

**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BAJA CALIFORNIA
FACULTAD DE DERECHO-MEXICALI**



**LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS RELACIONES
ENTRE PARTICULARES EN MÉXICO**

**Trabajo terminal para obtener la
ESPECIALIDAD EN DERECHO**

Luis Fernando Zúñiga Padilla

**DIRECTOR:
Daniel Solorio Ramírez**

Mexicali, Baja California, México

Abril de 2011

ÍNDICE

	Pag.
INTRODUCCIÓN -----	2
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA -----	2
JUSTIFICACIÓN -----	2
OBJETIVOS -----	3
METODOLOGÍA -----	4
CAPÍTULO 1	
1. El Estado Constitucional y los derechos fundamentales -----	5
1.1 El Estado constitucional de derecho -----	5
1.2. La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico -----	7
1.2.1. Una Constitución rígida -----	7
1.2.2. La garantía jurisdiccional de la Constitución -----	8
1.2.3. La fuerza normativa o vinculante de la Constitución -----	8
1.2.4. La “sobreinterpretación” de la Constitución -----	9
1.2.5. La aplicación directa de las normas constitucionales -----	9
1.2.6. La interpretación conforme de las leyes -----	10

1.2.7 La influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas -----	11
1.3. Perspectivas de análisis de los derechos fundamentales -----	11
1.3.1 Dogmática jurídica -----	11
1.3.2 Teoría de la justicia o filosofía política -----	12
1.3.3 Teoría del derecho -----	13
1.3.4 Sociología en general, sociología jurídica e historiografía -----	15
1.4. Teorías materiales de los derechos fundamentales -----	17
1.4.1. Teoría liberal -----	17
1.4.2. Teoría de los derechos fundamentales en el Estado social -----	19
1.4.3. Teoría democrática -----	20
1.4.4. Teoría axiológica -----	21
1.4.5. La teoría institucional -----	22
1.5. Las teorías interna y externa de los derechos fundamentales -----	22
1.6. El contenido esencial de los derechos fundamentales -----	24

CAPÍTULO 2

2. La eficacia entre particulares de los derechos fundamentales en Alemania -----	26
2.1. La Ley Fundamental de Bonn -----	26
2.2. El debate sobre la eficacia directa o indirecta	

de los derechos fundamentales frente a particulares -----	27
2.2.1. La doctrina de Dürig a favor de la eficacia mediata -----	28
2.2.2. La doctrina de Nipperdey a favor de la eficacia inmediata -----	29
2.3. El caso Lüth -----	31
2.4. El deber de protección -----	35
 CAPÍTULO 3	
3. La drittwirkung en Colombia -----	37
3.2. Funcionamiento de la acción de tutela en la práctica constitucional colombiana -----	40
3.2.1. Particulares que prestan servicios públicos -----	40
3.2.2. Particulares respecto de los cuales el demandante se encuentre en una relación de insubordinación o indefensión -----	41
3.2.3. Ejercicio del habeas data contra la entidad privada renuente -----	42
3.2.4. Rectificación de informaciones inexactas o erróneas -----	42
 CAPÍTULO 4	
4. La eficacia de los derechos fundamentales en la relaciones entre particulares en México -----	44

4.1. Antecedentes de la drittwirkung en la jurisprudencia mexicana -----	44
4.2. El debate actual en torno a la drittwirkung en la jurisprudencia mexicana -----	46
4.2.1. La acción de inconstitucionalidad 6/98 -----	46
4.2.2. La controversia constitucional 91/2003 -----	48
4.2.3. La acción de inconstitucionalidad 4/2005 -----	49
4.2.4. El amparo en revisión 2/2000 -----	49
4.2.5. El amparo directo en revisión 1180/2008 -----	52
4.2.6. La contradicción de tesis 146/2008 -----	58
4.2.7. La contradicción de tesis 153/2009 -----	63
4.2.8. El voto particular emitido en el amparo directo en revisión 618/2008 -----	65
4.2.9 El amparo directo en revisión 968/2010 -----	68
4.2.10 La contradicción de tesis 318/2009 -----	73
4.2.11 El voto particular emitido en el amparo en revisión 2219/2009 -----	77
Conclusión -----	80
Fuentes consultadas -----	84

**LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS
RELACIONES ENTRE PARTICULARES EN MÉXICO**

INTRODUCCIÓN

Este trabajo tiene por objeto el análisis de la incidencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares en México. Para el estudio de este tema, primeramente se expone la idea de Estado constitucional de Derecho, así como las teorías sobre los derechos fundamentales. Después, se estudia la doctrina de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones *inter privatos* sentada por la jurisprudencia alemana. A continuación, se explican las características de la acción de tutela prevista en la Constitución colombiana. Por último, se analizan ocho fallos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación relacionados con la problemática materia de este trabajo.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA:

El problema materia de este trabajo es la eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares en el sistema jurídico mexicano. En este sentido, es preciso decir que la concepción tradicional de los derechos fundamentales (basada en una teoría de corte liberal), explica que éstos sólo son oponibles contra actos del poder público. Sin embargo, hace algunas décadas han surgido teorías que se apartan de ese postulado, para plantear que los derechos fundamentales también pueden ser aplicados en las relaciones privadas. Así, las preguntas a las que se intentará responder durante el desarrollo de este estudio son:

- ¿Qué es un derecho fundamental?
- ¿Cuáles son las teorías que explican los derechos fundamentales?
- ¿Cuáles son las funciones de los derechos fundamentales como normas de la mayor jerarquía dentro del sistema jurídico?
- ¿Qué teorías que permiten explicar cómo inciden los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares?
- ¿Vinculan los derechos fundamentales a los particulares en México?

JUSTIFICACIÓN:

A partir de mediados del siglo XX surgió en Alemania, a raíz de un fallo del Tribunal Constitucional de ese país, una teoría que sostiene la aplicabilidad de los derechos

fundamentales a las relaciones entre particulares, la cual fue bautizada como *Drittwirkung der Grundrechte*. Posteriormente, en diversos países, entre ellos Colombia, se ha reconocido a nivel Constitucional la eficacia de los derechos fundamentales en el tráfico jurídico privado e incluso se han creado vías procesales específicas para garantizar el acatamiento de tales normas. No obstante, en México esas nuevas tendencias no han tenido la suficiente atención por parte de la academia, sino hasta fechas muy recientes. Esto, quizá se debe en nuestro país tanto la doctrina como la jurisprudencia ha adoptado en forma casi unánime una concepción de los derechos fundamentales de corte liberal, conforme a la que éstos únicamente pueden ser conculcados por el poder público, ya que si la transgresión proviene de entes privados, entonces se estará en presencia de una violación de un “derecho legal”, susceptible de ser reparada en la vía judicial ordinaria.

En ese contexto, este trabajo se justifica porque la intención que persigue es demostrar que en México ya se han dado los primeros pasos para garantizar la eficacia de los derechos fundamentales en la relaciones entre particulares. Ello, derivado de diversos fallos de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y del voto particular de dos ministros de la Primera Sala. De esta manera, es importante desarrollar un marco teórico que sirva de fundamento para explicar y fundamentar el desarrollo de esta tendencia jurisprudencial en nuestro país.

OBJETIVOS:

El objetivo general del trabajo es analizar si, en México, los derechos fundamentales establecen obligaciones atribuibles únicamente a los poderes públicos o si, además, vinculan a los particulares.

Los objetivos específicos son:

- Desarrollar la idea de Estado constitucional y explicar las teorías sobre los derechos fundamentales.
- Explicar las condiciones de constitucionalización de un ordenamiento jurídico.
- Identificar el desarrollo de la doctrina de la *Drittwirkung* en la jurisprudencia alemana.

- Explicar el funcionamiento de la acción de tutela en Colombia.
- Indagar si en México los derechos fundamentales vinculan a los particulares.

METODOLOGÍA:

Para el desarrollo de este trabajo se acudirá al método de investigación documental, dado que se trata de una investigación de tipo dogmático jurídico, porque se acudirá al contenido de algunos fallos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, desde la perspectiva de la teoría que afirma la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares.

1. EL ESTADO CONSTITUCIONAL Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1.1 EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

Para mejor entendimiento de la incidencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, es pertinente referirse a la idea de Estado constitucional de Derecho.

A pesar de que todas las manifestaciones históricas del constitucionalismo tienen sustento en un origen filosófico común, esto es, el iusnaturalismo racionalista y la doctrina del contrato social, el hecho es que las dos grandes revoluciones de finales del siglo XVIII, al parecer, derivaron en interpretaciones distintas de dicha filosofía o que, por una razón u otra, concluyeron en resultados diferentes. Esto, ya que en Estados Unidos se impuso una visión de la Constitución como norma suprema que rige el juego democrático y que descansa, desde su inicio, en una efectiva garantía judicial; en contraste, en Francia triunfó la idea de la Constitución como un programa político a realizar por el legislador democrático, al que se considera el auténtico depositario de la soberanía y, por ello, exento de cualquier control judicial. En síntesis, la experiencia americana aportó la garantía judicial de la Constitución, en tanto que Europa aportó un denso contenido normativo para al Ley Fundamental¹.

En el Estado constitucional de Derecho confluyen estas dos tradiciones, ya que esta forma de organización jurídico-política se distingue por un fuerte contenido normativo de la Constitución y, además, porque existe la garantía jurisdiccional de la misma. De esta manera, en el Estado constitucional la Ley Fundamental está repleta de valores, principios, directrices y derechos, cuya eficacia ya no depende de la mediación de la autoridad legislativa, sino que son inmediatamente exigibles a través de procedimientos jurisdiccionales creados para su protección² o inclusive de los procedimientos ordinarios.

¹ Prieto Sanchís, Luis, “Diez argumentos sobre neoconstitucionalismo, juicio de ponderación y derechos fundamentales”, *Revista Enciclopédica Tributaria Opciones Legales Fiscales*, México, año 03, num. 16, marzo de 2010, p. 33.

² Idem.

En efecto, el Estado constitucional de Derecho surge después de la segunda guerra mundial y constituye una evolución del anterior modelo de organización jurídico-política, al que se ha denominado Estado legislativo de Derecho³. En esencia, el Estado constitucional se distingue de este último por una nota característica: la “subordinación de la legalidad –garantizada por una específica jurisdicción de legitimidad– a Constituciones rígidas, jerárquicamente supraordenadas a las leyes como normas de reconocimiento de su validez”⁴.

Este rasgo distintivo del Estado constitucional deriva en tres alteraciones sustanciales del modelo anterior, a saber:

a). Cambian en las condiciones de validez de las leyes, que dependen ya no únicamente de la forma de su producción, sino también de la coherencia de sus contenidos con los principios constitucionales. De esta manera, surge la posibilidad de “que una norma formalmente válida, y por consiguiente vigente, sea sustancialmente inválida por el contraste de su significado con normas constitucionales”⁵.

b). Se modifica el estatuto epistemológico de la ciencia jurídica, de un modelo exclusivamente explicativo, a uno crítico y proyectivo del Derecho, dado que la Constitución ya no sólo establece las formas de producción de la ley, sino que también estatuye a ésta prohibiciones y obligaciones de contenido, “correlativas unas a los derechos de libertad y las otras a los derechos sociales, cuya violación genera antinomias o lagunas que la ciencia jurídica tiene el deber de constatar para que sean eliminadas o corregidas”⁶.

c). Se atribuye a la jurisdicción un papel distinto, el cual consiste en aplicar la legalidad sólo cuando ésta es constitucionalmente válida, por lo que el juez, al interpretar y aplicar la ley, debe realizar un juicio sobre la propia ley, de modo tal que, en caso de que no

³ Ferrajoli, Luigi, “Pasado y futuro del Estado de Derecho”, en Ferrajoli, Luigi, et. al., *Neoconstitucionalismo (s)*, edición de Miguel Carbonell, UNAM-Trotta, Madrid, 2003, p. 18.

⁴ Idem.

⁵ Idem.

⁶ Idem.

sea posible interpretarla en un sentido conforme con la Constitución, deberá censurarla como inválida.⁷

1.2. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

En el contexto del Estado constitucional de Derecho es que surge el concepto de “constitucionalización”, que es “un proceso de transformación de un ordenamiento al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente ‘impregnado’ por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida [...] capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales”⁸.

Para explicar este proceso, Guastini identifica siete condiciones de constitucionalización, con lo cual pone de relieve un ordenamiento jurídico determinado puede estar más o menos constitucionalizado, en función de cuántas y cuáles condiciones de constitucionalización reúna. Asimismo, sostiene que únicamente las dos primeras (2.1 y 2.2) son condiciones necesarias de constitucionalización, esto es, que la constitucionalización no es ni siquiera concebible en su ausencia. Por su parte, cada una de las condiciones restantes (2.3, 2.4, 2.5, 2.6 y 2.7) es una condición suficiente de un grado diverso de constitucionalización⁹.

Para este trabajo, es relevante describir las condiciones de constitucionalización del ordenamiento jurídico porque precisamente una de ellas es la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares.

Estas condiciones son las siguientes:

1.2.1. UNA CONSTITUCIÓN RÍGIDA

⁷ Idem.

⁸ Guastini, Ricardo, “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en Ferrajoli, Luigi, et. al., *Neoconstitucionalismo (s)*, op. cit., nota 3, p. 49.

⁹ Idem.

Este requisito se satisface, primero, cuando la Constitución es escrita y, segundo, cuando sólo puede ser derogada o modificada mediante un procedimiento especial de revisión constitucional (más complejo que el procedimiento de formación de las leyes).¹⁰

1.2.2. LA GARANTÍA JURISDICCIONAL DE LA CONSTITUCIÓN

La tarea de asegurar la supremacía de la Constitución respecto de las leyes ordinarias, en la mayor parte de los ordenamientos contemporáneos, ha sido conferida al Poder Judicial o a un órgano jurisdiccional especializado denominado Tribunal Constitucional. Esto, en función del diseño institucional adoptado en cada ordenamiento. En general, puede decirse que son tres los modelos de control constitucional que existen: aquél en el que el control es *a posteriori*, por vía de excepción, ejercido por cada juez en los litigios concretos planteados ante su jurisdicción, en el que la decisión que declara la ilegitimidad de una ley sólo produce efectos circunscritos a la controversia dirimida (por ejemplo, Estados Unidos); control *a priori*, por vía de acción e *in abstracto*, ejercido por un Tribunal Constitucional (por ejemplo, Francia); y, control *a posteriori*, por vía de excepción e *in concreto*, ejercido por un Tribunal Constitucional, en el que la decisión de ilegitimidad constitucional de una ley está provista de efectos generales *erga omnes* (por ejemplo Alemania, Italia y España)¹¹.

1.2.3. LA FUERZA NORMATIVA O VINCULANTE DE LA CONSTITUCIÓN

En las Constituciones contemporáneas, al lado de las reglas relativas a la organización del Estado, se encuentran las declaraciones de derechos, esto es, un conjunto de normas que regulan las relaciones entre el Estado y las personas. Asimismo, dentro de dichas declaraciones existen normas redactadas como principios generales que no es posible aplicar de manera inmediata sino que resulta necesario interpretar y “concretizar”, además, también se encuentran recogidas disposiciones programáticas, que confieren derechos “sociales”, no susceptibles de aplicación inmediata, sino hasta que los programas económicos y sociales establecidos en la Constitución sean cristalizados a través de leyes.

¹⁰ Ibidem, pp. 50-51

¹¹ Ibidem, pp. 51-52.

Por esta razón, para algunas doctrinas, las Constituciones no son más que un “manifiesto” político cuya concretización corresponde exclusivamente al legislador, de manera que los jueces no deben aplicar las normas constitucionales, sino sólo las disposiciones contenidas en las leyes. En este contexto, uno de los elementos fundamentales del proceso de constitucionalización es la difusión de la idea contraria, es decir, que toda norma constitucional, con independencia de su estructura o contenido normativo, es una norma genuina, vinculante y susceptible de producir efectos jurídicos¹².

1.2.4. LA “SOBREINTERPRETACIÓN” DE LA CONSTITUCIÓN

Toda Constitución es un texto y, como tal, es susceptible de interpretación, la cual, en general, puede ser de dos tipos: una literal o restrictiva y otra extensiva. Si se adopta la interpretación literal (y el argumento *a contrario*), el resultado será que la Constitución sólo regule una pequeña parte de la vida social y política, de manera que en ese amplio espectro no dominado por el derecho constitucional, la discrecionalidad política del legislador estará exenta de cualquier control jurisdiccional por carecer de parámetro normativo. En cambio, si se opta por la interpretación extensiva (y por el argumento analógico) la Constitución puede ser “sobreinterpretada”, de modo tal que se le extraigan incontables normas implícitas, idóneas para regular un amplio sector de la vida social y política. En este segundo escenario, no existe ley que pueda escapar del control de legitimidad constitucional, esto es, no hay cuestión de validez constitucional de la que se pueda argumentar que sea un tema puramente político, ajeno al conocimiento del juez de la legitimidad constitucional de las leyes. Bajo esta perspectiva, es que se afirma que la sobreinterpretación de la Ley Fundamental es una condición importante del proceso de constitucionalización.¹³

1.2.5. LA APLICACIÓN DIRECTA DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES

En la concepción liberal clásica la función de las normas constitucionales es limitar al poder político, de tal forma que no regulan en modo alguno las relaciones “entre

¹² Ibidem, pp. 52-53.

¹³ Ibidem, p. 55.

particulares”. Las relaciones de las personas entre sí son determinadas únicamente por la legislación ordinaria. Por ello, las normas constitucionales no son susceptibles de aplicación directa por los jueces en los litigios suscitados entre un ciudadano, no frente al Estado, sino frente a otro ciudadano. Bajo esta perspectiva, la Constitución sólo es apta para actuar en la vida social, una vez que ha sido “concretizada” mediante leyes. Contrario a esta idea, en la actualidad se asume que las normas constitucionales (en especial los principios generales y las normas programáticas) pueden producir efectos directos y ser aplicadas por cualquier juez con motivo de cualquier controversia. En este sentido, otra de las condiciones de constitucionalización es que la Constitución debe ser “inmediatamente aplicada también en las relaciones entre particulares, al menos siempre y cuando la controversia de que se trate no pueda ser resuelta sobre la base de la ley, ya sea porque la ley muestra lagunas, o porque la ley sí ofrece una solución, pero tal solución parece injusta”¹⁴.

Esta condición de constitucionalización es la que alude al tema del presente trabajo. Es importante apuntar que la aplicación directa de la Constitución a cualquier controversia, incluso a las surgidas entre particulares, se encuentra estrechamente vinculada con la tercera y la cuarta de las condiciones mencionadas, porque presupone, por una parte, la concepción de la Ley Fundamental como un conjunto de normas vinculantes para cualquiera; y, por otra, porque implica que el texto constitucional sea sometido a interpretación extensiva¹⁵.

1.2.6. LA INTERPRETACIÓN CONFORME DE LAS LEYES

Es frecuente que una determinada disposición legislativa es susceptible de dos interpretaciones: la primera, contradice una norma constitucional, en tanto que la segunda, es del todo conforme con la Constitución. El juez, en estos casos, puede declarar o no la inconstitucionalidad de la ley, en función de la interpretación que elija. La interpretación conforme o adecuadora, es decir, la que armoniza la ley con la Constitución, eligiendo el

¹⁴ Ibidem, pp. 55-56.

¹⁵ Ibidem, p. 56.

significado, esto es, la norma, que evite toda contradicción entre ambas, es otra condición de constitucionalización.

