias, por ejemplo, en los contratos públicos, se encuentran previstos términos muy breves que logran reducir a la mitad los tiempos del proceso (tanto que es posible obtener una sentencia definitiva del Consejo de Estado dentro de un año, contado a partir de la impugnación del acto).

Respecto a la competencia del juez administrativo cabe destacar que, al lado de la distinción tradicional entre derechos (de competencia del juez ordinario) e intereses legítimos (de competencia del juez administrativo) se ha ampliado mucho el área de la así llamada *"jurisdicción exclusiva"* que, prescindiendo de la situación jurídica, asigna distintos ámbitos de materias a uno y a otro juez. De hecho, la tendencia ha sido la de ampliar mucho el ámbito de la competencia exclusiva del juez administrativo frente a la competencia del juez ordinario. Al juez ordinario se le da competencia en la materia de relaciones de trabajo con la administración pública (debido a la contratación/privatización de las relaciones de trabajo de sus dependientes públicos efectuada en 1992) mientras que al juez administrativo le son asignadas materias muy relevantes como los servicios públicos, los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, construcción, urbanismo, expropiación (y cerca de otras 20 materias indicadas en el Artículo 133 CPA).

El procedimiento se inicia con la demanda presentada ante el Tribunal regional competente (o en el caso de competencia por materia ante el TAR de Lacio o de Lombardia) dentro del término de 60 días (plazo que puede ser reducido para algunas materias, como por ejemplo en los contratos públicos). El escrito inicial debe ser notificado a las demás partes (la autoridad administrativa que ha dictado el acto y, en su caso, a otras partes en el procedimiento que tienen un interés contrario al del demandante) y deberán ser exhibidos junto con la demanda, los documentos relativos a la propia demanda.

En el procedimiento rige el principio de congruencia, es decir la relación que debe haber entre lo que se solicita al juez y lo que se decide finalmente; ello implica que los hechos deben claramente ser indicados, al igual que los actos que se están impugnando y los motivos por los cuales se pide la anulación, debido a que el juez no puede pronunciarse sobre otros motivos distintos que pudiera detectar en el curso de la instrucción. En el curso de la instrucción el juez puede acudir, en aras de llegar a una mejor decisión, a los documentos presentados pero también puede ser asistido por sus propios asesores, en general, llamados a expresar su opinión en los casos siempre más frecuentes de aplicaciones de normas técnicas (por ejemplo, sobre la nocividad de las ondas electromagnéticas en el ámbito de un proceso para la anulación de una autorización para ins-

talar un repetidor de señales radiotelevisivas). La instrucción prevé una o más audiencias públicas en las cuales los representantes legales de las partes exponen sus razones y, en su caso, se les solicita la adquisición de nueva y ulterior documentación y de pruebas testimoniales (prevista por primera vez en el Artículo 63 del CPA).

Particular relevancia tiene la fase cautelar del proceso (de la cual se habla en la segunda parte del presente artículo) que puede celebrarse tanto en la primera instancia como en la segunda y que a menudo condiciona la decisión final (sentencia).

La resolución del asunto, que ocurre con la sentencia (o con otros actos, como la orden, en el caso de medidas relacionadas al procedimiento) es colegiada y puede ser objeto de apelación ante el Consejo de Estado. No se prevén mayores requisitos a la apelación y eso implica que, potencialmente, todas las sentencias de primer grado pueden ser recurridas.

En el nuevo Código están, por último, regulados numerosos procedimientos especiales (entre los más relevantes: los juicios electorales, contra el silencio administrativo, contra la denegación de acceso a los actos administrativos, en materia de contratos, en materia de órdenes de pago judiciales) para los cuales se aplican, evidentemente, reglas particulares que tienden sobre todo a hacer más rápidos y eficaces (y, por tanto, más económicos) los procedimientos.

SEGUNDA PARTE

La tutela cautelar en el proceso administrativo

Luisa Azzena

1. Premisa

La ejecutoriedad del acto administrativo y la exigencia de una tutela cautelar

En Italia, el procedimiento administrativo está revestido por el carácter de la ejecutoriedad; el procedimiento, de hecho, en cuanto destinado a la tutela del interés público, en el momento en el cual se ha convertido en eficaz, puede ser puesto en ejecución, no obstante haya surgido, en su beneficiario, dudas sobre su legalidad.

En esta perspectiva, se ha previsto, como resultado de una larga evolución jurisprudencial y legislativa, en el ámbito del procedimiento administrativo italiano, un procedimiento cautelar, directo a obtener, por parte del juez administrativo, una medida que paralice la ejecución del acto o de la orden impugnado, en la espera de la definición de la sentencia de fondo.

La tutela cautelar, por tanto, se aplica para evitar que en la tardanza del juicio, la situación jurídica subjetiva cuya lesión se discute, pueda resultar irremediablemente lesionada; es decir, en otras palabras, para preservar la situación tal y como está por el tiempo necesario para que el juez adopte su decisión de fondo. Desde el punto de vista práctico, la tutela cautelar es aplicable para permitir un margen de discrecionalidad de la administración que podría resolver la controversia en la vía administrativa (a través del poder de autotutela) determinando la falta de las razones

que ocasionaron la controversia y/o de hecho eliminando el interés al recurso con renuncia a la fase sucesiva para la decisión de fondo del juicio.

La tutela cautelar encuentra cobertura en los Artículos 24[18] y 111[19] de la Constitución italiana, y en los principios del derecho europeo, en particular, en el principio comunitario de efectividad de la tutela jurisdiccional, que comprende el

[18] Constitución italiana, artítulo 24: *Todos podrán acudir a los tribunales para la defensa de sus derechos y de sus intereses legítimos. La defensa constituye un derecho inviolable en todos los estados y etapas del procedimiento. Se garantizan a los desprovistos de recursos económicos, mediante las instituciones adecuadas, los medios para demandar y defenderse ante cualquier jurisdicción. La ley determinará las condiciones y modalidades de reparación de los errores judiciales.*

[19] Constitución italiana, artítulo 111: *La jurisdicción se administrará mediante un juicio justo regulado por la ley.*

Todo juicio se desarrollará mediante confrontación entre las partes, en condiciones de igualdad ante un juez ajeno e imparcial, y con una duración razonable garantizada por la ley.

Durante el juicio penal, la ley garantizará que la persona acusada de un delito sea informada, lo antes posible, con carácter reservado sobre la naturaleza y los motivos de la acusación contra su persona; que disponga del tiempo y de las condiciones necesarias para preparar su defensa; que tenga la facultad, ante el juez, de interrogar o de hacer que se interrogue a aquellas personas que declaran contra él; que obtenga la convocatoria y el interrogatorio de personas en su defensa en las mismas condiciones que la acusación y que se obtenga cualquier otro tipo de prueba en su favor; y que le asista un intérprete de no entender o hablar la lengua utilizada durante el juicio.

El juicio penal estará regulado por el principio contradictorio para la formación de las pruebas. No se podrá fundar la culpabilidad del acusado en declaraciones hechas por personas que, por libre decisión, no hayan querido ser interrogadas por parte del acusado o de su defensor.

La ley regulará aquellos casos en los que la práctica de las pruebas no tenga lugar mediante una confrontación por consenso del imputado, por imposibilidad demostrada de carácter objetivo o bien por efecto de una conducta manifiestamente ilícita.

Todas las decisiones judiciales deberán ser motivadas.

Contra las sentencias y contra los autos en materia de libertad personal, pronunciados por los órganos jurisdiccionales ordinarios o especiales se dará siempre recurso de casación ante el Tribunal Supremo por infracción de ley. Esta norma no admitirá más excepción que las sentencias de los tribunales militares en tiempo de guerra.

Contra las resoluciones del Consejo de Estado o del Tribunal de Cuentas se dará recurso de casación únicamente por los motivos inherentes a la jurisdicción.

derecho de acceso a la justicia,[20] y en los Artículos 6[21] y 13[22] de la Convención Europea de Derechos Humanos. El

[20] El principio, de origen jurisprudencial, se ha codificado, en el 2001, en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Véase en particular, el artículo 47: *Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial. Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo.*

Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar.

Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia.

[21] CEDU, Artículo 6: *Derecho a un proceso equitativo.*

1. *Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida en que sea considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.*
2. *Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.*
3. *Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos:*
   a) *a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y de manera detallada, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él;*
   b) *a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa;*
   c) *a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si carece de medios para pagarlo, a poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia así lo exijan;*
   d) *a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren en su contra y a obtener la citación e interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra;*
   e) *a ser asistido gratuitamente de un intérprete si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia.*

[22] CEDU, Artículo 13: *Derecho a un recurso efectivo: Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la*

cuadro normativo, por último, se completa, con especial atención a la justicia administrativa, con la referencia del artículo 113 de la Constitución Italiana.[23]

2. El proceso histórico de afirmación de la tutela cautelar en el proceso administrativo. El tradicional privilegio de la administración en el derecho sustancial y en el derecho procesal

La tutela cautelar en el procedimiento administrativo ha seguido el mismo curso evolutivo que le ocurrió a este último. En Italia, la justicia administrativa ha sido, de facto, por largos años, orientada más hacia la tutela de las razones de la administración que de la ciudadanía. En su relación con la administración, los intereses particulares han sido generalmente sacrificados a favor de la administración pública, en cuanto titular de intereses asociados al "*bien común*", considerado necesariamente prevalente. Como muestra evidente de tal afirmación existe la evolución de la concepción del interés legítimo, situación jurídica subjetiva contrapuesta a aquella del derecho subjetivo.

La figura subjetiva del interés legítimo, ya de por sí notablemente ambigua, ha sido, por demás, concebida durante muchos años como poco idónea para dar lugar al resarcimiento del daño en los casos en los cuales la lesión

concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales.

[23] Constitución Italiana, Artículo 113: *Contra los actos de la Administración Pública se dará siempre la protección jurisdiccional de los derechos y de los intereses legítimos ante cualesquiera órganos judiciales ordinarios o administrativos.*
Dicha protección jurisdiccional no podrá quedar excluida o limitada a medios determinados de impugnación o para determinadas categorías de actos.
La ley especificará los órganos jurisdiccionales con facultad para anular los actos de la Administración Pública en los casos y con los efectos previstos por la ley misma.

por parte de la administración hubiere resultado ser "*contra legem*". Dicha concepción, por largos años incluso "*petrificada*", finalmente, se terminó con la afirmación del derecho europeo (y, sucesivamente, de la Corte de Casación italiana, con la célebre sentencia núm. 500/1999) que, en modo más pragmático, se ha basado sobre la afirmación del principio por el cual cualquier daño injusto debe ser resarcido, con independencia de la calificación jurídica que cada ordenamiento reserva a la situación jurídica subjetiva lesionada.

Sólo el hecho de que se superó la teoría que excluía la resarcibilidad de los daños derivados de la lesión del interés legítimo vino a demostrar cómo el privilegio reservado a la administración pública por tal concepto fue el resultado de un planteamiento ideológico, fundado sobre el asunto de la prioridad del interés público sobre aquellos específicos de los ciudadanos y no el efecto de normas jurídicas.

La doctrina, sin embargo, con el tiempo, ha rechazado este supuesto, reconociendo que la ley, también cuando hace prevalecer el interés público sobre otros intereses, lo hace en modo circunscrito, razón por la cual dentro de la respectiva esfera de tutela, cada interés, público o privado, prevalece sobre el otro y además, no puede ser sacrificado. Con los años, esta malentendida prioridad del interés público ha marcado no sólo la tutela sustancial, sino también la procesal. De modo que la administración pública, que ya gozaba de privilegios, no sólo justificados por las decisiones legislativas, sino también injustificados desde un punto de vista sustantivo de las relaciones, se ha beneficiado de una posición privilegiada también en el proceso, que por el contrario con base en los principios constitucionales y europeos mencionados (ver párrafo uno de este apartado)

tendría que ser caracterizado por la paridad procesal de las partes.

El privilegio de la administración pública se ha manifestado, por ejemplo, en el campo probatorio, donde a menudo la obtención de las pruebas ha dependido de la misma administración (las principales: solicitud de documentos, de aclaraciones y verificaciones). Situación que, evidentemente, no podía no determinar efectos también sobre la extensión de la acción cautelar, en cuanto (aunque no sólo) garantía de efectividad de la resolución definitiva.

2.1. *El sistema original de justicia administrativa*

Asimismo, necesitamos considerar cómo, originalmente, la tutela jurisdiccional en la administración pública se circunscriba a un ámbito limitado, confiado al Consejo de Estado, juez central de muy alto nivel y por tanto no fácilmente accesible, que pronunciaba en único grado y con limitación a las medidas de las administraciones estatales; mientras que para la impugnación de las medidas de las entidades locales estaba prevista únicamente una jurisdicción menor, por así llamarla, constituida por las Juntas Provinciales Administrativas en sede jurisdiccional y, en cuanto a la responsabilidad de los administradores públicos, por los Consejos de Prefectura; ambos sin los requisitos mínimos de la jurisdicción, como habría reconocido posteriormente la Corte Constitucional, que al declararlos inconstitucionales, los suprimió (Corte Constitucional, sentencia del 22 de marzo de 1967, núm. 30; 20 de abril de 1968, no 33; 27 de mayo 1968, no. 49).

En este contexto de falta de tutela, la medida cautelar no podía más que ser igualmente reducida. El texto único de las leyes sobre el Consejo de Estado de 1924 preveía, de

hecho, únicamente que la medida, en vista de la posterior nulidad podría ser suspendida en sus efectos cuando fuese recurrida por *"motivos graves"*; disposición que por otra parte se remonta a los orígenes de la jurisdicción administrativa, con la institución, en el 1889, de la IV sesión del Consejo de Estado (1. 31 de marzo de 1889, núm. 5992) la cual establecía que en vía general la impugnación de la medida no tuviese *"efecto suspensivo"*.

Asimismo, necesitamos considerar cómo la limitación de la posibilidad de intervención cautelar dependía también del hecho que el juicio administrativo era predeterminado casi exclusivamente a la anulación del acto; anulación que, evidentemente, se revelaba impropia en todos los casos en donde la lesión del interés del recurrente fuese derivado de una denegación o de un comportamiento omisivo de la administración.

Por último, bastante amplia era la discrecionalidad del juez en la decisión con referencia a la concesión (o no) de la tutela cautelar, dado que el juez evaluaba, no sólo si existían motivos válidos, más si éstos eran o no graves.Y es claro que la discrecionalidad del juez podría haber dado lugar a un favor frente al recurrente, pero también, viceversa, a una aplicación fuertemente restrictiva de sus razones, mucho más probable teniendo en cuenta la orientación, como hemos visto, definitivamente favorable a la administración (en cuanto portadora de un interés público) por tanto, predominante.

2.2. *La evolución de la tutela del ciudadano en los años setenta del siglo pasado. La actuación del doble grado de jurisdicción administrativa*

La superación de esta situación de privilegio de la administración pública y de la correspondiente falta de tutela del ciudadano, ocurrió gradualmente, utilizando durante un periodo largo de tiempo los espacios interpretativos. Finalmente, en los años setenta del siglo pasado, se produjo una importante innovación normativa con la adopción de la ley del 6 de diciembre de 1971 núm. 1034, constitutiva de los TAR (Tribunales Administrativos Regionales).

2.2.1. La facultad del juez administrativo de suspender la ejecución del acto impugnado en la ley del Tribunal Administrativo Regional (l.núm. 1034/1971). El requisito de la necesidad de evitar el "daño grave e irreparable".

La ley núm. 1034/1971 (1.Tar), en su párrafo 7,[24] del Artículo 21, previó la posibilidad de que el juez administrativo pueda suspender la ejecución del acto impugnado cuando se demuestre que ésta causará *"daños graves e irreparables"* (a veces a la administración, en lugar del recurrente, cuando la sentencia definitiva la forzará a restablecer la situación anterior).

La institución de los tribunales administrativos regionales ha determinado un fuerte aumento de demandas de justicia administrativa, antes no ejercitadas por la dificultad, que se ha mencionado, de recurrir el Consejo de Estado. Además, la disciplina de la tutela cautelar, contenida

[24] El párrafo original 7 se sustituye por el actual párrafo 8, como resultado de lo dispuesto en el Artículo 3, 1.21 de julio de 2000, núm. 205.

en la ley núm. 1034/1971, ha decretado el éxito de la institución, que ha conocido un desarrollo incluso anormal, imponiendo diferentes intentos de contenerlo, tanto a nivel judicial como legislativo, sobre todo a efecto de evitar el consecuente alargamiento de los tiempos para obtener la decisión definitiva. El interés de la doctrina y de la jurisprudencia han contribuido al refinamiento progresivo de los diferentes perfiles de la tutela cautelar.

2.2.2. La previsión de la obligación del juez de motivar la orden cautelar.

En particular, esto ocurrió con referencia a la motivación de la orden cautelar. En un principio, de hecho, no estaba prevista una obligación de motivación y quedaba por tanto encomendado a la sensibilidad de los órganos judiciales esforzarse por evitar que el recurrente fuese privado del derecho de conocer por qué razones fue desatendida su petición de suspensión y por tanto de adaptar la propia estrategia procesal, con una lesión significativa de su derecho de defensa. Lo cual se ha traducido en notables inconvenientes también en el plano práctico, dado que el comportamiento procesal del recurrente estaba bajo la situación de ignorancia en la que se le dejaba, especialmente a efectos de valorar el fundamento del juicio sobre la gravedad del daño sufrido, e incluso de apreciar la consistencia de la propia pretensión acerca la ilegitimidad invocada.

Tanto fue así, que hubo un incremento de los recursos de apelación, en buena parte derivados del hecho de que no venían expuestos en la orden cautelar, aspectos de fundamentación de la demanda que desde un primer examen parecían evidentes al juez y que podrían haber tenido un

efecto disuasivo. Inevitablemente la apelación reiteraba los motivos por los cuales el juez de primera instancia no había dado respuesta afirmativa. No fue sino hasta la ley núm. 1034/1971 que, finalmente, se dispuso, en el Artículo 21, párrafo 7 (original) que en la solicitud de la suspensión: *el pronunciamiento del tribunal administrativo regional debe ser motivada*; la ley 205/2000, por tanto, ha precisado que la orden cautelar deberá motivar:"en orden a la evaluación del perjuicio alegado" e indicar: "los aspectos que, en un examen sumario, induzcan a una razonable previsión sobre el resultado del recurso" (Artículo 21, párrafo 8 del texto reformado).

2.2.3. El requisito (de origen jurisprudencial) del "fumus boni juris"

Además, integrando los requisitos indicados en la ley, relacionados con el daño, que debe ser *"grave e irreparable"*, la jurisprudencia ha introducido, de modo cada vez más convincente, un elemento no previsto en la ley, comúnmente conocido como *"fumus boni juris"*, relacionado con una sentencia que puede ser expresada después de un breve examen de los motivos del recurso.

3. La tutela cautelar del juicio administrativo después de la entrada en vigor del Código del Procedimiento Administrativo (l.núm. 104/2010)

En Italia, por tanto, la posibilidad del recurrente de acceder a una tutela cautelar se ha afirmado gradualmente. El procedimiento cautelar en el ámbito del juicio administrativo hoy, al fin, ha encontrado una organización sistemática dentro del Código del Procedimiento Administrativo (decreto legislativo núm. 104/2010) que dedica al "Procedimiento cautelar" todo el título segundo del Libro segundo.[25] El Código se atiene a la regla (ya expresada, como se ha dicho, en la ley de 1889) por la que, en el juicio promovido para la anulación de una medida administrativa, la presentación del recurso no suspende la ejecución de la media impugnada; corresponde por lo tanto a la parte interesada (normalmente, el recurrente) pedir una medida cautelar al juez administrativo, si desea evitar que sus razones puedan verse comprometidas durante el tiempo necesario para la decisión de su recurso.[26] Sin embargo, el Código, al mismo tiempo, se abre a una visión más amplia de la tutela cautelar coherentemente con la variedad de conflictos conferidos hoy al juez administrativo.

La amplitud de la nueva visión se reúne bajo diversos perfiles. Primero, el nuevo Código prevé una pluralidad de tipos de procedimientos cautelares: aquél del Artículo 55 (tutela cautelar colegiada en el ámbito del procedimiento ordinario) aquél del Artículo 56 (tutela cautelar monocrática siempre en el contexto del procedimiento respectivo)

[25] Sobre la tutela cautelar en el nuevo Código del Proceso Administrativo, v. M. A. Sandulli, *"La fase cautelare"*, en *"Dir. proc. amm."*, 2010, 1130; Id., *"Procedimento cautelare"*, en A. Quaranta, V. Lopilato (bajo la dirección de) *"Il processoamministrativo"*, Milano, Giuffré, 2011, pp. 483-ss.; A. Pajno, *"La giustizia amministrativa all'appuntamento con la codificazione"*, en *"Dir. proc. amm."*, 2010, pp. 119; M. Annoni, *"Il riordino della fase cautelare"*, en *www.giustamm.it*, 2010, VII, 2; A. Pavan, *"La tutela cautelare nel nuovo codice del processo amministrativo"*, Milano, Giuffré, 2010; R. Leonardi, *"La tutela cautelare nel processo amministrativo"*, Milano, 2011; M.V. Lumetti, *"Processo amministrativo e tutela cautelare"*, Padova, Cedam, 2012; F. Aperio Bella, *"Il procedimento cautelare"*, en M.A. Sandulli (bajo la dirección de), *"Il nuovo processo amministrativo. Studi e contributi"*, vol. 2, 2013, Milano, Giuffré, pp. 153-ss.; R. Caponigro, *"La natura della posizione giuridica nella tutela cautelare atipica del giudizio amministrativo: dalla tutela cautelare alla tutela camerale"*, en www.federalismi.it, 14 octubre 2015.

[26] A. Travi, *"Lezioni di giustizia amministrativa"*, Torino, Giappichelli, 2016.

y aquél del artículo 61 (nueva tutela cautelar ante causam) (v. *infra*). Pero, sobre todo, es la variedad (es decir la atipicidad) de las medidas cautelares que el juez puede disponer que demuestra la visión más amplia de la tutela cautelar adoptada por el nuevo Código (v. *infra*).

El Código, además, se inspira en la valorización del principio de instrumentalidad de la tutela cautelar, respecto de la decisión de fondo del recurso (la cual resulta de algunos caracteres que se examinarán más tarde, como: la solicitud de fijación de la audiencia como condición de procedibilidad de la medida cautelar; los términos de eficacia rígidamente circunscritos a las medidas de primera instancia y ante *causam*; la fijación de *la decisión del fondo dentro de un plazo breve —merito a breve—* como cautela típica... v. *infra*).[27]

Dicho principio vale para garantizar una conexión entre la decisión cautelar y la decisión del fondo del asunto, importante para superar los problemas graves surgidos bien sea en contra del solicitante así como en contra de la administración como resultado de la pronunciación del fondo interpuesta en sentido opuesto, después de años de una suspensión otorgada que había ocasionado una inevitable confianza del privado y problemas organizativos por parte de la administración pública.

[27] F. Aperio Bella, "*Il procedimento cautelare*", *cit.*, 571. En torno a la instrumentalidad funcional y estructural entre tutela cautelar y juicio del fondo v. G. L. Conti, "*Si possono ancora chiamare sospensive? Alcune questioni sulla novella della tutela cautelare nel codice della giustizia amministrativa*", en E. Catelani, A. Fioritto, A. Massera (bajo la dirección de), "*La riforma del processo amministrativo. La fine dell'ingiustizia amministrativa?*", Napoli, Editoriale scientifica, 2011, pp. 120-ss.

3.1. Los presupuestos de la tutela cautelar: el *fumus boni juris* y el *periculum in mora*

El nuevo Código de Procedimiento Administrativo regula los presupuestos de la tutela cautelar, que fueron tomando forma en el tiempo, en particular por parte de la jurisprudencia, pidiendo ahora expresamente, para la concesión de la medida cautelar solicitada, el cumplimiento de dos requisitos: el *fumus boni juris* y el *periculum in mora*.

En cuanto al requisito del *fumus*, el Artículo 55, párrafo 9 del CPA, prevé que la medida cautelar puede ser concedida por el juez con base a una evaluación sobre la *previsión razonable del éxito del recurso*. En el pasado, se discutió si el *fumus*, consistía en la *probabilidad* de la aceptación del recurso, o más bien en una *falta de fundamentación en el recurso*. Adhiriéndose a la primera interpretación,[28] es evidente que la aceptación de la instancia cautelar del ciudadano implicaría también una evaluación (aunque provisional y parcial) del juez acerca de la fundamentación del recurso, mientras que, según la segunda interpretación, la medida cautelar debería estar excluida si existe una evidente no fundamentación del recurso.El nuevo Código, por tanto, pone fin a estas dudas interpretativas y, traduciendo el requisito del *fumus* en una *razonable estimación sobre el resultado del recurso*, acoge evidentemente la primera interpretación, en una óptica de valoración de la instrumentalidad de la medida cautelar respecto al asunto principal.

En cuanto al requisito del *periculum in mora* del Artículo 22, ap. 1 del CPA, lo identifica con el riesgo de que el ciudadano pueda *sufrir un perjuicio grave e irreparable*, por efecto de la medida impugnada, *durante el tiempo necesario*

[28] A. Travi, "*Tutela cautelare*" *(dir. amm.)*, en www.treccani.it, diritto-online, 2013, p. 4.

para llegar a la decisión del recurso. Este perjuicio debe ser específicamente demostrado por el recurrente que pide la medida cautelar; el juez no puede de oficio ni dar por sentada su existencia, ni introducirlo en el proceso. El carácter de la *gravedad* y la *no reparabilidad* del daño, según la jurisprudencia, se puede verificar en un sentido absoluto (es decir, con relación al tipo de interés perjudicado en el acto, independientemente de las condiciones particulares del recurrente, bastaría pensar en el acto cuya ejecución implica la destrucción de un edificio, el cese de una actividad empresarial, la pérdida del puesto de trabajo, etcétera) o, en sentido relativo (o sea, con la incidencia sobre las condiciones del ciudadano, bastaría pensar en la sanción pecuniaria en la cual el importe es exorbitante respecto al ingreso del recurrente). Debe tratarse, sin embargo, de un peligro particularmente relevante.

Además el *periculum in mora* debe ser evaluado por el juez no sólo respecto a la posición del recurrente, sino con base a una comparación de los intereses públicos y privados implicados; por lo que el daño a cargo del recurrente no puede ser decisivo cuando la suspensión pueda producir daños (al menos) igualmente graves para la administración (o para la otra parte titular de un interés opuesto).[29]

[29] E. Casetta, "Manuale di diritto amministrativo", XVII ed. completa-mente revisada por F. Fracchia, Milano, Giuffré, 2015, p. 857; A. Travi, "Lezioni di giustizia amministrativa", cit., 276; Id., "La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione", IV ed., Milano, Giuffré, 2003, p. 159. V., a propósito, también el Artículo 125, ap. 2 CPA.

3.1.2. La prohibición para el juez que estima la propia incompetencia de pronunciarse sobre la instancia cautelar

Entre los presupuestos de la tutela cautelar el nuevo Código incluye también lo relativo a la competencia del juez que conoce el caso (Artículo 55, ap. 13, CPA.: *El juez que conoce puede disponer de medidas cautelares sólo si considera que cuenta con competencia*). Con anterioridad, al contrario, la práctica era prevalentemente orientada en el sentido de admitir que el juez incompetente en todo caso podía administrar la tutela provisional solicitada, si evaluaba la existencia de los dos requisitos del *periculum* y el *fumus*.

Esa orientación era el origen del fenómeno anormal del *turismo* cautelar o del *forum shopping*, a la luz del cual un recurrente, impugnando un acto administrativo, con una solicitud de suspensión, en lugar de tener que radicar el juicio ante el juez competente, podría *elegir* el Tribunal administrativo regional, *evitando* el TAR que habría sido naturalmente competente por ley y cuya jurisprudencia en la materia *de qua* podría predecir una derrota probable. Tal fenómeno procesal se planteaba evidentemente en contraste al Artículo 25 de la Constitución, que informa al sistema jurisdiccional italiano con el principio del juez natural, es decir el principio de predeterminación del juez por ley.[30] Así, en el nuevo Código, la prohibición expresa de pronunciarse sobre la instancia cautelar en el caso en el cual el juez que conozca estime su propia incompetencia,

[30] N. Pignatelli, "*Tutela cautelare e competenza nel "nuovo" processo amministrativo: l'attuazione costituzionale del principio del giudice naturale*", en AA.VV. (a cargo de), "*Le garanzie giurisdizionali, Il ruolo delle giurisprudenze nella evoluzione degli ordinamenti*", Torino, Giappichelli, 2010, también en www.giustizia-amministrativa.it. Sobre el principio del juez natural cf. R. Romboli, "*Il giudice naturale. Studio sul significato e la portata del principio nell'ordinamento costituzionale italiano*", Milano, Giuffré, 1981.

constituye una novedad de especial importancia, que, si bien introduce el riesgo de un alargamiento de los tiempos del contencioso derivados de la solución de la cuestión de competencia, se presenta más que nunca oportuna,[31] reiterando la necesaria conexión entre la medida cautelar y la decisión de fondo del recurso, que informa el cuerpo de Código.

3.1.3. Medidas procesales establecidas en el Código para evitar que la solicitud de tutela cautelar alargue (con pretextos) la duración del proceso

El temor de la prolongación de los tiempos del proceso que, evidentemente, es esencial evitar si se trata de tutela cautelar, se sustenta en otras disposiciones del Código. En tal sentido, en particular, el siguiente elemento significativo de novedad respecto al pasado es la previsión expresa de la obligación de solicitud de la fijación de la audiencia de fondo como condición para la verificación de la petición cautelar (en la práctica anterior a la entrada en vigor del Código, al contrario, la solicitud de la audiencia no era condición para la tramitación de la demanda cautelar). Dicha previsión vale también para subrayar la óptica, que, como se ha dicho, permea el nuevo Código, que impone una necesaria relación de la tutela cautelar respecto a la decisión sobre el fondo del recurso. En el mismo sentido, en la tutela cautelar *ante causam*, *la aceptación de la medida pierde de cualquier manera efectos si dentro de los quince días a su adopción no se notificó el recurso con la demanda cautelar y ésta no se ha presentado en los sucesivos cinco días junto con la fijación de la audiencia* (Artículo 61, ap. 5).

[31] Como destacado por R. Chieppa, "*Il processo amministrativo dopo il correttivo al codice*", Milano, Giuffré, 2012, p. 398.

La exigencia que sustenta tales previsiones legislativas es, evidentemente, la de evitar que la solicitud de la tutela cautelar, sirva para alargar, engañosamente, la duración del proceso, retrasando el tiempo de la decisión de fondo.

3.2. *Atipicidad de las medidas cautelares*

Un elemento en común de todas las formas de tutela cautelar reguladas por el nuevo Código es la atipicidad de la medida, que puede ser elegida por el juez con amplia discrecionalidad, teniendo en cuenta el interés de asegurar en carácter provisional los efectos de la sucesiva sentencia del fondo.[32] En el pasado, al contrario, la única medida cautelar que el juez administrativo podía adoptar era la suspensión de la ejecutividad del acto impugnado. La formulación original del artículo 21 de la ley núm. 1034/1971 (como del artículo 39 del T.U. núm. 1054/1924) contemplaba sólo la medida de la suspensión del acto impugnado como instrumento capaz de asegurar interinamente los efectos de la decisión de fondo.

La configuración tradicional de la tutela cautelar como medida que impidió la generación de los efectos del acto impugnado o inhibió a la administración de darle ejecución material, era sin embargo inadecuada para asegurar la tutela en aquellos juicios que se referían a medidas sobre actos negativos o al *silencio* de la administración.

La *pobreza* de la justicia administrativa en materia cautelar ya era advertida en la jurisprudencia, que ha contribuido, con sus resoluciones, a *enriquecer* de instrumentos a la

[32] *Cfr.* A. Travi, "*Tutela cautelare*", cit.; G. Castriota Scanderbeg, "*La pronuncia cautelare e l'immediatezza della tutela di merito*", ponencia pronunciada en Lecce el 12 de novembre de 2010, en ocasión del Congreso sobre "*Il codice del processo amministrativo*", en www.giustizia-amministrativa.it.

tutela cautelar,[33] así como la doctrina, que deseaba que el proceso administrativo viviera dotado de todos los instrumentos idóneos para mantener intactas, durante el curso del proceso, las posibilidades de satisfacción de interés hecho valer. Así, el Artículo 3 de la ley 205/2000, reformulando el Artículo 21 de la ley 1034/1971, previó que el juez administrativo podía adoptar las medidas cautelares, comprendida el mandato judicial para pagar una suma de dinero, que parecieran según la circunstancia más idóneas para asegurar interinamente los efectos de la decisión sobre el recurso. Esta disposición ha consagrado así el principio de atipicidad y elasticidad de las técnicas de tutela cautelar en el proceso administrativo. Esta decisión fue, por tanto, confirmada posteriormente por el actual Artículo 55 CPA, así que hoy el poder cautelar del juez administrativo no se resuelve en una única media típica (la suspensión del acto) sino puede expresarse con medidas atípicas moldeadas al caso concreto, es decir, con cualquier medida *"idónea para asegurar interinamente los efectos de la decisión del recurso"*.