1.2.7 LA INFLUENCIA DE LA CONSTITUCIÓN SOBRE LAS RELACIONES POLÍTICAS

Esta condición entra en juego, por ejemplo, cuando en la Constitución de un determinado ordenamiento se otorga al Tribunal Constitucional la facultad de resolver conflictos de competencia, que son, en esencia, desacuerdos políticos relativos a la interacción de los órganos del Estado. Asimismo, por lo que hace a la postura del Poder Judicial, esta condición de constitucionalización se expresa cuando (en especial el Tribunal Constitucional) en lugar de mantenerse en *self-restraint* frente a las cuestiones netamente políticas, respetando la discrecionalidad política del legislador, decide ponderar la validez de las leyes, aun cuando no sean claramente inconstitucionales. En este último caso, una de las herramientas argumentativas que actualmente utilizan los jueces constitucionales para controlar la discrecionalidad política del legislador es la ponderación de principios constitucionales¹⁶.

1.3. PERSPECTIVAS DE ANÁLISIS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Los derechos fundamentales son susceptibles de estudiarse desde diversos puntos de vista. Los planos de análisis desde los que cabe estudiar la idea de derechos fundamentales son los siguientes:

1.3.1 DOGMÁTICA JURÍDICA

Desde este punto de vista se estudian los derechos fundamentales que están consagrados en las Constituciones o en algunos tratados internacionales. La pregunta a

¹⁶ Ibidem, p. 57-58

principal es ¿cuáles son los derechos fundamentales? Y la respuesta debe buscarse en la descripción de un determinado ordenamiento jurídico¹⁷.

1.3.2 TEORÍA DE LA JUSTICIA O FILOSOFÍA POLÍTICA

Para este plano de análisis lo trascendente es estudiar la corrección de que ciertos valores sean recogidos por el derecho positivo como derechos fundamentales, así como justificar la pertinencia de que nuevas expectativas o aspiraciones de las personas sean reconocidas como tales. La pregunta clave es la de ¿cuáles deben ser (o es justo que sean) los derechos fundamentales? Y ésta debe responderse ofreciendo razones que fundamenten por qué deben ser derechos fundamentales, por ejemplo, la libertad de expresión o el derecho a la salud, con independencia de que la Constitución de un determinado ordenamiento jurídico los reconozca o no¹⁸.

Desde esta óptica, como se verá más adelante¹⁹, pueden ubicarse en la teorías materiales de los derechos fundamentales criterios de fundamentación de éstos, de acuerdo con el tipo de posición jurídica en que se concretan. Así, conforme a la teoría liberal, los derechos de defensa (correlativos a deberes de abstención estatal) se sustentan en la capacidad de los individuos de ser racionales, esto es, en la facultad de cada quien para establecer sus propias metas y para cooperar socialmente. Por su parte, de acuerdo con la teoría democrática, los derechos a la obtención de efectos jurídicos relativos a la participación de los ciudadanos en la toma de decisiones políticas se fundamentan en la capacidad de discernimiento de sujeto, esto es, su capacidad de afirmar, argumentar, criticar, autocriticarse y autocorregirse; así como en las facultades de participación del hablante en la discusión pública, implícitas en aquélla. De la misma forma, conforme a la teoría del Estado social, los derechos de prestación se basan en la noción de necesidades

¹⁷ Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, México, Porrúa, 2005, p. 3

¹⁸ Idem.

¹⁹ Vid. infra. 1.4.

básicas que el individuo requiere satisfacer para alcanzar una vida digna y para estar en posibilidad de ejercer sus libertades y derechos políticos²⁰.

También desde la óptica de la teoría de la justicia, Ferrajoli reflexiona sobre el fundamento axiológico de los derechos fundamentales. Para ello, parte de la pregunta ¿qué derechos deben ser (o es justo o está justificado que sean) tutelados como fundamentales? Enseguida, identifica cuatro criterios axiológicos, referidos todos al valor de la persona humana asumida como fin y nunca como medio. Tales criterios son la igualdad, la democracia, la paz y el papel de los derechos fundamentales como leyes del más débil. En este sentido, Ferrajoli afirma que el fundamento axiológico de los derechos fundamentales no reside en ellos mismos, sino en los fines para cuya obtención su característica principal (la universalidad) es un medio necesario, aunque por sí solo insuficiente. Estos fines son, precisamente, los que derivan de los cuatro criterios axiológicos mencionados, esto es

la *igualdad* en las expectativas asumidas axiológicamente como fundamentales, como los derechos a la vida, a algunas libertades y a la autodeterminación civil y política; la *democracia*, resultante, en sus distintas dimensiones, de la realización de la igualdad en otros tantos tipos de derechos; la *paz*, o sea, la pacífica convivencia proveniente, según el paradigma kantiano, de la convivencia entre los derechos fundamentales de cada uno y los de todos; la *tutela del débil* frente al abuso del más fuerte, que aquéllos pueden impedir o, en todo caso, limitar²¹.

1.3.3 TEORÍA DEL DERECHO

Desde esta perspectiva lo importante es construir un sistema de conceptos que permita entender qué son los derechos fundamentales. En consecuencia, la pregunta a responder es la de ¿qué son los derechos fundamentales? Para contestar esta interrogante se debe ofrecer una definición estipulativa de lo que son los derechos fundamentales, la cual, dado su carácter, no será verdadera ni falsa, sino más o menos adecuada, según el

²⁰ Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3ª edición, Madrid, CEPC, 2007, pp. 402-403.

²¹ Ferrajoli, Luigi, “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, en Ferrajoli, Luigi, et. al., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Madrid, Trotta, 2001, pp. 315-318

rendimiento explicativo que tenga para explicar lo que son los derechos fundamentales en cualquier ordenamiento jurídico²².

En el campo de la teoría del derecho, Alexy propone que, en cuanto a su estructura, los derechos fundamentales son principios, y que éstos, a su vez, son mandatos de optimización, es decir, son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Al desarrollar esta definición, el mencionado autor plantea que el ámbito de las posibilidades jurídicas se determina por los principios y reglas opuestos. De esta manera, asegura que

Cuando dos principios entran en colisión –tal como ocurre cuando, según un principio, algo está prohibido y, según otro principio, lo mismo está permitido– uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro. Sin embargo, esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias, uno de los principios precede al otro. Bajo otras circunstancias, la pregunta acerca de cuál es el principio que prevalece puede ser solucionada de manera inversa. Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que en los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso²³.

También dentro del ámbito de la teoría jurídica, Ferrajoli define a los derechos fundamentales como “todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a ‘todos’ los seres humanos en cuanto dotados de *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar”²⁴. Al explicar su definición, el mencionado autor establece que por “derecho subjetivo” entiende “cualquier expectativa positiva (de prestación) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica”²⁵; y por lo que se refiere al término “status” lo delimita como “la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas”²⁶.

²² Carbonell, op. cit., nota 17, p. 3.

²³ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. Carlos Bernal Pulido, 2ª edición en español, Madrid, CEPC, 2008, pp. 67-71.

²⁴ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 1999, p. 37

²⁵ Idem.

²⁶ Idem.

Ferrajoli explica que su definición es formal o estructural, en el sentido de que “prescinde de la naturaleza de los intereses y de las necesidades tutelados mediante su reconocimiento como derechos fundamentales y se basa únicamente en el carácter universal de su imputación”²⁷. Asimismo, sostiene que el término “universal” lo plantea “en el sentido puramente lógico y avalorativo de la cuantificación universal de la clase de los sujetos que son titulares de los mismos”²⁸.

1.3.4 SOCIOLOGÍA EN GENERAL, SOCIOLOGÍA JURÍDICA E HISTORIOGRAFÍA

Para estas disciplinas la pregunta relevante es ¿qué derechos, con qué grado de efectividad, por qué razones y mediante qué procedimientos son y han sido, de hecho, garantizados como fundamentales? De lo que se trata es de investigar el grado de eficacia que los derechos han tenido y tienen en la realidad, así como los factores que inciden en esa eficacia²⁹.

Así, desde una perspectiva historiográfica se afirma que el nacimiento y desarrollo de los derechos fundamentales como garantías jurídicas individuales está vinculado indisolublemente al desarrollo del Estado moderno, que, a su vez, viene acompañado por la formación de una sociedad civil, así como por el reconocimiento de la persona como individuo portador de derechos naturales. En efecto, con la desaparición del orden social medieval (en el que el status de la persona estaba determinado por el estamento en el que nacía); con la creación de poderes centrales del Estado; con el desarrollo de una organización administrativa, judicial y militar territorial; así como con la transmutación de las dependencias personales en relaciones económicas y laborales, se dirigió la atención en torno a la dignidad natural de la persona individual y se urgió reconocer derechos humanos inalienables para proteger este valor³⁰.

²⁷ Ibidem, p 38

²⁸ Idem.

²⁹ Carbonell, op. cit., nota 17, pp. 3-4.

³⁰ Schneider, Hans-Peter, “Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático” [en línea], *Revista de estudios políticos*, num. 7, 1979, formato pdf, [citado 10/05/2010], disponible en internet: http://www.cepc.es/rap/Frames.aspx?IDS=2ada3y45byql4v45mu0h4z45_56724&ART=3,15744,REPNE_007_022.pdf, ISSN 0048-7694, p. 8-9

En este desarrollo, dos líneas de tradición contribuyeron en forma determinante, vinculados entre sí, a la formación de las garantías modernas de los derechos fundamentales: por un lado, la secularización del derecho natural, por otro, la individualización de privilegios estamentales. La secularización del derecho natural del derecho natural deriva de la teoría de los valores objetivos de la escolástica española del siglo de Oro. A través del pensamiento de Francisco de Vitoria, Gabriel Vázquez y Francisco Suárez, se introdujo la concepción de un derecho natural cuyo fundamento ya no se encontraba en la voluntad divina, sino en la “naturaleza o la razón de la cosa”. Siguiendo esta doctrina, Grocio dedujo el derecho natural a partir de la naturaleza racional del hombre, y lo organizó de manera sistemática de acuerdo con el “dictamen *rectae rationis*”. Posteriormente, con Pufendorf, Hobbes y Locke los derechos naturales de la persona a la vida, la libertad y la propiedad se convirtieron gradualmente en derechos humanos universales³¹.

De manera concomitante, poco a poco ocurrió la transformación de las libertades estamentales, tal como estaban consignadas, por ejemplo, en la Carta Magna (1215), en derechos individuales a la seguridad personal y a la independencia, que el poder estatal, encarnado en los señores territoriales, debía respetar. Mientras en Inglaterra las pugnas entre la Corona y el Parlamento originaban las primeras garantías jurídico-políticas frente a la detención arbitraria, expropiación y destierro (véanse la “*Petition of Rights*” de 1628, las Actas del “*Habeas-Corpus*” de 1679 y el “*Bill of Rights*” de 1689); en el Continente los conflictos de corte religioso condujeron a la formulación de los derechos a la libertad de conciencia y de creencia, a la igualdad jurídica, a la libre expresión de las opiniones y a la libertad de residencia (verbigracia, la Paz de Augsburgo de 1555 y la Paz de Westfalia de 1648). Todas estas garantías jurídicas tenían en común la finalidad de limitar y moderar el poder del Estado³².

A fines del siglos XVIII tanto la secularización del derecho natural, como la transformación de los privilegios estamentales, derivaron conjuntamente en la grandes declaraciones de derechos humanos, con las que comienza la etapa de constitucionalización

³¹ Ibidem, p. 9

³² Ibidem, p. 10

de los mismos. De la misma forma en que la declaración de independencia de los Estados Unidos de América no puede entenderse sin el “*Bill of Rights*” de Virginia (1776), tampoco la Revolución Francesa puede imaginarse sin la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano (1789). En ambos textos se recoge por vez primera los derechos humanos en un catálogo completo y se califican de inviolables e inalienables y se afirma el carácter contractual de tales derechos. Esta evolución histórica continuó mediante las declaraciones de derechos humanos del Derecho internacional en el siglo XX, como la declaración universal de derechos humanos de 1948 (Schneider:10).

1.4. TEORÍAS MATERIALES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Uno de los enfoques teóricos desde los que se estudian a los derechos fundamentales es el de las teorías materiales. Estas teorías, en general, sostienen que la fundamentación de los derechos fundamentales se construye sobre una argumentación que deriva de una concepción material de tales derechos. Dicha concepción material de los derechos fundamentales “está constituida a su vez por un conjunto de valores pertenecientes a una ideología o una visión general de la Sociedad, la Constitución y el Estado. En sentido metafórico, puede decirse que estas ideologías definen la ‘verdadera’ función que los derechos fundamentales están llamados a desarrollar en una sociedad determinada, y que por tanto, pretenden ser el prisma adecuado para concretar la indeterminación de las disposiciones iusfundamentales en normas adscritas más precisas, susceptibles de ser utilizadas para decidir los casos concretos”³³.

En este sentido, cada una de las teorías materiales conduce a una forma diferente de concebir, interpretar y fundamentar los derechos.

1.4.1. TEORÍA LIBERAL

De acuerdo con la concepción liberal, los derechos fundamentales son derechos de libertad del individuo frente al Estado. Su fundamento filosófico se encuentra en el pensamiento de diversos autores (entre los más representativos se hallan Locke y Kant) que han proclamado la libertad como una propiedad inmanente al género humano, que distingue

³³ Bernal Pulido, op. cit., nota 20, p. 257.

a sus individuos de otras especies. La tesis central de esta teoría señala que “a cada individuo pertenece de manera inherente un ámbito de libertad, en razón de su dignidad como miembro del género humano, y que el poder público encuentra vedada sus posibilidades de acción a lo largo de este espacio. Los derechos fundamentales cumplen, en este sentido, la función de defensa de la libertad negativa del individuo frente a las intromisiones del Estado. Estos derechos aseguran a la persona una competencia exclusiva para elegir dentro de su órbita más íntima, para escoger, sin intervenciones de lo público, cuáles son los cursos de acción a emprender”³⁴.

Las consecuencias de esta teoría para la interpretación de los derechos fundamentales son las siguientes: a) la libertad que aseguran los derechos es una libertad sin más, esto es, sin ningún objetivo o finalidad de tipo político o moral; b) existe una fuerte limitación en relación con las posibles intervenciones del legislador en el ámbito de los derechos; la limitación de éstos debe ser medida y siempre sujeta a control; y, c) El Estado no tiene ninguna obligación de carácter positivo para garantizar el ejercicio de la libertad; los derechos, para la teoría liberal, únicamente son derechos reaccionales, derechos de defensa o de rechazo frente a invasiones o reglamentaciones desproporcionadas³⁵. Esto es así, porque esta teoría parte de la confianza en la capacidad del acuerdo libre de voluntades para que surja la mejor sociedad posible, de manera que el Derecho debe limitarse a garantizar las condiciones para que tales acuerdos de voluntades puedan darse.³⁶

Una de las críticas a esta teoría es que no toma en consideración los presupuestos sociales que existen para permitir o impedir el ejercicio de la libertad. De este modo, la teoría liberal es incapaz de explicar la forma en que los derechos fundamentales deben ser protegidos también frente a los poderes privados, esto es, “al ubicar a los poderes públicos

³⁴ Ibidem, p. 260.

³⁵ Carbonell, op. cit, nota 17, p. 35-36.

³⁶ Sanz Burgos, Raúl, “Sobre la interpretación de los derechos fundamentales”, [en línea], en Consuelo Maqueda Abreu y Víctor M. Martínez Bullé Goyri (coords.), *Derechos humanos, temas y problemas*, CNDH-UNAM-IIIJ, México, 2010, formato pdf, [citado en 10/05/2010], disponible en internet: <http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2758/12.pdf>, ISBN 9786070212147, p. 359.

como la única amenaza para los derechos, la teoría liberal olvida que también desde otros ámbitos de la sociedad puede provenir esa amenaza”³⁷.

1.4.2. TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ESTADO SOCIAL

El desarrollo de la idea de Estado Social tuvo su origen en diversas problemáticas de corte económico, social y cultural (sobre todo el extendido empobrecimiento de las masas), vividas en los países europeos desde los inicios de la revolución industrial. En especial, la toma de conciencia de la incapacidad del mercado para conducir al bienestar general que ocurrió en esa época, constituyó un desafío para la concepción de la Constitución y del Estado defendidas por el liberalismo burgués. Adverso a esta visión del mundo, surgió un nuevo paradigma de pensamiento político que comenzó a pugnar por la igualdad real entre los individuos, para que el ejercicio de la libertad por los individuos pudiera ser universal. De esta manera, la idea de bien común, hasta ese momento entendida como la garantía del mayor espacio posible de autonomía privada, se transformó con el objeto de incluir al principio de solidaridad como eje rector de su contenido. Así, se tomó conciencia de que el bienestar tenía que ser producido por el Estado. De igual forma, se hizo a éste responsable de asegurar la subsistencia de cada ser humano y de lograr una equitativa distribución de la riqueza, aun cuando ello implicara intervenir en el mercado y limitar la autonomía privada³⁸.

En este sentido, la teoría del Estado social da cuenta de la distinción entre libertad jurídica o formal y libertad real e intenta superarla. Para lograrlo, resulta indispensable incluir, al lado de las disposiciones constitucionales que establecen libertades para los individuos, derechos de prestación a cargo del Estado³⁹.

Las consecuencias de esta teoría para la interpretación de los derechos fundamentales son las siguientes: a) al tratarse de prestaciones a cargo del Estado, la concreta garantía de los derechos sociales depende, en mayor o menor medida, de los

³⁷ Carbonell, op. cit., nota 17, p. 36.

³⁸ Bernal Pulido, op. cit., nota 20, pp. 353-354.

³⁹ Carbonell, op. cit., nota 17, p. 42.

medios financieros con que éste cuente; b) las decisiones sobre la distribución y empleo de recursos públicos transita del ámbito de la mera discrecionalidad política al campo del derecho, dado que el Estado debe observar los mandatos constitucionales que establecen prioridades de gasto y bienes jurídicos que deben ser protegidos; y, c) los derechos fundamentales de carácter social no contienen ningún criterio acerca de su extensión, esto es, la Constitución instituye el derecho a la vivienda, mas no precisa el nivel de cobertura que debe darse a cada individuo con base en ese derecho, es decir, no se indica si a cada persona ha de otorgarse una vivienda de interés social o si el Estado cumple con destinar una determinada cantidad del presupuesto para el otorgamiento de créditos para la construcción, por mencionar un ejemplo⁴⁰.

Una de las críticas que se ha hecho a esta teoría es que los derechos sociales no configuran posiciones subjetivas concretas, sino que únicamente señalan parámetros de actuación de los poderes públicos. Esta crítica ha sido refutada por recientes desarrollos teóricos y normativos que reducen la dependencia de los derechos sociales de la existencia de recursos públicos y conciben que tales derechos sí dan lugar a posiciones subjetivas concretas y exigibles tanto frente al Estado como, en ciertos casos, frente a particulares⁴¹.

1.4.3. TEORÍA DEMOCRÁTICA

El fundamento filosófico de la teoría democrática de los derechos fundamentales puede reducirse al concepto de “autonomía” de Rousseau, quien en su obra “el contrato social” proponía alcanzar un modelo de asociación política en el que la persona conservara plenamente su autonomía, al determinar su conducta en la mayor medida posible, mediante la participación en el proceso de creación del Derecho que ella misma debe obedecer⁴².