Las medidas cautelares pueden así asumir una gama amplia de contenido, como la admisión con reserva en procedimientos concursales; la asignación en vía interina de los beneficios propios de una medida positiva, la orden a la administración de pagar una suma de dinero, etcétera. Por otra parte, el poder cautelar del juez se enfrenta con límites señalados por la doctrina, aunque no siempre

[33] Con referencia a la jurisprudencia administrativa v. Cons. St., Ad. Plen. n. 17 del 1982, en favor de la posibilidad de suspensión de los actos negativos. También la Corte Constitucional contribuyó al superación de la *"pobreza"* de las medidas cautelares con su sentencia núm. 190 del 28 de junio de 1985, con la que se ha ampliado el poder del juez administrativo de adoptar los instrumentos más adecuados para garantizar en vía interina los efectos de la decisión del fondo. V. también la jurisprudencia de la Corte de Justicia de la Unión Europea, en part. *cfr.* CGCE *"Factortame"* del 19 de junio de 1990 en la causa C-213/89 y *"Atlanta"* del 9 de noviembre de 1995 en la causa C-465/93.

compartidos por la jurisprudencia. En primer lugar, una medida cautelar no puede determinar, ni siquiera en vía de hecho, la definición del juicio. En segundo lugar, el juez administrativo encuentra el límite de la discrecionalidad administrativa, haciéndosele inaccesible (aunque sea en forma interina) el determinar el aspecto de los intereses que la ley encomiende a la discrecionalidad administrativa.

3.2.1. El procedimiento cautelar general (artículo 55 del CPA). La decisión del fondo dentro de un plazo breve (así llamado merito a breve) como forma ordinaria de tutela

En el procedimiento cautelar general previsto en el Artículo 55 del Código, la solicitud cautelar puede ser promovida conjuntamente con el recurso y notificada conjuntamente con él. El tratamiento de la solicitud cautelar se fija en la primera sesión del Consejo a puerta cerrada, posterior al término de 20 días desde el perfeccionamiento de la última de las notificaciones y, en cualquier caso, posterior al término de diez días de la presentación del recurso. El tratamiento de la solicitud cautelar, como se ha dicho, está subordinada a la presentación de la solicitud de discusión de la causa de fondo, con el objetivo de asegurar en el proceso plazos ciertos, evitando dilaciones inútiles. Se permite la presentación de escritos y documentos hasta dos días antes de la sesión del Consejo y, en caso de necesidad y urgencia, incluso a la fecha de la audiencia. El órgano colegiado asegura, a instancia de parte, la integridad del procedimiento contradictorio y la exhaustividad de la instrucción y los defensores que lo soliciten pueden ser oídos en las sesiones.

De gran importancia es el párrafo 10 del Artículo 55, el cual previendo que, siempre que la instancia cautelar sea apreciada favorablemente y protegible adecuadamente con la inmediata definición del juicio, el órgano colegiado pueda determinarse por la rápida fijación de la audiencia para el fondo, configurando así un procedimiento llamado *decisión del fondo dentro de un plazo breve (merito a breve)* como forma principal y ordinaria de cautela.[34] El legislador, en otros términos, consideró que, mediante estos supuestos, un mecanismo destinado a *"acelerar"* la decisión de fondo, en plazos breves, sería más útil respecto a la concesión de una medida cautelar que garantizaría, sin embargo, un aspecto provisional.[35]

Con el auto de admisión de la solicitud cautelar, el órgano colegiado debe fijar la fecha de la audiencia de fondo; o en su defecto, el auto será apelable y, sobre ese punto, reformable por el Consejo de Estado que va a ordenar la fijación con prioridad. La regla de la necesaria fijación de la audiencia de fondo ha permitido una solución al problema de la posibilidad del juez de la medida cautelar, para plantear una cuestión de constitucionalidad ante la Corte Constitucional, en el caso en que se encuentre en deber de aplicar una ley de cuya constitucionalidad dude. Esta posibilidad en el pasado estaba excluida, porque con la concesión de la medida cautelar, el juez había agotado su poder; hoy, la previsión de la estrecha instrumentalidad entre la medida cautelar y el fondo determina una *continuidad* entre el procedimiento cautelar y el juicio de fondo; lo que ha inducido a reconocer la posibilidad también para el juez de

[34] Sobre este argumento v. A. Falzone, *Il rapporto tra cautela e merito*, en F. Freni (bajo la dirección de) *La tutela cautelare e sommaria nel nuovo processo amministrativo*, Milano, Giuffré, 2011, p. 133.

[35] V. E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, *cit.*, 861.

la providencia cautelar de dirigirse directamente a la Corte Constitucional.[36]

Finalmente, el Código prevé que al final de la sesión a puerta cerrada el órgano colegiado deberá pronunciarse sobre los gastos de la fase cautelar (Artículo 57. CPA). Tal previsión se dirige evidentemente a evitar el riesgo de peticiones cautelares *falsas*. Y también puede ocurrir que, en el proceso cautelar, se detone un procedimiento especial acelerado: al existir ciertos supuestos y siempre que la materia esté *madura* para la decisión, en ese tenor, es posible la *decisión inmediata del juicio de fondo en sede del examen de la demanda cautelar,* con una sentencia en forma simplificada (Artículo 60).

3.2.2. El procedimiento cautelar monocrático en casos de extrema gravedad y urgencia (Artículo 56 CPA)

El Artículo 56 del CPA regula el *proceso cautelar monocrático* en caso de extrema *gravedad y urgencia* que no permita esperar hasta la fecha de la primera sesión del Consejo prevista en la tramitación colegiada de la demanda cautelar; el supuesto del procedimiento cautelar monocrático es, por tanto, un *periculum reforzado*. En tales casos, el recurrente puede pedir al Presidente del Tribunal que disponga de *"medidas cautelares provisionales"* (hasta la decisión de la sesión a puerta cerrada. El Presidente no podrá pronunciarse sobre la instancia cautelar sino después de haber verificado antes la existencia de su propia competencia para decidir sobre la petición, que, como se ha dicho (v. *supra*), consti-

[36] V. Corte cost., sentencia núm. 200 del 2014, en www.giurcost.org. Sobre este tema, me permito renviar a L. Azzena, *Tutela cautelare dei diritti e incidente di costituzionalità: una vecchia questione verso una (parziale) soluzione*, en A.A.V.V., *Scritti in onore di G. Silvestri,* Torino, Giappichelli, 2016, pp. 91-ss.

tuye el presupuesto para la tutela cautelar; luego el perfeccionamiento de la notificación respecto a los destinatarios o al menos a la autoridad demandada y una de las otras partes en el procedimiento titular de un interés opuesto.

El procedimiento contradictorio, dado el carácter de urgencia de la tutela que limita los tiempos con el objetivo de evitar retardos dañosos, se lleva a cabo en forma limitativa; pero en cualquier caso, el decreto del Presidente no puede ser pronunciado si la notificación del recurso no está perfeccionada (con respecto, como se ha dicho, a la administración demandada y de al menos una contraparte) a menos que la exigencia cautelar no permita la comprobación del perfeccionamiento de la notificación, por causas no imputables al recurrente. Los sujetos que a los que se haya notificado la orden cautelar pueden por tanto ser oídos por el Presidente *fuera de la audiencia y sin formalidad... también en forma separada*, antes de la emisión del decreto. El juez deberá, además, verificar que la demanda cautelar sea acompañada de la presentación de la petición de fijación de audiencia del fondo, a cuya falta será improcedente, en honor a aquel principio de vinculación de la tutela cautelar respecto a la decisión de fondo, que, como se ha señalado más de una vez, constituye el principio básico de la entera regulación del Código.

Finalmente, el Código prevé que, con el decreto que concede la tutela cautelar urgente, deberá necesariamente ser fijada la fecha de la sesión a puerta cerrada, en la cual el órgano colegiado podrá confirmar la medida cautelar concedida en la vía provisional; en caso contrario, ésta perderá su eficacia.

3.2.3. La tutela cautelar antes de juicio en casos de excepcional gravedad y urgencia (artículo 61 CPA)

El Artículo 61 del CPA introduce, como se había dicho anteriormente, la tutela cautelar *ante causam*, para aquellas situaciones de *gravedad excepcional y urgencia,* tales *que no permitan ni siquiera la previa notificación del recurso y la demanda de medidas cautelares provisionales por decreto del Presidente*. El presupuesto es, por tanto, un *periculum* aún más *reforzado* respecto a aquel previsto en el Artículo 56 del CPA (v. apartado precedente). De este modo, el recurrente *podrá formular petición para la adopción de las medidas interinas y provisionales que parecen indispensables durante el tiempo necesario para la interposición del recurso de fondo y de la demanda cautelar durante el procedimiento.* Con anterioridad, la tutela cautelar *ante causam* era una medida exclusiva de la materia de los contratos públicos (Artículo 254 del decreto legislativo 163/2006), impuesta, en un primero momento, por la Corte de justicia europea (*DAC SpA/Azienda Ospedaliera Spedali Civili di Brescia*, ord. 29 de abril de 2004, en cuestión C-202/03),[37] y sucesivamente transformada por la Directiva europea 2007/66/CE en una obligación para los países miembros de prever instrumentos capaces de asegurar interinamente la cautela procesal, también antes de la interposición del

[37] *Cfr.* M. A. "Sandulli, *Diritto europeo e processo amministrativo*", en www.federalismi.it, 24 octubre 2007, pp. 6-ss.; P. Lazzara, "Tutela cautelare e misure d'urgenza nella giurisprudenza della Corte di Giustizia", en "Dir. proc. amm.", 2004, p. 1169; M.P. Chiti, "La tutela cautelare ante causam e la progressiva comunitarizzazione del processo amministrativo", en M. A. Sandulli (bajo la dirección de) "Le nuove frontiere della giustizia amministrativa tra tutela cautelare ante causam e confini della giurisdizione esclusiva", supplemento a "Foro amm". TAR, 2004, 57; D. De Carolis, "Corte di Giustizia CE, tutela ante causam e strumentalità delle misure cautelari nel processo amministrativo", en www.lexitalia.it, n.7-8, 2004.

recurso.[38] El legislador italiano ha proveído, por tanto, para extender la tutela cautelar *ante causam* a todas las materias.

Según lo que dispone el art. 61 CPA, la demanda cautelar *ante causam* debe promoverse con solicitud para el Presidente del Tribunal Administrativo Regional competente (en caso de comprobada la incompetencia, como se ha dicho, el Presidente no podrá pronunciarse) previamente notificada, también por fax, a la parte pública y al menos a una de las contrapartes titular de un interés opuesto. En los casos en que la exigencia cautelar sea tal que no permita, por causas no imputables al recurrente, la comprobación del perfeccionamiento de la notificación, el Presidente podrá sin embargo, proveer. El Presidente decidirá sobre la petición con una medida cautelar necesariamente provisional.

La medida cautelar de hecho está destinada a perder eficacia:

1. Si la medida concedida no se ha notificado dentro del término fijado por el juez o, en su defecto, a más tardar dentro de cinco días;
2. Si el recurso de fondo no ha sido notificado en los siguientes quince días a la adopción de la medida interina y si no se ha propuesto con la petición de fijación de la audiencia en los cinco días posteriores;
3. En cualquier caso si, en el plazo de 60 días, la citada medida no está confirmada por el órgano colegiado en la sesión a puerta cerrada fijada para tal finalidad en el ámbito del procedimiento de fondo.

[38] V. G. Castriota Scanderbeg, *"La pronuncia cautelare e l'immediatezza della tutela di merito"*, ponencia pronunciada en Lecce el 12 de noviembre de 2010, en ocasión del Congreso sobre *"Il codice del processo amministrativo"*, en *www.giustizia-amministrativa.it*.

Este instrumento, en definitiva, no se diferencia mucho, en términos de efectividad, respecto a aquel previsto en el Artículo 56. La diferencia principal está en el hecho de que en el primero, el solicitante está exento de preparar y depositar el recurso, que sin embargo es necesario en la segunda hipótesis. En última instancia, en realidad es *"poca cosa"* si se considera que, en todos los casos, la demanda cautelar es instrumental a la decisión del fondo del asunto, y que sin embargo la predisposición de la demanda implica haber ya esbozado (por no decir redactado integralmente) el recurso.[39]

3.3. *Sobre la impugnabilidad de las medidas cautelares*

Las medidas cautelares son impugnables: en contra de ellas es admisible la apelación ante el Consejo de Estado, misma que se debe de interponer en el plazo de treinta días de la notificación del auto, o de sesenta días de su publicación (Artículo 62, ap. 1, CPA). La excepción a esta regla es el decreto monocrático y aquél relativo a la tutela *ante causam*, que, por el contrario, no son impugnables. Evidentemente, la limitación de los medios de impugnación de las medidas adoptadas *ante causam* se justifica si se considera su estructural limitación temporal.

3.4. *Reflexiones sobre la nueva disciplina del acceso a la tutela cautelar en el proceso administrativo*

En conclusión, se puede considerar que la evolución jurisprudencial y normativa del derecho administrativo sustancial y procesal ha dado lugar a la superación de esa

[39] A. Pavan, *"La tutela cautelare nel nuovo codice del processo amministrativo"*, Milano, Giuffré, pp. 2010, 202-203.

situación de privilegio para la administración pública, y por lo tanto, de la desigualdad entre las partes, lo cual, es particularmente evidente en el ámbito del procedimiento, que en el pasado había obstaculizado el establecimiento de una tutela cautelar contra los actos administrativos. Hoy se puede reconocer que el nuevo CPA ha introducido una tutela efectiva, garantizando plenamente el acceso a la tutela cautelar en contra de los actos de la administración pública.

Bibliografía

Sobre la génesis del sistema italiano de justicia administrativa:

F. Benvenuti, *Giustizia amministrativa*, en Enc. de derecho, XIX, Milano, Giuffré, 1970, 589 ss.

M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, Bologna, Il Mulino, VI ed., 2002 (1976)

P. Virga, *La tutela giurisdizionale nei confronti della p.a.*, Milano, Giuffré, IV ed., 2003 (1971).

Sobre la tutela cautelar en el proceso administrativo (en el pasado):

E. Cannada Bartoli, *Sospensione dell'efficacia dell'atto amministrativo*, en *Novissimo Digesto italiano*, Apéndice, VII, Torino, 1987, 459.

G. Corso, *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, en Foro amm., 1987, 1655

E. Follieri, *Giudizio cautelare e interessi tutelati*, Milano, Giuffré, 1981.

U. Pototshing, *La tutela cautelare*, en *Processo amministrativo: quadro problematico e linee di evoluzione*, Atti del XXXI *Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Milano, Giuffré, 1988, 195 ss.

Sobre la tutela cautelar en el código del proceso administrativo (actualidad):

M. Allena, F. Fracchia, *Il ruolo e il significato della tutela cautelare nel quadro del nuovo processo amministrativo delineato dal d.lgs. 1045/2010*, en *Dir. proc. Amm.* 2011, 191.

M. Annoni, *Il riordino della fase cautelare*, en *www.giustamm.it*, 2010.

F. Aperio Bella, *Il procedimento cautelare*, in M.A. Sandulli (a cargo de), *"Il nuovo processo amministrativo. Studi e contributi"*, vol. 2, 2013, Milano, Giuffré, 153 ss.

G.L. Conti, *"Si possono ancora chiamare sospensive? Alcune questioni sulla novella della tutela cautelare nel codice della giustizia amministrativa"*, en E. Catelani, A. Fioritto, A. Massera (a cura di), *La riforma del processo amministrativo. La fine dell'ingiustizia amministrativa?*, Napoli, Editoriale scientifica, 2011, 115 ss.

E. Follieri, *La fase cautelare*, in F.G. Scoca (a cura di), *Giustizia amministrativa*, VI ed., Torino, Giappichelli, 2014, 342 ss.

F. Freni (a cargo de), *La tutela cautelare e sommaria nel nuovo processo amministrativo*, Milano, Giuffré, 2011.

R. Leonardi, *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, Milano, 2011.

M.V. Lumetti, *Processo amministrativo e tutela cautelare*, Padova, Cedam, 2012.

A. Pajno, *La giustizia amministrativa all'appuntamento con la codificazione*, en *Dir. proc. amm.*, 2010, 119.

M. A. Sandulli, *La fase cautelare*, en *Dir. proc. amm.*, 2010, 1130.

———, *Procedimento cautelare*, en A. Quaranta, V. Lopilato (a cargo de), *Il processoamministrativo*, Milano, Giuffré, 2011, 483 ss.

Cuarta Parte
Derecho Laboral

LA CONTRATACIÓN DE TRABAJADORES CON CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES POR EL SECTOR PÚBLICO Y LA INICIATIVA PRIVADA COMO UN MEDIO DE NEGAR EL ACCESO A LA JUSTICIA

Luis Enrique Díaz Mirón Salcedo

Sostenemos como evidentes estas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre éstos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad.

Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América. 4 de julio de 1776

Sumario: *Introducción*. 1. *Diferencia entre derecho humano de acceso a la justicia, su tutela o garantía, la posibilidad de reclamar una prestación legal y la decisión de presentar un reclamo*. 2. *La ley laboral en México, la ilusión de la igualdad*. 3. *Regímenes especiales… "Pero algunos son más iguales que otros"*. 4. *¿A qué persona se le aplica cuál ley? Datos estadísticos oficiales*. 5. *La utilización de un medio lícito, para un fin ilícito*. 6. *Los motivos de la simulación en la iniciativa privada*. 7. *Los motivos de la simulación en sector público*. 8. *Conclusión, la posibilidad o imposibilidad de acceso a la justicia. Bibliografía.*

Resumen: Artículo que estudia algunas diferencias en la legislación laboral de la iniciativa privada frente a la legislación laboral burocrática y que se concentra en los tipos de contratación de

personal en la administración pública, tanto subordinado, como de servicios profesionales o independientes bajo una perspectiva de un acceso adecuado a la justicia y para distinguir cuando la administración pública utiliza esquemas de contratación diversos del laboral para utilizar los servicios de personas que por sus funciones, deberían de considerarse como empleados y no prestadores de servicios. Sirven de base para el artículo tanto la legislación vigente, así como los criterios jurisprudenciales para la interpretación de la ley y datos estadísticos de ocupación y empleo proporcionados por el estado a través del órgano oficial de difusión de información estadística.

Abstract: Breve studio tra alcune differenze nella legislazione del lavoro dell'iniziativa privata contro il diritto del lavoro nel settore pubblico. Si concentra i studio sui tipi di contratti di personale nella pubblica amministrazione, sia il servizio subordinato, o come professionisti indipendenti, sotto un punto di vista de un adeguato accesso alla giustizia e di distinguere quando la pubblica amministrazione utilizza vari schemi di contratti di personale per utilizzare i servizi di laboratori le cui funzioni non devono essere considerati come indipendenti ma come veramente dentro di un rapporto di lavoro. L´articolo si basa sula legislazione ed i criteri di legge per l'interpretazione giudiziaria, anche delle statistiche di occupazione da parte dello Stato attraverso la pubblicazione ufficiale di informazioni statistiche.

Abstract: Brief study of differences between the regulation of labor and employment law in the private sector vis a vis the public sector, that centers upon the different types of contracts for personnel, either as employees or as services providers or external suppliers with a perspective of adequate access to justice and to be able to determine or distinguish weather the public sector utilizes contractual schemes to use personal services under an external supplier form when as per work performed there should be an employment relationship. The grounds for the article stand on standing regulation, court precedents that give a binding interpretation of the law and official statistical information provided by the official Mexican statistical information entity.

Palabras clave: Derecho Laboral, Derecho Humano Laboral, Acceso a la Justicia, Debido Proceso, Empleado, Patrón, Prestador de Servicios, Simulación, Constitución Política, Legislación Laboral, Ley Federal del Trabajo, Ley Federal de los Trabajadores al Servicio de Estado, Empleados de Base, Empleados de Confianza, Contratos de Prestación de Servicios Profesionales, Contrato de trabajo, Nombramiento, Honorarios, Salarios, Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo.

Parole chiave: Diritto del Lavoro, Diritti Umani del Lavoro, Accesso alla Giustizia, Processo Dovuto, Dipendente, Datore di Lavoro, Fornitore di Servizi, Simulazione Giuridiche, Costituzione Politica, Legislazione del Lavoro, Dipendenti Base, Dipendenti Fiducia, Contratto di Lavoro, Designazione, Onorari.

Keywords: Labor Law, Labor Human Right, Access to Justice, Due Process, Employee, Employer, Service Provider, Simulation, Political Constitution, Labor Legislation, Federal labor law, Federal Public Employees Law, Base Employees, Trust Employees Professional Services Provision Agreement, Employment Agreement, Designation, Honorariums, Wages, National Employment and Occupation Poll.

Introducción
Entérese señor lector

Los artículos especializados tienden a ser áridos y muy técnicos, si el lector lee el título del presente trabajo puede sentirse desmotivado a adentrarse en sus vericuetos, sin embargo, debe tenerse en cuenta *que todas las personas que transitamos por la tierra necesariamente en un punto de nuestras vidas seremos empleados o patrones de otra persona*, y los supuestos que aquí se comentan pueden muy fácilmente ser en los que usted se encuentre en algún punto de su vida.

Si, efectivamente tenemos el derecho a buscar la felicidad, como lo proyectaron los constituyentes estadounidenses en el siglo XVIII, el modo en que logramos nuestro perfeccionamiento personal y nos hacemos de los medios para alcanzar esa meta es precisamente *EL TRABAJO, y lo que hacemos para dar a nuestra existencia, nuestra familia y*

nuestra sociedad un valor socialmente redimible. A veces somos empleados, a veces somos patrones, o somos dueños independientes que prestamos servicios profesionales o técnicos por nuestra cuenta, pero no siempre la categoría es clara, y muchas veces una persona que debería ser empleado y tener prestaciones laborales no cuenta con ese beneficio por estar contratada "por honorarios, asimilada a salario" o bajo un contrato de prestación de servicios profesionales.

¿Tenemos su atención? Además de tener la calidad de trabajador o patrón, el lector debe de saber que nuestros sistemas jurídicos están en un nivel de desarrollo en el que el reconocimiento de la dignidad humana[1] hace preeminente el reconocimiento y la protección de Derechos Humanos, al grado que se reconocen y protegen Derechos Humanos que aquí comentaremos como el *derecho a un juicio conforme a reglas previamente determinadas y conforme a términos predeterminados*, así como a *tener un acceso efectivo a la justicia*. **Usted es el beneficiario y el motivo de estos derechos**.

El presente trabajo pretende tener en primer lugar un alcance informativo, que el lector se entere de los diversos sistemas existentes de regulación de relaciones de trabajo en México; que en México *no todas las personas son iguales ante la ley*, ya lo decía George Orwell en su sátira política, "TODOS LOS ANIMALES SON IGUALES, PERO ALGUNOS ANIMALES SON MÁS IGUALES QUE OTROS",[2] o quizás se podría decir que *dependiendo qué tipo de patrón se*

[1] Carbonell, Miguel, *"Los Derechos Humanos en México"*, México, Flores Editor y Distribuidor, S. A. de C.V., 2015, p. 13. El Doctor Carbonell refiere en el texto referido que *"a partir de la Segunda Posguerra Mundial se afirma una corriente de pensamiento que sitúa a la dignidad humana en el centro del sistema jurídico, pero concibiéndola más allá de las normas"*.

[2] Orwell, George, *Rebelión en la granja*, trad. de Gabriela Corral Dueñas, Santiago-Chile, Edición Digital, S.A., 2014, pos. 1566. Fragmento cúspide de la historia en la que se institucionaliza en la granja una *igualdad desigual*.

tiene, se sabrá qué tipo de ley se aplica, o si inclusive, si no tiene protección de ley alguna, como lo haremos notar más adelante dentro del presente trabajo. En segundo lugar, la finalidad de este artículo es destacar esas áreas de oportunidad o de riesgo[3] en donde por un lado legalmente se ha *institucionalizado la desprotección* de ciertas personas y por otro lado se ha intentado vulnerar sus derechos con esquemas de contratación que buscan negar sus derechos laborales.

1. Diferencia entre derecho humano de acceso a la justicia, su tutela o garantía, la posibilidad de reclamar una prestación legal y la decisión de presentar un reclamo

Siguiendo la clave establecida en el subtítulo, es pertinente hacer una primera distinción técnica pero que resulta importante para el entendimiento del presente trabajo, una cosa es el RECONOCIMIENTO de los derechos humanos, mientras que otra diversa es LA TUTELA de los mismos derechos. En México, el reconocimiento de los derechos humanos está contemplado por el artículo 1° de la Constitución Política[4] y, por otro lado, existe la obliga-

[3] Depende si se ve de la perspectiva del Estado o del particular.

[4] *Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.* Se hace notar que la imperante teoría constitucional provocó que de hecho se modificara el texto constitucional para que la Constitución expresara que RECONOCE, y no que OTORGA derechos humanos, en línea con lo que expone José René Olivos Campos en el siguiente sentido: *"Los derechos humanos se entienden como el conjunto de atributos y prerrogativas que tiene todo integrante del género humano. Referidos derechos son anteriores y superiores a la sociedad, así como a cualquier forma de organización y ejercicio de poder público. En consecuencia, los derechos humanos no son producto ni creación de las instituciones estatales. Éstas sólo los pueden reconocer, garantizar y hacer que se observen para*

ción del Estado de que esos derechos humanos reconocidos puedan hacerse efectivos por todas las personas, tal como lo contempla el mismo artículo 1° Constitucional en su tercer párrafo[5] al imponer a las autoridades, en el ámbito de sus competencias, la obligación de garantizar los derechos humanos. Con esto podemos distinguir que la garantía es lo que hace efectivo el derecho, pero no el derecho en sí.

Con lo anterior, ya nos aproximamos más a la materia teórica del estudio, *el acceso a la justicia*. Como tal, este acceso es un derecho humano y su reconocimiento está expresamente contemplado en el segundo párrafo del artículo 17 de la Constitución Mexicana en el siguiente sentido:

> *Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial.*

Entonces, el derecho de acceso a la justicia está garantizado por medio de la administración de justicia por tribunales competentes y conforme a un procedimiento rápido, con reglas y en plazos previamente establecidos,[6] siendo esto equivalente a lo que en Estados Unidos se conoce como el derecho de *due process*.[7]

*su cabal cumplimiento". (*Ver, Olivos Campos, José René, *Los Derechos Humanos y sus Garantías*, México, Editorial Porrúa, 2013, p. 3.

[5] *Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.*

[6] En el mismo sentido ver: Olivos Campos, José René, *Los Derechos Humanos y sus Garantías*, México, Editorial Porrúa, 2013, p. 183.

[7] *Due process: The conduct of legal proceedings according to established rules and principles for the protection and enforcement of private rights, including notice, and the right to a fair hearing before a tribunal with the power to decide the case.* Garner, Bryan A., (Editor) *Black´s Law Dictionary*, Edición en inglés, Estados Unidos de América, Thomson West, 2004, pp. 538-539.

En este punto ya hemos distinguido entre el *derecho humano de acceso a la justicia*, con el *deber del Estado de garantizar* que pueda hacerse efectivo ese derecho. Ahora bien, es pertinente hacer una nueva distinción, que por ser jurídicamente técnica la hace hermosa a los ojos del operador jurídico, aunque inocua a los ojos de cualquier persona más ocupada de su felicidad que de la ciencia jurídica. Esta distinción deriva del hecho que *no por existir el reconocimiento de un derecho humano, y la garantía para tu salvaguarda, per se, hace efectivo el derecho de acceso a la justicia para una persona.* Lo anterior, porque aún con la existencia del derecho humano, y de la garantía que proporciona el Estado para hacerla efectiva, la persona que resiente la violación de un derecho, ya sea por la autoridad o por un particular, para lograr que se haga efectivo su derecho de acceso a la justicia, debe de tener a su alcance por un lado, una acción en sentido jurídico que sirva como llave jurídica para echar a andar el proceso administrativo/judicial de garantía de su derecho, y por otro lado, la actitud material física y jurídica de presentar una pretensión procesal que necesariamente implica acción en sentido material del particular. Como se ve, la autoridad de manera genérica y en sus diversas competencias lleva un rol determinante tanto como posible violador de un derecho (autoridad administrativa), como tutor del proceso de administración de justicia (autoridad jurisdiccional), y como responsable de que los ciudadanos tengan una acción legal o un medio de reclamo de una pretensión (autoridad legislativa), pero se requiere indubitablemente (por lo menos por lo que hace al derecho a un debido proceso o de acceso a la justicia) que la persona beneficiaria

del derecho *eche a andar el mecanismo de garantía para hacer efectivo el derecho*.

Permítaseme explicar todo lo anterior con un ejemplo que se va aproximando a la materia práctica del trabajo:

Si una persona que considera que era un empleado de otra, y que ha sido privada de su empleo injustamente, tiene *a)* el derecho humano a poder acceder a una instancia jurisdiccional que determine si efectivamente sufrió ese agravio, este derecho está garantizado por *b)* el procedimiento ordinario contenido en la Ley Federal del Trabajo, misma que regula el procedimiento ordinario laboral y contempla *c)* las acciones que tiene el agraviado para reclamar ya sea una indemnización por despido o que se le reinstale en su trabajo; prestaciones jurídicas que la persona agraviada reclamará y particularizará al momento de *d)* presentar su demanda o la pretensión procesal como una "declaración de voluntad por la que se solicita una actuación de un órgano jurisdiccional frente a persona determinada y distinta del autor de la demanda".[8]

Ahora bien, este ejemplo se desprende de un caso genérico de naturaleza laboral, pero la realidad puede tener muchas aristas y el acceso a la justicia no se agota con poder acceder al procedimiento, sino que como lo expone Karlos Castilla,[9] este acceso debe de estar *libre de obstáculos o barreras* y aparte se deberá de llegar de manera pronta a una conclusión que dirima de manera total e imparcial la controversia planteada, barreras que pueden ubicarse en todos los diversos ámbitos o competencias de la autoridad.

[8] Guimaráes Ribeiro, Darci, *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva*, España, J. M. Bosch Editor, 2004, p. 115.

[9] Castilla Juárez, Karlos Artemio, *Acceso Efectivo a la Justicia*, México, Porrúa, 2012, pp. 35-39.

Castilla, tomando como guía en gran parte el trabajo de Mauro Cappelletti,[10] considera diversos criterios de obstáculos o barreras al acceso a la justicia, tales como desigualdad y desprotección a grupos vulnerables; normas inadecuadas, anticuadas o anacrónicas que niegan formalmente el acceso a la justicia; procesos formalistas que dificultan un fácil acceso o interpretaciones judiciales restrictivas que limitan el acceso a la justicia; falta real o alegada de recursos por parte de la autoridad tutelar del proceso que hace lento y tedioso el procedimiento; ausencia de credibilidad en las instituciones administradoras de justicia, entre otros que no consideramos tan pertinentes al presente trabajo, y yo añadiría una posible barrera más consistente en la *contractual* o *la utilización de mecanismos contractuales que limiten el disfrute de derechos y pretendan negar la legitimación activa para presentar una pretensión procesal*. En otras palabras, y adelantando lo que será materia de análisis, *la contratación de personas bajo un régimen civil de prestación de servicios profesionales pretendiendo negarles derechos laborales o que puedan promover una demanda con la calidad de trabajadores.*

En cuanto a las barreras mencionadas y particularmente a la barrera que arriba identifiqué como contractual, regresaremos con detalle más adelante, primero vamos a distinguir entre los diversos regímenes laborales que se aplican en México.

[10] Ver: Cappelletti, Mauro, *Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo, La justicia social: acceso a la justicia y responsabilidad del jurista en nuestra época*, Facultad de Derecho UNAM-Porrúa, México, 2007, pp. 418-419.

2. La ley laboral en México, la ilusión de la igualdad

De manera general, el derecho laboral en México ha sido para los juristas del siglo XX, tanto en México como en el mundo, un emblema, un símbolo de inclusión y de justicia social, ya que como lo narra el maestro Mario de la Cueva.[11]

En el derecho del trabajo, la justicia dejó de ser una fórmula fría, aplicada a las relaciones externas entre los hombres, y se convirtió en la manifestación de las necesidades y de los anhelos del hombre que entrega su energía de trabajo al reino de la economía. El derecho del trabajo de la *Revolución social mexicana* quiso ser el mensajero y el heraldo de un mundo nuevo en el cual el trabajador sería elevado a la categoría de persona, no para quedar simplemente registrado con ese título en una fórmula legal, sino para vivir como persona en la realidad de la vida social: en el futuro, el derecho ya no sería tan solo una forma de la convivencia, sino una fuerza activa al servicio de la vida, un instrumento de la comunidad para garantizar a los hombres la satisfacción de las necesidades de orden material y espiritual que impone la dignidad de la persona humana.

Con estas hermosas ideas e ideales nació a la vida en 1917 nuestro Artículo 123 constitucional, como la elevación a nivel fundamental de los derechos y garantías mínimas de los trabajadores como integrantes de una clase protegida de manera especial por la ley de leyes de nuestro país, *sin distinción de tipo estamental, ni de quién fuera el patrón, ni para qué sector de la economía se laboraba o si era empleado público o privado*. En este sentido podemos ver que la vocación proteccionista del constituyente de 1917 era universal a todos los trabajadores dentro de nuestro país.

[11] De la Cueva, Mario, *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, tomo I, vigesimosegunda edición, segunda reimpresión, México, Porrúa, 2015, p. 45.

La norma constitucional estableció derechos mínimos de naturaleza laboral, tales como una jornada máxima de ocho horas, la protección de accidentes o enfermedades de trabajo, condiciones de seguridad, salubridad e higiene en los centros de trabajo, derecho de asociación y huelga, así como el *principio de estabilidad en el empleo y la nulidad de cualquier condición que vaya en contra de los derechos de los empleados o que represente una renuncia de derechos laborales*, estableciendo un umbral mínimo de garantías y prestaciones en el sentido de que no es válido ni surte efectos el pacto que implique la renuncia de derechos laborales reconocidos por la ley, mientras que es perfectamente válido pactar condiciones mejores o por encima de dichos derechos, tal como lo estableció contundentemente el maestro Néstor De Buen en su obra de *Derecho del trabajo, esto significa que las prestaciones señaladas tanto en el Artículo 123 como en la ley reglamentaria son el punto de partida. Arriba de ellas, todo. Por debajo de esas prestaciones, nada*.[12]

Aquí, el bien ponderado maestro establece un principio rector en el derecho laboral mexicano, pero de manera indirecta hace referencia a la ley reglamentaria, lo que no aclara De Buen es que no hay solo una ley reglamentaria, ni que no todos los trabajadores en México se benefician de los mismos principios constitucionales. Efectivamente, tal como lo desglosa Roberto Muñoz Ramón en su obra[13] al exponer el tema de las fuentes del derecho laboral, distingue acertadamente entre las fuentes formales, *originaria vis a vis la derivativa*. Se desprende, como en cualquier ré-

[12] De Buen L., Néstor, *Derecho del trabajo,* Tomo primero, Vigésimo primera edición, México, Porrúa, 2015, p. 47.