La teoría democrática de los derechos defiende que la persona continúa siendo autónomo, si las decisiones públicas que debe acatar, y que se concretan en el ordenamiento jurídico, son su propias decisiones, o más bien, decisiones tomadas con su participación. Bajo este contexto, la teoría democrática afirma que el individuo no debe estar vinculado

⁴⁰ Ibidem, pp. 42-43.

⁴¹ Idem.

⁴² Bernal Pulido, op. cit., nota 20, p. 314.

por un Derecho impuesto desde fuera, sino por el Derecho del que éste es, al mismo tiempo, creador y destinatario. Estas tesis han tenido en la actualidad un renovador desarrollo en la teoría del discurso de Habermas y algunos de sus discípulos⁴³.

La tesis básica de la teoría democrática de los derechos fundamentales es que las facultades morales de la persona deliberante en un discurso racional, esto es, su capacidad de realizar afirmaciones y defenderlas de la crítica con razones convincentes, así como su capacidad de ser crítica con las afirmaciones de los demás y autocrítica con las suyas propias; se convierten, bajo el manto de la Constitución, “en posiciones democráticas de derecho fundamental, cuyo titular es el ciudadano”⁴⁴. Así, para esta teoría ocupan un lugar preponderante aquellos derechos que contienen referencias al debate público como la libertad de opinión, la libertad de prensa, etcétera. Los derechos fundamentales, desde esta perspectiva, son entendidos “como factores constitutivos de un libre proceso de producción democrática del Estado”⁴⁵.

La principal consecuencia de esta teoría para la interpretación de los derechos es que la libertad se valora en función de su utilidad para el fortalecimiento del proceso democrático⁴⁶, es decir, “como la capacidad de pensar y de actuar por sí mismo y de acuerdo con los propios fines, proclamada por el liberalismo fundamenta una protección iusfundamental de la libertad de pensamiento y de acción, la capacidad de discernir y de participar en la democracia hace necesaria una libertad comunicativa protegida por las normas adscritas a los derechos fundamentales de participación política”⁴⁷.

1.4.4. TEORÍA AXIOLÓGICA

Esta teoría tiene dos vertientes, una sociológica y otra iusnaturalista. La primera, es decir, el entendimiento de los derechos fundamentales como valores que, a su vez, soportan y justifican todo el ordenamiento jurídico, tiene su antecedente en la doctrina de la integración de Smend. Esta teoría parte de que la razón de ser del Estado y la Constitución

⁴³ Ibidem. pp. 315-316.

⁴⁴ Ibidem. p. 319.

⁴⁵ Carbonell, op. cit., nota 17, p. 41.

⁴⁶ Ídem.

⁴⁷ Bernal Pulido, op. cit., nota 20, p. 319.

es contribuir a la integración de la comunidad política nacional. Desde esta perspectiva, los derechos fundamentales expresan los valores comunitarios que el proceso constitucional actualiza. De este modo, tales derechos son el producto de decisiones axiológicas tomadas por la comunidad⁴⁸.

La vertiente iusnaturalista de la teoría axiológica ha sido desarrollada por la doctrina y la jurisprudencia alemanas tras la Segunda Guerra Mundial, a través de la concepción de los derechos fundamentales como un sistema de valores objetivo e inmutable, en cuyo vértice se encuentra la dignidad humana⁴⁹.

La teoría axiológica de corte iusnaturalista reconoce que la dignidad puede ser quebrantada no únicamente por la actividad estatal, sino también por entes privados. Este hecho, aunado a la concepción de la Constitución como la cúspide de todo el ordenamiento jurídico, justifica, de acuerdo con dicha teoría, que también las relaciones entre particulares hayan de estar presididas por la necesidad de respeto a la dignidad humana⁵⁰.

1.4.5. LA TEORÍA INSTITUCIONAL

Esta teoría plantea que los derechos fundamentales ordenan ámbitos vitales objetivos, que conducen a la realización de ciertos fines. Desde el punto de vista de esta teoría, las disposiciones legislativas no son concebidas como meras intervenciones en el ámbito de los derechos, sino como un medio adecuado para la concretización de los mismos, al establecer su contenido preciso. De esta manera, se distingue entre leyes que regulan los derechos fundamentales –ajustándolos y dándoles contenido– y leyes que los limitan⁵¹.

1.5. LAS TEORÍAS INTERNA Y EXTERNA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

⁴⁸ Sanz Burgos, op. cit., nota 36, p. 364.

⁴⁹ Ibidem, p. 366.

⁵⁰ Ibidem, p. 367

⁵¹ Carbonell, op. cit., nota 17, pp. 39-40.

La teoría interna de los derechos fundamentales recibe este calificativo porque propone que las restricciones o los límites de los derechos fundamentales no proceden del exterior del derecho⁵². Conforme a esta teoría, las conductas o situaciones que inciden en el ámbito de aplicación de un derecho fundamental son perfectamente claras a partir de los enunciados constitucionales; de modo que, a través de una correcta interpretación de tales derechos, es posible delimitar con total precisión la respuesta para los casos concretos que, para esta teoría, pueden plantearse de dos formas: o se trata de un ejercicio “típico” del derecho de libertad y, en este supuesto, no existe nada que ponderar, dado que la posición del sujeto es inaccesible para los poderes públicos, incluso para el legislador; o se trata de un caso que se ubica fuera del ámbito protegido por el derecho fundamental, de manera que tampoco existe nada que argumentar, ya que, por esa razón, el asunto queda librado a la libre decisión del legislador o para otras autoridades públicas⁵³.

La teoría externa de los derechos fundamentales parte de reconocer la inevitable imprecisión de los enunciados relativos a estos derechos, así como de la también ineludible vaguedad de fronteras entre las posiciones iusfundamentales y sus límites. De ahí que para la teoría externa es posible que una misma conducta sea, en principio, ejercicio de un derecho y, al mismo tiempo y también en principio, la vulneración de otro derecho o bien constitucionalmente protegido. Por ello, esta teoría propone que toda conducta que presente una propiedad adscribible a un derecho fundamental deba ser tratada como un caso de ejercicio del derecho fundamental en cuestión, esto es, que se trate como un asunto con relevancia constitucional, en el que concurren razones (de índole constitucional) para su reconocimiento (aunque también concurren razones en contra). Esto pone de manifiesto la necesidad de distinguir entre un juicio *prima facie* y un juicio definitivo: *prima facie* es posible considerar que, por ejemplo, el sacrificio de un cordero en el ámbito doméstico es un caso de ejercicio de la libertad religiosa; sin embargo, *prima facie* debe considerarse razones (de tipo sanitario) a favor de la prohibición legal del sacrificio de animales fuera de

⁵² Bernal Pulido, op. cit., nota 20, p. 448.

⁵³ Prieto Sanchís, op. cit., nota 1, p. 38.

los lugares autorizados para tal efecto. El juicio definitivo es producto de la ponderación entre las mencionadas razones constitucionales⁵⁴.

Alexy y Bernal Pulido defienden la teoría externa, ya que ésta confiere una más extensa protección de las esferas de libertad, al permitir un gran número de cursos de acción con las mínimas restricciones. Ello, en virtud de que el juicio de ponderación, en el que deriva la visión conflictualista y externa de los derechos fundamentales, facilita entender cualquier conducta *prima facie* como ejercicio de libertad, cuya limitación definitiva debe ser argumentada y tener razones a favor, tan poderosas como para basar una interferencia justificada en dicho ámbito protegido⁵⁵.

Ferrajoli puede ubicarse en la teoría interna, ya que este autor defiende que los derechos fundamentales postulan límites absolutos, tanto a la acción de los poderes públicos como al mercado, esto es, en la esfera pública y en la privada. De este modo, entender a los derechos como objeto de ponderación equivaldría devaluarlos, a disminuir su fuerza normativa y a convertirlos en objeto de transacción⁵⁶.

1.6. EL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El concepto de “contenido esencial” de los derechos fundamentales fue incluido en el artículo 19.2 de la Ley Fundamental alemana⁵⁷ y en el 53.1 de la Constitución española⁵⁸ como una herramienta para evitar la desproporcionada restricción de tales derechos y que las limitaciones que se les impongan no terminen por vaciar su contenido normativo⁵⁹.

⁵⁴ Idem.

⁵⁵ Ibidem, p. 40.

⁵⁶ Ibidem. P. 40-41

⁵⁷ “En ningún caso se podrá afectar al contenido esencial de un derecho fundamental.”

⁵⁸ “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).”

⁵⁹ Sánchez Gil, Rubén, *El principio de proporcionalidad*, [en línea], México, UNAM-IIIJ, 2007, formato pdf, [citado 15/05/2010], disponible en internet: <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2422/12.pdf>, ISBN 970-32-3939-0, p. 111

Existen dos teorías sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales: la absoluta y la relativa.

La teoría absoluta (en concordancia con la teoría interna de los derechos fundamentales), entiende el ámbito normativo de los derechos fundamentales como el área de dos círculos concéntricos, en el que la parte del círculo interior constituye un núcleo fijo e inmutable de tales derechos y, la parte circunferencial exterior, como la parte accesoria o contingente de los mismos; dicho núcleo sería parte inexpugnable de éstos, de modo que cualquier afectación que recayera en relación con éste sería ilícita; por el contrario, en la parte contingente es posible establecer, a través de la ley, restricciones y limitaciones necesarias y justificadas⁶⁰.

Para la teoría relativa (que coincide con la teoría externa mencionada en el apartado anterior), el contenido esencial de los derechos fundamentales no es preestablecido ni fijo, sino determinable sólo casuísticamente en atención a las circunstancias de cada asunto, luego de ponderar los beneficios y perjuicios en juego, tanto para el derecho intervenido como para el derecho o bien protegido a través de la limitación del primero⁶¹.

⁶⁰ Idem.

⁶¹ Idem.

2. LA EFICACIA ENTRE PARTICULARES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN ALEMANIA

2.1. LA LEY FUNDAMENTAL DE BONN

La Constitución alemana de 23 de mayo de 1949 (Ley Fundamental de Bonn) se ubica dentro de la concepción liberal de los derechos fundamentales, dado que su artículo 19.4⁶² conceptualiza a tales derechos como límites que el individuo puede oponer al poder público⁶³, y su artículo 93.4, inciso a)⁶⁴, limita la procedencia del recurso constitucional a las vulneraciones de derechos fundamentales provenientes del poder público⁶⁵.

Hesse y Stern coinciden en apuntar que la Ley Fundamental de Bonn sólo vincula a los órganos del Estado y que la única hipótesis en que prevé efectos de los derechos fundamentales frente a particulares, es el de la libertad sindical, a que se refiere el artículo 9.3⁶⁶. Esta interpretación la basan en lo establecido en el artículo 1.3 que estatuye que “los derechos relacionados a continuación vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial a título de derecho inmediatamente aplicable”⁶⁷.

No obstante, en el campo de la dogmática constitucional alemana Stern afirmó que la finalidad primordial del artículo 1.3 de la Ley Fundamental de Bonn es reafirmar la fuerza normativa de los derechos fundamentales y que el constituyente estimó necesario incluir este artículo “en virtud de las dudas que sobre la actualidad de los derechos fundamentales se habían suscitado en tiempos de la Constitución de Weimar. Debía quedar

⁶² “Si alguien es lesionado por la autoridad en sus derechos, tendrá derecho a recurrir ante los tribunales. Cuando no se haya establecido competencia alguna de índole especial, se dará recurso ordinario, sin que esto afecte lo dispuesto en el artículo 10, párrafo 2, segundo inciso.”.

⁶³ Mijangos y González, Javier, *Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. Análisis del caso mexicano*, México, Porrúa, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional (Núm. 18), 2007, p. 15.

⁶⁴ “El Tribunal Constitucional Federal decidirá: [...] 4) En otros conflictos de derecho público entre la Federación y los Estados, entre diversos Estados o dentro de un mismo Estado, cuando no se dé otro recurso; 4a) Sobre reclamaciones de orden constitucional que podrán ser interpuestas por cualquiera mediante alegación de que la autoridad pública le ha lesionado alguno de sus derechos fundamentales o en uno de los derechos especificados en los artículos 20, párrafo 4; 33, 38, 101, 103 y 104.”

⁶⁵ Mijangos y González, op. cit., nota 63, p. 16

⁶⁶ “Se garantiza a todos y a todas las profesiones el derecho a constituir asociaciones para la preservación y la mejora de las condiciones laborales y económicas. Serán nulos cualesquiera pactos que restrinjan este derecho o traten de obstaculizarlo e ilícitas cuantas medidas se propongan dicho fin...”

⁶⁷ Mijangos y González, op. cit., nota 63, p. 16.

fuera de discusión el que los derechos fundamentales no son meros enunciados programáticos, sino derechos reales actualmente vigentes”⁶⁸.

Así, surgió la interrogante sobre cómo armonizar, por un lado, la pretensión de proteger los derechos fundamentales ante sus múltiples amenazas, que en la sociedad contemporánea no sólo provienen del poder público, sino también de particulares; y por otro, el modelo constitucional que se erige en la idea de que los derechos fundamentales son límites a la actividad estatal⁶⁹.

Para designar la problemática de la incidencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, la dogmática alemana acuñó el término *Drittwirkung*, que en adelante se utilizará para referir el objeto de estudio de este trabajo, pues, además, “el discurso académico en lengua castellana ha recogido y aceptado, con suficiente generalidad, dicha terminología”⁷⁰.

2.2. EL DEBATE SOBRE LA EFICACIA DIRECTA O INDIRECTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES FRENTE A PARTICULARES

En Alemania se llevó a cabo un intenso debate entre partidarios y detractores de la *Drittwirkung*. En el grupo de los teóricos que se pronunciaron a favor de la eficacia de los derechos fundamentales en el tráfico jurídico *inter privatos*, se plantearon dos formas de concebir el modo en que ello tendría lugar. En este debate, dos autores son representativos de cada una de dichas posturas doctrinales. Por un lado, Nipperdey, quien se pronunció a favor de la eficacia inmediata de los derechos fundamentales en las relaciones jurídicas privadas. Por otro, Dürig, quien formuló la teoría de la eficacia mediata⁷¹.

2.2.1. LA DOCTRINA DE DÜRIG EN FAVOR DE LA EFICACIA MEDIATA

⁶⁸ Stern, K., “El sistema de los derechos fundamentales en la República Federal de Alemania”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, num. 1, 1998, trad. de J. Nicolás Muñiz, pp. 267-268, apud Mijangos y González, op. cit., nota 63, p. 17.

⁶⁹ Mijangos y González, op. cit., nota 63, p. 17.

⁷⁰ Mijangos y González, Javier, *La vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, Breviarios jurídicos (Núm. 18), México, Porrúa, 2004, p. 3.

⁷¹ Estrada, Alexei Julio, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, pp. 100-101.

Dürig parte del principio de la garantía de la dignidad humana contenido en la Ley Fundamental de Bonn. Desde su óptica, tal disposición no sólo establece una obligación negativa a cargo del Estado, sino que le impone un deber de protección de los valores que los derechos fundamentales ponen en la base del ordenamiento jurídico. De este modo, el Estado se encuentra obligado a configurar el sistema legal (sobre todo en el ámbito privado) de forma tal que incluso a las fuerzas extraestatales les imposibilite lesionar la dignidad humana⁷².

Dürig sostiene que la protección de los derechos fundamentales opera diferente, según vaya dirigido contra el Estado o contra particulares, pues en este último caso aparece la limitante de la autonomía privada, que en sí misma constituye una expresión de la dignidad humana⁷³.

Dürig afirma que el medio idóneo para la incidencia de los derechos fundamentales en el tráfico jurídico *inter privatos* es a través de las cláusulas y conceptos generales de derecho privado (buena fe, buenas costumbres, etcétera), capaces y necesitadas de ser colmadas valorativamente, con el contenido de los valores propios de los derechos fundamentales. De esta manera, las cláusulas generales de derecho privado se erigen como puntos irrupción, infiltración o entrada de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. De ahí que la operatividad de las normas iusfundamentales se conceptualiza como mediata y, por ende, indirecta, ya que funciona a través de las mencionadas cláusulas generales⁷⁴.

En la teoría de la *Drittwirkung* mediata subyace la preocupación de conservar la distinción entre la tutela de los derechos fundamentales frente a los poderes públicos, y su incidencia en el derecho privado, negándoles en esta último hipótesis la fuerza operativa inmediata que los caracteriza en el primero. Así, la aplicación de las normas iusfundamentales entre particulares aparece indisolublemente vinculada a una actividad de los poderes del Estado: la jurisdiccional, dado que es labor de los jueces introducir los

⁷² Ibidem, p. 110.

⁷³ Ibidem, pp. 110-111.

⁷⁴ Ibidem, p. 111.

valores que aquéllas preceptúan en el ámbito jurídico privado, a través de las cláusulas y conceptos generales capaces y necesitadas de ser colmadas valorativamente⁷⁵.

2.2.2. LA DOCTRINA DE NIPPERDEY EN FAVOR DE LA EFICACIA INMEDIATA

Para este autor, las normas estatuidas en el apartado de derechos fundamentales de la Constitución alemana poseen un contenido muy diverso entre sí, de lo que se sigue que su significación, modo y grado de acción debe analizarse en cada caso particular; sin embargo, la mayoría de las disposiciones ahí establecidas confieren derechos fundamentales auténticos (clásicos), esto es, derechos del individuo frente al Estado, vinculantes para todos los poderes públicos, que pueden ser derechos de defensa (teoría liberal), derechos de prestación (teoría del Estado social) o derechos políticos (teoría democrática). En esta vertiente, los derechos fundamentales como derechos públicos subjetivos, no están destinados al tráfico jurídico-privado⁷⁶.

Nipperdey no postula una validez generalizada de los derechos fundamentales frente a los particulares. En principio, acepta que obligan a los poderes públicos, pero agrega que algunas disposiciones iusfundamentales tienen la trascendente función de proposiciones ordenadoras o principios aplicables al orden jurídico en su conjunto, esto es, constituyen un derecho constitucional objetivo vinculante, que constituyen para el ámbito normativo extraconstitucional no únicamente directrices o reglas de interpretación, sino una regulación jurídica del sistema en su conjunto, de la que también derivan derechos subjetivos privados atribuibles a los individuos⁷⁷.

De esta manera, para Nipperdey únicamente algunos derechos fundamentales revisten un doble carácter: por una parte, derechos públicos subjetivos; por otra, principios objetivos que regulan la totalidad del ordenamiento jurídico, incluido el derecho privado. La aplicación de estas normas constitucionales al derecho privado no trastoca de manera desproporcionada la autonomía del individuo, dado que sólo procederá hasta donde sea

⁷⁵ Ibidem, 114-115.

⁷⁶ Ibidem, 103-104.

⁷⁷ Ibidem, 104.

estrictamente necesario para lograr una vida social sana. Así, la *Drittwirkung* se erige como la consecuencia natural de la teoría del Estado social, sobre todo en lo que se refiere a la realización efectiva del principio de igualdad y a la primacía del interés general por encima de las motivaciones particulares⁷⁸.

Para justificar sus afirmaciones, Nipperdey argumenta que anteriormente se entendía que el fin promordial de la incorporación de derechos fundamentales en la Constitución, era proteger a los individuos frente a las actuaciones arbitrarias del Estado, por lo que, bajo esa perspectiva, era lógico que tales derechos sólo vincularan a los poderes públicos. Mas en la actualidad las personas dependen cada vez en mayor medida de grupos, asociaciones y grandes empresas, de lo que surge la necesidad de protegerlas también frente a estos poderes sociales⁷⁹.