[13] Muñoz Ramón, Roberto, *Tratado de derecho del trabajo,* México, Porrúa, 2006, p. 131.

gimen constitucional, que la fuente original de la ley es la Constitución Política que determina lineamientos generales o facultades particulares para la emisión de leyes reglamentarias de las disposiciones constitucionales.

Bajo esta distinción es pertinente señalar que en entre 1917 y 1929 la facultad reglamentaria de la materia laboral de acuerdo al principio del pacto federal de nuestra República no estaba reservada a la federación, sino que a nivel local se podía expedir, y de hecho se expidieron 53 diferentes leyes locales reglamentarias de la materia laboral.[14] Ante la confusión creada por las diversas normas y dado que tanto en materia colectiva como comercialmente era común que las empresas y sindicatos tenían intereses en más de un estado, para evitar conflictos, en 1929 se modificó la constitución para señalar la facultad exclusiva del Congreso Federal de expedir leyes reglamentarias en materia del trabajo, y en 1931 ya se tenía la primera Ley Federal del Trabajo.

Actualmente las relaciones de trabajo entre patrones y trabajadores en México se rige efectivamente por la Ley Federal del Trabajo expedida en 1970, con sus subsecuentes reformas, pero con la tutela niveladora en beneficio de los trabajadores, bajo los principios constitucionales de la permanencia en el empleo, nulidad de cualquier cláusula en perjuicio de derechos laborales y nulidad de cualquier renuncia de derechos, imponiendo inclusive un criterio de presunción de relación de trabajo y de privilegiar la realidad cuando se presta un servicio personal y subordinado con la contraprestación de un salario para que se surtan todos los derechos y prerrogativas del trabajador *independientemente de cómo se haya documentado la relación de trabajo, inclusive si se documentó con un contrato de prestación de servicios*

[14] *Ibídem*, p. 140.

profesionales. Esto último va a ser muy útil para los fines de nuestro artículo, como se verá al concluir, pero antes, y dando contenido al título del capítulo que nos ocupa, veremos que esta protección no es igual para todos los trabajadores en México.

En efecto, como veíamos, en 1917 se redactó el Artículo 123 como la matriz original y de protección de *todos los empleados en nuestro país*, sin hacer distinción alguna. Al ser una materia de legislación reglamentaria local originalmente los propios estados empezaron a hacer distinciones respecto de a quién se le aplicaba la ley laboral y a quién no, así, y respecto de los empleados públicos existió una corriente excluyente y otra incluyente[15] como lo refiere la Licenciada Villareal Reyes en su libro al reseñar que legislaciones como la ley de Veracruz de Cándido Aguilar del 14 de enero de 1918 excluía a los empleados públicos por tener una situación jurídica distinta respecto de los demás trabajadores, como se desprendía del artículo 8 de la citada ley en el siguiente sentido:

> *Artículo 8. Tampoco serán materia de esta ley, sino de las que el estado dicte o haya dictado. I. Los contratos que se refieran al trabajo de empleados y funcionarios de la administración y Poderes del Estado. (Sic)*

En el mismo sentido excluyente se expidieron las leyes laborales de Nayarit de 25 de octubre de 1918, el Código de Yucatán de 16 de diciembre de 1918, la Ley del Trabajo del Estado de Michoacán del 1 de septiembre de 1921 y la de Aguascalientes de nueve de marzo de 1928.[16] Por otro lado en el ejercicio de las mismas facultades reglamentarias, otras entidades como Sinaloa en su ley de 15 de

[15] Villareal Reyes, Alma Ruby, *Derecho colectivo burocrático*, México, Porrúa, 2011, p. 25.

[16] *Idem*.

julio de 1920, Coahuila el 13 de octubre de 1920, Puebla el 14 de noviembre de 1921 y Durango el 14 de octubre de 1922, determinaron que la designación de obreros o empleados protegidos incluía por igual a dependientes de comercio, empleados de gobierno o cualquier otro individuo que prestare servicios en fábricas, talleres, industrias, establecimientos rurales o empresas en las que se emplee el trabajo humano.[17]

Con lo anterior podemos ver que respecto de los empleados públicos desde la primera mitad del siglo XX ya sufrían de temas relacionados a la posible exclusión o negación de acceso a la justicia a título de trabajadores, en lo que se podría considerar como una barrera normativa sistemática de acceso a la justicia, ya la Ley Federal del Trabajo de 1931, armonizando y unificando la legislación laboral nacional, siguiendo como modelo la legislación veracruzana, estableció formalmente la exclusión de los trabajadores al servicio del Estado,[18] tal como se estipuló en el artículo 2 de dicha ley que establecía:

> *Artículo 2º. Las relaciones entre el Estado y sus servidores se regirán por las leyes del servicio civil que se expidan.*

Lo anterior, sin que ni siquiera existiera un cuerpo normativo nacional para proporcionar algún tipo de seguridad jurídica a los burócratas. No es sino a hasta 1938 que se expidió la *Ley del Estatuto Jurídico de los Trabajadores al Servicio de los Poderes de la Unión*, como primera ley federal relativa

[17] *Ibidem*, p. 26.

[18] Gutierrez Cantú, Miguel Ángel, *La justicia laboral en los trabajadores al servicio del Estado*, dentro de la Obra Jurídica Enciclopédica, Volumen de Derecho Laboral y de la Seguridad Social, Coord. de la obra, Juan Pablo Pampillo Baliño, Manuel Alexandro Munive Páez, México, Porrúa, Centro de Investigación e Informática Jurídica, 2012, pp. 413-418.

a los trabajadores al servicio del estado[19] para luego ser sustituida en 1941 por el *Estatuto de los Trabajadores al Servicio de los Poderes de la Unión*. No fue sino hasta el 5 de diciembre de 1960 que se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* la reforma constitucional que adicionaba el Apartado B al Artículo 123 Constitucional provocando que lo que fue el contenido original del Artículo 123 se distinguiera en adelante bajo el apartado A, y estableciendo las bases constitucionales para la reglamentación de la relación entre los Poderes de la Unión, el Gobierno del Distrito Federal y sus trabajadores, precisamente en un nuevo apartado, el B.[20] Ante la reforma constitucional, se hizo necesario un ordenamiento regulador de la norma máxima, por lo que el 28 de diciembre de 1963 se expidió en el *Diario Oficial de la Federación* la *Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, Reglamentaria del Apartado B del artículo 123 Constitucional*.

En cuanto al ámbito de aplicación de dicha ley, el artículo 1º de la misma estableció:

> *Artículo 1°. La presente Ley es de observancia general para los titulares y trabajadores de las dependencias de los Poderes de la Unión, del Gobierno del Distrito Federal, de las Instituciones que a continuación se enumeran: Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado,*

[19] *Idem*.

[20] Que en su exposición de motivos contemplaba:

Los trabajadores al servicio del Estado, por diversas y conocidas circunstancias, no habían disfrutado de todas las garantías sociales que el artículo 123 de la Constitución General de la República consigna para los demás trabajadores.

Es cierto que la relación jurídica que une a los trabajadores en general con sus respectivos patrones, es de distinta naturaleza de la que liga a los servidores públicos con el Estado, puesto que aquellos laboran para empresas con fines de lucro o de satisfacción personal, mientras que éstos trabajan para instituciones de interés general, constituyéndose en íntimos colaboradores en el ejercicio de la función pública. Pero también es cierto que el trabajo no es una simple mercancía, sino que forma parte esencial de la dignidad del hombre; de allí que deba ser siempre legalmente tutelado.

Texto extraído de artículo de Gutiérrez Cantú, p. 416.

Juntas Federales de Mejoras Materiales, Instituto Nacional de la Vivienda, Lotería Nacional, Instituto Nacional de Protección a la Infancia, Instituto Nacional Indigenista, Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, Comisión Nacional de Valores, Comisión de Tarifas de Electricidad y Gas, Centro Materno-Infantil Maximino Ávila Camacho y Hospital Infantil; así como de los otros organismos descentralizados, similares a los anteriores que tengan a su cargo función de servicios públicos.

Al respecto, es importante hacer notar que por lo que hace a la referencia al Distrito Federal, por virtud de la reforma Constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 29 de enero de 2016, el Distrito Federal pasó a ser una Entidad Federativa adicional denominada *Ciudad de México* que gozará de su propia constitución local y que respecto de la regulación de la relación laboral con sus empleados establece lo siguiente:

> *Las relaciones de trabajo entre la Ciudad de México y sus trabajadores se regirán por la ley que expida la Legislatura local, con base en lo dispuesto por el artículo 123* de esta *Constitución* y sus leyes reglamentarias.[21]

Ley que no se ha expedido todavía, dado que por lo que hace a dicha disposición particular en la reforma constitucional hay un plazo de *Vacatio Legis* que otorga un periodo previo de entrada en vigencia para el 1° de enero de 2020.[22]

En relación a la *Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado,* en su artículo 1° el legislador, aparte de incluir al Distrito Federal, también incluyó a un número de organismos descentralizados en particular y dejó abierta la posibilidad para que otros organismos descentralizados

[21] Artículo 122, Apartado A, Fracción XI.

[22] Artículo sexto. Las reformas al primer párrafo del Apartado B del artículo 123 y la Base XI del Apartado A del artículo 122 relativas al régimen jurídico de las relaciones de trabajo entre la Ciudad de México y sus trabajadores, entrarán en vigor a partir del día 1 de enero de 2020, *DOF*, 29 de enero de 2016.

fueran sujetos de la aplicación de la citada ley. Sin embargo, respecto de dichos organismos, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó que la inclusión de organismos de la administración pública descentralizada o paraestatal dentro del ámbito de aplicación de la *Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado,* en adición a lo establecido por el propio apartado B del artículo 123, era un exceso legislativo y *se declaró inconstitucional al tenor de la Jurisprudencia 1/96* que por su trascendencia y efectos vale la pena citar aquí:

> *Época: Novena Época, Registro: 200199, Instancia: Pleno, Tipo de Tesis: Jurisprudencia. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo III, Febrero de 1996. Materia(s): Laboral, Constitucional, Tesis: P./J. 1/96, Página: 52. ORGANISMOS DESCENTRALIZADOS DE CARÁCTER FEDERAL. SU INCLUSIÓN EN EL ARTICULO 1° DE LA LEY FEDERAL DE LOS TRABAJADORES AL SERVICIO DEL ESTADO, ES INCONSTITUCIONAL.*[23]
> *El apartado B del artículo 123 constitucional establece las bases jurídicas que deben regir las relaciones de trabajo de las personas al servicio de los Poderes de la Unión y del Gobierno del Distrito Federal, otorgando facultades al Congreso de la Unión para expedir la legislación respectiva que, como es lógico, no debe contradecir aquellos fundamentos porque incurriría en inconstitucionalidad, como sucede con el artículo 1o. de la Ley Federal*

[23] El Tribunal Pleno en su sesión privada celebrada el quince de enero en curso, por unanimidad de once votos de los Ministros: presidente José Vicente Aguinaco Alemán, Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Mariano Azuela Güitrón, Juventino V. Castro y Castro, Juan Díaz Romero, Genaro David Góngora Pimentel, José de Jesús Gudiño Pelayo, Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, Humberto Román Palacios, Olga María Sánchez Cordero y Juan N. Silva Meza; aprobó, con el número 1/1996 la tesis de jurisprudencia que antecede; y determinó que las votaciones de los precedentes son idóneas para integrarla. México, Distrito Federal, a quince de enero de mil novecientos noventa y seis.

Nota: Véase la ejecutoria publicada en el *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo II, pág. 42, correspondiente al mes de agosto de 1995. Esta tesis fue objeto de la denuncia relativa a la contradicción de tesis 34/2015 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, desechada por notoriamente improcedente, mediante acuerdo de 6 de febrero de 2015.

de los Trabajadores al Servicio del Estado que sujeta al régimen laboral burocrático no sólo a los servidores de los Poderes de la Unión y del Gobierno del Distrito Federal, sino también a los trabajadores de organismos descentralizados que aunque integran la administración pública federal descentralizada, no forman parte del Poder Ejecutivo Federal, cuyo ejercicio corresponde, conforme a lo establecido en los Artículos 80, 89 y 90 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al presidente de la República, según atribuciones que desempeña directamente o por conducto de las dependencias de la administración pública centralizada, como son las Secretarías de Estado y los Departamentos Administrativos. Por tanto, las relaciones de los organismos públicos descentralizados de carácter federal con sus servidores, no se rigen por las normas del apartado B del Artículo 123 constitucional.

Al establecer la Corte que las relaciones de los empleados de los organismos descentralizados integrantes de la administración pública descentralizada o paraestatal no se rigen por las normas del apartado B del Artículo 123 constitucional, por exclusión determinó que se rigen por las normas reglamentarias del apartado A del mismo artículo constitucional. Esto representa un cambio de paradigma en la administración del personal, mismo que no ha sido del todo asimilado por los entes integrantes de esta administración pública descentralizada o paraestatal dado que *internamente se siguen comportando como si en efecto las relaciones laborales pertenecieran al ámbito burocrático centralizado*, por ejemplo emitiendo nombramientos en vez de celebrar contratos en materia individual, y expidiendo condiciones generales de trabajo en vez de celebrar contratos colectivos en materia colectiva. Actualmente existen 201 entidades paraestatales, y un listado actualizado se puede ver en la publicación de la Relación de Entidades Paraestatales de la Administración Pública Federal, en el *Diario Oficial de la Federación* del 15 de agosto de 2016.

Donde se torna especialmente delicado el fenómeno es en relación al personal de confianza y aquel contratado bajo contratos de prestación de servicios profesionales. Por lo que hace al personal de confianza la diferencia es monumental ya que mientras que en la *Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado*, ***los empleados de confianza no tienen ninguna protección y prácticamente ningún derecho de naturaleza laboral***,[24] siendo efectivamente un *grupo vulnerable* para efectos laborales y que por una barrera normativa e institucional *no tienen acceso a la justicia en materia laboral*, ni tienen reconocido derecho laboral alguno salvo por el derecho a recibir el salario devengado y a servicios de salud.[25] Estos supuestos en relación a empleados de

[24] Dentro del Artículo 5° de la ley laboral burocrática se establece de manera general un catálogo de puestos y características que hacen que un empleado se considere de confianza y en el Artículo 8° se expresa textualmente que *Quedan excluidos del régimen de esta ley los Trabajadores de confianza a que se refiere el Artículo 5°.*

[25] Se debe de reconocer que con la expedición de la *Ley del Servicio Profesional de Carrera en la Administración Pública Federal*, en el *Diario oficial de la Federación* el 10 de abril de 2003, se buscó dar un grado de estabilidad en el empleo de los empleados de confianza de la administración pública, sin embargo, a lo más que pueden aspirar dichos empleados es a recibir una indemnización si se despide de manera injustificada, no a una equiparación de derechos, ni mucho menos a poder demandar la reinstalación o cumplimiento de nombramiento o contrato.

Por otro lado, están empezando a generarse criterios en función de ciertas categorías sospechosas de discriminación como lo son *mujeres embarazadas*, que han provocado la emisión de Tesis Aisladas que todavía no son criterios obligatorios de jurisprudencia en el siguiente sentido:

Registro: 2010842, Tesis: XI.1o.A.T.31 L (10a.),

Despido de una trabajadora burócrata de confianza motivado por su gravidez. Reglas para resolver el juicio laboral relativo. Cuando el despido de una trabajadora burócrata de confianza tuvo como origen un acto discriminatorio de su patrón, porque fue posterior a que le informó que estaba embarazada, la autoridad jurisdiccional debe: i) aplicar la herramienta de perspectiva de género; ii) emplear el principio de no discriminación; iii) determinar correctamente la carga de la prueba en la alegación a una violación a éste; iv) valorar las pruebas ofrecidas por las partes, con base en sus posiciones o pretensiones; y, v) resolver si ese tipo de trabajadoras están exentas de violaciones al principio indicado, por la sola circunstancia de su categoría, dado que en el juicio laboral se controvierte el despido motivado por la gravidez de la actora, por ir

confianza no se surten para los organismos públicos descentralizados respecto de sus empleados dado que la ley aplicable, en función de la jurisprudencia 1/96 del pleno de la Suprema Corte, es la ley Federal del Trabajo, con su manto protector, y no la ley laboral burocrática que niega el acceso a la justicia. En consecuencia, los empleados de confianza de la administración pública descentralizada o paraestatal *tienen el derecho de permanencia en el empleo, así como todos los demás derechos y protecciones otorgados por la Ley Federal del Trabajo.*

Por lo que hace al personal contratado bajo un contrato de prestación de servicios de naturaleza civil, como podremos ver más adelante y en las conclusiones, el efecto en materia de acceso a la justicia y posible riesgo laboral para los organismos descentralizados es diametralmente diverso por la misma razón antes prevista, *la aplicación de la Ley Federal del Trabajo* en lugar de la *Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado.*

contra el derecho humano a la no discriminación, contenido en los artículos 1o., párrafo quinto, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1, numeral 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 1 del Convenio Número 111 Relativo a la Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación, de la Organización Internacional del Trabajo pero, especialmente, por transgredir el artículo 11, numeral 2, inciso a), de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés), que reconoce expresamente el derecho de la mujer a no ser despedida por motivo del embarazo.

Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito.

Amparo directo 20/2015. 10 de septiembre de 2015. Mayoría de votos. Disidente: Hugo Sahuer Hernández. Ponente: Víctorino Rojas Rivera. Secretario: Jesús Santos Velázquez Guerrero.

Esta tesis se publicó el viernes 15 de enero de 2016 a las 10:15 horas en el *Semanario Judicial de la Federación.*

3. Regímenes especiales...
pero algunos son más iguales que otros

Aunque podríamos concentrarnos en desahogar el tema de estudio tomando como referencia solo la dicotomía entre la Ley Federal del Trabajo y la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, reglamentarias del apartado A y B del Artículo 123 constitucional respectivamente, es pertinente hacer notar al lector que existen en nuestro país diversos regímenes de excepción respecto de la regulación de derechos laborales, como es el caso de los empleados del propio Poder Judicial de la Federación y los empleados de la Suprema Corte de Justicia, que en ambos casos se convierten en juez y parte dado que ellos mismos resuelven sus propios conflictos laborales así como todos los demás casos contemplados por la fracción XII y XIII del apartado B del Artículo 123 constitucional[26] como son entre otros el personal del servicio exterior y miembros de instituciones policiacas.

Por otro lado, está el Banco Central y las entidades de la administración pública federal que forman parte del sistema bancario que rigen sus relaciones laborales por lo que se establece en la *LEY REGLAMENTARIA DE LA FRACCION XIII BIS DEL APARTADO B, DEL ARTÍCULO 123 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.*

[26] XII...

...Los conflictos entre el Poder Judicial de la Federación y sus servidores serán resueltos por el Consejo de la Judicatura Federal; los que se susciten entre la Suprema Corte de Justicia y sus empleados serán resueltos por esta última.

Párrafo reformado DOF 31-12-1994: "XIII. Los militares, marinos, personal del servicio exterior, agentes del Ministerio Público, peritos y los miembros de las instituciones policiales, se regirán por sus propias leyes".

Adicionalmente, el Congreso de la Unión a través del constituyente permanente, ha acogido la práctica de crear organismos públicos autónomos reconocidos o creados dentro de la propia constitución, tal como es el caso del Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación,[27] Instituto Federal de Telecomunicaciones,[28] el Instituto Nacional Electoral,[29] y la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.[30] Respecto de este último, es interesante que aunque dentro del dispositivo constitucional donde se prevé su creación no se establece el régimen laboral de sus empleados, lo que tendría que remitirlo al régimen general de la Ley Federal del Trabajo. No obstante, en la ley reglamentaria del Artículo 102 constitucional, precisamente la *Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos* se determina que *el personal que presta sus servicios dentro de dicho órgano se regirá por las disposiciones del apartado B del Artículo 123 constitucional* y por lo tanto la ley aplicable es la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, pero sobrepasando lo establecido por dicha ley e inclusive por el dispositivo constitucional la Ley de la Comisión de los Derechos Humanos en la parte *in fine* su artículo 74 establece que *"todos los servidores públicos que integran la planta de la Comisión Nacional, son trabajadores de confianza debido a la naturaleza de las funciones que ésta desempeña"*, por lo que *efectivamente priva de derechos laborales a todos los empleados de dicho organismo*, y se establece la paradoja de que el ente que tiene a su cargo la vigilancia del respeto de los derechos humanos *es el órgano público que más institucionalmente viola los derechos humanos laborales de los empleados que prestan sus servicios dentro del mismo, independientemente de que por sus funciones pudieran o no ser considerados como de confianza dichos empleados*.

[27] Fracción IX del artículo 4° constitucional.

[28] Párrafo 15 del artículo 28 constitucional.

[29] Artículo 41 constitucional, fracción V, Apartado A. que auto regula las relaciones con sus empleados en términos del Apartado D. de la misma fracción donde establece: *El Servicio Profesional Electoral Nacional comprende la selección, ingreso, capacitación, profesionalización, promoción, evaluación, rotación, permanencia y disciplina, de los servidores públicos de los órganos ejecutivos y técnicos del Instituto Nacional Electoral y de los organismos públicos locales de las entidades federativas en materia electoral. El Instituto Nacional Electoral regulará la organización y funcionamiento de este Servicio.*

[30] Artículo 102, apartado B, 4° párrafo de la constitución política mexicana.

4. ¿A qué persona se le aplica cuál ley? Datos estadísticos oficiales

Es difícil decir con exactitud cuántas personas laboran en un régimen civil de prestación de servicios profesionales, debiendo ser consideradas como trabajadoras dado que cuando esto sucede, el efecto buscado por el contratante es que no haya un registro de obligación laboral, sino que formalmente se perfeccione un acuerdo de voluntades de una naturaleza civil, aunque materialmente se preste un servicio de naturaleza diversa.

Describiendo la composición poblacional de México, de acuerdo con datos del Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI),[31] y en particular de los datos que se pueden desprender de la Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo (ENOE),[32] podemos conocer que la base poblacional total de México es de *122,117,027* personas, de las cuales, al 2° trimestre de 2016, *89,775,051* tienen más de 15 años, lo cual las hace legalmente disponibles para entrar al mercado de trabajo. Con estos datos como base haremos el desglose en función de la información que se desprende de las personas censadas como TRABAJADORES SUBORDINADOS Y REMUNERADOS, y por

[31] http://www.inegi.org.mx/default.aspx

[32] http://www.inegi.org.mx/est/lista_cubos/consulta.aspx?p=encue&c=4

otro lado con la POBLACIÓN OCUPADA, como diverso criterio de distinción, para saber diferencias entre los datos recabados. Lo anterior para determinar qué tipo de regulación se les aplica como empleados, si podemos vislumbrar datos que puedan representar la existencia de personas que se registran como empleados pero que no tengan ingresos por concepto de salarios, o que no reciban los beneficios que deberían de recibir de manera automática como empleados en un régimen laboral, en otras palabras, que sean empleados, pero no tengan un tratamiento laboral.

La Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo arroja que hay un total de *35,212,899 personas en México que se identifican como trabajadores subordinados y remunerados*, de estos, 22,496,591 laboran para empresas negocios e instituciones privadas, mientras que 5,464,713 trabajan para instituciones públicas.[33] De esta primera aproximación según los datos de la ENOE del 100% de la población que se identifica como trabajador subordinado y remunerado el 64% que labora en la iniciativa privada lo hace al amparo de la Ley Federal del Trabajo, mientras que 15.5% trabajan para instituciones públicas y se podría presumir que trabajan bajo una ley para burócratas, ya sea de los estados, en caso de ser empleados estatales o municipales, o bajo la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, si son empleados de la Administración Pública Centralizada.

Resulta muy revelador, que la propia ENOE arroja datos controversiales respecto de las personas que se consideran *trabajadores subordinados y remunerados* ya que de la encuesta se desprende que del 100% de personas ubicadas con estas características 45.22% no cuentan con un contrato por escrito, 45.41% no cuentan con acceso a instituciones de salud, 37.60% no cuenta con prestaciones laborales, y 5.78% ni siquiera cuenta con percepciones salariales. De los datos disponibles en la plataforma interactiva del sitio de INEGI y en particular de los datos relacionados a la ENOE, se desprenden datos cualitativa y cuantitativamente variables si en vez de tomar en cuenta las personas identificadas como trabajadores subordinados tomamos en cuenta a la *población ocupada*, ya que el 100% de la muestra pasa de ser de 35,212,899, a ser de 51,433,590 personas. Haciendo este cambio, no se encuentran las mismas variables disponibles para hacer comparaciones, pero en las que si hay información los porcentajes se modifican en el siguiente sentido: 62.53% no cuentan con acceso a instituciones de salud mientras que de la muestra el 10.76% está ocupado por una institución pública. Cabe hacer notar que del cuadro resumen en materia de ocupación y empleo al segundo trimestre del 2016, que se anexa como nota al final,[1] se desprende que en función de la población ocupada hay una tasa de informalidad laboral del 57.2 %, aun cuando de esa misma muestra se reporta que 64.5% tiene un trabajo asalariado.

Estas diferencias e incongruencias son precisamente las que resultan interesantes para nuestro propósito, ya que *si todas las personas que se reportan como asalariadas o sujetas a un trabajo subordinado disfrutaran los derechos laborales más básicos, reconocidos tanto por el derecho nacional como el convencional*[34]*, y que las diversas legislaciones de naturaleza laboral vigentes les otorgan por el hecho de ser empleados subordinados, el 100% de la muestra* ***debería*** *de recibir prestaciones laborales, tener acceso a instituciones de salud, y recibir percepciones salariales*, sin embargo vemos que la realidad recabada por el órgano oficial de

[33] De la propia encuesta se desprenden diversos criterios de distinción para clasificar al resto de la muestra, pero que no resultan pertinentes para los efectos del artículo.

[34] Ver, Reynoso Castillo Carlos, *Los Derechos Humanos Laborales,* México, Tirant Lo Blanch, 2015.

difusión de datos estadísticos del Estado arroja datos que reflejan una realidad muy diversa al deber ser.

En relación a estos derechos laborales, a pesar de que más adelante nos concentremos en los empleados de la administración pública, se hace notar, como lo refiere un especialista en la materia de derechos laborales en su visión como derechos humanos, que "aquellos [derechos] que históricamente aparecieron como una reivindicación frente al Estado, ahora también se reconocen y reivindican frente a la empresa y sus representantes en la vida y el espacio cotidiano de lo laboral".[35] Aún a pesar de la posibilidad de que exista una protección y justiciabilidad de los derechos humanos laborales en un sentido horizontal, vale la pena recordar que el Estado cuando actúa como patrón, no lo hace ejerciendo sus facultades ni en el imperio de su soberanía, sino que lo hace en calidad de patrón, no como autoridad, solo que a partir de la distinción que la constitución mexicana lleva a cabo en su Artículo 123, determina para esas relaciones laborales una reglamentación diversa que la reglamentación laboral en pie para las relaciones laborales que se actualizan en la iniciativa privada.

Ahora bien, regresando a los resultados que desprendimos de la ENOE, y del cuadro resumen publicado por el INEGI en relación a los indicadores de ocupación y empleo, vemos que hay un gran sector de la población que está ocupado, y que no se reporta bajo una relación de subordinación remunerada, parte de esto, se puede imputar a las relaciones que se dan en la economía informal, sobre la que es muy difícil tener información pero la economía informal no puede explicar los datos de las personas que si se ubican en una relación de subordinación y remuneración que sin embargo reportan alarmantemente bajos porcentajes de disfrute de prestaciones laborales y de prestaciones tan elementales como el acceso a instituciones de salud. *Una posible explicación para este fenómeno, tanto en el ámbito público como el privado es la contratación formal de personas para llevar a cabo funciones laborales, con subordinación, dependencia y contraprestación por los servicios, pero bajo un contrato civil de prestación de servicios profesionales o independientes*, y con la obligación del prestador del servicio de entregar recibos o facturas con efectos fiscales reales por concepto de honorarios por los servicios prestados.

[35] *Ibídem*, p. 24.

Este tipo de contratación, hay que aceptar, cumple con requisitos de formalidad *prima facie*, ya que hay un contrato típico de por medio, contratantes plenamente identificados, pagos relacionados con la prestación de servicios contratados que serán sujetos de comprobantes fiscales, pero dicha fachada de aparente legalidad es una simulación de buen derecho, argucia o audacia, que no es lo mismo que inteligencia, una farsa y por tanto un abuso y un fraude a la ley, tratando de valerse de un medio lícito, para lograr un fin ilícito, hacer aparecer como algo una cosa que en realidad no es, y privar a una persona de ciertos beneficios o prerrogativas que la ley le otorga para tener un beneficio personal.

5. La utilización de un medio lícito, para un fin ilícito

Efectivamente, en nuestra práctica profesional tanto en representación de actores y demandados en litigio, como en el desahogo de consultas y auditorías con clientes, es común que nos encontremos con personas que utilizan un instrumento civil como lo es el contrato de prestación de servicios profesionales para documentar las relaciones

que tienen con el personal a su servicio dentro de una empresa, negociación, institución, organismo público, o cualquier tipo de ente que ocupe los servicios de otra persona para poder realizar un fin determinado para el mercado o para el público, con o sin fin de lucro. inclusive nos hemos encontrado que hay ocasiones que se utiliza un régimen fiscal, ni siquiera civil, para justificar la ausencia de cumplimiento de obligaciones laborales.

Es de hacerse notar que en la doctrina civil, para el reconocimiento de una simulación de un hecho se considera que debe de concurrir la voluntad todos los participantes del hecho simulado pudiendo o no provocar la afectación de algún tercero,[36] sin embargo, por lo que hace a la práctica de celebrar contratos de naturaleza civil con personas que son en realidad empleados o trabajadores conlleva la particularidad de que al momento de la celebración del contrato es muy probable que el empleado se encuentre en un estado de necesidad respecto del trabajo y por lo tanto en una posición totalmente asimétrica de autoridad para poder negociar ni el tipo de contrato celebrado ni el contenido de las cláusulas del mismo, y por lo tanto en un estado de vulnerabilidad para poder ser objeto pasivo o víctima de este tipo de práctica.

Concretamente nos concentraremos y haremos referencia a la utilización de *contratos de prestación de servicios profesionales* y del régimen fiscal existente en México para personas físicas de *asimilados a salarios*, con los cuales muchas personas buscan, por diversas razones, evadir sus responsabilidades como patrones y negar a otra persona la calidad de empleado, privándole de ciertos beneficios y prerrogativas y buscando a su vez entorpecer o evitar que

[36] Ver *Diccionario de Derecho Privado*, Ignacio de Casso y Romero, Francisco Cervera y Jiménez-Alfaro, Directores, Tomo II G-Z, España, Editorial Labor, 1950, pp. 3627-3636. (Voz: Simulación)

la persona contratada pueda tener recurso legal o acceso a la justicia laboral.

El contrato de prestación de servicios profesionales es un contrato que se define como *aquel por el que el profesional se obliga a prestar a favor del cliente un servicio para cuya ejecución requiere de una preparación técnica o profesional y que puede ser gratuitamente o a cambio de una remuneración llamada honorario*[37] y es un contrato tipificado tanto a nivel federal como local y que se encuentra regulado en el Código Civil para el Distrito Federal (hoy Ciudad de México) en sus artículos 2606 al 2615. Es un contrato que no requiere de una forma determinada para su validez, o sea, es consensual en oposición a formal, normalmente oneroso y sinalagmático.

Por otro lado, el régimen de "asimilado a salario" es un tipo de ingreso contemplado en la Ley del Impuesto Sobre la Renta. La citada ley respecto de los ingresos de las personas físicas establece en su artículo 94 que:

> *Se consideran ingresos por la prestación de un servicio personal subordinado, los salarios y demás prestaciones que deriven de una relación laboral, incluyendo la participación de los trabajadores en las utilidades de las empresas y las prestaciones percibidas como consecuencia de la terminación de la relación laboral.*

Enseguida, el mismo artículo establece un listado de tipos de ingresos de personas físicas que se asimilan al salario para efectos de su trato fiscal pero que no son salarios, por no desprenderse de una relación de trabajo, entre los que se encuentran *Los honorarios a personas que presten servicios preponderantemente a un prestatario, siempre que los mismos se lleven a cabo en las instalaciones de este último*,[38] así como los honorarios que perciban las personas físicas de personas

[37] Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *Derecho Civil, teoría del contrato, Contratos en particular*, México, Porrúa, 2000, p. 634.

[38] Fracción IV. Artículo 94, Ley del Impuesto Sobre la Renta.

morales o de personas físicas con actividades empresariales a las que presten servicios personales independientes.[39] Entonces haciendo un análisis lógico, *la figura de trabajador subordinado no podría coexistir con un régimen de ingresos similares a salario como la de prestador de servicios profesionales o servicios personales independientes*, dado que el propio Artículo 94 de la Ley del impuesto sobre la renta los excluye de manera expresa cuando existe una prestación personal y subordinada, aunque los ingresos por ambos supuestos tengan un tratamiento fiscal similar. En un caso, cuando hay relación personal subordinada, son salarios, y en otro caso, si no hay relación personal y subordinada, no son salarios, sino que son ingresos asimilados según el término fiscal.

Lo anterior no establece una facultad potestativa para el patrón, como muchos contadores parecen pensar al manifestar, "no es trabajador porque se le paga en el régimen de asimilados a salarios", esto, como nos decían en la escuela de derecho, equivale a poner la carreta delante de los caballos, dado que lo que detona el régimen fiscal es la relación de trabajo, no al revés. Si hay prestación de un servicio personal y subordinado hay relación de trabajo y por ende *debe* de haber salario, en este mismo sentido, hablando del régimen de asimilados a salarios, la opinión del abogado fiscalista y laboral Dionisio J. Kaye que manifiesta:

> *En nuestra opinión, esta no es una figura recomendable para ningún patrón, en virtud de que es una figura inapropiada laboralmente hablando. En efecto, bajo esta figura, que de repente apareció en la Ley del Impuesto sobre la Renta, ha sido malentendida por muchos trabajadores y patrones, que han abusado de ella.*[40]

[39] Fracción V. Artículo 94, Ley del Impuesto Sobre la Renta

[40] Kaye, Dionisio J., *Relaciones individuales y colectivas del trabajo*, México, Themis, 2014, p. 489.

La Ley Federal del Trabajo, es muy clara en el concepto de trabajador, tal como establece en su Artículo 8° con lo siguiente:

> *Trabajador es la persona física que presta a otra, física o moral, un trabajo personal subordinado.*
> *Para los efectos de esta disposición, se entiende por trabajo toda actividad humana, intelectual o material, independientemente del grado de preparación técnica requerido por cada profesión u oficio.*

Hay también que tomar en cuenta el contenido del artículo tercero de la Ley Federal de Trabajadores al Servicio del Estado que se cita:

> *Trabajador es toda persona que preste un servicio físico, intelectual o de ambos géneros, en virtud de nombramiento expedido o por figurar en las listas de raya de los trabajadores temporales.*

De hecho, en la Ley Federal del trabajo, existe el principio de que *independientemente de la forma en que se documente la relación, o el acto que le de origen*, si se surten los supuestos de *subordinación, dependencia y la contraprestación de un salario* se da la relación de trabajo, inclusive si el contrato es formalmente de diversa naturaleza o inclusive si no existe un contrato por escrito, tal como queda establecido por el Artículo 20 de la citada ley en el siguiente sentido:

> *Se entiende por relación de trabajo, cualquiera que sea el acto que le dé origen, la prestación de un trabajo personal subordinado a una persona, mediante el pago de un salario.*
> *Contrato individual de trabajo, cualquiera que sea su forma o denominación, es aquel por virtud del cual una persona se obliga a prestar a otra un trabajo personal subordinado, mediante el pago de un salario.*
> *La prestación de un trabajo a que se refiere el párrafo primero y el contrato celebrado producen los mismos efectos.*

Como decíamos, tanto el caso de prestación de servicios profesionales con el contrato civil, como los tipos de ingresos fiscales, son figuras dentro de la norma jurídica que dan contenido legal a hechos y supuestos útiles y necesarios para el desarrollo de la vida transaccional y fiscal de las personas. Lo anterior, sin embargo, *no debe de confundirse con la utilización de dichos esquemas para documentar una relación que por sus características de subordinación, dependencia y pago de un salario es de naturaleza laboral, dado que, por ministerio de ley, el prestador de servicios será considerado como empleado del beneficiario de dichos servicios para todos los efectos leales a que haya lugar.* Consecuencia que no solo es una derivación lógica de los artículos antes citados, sino que también se desprende expresamente de la propia Ley Federal del trabajo en el siguiente sentido:

> *Artículo 21. Se presumen la existencia del contrato y de la relación de trabajo entre el que presta un trabajo personal y el que lo recibe.*

Esta presunción, *Iuris Tantum*, opera en beneficio de todos los empleados de México que trabajan al amparo de la Ley Federal del Trabajo. Esto, que en principio parece como una aplicación de justicia social a los trabajadores de México se debe de matizar con la perspectiva que ya veíamos antes, porque efectivamente no todos los trabajadores son iguales ni tienen la misma protección.

Los trabajadores al servicio del estado por ejemplo, no tienen en la definición de trabajador el criterio de la subordinación, tan importante en materia laboral, ni tampoco el beneficio expreso en la ley que los rige de la presunción de relación laboral. De hecho, históricamente solo se consideraban empleados e el sector público a las personas que contaban con un *nombramiento* o figuraban en las *listas de raya*,[41] ya que independientemente de la prestación servicios físicos, intelectuales, con subordinación y con dependencia, así como con la contraprestación reiterada y periódica relacionada a ese servicio, al amparo de un *contrato de prestación de servicios profesionales, no serían considerados como empleados*, tal como se consideró sostenidamente con criterios como los siguientes:

> *Época: Sexta Época, Registro: 273774. Instancia: Cuarta Sala, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación , Volumen LXXXVI, Quinta Parte . Materia(s): Laboral, Página: 38:*
> *Trabajadores al Servicio del Estado, las personas que celebran Contratos de Prestación de Servicios con una Dependencia Gubernamental, no son. Para que se considere que determinado individuo es un trabajador al servicio del estado, es forzoso que exista un nombramiento del órgano estatal facultado para ello, o bien, que dicho individuo figure en las listas de raya, con carácter de trabajador temporal; por lo que, la celebración de un contrato entre un particular y el titular de una dependencia gubernamental, aun cuando se refiera a la prestación de un servicio profesional, no equivale en modo alguno al nombramiento, ya que éste es un acto administrativo de carácter específico, en el que el órgano estatal procede unilateralmente, conforme a sus facultades propias y, tiene como notas características: el origen de la relación que vincula al trabajador al órgano estatal; la existencia de un empleo previsto en el presupuesto de egresos y la designación del trabajador mediante nombramiento, características que no concurren en el contrato.*

> *Época: Novena Época, Registro: 186398. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Jurisprudencia. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*
> *Tomo XVI, Julio de 2002, Materia(s): Laboral, Tesis: I.1o.T. J/42, Página: 1222:*
> *Trabajadores al Servicio del Estado, Nombramiento de los. Carga de la prueba. El artículo 3o. de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado define como trabajador a toda persona que*

[41] Tal como lo contempla el artículo 3 de la Ley Federal de Trabajadores al Servicio del Estado.

presta un servicio físico, intelectual o de ambos géneros, en virtud del nombramiento expedido o por figurar en las listas de raya de los trabajadores temporales; en tales condiciones, corresponde al trabajador demostrar la existencia del nombramiento o que trabaja a lista de raya.
PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA DE TRABAJO DEL PRIMER CIRCUITO.
Época: Novena Época, Registro: 201068, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
Tomo IV, Octubre de 1996, Materia(s): Laboral, Tesis: I.6o.T. J/16, Página: 479:

Trabajadores al Servicio del Estado, nombramiento y relacion de trabajo de los. Carga de la prueba de su existencia. A quien se ostenta como trabajador al servicio del Estado, además de comprobar que presta un servicio físico, intelectual o de ambos géneros, corresponde también acreditar, como condición específica, que tal situación se generó en virtud del nombramiento que al efecto se le haya expedido por persona facultada para ello, o por figurar en las listas de raya de los trabajadores temporales, de acuerdo a lo establecido en el artículo 3o. de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado; ya que no se puede presumir la existencia de la relación jurídica de trabajo entre el titular de una dependencia y un particular por el simple hecho de la prestación de un servicio, por no ser aplicable en forma supletoria el artículo 21 de la Ley Federal del Trabajo.
SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA DE TRABAJO DEL PRIMER CIRCUITO."

Estos criterios significaban que *para ser reconocido como empleado público se requería a priori de un nombramiento o figurar en las listas de raya, y el tener un contrato de prestación de servicios profesionales automáticamente excluía al empleado de que lo alcanzara protección alguna*. Si llegaba a atreverse a demandar, no tendría que acreditar la relación de subordinación y dependencia, elementos característicos de la relación laboral, sino que tendría el empleado que acreditar la existencia

del nombramiento, lo cual es evidentemente una *barrera al acceso a la justicia.*

Afortunadamente para el empleado público la tendencia actual de los criterios jurisdiccionales en relación a los derechos sociales tienen la propensión expansiva a ser reconocidos como derechos humanos y ha provocado que de hecho también los empleados públicos tengan oportunidad de ser reconocidos como empleados si logran acreditar los elementos de subordinación en una relación de dependencia, aunque con diferentes consecuencias que en el ámbito privado, esto se desprende de la siguiente jurisprudencia por contradicción:

Época: Novena Época, Registro: 178849, Instancia: Segunda Sala. Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXI, Marzo de 2005, Materia(s): Laboral, Tesis: 2a./J. 20/2005, Página: 315:
Trabajadores al Servicio del Estado. El vínculo laboral se demuestra cuando los servicios prestados reúnen las características propias de una relación de trabajo, aunque se haya firmado un Contrato de Prestación de Servicios Profesionales. De la tesis de jurisprudencia 2a./J. 76/98, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo VIII, octubre de 1998, página 568, con el rubro: "TRABAJADORES AL SERVICIO DEL ESTADO. SI DEMUESTRAN QUE HAN VENIDO PRESTANDO SERVICIOS A LA DEPENDENCIA ESTATAL POR DESIGNACIÓN VERBAL DEL TITULAR, TIENEN ACCIÓN PARA DEMANDAR LA EXPEDICIÓN DEL NOMBRAMIENTO O SU INCLUSIÓN EN LAS LISTAS DE RAYA Y, EN SU CASO, TODAS LAS DEMÁS ACCIONES CONSECUENTES.", así como de la ejecutoria dictada en la contradicción de tesis 96/95 de la que derivó, se advierte que aun cuando no se exhiba el nombramiento relativo o se demuestre la inclusión en las listas de raya, la existencia del vínculo laboral entre una dependencia estatal y la persona que le prestó servicios se da cuando se acredita que los servicios prestados reúnen las características propias de una relación laboral. En ese sentido, si se acredita lo anterior, así como que en

la prestación del servicio existió continuidad y que el trabajador prestó sus servicios en el lugar y conforme al horario que se le asignó, a cambio de una remuneración económica, se concluye que existe el vínculo de trabajo, sin que sea obstáculo que la prestación de servicios se haya originado con motivo de la firma de un contrato de prestación de servicios profesionales, pues no es la denominación de ese contrato lo que determina la naturaleza de los servicios prestados al Estado, de tal suerte que si éstos reúnen las características propias del vínculo laboral entre el Estado y sus trabajadores, éste debe tenerse por acreditado.

Contradicción de tesis 168/2004-SS. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Segundo y Sexto, ambos en Materia de Trabajo del Primer Circuito. 14 de febrero de 2005. Cinco votos. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretaria: María Estela Ferrer Mac-Gregor Poisot."

Tesis de jurisprudencia 20/2005. Aprobada por la Segunda Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada del dieciocho de febrero de dos mil cinco.

Sin embargo, atendiendo a las características especiales de los trabajadores al servicio del estado, y que las dependencias no tienen la facultad de creación de plazas de trabajo, el reconocimiento de una relación laboral no implica necesariamente el reconocimiento a la estabilidad en el empleo a un trabajo por tiempo indefinido, como claramente lo establece el siguiente criterio jurisprudencial por contradicción:

Época: Novena Época, Registro: 164512, Instancia: Segunda Sala, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXXI, Mayo de 2010, Materia(s): Laboral, Tesis: 2a./J. 67/2010, Página: 843:

Trabajadores al Servicio del Estado. La Declaración Judicial de la existencia de una relación de trabajo y no de un Contrato de Naturaleza Civil de Prestación de Servicios Profesionales, no implica necesariamente el otorgamiento de un nombramiento de base o por tiempo indefinido. Cuando en el procedimiento laboral burocrático se demanda la reinstalación y la dependencia demandada afirma la existencia de un contrato civil de prestación de servicios profesionales por tiempo determinado regido por el Código Civil, y por resolución judicial del Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje se determina que se está en presencia de una relación de trabajo, ello implica el cambio de normatividad de civil a laboral, y la consecuencia será la aplicación de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado sobre las condiciones pactadas, ante la existencia de un vínculo de trabajo equiparado a un nombramiento dentro de los supuestos que al efecto establece la ley de la materia. En consecuencia, las cláusulas pactadas pueden tomarse en cuenta pero a la luz de las normas laborales, para acreditar la validez temporal de la relación respectiva, porque independientemente de que el demandado opuso una excepción que a la postre no justificó, lo cierto es que la declaración de que la relación jurídica es de naturaleza laboral, no necesariamente tiene como consecuencia jurídica inmediata que se tenga por satisfecha la pretensión del trabajador, en el sentido de que se le reinstale en una plaza de base o por tiempo indefinido, sino que previamente debe examinarse la naturaleza de las funciones atribuidas, la situación real en que se encontraba y la temporalidad del contrato, a fin de determinar los supuestos en que se ubica conforme a la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado en cuanto a las diferentes clases de nombramiento, que pueden ser de confianza o de base y, en su caso, definitivo, interino, provisional, por tiempo fijo o por obra determinada.

Contradicción de tesis 451/2009. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Tercero y Cuarto, ambos en Materia de Trabajo del Primer Circuito. 12 de mayo de 2010. Cinco votos. Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Secretarias: Estela Jasso Figueroa y María Marcela Ramírez Cerrillo.

Tesis de jurisprudencia 67/2010. Aprobada por la Segunda Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada del diecinueve de mayo de dos mil diez.

Con estos criterios se logra equiparar en cierto sentido un nivel de protección y de acceso a la justicia toda vez que cuando la litis se centre en si hay o no relación laboral y si se surten los supuestos de subordinación, dependencia y el pago de una contraprestación, y el patrón, [privado o estado] se excepciona con un contrato de prestación de servicios de naturaleza civil manifestando que la relación

no es de naturaleza laboral siendo en todo caso CARGA DE LA PRUEBA DEL PATRÓN acreditar que la relación es *diversa de laboral*, hecho que no se acredita con el simple hecho de tener un contrato civil ni recibos de honorarios pagados, tal como lo establece el siguiente criterio:

> *Tipo sentencia: Jurisprudencia, Novena Época, Séptimo Tribunal Colegiado en materia de trabajo del primer circuito - Primer circuito (Distrito Federal), Motivación: Por Reiteración, Boletín: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Localización: Tomo XXV, Abril de 2007, I.7o.T. J/25:*
>
> *Contrato de prestación de servicios profesionales y relación laboral, el pago de honorarios no determina la existencia de aquél y la inexistencia de ésta. La circunstancia de que a una persona se le cubra una cantidad periódica en forma de honorarios, no determina la existencia de un contrato de prestación de servicios profesionales, sino, en todo caso, lo que determina que exista un contrato de esa naturaleza son sus elementos subjetivos y objetivos, que pueden ser: que la persona prestataria del servicio sea profesionista, que el servicio lo preste con sus propios medios, que el servicio se determine expresamente, que cuente con libertad para realizarlo tanto en su aspecto de temporalidad como en el aspecto profesional propiamente dicho.*
>
> *SÉPTIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA DE TRABAJO DEL PRIMER CIRCUITO.*

Sin embargo, cabe hacer notar en relación a los empleados públicos que logran ser reconocidos como empleados, estos deben todavía pasar por ciertos filtros de estudio por parte del Tribunal de Conciliación y Arbitraje para que una vez que se ha determinado que si son empleados, se determine conforme a la naturaleza de la relación si sus funciones son de base o de confianza, lo que podría resultar al ser de confianza en una negación de derecho de permanencia en el empleo y pudo ser despedido sin responsabilidad para el estado patrón; si se determina que las funciones son de base, se tendría que estudiar la situación real en cuanto a

la temporalidad para encuadrar al empleado en un nombramiento que podría ser definitivo, interino, provisional, por tiempo fijo o por obra determinada, y al venir de un contrato de naturaleza civil delimitado en tiempo es muy probable que el mismo criterio de temporalidad se aplique al nombramiento y se encuentre justificada la terminación de la relación , por lo que eventualmente no se lograría por el empleado un fin de lograr la estabilidad en el empleo.

Es un pena y sujeto de un estudio particular el caso de los empleados del poder judicial, que es juez y parte en sus propias controversias y donde los empleados pueden tener acceso a una justicia, pero que será parcial de manera sistémica, dado que las Comisiones Substanciadoras del procedimiento son integrantes estructuralmente del mismo ente del que se reclaman acciones o prestaciones laborales; así como de los Organismos Constitucionales Autónomos que siguen la tendencia de la Comisión Nacional de Derechos Humanos de determinar que sus relaciones con los empleados se rigen por el apartado B del Artículo 123 constitucional, haciendo aplicable la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado pero al determinar en la ley regulatoria del ente que *todos* los empleados son de confianza, provocando que de manera automática se les niegue el acceso a la justicia y a derechos laborales aunque sus funciones no correspondan en efecto a labores de confianza en términos de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado o de la Ley Federal del Trabajo.

Con lo anterior dejamos explicado en qué consiste el esquema de simulación, que inclusive con los matices y posibilidades de los empleados para vencer las barreras de acceso a la justicia, representa una práctica cada vez más común tanto en la iniciativa pública como en la privada.

Ahora procedamos a tratar de discernir por qué motivos se pueden dar estos esquemas en la práctica.

6. Los motivos de la simulación en la iniciativa privada

Para la iniciativa privada, la decisión de optar por documentar las relaciones de trabajo con esquemas de contratos civiles o bajo tipos de pago en regímenes fiscales de asimilados a salarios, como la mayoría de las decisiones en la iniciativa privada, pasa por un criterio de costos para el empresario y un (a menudo deficiente) análisis de costo beneficio y riesgos.

En este sentido, es más fácil ilustrar con un ejemplo los motivos que llevan al empresario a tomar esta decisión:

Como premisa de nuestro ejemplo tomaremos una fuente de trabajo con 10 empleados, que para efectos del ejercicio tengan un ingreso mensual cada uno de $30,000.00 (treinta mil pesos 00/100), lo que representaría un costo bruto de la nómina mensual para esa empresa por $300,000.00 (trescientos mil pesos 00/100).

En este ejemplo cada empleado tendría un tratamiento fiscal laboral conforme a la siguiente tabla:

COSTO PATRONAL Y OBRERO POR SUELDOS Y SALARIOS

Salario nominal mensual (Ley Impuesto sobre la Renta Art. 94)	COSTO PATRONAL	% PATRONAL	COSTO OBRERO	% OBRERO
ISR por Sueldos y Salarios (Ley Impuesto sobre la Renta Art. 96)	$ 30,000.00			
Cuota de Seguridad Social (Ley de Seguridad Social Capítulos IV, V, VII)			$ 5,498.25	
Cuota por Retiro (Ley del Seguro Social Capítulo VI)	$ 2,331.07	7.77%	$ 491.09	1.64%
Cuota por Aportación de Vivienda (Ley del INFONAVIT Art. 29 Fracc. II)	$ 1,668.66	5.56%	$ 717.27	2.39%

COSTO PATRONAL Y OBRERO POR SUELDOS Y SALARIOS

Salario nominal mensual (Ley Impuesto sobre la Renta Art. 94)	COSTO PATRONAL	% PATRONAL	COSTO OBRERO	% OBRERO
Impuesto sobre Nomina (Código Financiero del DF Art. 178 y 180)	$ 1,567.80	5%		
	$ 900.00	3%		
	$ 36,467.53	21.33%	$ 7,914.97	4.03%

De lo anterior se ilustra el costo mensual por cada trabajador con el salario que hemos predeterminado y que de una nómina total bruta por $300,000.00 (trescientos mil pesos 00/100) equivaldría a un desembolso neto mensual de $364,675.30 (trescientos sesenta y cuatro mil seiscientos setenta y cinco pesos 30/100) o sea 21.33% más en el caso concreto, o el equivalente al costo neto de dos empleados adicionales.

Independientemente de lo anterior, aparte de que la nómina tiene un costo adicional para el patrón de entre 21 y 33 por ciento dependiendo del monto de los salarios, por cargas tributarias y sociales, al propio empleado se le debe de retener un impuesto por su ingreso y las cuotas que el propio empleado tiene que aportar a la seguridad social.

Utilizando el mismo ejemplo anterior, con el mismo ingreso la relación de efecto para el empleado sería la siguiente:

Por lo que el empleado también tendría una disminución importante en su ingreso. Esto hace fácil la labor de convencimiento para el patrón en dicha relación para convencer al empleado de "trabajar" bajo un esquema civil en vez de laboral, porque inclusive para el empleado, mejoraría en nivel de ingreso de acuerdo a los siguientes datos:

INGRESOS POR HONORARIOS PERSONAS FÍSICAS
(SERVICIOS PROFESIONALES INDEPENDIENTES)

Prestación de Servicios a Persona Moral

Honorarios	Ley Impuesto Sobre la Renta Art 94 Fracción V	$30,000.00
IVA	Ley Impuesto Valor Agregado Art 10 Fracción II (16%)	$4,800.00
Subtotal		$34,800.00
ISR Retenido	Ley de Impuesto Sobre la Renta Art 106 5To Párrafo	$3,000.00
IVA Retenido	Ley Impuesto Valor Agregado Art 10 A Fracción II Inciso A	$3,200.00
Total Neto		$28,600.00

Obligación Persona Física por Honorarios:

Presentar Declaración Provisional y Anual

Obligación de la Persona Moral:

Retención de Impuesto Sobre Renta
e Impuesto al Valor Agregado

De los datos arriba expuestos se ve que hay un incentivo por la importante diferencia en costos sobre el valor del salario para el patrón, dado que bajo un régimen de prestación de servicios por honorarios, el único costo es un 16% de Impuesto al Valor Agregado, que puede redundar en un beneficio fiscal para el empleador y que favorece a tener más flujo en la empresa dado que ese Impuesto al Valor Agregado no necesariamente se desembolsa por el patrón siendo que se convierte en una carga que se puede acreditar contra impuestos de valor agregado que el patrón traslada en sus propias facturas y que al final de mes acredita para disminuir su pago ante la hacienda pública. Por lo que hace a las retenciones del trabajador, las mismas también son menores y tendrá el empleado una cantidad neta superior como honorarios de lo que recibiría por concepto de salario, sin embargo, no está ni aportando a la seguridad

social para efectos de beneficios médicos, de vivienda, de jubilación, ni tampoco está recibiendo ninguna prestación laboral como vacaciones pagadas, prima vacacional, aguinaldo o la posibilidad de participar en las utilidades de la empresa.

De este ejemplo queda claro porque puede buscar el empresario un esquema civil de contratación en vez de uno laboral, sin embargo, el riesgo no es menor dado que para efectos laborales, en términos del artículo 5° de la Ley Federal del Trabajo se considera nula cualquier renuncia de derechos por parte del trabajador. En este caso dado que todo el esquema de contratación implica que hay una renuncia de la trabajadora a todos los derechos laborales se entenderá que rige supletoriamente en su totalidad lo estipulado por la Ley Federal del Trabajo para efecto de las condiciones laborales mínimas, y serán exigibles por el trabajador desde el momento de su contratación.[42]

Por otro lado, existe un importante riesgo administrativo con las instituciones de seguridad social, dado que los patrones que omitan dar de alta a sus empleados y cubrir las cuotas correspondientes son susceptibles de que se les se les determinen multas recargos y actualizaciones por las cuotas omitidas, así como capitales constitutivos para resarcir a los institutos de seguridad social de cualquier gasto que hayan tenido que erogar en atención de empleados no dados de alta, vale hacer notar que las multas pueden fijar-

[42] En relación al reclamo de prestaciones laborales, aunque el trabajador puede reclamarlas desde el momento de su contratación, y la autoridad laboral no puede oponer de oficio la prescripción de los derechos de los empleados, siendo éstos exigibles, el patrón si puede poner un límite por medio de la prescripción a cualquier prestación de naturaleza laboral que haya sido exigible con anterioridad de un año al reclamo, en ese sentido, opuesta la prescripción podrá tenerse por prescrito cualquier derecho laboral exigible cuya exigibilidad sea más antigua que un año de la fecha del reclamo, lo cual se encuentra regulado por el artículo 516 de la Ley Federal del Trabajo.

se en rangos del cuarenta al ciento por ciento de los conceptos omitidos,[43] así como la posibilidad de la imputación de delitos de defraudación fiscal inclusive con penas de prisión para los patrones o sus representantes que omitan el cumplimiento de las obligaciones patronales en relación con la seguridad social. Vale la pena mencionar también, que, aunque las prestaciones laborales reclamables al patrón pueden ser afectadas por prescripción, los derechos a pensiones son imprescriptibles y que en caso de que a un patrón se le condene a reconocer la relación laboral de un empleado, estaría obligado a aportar las cuotas omitidas para efectos de que el empleado pueda gozar con los capitales de sus subcuentas de vivienda y de retiro para efectos de su futura pensión.

7. Los motivos de la simulación en sector público

Para el sector público no existe el incentivo económico, dado que la finalidad de las entidades del sector público centralizado no es tener utilidades en su operación ni generar ganancias, sino que es prestar un servicio al público o integrar la plantilla que labora para hacer que opere y funcione la administración pública. Aunque no hay un incentivo económico en el sentido que existe para las empresas y negocios mercantiles en la iniciativa privada, la administración pública sí maneja una cantidad importante del recurso recabado por las contribuciones de las personas físicas y morales en México,[44] y cada vez más se ve

[43] En términos de lo que establece el Artículo 304 de la Ley del Seguro Social.

[44] Artículo 2 del Código Fiscal de la Federación, debiendo tomar en cuenta que aparte de las contribuciones de las personas físicas y morales, también existen diversas maneras en las que el estado se hace de flujo económico como los son los aprovechamientos contemplados por el artículo 3 de la misma ley, financiamientos e ingresos derivados de empresas de participación estatal y empresas productivas del estado.

obligada por el mínimo margen de crecimiento económico y las presiones sobre el adelgazamiento del aparato administrativo a tener prácticas y medidas de austeridad, por tanto tiene motivos de tipo político para justificar que el gasto del recurso público es lo más eficiente y que no hay desperdicio respecto del mismo. Esta premisa, a decir verdad no es una conclusión jurídica tiene en este artículo un respaldo que la sostenga, salvo por el hecho de que es una práctica común que los empleados públicos son contratados cada vez menos en un régimen laboral para preferir un régimen civil de prestación de servicios profesionales, aunque las labores sean técnicas o secretariales. En este sentido, nuestro país lleva ya varios años actuando bajo una política pública de austeridad en el gasto de operación en las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal.[45] Evidentemente, un elemento determinante de medición de la efectividad del gasto público, así como el mayor consumo de dichos recursos es el gasto corriente, y dentro de este gasto de manera importante lo relativo a cuánto cuestan los salarios de los empleados del Estado.

Una manera de mejorar la percepción pública de la eficacia en el gasto es *que el Estado reduzca el número de empleados que consumen el presupuesto público, y que con menos personas se logre hacer el mismo o más y mejor trabajo, evitando también que crezca el número de personas con derechos de inamovilidad, permanencia en el empleo y acceso a prestaciones laborales muy*

[45] LINEAMIENTOS por los que se establecen medidas de austeridad en el gasto de operación en las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal. Publicación en el *Diario Oficial de la Federación* el 22/02/2016, así como el DECRETO por el que se aprueba el Programa para un Gobierno Cercano y Moderno 2013-2018. De publicación en el *Diario Oficial de la Federación* el 30/08/2013

costosas para el erario como por ejemplo jubilaciones por cesantía en edad avanzada y vejez. Aunque esta utopía es verdaderamente atractiva y políticamente rentable, al no existir en realidad un incentivo económico o de supervivencia que obligue al estado a materializar dicho fin, como si existe en la iniciativa privada donde el empresario depende de un margen de ganancia cada vez más reducido, y que para el Estado es más rentable políticamente a corto y mediano plazo crecer sus redes clientelares más que reducir su tamaño y aumentar su eficiencia, la tendencia real es que el aparato gubernamental lleve a cabo las funciones a su cargo con las mismas o más personas, la diferencia es que con la creciente política de austeridad ya no hay plazas autorizadas por la Secretaría de Hacienda, que debe de dar su visto bueno para que un empleado reciba un salario con cargo al erario. Esto parece una contradicción, y si lo es, ya que el Estado materialmente si está ocupando a las mismas personas o incluso a más, solo que en vez de contratarlas como debería ser en términos jurídicos laborales, lo que hace es celebrar contratos temporales y por prestación de servicios profesionales, con lo que logran tener al personal necesario para las labores, sin que dicho personal se refleje públicamente como empleado, ni de base, ni de confianza y sin que se refleje presupuestalmente como pagos de salarios. Esta manifestación, que evidentemente se desprende de una lectura personal y subjetiva de lo que es evidente, deberá ser a futuro respaldada con su investigación propia para validar sus propias conclusiones.

8. Conclusión

La posibilidad o imposibilidad de acceso a la justicia

En primer lugar, tomaremos el caso de los empleados de la iniciativa privada que son sujetos a la contratación a través de un contrato de prestación de servicios profesionales o bajo un esquema fiscal de honorarios asimilados a salarios.

Al amparo de la Ley Federal del Trabajo, reguladora del Artículo 123 apartado A de la Constitución Política de México, y según lo que se ha venido exponiendo a lo largo de este documento, independientemente de la manera en que esté documentada la relación laboral, o inclusive ante la ausencia de cualquier documento, si se presta un servicio personal, subordinado, con dependencia del prestador al beneficiario, y con la contraprestación por ese servicio existe una relación de trabajo. En otras palabras, no importa si el contrato celebrado es de prestación de servicios profesionales, prestación de servicios independientes, comisión mercantil, factor de comercio, o cualquier otro esquema de contratación civil o mercantil para la prestación de un servicio; no importa tampoco si los pagos se documentan a través de recibos de honorarios, facturas, si solo se paga efectivo, o cualquier otro medio de pago; *SI EXISTE UNA RELACIÓN PERSONAL CON SUBORDINACIÓN, DEPENDENCIA Y PAGO, HAY RELACIÓN LABORAL* y por lo tanto, *aunque al parecer existe una barrera legal que implicaría una incompetencia de la jurisdicción laboral, el empleado tiene garantizado su acceso a la justicia laboral, que le corresponde, y el derecho a hacer efectivas por medio de una acción jurisdiccional todos los derechos laborales de que es beneficiario por ser trabajador.*

Esta protección y aplicación de la justicia a quién verdaderamente es un empleado, tiene un equivalente matizado para las personas que prestan un servicio personal, subordinado, con dependencia y con la contraprestación de un salario para los que lo hacen dentro de la administración pública centralizada al amparo de un contrato de prestación de servicios profesionales, ya que como lo vimos más arriba, el tener un contrato de prestación de servicios profesionales *no necesariamente excluye la posibilidad de reclamar prestaciones laborales ni excluye a su vez la competencia de las autoridades jurisdiccionales para efectos laborales*, dado que se puede entablar una litis precisamente respecto de si existe el elemento laboral de subordinación y dependencia o no, pero aún demostrando la relación laboral, puede ser que el empleado se vea imposibilitado para acceder a derechos laborales si resulta que aunque empleado, sus funciones fueron de confianza o que el nombramiento que le hubiera correspondido en una base estaba limitado por el mismo tiempo del contrato civil celebrado. Lo anterior, efectivamente representa una barrera institucional o contractual que impide un acceso a la justicia a las personas que debiendo ser considerados empleados *de acuerdo o en atención a sus funciones*, se les impide tener acceso a derechos laborales aunque no se niegue el derecho a la acción jurisdiccional ante las autoridades laborales para hacer efectivos derechos laborales.

Nuestra conclusión podría ser lo suficientemente reveladora y controversial ya en sí, pero hay un matiz adicional que es de suma importancia práctica y jurídica. Esto es porque hay una importante parte de la población que actualmente labora para el sector público en la administración pública paraestatal o descentralizada. Estos entes y organismos que lo integran, al ser dependientes del Estado

se rigen internamente por las mismas normas y prácticas que lo hace la administración pública centralizada, pretendiendo tener listas de categorías y puestos que distinguen al personal de base con los de confianza, y los de "estructura" con los eventuales o externos o simplemente "no de estructura". En esta dinámica se llevan a cabo prácticas tales como negar derechos laborales a los empleados de confianza, y celebrar contratos de prestación de servicios profesionales en vez de contratos de trabajo. Lo anterior inclusive, en el remoto caso de que lleguen a existir contratos de trabajo, ya que, en términos de la administración pública centralizada, los entes paraestatales o descentralizados no pueden contratar libremente a su personal dado que el pago de salarios implica el ejercicio de presupuesto público, y bajo esta premisa, en espejo a lo que sucede en la administración centralizada, otorgan nombramientos en vez de celebrar contratos. Esto puede ser muy delicado, y conlleva un riesgo laboral muy elevado para la administración pública, dado que en términos del criterio jurisprudencial que excluyó a toda la administración pública descentralizada o paraestatal del régimen de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, los hizo vasallos por exclusión de la Ley Federal del Trabajo, en toda su imponente protección y tutela de los derechos laborales y por lo que para todos los efectos legales a que haya lugar *LOS EMPLEADOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA PARAESTATAL O DESCENTRALIZADA TIENEN EL ACCESO A LA JUSTICIA Y TUTELA DE SUS DERECHOS LABORALES GARANTIZADA EN TÉRMINOS DE LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO*, generando así un posible pasivo contingente para la hacienda pública de dimensiones superlativas debido al abuso de parte de la autoridad de esquemas de contratación como la prestación de servicios

profesionales que se pueden fácilmente traducir en materia de juicios laborales por reclamo de acciones o prestaciones de naturaleza laboral, así como responsabilidades administrativas por omisiones respecto de obligaciones patronales de seguridad social.