Aunado a lo anterior, Nipperdey sostiene que Constitución alemana no únicamente pretende regir la organización estatal, sino también se traduce en un orden de valores objetivos, lo que significa que los derechos fundamentales irradian sobre el ordenamiento jurídico en su conjunto. Esto significa que todo derecho rige en el marco de la Constitución. Para que los derechos fundamentales, a modo de normas objetivas, incidan en el derecho privado, no se requiere que sean infiltradas mediante las cláusulas generales de derecho civil. Por el contrario, el efecto de los derechos fundamentales en el ámbito privado es de carácter directo y normativo, que modifica o regenera las normas jurídico-privadas, ya sea que se trate de derecho imperativo o dispositivo, cláusulas generales o normas jurídicas determinadas, llámense prohibiciones, mandatos, derechos subjetivos, etcétera⁸⁰.

2.3. EL CASO LÜTH

En la sentencia relativa al caso Lüth el Tribunal Constitucional Federal alemán se inclinó por la tesis de Dürig, de la eficacia mediata de los derechos fundamentales frente a particulares. Los hechos de los que derivó este caso fueron los siguientes:

⁷⁸ Ibidem, 105.

⁷⁹ Idem.

⁸⁰ Ibidem, pp. 105-106.

En 1950 el director de cine Veit Harlan estrenó una película llamada *Unsterbliche Geliebte*. El presidente del club de prensa de Hamburgo, Erich Lüth, realizó una convocatoria para impedir o entorpecer la proyección de dicha película, bajo el argumento de que, gracias a su conducta durante el Tercer Reich, Harlan se había desacreditado para siempre, en especial al haber filmado la cinta *Jud SuB*, como uno de los mayores exponentes de la campaña antisemita de los nazis. La compañía distribuidora del filme demandó a Lüth, y el tribunal ordinario encontró que la conducta de éste –el llamamiento para impedir la proyección de la película– fue contraria a las buenas costumbres, de acuerdo con la definición contenida en el artículo 826 del Código Civil alemán y, en consecuencia, lo condenó a abstenerse de seguir emitiendo sus opiniones sobre Veit Harlan y el filme mencionado⁸¹.

Lüth promovió la queja constitucional en contra de la resolución del tribunal ordinario. Para fundamentar su competencia, a pesar de que en el fondo se trataba de un conflicto derivado de una relación entre particulares, el Tribunal Constitucional Federal alemán argumentó que el acto demandado era la decisión de un órgano judicial (la sentencia) y, por tanto, un acto del poder público, lo que se ajustaba al supuesto de legitimación pasiva previsto en el artículo 90 de la Ley del Tribunal que establece en su parágrafo I que

Cualquier persona podrá presentar recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional Federal invocando que ha sido lesionada por la autoridad en uno de sus derechos fundamentales o el alguno de los derechos enunciados en los artículos 20, apartado 4, 33, 38, 101, 103 y 104⁸².

De esta manera, surgió la tesis de la imputación judicial de la vulneración, que consiste en que la lesión al derecho fundamental no se imputa al particular, ni se considera que surge de la relación *inter privatos*, sino que la causa el juez en el momento en que, al aplicar el derecho ordinario para resolver una controversia entre particulares, no toma en consideración el efecto irradiación de las normas iusfundamentales⁸³.

⁸¹ Ibidem, p. 171.

⁸² Ibidem, p. 172.

⁸³ Idem.

En el inicio de su sentencia, el Tribunal sostuvo que la función primaria de los derechos fundamentales es asegurar las libertades individuales frente a las intervenciones arbitrarias de los poderes públicos, pues ello deriva de su desarrollo histórico. Sin embargo, después argumentó que la Ley Fundamental de Bonn ha establecido en el apartado correspondiente a estos derechos un orden objetivo de valores, que refuerza su efectividad en virtud de que de él reciben directrices e impulso la legislación la administración y la judicatura. A partir de este razonamiento dedujo el llamado “efecto irradiación” de los derechos fundamentales, que consiste en que el juez, representante del poder público, debe realizar una interpretación de las normas de derecho privado aplicables al caso conforme a los derechos fundamentales, y esto se lleva a cabo a través de las cláusulas generales o conceptos jurídicos indeterminados, que otorgan al juez un mayor margen para introducir los contenidos iusfundamentales⁸⁴.

Por su importancia para el tema de este trabajo, a continuación se transcribe la parte sustancial del fallo Lüth, dictado el 15 de enero de 1958:

Sin duda alguna, los derechos fundamentales se encuentran destinados a asegurar ante todo la esfera de libertad de los individuos frente a las intervenciones de los poderes públicos; son derechos de defensa de los ciudadanos en contra del Estado [...]

Igualmente cierto es el que la Ley Fundamental, que no tiene el carácter de un ordenamiento de valores neutral [...] en su capítulo sobre derechos fundamentales ha incluido también un orden de valores objetivo, que implica, en principio, un fortalecimiento de los derechos fundamentales [...] Ese sistema de valores, que encuentra su punto medio al interior de la comunidad social, en el libre desarrollo de la personalidad y en la dignidad del ser humano, como decisión constitucional fundamental, debe ser válido para todas las esferas del derecho; el legislativo, la administración y la jurisdicción, reciben directrices e impulso. Este influye, por supuesto, también al derecho civil; ninguna disposición del derecho civil puede estar en contradicción con él, todas deben interpretarse en su espíritu [...]

La influencia de los criterios de validez de los derechos fundamentales se deben hacer valer especialmente, para aquellas disposiciones del derecho privado que

⁸⁴ de Domingo Pérez, Tomás, “El problema de la drittwirkung de los derechos fundamentales: una aproximación desde la filosofía del derecho”, *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, [en línea], Madrid, año 7, num. 11, 2002, formato pdf, [citado en 10/05/2010] disponible en internet: <http://e-archivo.uc3m.es/dspace/bitstream/10016/1528/1/DyL-2002-VII-11-Domingo.pdf>, ISSN 1133-0937, pp. 256-257.

contemplan un derecho coercitivo y que por tanto hacen parte del *order public* –en sentido amplio–, es el caso de principios, que por motivos de bien común, se aplican con carácter vinculante también a la estructuración de las relaciones jurídicas entre particulares y que prevalecen por consiguiente sobre la voluntad de los particulares. Esas disposiciones tienen en su finalidad, un estrecho parentesco con el derecho público, y lo complementan. Estas deben exponerse en gran medida a la influencia del derecho constitucional. La jurisdicción se ofrece para la realización de esa influencia y en especial, las “cláusulas generales”, que como el §826 BGB [artículo 826 del Código Civil], remite para la valoración de las conductas humanas a criterios externos al derecho civil, e incluso extralegales, como el de las “buenas costumbres”. Entonces, para la decisión sobre qué es lo que exigen los mandatos sociales en los casos particulares, se debe partir en primer lugar de la totalidad de las nociones de valores, que ha alcanzado el pueblo en un determinado momento de su desarrollo cultural y espiritual y que ha fijado en su Constitución. Por consiguiente, la cláusula general se designa, con razón, como la “irrupción” de los derechos fundamentales en el derecho civil (Dürig en Neuman-Nipperdey-Sheuner, *Die Grundrechte*, Tomo II, pág. 525).

El juez debe examinar, merced al mandato constitucional, si las disposiciones materiales del derecho civil, aplicadas, han sido influenciadas por los derechos fundamentales en la forma descrita; si esto es así, entonces tendrá que tener en cuenta para la interpretación y aplicación de esas disposiciones las modificaciones al derecho privado que allí se originen. Este es el sentido también de la vinculación del derecho civil a los derechos fundamentales (art. 1 num. 3 LF). Si omite esos criterios, y su sentencia deja por fuera esa influencia del derecho constitucional sobre las normas del derecho civil, violaría entonces no sólo el derecho constitucional objetivo, debido a que desconoce el contenido de la norma que contempla el derecho fundamental (como norma objetiva), sino que además, como portador del poder público, viola con su sentencia el derecho fundamental, a cuyo respeto tiene derecho constitucional el ciudadano, aun respecto del poder jurisdiccional. En contra de una sentencia de esta clase –sin perjuicio de la impugnación del error en las sentencias civiles– se puede acudir al Tribunal Constitucional Federal, por la vía de un recurso de amparo (...) ⁸⁵.

En el comentado caso Lüth, el efecto irradiación de los derechos fundamentales fue aplicado por el Tribunal Constitucional Federal alemán a través de la cláusula indeterminada “buenas costumbres”, contenida en el artículo 826 del Código Civil de ese país que establece que “quien voluntariamente cause daño a otra persona de forma ofensiva hacia las buenas costumbres está obligado a compensarle por el daño causado” ⁸⁶. Así, dicho

⁸⁵ Sentencia relativa al caso Lüth, apud Schwabe, Jürgen, *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán*, trad. Marcela Anzola Gil, Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez-Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, 2003, pp. 134-135

⁸⁶ de Domingo Pérez, op. cit., nota 84, p. 256.

Tribunal estimó la pretensión del accionante, al considerar que su conducta fue un ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión. En lo conducente, la referida sentencia estableció que:

La expresión de un opinión, entendida así, esto es, en su puro efecto espiritual, es como tal, libre; pero cuando a través de ella se perjudica un bien jurídico, protegido legalmente, de un tercero, cuya protección prevalece sobre la libertad de opinión, entonces no se podrá permitir esa intervención por el hecho de que se dé a través de la expresión de una opinión. Se requiere, por consiguiente, una “ponderación de bienes jurídicos”. El derecho a expresar opiniones debe ceder frente a los intereses de superior rango de un tercero, y que puedan resultar violados con el ejercicio de la libertad de opinión.

La existencia de tales intereses supremos en cabeza de un tercero se debe establecer con base en todas las circunstancias del caso (...).

El Tribunal Constitucional Federal, con base en esas consideraciones, está convencido de que el Tribunal Estatal ha desconocido en la valoración de la conducta del recurrente, el especial significado que se le atribuye al derecho a la libertad de expresión, también allí donde se entra en conflicto con los intereses privados de terceros. La sentencia del Tribunal estatal omite los criterios basados en los derechos fundamentales, y viola así el derecho fundamental del recurrente contemplado en el art. num. 1, frase 1 LF. Por consiguiente, se revoca⁸⁷.

En el fallo Lüth, el Tribunal Constitucional desarrolló la teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales, conforme a la cual éstos, a parte de su naturaleza de derechos subjetivos (derechos de defensa que consisten en abstenciones del Estado frente al particular), también tienen un contenido objetivo, derivado del artículo 1.3 de la Ley Fundamental, que establece que las prerrogativas iusfundamentales vinculan a todos los poderes públicos a título de derechos directamente aplicables. De este modo, al interpretar este precepto, la jurisprudencia alemana reconstruye a los derechos fundamentales al incluir la faceta objetiva, que supone que la eficiencia de las prerrogativas iusfundamentales no se limita sólo a la relación bilateral, Estado-ciudadano, sino que tienen un cometido axiológico de validez universal (normas de principio), porque irradian en toda dirección y en todos los ámbitos del derecho⁸⁸.

⁸⁷ Sentencia relativa al caso Lüth, apud Schwabe, op. cit, nota 85, pp. 136-137.

⁸⁸ Toledano Martínez, Julián, “La teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales en Colombia. El estado de cosas inconstitucionales, un ejemplo de su aplicación”, *Cuestiones constitucionales: revista*

Desde esta perspectiva, los derechos fundamentales adquieren una estructura dual, esto es, al lado de su función de regulación de la relación inmediata Estado-ciudadano, aparecen de modo universal como principios elementales de organización para la vida social. En esta nueva dimensión, la norma objetiva no reconoce *un* objeto de regulación ni *unos* destinatarios determinados; se trata de normas indeterminadas y abiertas dirigidas a la expansión, que rigen en toda dirección y en todos los ámbitos del derecho. Por tanto, el contenido jurídico-objetivo pretende la actuación y la protección del Estado, y aún más, exige su realización efectiva⁸⁹.

2.4. EL DEBER DE PROTECCIÓN

Esta teoría ha sido defendida, entre otros, por Stern y por Canaris. Consiste en que el deber de protección de los derechos fundamentales es el punto de partida más idóneo para solucionar la problemática de su incidencia en el ordenamiento jurídico privado. En efecto, esta teoría parte de la afirmación de que los poderes públicos, en especial el legislador y la jurisdicción (tanto ordinaria como constitucional), son los vinculados a acatar y garantizar las normas de derechos fundamentales. Sin embargo, la ley, para ser aplicada a casos concretos, con frecuencia requiere ser interpretada. Además, existen leyes que pueden resultar contrarias a la Constitución y también hay vacíos legislativos. En estos casos, la teoría del deber de protección sostiene que, en el primer caso, los jueces deben acudir a la interpretación conforme, prefiriendo aquella interpretación que respete la Ley Fundamental. En cuanto a los vacíos legislativos, el juez se encuentra facultado para colmar tales lagunas con principios derivados directamente de los derechos fundamentales⁹⁰.

Así, esta teoría contrasta con la de la *Drittwirkung* mediata, toda vez que los derechos fundamentales son utilizados no únicamente como instrumentos para la interpretación de las cláusulas generales y los conceptos jurídicos indeterminados, sino que se consideran herramienta interpretativa de todas las normas de derecho privado, dado que

mexicana de derecho constitucional, [en línea], México, num. 15, 2006, formato pdf, [citado 8/05/2010], disponible en internet: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/cconst/cont/15/ard/ard10.pdf>, ISSN 1405-9193, pp. 270-271.

⁸⁹ *Ibidem*, 272-273.

⁹⁰ Estrada, op. cit., nota 70, pp. 141-145.

–sostiene–, por una parte, es concebible que normas con supuestos de hecho claros funcionen para la realización de los derechos fundamentales y, por otra, tampoco está asegurado que en cada caso concreto exista una cláusula general en juego⁹¹.

De esta manera, la teoría del deber de protección alcanza el mismo resultado que el de la teoría de la eficacia inmediata de los derechos fundamentales a las relaciones entre particulares, esto es, la vigencia normativa directa de tales derechos al tráfico jurídico privado. No obstante, se distinguen en que para la *Drittwirkung* ello deriva de la aplicación inmediata de los derechos fundamentales en las relaciones *inter privatos*, mientras que para la doctrina del deber de protección sería la consecuencia de la vinculación de los jueces a los derechos fundamentales⁹².

⁹¹ Ibidem, pp. 145-146.

⁹² Ibidem. 147.

3. LA DRITTWIRKUNG EN COLOMBIA

La Constitución colombiana de 1991 estableció una vía especial para la protección de los derechos fundamentales. Este mecanismo es la acción de tutela, contenida en el artículo 86 de dicho ordenamiento. Este precepto dispone

Artículo 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

Derivado del precepto reproducido, es claro que los elementos centrales que caracterizan a la acción de tutela son los siguientes: a) es un mecanismo destinado a la protección de los derechos fundamentales, cuyo conocimiento inicial corresponde a los tribunales ordinarios; b) es preferente y sumario; c) forma parte del sistema de jurisdicción de la libertad, por lo que se prevé la eventual intervención de la Corte Constitucional; d) no se trata de un mecanismo que se desarrolle ante la Corte Constitucional, sino que es un procedimiento cuyas dos instancias se substancian ante cualquier órgano de la justicia

ordinaria (en primera instancia), y ante su inmediato superior jerárquico (segunda instancia), siendo la participación del juez constitucional de carácter discrecional⁹³.

El párrafo final del precepto en comento establece una enumeración genérica de los supuestos de procedencia de la acción de tutela contra los particulares. Éstos supuestos son los siguientes: la prestación de un servicio público, la conducta de un particular que afecte grave y directamente el interés colectivo, y el estado de subordinación y de indefensión. Asimismo, la propia norma constitucional establece a cargo del legislador la obligación de detallar los supuestos de procedencia de la acción de tutela⁹⁴. Ello se estableció en el artículo 42 del Decreto Ley 2591 de 1991, que dispone:

Artículo 42. PROCEDENCIA. La acción de tutela procederá contra acciones u omisiones de particulares en los siguientes casos:

1. Cuando aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación del servicio público de educación **para proteger los derechos consagrados en los artículos 13, 15, 16, 19, 20, 23, 27, 29, 37 y 38 de la Constitución.**
2. Cuando aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación del servicio público de salud **para proteger los derechos a la vida, a la intimidad, a la igualdad y a la autonomía.**
3. Cuando aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación de servicios públicos domiciliarios.
4. Cuando la solicitud fuere dirigida contra una organización privada, contra quien la controla efectivamente o fuere el beneficiario real de la situación que motivó la acción, siempre y cuando el solicitante tenga una relación de subordinación o indefensión con tal organización.
5. Cuando aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud viole o amenace violar el artículo 17 de la Constitución.
6. Cuando la entidad privada sea aquella contra quien se hubiere hecho la solicitud en ejercicio del habeas data, de conformidad con lo establecido en el artículo 15 de la Constitución.

⁹³ Ibidem, pp. 228-229.

⁹⁴ Ibidem, 230.

7. Cuando se solicite rectificación de informaciones inexactas o erróneas. En este caso se deberá anexar la transcripción de la información o la copia de la publicación y de la rectificación solicitada que no fue publicada en condiciones que aseguren la eficacia de la misma.

8. Cuando el particular actúe o deba actuar en ejercicio de funciones públicas, en cuyo caso se aplicará el mismo régimen que a las autoridades públicas.

9. Cuando la solicitud sea para tutelar **la vida o la integridad de** quien se encuentre en situación de subordinación o indefensión respecto del particular contra el cual se interpuso la acción. Se presume la indefensión del menor que solicite la tutela.

En esta norma, el legislador pretendió, en los supuestos 1, 2 y 9, limitar la procedencia de la acción de tutela a la protección de determinados derechos fundamentales, que en el precepto reproducido en los párrafos anteriores se muestran con negrita, para mayor claridad. Esta limitación fue declarada contraria a la Ley Fundamental por la Corte Constitucional colombiana, en la sentencia SC-134/94, bajo el siguiente argumento:

Resulta un contrasentido que el legislador, desconociendo el espíritu del Constituyente y uno de los propósitos fundamentales del nuevo ordenamiento constitucional colombiano, pretenda limitar el radio de la acción de tutela, al señalar en forma taxativa aquellos derechos fundamentales que, a su juicio, puedan ser amparados cuando la conducta nociva provenga de un particular [...] No era atribución de la ley, so pretexto de dar protección a un mandato constitucional, determinar los derechos fundamentales que pueden ser invocados por el solicitante cuando el sujeto pasivo de la tutela es un particular, pues conviene señalarlo, los derechos fundamentales son la base, el sustento de toda legislación, y no su efecto. Si la acción de tutela procede para proteger los derechos fundamentales de las personas, entonces no resulta lógico realizar una diferenciación respecto de cuáles derechos pueden ser amparados y cuáles no. La acción de tutela contra particulares es viable cuando se intente proteger, dentro de las tres situaciones fácticas que contempla la norma constitucional, cualquier derecho constitucional fundamental, sin discriminación alguna⁹⁵.