Con todo lo anterior, esperamos que el lector pueda tener un panorama general de los diversos regímenes laborales que aplican simultáneamente en México, así como conocer de diversas prácticas de contratación de empleados en esquemas diversos de los estrictamente labores y como pueden o no afectar en el posible acceso a la justicia de dichos empleados.

Bibliografía

De Buen L., Néstor, *Derecho del trabajo,* Tomo primero, Vigésimo primera edición, México, Porrúa, 2015.

Cappelletti, Mauro, *Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo, La justicia social: acceso a la justicia y responsabilidad del jurista en nuestra época,* Facultad de Derecho UNAM-Porrúa, México, 2007.

Carbonell, Miguel, *Los Derechos Humanos en México,* México, Flores Editor y Distribuidor, S. A. de C.V., 2015.

Castilla Juárez, Karlos Artemio, *Acceso Efectivo a la Justicia,* México, Porrúa, 2012.

De la Cueva, Mario, *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, tomo I, vigesimosegunda edición, segunda reimpresión, México, Porrúa, 2015

Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *Derecho Civil, teoría del contrato, Contratos en particular*, México, Porrúa, 2000

Garner, Bryan A., Editor in Chief, "Black´s Law Dictionary", English Edition, Estados Unidos de América, Thomson West, 2004.

Guimaráes Ribeiro, Darci, *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva,* España, J.M. Bosch Editor, 2004.

Gutierrez Cantú, Miguel Ángel, *La justicia laboral en los trabajadores al servicio del Estado,* dentro de la *Obra Jurídica Enciclopédica,* Volumen de Derecho Laboral y de la Seguridad Social, Coord. de la obra, Juan Pablo Pampillo Baliño, Manuel Alexandro Munive Páez, México, Porrúa, Centro de Investigación e Informática Jurídica, 2012.

Kaye, Dionisio J., *Relaciones individuales y colectivas del trabajo*, México, Themis, 2014.

Muñoz Ramón, Roberto, *Tratado de derecho del trabajo,* México, Porrúa, 2006.

Olivos Campos, José René, *Los Derechos Humanos y sus Garantías*, México, Editorial Porrúa, 2013.

Orwell, George, *Rebelión en la granja,* trad. de Gabriela Corral Dueñas, Santiago-Chile, Edición Digital, S.A., 2014, pos.1566.

Reynoso Castillo, Carlos, *Los Derechos Humanos Laborales,* México, Tirant Lo Blanch, 2015.

Villareal Reyes, Alma Ruby, *Derecho colectivo burocrático,* México, Porrúa, 2011.

LAS FORMAS DE ELUSIÓN DEL VÍNCULO DE SUBORDINACIÓN EN LA RELACIÓN DE TRABAJO PRIVADA Y PÚBLICA*

Oronzo Mazzotta

Sumario: 1. *El caso específico del art. 2094 del Código Civil.* 2. *Las técnicas de calificación.* 3. *El papel de la voluntad de las partes y la rigidez del tipo.* 4. *La rigidez del tipo en las relaciones laborales con la administración pública: un caso emblemático.*

Resumen: El artículo se propone examinar los instrumentos que el ordenamiento de derecho laboral italiano predispone para contrastar formas que eludan el vínculo de subordinación en el sector privado, así como en el público. Para esta finalidad, en primer lugar, se reconstruye la noción del vínculo de subordinación con base en los elementos contenidos en la norma fundamental, que hoy sigue siendo el artículo 2094 del Código Civil italiano, según la interpretación más aceptada por la doctrina y la jurisprudencia. Luego recordaremos cuáles son las técnicas de calificación de la relación de trabajo en el ordenamiento italiano en los casos concretos, poniendo énfasis en el procedimiento interpretativo del papel de la voluntad de las partes. En la última parte del artículo se aborda el tema de la rigidez del tipo contractual, ya sea en general como elemento para la calificación de la relación de trabajo, así como a la luz de dos leyes italianas de 1992 y 1993 concernientes en particular las técnicas de elusión del vínculo de subordinación por parte de la administración pública.

* Traducción del italiano a cargo de Luis Enrique Mirón Saucedo. Escuela Libre de Derecho.

ABSTRACT: Lo scritto si occupa di esaminare gli strumenti che l'ordinamento giuslavoristico italiano predispone per contrastare forme elusive della subordinazione nel settore privato come in quello pubblico. Allo scopo viene anzitutto ricostruita la nozione di subordinazione alla stregua degli elementi contenuti nella norma fondamentale che è tuttora l'art. 2094 cod. civ., secondo l'interpretazione più accreditata che ne forniscono dottrina e giurisprudenza. Si passa quindi a ricordare quali sono, nell'ordinamento italiano, le tecniche di qualificazione della fattispecie e ci si sofferma, in particolare, sul ruolo della volontà delle parti nel relativo procedimento interpretativo. Nell'ultima parte del lavoro si affronta il tema della rigidità del tipo contrattuale, sia in generale, quale elemento del procedimento di qualificazione, sia alla luce di una vicenda legislativa che ha riguardato in particolare le tecniche elusive della subordinazione da parte delle pubbliche amministrazioni.

ABSTRACT: This paper aims to examine the means provided by the Italian Labor law to oppose forms of elusion of the rules of an employment relationships in private and public work. It is divided into three parts. The first part tries to point out the notion of an employment relationship according to the article 2094 of the Italian Civil code. The second part focuses on the main elements to qualify an employment relationship in concrete cases, where a particular importance is given to the contracting parties' will. The last part takes into consideration the effect of the contractual type on the qualification of an employment relationship with special regard to two Italian laws of 1992 and 1993.

PALABRAS CLAVE: Trabajo subordinado, Calificación, Interpretación negocial, tipo contractual.
PAROLE-CHIAVE: Subordinazione, Qualificazione, Interpretazione negoziale, tipo contrattuale.
KEYWORDS: Employment relationship, Qualification of employment relationships, Interpretation of the contract, contractual type

1. EL CASO ESPECÍFICO DEL ARTÍCULO 2094 DEL CÓDIGO CIVIL

En el ordenamiento italiano, como en casi todos los ordenamientos, se presenta el problema de perseguir las formas jurídicas por medio de las cuales las empresas o las administraciones públicas, por diversos motivos, disfrazan la relación laboral subordinada bajo la máscara de una relación distinta (de trabajo autónomo, o para el ordenamiento italiano, de trabajo para-subordinado) con el objetivo de eludir la aplicación de la disciplina del derecho laboral.

En primer lugar, la investigación debe partir con la descripción de lo que es la subordinación, prevista por el Artículo 2094 del Código Civil, que establece que el prestador de trabajo subordinado es: *el que se obliga mediante retribución a colaborar con la empresa, prestando su propio trabajo intelectual o manual a las dependencias y bajo la dirección del contratante*.

Como podemos ver, los elementos esenciales de la definición son: *a)* la colaboración con la empresa, *b)* la dependencia del contratante, *c)* la heteronomía (*etero-direzione*, en italiano). Se trata de elementos que provienen de la elaboración tradicional de la noción de subordinación, pero que ya desde una primera lectura resultan del todo insuficientes e incluso tautológicos.

Como sucede frecuentemente en la realidad social, éstos nos conducen a la caracterización de los referentes más precisos del proceso de tipificación, que va desde el plano de las relaciones económicas para después asumir los datos en la órbita del ordenamiento jurídico, cuando el proceso alcanza un grado suficiente de estandarización.

Esto es válido sobre todo en la colaboración, cuya generalidad parece ser evidente, ya que se puede "*colaborar*" con

otros sujetos cualquiera que sea la forma jurídica que se asuma (de forma autónoma, subordinada o para-subordinada: ver la definición del Artículo 409, n. 3 Código Procesal Civil, el cual establece que también es colaborador el trabajador para-subordinado). Además, el mismo ordenamiento laboral contiene indicaciones contradictorias, por ejemplo, indicando la colaboración como un elemento característico de la relación laboral del empleado. Por lo tanto, es necesario someter esta noción, a un grado mayor de perfeccionamiento para distinguir la colaboración del trabajador subordinado en general, con respecto a la del empleado, o, incluso, a la del trabajador para-subordinado.

De igual importancia es el elemento de la heteronomía, que alude a la facultad del empleador para dirigir la prestación hacia un resultado que le sea útil. También el valor distintivo de tal elemento se enfrenta con la objeción según la cual el poder del acreedor de dirigir la prestación (de trabajo) del deudor hacia la satisfacción del interés propio es común incluso en otro tipo de contratos. Basta con pensar en la facultad del comitente de "*supervisar el avance de los trabajos y de comprobar su estado por su propia cuenta*", previsto por el Artículo 1662 del Código Civil para el contrato de obras o servicios, o las instrucciones necesarias que se dan al trabajador autónomo para la ejecución de la obra o los servicios acordados. Sin mencionar que se dan versiones muy distintas entre ellas de la facultad de dirigir la prestación y siempre menos incisivas pasando de la prestación del humilde trabajador a la del dirigente. Por lo tanto, respecto a la heteronomía es necesario crear subdistinciones adicionales y más refinadas, para obtener un producto verdaderamente utilizable en el plano calificativo.

Nos queda entonces la dependencia. De acuerdo a una cierta lectura, ésta podría resolverse en el estado de subordinación socioeconómica que recae en el trabajador. Se trata de una visión en la que, como resulta evidente, la individualización de la noción nos lleva a datos extrajurídicos. De ello se desprende que parecería más correcto asumir que la condición de dependencia económica de los trabajadores puede a lo sumo evocar la razón de la intervención correctiva de la ley con respecto a las desigualdades de hecho, más que corresponder a un elemento verdaderamente distintivo.

Para resumir, ninguno de los elementos descritos en el caso específico del Artículo 2094 del Código Civil parece ser decisivo para los fines calificativos o porque está ligado a formas de ser de las relaciones laborales ya superadas o porque de manera similar a otros contratos, en que el trabajo está implícito o porque nos lleva a datos que no son sólo jurídicos y directamente a la realidad social de los elementos de distinción.

La doctrina tradicional (para evitar las anfibologías interpretativas del Artículo 2094 del Código Civil) ha utilizado una noción técnico-funcional, que fundamentalmente se basa en el poder del empleador para dirigir la prestación, en el contexto de una organización productiva de la cual está al mando. De aquí, la configuración del contrato laboral como un trabajo de intercambio, en el cual el trabajador se obliga a un hacer específico (el trabajo) para alcanzar el interés productivo y organizativo del empleador. Para satisfacer tal interés, se ordenaría el poder de dirigir la prestación deducida en el contrato (Artículo 2104 del Código Civil) una prestación que se califica como "*fiel*" (Artículo 2015 del Código Civil) impartiendo disposiciones sobre el cómo y cuándo de ésta, además de la facultad de infligir sanciones disciplinarias (Artículo 2106 del Código Civil) en caso de violación de las disposiciones impartidas.

A diferencia de la doctrina, la jurisprudencia ha abordado el tema elaborando, a partir de la definición del Artículo 2094 del Código Civil, una serie de indicadores empíricos útiles para orientarnos dentro del laberinto de los casos singulares.

Los indicadores más recurrentes son: la inserción en la empresa del empleador, la continuidad de la prestación, el sometimiento a las facultades de control y dirección del empleador, el carácter personal de la prestación, la cesión de las energías laborales (como objeto del contrato) la enajenación del resultado productivo (ausencia de riesgo).

Probablemente, desde el punto de vista lógico, todavía es válida la objeción según la cual se trata de indicadores que la jurisprudencia deduce de la disciplina aplicable a la relación de trabajo subordinada y que, por ende, deberían de constituir los efectos del caso (una vez calificado) Con la consecuencia que parece darse un revés al procedimiento lógico de calificación: en vez de evaluar preliminarmente el caso, para después relacionarlo con los efectos relativos (aplicabilidad de la disciplina inclusiva de derechos y obligaciones) se mueve justo por estos últimos, reconociendo en ellos la cualidad evocadora del caso.

Mas se trata de un procedimiento que es el fruto de una elaboración que ya lleva mucho tiempo y que tiene el don de permitirse actualizaciones continuas a la luz de la disciplina legal que se estratifica en torno a la relación de trabajo subordinada.

Aquí no sería oportuno recordar todas las intervenciones normativas útiles para este propósito. Basta con informar sobre lo que ha sucedido recientemente con el Artículo 2 del decreto legislativo n. 81 de 2015 (emanado del ámbito de las reformas de Renzi). Según dicha disposición (en vigor desde el 1 de enero de 2016) *se aplica la disciplina de la relación laboral subordinada incluso en las relaciones de colaboración que se concretan en prestaciones de trabajo exclusivamente personales, continuativas y cuyas modalidades de ejecución son organizativas por parte del comitente también con referencia a los tiempos y el lugar de trabajo*. Ciertamente, la norma no introduce un nuevo tipo contracto, sino que se preocupa por perseguir, con una visión de definición más clara, formas elusivas del contrato de trabajo subordinado que se escondan detrás de las relaciones de trabajo para-subordinado.

En este sentido, la disposición —además de confirmar la relevancia de la continuidad y del carácter personal de la prestación— proporciona una mejor especificación del concepto de *"directivas"* previsto por el Artículo 2094 del Código Civil, aclarando que éstas se identifican con la facultad del empleador de "*organizar*" las modalidades de ejecución de la prestación "*también con referencia al tiempo y al lugar de trabajo*". Básicamente, existe una relación de trabajo subordinada cuando el prestador está obligado a respetar las coordenadas espacio-temporales de la prestación impuestas por el empleador.

Por lo tanto, se confirma la precisión del procedimiento resultante de la jurisprudencia para encuadrar el caso en virtud del Artículo 2094 del Código Civil italiano.

2. LAS TÉCNICAS DE CALIFICACIÓN

Obviamente, lo que se ha recordado hasta este punto no es en sí suficiente para el propósito de delinear estrategias que contrasten con las formas elusivas. Para este fin también son esenciales las técnicas de calificación del caso.

Se trata del problema del método más correcto para relacionar los elementos inferidos a partir del análisis de hecho de los parámetros normativos que se asumen en el or-

denamiento. De hecho, las cuestiones más difíciles surgen al referirnos a las relaciones en las que no se encuentran todos los elementos característicos del tipo contractual.

Sin embargo, a medida que el tema siga siendo de carácter empírico, es inevitable, dada la necesidad de mediar el dato normativo y el dato sociológico de cuya dialéctica no es posible prescindir para propósitos del procedimiento valorativo.

Como hemos visto, la jurisprudencia utiliza la sustancia de un criterio que muy frecuentemente valora la totalidad de la disciplina de la relación (y por ende sus efectos) para luego retomar el caso específico. En esencia, la jurisprudencia valora el conjunto de los elementos que definen al llamado *"tipo normativo"*.

Aunque no lo mencione, la jurisprudencia utiliza el llamado método tipológico de reconocimiento de la realidad jurídica. Se trata de una técnica interpretativa que se contrapone al método subsuntivo, que, en cambio, para la solución del caso, propone una comparación del caso abstracto y del caso concreto.

La mayor ductilidad del método tipológico nos permite valorar no sólo la definición "*conceptual*" de un contrato especial determinado (para nuestro caso es relevante la definición que el Artículo 2094 del Código Civil estable sobre el prestador de trabajo subordinado) sino un abanico más amplio de elementos, como: la totalidad de la disciplina (por ende, también los efectos del caso normativo); la comparación en el plano de la disciplina normativa con respecto a los contratos afines; la comparación entre la disciplina legal y la disciplina consensual y, finalmente, una serie de elementos "*circunstanciales*" de cuyo conjunto se deduce la característica de la articulación concreta de la prestación específica. Por lo tanto, a través del uso del método tipológico, que de hecho es fruto de la jurisprudencia, es posible proporcionar criterios mucho más flexibles para la solución de casos particulares concretos con respecto a los rasgos de rigidez y lo abstracto que caracterizan al razonamiento por conceptos.

El problema de la contradicción entre el caso abstracto y los efectos, así como de la finalidad de la normativa laboral y los instrumentos predispuestos con el propósito de distinguir el carácter *subordinado* de la relación por sí sola, parecería estar destinado a minimizarse notablemente.

Por otro lado, queda la cuestión de fondo de la compatibilidad del método tipológico con nuestro sistema que en cambio fija los tipos contractuales dentro de conceptos definitorios que requieren del uso del método subsuntivo, por medio del cual el caso concreto se lleva de nuevo a lo abstracto, prefigurado por la definición normativa.

Además, la contraposición entre las dos metodologías de investigación puede perder significado si se considera que, respecto al concepto de subordinación, que más que otros refleja la evolución de las relaciones socio-económicas, sigue siendo indispensable un instrumento que garantice la adecuación constante de la *norma jurídica* a la *realidad social*. De hecho, no se disputa que los datos exhibidos en el Artículo 2094 del Código Civil (dependencia, heteronomía, colaboración) asuman el significado que históricamente les ha sido dado por los modelos de organización laboral.

Por lo que ahora es esencial coordinar los dos puntos de vista, dividiendo la metodología calificativa en dos fases distintas: *a)* la articulación *tipológica* de una serie de casos específicos de subordinación (según la técnica de hecho, fruto de la jurisprudencia), *b)* la comparación entre tales casos abstractos y los casos concretos, realizada según el parámetro típico del método subsuntivo.

3. EL PAPEL DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES Y LA RIGIDEZ DEL TIPO

Otro elemento a considerar con el fin de definir los rasgos del contrato de trabajo subordinado tiene que ver con la especificidad del tipo en cuestión.

El problema se presenta particularmente al indagar cuál podría ser el papel de la voluntad de las partes contratantes en el proceso de calificación.

Sobre el mismo plano, otro rasgo característico de la relación laboral que suele definirse como rigidez (u obligatoriedad) del tipo contractual tiene una importancia significativa. Tal principio priva a las partes individuales de la facultad de determinar el contenido del contrato, y, por ende, las priva definitivamente de disponer del tipo de contrato. Por consiguiente, para la calificación del contrato de trabajo subordinado es necesario referirse al comportamiento total de las partes más que a sus declaraciones eventuales.

Tales valoraciones corresponden a orientaciones aceptadas y consolidadas de la jurisprudencia que siempre se ha orientado por retener que el *"nomen juris"* adoptado por las partes de la relación (también) laboral sea escasamente relevante para definir la relación jurídica, teniendo que verificar sobre todo la articulación concreta con respecto a la relación misma.

Por otra parte, desde hace algunos años circulan máximas jurisprudenciales que, al menos en los casos dudosos, se han ocupado de valorar la voluntad de las partes en el procedimiento de calificación, incluso si dicha orientación no está exenta de contrastes.

Además, en la doctrina se ha tratado de superar la desvalorización tradicional de la *"intención"* de los contratantes,

sustancialmente con el fin de valorizar los espacios de libertad individual incluso en un contexto caracterizado por la superioridad de la imperatividad de las normas.

Sin embargo, se trata de toma de posiciones que no logran siquiera rozar la validez de la orientación tradicional.

Por lo que es demasiado obvio que incluso la voluntad constituye uno de los elementos a utilizar como base del procedimiento de interpretación de la actividad privada; excepto que en la relación laboral la voluntad puede ser directa sólo en ámbitos predeterminados por el ordenamiento. No por algo la jurisprudencia, desde siempre y respecto a varios tipos contractuales, desconoce cada significado vinculante a la denominación asignada por los contratantes a sus convenios. De tal modo que, el redescubrimiento jurisprudencial de una eficacia distintiva del nomen juris adoptado precisamente por las partes del contrato de trabajo, para no parecer paradoxal, se debe poder leer como una (aunque mínima) flexibilización del procedimiento de calificación en situaciones que presenten rasgos de ambigüedad en particular.

Resulta casi inútil destacar que si se pudiera permitir a las partes de la relación laboral proceder con su calificación de manera vinculante se expropiaría al juez de una facultad propia de éste, y, bajo otro perfil, se permitiría una fácil elusión de la disciplina inderogable del derecho laboral.

4. LA RIGIDEZ DEL TIPO EN LAS RELACIONES LABORALES CON LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: UN CASO EMBLEMÁTICO

El tema tan discutido que acabamos de tratar con referencia a la rigidez del tipo contractual nos permite ilustrar el

tema de la elusión de las reglas inderogables del derecho laboral por parte de la administración pública.

En el sector público, la necesidad de recurrir a enmascarar relaciones laborales subordinadas detrás de semblantes falsos de relaciones de trabajo autónomas se da, no sólo para fines elusivos y fraudulentos que caracterizan al sector privado, sino también por razones diversas.

Las fuertes limitaciones del gasto público, intervenidas con frecuencia, limitan ampliamente la posibilidad de los entes públicos de efectuar nuevas contrataciones. Sin embargo, a las administraciones públicas siempre se les carga con deberes crecientes de interés público, que no logran despachar enteramente sin recurrir a prestaciones laborales *externas*. Tales relaciones jurídicas, sin poder encuadrarlas dentro de un cargo público, se definen como prestaciones independientes-profesionales, pese a que en realidad se están asumiendo todas las características de la subordinación. Estamos hablando de un fenómeno que en particular respecta al sector de los entes locales (regiones, provincias, comuni (municipios), comunidades montañosas, etc.) y el del servicio de salud nacional.

Debido a la difusión del fenómeno, el legislador tuvo que intervenir en la década de los noventa con una ley que describe claramente que los límites en el procedimiento valorativo de la actividad privada, que ilustramos anteriormente, poniendo especial atención en la rigidez del tipo contractual, también se aplican para el propio legislador, es decir, para el Estado.

De hecho, los artículos 13, 2° y 3° párrafo de la ley del 23 de diciembre de 1992 (sustituido por el artículo 6 *bis* del DL del 18 de enero de 1993, n.9, que se convirtió en la ley del 18 de marzo de 1993, n.67), justo con el objetivo de evitar la proliferación de las relaciones laborales

subordinadas con entes públicos, con obvio agravio del carácter oneroso de las finanzas públicas, estableció que los "comuni", las provincias, las comunidades montañosas y otros entes no están *"sujetos a los contratos de obras o prestaciones profesionales de carácter individual estipulados por ellos, conforme al cumplimiento de todas las obligaciones derivadas de la ley en materia de previsión y asistencia, sin poder ser, los mismos contratos, relaciones de subordinación"*.

Se trata de una previsión susceptible de una doble y alterativa lectura: o se piensa que el legislador tuvo la intención de confirmar que, donde se recurra a relaciones de trabajo autónomo efectivas con los diversos entes públicos mencionados, éstos no están expuestos al cumplimiento de las obligaciones de previsión social o se piensa que el legislador tuvo la intención de calificar a priori las relaciones como de trabajo autónomo, incluso las que son efectivamente subordinadas, puestas en marcha por dichos entes.

Donde prevalezca la primera interpretación, se podrá lamentar al máximo una reafirmación inútil y repetitiva de lo obvio, donde, en cambio, prevalezca la segunda tendremos que decir que se trata (se trataba, por lo que se habrá dicho) de una ley que califica a priori una relación determinada como perteneciente a un tipo u otro, vinculando al juez a reconocer su naturaleza autónoma con base en la simple definición que las partes (id est: el dador de trabajo público) hayan proporcionado y por ende, sin permitir al último de indagar concretamente su naturaleza.

Al prevalecer la segunda lectura, un cierto número de jueces de primera instancia o de apelación sometió la cuestión de legitimidad a la Corte Constitucional, por violación, por parte de la ley de 1993, de los artículos 3, 35 y 38 de la Constitución, en razón de la *"neutralización de las garantías constitucionales a favor del trabajo subordinado que se*

realizaría de tal modo respecto a algunas relaciones que tienen de hecho tal naturaleza".

Luego entonces, la Corte Constitucional, con las sentencias n. 121 de 1993 y n.115 de 1994[1], tras haber escogido la más restrictiva de las interpretaciones (y, por ende, dando lugar a un pronunciamiento interpretativo de rechazo), precisó que jamás se le permitiría al legislador *"autorizar a las partes y excluir directa o indirectamente, con su declaración contractual"*, la aplicabilidad de la disciplina inderogable prevista para la tutela de los trabajadores con respecto a relaciones que tengan contenido y modalidad de ejecución propios de una relación de trabajo subordinada".[2]

De hecho, en opinión de la Corte: *los principios, las garantías y los derechos establecidos por la Constitución en esta materia... son y deben ser sustraídos a la disponibilidad de las partes.*[3]

En esencia, frente a una ley que pretendía que un contrato que efectivamente llevaba a la esfera de la subordinación tenía que ser calificado imperativamente de trabajo autónomo, en razón del nomen juris adoptado por los contratantes y/o a la luz de la cualidad de una de las dos partes (un ente público), el juez de las leyes pretende resueltamente negar la existencia de una facultad de este tipo a cargo del legislador, y no sólo eso.

La Corte fue más allá del significado mínimo que acabamos de revisar para establecer que no puede haber una solución de continuidad entre los espacios de libertad que el legislador recorta a favor de sí mismo y los que delega a las partes. Para la Corte, la inhibición constitucional vale ya sea respecto a una calificación directamente realizada ex lege, o respecto a un poder del mismo tenor conferido a la autonomía privada.

[1] V. Respectivamente en *Foro it.*, 1993, I, 2432 e *id.*, 1994, I, 2656.
[2] El fragmento se tomó de la Corte const., n. 115 de 1994, *cit.*
[3] V. También Corte const. 115/1994.

Con el que el principio de obligatoriedad del tipo contractual o de indisponibilidad del mismo asume un significado (definitivo), axiológico, por así decirlo, adhiriéndose a la estructura protectora prefigurada a nivel constitucional.

BIBLIOGRAFÍA

Para una discusión sobre el enfoque jurisprudencial sobre el tema de la subordinación:

PERSIANI, "Riflessioni sulla giurisprudenza in tema di individuazione della fattispecie del lavoro subordinato", en "Studi in onore di F. Santoro Passarelli", vol. V, Nápoles, 1972, 841 ss.) y Spagnuolo Vigorita L. "Impresa, rapporto di lavoro, continuità (riflessioni sulla giurisprudenza)", en Riv. dir. civ., 1969, 564 ss., y también Lavoro subordinato e associazione in partecipazione, en Riv. dir. civ., 1965, I, 369 ss.).

V. también: NOGLER, *"Metodo e casistica nella qualificazione dei rapporti di lavoro"*, en Giornale dir. lav. relazioni ind., 1991, 107; Lunardon, *"L'uso giurisprudenziale degli indici di subordinazione"*, ibid., 1990, 403 ss. así como las contribuciones recogidas con el título *"Subordinazione e autonomia: vecchi e nuovi modelli"*, en Quaderni dir. lav. rel. ind, 1998, n. 21.

Más recientemente v.: PERSIANI, "Considerazioni sulla nozione e sulla funzione del contratto di lavoro subordinato", en Riv. it. dir. lav., 2010, I, 445; Bolego, "Autonomia negoziale e frode alla legge nel diritto del lavoro", Padua, 2011; Novella, "Lavoro subordinato, lavoro a progetto, lavoro autonomo". La legge n. 92/2012 ridefinisce la fattispecie, en Lav. dir., 2012, 569.

Para el punto sobre la cuestión de la subordinación tras la Jobs Act del gobierno de Renzi v.: L. Nogler, *"La subordinazione nel d.lgs. n. 81 del 2015: alla ricerca dell'«autorità del punto di vis-*

ta giuridico»", en WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 267/2015.

Sobre el llamado método «tipologico» en el procedimiento de calificación del contrato v. en general: De Nova, *"Il tipo contrattuale"*, Padova, 1974; Beduschi, *"Tipicità e diritto. Contributo allo studio della razionalità giuridica"*, Padua, 1992.

En referencia al contrato de trabajo v., entre otros: Nogler, *"Metodo tipologico e qualificazione dei rapporti di lavoro subordinato"*, en Riv. it. dir. lav., 1990, I, 182 ss.

Sobre la cuestión de la indisponibilità del tipo v.: D'Antona, "Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro", en Argomenti dir. lav., 1995, n. 1, 63 ss.; Mazzotta, "'Apocalittici' e 'integrati' alle prese con l'articolo 8 della legge n. 148 del 2011: il problema della disponibilità del tipo", en Lav. dir., 2012, 19; M. De Luca, "Rapporto di lavoro subordinato: tra indisponibilità del tipo contrattuale, problemi di qualificazione giuridica e nuove sfide dell'economia postindustriale", en Riv. it. dir. lav., 2014, III, 397.

Sobre el papel de la voluntad en el procedimiento de calificación del contrato de trabajo, para una reafirmación de la rigidez del tipo contractual v.: Mazzotta, *"Autonomia individuale e sistema del diritto del lavoro"*, en Giornale dir. lav. relazioni ind., 1991, 489 ss.; Scognamiglio R., *"La disponibilità del rapporto di lavoro subordinato"*, en Riv. it. dir. lav., 2001, I, 95 ss.; Pellacani, *"Autonomia individuale e rapporto di lavoro. La divergenza fa il programma contrattuale e il concreto atteggiarsi del rapporto"*, Turín, 2002.

QUINTA PARTE
DERECHO PROCESAL

EL USO DE LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD DE LA DEMANDA

MAURICIO A. CÁRDENAS GUZMÁN

SUMARIO: 1. *Introducción*. 2. *El acceso a la justicia y sus enfoques tradicionales*. 3. *Los medios alternativos de solución de controversias. Un nuevo enfoque del derecho de acceso a la justicia*. 4. *La incorporación de los medios alternativos de solución de controversias en el sistema jurídico mexicano*. 5. *Prejudicialidad obligatoria de los medios alternativos de solución de controversias*. 6. *Condiciones mínimas para la adecuada y eficiente implementación y uso de los medios alternativos de solución de conflictos*. 7. *A modo de conclusión*.

RESUMEN: En este artículo se plantea la relación existente entre el derecho de acceso a la justicia y los medios alternativos de solución de controversias, relación de la cual surge un nuevo enfoque de aquel derecho en el que los puntos a destacar son el conflicto y los medios con que las partes cuentan para autocomponer la controversia que existe entre ellas. Como consecuencia de lo anterior se analiza si constitucionalmente es o no viable establecer como requisito de procedibilidad de la demanda el uso de dichos medios alternativos, señalando, por último, los requisitos mínimos que deben existir para una eficiente implementación y uso de los citados medios.

ABSTRACT: Questo articolo considera il rapporto tra il diritto di accesso ai mezzi di risoluzione delle controversie, rapporto da cui emerge un nuovo approccio di quella legge in cui i punti

salienti sono il conflitto e i mezzi con cui le parti devono autocomporre la polemica che esiste fra loro giustizia e alternativa. Come conseguenza di esso all'inizio è analizza se costituzionalmente è o set non valida come requisito della procedura di esso richiedono l'uso di tale alternativa di mezzi, orientandoli, infine, i requisiti minimi che deve esistere per un'implementazione efficiente e loro uso citata media.

Abstract: In this article we can appreciate the relationship, that exists between the right of access to justice and the alternative dispute resolution, relationship of which arises a new approach of that right in which the subject matter at issue is the conflict itself and, the means/remedies the parties have in order for them to solve that conflict. Because of the foregoing statement, is to be analyzed whether is it constitutionally viable or not to establish, as a requisite, the use of the alternative dispute resolution remedies, noting, lastly, the minimum requirements/formalities that must exist so that this alternative dispute resolution remedies can be applied and used in an efficient way.

Palabras clave: Derecho de acceso a la justicia, medios alternativos de solución de controversias, conflicto, negociación, justicia alternativa.
Parola chiave: Diritto di accesso alla giustizia, mezzi alternativi di risoluzione delle controversia, conflitto, negoziazione e soluzione di giustizia alternativa.
Keywords: right to access to justice, use of the alternative dispute resolution remedies, negotiation, alternative justice solution.

1. Introducción

En el devenir del desarrollo social siempre han existido conflictos entre los miembros de la sociedad. Dichos conflictos han sido resueltos de múltiples formas, desde las más simples hasta las más sofisticadas.

En un origen los conflictos se resolvían entre los interesados a través de la fuerza y paulatinamente se llevó a cabo una transición en la que los involucrados en el conflicto

renunciaron a la solución violenta del mismo y optaron por una solución pacífica en la que cedieron la resolución del conflicto a un tercero imparcial e independiente. Hubo una transición en la que la razón de la fuerza cedió paso a la fuerza de la razón.[1]

A partir de ese momento se inició la configuración paulatina de todo un sistema en el que las personas en conflicto podían acceder a ese tercero para solucionar su controversia, configurándose con el correr del tiempo un derecho fundamental que se denomina acceso a la justicia.

Pero el desarrollo y aplicación de este derecho no ha sido fácil, ya que en su estructuración, evolución y consolidación han surgido una multiplicidad de problemas que se encuentran indefectiblemente vinculados a múltiples acontecimientos históricos y a las ideologías[2] y posiciones filosóficas dominantes en diferentes momentos, lo cual ha generado que el análisis del acceso a la justicia se lleve a cabo desde una perspectiva multidisciplinaria[3] que genera

[1] Alvarado Velloso, Adolfo, *Lecciones de derecho procesal civil*, Compendio del libro *Sistema procesal: garantía de la libertad*, adaptado a la legislación de México por Mauricio A. Cárdenas Guzmán, México, Porrúa, 2013.

[2] Este término lo entendemos como un marco básico de cognición social evaluado que está constituido por selecciones de valores socioculturales relevantes que proporcionan la base de juicios sobre qué está bien o mal, qué es correcto o incorrecto, proporcionando guías básicas para la percepción y la interacción social (Van Dijk, Teun A., "Sistemática del discurso e ideología", en: *Discurso & Sociedad*, trad. por Cristina Perales, 2008, Vol. 2, núm. 1, pp. 201-261. Este ensayo fue consultado en: http://www.dissoc.org/ediciones/v02n01/DS2(1)Van Dijk.html) y no como una descalificación o adjetivo que desprestigia y al que se le pretende dar una significación negativa en relación a una evaluación positiva de lo que se califica como ciencia (Correas, Oscar, *Crítica de la ideología jurídica. Ensayo sociosemiológico*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1993, p. 29).

[3] Un ejemplo de lo señalado en el texto se presenta en los diversos trabajos que conforman la investigación conjunta en la que participamos, en la cual si bien se aborda el acceso a la justicia desde una perspectiva jurídica, dichos trabajos abordan el tema desde diferentes ramas del derecho (internacional, constitucional, laboral, administrativo y procesal).

disensos tanto en su conceptualización,[4] —concibiéndolo como un derecho simple o uno complejo de contenido múltiple—[5] como en las respuestas propuestas para solucionar su problemática.

En este contexto, hoy en día se plantea un problema fundamental que surge por la coexistencia legal del proceso civil y los medios alternativos de solución de controversias (MASC).[6] El citado problema se centra en determinar si los referidos medios alternativos deben o no preceder a la instancia jurisdiccional, es decir, si aquéllos deben constituirse como un requisito de procedibilidad de la demanda o simplemente deben de tener un carácter meramente alternativo para constituirse como una opción más con la que cuente el gobernado para la solución de sus conflictos interpersonales de relevancia jurídica.

Para estar en condiciones de aportar al debate sobre este tema, en el presente trabajo haremos referencia a los enfoques principales que se han dado al derecho de acceso a la justicia, explicando las circunstancias por las cuales cobran importancia los medios alternativos de solución

[4] La imprecisión y ambigüedad del término acceso a la justicia generan una multiplicidad de significados que distorsionan su contenido e incluso diluyen su importancia. Al respecto *vid* Ramírez, Silvina, *Apuntes sobre políticas de acceso a la justicia, Presentación del manual de políticas públicas para el acceso a la justicia: América Latina y el Caribe*, Buenos Aires, octubre 2005.

[5] En esta visión multidisciplinaria y compleja del derecho de acceso a la justicia, se considera que el contenido del mismo implica, entre otras, los garantías siguientes: acceso a la jurisdicción; juez competente, imparcial y predeterminado por ley; tutela judicial efectiva; no discriminación por motivos de raza, nacionalidad, condición social, sexo, ideología política o religión; derecho a la defensa y asistencia letrada; disposición del tiempo necesario y medios adecuados para la defensa; indemnización por error judicial; protección contra las ejecuciones sumarias y arbitrarias y notificación consular para el caso de extranjeros. Sobre el particular *vid* Ortiz Ahlf, Loretta, *El derecho de acceso a la justicia*, documento que puede ser consultado en http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/6/2547/20.pdf

[6] También denominados ADR (Alternative Dispute Resolution) o MARC (medios alternativos de resolución de controversias).

de controversias. Asimismo, determinaremos la jerarquía constitucional que se ha otorgado a dichos medios alternativos explicando las razones por las cuales se puede o no llegarlos a considerar como requisito de procedibilidad de la demanda y nuestro pronunciamiento al respecto.

Debe señalarse que en el desarrollo de los aspectos mencionados se hará referencia a la legislación de México y a criterios relevantes fijados por el Poder Judicial de la Federación.

2. El acceso a la justicia. Sus enfoques tradicionales

El derecho de acceso a la justicia se estructuró sobre un doble hilo conductor: la idea de que los conflictos se resolvían con fuerza vinculativa únicamente por el Estado (monopolio de la administración de justicia) y que dicha resolución de conflictos debía llevarse a cabo a través de los medios proporcionados por éste: sus tribunales y mediante el uso del proceso como medio para debatir ante ellos.

Sin alterarse en esencia la idea de que derecho de acceso a la justicia es el derecho de acceso a los tribunales[7], el contexto histórico e ideológico en que ha tenido lugar su evolución ha ocasionado que el punto focal o centro de atención haya cambiado paulatinamente, debiendo destacarse que los mencionados cambios de enfoque no implican un abandono al doble hilo conductor mencionado, y mucho menos configuran una exclusión entre sí, ya que dichos enfoques implican en cierto sentido una complementariedad recíproca a efecto de lograr una unidad de contenido.

[7] Barona Vilar, Silvia, "Integración de la mediación en el moderno concepto de Acces to Justice", en *InDret, Revista para el análisis del derecho*, número 4, octubre 2014, Barcelona, consultable en www.indret.com

Los enfoques a los que nos referimos con anterioridad son los siguientes:

a) En un primer enfoque, que pone al gobernado frente al Estado, el acceso a la justicia comprendía una doble perspectiva: una negativa y otra positiva. La perspectiva negativa se refería a la prohibición dirigida a los gobernados para hacer valer sus derechos e imponer su voluntad de manera directa y sin intervención de la maquinaria estatal, es decir, se abolía la autotutela o autodefensa de los derechos, trasladándose al Estado la función de resolver los conflictos en forma exclusiva. Desde la segunda perspectiva, esto es, la positiva, la cual era consecuencia necesaria de la primera, implica un derecho de todo gobernado para acceder al aparato de administración de justicia a efecto de que el Estado a través de los tribunales resolviera de forma vinculativa el conflicto sometido a su consideración, acceso que llevaba implícita la obligación por parte del Estado de garantizar dicho acceso sin obstáculo alguno.[8] Este enfoque originó que el derecho en análisis fuera entendido inicialmente como un derecho de acceso a la jurisdicción.[9]

Esta forma de entender el acceso a la justicia implicaba una mera visión formal que se sustentaba en que todos los gobernados eran iguales ante la ley, haciéndose abstracción de las diferencias reales que existían entre ellos. Esa pretendida igualdad impedía la efectividad de ese derecho o lo

[8] Esta doble perspectiva se encuentra recogida en el Artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual en sus dos primeros párrafos preceptúa que: "*Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho*" (prohibición de autotutela), agregando que "*Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial*" (acceso a la jurisdicción).

[9] Marabotto Lugaro, Jorge A., "Un derecho humano esencial: el acceso a la justicia", en *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, 2003.

hacían nugatorio,[10] ya que en la realidad práctica las diferencias existentes entre los individuos traían como consecuencia que aquel que se encontraba en una situación de desventaja no pudiera acceder a los tribunales para resolver sus conflictos, siendo irrelevante si no existían barreras o trabas legales para lograr dicho acceso.

b) Ante el reconocimiento y avance de los derechos sociales y una revisión o reconfiguración del concepto de igualdad jurídica, se plantea un segundo enfoque del derecho de acceso a la justicia en el que se parte de la noción de que la persona es el fundamento de los derechos individuales y sociales y que éstos son derechos del ser humano situado y condicionado por el ambiente en que vive[11], razón por la cual deben tomarse en cuenta las diferencias existentes entre los individuos a efecto de que los más desprotegidos puedan acceder al aparato de administración de justicia y que su situación de desventaja no les impidiera dicho acceso. Existe un reconocimiento de que el acceso a la justicia debe ser real y no meramente formal, se busca que el acceso sea efectivo.

No podemos dejar de señalar que el reconocimiento de la desigualdad individual no implica el desconocimiento del avance logrado con el primer enfoque, ya que en realidad éstos se complementan. Esta visión conjunta del acceso a la justicia implica que el Estado debe tener tribunales para resolver los conflictos de los gobernados sin que existan obstáculos para acceder a los mismos, reconociendo que como los individuos no son iguales entre sí se de-

[10] Esto se explica en la medida en que no estaba en los deberes del Estado preocuparse por la situación de los gobernados para valerse del derecho y de sus instituciones. Marabotto Lugaro, Jorge A., *op. cit.*

[11] Ortiz Ahlf, Loretta, *op. cit.*

ben crear los medios para que todos, desde su desigualdad, puedan acceder al tribunal.

c) En este tercer enfoque, el cual tiene como presupuesto los dos anteriores, se destacan el debido proceso y la efectividad de las resoluciones dictadas por un tribunal. Se parte de la idea de que ya no solo es importante que el Estado no ponga trabas para que el gobernado desde su desigualdad acceda al tribunal con el propósito de que éste resuelva su conflicto, sino que adquieren relevancia tanto el transitar del gobernado por la ruta procesal establecida en la ley, como la efectividad de la resolución dictada con motivo de ese transitar de las partes. Si esto no fuera así, resultaría ocioso que únicamente se garantice el derecho de estar frente al tribunal y se considere irrelevante que para el dictado de la resolución que se busca se violen nuestros derechos procesales o que dicha resolución no pueda con ejecutarse, lo anterior bajo el falso argumento de que lo que se garantiza en el derecho de acceso a la justicia es simplemente que a nadie se le pongan obstáculos para que el tribunal nos escuche.

Reconociendo como partes del derecho de acceso a la justicia los tres enfoques que hasta el momento hemos mencionado, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que el acceso a la tutela jurisdiccional debe ser entendido como

> *...el derecho público subjetivo que toda persona tiene, dentro de los plazos y términos que fijen las leyes, para acceder de manera expedita a tribunales independientes e imparciales, a plantear una pretensión o a defenderse de ella, con el fin de que, a través de un proceso en el que se respeten ciertas formalidades, se decida sobre la pretensión o la defensa y, en su caso, se ejecute esa decisión; de ahí que este derecho comprenda tres etapas, a las que corresponden tres derechos: (i) una previa al juicio, a la que le corresponde el derecho de acceso a la jurisdicción, que parte del derecho de acción como una especie del de petición dirigido a las autoridades jurisdiccionales y que motiva un pronunciamiento por su parte; (ii) una judicial, que va desde el inicio del procedimiento hasta la última actuación y a la que corresponden las garantías del debido proceso; y, (iii) una posterior al juicio, identificada con la eficacia de las resoluciones emitidas. Los derechos antes mencionados alcanzan no solamente a los procedimientos ventilados ante jueces y tribunales del Poder Judicial, sino también a todos aquellos seguidos ante autoridades que, al pronunciarse sobre la determinación de derechos y obligaciones, realicen funciones materialmente jurisdiccionales.*[12]

3. Los medios alternativos de solución de controversias. Un nuevo enfoque del derecho de acceso a la justicia

Es incuestionable que en México y en muchas partes del mundo el sistema tradicional de administración de justicia basado en la tutela judicial se encuentra en crisis. Esta situación se debe a una multiplicidad de factores que tienen un origen tanto exógeno como endógeno respecto de dicho sistema.

Los factores externos tienen que ver fundamentalmente con el desarrollo y evolución de la sociedad, ya que la misma se ha hecho más compleja tanto en su aspecto cuantitativo como en el cualitativo. El primero de los aspectos mencionados se relaciona directamente con el hecho de

[12] Época: Décima Época, Registro: 2003018, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XVIII, Marzo de 2013, Tomo 1, Materia(s): Constitucional, Tesis: 1a. LXXIV/2013 (10a.), Página: 882, tesis intitulada: DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA. SUS ETAPAS. En el mismo sentido consultar las tesis intituladas "DERECHO FUNDAMENTAL DE ACCESO A LA JURISDICCIÓN. SU CONTENIDO ESPECÍFICO COMO PARTE DEL DERECHO A LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA Y SU COMPATIBILIDAD CON LA EXISTENCIA DE REQUISITOS DE PROCEDENCIA DE UNA ACCIÓN" y "DERECHO FUNDAMENTAL DE EJECUCIÓN DE SENTENCIA PREVISTO EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. DEFINICIÓN Y ALCANCE."

que a mayor número de personas hay un mayor número de relaciones jurídicas y seguramente un menor número de satisfactores y, por lo tanto, hay un mayor riesgo de conflictividad[13] que trae como consecuencia que los litigios superen la capacidad instalada de los órganos de administración de justicia. El aspecto cualitativo se relaciona fundamentalmente con la globalización, los avances tecnológicos y la especialización y tecnificación, circunstancias que han originado que las relaciones jurídicas y los problemas que derivan de las mismas sean distintos y requieran soluciones diferentes.

Pero estos factores pudieran llegar a ser irrelevantes o, en su caso, ser de menor impacto si el aparato de justicia respondiera eficientemente a los problemas que dicha complejidad genera, pero esto no es así en atención a causas que se encuentran dentro de dicho aparato y que tienen que ver, en primera instancia, con el diseño del sistema de administración de justicia que lo imposibilitan de origen a reaccionar de manera oportuna, adecuada y eficiente ante el conflicto. Por ejemplo, el sistema está diseñado en una visión litigiosa del conflicto y por ende en la imposición de soluciones que implican declarar a un vencedor y a un perdedor, amén de que se estructura sobre procedimientos largos que además hacen que la solución en muchos de los casos llegue tarde o que incluso ni siquiera satisfaga a las partes involucradas en el conflicto.

Los factores a que hemos hecho referencia, y que durante mucho tiempo han agravo la situación del aparato de administración de justicia, generaron una situación de

[13] Sobre esta relación cuantitativa resulta interesante el artículo de Garrett Hardin intitulado *La Tragedia de los Comunes* (*The Tragedy of Commons*), cuyo texto se puede consultar en: http://www.colsan.edu.mx/investigacion/aguaysociedad/proyectogro2/Biblioteca/Bibliografia/M%F3dulo%205/LA%20TRAGEDIA%20DE%20LOS%20COMUNES.pdf

insatisfacción en los justiciables y provocaron que éstos, en la búsqueda de formas más rápidas y menos costosas de resolver sus conflictos, empezarán a hacer uso desde fuera de los tribunales de los medios alternativos de solución de controversias.

Pero independientemente de la rapidez y bajo costo que dichos medios pudieran representar en la solución de conflictos, los mismos tienen la enorme ventaja, por un lado, de privilegiar la solución al conflicto humano en lugar de dar preeminencia a la solución al conflicto jurídico[14]. Además, estos medios alternativos inciden en la actitud psicológica de los involucrados ya que no es lo mismo imponer una solución que acordarla. Se buscan beneficios mutuos a efecto de que ambas partes sean triunfadoras y no exista la diferencia entre vencedor y vencido.[15]

Como podemos apreciar de lo hasta aquí dicho, la utilización de los medios alternativos de solución de controversias y su eventual reconocimiento legal configuran un enfoque nuevo y diferente a los señalados en el apartado anterior, ya que aquí el punto a destacar es el conflicto y el análisis se centra en las posibilidades o medios con que las partes de una determinada relación jurídica cuentan para resolver la controversia que existe entre ellas. En este enfoque se acepta que todo aquello que contribuye a resolver pacíficamente controversias interpersonales es justicia.[16]

[14] Copani, Juan C.; Pérez Ragone, Álvaro J., "Los llamados medios alternativos de resolución de conflictos vistos desde el proceso civil ¿la justa realización del derecho material vs. la resolución de conflictos?" en *Revista de Derecho*, Valparaiso, 2016, pp. 155-183.

[15] Dioguardi, Juana, *Teoría general del proceso*, en LexisNexis, Buenos Aires, 2004, p. 35.

[16] Acceso a la justicia en Iberoamérica. Lineamientos para una guía de buenas prácticas, p. 18. Reunión de expertos en acceso a la justicia, Santiago de Chile 28, 29 y 30 de noviembre de 2007. Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos, 2008. Este documento se puede consultar en: http://

4. La incorporación de los medios alternativos de solución de controversias en el sistema jurídico mexicano

En virtud de las bondades y eficacia que presentan los medios alternativos en análisis, el Estado empieza a hacer un reconocimiento de los mismos e inicia su incorporación en diferentes cuerpos normativos, ya sea como etapa de un proceso jurisdiccional,[17] como un procedimiento debidamente estructurado en ley[18] o como un procedimiento directo para la solución de un conflicto ante una autoridad administrativa.[19]

No obstante lo anterior, debemos aceptar que para efectos del proceso civil la incorporación a que nos hemos referido fue entendida como una mera opción intra procesal para el justiciable en la que pareciera que es irrelevante si las partes resuelven o no su conflicto a través de dichos medios alternos. Como ejemplo de lo anterior podemos señalar el caso de las instancias conciliatorias dentro del proceso jurisdiccional, las cuales constituyen un mero trámite carente de sentido, ya que no se cumple ni siquiera

www.cejamericas.org/Documentos/DocumentosIDRC/123COMJIBAcceso-a-la-Justicia.pdf

[17] Ejemplos de lo señalado en el texto son la audiencia previa y de conciliación prevista para el juicio ordinario y la etapa conciliatoria en la audiencia preliminar en el juicio oral civil, las cuales se encuentran previstas, respectivamente, en los artículos 272 A y 1000 fracción II del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

[18] Este es el caso del juicio arbitral previsto en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

[19] Sobre el particular ver el procedimiento conciliatorio ante la Procuraduría Federal del Consumidor (PROFECO) y la Comisión Nacional para la Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros (CONDUSEF). Debe destacarse que si las partes no resuelven su conflicto en esa instancia conciliatoria cabe la posibilidad de que los interesados se sometan al arbitraje ante esas dependencias. Este es un caso en el que la ineficacia de un medio alternativo nos puede llevar inmediatamente a otro.

con los presupuestos que la conciliación implica, como por ejemplo que el conciliador presente a las partes propuestas de solución al conflicto.[20]

Independientemente de este escenario, debemos reconocer que en México, a raíz del auge que ha tenido la mediación y la eficacia que se le ha reconocido para lograr la solución de conflictos, se generó desde hace varios años una aceptación a los medios alternativos de solución de controversias, la cual se manifiesta con el hecho de que desde las entidades federativas se ha estructurado un sistema extra procesal basado fundamentalmente en la mediación y en la conciliación, no obstante que existe una multiplicidad de medios alternativos de solución de controversias.[21]

Es importante señalar que el sistema a que hemos hecho alusión no contiene una previsión marginal de dichos medios, sino que se manifiesta a través de la elaboración de leyes específicas sobre el tema y con la creación de centros de justicia alternativa.[22]

El desarrollo e implementación del sistema antes referido fue de tal importancia, que el 18 de junio de 2008 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* un paquete de reformas constitucionales que incluye una modificación

[20] En el caso de la Ciudad de México el citado Artículo 272 A del Código de Procedimientos Civiles establece que el conciliador preparará y propondrá a las partes alternativas de solución al litigio, lo cual nunca sucede.

[21] Ejemplos de estos son: *mini trial, rent a judge, court annexed arbitration, summary jury trial, neutral listener, neutral expert fact finding, non binding ex –parte adjudication of patent disputes or trade secret misappropiation, adaption of contracts, consultation,* etcétera. Para una explicación y ejemplificación del uso de estos medios alternativos *vid* Estavillo Castro, Fernando, *Medios alternativos de solución de controversias*, artículo que puede ser consultado en http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/6/2552/14.pdf

[22] Sobre el origen y desarrollo que este sistema tuvo en las entidades federativas *vid* Marquez Algara, María Guadalupe y José Carlos de Villa Cortés, *Medios alternos de solución de conflictos*, ensayo que puede ser consultado en http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/8/3568/15.pdf

al Artículo 17. Como consecuencia de dicha reforma el cuarto párrafo del precepto citado dispone que:

> *Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial.*

En este contexto se ha considerado como un derecho humano la posibilidad de que los gobernados puedan resolver sus conflictos mediante el uso de los medios alternativos de solución de controversias, atribuyéndoseles a éstos la misma dignidad que el acceso a la jurisdicción del Estado, según se desprende del criterio jurisprudencial siguiente:

> *ACCESO A LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS, COMO DERECHO HUMANO. GOZA DE LA MISMA DIGNIDAD QUE EL ACCESO A LA JURISDICCIÓN DEL ESTADO. Los artículos 17, segundo párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, reconocen a favor de los gobernados el acceso efectivo a la jurisdicción del Estado, que será encomendada a tribunales que estarán expeditos para impartir justicia, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial; en ese sentido, la Constitución Federal en el citado Artículo 17, cuarto párrafo, va más allá y además de garantizar el acceso a los tribunales previamente establecidos, reconoce, como derecho humano, la posibilidad de que los conflictos también se puedan resolver mediante los mecanismos alternativos de solución de controversias, siempre y cuando estén previstos por la ley. Ahora bien, en cuanto a los mecanismos alternativos de solución de controversias, se rescata la idea de que son las partes las dueñas de su propio problema (litigio) y, por tanto, ellas son quienes deben decidir la forma de resolverlo, por lo que pueden optar por un catálogo amplio de posibilidades, en las que el proceso es una más. Los medios alternativos consisten en diversos procedimientos mediante los cuales las personas puedan resolver sus controversias, sin necesidad de una intervención jurisdiccional, y consisten en la negociación (autocomposición), mediación, conciliación y el arbitraje (heterocomposición). En ese sentido, entre las consideraciones expresadas en la exposición de motivos de la reforma constitucional al mencionado Artículo 17, de dieciocho de junio de dos mil ocho, se estableció que los mecanismos alternativos de solución de controversias "son una garantía de la población para el acceso a una justicia pronta y expedita ..., permitirán, en primer lugar, cambiar al paradigma de la justicia restaurativa, propiciarán una participación más activa de la población para encontrar otras formas de relacionarse entre sí, donde se privilegie la responsabilidad personal, el respeto al otro y la utilización de la negociación y la comunicación para el desarrollo colectivo"; ante tal contexto normativo, debe concluirse que tanto la tutela judicial como los mecanismos alternos de solución de controversias, se establecen en un mismo plano constitucional y con la misma dignidad y tienen como objeto, idéntica finalidad, que es, resolver los diferendos entre los sujetos que se encuentren bajo el imperio de la ley en el Estado Mexicano.*
>
> *SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL TERCER CIRCUITO.*
>
> *Amparo en revisión 278/2012. Alfonso Ponce Rodríguez y otros. 13 de septiembre de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: Gerardo Domínguez. Secretario: Enrique Gómez Mendoza.*[23]

5. Prejudicialidad obligatoria de los medios alternativos de la solución de controversias

Con lo que se ha expuesto, y en atención a la jerarquía dada a los mecanismos alternativos de solución de conflictos y al derecho que tienen los gobernados para hacer uso de ellos, es indudable que cobra importancia la cuestión planteada al inicio de este trabajo, la cual consiste en determinar si tales medios alternativos pueden o no constituirse como un requisito de procedibilidad de la demanda

[23] Época: Décima Época, Registro: 2004630, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, Libro XXV, Octubre de 2013, Tomo 3, Materia(s): Constitucional, Tesis: III.2o.C.6 K (10a.), Página: 1723

o simplemente deben conservar su carácter meramente alternativo, cuestionamiento cuya respuesta depende del punto de partida que se adopte.

En efecto, si tomamos como punto de partida el hecho de que el segundo párrafo del Artículo 17 constitucional dispone que "Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes...", lo cual sustancialmente quiere decir no debe de existir ningún obstáculo o requisito previo entre el gobernado y los tribunales, es indudable que la respuesta deberá ser en el sentido de que existe una prohibición constitucional a considerar a los medios alternativos de solución de controversias como un requisito de procedibilidad de la demanda, aun cuando la previsión de éstos se encuentre también en el texto constitucional, sobretodo porque tal previsión no se encuentra formulada como una excepción o salvedad al derecho consagrado en el segundo párrafo del precepto mencionado.

En este sentido, si la constitución no establece ninguna limitación expresa al carácter expedito con el que deben actuar los tribunales, luego entonces cualquier ley que señale como requisito de procedibilidad de la demanda el tener que agotar previamente algún medio alternativo deberá ser declarada inconstitucional, criterio que se adopta en la tesis jurisprudencial siguiente:

JUSTICIA PRONTA Y EXPEDITA. LA OBLIGATORIEDAD DE AGOTAR UN PROCEDIMIENTO CONCILIATORIO, PREVIAMENTE A ACUDIR ANTE LOS TRIBUNALES JUDICIALES, CONTRAVIENE LA GARANTÍA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 17 CONSTITUCIONAL. El derecho fundamental contenido en el segundo párrafo del Artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, adicionado por reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el diecisiete de marzo de mil novecientos ochenta y siete, garantiza que cualquier persona pueda acudir ante los tribunales y que éstos le administren justicia pronta y expedita, pues los conflictos que surjan entre los gobernados deben ser resueltos por un órgano del Estado facultado para ello, ante la prohibición de que los particulares se hagan justicia por sí mismos. Ahora bien, este mandato constitucional no permite que, previamente a la solución que se dé a las controversias, los gobernados deban acudir obligatoria y necesariamente a instancias conciliatorias, ya que el derecho a la justicia que se consigna en éste, no puede ser menguado o contradicho por leyes secundarias federales o locales, sino únicamente por la propia Constitución, la que establece expresamente cuáles son las limitaciones a que están sujetas las garantías individuales que ella otorga. Además, debe considerarse que la reserva de ley en virtud de la cual el citado precepto constitucional señala que la justicia se administrará en los plazos y términos que fijen las leyes, no debe interpretarse en el sentido de que se otorga al legislador la facultad para reglamentar el derecho a la justicia de manera discrecional sino que, con esta reglamentación, debe perseguir la consecución de sus fines, los que no se logran si entre el ejercicio del derecho y su obtención se establecen trabas o etapas previas no previstas en el texto constitucional; por tanto, si un ordenamiento secundario limita esa garantía, retardando o entorpeciendo indefinidamente la función de administrar justicia, estará en contravención con el precepto constitucional aludido.

Amparo directo en revisión 1048/95. Unión de Crédito Agropecuario de Pequeños Productores del Norte de Zacatecas, S.A. de C.V. 20 de marzo de 1997. Unanimidad de diez votos. Ausente: José Vicente Aguinaco Alemán. Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Secretaria: Angelina Hernández Hernández.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el veintitrés de junio en curso, aprobó, con el número CXII/1997, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a veintitrés de junio de mil novecientos noventa y siete.[24]

[24] Época: Novena Época, Registro: 198208, Instancia: Pleno, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo VI, Julio de 1997, Materia(s): Constitucional, Tesis: P. CXII/97, Página: 15.

Ahora bien, la aparente solidez de la respuesta proporcionada con anterioridad puede diluirse si consideramos que ningún derecho fundamental es absoluto y que el mismo puede restringirse siempre y cuando las medidas adoptadas por el legislador para actualizar tal restricción *(i)* sean admisibles en el ámbito constitucional, es decir, que puedan enmarcarse dentro de las previsiones de la propia constitución; *(ii)* sean necesarias para asegurar la obtención de los fines que fundamentan la restricción, esto es, que el fin buscado no pueda alcanzarse sin ésta y, *(iii)* exista proporcionalidad y correspondencia entre la importancia del fin buscado por la ley y el perjuicio causado al derecho restringido. Estos elementos se encuentran reconocidos en los criterios jurisprudenciales siguientes:

RESTRICCIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. ELEMENTOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE TOMAR EN CUENTA PARA CONSIDERARLAS VÁLIDAS. Ningún derecho fundamental es absoluto y en esa medida todos admiten restricciones. Sin embargo, la regulación de dichas restricciones no puede ser arbitraria. Para que las medidas emitidas por el legislador ordinario con el propósito de restringir los derechos fundamentales sean válidas, deben satisfacer al menos los siguientes requisitos: a) ser admisibles dentro del ámbito constitucional, esto es, el legislador ordinario sólo puede restringir o suspender el ejercicio de las garantías individuales con objetivos que puedan enmarcarse dentro de las previsiones de la Carta Magna; b) ser necesarias para asegurar la obtención de los fines que fundamentan la restricción constitucional, es decir, no basta que la restricción sea en términos amplios útil para la obtención de esos objetivos, sino que debe ser la idónea para su realización, lo que significa que el fin buscado por el legislador no se pueda alcanzar razonablemente por otros medios menos restrictivos de derechos fundamentales; y, c) ser proporcional, esto es, la medida legislativa debe respetar una correspondencia entre la importancia del fin buscado por la ley, y los efectos perjudiciales que produce en otros derechos e intereses constitucionales, en el entendido de que la persecución de un objetivo constitucional no puede hacerse a costa de una afectación innecesaria o desmedida a otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos. Así, el juzgador debe determinar en cada caso si la restricción legislativa a un derecho fundamental es, en primer lugar, admisible dadas las previsiones constitucionales, en segundo lugar, si es el medio necesario para proteger esos fines o intereses constitucionalmente amparados, al no existir opciones menos restrictivas que permitan alcanzarlos; y en tercer lugar, si la distinción legislativa se encuentra dentro de las opciones de tratamiento que pueden considerarse proporcionales. De igual manera, las restricciones deberán estar en consonancia con la ley, incluidas las normas internacionales de derechos humanos, y ser compatibles con la naturaleza de los derechos amparados por la Constitución, en aras de la consecución de los objetivos legítimos perseguidos, y ser estrictamente necesarias para promover el bienestar general en una sociedad democrática.

Amparo en revisión 173/2008. Yaritza Lissete Reséndiz Estrada. 30 de abril de 2008. Cinco votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Dolores Rueda Aguilar.

Amparo en revisión 1215/2008. Jorge Armando Perales Trejo. 28 de enero de 2009. Unanimidad de cuatro votos. Ausente y Ponente: José Ramón Cossío Díaz; en su ausencia hizo suyo el asunto el Ministro José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretaria: Dolores Rueda Aguilar.

Amparo en revisión 75/2009. Blanca Delia Rentería Torres y otra. 18 de marzo de 2009. Mayoría de cuatro votos. Disidente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Francisca María Pou Giménez.

Amparo directo en revisión 1675/2009. Camionera del Golfo, S.A. de C.V. 18 de noviembre de 2009. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Francisca María Pou Giménez.

Amparo directo en revisión 1584/2011. 26 de octubre de 2011. Cinco votos. Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Secretaria: Rosa María Rojas Vértiz Contreras.

Tesis de jurisprudencia 2/2012 (9a.). Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada de ocho de febrero de dos mil doce.[25]

[25] Época: Décima Época, Registro: 160267, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, Libro V, Febrero de 2012, Tomo 1, Materia(s): Constitucional, Tesis: 1a./J. 2/2012 (9a.), Página: 533.

CUARTA ETAPA DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD. EXAMEN DE LA PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO DE LA MEDIDA LEGISLATIVA. Para que resulten constitucionales las intervenciones que se realicen a algún derecho fundamental, éstas deben superar un test de proporcionalidad en sentido amplio. Lo anterior implica que la medida legislativa debe perseguir una finalidad constitucionalmente válida, lograr en algún grado la consecución de su fin y no limitar de manera innecesaria y desproporcionada el derecho fundamental en cuestión. Así, una vez que se han llevado a cabo las primeras tres gradas del escrutinio, corresponde realizar finalmente un examen de proporcionalidad en sentido estricto. Esta grada del test consiste en efectuar un balance o ponderación entre dos principios que compiten en un caso concreto. Dicho análisis requiere comparar el grado de intervención en el derecho fundamental que supone la medida legislativa examinada, frente al grado de realización del fin perseguido por ésta. En otras palabras, en esta fase del escrutinio es preciso realizar una ponderación entre los beneficios que cabe esperar de una limitación desde la perspectiva de los fines que se persiguen, frente a los costos que necesariamente se producirán desde la perspectiva de los derechos fundamentales afectados. De este modo, la medida impugnada sólo será constitucional si el nivel de realización del fin constitucional que persigue el legislador es mayor al nivel de intervención en el derecho fundamental. En caso contrario, la medida será desproporcionada y, como consecuencia, inconstitucional. En este contexto, resulta evidente que una intervención en un derecho que prohíba totalmente la realización de la conducta amparada por ese derecho, será más intensa que una intervención que se concrete a prohibir o a regular en ciertas condiciones el ejercicio de tal derecho. Así, cabe destacar que desde un análisis de proporcionalidad en estricto sentido, sólo estaría justificado que se limitara severamente el contenido prima facie de un derecho fundamental si también fueran muy graves los daños asociados a su ejercicio.

PRIMERA SALA

Amparo en revisión 237/2014. Josefina Ricaño Bandala y otros. 4 de noviembre de 2015. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, quien formuló voto concurrente, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, quien formuló voto concurrente, en el que se aparta de las consideraciones contenidas en la presente tesis. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto particular. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretarios: Arturo Bárcena Zubieta y Ana María Ibarra Olguín.[26]

A nuestro modo de ver si alguna ley contemplara el uso de los medios alternativos de solución de controversias como requisito de procedibilidad de la demanda, tal disposición no sería inconstitucional en virtud de que con la misma no se transgredirían los elementos arriba citados, ya que *(i)* tendría por objeto la realización de un derecho (acceso a los medios alternativos) reconocido constitucionalmente que goza de la misma dignidad que el derecho restringido (acceso a la jurisdicción); *(ii)* porque implicaría la conducción a un medio que tiende a privilegiar la solución del conflicto humano y no del jurídico, y *(iii)* porque el acceso pre-procesal de los medios alternativos no nulifica el acceso a la jurisdicción, simplemente lo retarda, retraso que puede abarcar desde el momento en que la parte invitada a mediar manifiesta que no es su deseo hacer uso de ese medio alternativo, hasta el momento en que se declare que no existen las condiciones para autocomponer el conflicto, supuestos ambos en los cuales las partes estarán en plena aptitud para acudir al proceso jurisdiccional.

6. Condiciones mínimas para la adecuada y eficiente implementación y uso de los medios alternativos de solución de conflictos

Ahora bien, la configuración de los elementos mencionados no debe establecerse desde un punto de vista meramente teórico, sino que debe tener un sustento práctico

[26] Época: Décima Época, Registro: 2013136, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, Publicación: viernes 25 de noviembre de 2016 10:36 h, Materia(s): (Constitucional), Tesis: 1a. CCLXXII/2016 (10a.).

a efecto de que se logre la finalidad buscada. Asimismo, tampoco debe reducirse la cuestión a una mera previsión normativa de los medios alternativos como requisito de procedibilidad de la demanda, porque no basta con que exista una norma jurídica que contemple el uso de tales medios para que éstos operen eficientemente, sino que es necesario que en el entorno social se actualicen una serie de presupuestos mínimos necesarios para hacer un uso efectivo de dichos medios alternativos, ya que de no ser así se llevaría a cabo una implementación deficiente del sistema de justicia alternativa que podría incrementar el desencanto del justiciable en cuanto a la respuesta del Estado en la solución eficiente de los conflictos.