La propia Corte Constitucional colombiana ha interpretado que la filosofía de la acción de tutela contra particulares obedece a la finalidad de controlar el ejercicio arbitrario del poder privado, esto es, aquél que se manifiesta en la lesión de los derechos fundamentales. En otras palabras, la acción de tutela contra los particulares que detentan posiciones de poder compensa la desigualdad o asimetría que existe en la sociedad y que se

⁹⁵ Sentencia SC-134-94, apud Estrada, op. cit., nota 70, p. 232.

permite mientras no derive en arbitrariedad privada⁹⁶. Esta justificación fue plasmada por la Corte Constitucional en la sentencia T-251 de 1993, que, en lo que interesa, dice:

Las relaciones entre los particulares discurren, por regla general, en un plano de igualdad y de coordinación. La actividad privada que afecte grave y directamente el interés colectivo, adquiere una connotación patológica que le resta toda legitimación, máxime en un Estado Social de Derecho fundado en el principio de solidaridad y de prevalencia del interés general. De otro lado, la equidistancia entre los particulares se suspende o se quebranta cuando a algunos de ellos se los encarga de la prestación de un servicio público, o el poder social que, por otras causas, alcanzan a detentar puede virtualmente colocar a los demás en estado de subordinación o indefensión. En estos eventos, tiene lógica que la ley establezca la procedencia de la acción de tutela contra los particulares que prevalecidos de su relativa superioridad u olvidando la finalidad social de sus funciones, vulneren los derechos fundamentales de los restantes miembros de la comunidad (C. P. artículo 86). La idea que inspira la tutela, que no es otra que el control al abuso del poder, se predica de los particulares que lo ejercen de manera arbitraria⁹⁷.

3.2. FUNCIONAMIENTO DE LA ACCIÓN DE TUTELA EN LA PRÁCTICA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

Para ilustrar la forma en que opera la acción de tutela en contra de actos de particulares es pertinente hacer referencia a algunos de sus supuestos de procedencia.

3.2.1. PARTICULARES QUE PRESTAN SERVICIOS PÚBLICOS

Este supuesto se justifica en la medida en que con motivo de la prestación de un servicio público, el particular se coloca en una posición de supremacía fáctica respecto de los demás miembros de la comunidad. Así, la posibilidad de que dicha situación pueda llevar a cometer “abusos de poder”, a través de actos que signifiquen vulneración de los derechos fundamentales, torna necesario que la acción de tutela se extienda a todos los servicios públicos, tal como lo estimó la Corte Constitucional en la sentencia C-134 de 1994. Esto, en virtud de que la capacidad de reacción o defensa de los particulares contra los “particulares” investidos social o jurídicamente de poder, no podría, limitarse a ciertos

⁹⁶ Cifuentes Muñoz, Eduardo, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, [en línea], México, UNAM-Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Cuadernos constitucionales México-Centroamérica (num. 27), 1998, [Citado 12-09-2009], formato pdf, disponible en Internet: <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/119/2.pdf>, ISBN 968-36-6738-4, p. 22.

⁹⁷ Sentencia de la Corte Constitucional T-251 de 1993, apud ibidem, pp. 22-23.

servicios públicos dejando por fuera a otros. La acción de tutela como freno al abuso del poder privado, sin esta precisión, podría dejar sin defensa ante la arbitrariedad de los particulares poderosos⁹⁸.

En la sentencia de la Corte Constitucional T-507 de 1993 se conceptualiza al “servicio público” de conformidad con lo establecido en el artículo 439 del Código Sustantivo del Trabajo, que dispone que: “Para este efecto [prohibición de la huelga en los servicios públicos] se considera como servicio público toda actividad organizada que tienda a satisfacer necesidades de interés general en forma regular y continua, de acuerdo con un régimen jurídico especial, bien que se realice por el Estado directa o indirectamente, o por personas privadas”⁹⁹.

3.2.2. PARTICULARES RESPECTO DE LOS CUALES EL DEMANDANTE SE ENCUENTRE EN UNA RELACIÓN DE SUBORDINACIÓN O INDEFENSIÓN

La Constitución colombiana estatuye que la ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede respecto de “quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión”. La asimetría de poder que se encuentra en una relación de “subordinación o indefensión” no presupone una determinada calificación jurídico-formal, sino la desproporción o desbalance legal o material en términos de autonomía privada, esto es, lo que se toma en consideración es la ecuación real de poder existente entre los particulares. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha precisado los eventos de subordinación e indefensión¹⁰⁰.

La subordinación. Ésta alude a la relación de dependencia jurídica en que se encuentra el demandante de la tutela frente al demandado. Si las partes se encuentran colocadas en dos planos distintos que indican un grado de relativa asimetría, esto se debe a una situación que no es ajena al ordenamiento jurídico. La Corte ha admitido, entre otros casos de subordinación, el del trabajador en relación con su patrono; el del hijo respecto de

⁹⁸ Cifuentes Muñoz, op. cit., nota 96, pp. 23-24.

⁹⁹ Ibidem, pp. 25-26.

¹⁰⁰ Ibidem, p. 26.

los padres que ejercen la patria potestad (sentencia T-293 de 1994); el del copropietario singular frente al órgano directivo de la copropiedad (sentencia T-290 de 1993)¹⁰¹.

La indefensión. Se ha sostenido que la indefensión se refiere a una situación de orden fáctico en cuya virtud una persona queda sometida al poder de otra, no pudiendo reaccionar de manera efectiva por carencia de medios jurídicos o materiales. La indefensión no se define en abstracto, ya que únicamente se puede determinar con base en un detallado análisis de las circunstancias que obren en cada caso (sentencia T-338 de 1993)¹⁰².

3.2.3. EJERCICIO DEL HABEAS DATA CONTRA LA ENTIDAD PRIVADA RENUENTE

Para la Corte Constitucional la razón de ser del *habeas data* consiste en la protección de la “autodeterminación informática” y por la libertad. Esta autodeterminación se traduce en la facultad de la persona cuyos datos personales se encuentran almacenados en un archivo público o privado para autorizar su conservación, uso y circulación, al igual que para conocerla, actualizarla y rectificarla. Tales facultades se consideran necesarias, ya que sin ellas la circulación libre de la información podría lastimar, tanto la identidad de la persona como su libertad. De esta manera, surge una dimensión inédita, pero indispensable de la autonomía personal: la necesidad de controlar el flujo de información que sobre la persona y sus actos circula hacia el exterior y que se reproduce continuamente a través de los canales informáticos. Para la propia Corte Constitucional, el sujeto activo del *habeas data* es toda persona, natural o jurídica, cuyos datos particulares sean captados en un archivo público o privado “susceptible de tratamiento automatizado”¹⁰³.

3.2.4. RECTIFICACIÓN DE INFORMACIONES INEXACTAS O ERRÓNEAS

El artículo 20 de la Constitución colombiana establece la libertad de expresión en términos amplios que abarcan manifestaciones más específicas de este derecho, como la libertad de informar y recibir información veraz e imparcial y fundar medios de

¹⁰¹ Ibidem, p. 27.

¹⁰² Idem.

¹⁰³ Ibidem. 48-49.

comunicación masiva. Con la finalidad de compensar y equilibrar el enorme poder de los comunicadores profesionales, cuya libertad resulta esencial, la misma norma contempla dos instituciones de gran importancia. Por una parte, indica que los comunicadores deben obrar respetando el criterio de la responsabilidad social. Por otra, “se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad”. La acción de tutela es precisamente la vía procesal en la que puede hacerse valer el derecho a la rectificación contra particulares, en relación con informaciones inexactas o erróneas. En este caso, con la demanda de tutela debe acompañarse la transcripción de la información o la copia de la publicación y de la rectificación solicitada, a fin de que el juez pueda formarse una idea completa sobre la vulneración y, en especial, sobre si la rectificación hecha se dio en condiciones de equidad¹⁰⁴.

¹⁰⁴ Ibidem, p. 53.

4. LA EFICACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA RELACIONES ENTRE PARTICULARES EN MÉXICO

4.1. ANTECEDENTES DE LA DRITTWIRKUNG EN LA JURISPRUDENCIA MEXICANA¹⁰⁵

En México ha prevalecido una interpretación de los derechos fundamentales conforme a los postulados de la teoría liberal¹⁰⁶. En el ámbito de la jurisprudencia, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al fallar en dieciséis de octubre de mil novecientos veintinueve, el amparo directo penal 3061/25, sostuvo que las garantías individuales, “por su naturaleza jurídica, constituyen, en la generalidad de los casos, limitaciones al poder público y entre ellas se encuentra el artículo 16 de la Carta Federal, que establece derechos del hombre que no pueden ser vulnerados por las autoridades, y constituye limitaciones impuestas a aquéllas y no a los particulares, por lo cual estos no pueden violar esas garantías, ya que los actos que ejecuten y que molesten en su persona, domicilio, familia, papeles y posesiones a otros particulares, encuentran sus sanciones en las disposiciones del derecho común”¹⁰⁷.

En el mismo sentido se pronunció la Segunda Sala al resolver en 19 de abril de 1934 el amparo en revisión administrativo 3044/33, sosteniendo que los “derechos que bajo el nombre de garantías individuales consagra la Constitución, constituyen limitaciones jurídicas que, en aras de la libertad individual y en respeto a ella, se oponen al poder o soberanía del Estado”¹⁰⁸.

A raíz de esta concepción de los derechos fundamentales, la Primera Sala, al fallar en 23 de febrero de 1948 el amparo directo penal 2842/47, determinó que el delito de ataques a las garantías individuales, previsto (en ese entonces) por la fracción II del artículo

¹⁰⁵ Para el desarrollo de este punto me baso en la exposición contenida en Mijangos y González, op. cit., nota 63, pp. 86-96.

¹⁰⁶ Vid. supra. 1.4.1.

¹⁰⁷ Tesis publicada en el Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, Tomo XXVII, p. 1063, con el rubro “GARANTÍAS CONSTITUCIONALES”.

¹⁰⁸ Tesis publicada en el Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, Tomo XL, p. 3630, de rubro: “GARANTÍAS INDIVIDUALES”.

364 del Código Penal del Distrito y Territorios Federales, “no puede ser cometido por particulares, ya que la violación de garantías, consideradas éstas como derechos del individuo que limitan el ejercicio del poder público, existe únicamente en los actos de la autoridad”¹⁰⁹. De igual forma, la propia Primera Sala, al sentenciar en 13 de junio de 1949, el amparo directo penal 166/48, concluyó que “la retención, en calidad de prenda, de un objeto que se le dio al reo en venta condicional o en permuta, hecha con el fin de garantizar un pago y aun la recuperación violenta del objeto expresado, podrán constituir un delito contra la propiedad, de los previstos y sancionados por el Código Penal del Estado [de Michoacán], mas no el de violación de garantías; pero independientemente de ello, las garantías individuales, consagradas por la Constitución General del país, son derechos subjetivos, limitadores de la actividad del poder público, por lo que solamente los funcionarios, representantes o agentes de este poder, están en aptitud de violar esas garantías y, por tanto, de cometer los delitos correspondientes a esas violaciones; mas no los particulares, máxime que las leyes penales sancionan todo acto ilícito de éstos, cometido al arrogarse facultades del poder público.”¹¹⁰.

Esta ha sido la concepción predominante de los derechos fundamentales en la jurisprudencia mexicana. No obstante, no ha sido unánime. La Cuarta Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver en sesión de 7 de marzo de 1963 el amparo directo 3855/62 determinó que un sindicato debía respetar la garantía de audiencia de un trabajador, previo a expulsarlo de la agrupación. Por su importancia, a continuación se transcribe íntegra la tesis respectiva:

ARTÍCULO 14 CONSTITUCIONAL. DEBE SER RESPETADO NO SÓLO POR LAS AUTORIDADES, SINO TAMBIÉN POR LOS PARTICULARES. FERROCARRILES. El artículo 14 de la Constitución Federal, debe ser respetado no sólo por las autoridades, sino también por los particulares u organizaciones privadas de toda índole, toda vez que si conforme a dicha garantía individual, para la aplicación de toda sanción o la privación de un derecho, mediante acto de

¹⁰⁹ Tesis publicada en el Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, Tomo XCV, p. 1357, cuyo rubro es: “**GARANTÍAS INDIVIDUALES, LOS PARTICULARES NO COMETEN EL DELITO DE ATAQUES A LAS**”.

¹¹⁰ Tesis publicada en el Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, Tomo C, p. 1216, cuyo rubro es: “**VIOLACIONES DE GARANTÍAS, DELITO DE (LEGISLACIÓN DE MICHOACÁN)**”.

autoridad, es menester que la persona afectada fuere previamente oída y vencida en juicio, en el cual se satisfagan los requisitos esenciales del procedimiento, con más razón cuando la sanción la va a aplicar una organización de carácter privado como lo es el Sindicato de Trabajadores Ferrocarrileros de la República Mexicana, el cual no puede privar a sus agremiados, aun cuando para ello le autorizaren sus estatutos, de esa garantía constitucional que confiere el derecho de ser oído en defensa, de donde se infiere que para que un trabajador pueda ser expulsado del sindicato a que pertenece mediante la aplicación de la correspondiente cláusula de exclusión, es menester que el trabajador afectado haya sido citado para concurrir al juicio sindical respectivo, en el cual sea debidamente oído en defensa, dándosele la oportunidad de aportar las pruebas que estimare pertinentes, tendientes a desvirtuar los cargos en los que se pretende apoyar la expulsión, pues de no llenarse tales requisitos, es evidente que se priva al afectado de la garantía constitucional a que se ha venido haciendo mérito; si la Junta responsable no lo consideró así, puesto que estimó inoperante la acción de nulidad que ejercitó el demandante y hoy quejoso del procedimiento relativo a la aplicación en su perjuicio de la cláusula de exclusión, apoyando su fallo absolutorio en el inciso "c" adicionado al artículo 171 de los Estatutos que rigen la vida interna del Sindicato de Trabajadores Ferrocarrileros de la República Mexicana, no obstante que el procedimiento que señala ese inciso está en pugna con el texto del artículo 14 constitucional, puesto que priva a los miembros del sindicato de la garantía de audiencia que consigna dicha disposición constitucional, es de concluirse forzosamente que la Junta responsable al estimar inoperante las acciones ejercitadas en el juicio laboral y absolver a la parte demandada de tales prestaciones incurrió en las violaciones que se comentan¹¹¹.

4.2. EL DEBATE ACTUAL EN TORNO A LA DRITTWIRKUNG EN LA JURISPRUDENCIA MEXICANA

Actualmente existe un proceso de transformación en el modo de entender y aplicar el Derecho en nuestro país. Esto es palpable si se observa la forma en que la jurisprudencia de la Suprema Corte ha interpretado el contenido y alcances de los derechos fundamentales.

A continuación se expondrán algunos ejemplos de esta renovada forma de concebir las normas iusfundamentales.

4.2.1. LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 6/98

Esta acción de inconstitucionalidad fue promovida por el Partido de la Revolución Democrática en contra del artículo 229 del Código de Instituciones y Procedimientos Electorales del Estado de Quintana Roo, por considerarlo violatorio del principio de

¹¹¹ Tesis publicada en el Semanario Judicial de la Federación, Sexta Época, Quinta Parte, Tomo LXIX, p. 10.

representación proporcional contenido en el numeral 116, fracción II, de la Constitución Federal, en tanto introducía los principios de “premio a la mayoría” (o “cláusula de gobernabilidad”) y de “diputados de partido”. En su sentencia, dictada en 23 de septiembre de 1998, el Pleno de la Suprema Corte declaró parcialmente inválido el precepto mencionado. La importancia de este fallo radica en que sustentó una parte esencial de su argumentación en la idea de que la Suprema Corte debía empezar a reconocer la existencia de valores esenciales en la Constitución¹¹².

En efecto, el punto inicial que tuvo que ser dilucidado en la sentencia fue el relativo a sentar un criterio objetivo para determinar la constitucionalidad de los sistemas estatales de representación proporcional. La Corte estimó que este criterio debía ser el previsto por el artículo 54 de la Carta Magna para elegir a diputados federales por el principio de representación proporcional. Una vez sentado lo anterior es que aparece la invocación de valores en la sentencia. Así, se argumentó que el análisis de constitucionalidad debe llevarse a cabo no sólo con base en el texto literal de las normas, sino también tomando en consideración el contexto de éstas, en la medida que establecen un sistema genérico que debe ser interpretado de manera armónica, y “debe atenderse también a los fines y objetivos que se persiguen con el principio de representación proporcional y al valor del pluralismo político que tutela”. Dicho de otro modo, con la invocación de valores se obtuvo, por una parte, el fundamento a partir del cual es posible ordenar un conjunto de normas para darle contenido al principio de representación proporcional y, por otra, la base para asignarle a ese conjunto normativo una finalidad específica, a fin de realizar el control constitucional de la norma impugnada¹¹³.

La trascendencia de este fallo radica en que el Tribunal Constitucional mexicano introdujo una nueva forma de identificar las normas jurídicas involucradas en el caso concreto y de asignarles en su conjunto una posición o función con el objeto de llevar a cabo el análisis de constitucionalidad. En esa medida, la Suprema Corte asumió que si la Constitución está supeditada o, al menos, reconoce o ha incorporado un conjunto de

¹¹² Cossío Díaz, José Ramón, *La teoría constitucional de la Suprema Corte de Justicia*, México, Fontamara, doctrina jurídica contemporánea (Núm. 12), 2004, pp. 165-166.

¹¹³ *Ibidem*, pp. 166-169.

valores, entonces sus preceptos deben ser considerados, agrupados e interpretados a la luz de dichos valores¹¹⁴.

4.2.2. LA CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL 91/2003

Esta controversia constitucional fue promovida por el Poder Ejecutivo Federal contra actos de la Cámara de Diputados y de la Auditoría Superior de la Federación, “consistentes en una serie de recomendaciones dirigidas a diversos órganos del gobierno federal relativas al seguimiento y fiscalización de las operaciones financieras llevadas a cabo en el marco del Fobaproa”¹¹⁵. El promovente de la controversia argumentó que dichas recomendaciones implicaban una vulneración del principio de división de poderes, así como de los principios de fundamentación y motivación, ambos previstos en la Ley Fundamental.

Lo relevante de este caso estriba en que el Pleno de la Suprema Corte consideró que los principios de fundamentación y motivación, así como el de irretroactividad de la ley, contenidos en los artículos 14 y 16 de la Constitución Federal, no únicamente son “normas dirigidas a tutelar la esfera jurídica de los gobernados”, sino también constituyen “fundamentos constitucionales de carácter objetivo”, cuya eficacia normativa condiciona, incluso, la validez de los actos interinstitucionales, es decir, aquéllos que se emiten en las relaciones entre Poderes del Estado¹¹⁶.

De esta manera, la “caracterización de los derechos fundamentales como elementos objetivos del ordenamiento jurídico permite extender, prima facie, la validez de los derechos fundamentales a todas las relaciones jurídicas contenidas en el sistema, ya que éstos se consolidan como el contenido mínimo de expresión en las relaciones jurídicas”¹¹⁷.

¹¹⁴ Ibidem, p. 170.

¹¹⁵ Mijangos y González, Javier, op. cit, nota 63, p. 140.

¹¹⁶ Jurisprudencia P./J. 109/2005, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en la página 891, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXII, septiembre de 2005, con el rubro: “**CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. LAS PERSONAS DE DERECHO PÚBLICO PUEDEN ALEGAR INFRACCIÓN A LOS PRINCIPIOS DE FUNDAMENTACIÓN, MOTIVACIÓN E IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY**”.