Entre dichos presupuestos que consideramos como mínimos para una adecuada y eficiente implementación de los medios alternativos de solución de controversia se encuentran los siguientes:

a) Existencia de una infraestructura humana y material adecuada para atender el volumen de asuntos que el uso pre-procesal de los medios alternativos implicaría.

Desde el punto de vista de la infraestructura humana este requisito se traduce en la existencia de un número adecuado y suficiente de sujetos para hacer frente a un alto número de causas que se inicien en el sistema de justicia alternativa. En efecto, si el sistema está integrado por un número reducido de mediadores, conciliadores o facilitadores, y el número de causas o asuntos que deben desahogar los supera en exceso, es claro que llegará un punto en el que el sistema colapse, ya que el número de personas encargadas para desahogar dichos medios alternativos no será suficiente y los plazos previstos para el desahogo del medio alternativo se tendrán que ir prolongando o, en su

caso, se podría reducir la calidad del servicio a efecto de cumplir tanto con los tiempos previstos legalmente como con una estadística ideal prefijada institucionalmente, corriéndose el riesgo en este caso de proporcionar un servicio meramente formal en el que, ante la premura de tiempo, no existan las condiciones necesarias y adecuadas para lograr las finalidades propias que tienen los medios alternativos incluidos en el sistema. En este orden de ideas, consideramos que es necesario crear un sistema de justicia alternativa en el que se certifique a particulares para coadyuvar con el Estado en la prestación de los servicios que ameriten los medios alternativos de solución de controversias previstos legalmente.[27]

En cuanto a la infraestructura material debe decirse que la misma incluye tanto insumos tecnológicos[28] como físicos, destacando que estos últimos deben de comprender, por lo menos, instalaciones adecuadas que permitan a las partes sentir confianza ante la institución que presta el servicio y en el que se proporcionen las condiciones psicológicas propicias para que las partes involucradas puedan estar en aptitud de concentrarse en las actividades que desarrollan y no deseen abandonar el procedimiento alternativo lo más pronto posible, convirtiendo a éste en un mero formalismo o en un simple trámite para poder acudir ante el tribunal. Por ejemplo, no es lo mismo desahogar un

[27] Sobre el particular, la Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal, en su capítulo décimo, regula el servicio privado de mediación

[28] Este tipo de insumos se encuentran previstos en la Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal, ya que contempla la existencia de módulos de medicación virtual, los cuales son definidos en el artículo 2, fracción XII Quater como *"el espacio virtual del sistema automatizado que permite la prestación del servicio de mediación por medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología operada por cuenta del Tribunal por conducto del Centro cuya utilización y acceso se autoriza a uno o varios mediadores privados que han satisfecho los requisitos para ello."*

procedimiento de mediación en una sala privada donde las partes puede expresarse libremente, que desahogar con una actitud de inhibición ese trámite en un pasillo lleno de gente.

b) Adecuada capacitación de los sujetos que intervienen en la implementación de dichos medios.

Es indudable que los mediadores, conciliadores o facilitadores deben estar capacitados en los aspectos técnicos y funcionales del medio alternativo que les corresponda implementar, pero esto no es suficiente para lograr instaurar un sistema eficiente. En efecto, en atención a la complejidad de las relaciones jurídicas y a la complejidad de problemas que aquellas generan, es indudable que se requiere de personas altamente capacitadas en las materias directas que abarquen dichos problemas. Por ejemplo, es difícil que una persona ayude a los involucrados a construir un acuerdo o que proponga una solución en materia bancaria, de seguros o de telecomunicaciones si no conoce los aspectos operativos de un banco, de un seguro o del sistema de telecomunicaciones. Es decir, consideramos que las personas que se encarguen de implementar un medio alternativo de solución de controversias deben ser especialistas en la materia de que se trate y no pensar que sólo un profesional del derecho puede prestar eficientemente un servicio, por ejemplo, de mediación.[29] Estimamos que debe hacerse una transición en la que el papel del abogado sea el de un asesor del especialista en cada materia.

Es evidente que de un inicio no se puede contar con esta gama de especialidades, pero el sistema debe estar diseñado para crecer y estructurarse de esta manera en un plazo razonable, sobre todo si los medios alternativos pretenden insertarse en el sistema como requisito de procedibilidad de la demanda.

[29] El Artículo 18, en sus incisos A)-II y B)-II, de la Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal establece como uno de los requisitos para ser mediador público o privado contar con título y cédula profesionales de Licenciatura en Derecho.

Es importante señalar que, a nuestro juicio, no basta con la preparación técnica que hemos mencionado, sino que es necesario fomentar en la sociedad una cultura de la solución del conflicto a través de estos medios a efecto de que el conglomerado social adquiera conciencia de las ventajas de obtener una solución negociada y no sentenciada; es decir, hay que capacitar a la gente en la cultura de la negociación.

Es evidente que el tipo de capacitación que mencionamos en las líneas precedentes debe incluir necesaria e ineludiblemente al abogado y cambiar su visión sobre la solución del conflicto. Hoy en día es difícil pensar que un abogado que fue formado para litigar y hacer planteamientos jurídicos que contradigan y desvirtúen los de su contraparte para constituirse como vencedor[30] se avoque fácilmente a tomar como primera opción la negociación. Si no cambiamos esta forma de afrontar el conflicto por parte del abogado y no lo capacitamos en la cultura de la negociación, el uso de los medios alternativos de solución de controversias se complicará y quedará relegado a un segundo término, porque para un abogado que está formado en la confrontación y no en la negociación su opción natural de solución del conflicto será el proceso jurisdiccional.

[30] En México la formación del abogado está centrada en la confrontación, y tan es cierto lo anterior que en los planes de estudio de prácticamente todas las escuelas y facultades de derecho se hace énfasis en lo procesal, y el análisis de los medios alternativos de solución de conflictos se aborda en una materia que tiene el carácter de optativa y en la que en muchos casos el tema principal de estudio es el arbitraje, el cual tiene grandes similitudes con el proceso jurisdiccional y parte de la base de que la solución del conflicto se deja a un tercero y no a las partes.

c) Un eficiente y permanente programa de información al justiciable a efecto de que éste pueda tener conocimiento de las características y bondades del sistema de justicia alternativa.

De nada sirve que los mediadores, conciliadores o facilitadores existan en un gran número, cuenten con los elementos tecnológicos y materiales necesarios para desarrollar su función y estén debidamente capacitados si no existe en el destinatario del servicio el conocimiento de la existencia y operatividad del sistema de justicia alternativa a efecto de crear en él el convencimiento de acudir a dicho sistema como una instancia eficiente y no como un mero trámite. Si los justiciables conocen la operatividad y finalidad del sistema y los resultados que el mismo produce, es incuestionable que el mismo será su primera opción.

Una de las críticas que se han enderezado en contra del uso prejudicial y obligatorio de los medios alternativos de solución de controversias consiste en la imposición de su uso, argumentándose al respecto que dicha obligatoriedad atenta contra la esencia de dichos medios: su uso voluntario y espontáneo. Si bien es cierto que tal consideración es digna de tomarse en cuenta, somos de la idea de que la misma se irá diluyendo conforme el sistema de medios alternativos vaya permeando en el conocimiento de la sociedad. Es decir, mientras más informado esté el justiciable sobre el sistema de medios alternativos de solución de conflictos, el uso espontáneo de dichos medios se incrementará.

Pero esta información no se debe limitar a aquella que proporcione quien presta los servicios que implican los medios alternativos,[31] sino que debe convertirse incluso

[31] De conformidad con el Artículo 9 de la Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal, el Centro de Justicia Alternativa tiene, entre otras atribuciones, la prestación de los servicios de información al público sobre los medios alternativos de solución de controversias, y la difusión y divulgación permanente de los servicios que presta.

en una política pública en la que se haga del conocimiento de la gente en todos los niveles la operatividad, finalidad y resultados que antes mencionamos.

7. A modo de conclusión

Es indudable que hoy en día la concepción tradicional del Derecho de Acceso a la Justicia se ha reconfigurado con la finalidad de proporcionar a los justiciables una alternativa para la solución eficiente de las controversias existentes entre ellas, la cual se sustenta en visión humana del conflicto en lugar de una visión jurídica del mismo.

En esta reconfiguración se entiende que el derecho de acceso expedito al tribunal para que éste imparta justicia y el derecho de los justiciables para autocomponer sus conflictos, no son contradictorios entre sí y que en la realidad práctica funcionan de manera independiente (verdadero uso alternativo) y en muchos casos de forma complementaria (inserción procesal de los medios alternativos), lo cual permite concluir que de origen no existe ni debiera existir una tensión entre ellos.

No obstante lo anterior, dicha tensión surge cuando se plantea la posibilidad de privilegiar la autocomposición por medios alternativos frente a la heterocomosición que el proceso jurisdiccional implica, sustentando tal situación en la mayor eficiencia de aquellos frente a la ineficiencia de éste, destacando que la situación de privilegio se concretiza en el hecho de condicionar o supeditar el acceso al tribunal al previo uso de los medios alternativos que las partes usan para autocomponer sus conflictos.

Es incuestionable que si los medios alternativos se contemplan únicamente en la ley, la tensión referida no existe, ya que no hay nada que se interponga al ejercicio del derecho de acceder al tribunal, es decir, dicho derecho seguirá siendo expedito. En este sentido si una ley establece el condicionamiento o la supeditación a que nos referimos con anterioridad, indudablemente será inconstitucional.

Pero cuando la constitución contempla el uso de los medios alternativos de solución de controversias, como es el caso de México, estamos en presencia del reconocimiento constitucional de un derecho al uso de esos medios alternativos, por lo que si una ley establece como requisito de procedibilidad de la demanda el uso de los multicitados medios es indudable que se genera la tensión a la que nos referimos con anterioridad.

En este supuesto, la referida tensión debe ser resuelta a favor de la preeminencia del uso de los medios alternativos de solución de controversias, siempre y cuando el sistema de justicia alternativa se encuentre estructurado para solucionar eficientemente el conflicto tomando en cuenta para su estructuración los requisitos mínimos que analizamos en la parte final de este artículo, y no como un simple medio de atenuar la carga de trabajo de los tribunales, ya que esta última finalidad no implicaría de suyo la realización de un valor constitucional.

En México, aun cuando no se han satisfecho plenamente los requisitos mínimos a que nos hemos referido, se va por un buen camino, ya que práctica y normativamente se ha avanzado en el cumplimiento de los mismos.

Bibliografía

A. Libros, artículos y ensayos

Alvarado Velloso, Adolfo, *Lecciones de derecho procesal civil*, Compendio del libro *Sistema procesal: garantía de la libertad*, adaptado a la legislación procesal de México por Mauricio A. Cárdenas Guzmán, Porrúa, México, 2013.

Barona Vilar, Silvia, "Integración de la mediación en el moderno concepto de Acces to Justice", *InDret, Revista para el análisis del derecho*, número 4, octubre 2014, Barcelona, consultado en www.indret.com

Copani, Juan C.; Pérez Ragone, Álvaro J.; 2006. "Los llamados medios alternativos de resolución de conflictos vistos desde el proceso civil ¿la justa realización del derecho material vs. la resolución de conflictos?". *Revista de Derecho* (Valparaiso), num. Sin mes, pp. 155-183.

Correas, Oscar, *Crítica de la ideología jurídica. Ensayo sociosemiológico*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1993, p. 29.

Dioguardi, Juana, *Teoría general del proceso*, LexisNexis, Buenos Aires, 2004, p. 35.

Estavillo Castro, Fernando, *"Medios alternativos de solución de controversias"*, consultado en http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/6/2552/14.pdf

Marabotto Lugaro, Jorge A., "Un derecho humano esencial: el acceso a la justicia", *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, 2003.

Márquez Algara, María Guadalupe y José Carlos de Villa Cortés, *"Medios alternos de solución de conflictos"*, consultado en http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/8/3568/15.pdf

Ortiz Ahlf, Loretta, *"El derecho de acceso a la justicia"*, consultado en http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/6/2547/20.pdf

Ramírez, Silvina, "Apuntes sobre políticas de acceso a la justicia", *Presentación del manual de políticas públicas para el acceso a la justicia: América Latina y el Caribe*, Buenos Aires, octubre 2005.

Van Dijk, Teun A., *Sistemática del discurso e ideología*, en: Discurso & Sociedad, trad. por Cristina Perales, 2008, Vol. 2, núm. 1, pp. 201-261, consultado en: http://www.dissoc.org/ediciones/v02n01/DS2(1)Van Dijk.html

B. Informes y documentos de trabajo:

Acceso a la justicia en Iberoamérica. Lineamientos para una guía de buenas prácticas, p. 18. Reunión de expertos en acceso a la justicia, Santiago de Chile 28, 29 y 30 de noviembre de 2007. Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos, 2008, documento consultado en: http://www.cejamericas.org/Documentos/DocumentosIDRC/123COMJIBAcceso-a-la- Justicia.pdf

C. Legislación y jurisprudencia:

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, texto vigente consultado en http://www.ordenjuridico.gob.mx/fichaOrdenamiento.php?idArchivo=29083&ambito=estatal

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, texto vigente consultado en http://www.ordenjuridico.gob.mx/Documentos/Federal/wo14166.pdf

Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal, texto vigente consultado en http://www.ordenjuridico.gob.mx/fichaOrdenamiento.php?idArchivo=29076&ambito=estatal

Semanario Judicial de la Federación (antes IUS), consultado en: http://sjf.scjn.gob.mx/SJFSem/Paginas/SemanarioIndex.aspx

ACCESO A LA JUSTICIA Y MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS: LOS MÉTODOS ALTERNATIVOS COMO "FILTRO" DE LA JURISDICCIÓN*

Maria Angela Zumpano

Sumario: 1. *Introducción*. 2. *Primeras aplicaciones de la garantía de acceso a la justicia*. 3. *Arbitraje*. 4. *Negociación asistida por abogados*. 5. *Mediación civil y comercial*. 6. *Conclusión*.

Resumen: El artículo trata sobre la compatibilidad entre el derecho de acción, garantizado constitucionalmente, y la imposición de "filtros" para el acceso jurisdiccional en el ordenamiento italiano, con especial atención al empleo legislativo de medios de resolución alternativos como formas de sustracción *ex lege* de la jurisdicción o como condiciones de procedibilidad de la demanda judicial. Luego de una breve introducción sobre el significado de acceso a la justicia y sus primeras aplicaciones por parte de la Corte Constitucional, la autora examina el régimen de los principales instrumentos de resolución alternativa respecto al proceso, deteniéndose en el análisis del arbitraje, la negociación asistida por abogados y la mediación civil y comercial. En particular son tenidas en cuenta las hipótesis en las cuales la ley dispone que alguno de dichos instrumentos sea aplicado obligatoriamente antes del juicio como condición de pro-

* Traducción del italiano de David Fabio Esborraz.

cedibilidad, también a la luz de los principios enunciados por la Corte Constitucional. Como conclusión del análisis emerge, por un lado, que resulta difícil conciliar dichas hipótesis con las garantías previstas por la Constitución, y, por otro, que el legislador italiano tiende a usar dichos instrumentos con finalidad de descongestionar el aparato judicial más que como un válido complemento de la protección de los derechos.

ABSTRACT: L'articolo tratta della compatibilità fra il diritto di azione costituzionalmente garantito e l'imposizione di filtri all'accesso giurisdizionale nell'ordinamento italiano, con speciale riguardo all'impiego legislativo dei mezzi di risoluzione alternativi come forme di sostituzione ex lege della giurisdizione o come condizioni di procedibilità della domanda giudiziale. Dopo una breve introduzione sul significato di accesso alla giustizia e sulle sue prime applicazioni da parte della Corte costituzionale, l'autore esamina la disciplina dei principali strumenti di risoluzione alternativa in relazione al processo, soffermandosi sull'arbitrato, sulla negoziazione assistita dagli avvocati e sulla mediazione civile e commerciale. In particolare vengono prese in considerazione le ipotesi in cui la legge prescrive che alcuno di tali strumenti sia obbligatoriamente sperimentato prima del giudizio come condizione di procedibilità, anche alla luce dei principi enunciati dalla Corte costituzionale. A conclusione dell'analisi emerge, da un lato, che risulta difficile conciliare quelle ipotesi con le garanzie approntate dalla Costituzione; dall'altro, che il legislatore italiano tende a usare tali strumenti in funzione deflattiva del carico giudiziario piuttosto che a farne un valido complemento del sistema di tutela dei diritti.

ABSTRACT: The Article deals with the compatibility of the right of action guaranteed by the Constitution and the prevision of a filter for settling a legal proceeding into the Italian law, especially relating to the Alternative Disputes Resolutions as ex lege substitutes of jurisdiction or as conditions for entertaining the application in Court. After a short introduction about the meaning of access to justice and its initials applications by the Constitutional Court, the author examines how the most important Alternative Disputes Resolutions are ruled in relation to the court proceeding, with focus on arbitration, collaborative law and mediation in civil and trade matters. In particular, the author focuses on the events where law prescribes that a few of

those instruments must be mandatorily tried prior to initiating certain kinds of civil cases, also in light of the principles enunciated by the Constitutional Court. The analysis concludes that on one side it is difficult to conciliate such provisions with the guarantees provided for by the Constitution; on the other side, the Italian legislator tends to use such tools to deflate the judicial proceeding rather than as an efficient addition to the right protection system.

PALABRAS CLAVE: acceso a la justicia, MASC, condiciones de procedibilidad, mediación y negociación asistida, prejudicialidad obligatoria, legitimidad constitucional.

PAROLE CHIAVE: accesso alla giustizia, mezzi di risoluzione alternativi, condizioni di procedibilità, mediazione e negoziazione assistita, pregiudizialità obbligatoria, legittimità costituzionale.

KEYWORDS: access to justice, ADR, mediation and collaborative law, conditions for entertaining the application in Court, Constitutional legitimacy.

1. INTRODUCCIÓN

En Italia el derecho de acceso a la justicia se vincula a la afirmación del Estado de derecho y a las garantías aseguradas por el Estado liberal, que lo configura como una prerogativa fundamental del individuo. Inmediatamente después de la reconstrucción que siguiera al segundo conflicto mundial y a la derrota del régimen fascista autoritario, los Constituyentes consideraron necesario enunciar solemnemente este principio, principalmente para impedir que el ciudadano pueda ser privado de proteción frente a los poderes públicos. Existe, por lo tanto una estrecha vinculación entre el derecho a accionar en juicio proclamado en el ámbito de los derechos (y deberes) del ciudadano[1]

[1] La referencia es sobre todo al artículo 24 de la Costitución republicana de 1948 (*Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi /*

y las normas, contenidas en la parte dedicada al ordenamiento de la República, que disponen la independencia de la magistratura respecto a todo otro poder público y la prohibición de excluir o limitar la protección jurisdiccional para algunas situaciones subjetiva o para ciertas categoría de actos.[2] En efecto, el acceso a la justicia significa derecho incondicionado de dirigirse al juez en cuanto expresión del Estado democrático y garante del mismo. De ello se desprende la importancia de la función jurisdiccional y de los órganos respectivos, encargados de asegurar la observancia de las normas jurídicas, sancionado las violaciones de las mismas para garantizar el orden civil y la convivencia pacífica. Para remarcar la importancia también política del principio cabe señalar, además, la extensión de dicha garantía a cualquiera, prescindiendo de la nacionalidad y de las condiciones personales y

Todos pueden accionar en juicio para la protección de sus propios derechos e intereses legítimos) al cual ha seguido, en el ámbito internacional, el artículo 6 de la Convenio europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales suscripta en Roma en 1950 (*Ogni persona ha diritto ad un'equa e pubblica udienza entro un termine ragionevole, davanti ad un tribunale indipendente e imparziale e costituito per legge, che decide sia in ordine alla controversia sui suoi diritti e obblighi di natura civile, sia sul fondamento di ogni accusa in materia penale derivata contro di lei / Toda persona tiene derecho a una écua y pública audiencia dentro de un plazo razonable, por ante un Tribunal independiente e imparcial y establecido por ley, que decidirá tanto en materia de controversias sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil, como sobre el fundamento de toda acusación en materia penal dirigida contra ella*).

[2] Respectivamente: artículo 101 (*La giustizia è amministrata in nome del popolo. I giudici sono soggetti soltanto alla legge / La justicia es administrada en nombre del pueblo. Los jueces están sujetos sólo a la ley*, artículo 104 (*La magistratura costituisce un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere/La Magistratura constituye un orden autónomo e independiente de cualquier otro poder)* y artículo 113, Const. (*Contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale di diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa. Tale tutela giurisdizionale non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti / Contra los actos de la Administración Pública está admitida siempre la protección jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos ante los órganos jurisdiccionales ordinarios o administrativos. Dicha protección jurisdiccional no puede ser excluida ni limitada a ciertos medios de impugnación o para determinadas categorías de actos*).

sociales (artículo 24, párrafo 1, Const.: *tutti possono... todos pueden...*) y el compromiso del Estado de hacerse cargo de la asistencia económica de los sujetos más necesitados para que estos no sean discriminados cuando deban accionar o defenderse en juicio (artículo 24, párrafo 3, Const.: *Sono assicurati ai non abbienti, con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione / Están asegurados a las personas sin recursos, con instrumentos adecuados, los medios para accionar ante cualquier jurisdicción*).[3]

A casi 70 años de su afirmación más solemne, el derecho de accionar en juicio se encuentra hoy fuertemente arraigado en el ordenamiento italiano, de tal manera que, por lo menos en sus líneas esenciales, no es posible ya de ponerlo en discusión. La garantía según la cual cualquier persona puede dirigirse al órgano jurisdiccional para la protección de sus propias situaciones subjetivamente reconocidas por el derecho sustancial no implica, para el Estado, solamente un preciso deber de poner a disposición el serivicio de justicia, removiendo contemporáneamente todo obstáculo de caracter económico y social que pueda comprometar su utilización, sino que comporta también la imposibilidad de emanar disposiciones que, por vía directa o indirecta, terminen por inhibir o por limitar significativamente el acceso al mencionado servicio. En otras palabras, cada vez que una disposición legal contemple el reconocimiento de un derecho o una situación jurídica subjetiva, no podrá existir ninguna otra norma que, legítimamente, cierre a di-

[3] El legislador ha ensayado, en el tiempo, diferentes modalidades para hacer frente a este compromiso. Actualmente está en vigor un sistema definido como "*Patrocinio a cargo del Estado*", que prevé la retribución por parte del Erario de los defensores asumidos por los sujetos en dificultad económica, referido a todo tipo de proceso y del cual pueden beneficiarse ciudadanos, apátridas y extranjeros con permiso de residencia, y los entes o asociaciones sin fines de lucro (d.P.R. del 30 de mayo de 2002, n. 105, t.u. sobre los gastos de la justicia, arts. 74-145).

cho sujeto la facultad de recurrir al juez ni que le haga excesivamente difícil ejercitar el derecho de acción en juicio.

2. PRIMERAS APLICACIONES DE LA GARANTÍA DEL ACCESO A LA JUSTICIA

Inmediatamente después de la afirmación de este fundamental principio el mismo ha tenido importantes aplicaciones, sobre todo respecto a la protección de los particulares en sus relaciones con los poderes públicos. Así, han quedado sin efecto, por incompatibilidad con el derecho aquí analizado, todas las normas que impedían el control jurisdiccional respecto a las decisiones administrativas y que, en consecuencia, excluían o limitaban la posibilidad de accionar en juicio para la protección de situaciones vinculadas a ellas.[4]

Otras interesantes aplicaciones se han verificado respecto a ciertas instituciones, como la *cautio pro expensis* o el *solve et repete* fiscal,[5] que en el pasado subordinaban la constitución de la relación procesal al cumplimiento de cargas económico-financieras, en beneficio de particulares o de la administración pública. De esta manera ha quedado claro que el ordenamiento no puede consentir que la protección de intereses merecedores de protección se vea mermado con la introducción de elementos extraños

[4] Sobre este particular podemos señalar las declaraciones de ilegitimidad constitucional de la normativa sobre recursos administrativos previos en materia de jubilaciones (Corte const., 11 de diciembre de 1989, n. 530, en *Giust. civ.*, 1989, I, 309), de servicios de correos (Corte const., 18 de enero de 1991, n. 15, en *Dir.lav.*, 1962, II, 167), de sellados (Corte const., 23 de noviembre de 1993, n. 406, en *Foro it.*, 1993, I, 3214) y de impuestos sobre espectáculos (Corte const. 1994, n. 360, en *Foro it.*, 1994, I, 2940).

[5] Declarados ilegítimos, respectivamente, por la Corte const., 29 de noviembre de 1960, n. 67, en *Giur. cost.*, 1960, 1195 y por la Corte const., 31 de marzo de 1961, n. 21, en *Giur. cost.*, 1961, 138.

al funcionamiento de la justicia y que constituyan un obstáculo o rémora para el empleo de la misma.

Con la afirmación de la garantía del derecho de accionar han resultado incompatibles, luego, todas las formas de sustitución *ex lege* de la jurisdicción por otros sistemas, en particular, por el arbitraje.

3. ARBITRAJE

Conocido también como juicio privado, el arbitraje representa la más compleja de las modalidades alternativas de resolución de controvercias o ADR (acrónimo, en inglés, de la expresión *Alternative Dispute Resolutions*). Su estructura procesal y su finalidad efectivamente decisoria hacen que el mismo se caracterice por excluir la vía jurisdiccional, de tal manera que la eventualidad de que el mismo no sea elegido libremente por las partes en litigio sino que resulte impuesto por una disposición legal, no puede no verse reflejado sobre el derecho de acción y sobre la garantía de jurisdicción. En efecto, si bien es cierto que el derecho de accionar en juicio comprende también la facultad de disponer de él, en el sentido de renunciar del mismo a favor de una modalidad alternativa y equivalente, igualmente es cierto que cuando no son directamente los titulares quienes eligen el arbitraje como modalidad más apropiada para dirimir sus controversias, sino que interviene un acto de autoridad que impone la necesidad de dirigirse a la justicia arbitral, el derecho de acción no es ejercitado ni siquiera en negativo, porque el titular no cuenta con libertad de elección.

En el sistema italiano se han verificado casos de este tipo con cierta frecuencia en las materias que tienen un carácter técnico, en las cuales la solución de posibles litigios

implica normalmente el nombramiento de un perito oficial para suplir la inevitable carencia de conocimientos por parte del magistrado. Obligar normativamente a las partes a dirigirse a árbitros expertos en la materia controvertida parecería, en consecuencia, la solución más conveniente desde el punto de vista práctico. Sin embargo, todas estas hipótesis han terminado regularmente por recibir un duro golpe por parte del juez constitucional, el cual ha considerado que existe una incompatibilidad entre la imposición normativa del arbitraje y la autonomía negocial sobre la cual esta institución se funda.[6] En efecto, la autonomía es el reino de la volutad, pero si la voluntad no es libre no tiene sentido hablar de renuncia y el derecho de obtener la protección jurisdiccional resulta, de hecho, negado.

Sin embargo, según la Corte Constitucional la previsión de un arbitraje *ex lege* no es necesariamente ilegítima, ya que el contraste con el artículo 24 de la Constitución sólo se verifica cuando en ella no se contempla la facultad, para ambas partes, de desvincularse del arbitraje (denominado 'declinatorio'), incluso dentro de ciertos límites temporales. Así, *v.gr.*, se ha considerado legítima, por no configurar una verdadera hipótesis de arbitraje "obligatorio", la regulación sobre los contratos de obra pública que preveía la solución de las controversias mediante arbitraje pero que se permitía, al actor, excluir la competencia arbitral interponiendo la demanda en sede judicial y, al demandado, actuar

[6] Corte const., 2 de mayo de 1958, n. 35, en Giur. cost., 1958, 481, en materia de contratos de obra con la Región de Sicilia; Corte const. 1977, n. 127, en Giur. it., 1978, I, 1, 1809, en materia de patentes; Corte const., 27 de diciembre de 1991, n. 488, en *Giur. it.*, 1993, I, 1, 772, en materia de indemnización por vinculaciones hidrogeológicos; Corte const., 23 de febrero de 1994, n. 49, en materia de fijación de carteles en la vía pública; Corte const., 2 de junio de 1994, n. 206, en Foro it., 1995, I, 1769, Corte const., 10 de junio de 1994, n. 232, en Giur. cost., 1994, 1930 y Corte const., 27 de febrero de 1996, n. 54, en *Giur. cost.*, 1996, 379, en materia de impuestos municipales por publicidad.

en el mismo sentido comunicando su intención dentro de los 30 días de la notificación de la demanda.[7] Si bien esta conclusión no se coloca perfectamente en línea con la forma tradicional del arbitraje convencional, desde el punto de vista del derecho de acción es indudable que aquí se respeta la garantía juridisccional.

De todas maneras, en los últimos años el legislador parece haber cambiado de técnica, orientándose más bien a disponer incentivos para reproponer el arbitraje, incluso promoviendo su uso en sectores más distantes del económico-comercial en el cual ha tenido origen y en el que representa todavía su principal campo de actuación.[8]

La revalorización de esta institución se coloca en un contexto más amplio dirigido a disminuir la carga de trabajo de los tribunales, desviando por lo menos las controversias relativas a derechos disponibles hacia los métodos alternativos, con una operación definida literalmente con el neologismo "desjuridicionalización". El texto normativo[9] que ha introducido este neologismo considera el arbitraje como un medio para favorecer la decisión más rápida de una causa ya pendiente en juicio, con la particularidad de que en este caso el proceso de primera instancia o de apelación no se extingue sino que prosigue, dejando a salvo

[7] Artículo 47, D.P.R. del 16 de julio de 1962, n. 1963. Normativa que luego fue modificada exigiendo para la exclusión de la jurisdicción un acto de común acuerdo entre las partes, fue declarada ilegítima por ser lesiva del derecho de acción de los particulares: Corte const., 9 de mayo de 1996, n. 152, en *Giur. cost.*, 1996, 1452.

[8] Es el caso de las controversias en materia de subordinación en una relación laboral, en las cuales en el paso de pocos años se han dado diferentes intervenciones (el último, el denominado *Collegato Lavoro*, es de 2010).

[9] El d.l. del 12 de setiembre de 2014, n. 132, intitulado *misura ugenti di degiuridizzazione per la definizione dill'arretrato in materia di processo civile / medidas urgentes de desjudicialización para la determinación del atraso en materia de proceso civil*, convertido en ley con la l. del 10 de noviembre de 2014 n. 162.

los efectos procesales y sustanciales de la demanda, ante un árbitro único o un colegio de árbitros elegidos entre los abogados de la circunscripción. La elección de este "arbitraje en prosecución" es totalmente libre,[10] por lo que no existe el riego de que la nueva figura haga surgir nuevos problemas con relación al derecho de acción.

4. NEGOCIACIÓN ASISTIDA POR ABOGADOS

Algunos problemas suscita, en cambio, otro instrumento alternativo contemplado por la misma ley, que recibe el nombre de "*negociación asistida*". Si bien constituye una novedad para el ordenamiento italiano se trata de una institución conocida en la experiencia norteamericana con el nombre de *Collaborative Law* y se está difundiendo en los países de la Unión Europea; come es el caso, *v.gr.*, de Francia, donde ha sido recientemente introducida en el código civil bajo la denominación de *procédure partecipative*.[11]

Técnicamente se trata de una negociación llevada a cabo con el auxilio de abogados y dirigida a obtener una conciliación de la *litis*. En Italia se puede recurrir tanto antes del proceso como durante el mismo. Lo que esencialmente distingue esta institución de una genérica tratativa (es decir pasos anticipados a una negociación) desarrollada (también) a través del propio abogado para indagar las

[10] La elección es voluntaria incluso cuando la iniciativa proviene solo de una de las partes, como está previsto para algunas controvesias con la Administración Pública. En efecto, si el particular presenta la solicitud de transferencia de lugar de trabajo, la parte pública tiene un plazo de 30 días para manifestar su disenso y en tal caso aquella queda radicada ante el juez (artículo 1, l. n. 162/2014, cit.).

[11] Artículos 2062-2068, Code civil, incorporados por el art. 37 de la Loi 2010-1609 del 22 de diciembre de 2010. El sucesivo Décret 2012-66 del 20 de enero de 2012 ha introducido el régimen correspondiente al procedimiento en el *Code de procédure civil* (arttículo 1542-ss.).

posibilidades de evitar el juicio, constituye un método con el cual se enfrenta a la controversia. Tanto las partes como sus abogados trabajan sobre la relación controvertida mirando más a las necesidades actuales y a las espectativas futuras que a sus antecedentes. Este compromiso de colaboración se regula a través de la estipulación previa en un contrato en forma escrita que toma el nombre de "*convenzione di negoziazione assistita da uno o più avvocati / convención de negociación asistida por uno o más abogados*", mediante el cual "*le parti convengono di cooperare in buona fede e con lealtà per risolvere in via amichevole la controversia tramite l'assistenza di avvocati iscritti all'albo / las partes convienen cooperar de buena fe y con lealtad para resolver en forma amigable la controversia a través de la asistencia de abogados inscritos en el registro*" (artículo 2, l. n. 132/2014, cit.). La convención indica el objeto de la controversia y contiene el compromiso de las partes a conducir la negociación por un término determinado, que va de un mínimo de un mes a un máximo de tres meses, prorrogables consensualmente por otro mes más.

La crítica con relación al derecho de acción deriba del hecho de que para algunas determinadas controversias se establece que la negociación asistida sea llevada a cabo antes de la interposición de la demanda en juicio, so pena de improcedibilidad de la misma (artículo 3, párrafo 1, l. n. 132/2014, cit.).[12] En consecuencia, no es posible tener una protección judicial si no se ha invitado preventivamente a la contraparte a formalizar, dentro del término de 30 días, una convención que defina el ámbito de la controversia y

[12] La disposición hace referencia a las pretensiones resarcitorias de daños deribados de la circulación de automotores y embarcaciones, así como a las demandas de pago de sumas de dinero que no excedan 50.000 euros establecidas por cualquier otro título. Quedan exceptuadas las obligaciones relativas a relaciones de trabajo subordinado y de consumo, y las que quedan comprendidas en el régimen de la denominada mediación obligatoria (sobre la cual v. *infra*, en el texto).

prevea el compromiso común de buscar su recomposición con la asistencia de los respectivos defensores. La causa iniciada sin haber cumplido con esta obligación y respecto al término mínimo legal o convencionalmente establecido para las tratativas comporta la conclusión del proceso con una sentencia de no procedibilidad.

Nos encontramos, por lo tanto, frente a una forma de jurisdicción condicionada por un "*filtro*" preliminar, que consiste en subordinar el acceso a la jurisdicción al cumplimiento de una específica actividad externa. Se trata de una figura que no es desconocida para el ordenamiento italiano, pero sujeta a regulaciones poco coherentes y extremamente cuestionadas. Por un lado, el ámbito de las materias para las que se prevén los denominados "filtros" ha sido a menudo heterogéneo y mutable, así como los métodos sucesivamente empleados; por el otro, la finalidad perseguida con este tipo de técnicas se aleja cada vez más del cuidado de los intereses generales proclamados (en particular, la mejor protección del usuario necesitado de justicia), para concentrarse en el prosaico objetivo de reducir la carga de trabajo de los tribunales y el correspondiente gasto público. Es obvio que este objetivo por sí solo no podría justificar el sacrificio del derecho de acción, de tal manera que, salvo que concurran diversas y mejores finalidades, esta limitación de la jurisdicción podría resultar constitucionalmente ilégitima.

5. MEDIACIÓN CIVIL Y COMERCIAL

La institución que en mayor medida evidencia el problema supra indicado es, actualmente, la mediación civil y comercial regulada por el d.lgs. n. 28 del 4 de marzo de 2010. Con esta ley ha sido aprobado un procedimiento específico

"*finalizzat[o] ad assistere due o più soggetti, sia nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, sia nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa / dirigid[o] a asistir a dos o más sujetos, sea a la búsqueda de un acuerdo amigable para la composición de una controversia, sea a la formulación de una propuesta para la resolución de la misma*". Este procedimiento se lleva a cabo en "organismos" constituidos en entes públicos o privados sujetos a la vigilancia gubernamental, y está conducido por un tercero mediador imparcial que asiste a las partes quedando "*priv[o], in ogni caso, del potere di rendere giudizi o decisioni vincolanti per i destinatari del servizio / privado, en todo caso, del poder de dar juicios o decisiones vinculantes para los destinatarios del servicio*" (artículo 1, d.lgs. cit.). La introducción de la misma en Italia representa el punto final de una política dirigida al mejoramiento y a la renovación de los métodos tradicionalmente empleados para favorecer la resolución de los litigios entre particulares.

No es casual que la mediación civil y comercial reconozca su origen en un conocido estudio de la Comunidad Europea dirigido a sensibilizar a los Estados miembros acerca del potenciamiento de los métodos alternativos[13] y en particular respecto a la composición consensual de las controversias referidas a derechos disponibles mediante procedimientos conducidos por un tercero neutral. El objetivo de fondo es el de facilitar, mejorar y simplificar el acceso a la justicia, permitiendo a las partes elegir los métodos judiciales o extrajudiciales que crean más apropiados. La consecutiva directiva europea, con la cual los Estados han recibido el encargo de regular la mediación transfronteriza y la sugerencia de extender también el me-

[13] *Libro Verde relativo a los métodos de resolución de las controversias en materia civil y mercantil*, presentado en Bruselas el 19 de abril de 2002 por la Comisión de las Comunidades Europeas.

canismo a los litigios puramente domésticos, refiere en las premisas y en el texto la importante precisación de que las normativas nacionales no pueden "*impedir a las partes ejercer su derecho de acceso al sistema judiciario*",[14] demostrando de este modo preservar principalmente el derecho de acción garantizado por las Cartas fundamentales. Sin embargo, en el mismo contexto la directiva exceptúa las eventuales legislaciones internas que disponen la obligatoriedad de recurrir a la mediación antes o después del inicio del procedimiento judicial, de lo cual Italia ha aprovechado rápidamente para someter una vasta y heterogénea categoría de controversias a la condición de procedibilidad del procedimiento de mediación (artículo 5, d.lgs. cit.).

Es necesario precisar que, hasta ese momento, hipótesis análogas subsistían sólo a nivel sectorial, principalmente en materia de trabajo subordinado, donde la procedencia de la acción estaba condicionada al desarrollo de un tentantivo de conciliación administrativa o sindical, el que además era gratuito.[15] Sobre estas disposiciones habían racaído inicialmente sospechas de inconstitucionalidad, las que sin embargo fueron desmentidas por la Corte cuando rechazó la relativa cuestión, citando la propia jurisprudencia sobre los condicionamientos al derecho de acción previstos por el artículo 24 de la Constitución italiana.[16] De esta jurisprudencia se desprenden algunos puntos clave

[14] *Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Considerando n. 14 y art. 5, párrafo 2.

[15] Artículos 36-39, del d.lgs. n. 80, del 31 de marzo de 1998, que había introducido las respectivas disposiciones en el Código Procesal Civil.

[16] Corte const., 13 de julio de 2000, n. 276, en Foro it., 2000, I, 2752, en la que se reafirman los principios enunciados por la Corte const., 4 de marzo de 1992, n. 82, en Foro it., 1992, I, 1023, con referencia al tentativo obligatorio de conciliación introducido por el artículo 5 de la ley n. 108, del 11 de mayo de 1990, en materia de despidos individuales.

sobre los cuales es oportuno detenerse, dado el valor general que asumen.

En primer lugar, es esencial distinguir entre condiciones de improponibilidad y condiciones de improcedibilidad. En ambas la presentación de la demanda judicial está subordinada a un requisito preventivo, pero sólo en la primera la falta del mismo respecto a la condición que se debe cumplir determina un pronunciamiento de inadmisibilidad con la consiguiente posibilidad de decaimiento del derecho; mientras que en la segunda está prevista la posibilidad de subsanar el defecto, de tal manera que la demanda pueda ser recibida, aunque no sea tratada (por lo que no se procede) hasta tanto no se cumpla con la condición. Ahora bien, según la Corte constitucional, mientras la condición de admisibilidad disminuye y limita de manera inaceptable el acceso a la justicia, la condición de mera procedibilidad expresa la necesidad de armonizar el derecho de acción "*nel sistema della civile convivenza con i diritti altrui e con le esigenze generali / en el sistema de la civil convivencia con los derechos ajenos y con las exigencias generales*"; el legislador ordinario tiene por lo tanto el poder de imponer cargas, dirigidas a impedir el abuso o el exceso del derecho a la protección jurisdiccional y a "*indirizzarlo verso un suo uso adeguato, adeguandolo ad una determinazione dell'opportunità di promuovere l'azione giudiziaria, che maturi dopo un apprezzamento della fondatezza della pretesa / encausarlo hacia un uso adecuado, ajustándolo a una determinación de la oportunidad de promover la acción judicial, que madure luego de una apreciación de los fundamentos de la pretensión*".[17] Además, puesto que un sistema de este tipo permite llegar a una más rápida reso-

[17] Corte const., 1 de marzo de 1973, n. 24, en *Giur. cost.*, 1973, 268; Corte const., 29 de marzo de 1972, n. 57, en *Giur. cost.*, 1972, 258; Corte const., 13 de julio de 1970, n. 130, en *Giur. cost.*, 1970, 1593; Corte const., 16 de junio de 1964, n. 47, en *Giur. cost.*, 1964, 586.

lución de los litigios asignando a la autoridad judicial sólo aquellos no componibles, este tipo de condicionamiento satisface las exigencias de economía procesal inherentes a la misma función jurisdiccional.[18]

En segundo lugar, es indispensable que la ley, al regular las modalidades y los tiempos de ejercicio del derecho de accionar en juicio, respete también la garantía de efectividad de la protección jurisdiccional, de tal manera que la intervención del juez sea tempestiva. Por lo tanto, además de tener que asegurar sin limitaciones el acceso a la protección cautelar, la incidencia de la condición de procedibilidad sobre el proceso de conocimiento pleno no tendrá que obstaculizar o tornar demasiado gravoso el ejercicio del derecho de acción, ni podrá diferirlo irracionalmente o *sine die*.[19] En consecuencia, para que un condicionamiento resulte constitucionalmente legítimo, es necesario que la actividad establecida represente un modo económico y eficaz de satisfacer los propios derechos y que de todos modos se pueda acceder a la jurisdicción dentro de un adecuado período de tiempo.[20]

Consciente de los principios y de los puntos claves ya expresados por la justicia constitucional, el legislador italiano se ha preocupado por respetar estas indicaciones cuando, en el momento de trasponer la Directiva europea, ha elegido promover la difusión del modelo conciliatorio a través de una regulación orgánica que permitiese la aplicación de dicho método a una amplia serie de controversias. La operación ha conducido a un verdadero *restyling* de esta institución, lo que ha conducido a la modificación no sólo del nombre[21] sino también respecto a la modalidad de desenvolvimiento (necesariamente "*administrada*" por un organismo acreditado ante el Ministerio de Justicia) y en relación con el proceso (sensiblemente incrementado, sobretodo por iniciativa del Gobierno en calidad de legislador delegado).

Como ya hemos anticipado, dentro de dicha regulación ha sido seleccionado un conspicuo número de materias para las cuales el procedimiento de mediación tiene que preceder obligatoriamente a la demanda judicial.[22] Los objetivos de esta elección están evidenciados en la exposición de motivos que acompaña el texto de la ley: dar a conocer la institución medio-conciliatoria y ampliar la cultura de los métodos alternativos de resolución de controversias al más basto público, de tal manera de permitir la resolución del mayor número de controversias por vía negocial; atenuando al mismo tiempo la carga de trabajo de los tribunales para mejorar y acelerar la protección jurisdiccional en miras al interés común. La condición de procedibilidad

[18] Corte const., 17 de julio de 1974, n. 234, en Giur. cost., 1974, 2322; Corte const., 24 de febrero de 1974, n. 46, en Giur. cost., 1974, 170 (ambas citan pasajes de la ya cit. sentencia n. 47/1964).

[19] Corte const. 24 de febrero de 1995, n. 56, in *Giur. cost.*, 1995, 476; Corte const. 27 de julio de 1994, n. 360, in Giur. cost., 1994, 2939; Corte const. 23 de noviembre de 1993, n. 406, cit.; Corte const. 11 de diciembre de 1989, n. 530, en *Foro it.*, 1991, I, 2950.

[20] Corte const., 4 de julio de 1996, n. 233, en *Giur. cost.*, 1996, 2117; Corte const., 2 de abril de 1992, n. 154, en *Giur. cost.*, 1992, 1228; Corte const., 18 de enero de 1991, n. 15, cit.

[21] Adoptando la terminología anglosajona, la actividad con la cual un tercero imparcial asiste a las partes en la resolución de la controversia, ha sido definida como "*mediación*", y sólo para el acuerdo eventualmente alcanzado se emplea el término "*conciliación*" (artículo 60, párrafo 3, lit. a), l. n. 69 del 18 de junio de 2009; artículo 1 del d.lgs. n. 28, del 4 de marzo de 2010.

[22] Las materias inicialmente enumeradas por el cit. artículo 5, inciso 1, del d.lgs. n. 28/2010, son: condominio, derechos reales, división, sucesiones hereditarias, pactos de familia, locación, comodato, alquiler de empresas, resarcimiento del daño deribado de la circulación de automotores y embarcaciones, de la responsabilidad médica y de la difamación por medio de la prensa o por otro medio de publicidad, contratos asegurativos, bancarios y financieros. El d.l., n. 69, del 21 de junio de 2013, convertido en ley por la ley n. 98, del 9 de agosto de 2013, ha sacado del listado la responsabilidad deribada de la circulación de automotores y embarcaciones y ha agregado la responsabilidad sanitaria.

no está, en consecuencia, finalizada a alcanzar resultados extraños a la función jurisdiccional sino que parecería estar incluída dentro de ella. Además, el condicionamiento es sólo temporáneo y ligado a un término que parece razonable,[23] si se considera la duración media de los procesos; no está prohibida la solicitud y la obtención inmediata de medidas cautelares o urgentes y está consentida la inscripción de la demanda en los registros públicos a los fines de su oponibilidad a terceros; el riesgo de perder el derecho *medio tempore* está excluído por la previsión según la cual la demanda de mediación impide el decaimiento del derecho y produce los efectos de la demanda judicial respecto a la prescripción (artículo 5, d.lgs. n. 28/2010, cit.).

No obstante ello, enseguida después de la entrada en vigor de la ley existían ya algunas opiniones críticas[24] que ponían de manifiesto la dudosa constitucionalidad de la mediación obligatoria del artículo 5, cit., las que rápidamente se han visto reflejadas en varias órdenes de remisión a la Corte constitucional, por parte de la justicia tanto administrativa como ordinaria.

Una primera serie de objeciones, hacía referencia a la irreconciabilidad del "*filtro*" conciliatorio con el derecho de acceso a la protección jurisdiccional (artículo 24, Cost.). Antes que nada se hacía notar que imponer una fase pre-procesal preparatoria a la demanda judicial pone en peligro la efectividad de la protección jurisdiccional, de

[23] El artículo 6, d.lgs. n. 28/2010 establecía que el procedimento de mediación tuviese una duración de cuatro meses, reducido posteriormente a tres meses por el cit. d.l. n. 69/2013.

[24] Chiarloni, *Prime riflessioni sullo schema di decreto legislativo di attuazione della delega in materia di mediazione ex art. 60 legge n. 69/2009*, en www.ilcaso.it, doc. n. 179/2009; Bove, *La riforma in materia di conciliazione tra delega e decreto legislativo, en Riv. dir. proc.*, 2010, pp. 358-ss.; Dalfino, *Mediazione, conciliazione e rapporti con il processo*, en *Foro it.*, 2010, V, p. 103; Scarselli, *L'incostituzionalità della mediazione di cui al d.lgs. 28/10*, en *Foro it.*, 2011, V, p. 54.

hecho prohibida durante toda la duración del tentativo, y que la necesidad de no precluir el acceso a la justicia no puede ser entendida como posibilidad, de por sí descontada, de dirigirse al juez en caso de fracaso de la mediación, sino que debe referirse a la necesidad de que el derecho de acción no esté condicionado, es decir, que la mediación no configure una condición de procedibilidad de la demanda. Además, se observaba que, al imponer la mediación, el legislador habría confiado una actividad susceptible de conformar derechos, incluso en vía definitiva, a sujetos privados de competencia y de profesionalidad específica. En otras palabras, ante el mediador las partes estarían expuestas al riesgo de no tener suficientes elementos para evaluar la conveniencia y la congruencia del acuerdo conciliatorio, donde, por otro lado, las multiples interferencias establecidas entre la mediación y el proceso requerirían que el procedimiento extrajudicial fuese conducido por profesionales del derecho o, por lo menos, con la asistencia de los mismos.

Posteriores objeciones hacían referencia al contraste con el principio de igualdad (artículo 3, Const.), tanto desde un punto de vista subjetivo como objetivo. Desde el punto de vista subjetivo, se evidencia una disparidad de tratamiento entre el actor y el demandado, en atención a que sólo a este último se le permite no adherirse a la mediación, mientras que el primero, si quiere hacer valer el propio derecho, está siempre obligado a iniciar el procedimiento extrajudicial asumiendo los gastos. Desde el punto de vista objetivo, se impugnaba la selección llevada a cabo por la ley al designar las materias sujetas a condición de procedibilidad, distinguiendo entre materias igualmente caracterizadas por derechos disponibles, sin que dicha selección

resulte justificada por razonables valoraciones de política legislativa.

Existían, además, algunas cuestiones que ponían de manifiesto un contraste con el principio de duración razonable del proceso (artículo 111, párrafo 2, Const.), en atención a que la necesidad de recurrir a la mediación dilata los tiempos de la protección procesal, incluso cuando no existan específicas exigencias que lo requieran. La duración misma del procedimiento de mediación, que de por sí no puede considerarse excesiva, conduce a una considerable dilatación de los tiempos procesales si la condición de procebilidad refiere a cada una de las demandas además de la originariamente interpuesta.

Finalmente, aunque no por ello menos importante, se objetaba que la obligatoriedad de la mediación no encontraba correspondencia en los principios y criterios delineados por el marco normativo de referencia, compuesto por la ley n. 69 del 18 de junio de 2009 y por la citada Directiva europea n. 52 de 2008. Precisamente, la ley delegada no establecía de ninguna manera que el procedimiento de mediación condicionase la procedibilidad del juicio, sino que incluso existían indicaciones en sentido contrario en por lo menos dos de los criterios previstos por la misma.[25] También la Directiva comunitaria, referida expresamente en la ley delegada como regulación de referencia para el legislador delegado, estaba muy lejos de imponer la mediación obligatoria, en atención a que la misma expresaba sólo una cláusula de salvaguardia de los modelos adoptados por los legisladores nacionales y siempre que dichos modelos no impidiesen el acceso a la jurisdicción.

[25] El primero se deducía del artículo 60, inciso 3, lit. c), de la ley 69/2009, donde se instaba al legislador delegado a seguir el modelo que ya se había adoptado en materia de conciliación societaria (artículo 40, d.lgs. n. 5, del 17 de enero de 2003), modelo este que era exclusivamente voluntario. El segundo criterio, enunciado por el lit. n), preveía el deber de información del abogado al cliente antes de iniciar un juicio, haciendo referencia a la *posibilidad*, y no a la obligación, de valerse de la conciliación.

De todas estas objeciones, la última referida asumía un valor prioritario en el plano lógico-sistemático y en efecto la Corte la ha examinado primero, acogiéndola. Una vez comprobado que el carácter obligatorio de la mediación no podía ligarse a las opciones expresadas por el delegante, y ni siquiera podía constituir una coherente realización y desarrollo, la consiguiente declaración de ilegitimidad constitucional por violación de los artículos 76 y 77, Const., ha absorbido toda otra cuestión formulada;[26] lo que ha permitido al gobierno reproponer el mismo modelo luego de pocos meses, pero utilizando esta vez la vía del decreto legislativo con sucesiva conversión en ley.

Superado así el problema formal, sigue siendo todavía incierta la congruencia de la condición de procedibilidad reintroducida con la garantía del derecho de acción.

En realidad la Corte Constitucional ya había dado algunas indicaciones, no sólo negando que entre los criterios inspiradores de la normativa pudiese reconocerse el tentativo impositivo con fines deflacionarios, sino todavía más relevante que:

> *il carattere obbligatorio della mediazionenon è intrinseco alla sua ratio, come agevolmente si desume dalla previsione di altri moduli procedimentali (facoltativi o dispositivi su invito del giudice), del pari ritenuti idonei a perseguire effetti deflattivi e quindi volti a semplificare e migliorare l'accesso alla giustizia / el caracter obligatorio de la mediación no es intrínseco a su ratio, como fácilmente se deduce de la previsión de otros módulos procedimentales (facultativos o dispuestos por invitación del juez), considerados igualmente idóneos para perseguir efectos deflacionarios y por lo tanto dirigidos a simplicar y mejorar el acceso a la justicia.*

[26] Corte const., 6 de diciembre de 2012, n. 272, en *Giur. cost.*, 2012, 4282, *Foro it.*, 2013, I, 1091, *Giust. Civ.*, 2013, I, 10.

Además la Corte ha aclarado que el tentativo de conciliación en materia de controversias en materia laboral, en su momento considerado legítimo (*v. supra*), se colocaba en un contexto diferente y para un sector bien circunscripto, mientras que la condición de procedibilidad de la mediación civil y comercial "*delinea una institución con caracter general, destinada a operar para un número consistente de controversias*". Por último, la Corte no se ha limitado a suprimir la disposición objetada y las inmediatamente correlativas a la misma, sino que ha sancionado como "*ilegitimidad consecuencial*" toda una serie de otras disposiciones del d.lgs. n. 28/2010, técnica y prácticamente autónomas,[27] cuya eliminación se explica sólo con la evaluación de inconstitucionalidad del sistema normativo que emplea la mediación para finalidades extrañas a su ámbito natural de aplicación.

Estas consideraciones tendrían que haber inducido al legislador a intentar, más bien, la vía de la simplicación y de los incentivos para favorecer una amplia adhesión voluntaria al modelo extrajudicial compositivo. En cambio, con las reformas de 2013, la mediación obligatoria legalmente

[27] Se trata del artículo 8, inciso 5, que permite al juez obtener argumentos de prueba de la falta de participación al procedimiento de mediación sin un motivo justificado y que impone al juez condenar a la parte que no ha participado a una mediación obligatoria al pago de una suma igual a la contribución unificada debida por el juicio; del artículo 13, que en el inciso 1 establece la pérdida del derecho a restituir los gastos de la causa y de la mediación, la obligación de pagar al Estado una suma igual a la contibución unificada, así como la condena a reembolsar al perdedor los gastos de la mediación y del juicio para la parte ganadora que en la mediación haya rechazado una propuesta del mediador idéntica al contenido de la sentencia del juez, y que en el párrafo 2 prevé la posible condena del ganador a restituir los gastos de mediación al perdedor en caso de sentencia incluso solo parcialmente conforme a la propuesta del medidador; del artículo 11, inciso 1, que obliga al mediador a advertir a las partes las consecuencias previstas por el artículo 13 antes de formular su propuesta. Sobre este tema, LUISO, *L'eccesso di delega della mediazione obbligatoria e le incostituzionalità consequenziali, en Società*, 2013, 76.

ha sido reconfirmada por un periodo de cuatro años y ha sido acompañada por la mediación ordenada por el juez, la cual de simple invitación se ha convertido también en obligatoria y por lo tanto generadora de una ulterior condición de procedibilidad. Los vínculos entre mediación y juicio no han sido atenuados, sino incrementados con la obligación de asistencia legal para ambas partes (artículo 8, inciso 1, d.lgs. n. 28/2010) y con la introducción del criterio de compentencia territorial de los organismos basado en el Código de Procedimiento Civil (artículo 4, párrafo 1, d.lgs. cit). Todo ello sin dar una adecuada respuesta al problema de los costos del procedimento, los que no son meramente simbólicos.[28]

El hecho de que la mediación sea onerosa también cuando constituye una condición de procedibilidad representa uno de los aspectos más críticos con relación al derecho de acción.[29] El artículo 17 del d.lgs. n. 28/2010 exime del pago a la parte que se encuentre en la condición de acceder al patrocinio a costa del Estado, pero hacer recaer sobre los organismos encargados de la mediación el peso económico de un "filtro" extrajudicial no parece una solución correcta, ya que el reembolso estatal de la retribución no percibida es sólo eventual (dependiento de la capacidad anual del Fondo Único de Justicia) y, de todos modos, está

[28] Las tarifas aplicables a los organismos constituidos por entes de derecho público están establecidas por el D.M. n. 180, del 18 de octubre de 2010, y comprenden una voz fija denominada "*spese di avvio del procedimento* / gastos de inicio del procedimiento" (40 euros, que aumentan a 80 euros para las controversias de valor superior a 250.000 euros), a las que se agrega una voz variable en proporción al valor de la controversia (de un mínimo de 65 euros, para las causas de menor entidad, hasta un máximo de 9.200 euros, para las causas de valor superior a 5.000.000 euros) denominada "*spese di mediazione* / gastos de mediación". Para los Organismos constituidos por entes de derecho privado las tarifas son libres.

[29] *Cfr.* Caponi, *La mediazione obbligatoria a pagamento: profili di costituzionalità*, en www.judicium.it

reservado a los entes de derecho público, mientras los privados deberían conformarse —según lo que se lee en la *Relazione* al cit. d.lgs— por haber contribuído al "*valore sociale dell'attività di mediazione* / valor social de la actividad de mediación". Además, no se ha tenido en cuenta tampoco que la parte eximida del pago de la retribución al organismo encargado de la mediación tiene siempre que retribuir de su propio bolsillo al abogado que la asiste en la mediación, no estando previsto para esta actividad (ahora considerada obligatoria) ninguna forma de patrocinio gratuito.

Además, para quien tenga un rédito superior al mínimo previsto para la exención, el costo de la condición de procedibilidad constituye un desembolso difícilmente justificado frente a la posilibidad, para nada remota, de que la tentativa de conciliación fracase[30] y que, en consecuencia, sea inevitable ir a juicio y soportar ulteriores gastos. Esta eventualidad, para los sujetos que pertenecen a las clases sociales menos favorecidas, podría transformarse en un obstáculo del accionar en juicio para hacer valer sus derechos, frustrándose así la garantía del acceso a la protección juridiccional.

[30] En la tentativa de hacer frente a las críticas recibidas, en particular las provenientes del sector forense, con motivo de las modificaciones de 2013 se ha establecido que "*nel caso di mancato accordo all'esito del primo incontro, nessun compenso è dovuto per l'organismo di mediazione* / *en el caso de falta de acuerdo en el primer encuentro, ninguna compensación se deberá al organismo encargado de la mediación*" (artículo 17, inciso 5-*ter*, d.lgs. n. 28/2010). Esta norma es evidentemente una falsa solución que produce inconvenientes mayores de los se pretende evitar. En efecto, por un lado, induce a las partes que no pretenden llevar adelante la mediación a presentarse al encuentro sólo para cumplir formalmente con la condición de procedibilidad y sin comprometerse a intentar componer la controversia, y por otro, obliga al mediador y al organismo encargado de la mediación a prestar un servicio gratuito con el consiguiente dispendio de tiempo y recursos.

6. CONCLUSIÓN

Del presente estudio emerge que actualmente, en Italia, entre el acceso a la justicia y los instrumentos alternativos de resolución de conflictos existe una relación ambigua, debido con gran probabilidad, al empleo distorsionado de los mismos que se ha hecho en materia legislativa. No quedan dudas que los ADR son métodos útiles para completar el sistema de justicia, pudiendo contribuir a hacerlo más flexible y apropiado a las características de cada caso en particular. Desde esta perspectiva, merece aprobación una regulación que trate de reconocerlos, y que prevenga los inconvenientes que podrían surgir de su aplicación y potencie los efectos de sus respectivos resultados. Sin embargo, estos aspectos —de primerísima importancia también para la normativa europea que ha tratado darles impulso— han pasado a un segundo lugar en la legislación italiana. Estímulo de las diferentes intervenciones que se han sucedido desde 2010 en adelante, ha sido, más bien, la necesidad de hacer frente a la ineficiencia de la justicia estatal, empleándose principalmente los ADR como "filtro" para descongestionar los tribunales.

En lugar de invertir en la promoción de estos instrumentos como formas de justicia alternativa practicable, sosteniendo con recursos públicos la formación de los encargados y los costos de utilización de los mismos, se ha preferido la vía de la imposición, dirigiéndose la regulación que los contempla a la deflación de la carga de trabajo de los tribunales. Este empleo de los ADR es seguramente equivocado, en primer lugar porque no se pueden poner en un mismo plano el interés de los particulares de proteger sus propias razones con el acceso inmediato a la justicia y al interés general de reducir el volumen de las controver-

sias, si no fuera porque el primero está reconocido protegido por la Constitución como derecho actual y concreto, mientras que el segundo corresponde a un genérico, eventual y futuro objetivo interno de la administración de justicia. En segundo lugar (y para no hablar del hecho de que la lentitud de la justicia no depende sólo del número de las causas sino que está motivada en gran parte por la carencia de personal y de infraestructura), porque mientras los métodos alternativos sean considerados por la ley como correctivos de una disfunción del servicio público será muy difícil que puedan desempeñar la eficaz función a la que están llamados. En efecto, la mayor virtud de los ADR no se encuentra tanto en su rapidez o en su economicidad (que en Italia, por otra parte, no se advierte) sino en lo que la tradición anglosajona llama *empowerment*, es decir, en la capacidad de restituir a las partes la gestión directa de la propia *litis*; resultado este que, obviamente, no puede prescindir nunca del consentimiento de los interesados.

El abandono de la lógica competitiva, la renuncia a perseguir hasta el extremo la realización de una pretensión o a abusar del adversario no son factores que se puedan imponer desde arriba o desde afuera. Las partes prueban todas las ventajas de una solución compromisoria sólo si contribuyen voluntariamente al proceso de formación de la misma. Es más probable que las partes se acerquen espontáneamente a los medios extrajudiciales cuando tengan la percepción de que la vía judicial constituye una opción igualmente libre y practicable, si en cambio se les impone seguir un determinado recorrido sólo porque el "principal" no se encuentra en condiciones de acogerlas, difícilmente sabrán aprovechar las potencialidades de la vía alternativa; de tal manera que, en el mejor de los casos, la emplearan como escamoteo, mientras que en el peor de ellos la soportarán

como una pérdida de tiempo antes de poder acceder al juicio. En ambos casos, la sensación de denegada justicia será inevitable.

Lo que en cambio sirve es que la cultura de los métodos alternativos se difunda y que la práctica de los mismos sea confiada exclusivamente a sujetos de alta profesionalidad, capaz de suscitar en los litigantes la confianza de que el método sea preferido principalmente por ser más apropiado a la situación concreta. El objetivo debería ser que las partes consideren la elección entre ADR y juicio como un derecho. En este sentido se debe considerar mucho más avanzado el ordenamiento jurídico mexicano, que ya desde 2008 ha introducido en la Constitución una norma que garantiza el acceso a los medios alternativos de resosolución de las controversias. Esta afirmación es importante no sólo por lo que literalmente expresa —la tarea del legislador de preveer la subsistencia de dichos medios y de ponerlos a disposición de los ciudadanos— sino porque, colocada en la disposición que reconoce el derecho de acceso a la justicia en términos de derecho fundamental, reconoce de hecho la dignidad de derecho fundamental también a los métodos alternativos y los pone al mismo nivel de la jurisdicción. Si también la Constitución italiana contuviese una afirmación análoga, sería evidente que optar por uno o por otro derecho es una prerrogativa del titular, que no puede ser sacrificada para hacer frente a las ineficiencias del Estado.

Un ordenamiento que verdaderamente creyese en la "función social" de los métodos alternativos concentraría los esfuerzos en la realización de un sistema integrado de justicia. Pero debería invertir en ello directamente, sin esperar que las soluciones provengan del externo, a partir de un análisis de las controversias mediante estudios meticu-

losos que evidencien sus características recurrentes, con el fin de individualizar y profundizar en cada caso los instrumentos más apropiados, así como también orientar la formación universitaria y profesional al conocimiento más profundo de dichos instrumentos y potenciar proporcionalmente los recursos destinados a ellos, de tal manera que todos las metodologías de resolución de los litigios sean igualmente disponibles y proficuas.

BIBLIOGRAFÍA

BESSO, Chiara (a cura di), *Mediazione civile e commerciale*, Giappichelli, 2010.

BOVE, Mauro (a cura di), *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, Cedam, 2011;

DALFINO, Domenico, *Mediazione civile e commerciale*, Zanichelli, 2016.

DOSI, Gianfranco, *La negoziazione assistita da avvocati*, Giappichelli, 2014.

GRADI, Marco, *Inefficienza della giustizia civile e "fuga dal processo"*, Edizioni Leone, 2014.

LUDOVICI, Gianluca, *Arbitrato di prosecuzione*, Pacini editore, 2014.

LUISO, Francesco Paolo (a cura di), *Processo civile efficiente e riduzione arretrato*, Giappichelli, 2014.

SANTAGADA, Filomena, *La mediazione*, Giappichelli, 2012.

TISCINI, Roberta, *La mediazione civile e commerciale*, Giappichelli, 2011.

El acceso a la justicia, fue editado por el Fondo para la Difusión de Derecho de la Escuela Libre de Derecho, se terminó de imprimir en el mes de enero de 2018, en los talleres de Impresos Chavéz de la Cruz, Valdivia # 31 Col. María del Carmen, Tels. 5539-5108 y 5672-0119, imprechavez@yahoo.com. La edición consta de 500 ejemplares en papel Cultural de 90 gramos.

Edición a cargo de Rodolfo Vidal Gómez Alcalá

La presenta obra constituye la quinta publicada dentro del marco del acuerdo firmado en el año 2004 por la Escuela Libre de Derecho y el Departamento de Derecho de la Universidad de Pisa. Su propósito se centra en explicar y desarrollar la manera en que el derecho de acceso a la justicia, tal vez la prerrogativa más básica de todas con las que cuenta la persona se está transformando, para pasar de una antigua, limitada y formal prerrogativa a una poderosa facultad de índole sustancial y moderna que no sólo ha enriquecido a su propio contenido sino trascendido para materializar a los demás derechos fundamentales.

Como en otros trabajos, el libro se encuentra dividido, además de una introducción en cinco partes, relativas al derecho internacional, constitucional, administrativo, laboral y procesal civil, ya que son los ámbitos más importantes en donde esa potestad ha cobrado relevancia. En cada una de esas secciones se aborda un tema en específico, tal vez, el más relevante dentro de esa rama jurídica, visto tanto desde la óptica de la doctrina mexicana como de la italiana a manos de especialistas en la materia. En la medida de lo posible se suministra bibliografía adicional para aquellos que quieran seguir analizando los problemas que se tratan.