¹¹⁷ Mijangos y González, op. cit., nota 63, p. 141

4.2.3. LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 4/2005

Esta acción de inconstitucionalidad fue resuelta por el Pleno de la Suprema Corte en catorce de enero de dos mil ocho, por mayoría de seis votos. Se originó con motivo de la demanda presentada por catorce diputados integrantes de la Septuagésima Legislatura Local del Congreso de Michoacán de Ocampo¹¹⁸, contra el artículo 34 de la Ley Orgánica y de Procedimientos para el Congreso de Michoacán de Ocampo, reformado mediante decreto publicado el trece de enero de dos mil cinco en el Periódico Oficial de dicha entidad federativa, con motivo de que, en concepto de los promoventes, ese numeral violaba, entre otros, los principios de igualdad y no retroactividad de la ley, contenidos en los artículos 1, 13 y 14 de la Constitución Federal, en tanto que eliminó de la Junta de Coordinación Política a los diputados únicos de partido.

En su sentencia, el Tribunal Constitucional mexicano argumentó, en lo que interesa, que las normas jurídicas contenidas en los preceptos constitucionales aludidos, “tienen eficacia normativa no sólo en la esfera jurídica de los gobernados, sino también en el ámbito de la libre configuración del Congreso de Michoacán de Ocampo al emitir normas que formal y materialmente cumplen con las características de la ley” y que, por esa razón, puede hacerse valer su violación en la vía de acción de inconstitucionalidad, derivado de que los principios de igualdad y no retroactividad de la ley constituyen “fundamentos constitucionales de carácter objetivo capaces de condicionar la validez del artículo 34 de la Ley Orgánica y de Procedimientos para el Congreso de ese Estado”.¹¹⁹

De este modo, se reiteró la doctrina constitucional comentada en el punto anterior.

4.2.4. EL AMPARO EN REVISIÓN 2/2000

Este asunto fue resuelto por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en 11 de octubre de 2000. Tiene como antecedente un juicio ordinario civil de

¹¹⁸ Sentencia dictada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en 14 de enero de 2008, al resolver la acción de inconstitucionalidad 4/2005, consultable en internet: <http://www2.scjn.gob.mx/expedientes/>, p. 37.

¹¹⁹ Ibidem. pp. 43-44.

divorcio necesario en el que la demandada ofreció diversas pruebas, entre ellas, la testimonial; el actor promovió incidente de tachas, en el que ofreció como pruebas los registros fonográficos y la pericial fonética, a fin de acreditar, en esencia, que la testigo sí conocía las relaciones extramaritales de la demandada, derivado de que así se lo externó ésta en diversas conversaciones¹²⁰.

El Juez de primera instancia no admitió las pruebas mencionadas; el actor interpuso recurso de apelación contra esa determinación, el cual fue declarado fundado por el tribunal de alzada, quien revocó el auto impugnado y admitió las pruebas ofrecidas en el incidente de tachas. Esta resolución fue el acto reclamado en el juicio de garantías¹²¹.

El juez de Distrito concedió el amparo a la quejosa (demandada en el juicio natural), argumentando que “la grabación de la conversación telefónica en cinta magnetofónica, necesariamente hubo de ser obtenida mediante intervención o interceptación de alguna de las líneas telefónicas de las conversantes, y tal acción, bien provenga de autoridades o de particulares, está proscrita por el precepto constitucional arriba anotado, por ser vulnerante del derecho a las comunicaciones privadas, cuya inviolabilidad está consagrada como una garantía que debe ser respetada”¹²².

En el recurso de revisión, el tercero perjudicado (actor en el juicio natural) sostuvo, entre otros razonamientos, que era absurda la postura del Juez de Distrito en el sentido de que “las garantías constitucionales protegen a los particulares de otros particulares”, pues lo cierto era que éstos “no pueden violar garantías constitucionales”¹²³.

La Segunda Sala inicialmente plantea la siguiente cuestión: el derecho a la privacidad de las comunicaciones como garantía, ¿solamente puede ser conculcado por una autoridad o puede también originar una ilicitud constitucional a cargo de los particulares? Para responder a esa disyuntiva, en principio define que “el ilícito constitucional existe ante la

¹²⁰ Sentencia de 11 de octubre de 2000, relativa al amparo en revisión 2/2000, del índice de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consultable en internet: <http://www2.scjn.gob.mx/expedientes/>, pp. 73-74.

¹²¹ Ibidem. p. 76.

¹²² Ibidem, p. 22.

¹²³ Ibidem, p. 33-34,

omisión de los actos ordenados o la ejecución de los actos prohibidos por la Constitución”¹²⁴.

Enseguida, argumenta que para establecer si los particulares pueden cometer un ilícito constitucional, debe antes procederse a determinar cuál es el sentido normativo del texto constitucional, esto es, “si del texto de la norma constitucional se desprenden principios universales dirigidos tanto a las autoridades como a particulares”¹²⁵.

En esa tesitura, expone que existen en la Constitución normas que imponen deberes de hacer o no hacer a los particulares. Por ejemplo, el artículo 2 de la Ley Fundamental, que prohíbe la esclavitud; el artículo 4 del mismo ordenamiento, que dispone que es deber de los padres preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental; el artículo 27, que previene los límites a la propiedad privada; y el artículo 31 que determina como obligaciones de los mexicanos, entre otras, hacer que sus hijos o pupilos concurran a las escuelas públicas o privadas, para obtener la educación primaria y secundaria; así como contribuir a los gastos públicos. Todos estos preceptos, apuntó la Segunda Sala de la Suprema Corte, se erigen como “mandatos constitucionales cuyos destinatarios no son las autoridades”¹²⁶.

Así, sostiene que la noción de ilícito constitucional implica la violación de un mandato constitucional que puede o no ser una garantía, de manera que “toda violación a las garantías implica un ilícito constitucional pero no todo ilícito constitucional implica violación de garantías”¹²⁷.

Por tanto, concluye la Segunda Sala de la Suprema Corte, “los deberes previstos en la Constitución vinculan tanto a las autoridades como a los gobernados, toda vez que tanto unos como otros pueden ser sujetos activos en la comisión del ilícito constitucional con

¹²⁴ Ibidem, pp. 70-71.

¹²⁵ Ibidem, p. 71.

¹²⁶ Ibidem, pp. 71-72

¹²⁷ Ibidem, p. 72

total independencia del procedimiento que se prevea para el resarcimiento correspondiente”¹²⁸.

En ese tenor, aplicando los razonamientos mencionados al caso concreto sometido a su conocimiento, la Segunda Sala determinó que cuando un particular interviene alguna comunicación privada, ello se traduce en una ilicitud constitucional, ya que la primera parte del párrafo noveno del artículo 16 de la Constitución Federal establece como principio universal que “Las comunicaciones privadas son inviolables...”, “lo que implica que ni la autoridad ni los particulares pueden intervenir una comunicación, salvo en los casos y con las condiciones que respecto a las autoridades establece el propio numeral”¹²⁹ y, por ende, confirmó la sentencia sometida a revisión.

4.2.5. EL AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN 1180/2008

Los antecedentes del caso son los siguientes:

Raúl Ávila Andujo demandó ante la Junta Especial Número Cuatro de la Local de Conciliación y Arbitraje en el Estado de Chihuahua, a Operadora Wal Mart, la rescisión del contrato de trabajo, entre otras causas, porque la empresa, adujo, incurrió en falta de probidad, debido a que le efectuó descuentos por la cantidad de \$320.40 pesos, por concepto de despensa, que se le rembolsa con vales canjeables únicamente en las tiendas del patrón, con lo que éste asegura la venta de sus productos y su ganancia, de manera parecida a las antiguas tiendas de raya¹³⁰.

La Junta dictó laudo en el que resolvió que de los recibos de pago aparecen dichas deducciones, las cuales apoya la demandada, en el escrito de adhesión al plan de previsión social relativo al otorgamiento de vales de despensa de fecha diez de agosto del dos mil uno¹³¹, lo que acredita que el actor manifestó su conformidad a efecto de que se le

¹²⁸ Idem.

¹²⁹ Ibidem. p. 73

¹³⁰ Sentencia de 3 de septiembre de 2008, relativa al amparo directo en revisión 1180/2008, del índice de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consultable en internet: <http://www2.scjn.gob.mx/expedientes/>, pp. 12-13.

¹³¹ En lo conducente, dicho escrito es del tenor siguiente: “...Me refiero al Contrato Individual de Trabajo que respalda mi relación laboral con esa empresa, a fin de manifestarles mi conformidad en adherirme al Plan de

descuento de su sueldo el porcentaje que se establezca en el plan de previsión social indicado, y que por ello no resultan indebidos los descuentos, sino que son la base de un programa que incluso aparece retribuido el importe mayor al de los descuentos mismos, señalando también, que tal práctica no es semejante a las antiguas tiendas de raya, por lo que su operación no configura falta de probidad y honradez¹³².

En contra del laudo, Raúl Ávila Andujo promovió juicio de amparo, cuyo conocimiento correspondió al Segundo Tribunal Colegiado en Materias Civil y de Trabajo del Décimo Séptimo Circuito. En su demanda, argumentó, en síntesis, que en la audiencia de 22 de febrero del 2007 objetó la documental mencionada en el párrafo anterior, consistente en la autorización para efectuarle descuentos en su salario por concepto de despensa, en razón de que “tal autorización no puede estar por encima de lo que establece el artículo 110 de la Ley Federal del Trabajo”, por lo que si hubiera autorizado al patrón para descontarle prestaciones ilegales, “por ser tal autorización contraria a derecho es nula y carente de efectos legales”, por lo que si la Junta otorgó valor probatorio pleno a dicha documental, vulneró su garantía individual prevista en el artículo 123 constitucional, fracción XXVII, inciso e) el cual señala: “Serán condiciones nulas y no obligan a los contrayentes, aunque se expresen en el contrato: [...] las que entrañen obligación directa o indirecta de adquirir los artículos de consumo en tiendas o lugares determinados”¹³³.

Previsión Social, relativo al otorgamiento de Vales de Despensa que serán canjeados por mercancía y servicios en los establecimientos propiedad de las empresas del Grupo encabezadas por Cifra S.A. de C.V.- Con tal motivo, el contrato de referencia deberá modificarse mediante la adición de la cláusula cuyo texto a continuación se transcribe: El trabajador acepta formar parte del Plan de Previsión Social establecido por el patrón, consistente en otorgar Vales de Despensa en forma impresa o por cualquier medio electrónico que serán canjeados en los establecimientos designados propiedad de las empresas del Grupo, encabezados por Cifra, S.A. de C.V. [...] El trabajador manifiesta su conformidad a efecto de que se le descuenta de su sueldo el porcentaje que se establezca en el Plan de Previsión Social indicado, por concepto de participación en el mismo, a fin de que quincenalmente, conjuntamente con su recibo de nómina se le entreguen los Vales de Despensa que le correspondan o se le deposite la cantidad correspondiente en otro medio electrónico.- El trabajador podrá dar por terminada su participación en el Plan de Previsión Social multicitada, mediante simple notificación por escrito que al efecto entregue al patrón, supuesto en el cual se suspenderá el descuento señalado en el párrafo inmediato anterior...”, apud ibidem, pp. 62-64

¹³² Ibidem, p. 13.

¹³³ Ibidem, pp. 13-16.

El Tribunal Colegiado consideró que el artículo 110 de la Ley Federal del Trabajo¹³⁴ autoriza los descuentos al salario cuando deriven de la adquisición de artículos producidos por la empresa o establecimiento. Además, añadió, fue voluntad del trabajador adherirse al plan de previsión social en comento, cuya participación podía darse por terminada mediante la simple notificación por escrito al patrón, en cuyo caso se suspendería el descuento. Es decir, el trabajador dio su consentimiento para que se hiciera tal descuento, y por tanto, sostuvo el Tribunal, no se actualiza una falta de probidad y honradez de la patronal, ya que esa autorización es conforme con el artículo 31 de la ley laboral¹³⁵, y obliga a las partes a su observancia. Asimismo, estimó que, en todo caso, si el trabajador consideraba que esa autorización de descuento le causaba agravio, por limitar su opción de compra de productos a determinados establecimientos, debió solicitar su cancelación, en la medida en que tenía expedito su derecho para ello, o bien demandar la nulidad de la cláusula respectiva de conformidad con el artículo 123, apartado A, fracción XXVII, inciso e), de la Constitución Federal¹³⁶. Por último, adujo que los descuentos mencionados tampoco comprendían una conducta semejante a las antiguas tiendas de raya, pues en el caso concreto el propio trabajador reconoció en su demanda laboral que los bienes y servicios se le vendían al precio al público general.”¹³⁷

En el recurso de revisión, el trabajador argumentó que el Tribunal Colegiado interpretó erróneamente el artículo 123, apartado A, fracción XXVII, inciso e)

¹³⁴ “Artículo 110. Los descuentos en los salarios de los trabajadores, están prohibidos salvo en los casos y con los requisitos siguientes:

I. Pago de deudas contraídas con el patrón por anticipo de salarios, pagos hechos con exceso al trabajador, errores, pérdidas, averías o adquisición de artículos producidos por la empresa o establecimiento. La cantidad exigible en ningún caso podrá ser mayor del importe de los salarios de un mes y el descuento será el que convengan el trabajador y el patrón, sin que pueda ser mayor del treinta por ciento del excedente del salario mínimo; [...] Estos descuentos deberán haber sido aceptados libremente por el trabajador y no podrán exceder del veinte por ciento del salario.”

¹³⁵ “Artículo 31. Los contratos y las relaciones de trabajo obligan a lo expresamente pactado y a las consecuencias que sean conformes a las normas de trabajo, a la buena fe y a la equidad”.

¹³⁶ “Artículo 123. [...] El Congreso de la Unión, sin contravenir a las bases siguientes deberá expedir leyes sobre el trabajo, las cuales regirán:

A.- Entre los obreros, jornaleros, empleados domésticos, artesanos y de una manera general, todo contrato de trabajo: [...]

XXVII.- Serán condiciones nulas y no obligarán a los contrayentes, aunque se expresen en el contrato: [...]

(e). Las que entrañen obligación directa o indirecta de adquirir los artículos de consumo en tiendas o lugares determinados.”

¹³⁷ Sentencia de 3 de septiembre de 2008, relativa al amparo directo en revisión 1180/2008, cit., nota 130, pp. 17-23.

constitucional, porque todo contrato de trabajo que entrañe obligación directa o indirecta de adquirir artículos de consumo en tiendas o lugares determinados, es nulo de pleno derecho y no genera derechos u obligaciones, tal nulidad absoluta la establece el artículo 123, apartado A, fracción XXVII, inciso e) constitucional, y opera de pleno derecho sin necesidad de solicitar al patrón contratante su cancelación, y sin necesidad de demandar la nulidad de la cláusula respectiva¹³⁸.

La Segunda Sala de la Suprema Corte estimó que en la fracción XXVII, inciso e), apartado A, del artículo 123 de la Constitución y que recoge el artículo 5 de la Ley Federal del Trabajo¹³⁹ se sustenta en principios de orden público, que excluye la renuncia por parte de los trabajadores a sus beneficios y prerrogativas, fijando con precisión los derechos que les corresponden a los trabajadores en sus relaciones contractuales contra el capital, en protección de su salario ante la desventajosa situación en que han estado colocados y consecuentemente establece, expresamente, una nulidad que impide producir efecto alguno al contrato que contenga estipulaciones que entrañen obligación directa o indirecta para adquirir los artículos de consumo en tiendas o lugares determinados, y por ende, que sea susceptible de valer aún con el consentimiento del trabajador¹⁴⁰.

De esta manera, argumentó la Segunda Sala, la nulidad de condiciones es una sanción implementada por el constituyente basada en el principio de proteger los derechos de los trabajadores en su salario y evitar que sean coaccionados para aceptarlo con motivo de su vulnerabilidad frente al patrón, con estipulaciones que entrañen obligación directa o indirecta de adquirir los artículos de consumo en tiendas o lugares determinados; de tal suerte, aun cuando el trabajador firme un convenio aceptando condiciones nulas, éste será inválido. No obstante que el precepto constitucional determina la sanción de nulidad, sobre

¹³⁸ Ibidem, pp. 23-24.

¹³⁹ “Artículo 5°. Las disposiciones de esta Ley son de orden público por lo que no producirá efecto legal, ni impedirá el goce y el ejercicio de los derechos, sea escrita o verbal, la estipulación que establezca:
[...]

IX. La obligación directa o indirecta para obtener artículos de consumo en tienda o lugar determinado...”

¹⁴⁰ Ibidem, p. 51.

lo pactado por los contrayentes, para que pueda surtir sus efectos dicha nulidad, se requiere que la autoridad jurisdiccional realice ese pronunciamiento¹⁴¹.

Así, consideró la Segunda Sala del más Alto Tribunal del país, “aun cuando el trabajador no solicite la nulidad de las condiciones estipuladas por los contratantes, en vía de acción, desde el momento en que en un procedimiento se encuentre en pugna tal pacto y el órgano jurisdiccional tiene conocimiento de que su impugnación deriva de la contravención a los derechos fundamentales, la autoridad jurisdiccional puede decretar su nulidad, aunque no se solicite, como ya se dijo, en vía de acción, pues en nuestro sistema jurídico los actos afectados de nulidad absoluta producen siempre sus efectos provisionalmente, mientras no se haga la declaratoria correspondiente por la autoridad competente, consignada expresamente en la ley, lo que implica que la nulidad deba ser declarada judicialmente”. De tal modo que “en cualquier caso en que se someta al conocimiento de la autoridad jurisdiccional la nulidad de un convenio pactado en contravención al artículo 123, apartado A, fracción XXVII, inciso e) de la Constitución, cuyo principio fue recogido por el artículo 5° de la Ley Federal del Trabajo, la autoridad debe hacer la declaración de oficio o a petición de cualquiera de las partes; pues dicha norma fundamental tiene por efecto anular todas las condiciones pactadas y no obligarán a los contrayentes aunque se expresen en el pacto, aquellas que entrañen obligación directa o indirecta de adquirir los artículos de consumo en tiendas o lugares determinados”¹⁴².

En conclusión, la Segunda Sala determinó que “el Tribunal Colegiado al señalar que la previsión que contempla el artículo 123, fracción XXVII, inciso e), del apartado A de la Constitución está sujeta a que se demande su nulidad, realizó una incorrecta interpretación de la norma fundamental, porque con independencia de que en vía de acción se demande la nulidad de alguna cláusula, desde el momento en que se pone del conocimiento a la autoridad jurisdiccional la contravención del pacto a los derechos fundamentales, recogidos por el artículo 5° de la Ley Federal del Trabajo, éste de oficio puede decretar la nulidad¹⁴³”.

¹⁴¹ Ibidem, pp. 52-53.

¹⁴² Ibidem, pp. 53-54.

¹⁴³ Ibidem, p. 54.

Asimismo, estableció que “del análisis comparativo entre la práctica de las antiguas tiendas de raya abolidas por la Constitución de mil novecientos diecisiete y el objeto del convenio adicional al contrato del plan de previsión social establecido por el patrón, al que se adhiere el trabajador en forma voluntaria para adquirir vales de despensa que serán canjeados en los establecimientos designados propiedad de las empresas del Grupo, encabezados por Cifra, sociedad anónima de capital variable, derivado de los descuentos que el patrón realiza de su sueldo en el porcentaje que se establezca dicho Plan, por su participación, contra a lo sostenido por el Tribunal Colegiado, sí existe semejanza entre ambos actos”. Y que tal semejanza radica en que “el llamado ‘Plan de Previsión Social’ consiste en la entrega de vales de despensa que proviene del salario del trabajador para ser canjeados únicamente en el establecimiento de la empresa patronal, que es similar a la práctica que se llevaba en las antiguas tiendas de raya en que los trabajadores también recibían el pago de sus salarios mediante vales de despensa para ser canjeados en la tienda de raya propiedad del patrón, con la diferencia de que los productos los adquiría a un precio alto”¹⁴⁴.

Bajo este contexto, la Segunda Sala entró al estudio del concepto de violación planteado por el trabajador (cuyo estudio omitió el Tribunal Colegiado), y declaró la nulidad del convenio de diez de agosto de dos mil uno, mediante el cual el trabajador manifestó su conformidad en adherirse al plan de previsión social, dado que éste, sostuvo la Sala, no le puede obligar, aunque exprese su consentimiento, por contravenir los principios fundamentales consignados en el artículo 123, apartado A, fracción XXVII, inciso e) y Décimo Tercero Transitorio de la Constitución¹⁴⁵.

En consecuencia, modificó la sentencia recurrida y concedió la protección constitucional al trabajador, para el efecto de que la autoridad responsable dejara insubsistente el laudo y en su lugar emitiera otro en el que analizara con libertad de jurisdicción la causa de rescisión de contrato por falta de probidad del patrón al efectuarle los descuentos por concepto de vales de despensa, partiendo de la base de que había sido declarado nulo el convenio denominado ‘plan de previsión social’ de fecha diez de agosto

¹⁴⁴ Ibidem. p. 69-70.

¹⁴⁵ Ibidem, pp. 84-85.

de dos mil uno, por ser violatorio del artículo 123, apartado A, fracción XXVII, inciso e) y Décimo Tercero Transitorio de la Constitución, y que es base de los descuentos¹⁴⁶.

4.2.6. LA CONTRADICCIÓN DE TESIS 146/2008

Dos Tribunales Colegiados resolvieron amparos directos en los que los trabajadores celebraron con sus patrones diversos convenios sobre terminación voluntaria de la relación de trabajo, que fueron ratificados y sancionados ante las respectivas Juntas de Conciliación y Arbitraje. Posteriormente, demandaron en la vía laboral diversas prestaciones; en un caso, diferencias económicas derivadas de la antigüedad del trabajador. En el otro, la incorrecta integración de la pensión jubilatoria. Las respectivas Juntas declararon infundadas las pretensiones de los trabajadores, con base en que los convenios merecían pleno valor probatorio, por tener la categoría de cosa juzgada. Los trabajadores promovieron juicios de amparo directo en los que se analizó la validez de los convenios¹⁴⁷.

Uno de los Tribunales Colegiados estableció que si bien el trabajador alegó en el amparo que el convenio relativo había sido sancionado ante la Junta, a pesar de que éste implicaba renuncia a los derechos de los trabajadores y, por tanto, violación al artículo 33 de la Ley Federal del Trabajo, en relación con la garantía social establecida en el artículo 123, apartado A, fracción XXVII, inciso h), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; sin embargo, agregó el Tribunal, el juicio de amparo no era la vía legal para impugnar ese acuerdo de voluntades, pues si el trabajador consideraba que contenía renuncia de derechos o vicios de validez, estaba obligado a promover lo pertinente ante la Junta que lo aprobó, es decir, debía prevalecer lo pactado entre las partes mientras no fuera considerado nulo¹⁴⁸.

En cambio, el otro tribunal argumentó que las estipulaciones establecidas en el convenio debían tenerse por no puestas por ser nulas de pleno derecho, de conformidad con

¹⁴⁶ Ibidem. p. 85.

¹⁴⁷ Sentencia relativa a la contradicción de tesis 146/2008, del índice de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, resuelta en sesión de 26 de noviembre de 2008, consultable en internet: <http://www2.scjn.gob.mx/expedientes/>, pp. 21-22.

¹⁴⁸ Ibidem, pp. 22-23.

lo dispuesto por el artículo 33 de la Ley Federal del Trabajo¹⁴⁹, en el sentido de que es nula la renuncia que los trabajadores hagan de los salarios devengados, de la indemnización y demás prestaciones que deriven de los servicios prestados, cualquiera que sea la forma o denominación que se les dé; y que la circunstancia de que el convenio hubiera sido aprobado por la Junta, elevándolo a la categoría de laudo con autoridad de cosa juzgada, en nada trascendía, pues era nulo de pleno derecho, por contener renuncia de derechos del trabajador y, por tanto, dicha aprobación no producía efecto legal alguno, según lo dispuesto en el segundo párrafo del referido artículo 33; sin que fuera necesario que el trabajador demandara previamente su nulidad, porque conforme a la fracción XXVII, inciso h), del artículo 123 constitucional¹⁵⁰, son condiciones nulas y no obligan a los contrayentes las que implican renuncia de derechos consagrados en la ley a favor de los trabajadores¹⁵¹.

Así, la materia de la contradicción era determinar si un convenio laboral aprobado y sancionado por la Junta, que contiene renuncia de derechos, con infracción al artículo 123, apartado A, fracción XXVII, inciso h), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en relación con el 33 de la Ley Federal del Trabajo, debe ser impugnado ante la Junta para que se declare su nulidad, y si no se demanda ésta, el tema no puede ser materia de análisis en el amparo directo; o si, por el contrario, no es indispensable que el trabajador demande previamente su nulidad, porque conforme a esas disposiciones constitucionales y legales, son condiciones nulas y no obligan por implicar renuncia de derechos en perjuicio

¹⁴⁹ “Artículo 33. Es nula la renuncia que los trabajadores hagan de los salarios devengados, de las indemnizaciones y demás prestaciones que deriven de los servicios prestados, cualquiera que sea la forma o denominación que se le dé.

Todo convenio o liquidación, para ser válido, deberá hacerse por escrito y contener una relación circunstanciada de los hechos que lo motiven y de los derechos comprendidos en él. Será ratificado ante la Junta de Conciliación y Arbitraje, la que lo aprobará siempre que no contenga renuncia de los derechos de los trabajadores.”

¹⁵⁰ “Artículo 123. [...] El Congreso de la Unión, sin contravenir a las bases siguientes deberá expedir leyes sobre el trabajo, las cuales regirán:

A.- Entre los obreros, jornaleros, empleados domésticos, artesanos y de una manera general, todo contrato de trabajo: [...]

XXVII.- Serán condiciones nulas y no obligarán a los contrayentes, aunque se expresen en el contrato: [...]

(h). Todas las demás estipulaciones que impliquen renuncia de algún derecho consagrado a favor del obrero en las leyes de protección y auxilio a los trabajadores.”

¹⁵¹ Sentencia relativa a la contradicción de tesis 146/2008, cit., nota 147, p. 23.

de los trabajadores, de manera que sí es posible analizar en vía de amparo esa nulidad, aunque no haya sido previamente planteada ante la Junta¹⁵².

En relación con esta problemática, la Segunda Sala de la Suprema Corte argumentó que si la parte interesada no plantea la invalidez del convenio en vía de acción o de excepción y, por otro lado, la autoridad jurisdiccional tampoco se pronuncia oficiosamente al respecto, entonces el Tribunal de amparo, en su caso, deberá hacerlo cuando sea la parte obrera la quejosa, por aplicación directa de la Constitución y en suplencia de la queja. Ello, con base en la naturaleza de la disposición que establece la nulidad, que es de rango constitucional, y al instituto de la suplencia de la queja¹⁵³.

En efecto, sostuvo la Segunda Sala, de los artículos 40¹⁵⁴ y 133¹⁵⁵ de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que consagran el principio de supremacía constitucional, “en tanto disponen que la Constitución es la ley fundamental o suprema. Como está llamada a constituir requiere que en lo interior todo le esté subordinado y estructurado, siguiendo sus lineamientos generales. Nada que le sea contrario puede subsistir o ser válido. Tal dispositivo opera tanto en el principio o superestructura de un poder u órgano, como en lo que se refiere a sus facultades, atribuciones o limitaciones”.

Enseguida, la Segunda Sala emitió una consideración de la mayor trascendencia para el tema del presente trabajo:

Los particulares, no obstante no existir disposición expresa, están obligados a observarla. Esa obligación deriva de la consignación indirecta establecida en los artículos 136 y los transitorios, que niegan a los particulares la posibilidad de rebelarse para desconocer su vigencia; así como en lo que disponen los artículos 17, en el sentido de que ninguna persona puede hacerse justicia por sí misma, y 27,

¹⁵² Ibidem, p. 24.

¹⁵³ Ibidem, pp. 71-72.

¹⁵⁴ “Artículo 40. Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, federal, compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una federación establecida según los principios de esta ley fundamental...”

¹⁵⁵ “Artículo 133.- Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.”

fracción I, en lo que se refiere a que los extranjeros deben considerarse nacionales respecto a los bienes inmuebles que adquieran dentro del territorio nacional¹⁵⁶.

Asimismo, argumentó que, “de inicio y en términos generales, todas las autoridades, ordinarias y constitucionales, están obligadas a la aplicación directa de la regulación constitucional de los derechos fundamentales. Esto es así, porque si los tribunales ordinarios han de tutelar los derechos fundamentales en la forma que los ha delineado la Constitución, quiere decir que ésta será la norma que deben aplicar; a su vez, si los tribunales de amparo han de amparar esos derechos, quiere decir que la norma material del amparo será la propia Constitución. Ello no significa en modo alguno un control difuso de la constitucionalidad, sino la eficacia o aplicabilidad directa de la Constitución”¹⁵⁷. Y agregó: “La aplicación directa de la Constitución supone que el órgano encargado de realizarla no tenga que dejar de aplicar una ley secundaria, so pretexto de que es contraria a aquélla, pues carece de facultades para hacer el análisis respectivo, pues ese tipo de actividad debe entenderse encomendada exclusivamente a los jueces constitucionales del Poder Judicial de la Federación, ya que sólo ellos tienen competencia para controlar la constitucionalidad de los actos y leyes de los poderes públicos [...] Por ende, las autoridades ajenas a los jueces constitucionales del Poder Judicial de la Federación deben aplicar directamente la Constitución hasta el límite de lo dispuesto en una ley formal y material. Es decir, todos los poderes públicos tienen el deber de aplicar e interpretar los contenidos constitucionales sin que ello implique que tengan facultades para inaplicar la obra del legislador a partir de un juicio propio y autónomo de inconstitucionalidad de la norma legal respectiva”¹⁵⁸.

Bajo esta línea argumentativa, resolvió que “si todas las autoridades, ordinarias y constitucionales, están obligadas a la aplicación directa de la regulación constitucional de los derechos fundamentales, y si esta Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reconocido que el artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos consagra una serie de garantías sociales, que también ha denominado fundamentales, es claro que tanto las autoridades jurisdiccionales (Juntas de Conciliación y Arbitraje) como los

¹⁵⁶ Sentencia relativa a la contradicción de tesis 146/2008, cit., nota 147, p. 73.

¹⁵⁷ Ibidem, p. 74.

¹⁵⁸ Ibidem, pp. 87-89.

tribunales de amparo, al resolver los casos sometidos a su consideración, de advertir que un convenio, acuerdo, contrato o acto fue pactado en contravención al artículo 123, apartado A, fracción XXVII, de la Constitución, aun cuando hubiera sido sancionado por la Junta, están obligados a hacer la declaratoria o reconocimiento de nulidad respectivos, pues solo así podrá cobrar vigencia el principio de supremacía constitucional”¹⁵⁹.

Por tanto, estimó la Segunda Sala, si la nulidad del acuerdo de voluntades no fuere planteada ante la Junta y ésta no se pronunciare oficiosamente “los tribunales de amparo, de advertir que en un determinado caso, existe un convenio sancionado por la autoridad laboral, pero que fue pactado en contravención al artículo 123, apartado A, fracción XXVII, de la Constitución, están obligados a hacer la declaratoria o reconocimiento de nulidad respectivos, por aplicación directa de esa norma suprema, y, en su caso, en suplencia de la queja¹⁶⁰”.

4.2.7. LA CONTRADICCIÓN DE TESIS 153/2009

Este asunto fallado por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en diez de junio de dos mil nueve tiene como antecedentes, dos amparos directos en materia laboral, en que se reclamó el laudo dictado por una Junta de Conciliación y Arbitraje derivado de un juicio seguido por el cónyuge supérstite de una trabajadora asegurada del Instituto Mexicano del Seguro Social al que le demandó, entre otras prestaciones, el otorgamiento y pago de la pensión de viudez.

Uno de los Tribunales Colegiados sostuvo que el Contrato Colectivo de Trabajo celebrado entre el Sindicato de trabajadores del Instituto Mexicano del Seguro Social y el propio Instituto, constituye una fuente formal autónoma del derecho laboral y, por esa razón, tiene fuerza de ley. De ahí que su contenido no puede contradecir las garantías constitucionales, so pena de nulidad. Por lo anterior, argumentó el Tribunal Colegiado, si el mencionado Contrato Colectivo de Trabajo prevé la obligación del cónyuge supérstite de demostrar la dependencia económica que tenía con la de cujus, para tener derecho a reclamar su pensión de viudez, es claro que tal estipulación viola el artículo 4 de la

¹⁵⁹ Ibidem, p. 90.

¹⁶⁰ Ibidem, pp. 94-95.

Constitución Federal, al distinguir por razón de sexo entre el viudo, al que le impone tal deber, y la viuda que no tiene tal obligación procesal, en franca transgresión del principio de igualdad del varón y la mujer ante la ley. En esas condiciones, le concedió al quejoso la protección constitucional para el efecto de que la Junta responsable “dejara insubsistente el laudo reclamado y en su lugar emitiera otro en el que, con base en los lineamientos previstos en dicha resolución, no aplicara la condición impuesta en el artículo 501 de la Ley Federal del Trabajo, dejando de aplicar también el requisito de la demostración de que el varón (viudo) dependía económicamente de la de cujus, debiendo además resolver lo que procediera en derecho.”¹⁶¹

Por su parte, el diverso Tribunal Colegiado, ante un amparo directo laboral de similares características, resolvió negarle al quejoso la protección constitucional, porque estimó que “en el juicio de garantías no se puede alegar la inconstitucionalidad de una norma contractual derivada de la concertación de voluntades entre los particulares, puesto que el contrato colectivo no tiene la calidad de norma general, impersonal y abstracta, propios de las normas generales impugnables en el amparo directo, como lo establece la fracción IV del artículo 166 de la Ley Reglamentaria del juicio de garantías”. De modo que dicho Tribunal omitió el examen del problema jurídico planteado por el impetrante, “bajo el argumento de que en el juicio de amparo no es dable analizar si un acto entre particulares vulnera o no alguna de las garantías individuales consagradas en la Constitución Federal”.¹⁶²

Así, la materia de la contradicción de tesis fue determinar si en el juicio de amparo directo es posible examinar la constitucionalidad de un Contrato Colectivo de Trabajo.¹⁶³

En su sentencia, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación inicia definiendo que “el Contrato Colectivo de Trabajo es un convenio celebrado entre uno o varios sindicatos de trabajadores y uno o varios sindicatos de patrones, con el objeto de

¹⁶¹ Sentencia de 10 de junio de 2009, relativa a la contradicción de tesis 153/2009, del índice de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consultable en internet: <http://www2.scjn.gob.mx/expedientes/>, pp. 31-33.

¹⁶² Ibidem, p. 33-34.

¹⁶³ Ibidem, p. 37.

establecer las condiciones bajo las cuales debe prestarse el trabajo en una o más empresas o establecimientos”. Asimismo, aclara que es un acto jurídico que un sector de la doctrina ha denominado como “acto debido”; esto es, “el que resulta de una manifestación de la voluntad, que deriva del cumplimiento de una norma legal”.¹⁶⁴

Después, establece¹⁶⁵ que si bien en la elaboración del contrato colectivo imperan los principios de libertad contractual y de autonomía de la voluntad de las partes; lo cierto es que esta libertad no es absoluta, “pues está condicionada a que respeten dos deberes básicos: que no se estipulen derechos inferiores a los consignados en el artículo 123 constitucional y que no se vulnere ninguna garantía individual.”¹⁶⁶

Posteriormente, argumenta que el Contrato Colectivo de Trabajo posee la naturaleza de un convenio entre partes y no la de una ley, ni tampoco la de un acto de autoridad para efectos del juicio de amparo, “pues dado su carácter de convenio entre partes, no colma las características que todo acto de autoridad ha de tener para ser impugnado como acto reclamado en el juicio de amparo, ya que en su emisión no participa un ente que posea la naturaleza de autoridad –sino únicamente las partes contratantes, que se obligan en los términos de su texto- y que, por ende, incida en la esfera jurídica de los contratantes en forma unilateral”.¹⁶⁷

Sin embargo, he aquí la parte más trascendente para efectos de este estudio, la Segunda Sala de la Suprema Corte sostuvo que el hecho de que el Contrato Colectivo de Trabajo no sea un acto de autoridad para efectos del juicio de amparo “no significa que su contenido escape al control de constitucionalidad, pues, tratándose del juicio de amparo directo, en términos de los artículos 44, 46, 158 y 166, fracción IV, primer párrafo, de la Ley de Amparo, es posible que, al señalar como acto reclamado el laudo dictado en juicio laboral, se incluya en los conceptos de violación el tema de la interpretación y aplicación de

¹⁶⁴ Ibidem, pp. 41-42.

¹⁶⁵ Siguiendo la línea argumentativa que había definido anteriormente, al resolver el amparo directo en revisión 1124/2000, en el que se declaró la inconstitucionalidad de los artículos 395 y 413, ambos de la Ley Federal del Trabajo, en la medida que autorizan la incorporación de la cláusula de exclusión por separación, en los contratos colectivos de trabajo y en los contratos-ley, respectivamente.

¹⁶⁶ Sentencia de 10 de junio de 2009, relativa a la contradicción de tesis 153/2009, del índice de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consultable en internet: <http://www2.scjn.gob.mx/expedientes/>, p. 44.

¹⁶⁷ Ibidem, p. 51-54

algún contrato de esta naturaleza, a fin de verificar si sus cláusulas respetan o no las condiciones relativas a que no podrán ser inferiores a las previstas en el artículo 123 de la propia Carta Magna, ni contrarían las garantías individuales consagradas en su capítulo I, del título primero.”¹⁶⁸

Finalmente, condicionó la posibilidad de impugnación en amparo directo del clausulado de un Contrato Colectivo de Trabajo, a que “ese punto de derecho haya sido parte de la litis dentro del juicio laboral, donde se haya planteado la nulidad de las cláusulas consideradas ilegales o violatorias de garantías y, por ende, haya habido pronunciamiento en ese sentido por parte de la junta responsable”.¹⁶⁹

Como se aprecia la Segunda Sala reconoció la posibilidad de ponderar la validez de un acto celebrado entre particulares, como lo es el Contrato Colectivo de Trabajo, a la luz de los derechos fundamentales.

4.2.8. VOTO PARTICULAR EMITIDO EN EL AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN 618/2008

Los antecedentes de esta caso son los siguientes:

Moisés Curiel García amparo directo contra la sentencia definitiva de treinta de noviembre de dos mil cinco, dictada por la Quinta Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, en el toca de apelación 674/05/03, argumentando, en esencia, que contra lo señalado por la responsable, existe una clara nulidad en la cláusula sexta del convenio de separación de socio celebrado entre la parte actora y la parte demandada en cinco de julio de dos mil cuatro¹⁷⁰, en el juicio donde emana el acto reclamado, ya que sí

¹⁶⁸ Ibidem. p. 56.

¹⁶⁹ Ibidem. p. 57.

¹⁷⁰ Dicha cláusula es del tenor siguiente: "El socio que sea excluido o separado de la sociedad no podrá ofrecer, ni prestar directa ni indirectamente sus servicios profesionales durante un término de dos años (ya sea que la profesión la ejerza individualmente o como miembro de otro despacho de contadores públicos o consultores de cualquier otra organización o empresa), a los clientes que tenga el despacho Mancera, Sociedad Civil, en la fecha de su separación o que haya tenido durante los tres años anteriores a la separación, bajo la pena en caso contrario de perder a favor del despacho cualquier saldo a su favor y la de pagar un veinticinco por ciento sobre el importe bruto de los honorarios que perciba o debiera percibir, por concepto de daños y perjuicios causados a la sociedad y/o a los socios de Mancera, Sociedad Civil, como resultado de la violación a esta cláusula. Además desde ahora se compromete a no hacer competencia desleal, en su sentido

existe una prohibición o menoscabo de ejercer una profesión y es indudable que en la cláusula sexta del convenio base de la acción, se pactaron convenciones contrarias a lo establecido en dichos preceptos, así como en el artículo 5° constitucional, lo que se traduce claramente en una violación a normas de orden público¹⁷¹.

Por mayoría de tres ministros, la Primera Sala determinó desechar el recurso de revisión, ya que en la sentencia impugnada no se realizó un pronunciamiento sobre inconstitucionalidad de leyes, ni tampoco se llevó a cabo una interpretación directa de la Constitución¹⁷²; sin embargo, el ministro José Ramón Cossío Díaz formuló un importante voto particular, al que se adhirió la ministra Olga Sánchez-Cordero de García Villegas.

Cossío Díaz disiente del criterio mayoritario, y para justificar su postura sostuvo: “A mi juicio, en este caso hay razones para sostener que el Tribunal Colegiado realizó una interpretación directa de la Constitución, y que la Sala estaba en condiciones de entrar a estudiar el problema de constitucionalidad planteado. Además, me parece que las diferencias de apreciación en un asunto como el que hoy hemos discutido, reflejan diferencias más amplias en el entendimiento de la naturaleza del juicio de amparo, e invitan a cuestionar una cierta renuencia a explorar las posibilidades que, en los márgenes estrictos del derecho vigente, el amparo provee para introducir la perspectiva del enjuiciamiento constitucional en la esfera de relaciones entre particulares”¹⁷³.

Enseguida, el ministro Cossío se pronuncia explícitamente en favor de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y, además, propone que la

más amplio, a la sociedad.-- El socio que sea excluido o que se separe de la sociedad (Mancera, S.C.), no podrá ofrecer ni podrá emplear, ni contratar los servicios de los empleados o socios del despacho ya sea en forma individual o como miembro de otro despacho de contadores públicos o consultores, durante un término de dos años contados a partir de su separación, bajo la pena en caso de violación a esta disposición de perder a favor del despacho cualquier saldo que hubiere a su favor y de pagar un importe equivalente al cincuenta por ciento del importe bruto de los ingresos que por concepto de salarios o retiros a cuenta de utilidades y otras prestaciones hubiera tenido durante los últimos doce meses como empleado o socio de Mancera, Sociedad Civil."

¹⁷¹ Sentencia de 31 de mayo de 2006, relativa al amparo directo en revisión 618/2006, del índice de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consultable en internet: <http://www2.scjn.gob.mx/expedientes/>, pp. 4-9.

¹⁷² Ibidem, pp. 37-43.

¹⁷³ Voto particular en el amparo directo en revisión 618/2006, del índice de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consultable en internet: <http://www2.scjn.gob.mx/expedientes/>, p. 1.

vía procesal para ello sea el amparo directo. Por la relevancia de dichas consideraciones, éstas se transcriben en lo conducente:

Como en otros países, el amparo mexicano fue pensado como un juicio encaminado a defender a los particulares contra el actuar arbitrario de las *autoridades públicas*, no de simples particulares. Esta opción es lógica en un momento histórico en el que la percepción general era que la mayor amenaza a los derechos de los individuos vendría de las autoridades, no de sus conciudadanos. Sin embargo, hoy en día es una percepción generalizada que los derechos se ven tanto o más amenazados por las actuaciones de otros particulares que por las de las autoridades públicas, que la frontera entre lo público y lo privado es cada día más borrosa, y que, en realidad, las constituciones no son silentes respecto a ello, pues existe un consenso cada vez más amplio sobre el punto de que los derechos constitucionales están llamados a tener una eficacia “horizontal” —esto es, en las relaciones entre particulares— y no solamente vertical —esto es, en las relaciones entre poderes públicos y particulares—, cuestión esencialmente ligada al paso de un entendimiento meramente subjetivos de los derechos fundamentales a uno que les adiciona la dimensión objetiva, al llamado efecto de “irradiación” de los derechos fundamentales, al debate axiológico acerca de la teoría con la que deben interpretarse los derechos fundamentales.

Se abre y desarrolla así el debate sobre lo que los alemanes llaman *drittwirkung*, esto es, la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, debate que va naturalmente unido a otro en el que se ha planteado de qué mejor manera pueden extenderse las posibilidades procesales ofrecidas por el amparo para el enjuiciamiento de estos casos.

Al respecto, considero que, a diferencia de las “piruetas” procesales que otros países —pienso en España, pienso en Alemania— han tenido que hacer para extender el ámbito del juicio de constitucionalidad que se ejerce mediante el amparo, nuestra regulación nos ofrece soluciones expresas y al nivel normativo más adecuado. Se trata nada más, simplemente, de acercarnos al amparo directo con otros ojos.

En su diseño primigenio, el amparo directo es el amparo judicial, el amparo contra resoluciones finales de los jueces —a diferencia del amparo contra actos de autoridades distintas a ellos, que se canaliza a través del llamado amparo indirecto—, por vicios *in iudicando* o *in procedendo*. Mientras que esta filosofía y este objeto básico es oscurecido *de facto* por el modo en que se han dividido las competencias entre Corte y Colegiados en el caso del amparo contra sentencias que deciden sobre la constitucionalidad de leyes, el mismo persiste de modo transparente en el caso de amparo contra sentencias que contienen interpretación directa de la Constitución.

En efecto, mientras que la primera de las hipótesis de procedencia del recurso ante la Suprema Corte contra las sentencias de amparo directo puede invitar a olvidar esto, pues se reserva a la Corte solamente la decisión acerca de los vicios de

constitucionalidad de las normas aplicadas por el juez, lo que puede llevar a pensar que lo importante son estas normas y olvidar que el objeto básico de enjuiciamiento es la actuación del juez, la segunda de las hipótesis no deja lugar a muchas dudas: la Corte está llamada a revisar los significados que los Tribunales adscriben al texto constitucional en el curso de sus operaciones de enjuiciamiento de leyes o de normas de rango inferior, o de actos de autoridades públicas, o de actos de particulares.

Si lo único “importante” o “trascendente” fuera la constitucionalidad de leyes y otras normas de carácter general, no tendría sentido que la Constitución Federal incluyera como supuesto adicional e independiente del mismo los casos de interpretación directa de la Constitución, y por lo tanto, se hace necesario destacar que el amparo directo en nuestro país permite a la Corte una vía de penetración importante en la revisión de la constitucionalidad de las interacciones entre particulares —que, por supuesto, no crea en el fondo nada nuevo en cuanto a que parte de normas constitucionales vigentes desde hace largo tiempo y en cuanto se refiere a cosas que ya se han estado haciendo— pero que es necesario rescatar de la invisibilidad y presentar y teorizar como tal.

Finalmente, no hay que temer que un giro de énfasis como el que propongo acabe saturando a la Corte de revisiones de conflictos entre particulares, pues en todo caso persiste la necesidad de que la resolución del asunto pueda propiciar, a su juicio, la fijación de un criterio de importancia y trascendencia, lo cual permite a la Corte escoger casos prominentes cuya resolución pueda fortalecer con especial efectividad la vigencia efectiva de la libertad y la igualdad en el amplio ámbito de las interacciones privadas¹⁷⁴.

4.2.9 EL AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN 968/2010

Los antecedentes de este asunto son tres juicios civiles, promovidos por la quejosa (resueltos acumuladamente) en los que solicitaba una indemnización por daño moral a una empresa que había publicado anuncios con ofertas de trabajo para personas que satisficieran el requisito de no sobrepasar cierto límite de edad. En opinión de la quejosa, tal “exigencia constituye un ataque a su dignidad y un acto discriminatorio constitucionalmente prohibido, que vulnera tanto el derecho a no ser discriminada, consagrado en el artículo 1° de la Constitución Federal —y sus homólogos en otros instrumentos legales y convencionales vinculantes en el país— como la libertad de acceso al trabajo protegida en el artículo 5° de

¹⁷⁴ Ibidem, pp. 4-7.

la Carta Magna —así como en otros instrumentos legales, tanto de fuente interna como de fuente internacional”¹⁷⁵.

La Primera Sala declaró parcialmente fundados, pero inoperantes los agravios formulados.

Para ello retomó el concepto de violación hecho valer por la quejosa, que medularmente planteó que “sus derechos constitucionales a no ser discriminada —en general y en el acceso al mercado laboral— y a ver debidamente respetada su dignidad, tanto en el ámbito de las relaciones privadas como en el ámbito de las interacciones entre particulares y poderes públicos, exige que la empresa la indemnice por el daño que le causa la contemplación de un anuncio que ofrece trabajo a personas que, entre otros, satisfagan el requisito de no sobrepasar cierta edad”. Ello, derivado de que la quejosa argumenta de que el solo hecho de publicar tal anuncio “con independencia de que no solicitara el puesto de trabajo a la empresa y ésta no se lo negara —extremos que serían relevantes, apunta, para calibrar la entidad o dimensión del daño, pero que en ningún caso podrían eliminar su existencia desde el momento de la publicación del anuncio— vulnera sus derechos fundamentales bajo los artículos 1º y 5º de la Carta Magna. Para hacer más patente el tipo de daño a que se refiere [...] en un punto de sus conceptos de violación [la quejosa invitaba] a imaginar nuestra reacción ante un anuncio que ofreciera trabajo a los que cumplieran determinadas condiciones y requisitos, siempre y cuando, además ‘*el candidato [fuera] de raza blanca o caucásica*’¹⁷⁶.

En respuesta a tal planteamiento la Primera Sala afirmó que “El principio de igualdad —como la libertad, la autonomía personal, la solidaridad o el pluralismo cultural— es uno de los valores fundamentales de nuestro ordenamiento, cuyo carácter normativo debe condicionar el comportamiento de los poderes públicos y debe hacerse sentir también [...] en el mundo de las relaciones entre particulares”¹⁷⁷.

¹⁷⁵ Sentencia de 23 de junio de 2010, relativa al amparo directo en revisión 968/2010, del índice de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consultable en internet: <http://www2.scjn.gob.mx/expedientes/>, p. 17.

¹⁷⁶ Ibidem, pp. 18 y 20.

¹⁷⁷ Ibidem, pp. 20-21.

Sin embargo, la Sala señaló que esa “fuerza normativa se manifiesta de modos muy distintos según el ámbito social y jurídico en el que nos hallemos, y según sean unos u otros los sujetos involucrados en cada caso concreto. Una cosa es considerar que ciertas prácticas son problemáticas desde la perspectiva de los valores y derechos constitucionales básicos, y otra muy distinta decir que de esa tensión debe sacarse una u otra consecuencia jurídica concreta. Los valores y los principios constitucionales vinculan al legislador, al resto de los poderes públicos y a los particulares, pero ello no equivale a decir que su sustancia normativa puede hacerse valer contra todos, en cualquier circunstancia, por cualquier medio y con unas consecuencias jurídicas determinadas o siempre idénticas”¹⁷⁸.

Así, la Sala apuntó que “los valores y principios constitucionales vinculan, en general, tanto verticalmente como horizontalmente. Pero qué consecuencias tenga ello en este último tipo de situaciones —por centrarnos en el caso que más interesa, dado que en este caso la contraparte de la quejosa en el juicio natural es una empresa privada— dependerá, marcadamente, de al menos los siguientes factores:

- i) los intereses jurídicos que entran en juego junto con el derecho que se considera vulnerado, y en particular, el hecho de que estos puedan o no identificarse con derechos e intereses de otros particulares que haya que tomar en consideración;
- ii) la existencia o no de una labor mediadora del legislador que explicita o concrete las consecuencias jurídicas de ser titular de un derecho en un ámbito determinado;
- iii) los requisitos de procedibilidad propios de la vía por la que las personas deciden hacer valer sus derechos”¹⁷⁹.

A partir de estas consideraciones, la Primera Sala razonó la inoperancia del agravio planteado por la quejosa, dado que ésta “tiene toda la razón cuando argumenta que el hecho de que anuncios como los publicados por la empresa demandada estén al orden del día en

¹⁷⁸ Ibidem, p. 21.

¹⁷⁹ Ibidem, pp. 21-22.

México hace parte de una serie de prácticas sociales que contribuyen a que las personas disfruten de derechos y oportunidades desiguales por razón de su edad, y que ello es un estado de cosas que, con la Constitución en la mano, puede considerarse ampliamente reprochable”. Sin embargo,—argumentó la Sala— la quejosa “no puede derivar directa y automáticamente de ese hecho, o de ese estado de cosas, un derecho a que los propietarios de *El Palacio de Hierro* le otorguen una determinada cantidad monetaria en concepto de indemnización por el daño moral que ella resiente al ver publicado un anuncio en el que dicha empresa solicita trabajadores que no superen una cierta edad máxima. La afectación que la mera publicación del anuncio le provoca le permite, por ejemplo, interponer una queja ante la Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación o ante la Comisión Nacional de Derechos Humanos, o intentar una variedad de otros medios de reacción legal, incluidos los judiciales. Los jueces civiles, sin embargo, no actúan fuera de la cobertura constitucional cuando deciden, como lo hicieron en el caso que nos ocupa, que la pretensión indemnizatoria no puede prosperar en ausencia de una petición de empleo rechazada sobre la base del requisito de edad. Y ello es así no porque la indemnización pueda reconocerse sólo en casos de afectaciones graves —pues la afectación denunciada no es necesariamente menor— sino porque, como lo subrayaron los jueces civiles, no puede hablarse de ‘acto ilícito’ a efectos indemnizatorios (el primero de los tres requisitos necesarios para que pueda reconocerse responsabilidad por daño moral) en ausencia de un contexto apto para hacer una ponderación concreta de los derechos de las partes enfrentadas”¹⁸⁰.

En este punto de su argumentación, la Primera Sala introduce la distinción entre ponderación abstracta y ponderación concreta en los siguientes términos: “Habrá casos en los que —puede pensarse— la alternativa entre decidir un caso en un contexto de ponderación abstracta o en un contexto de ponderación concreta es casi irrelevante, a la vista de la aparente seguridad con la que podrá concluirse que la utilización de ciertos criterios resulta casi invariablemente ilícita. La raza o el origen étnico son buenos ejemplos de este tipo de criterios. Pero ello no ocurre con los requisitos de edad. La edad es un criterio de clasificación social y legal cuyo uso a veces, efectivamente, opera como

¹⁸⁰ Ibidem, pp. 22-23.

vehículo de arraigados prejuicios —conscientes o inconscientes—, reforzando o perpetuando estados de cosas discriminatorios. Pero en otros casos, la edad es un criterio legítimo para la regulación legal y el reparto de derechos y obligaciones [...] Así pues, si la ponderación concreta es necesaria en la mayoría de los casos que enfrentan pretensiones de particulares sobre la base de la discriminación (básicamente porque en esos casos el principio de igualdad tiene que armonizarse con el principio de autonomía), ello es particularmente el caso cuando de requisitos de edad se trata”¹⁸¹.

Por esta razón, —argumentó la Primera Sala— “en el caso concreto, las observaciones de la quejosa acerca de la tensión entre los valores y principios constitucionales y el estado de cosas que la emisión de anuncios como el examinado refleja no puede llevar, sin embargo, a revocar la sentencia civil que reclama. Dado que la señora Pacheco no intentó una vía jurídica encaminada a reconocer formalmente una discriminación, ni la emisión de medidas recomendatorias o de reforma legal —por ejemplo— sino que pretende obtener una indemnización monetaria de una persona moral determinada (o de personas físicas a ella vinculadas), era necesario que estableciera una vinculación jurídica concreta y distintiva con esa empresa, de entidad suficiente para justificar que deba ser esta última la que responda por la discriminación sufrida. Si los jueces civiles concluyeron que, en ausencia de una petición de empleo y un rechazo concreto por motivo de edad, esa *vinculación distintiva* entre dos particulares no existía, lo cual resultaba necesario para examinar el peso comparativo de sus respectivas pretensiones basadas en derechos y para poder eventualmente hablar de ‘acto ilícito’ en el contexto del juicio civil indemnizatorio, ello no es un resultado que las consideraciones que se han hecho en la presente instancia sea apto para modificar”¹⁸².

En esas condiciones, la Primera Sala concluyó que “ninguna de las razones que le asisten a la quejosa, en términos de fuerza vinculante de los principios constitucionales y en términos de eficacia horizontal de los derechos entre particulares, como tesis general, elimina el hecho de que el resultado de su juicio civil indemnizatorio sería en cualquier caso fundamentalmente el mismo porque, al no solicitar el empleo de la empresa concreta a

¹⁸¹ Ibidem, pp. 23-24.

¹⁸² Ibidem, pp. 24-25.

la que demanda, se situó en una posición jurídica inapta para obtener una indemnización monetaria de esta última, al no establecer la vinculación concreta que resultaba necesaria para que el juez sopesara adecuadamente, bajo las leyes y la Constitución, sus encontradas pretensiones”¹⁸³.

4.2.10 LA CONTRADICCIÓN DE TESIS 318/2009

Este asunto se presentó cuando Tribunales Colegiados sostuvieron que el aviso-recibo expedido por la Comisión Federal de Electricidad que contiene la frase “fecha límite de pago” sin que obre la leyenda “corte a partir de”, no supone un apercibimiento implícito de corte de energía eléctrica y, por ende, no implica la emisión de un acto de autoridad para efectos del juicio de amparo; en cambio, diverso Tribunal Colegiado determinó que el aviso-recibo que expide la Comisión Federal de Electricidad con la leyenda “fecha límite de pago” sin que aparezca la frase “corte a partir de”, sí es un acto de autoridad para efectos del juicio de amparo, porque supone un apercibimiento implícito de corte del servicio de energía eléctrica.

Por tanto, la materia de la contradicción de tesis fue dilucidar si el aviso-recibo expedido por la Comisión Federal de Electricidad que contiene la frase “fecha límite de pago” sin que obre la leyenda “corte a partir de”, constituye o no la emisión de un acto de autoridad para efectos del juicio de amparo.

Ante esta problemática jurídica, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó apartarse de la jurisprudencia que anteriormente sostuvo, en el sentido de que la Comisión Federal de Electricidad es autoridad para los efectos del juicio de amparo tratándose del “aviso recibo” que expide por concepto del suministro de energía eléctrica.

Cabe precisar que este asunto es relevante para el tema de este trabajo, en la medida en que versa sobre el problema procesal de la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares, esto es, al tópico relativo no a si éstos rigen o no en las relaciones privadas, sino a cuáles son los medios de jurisdiccionales de defensa en los que la violación de un

¹⁸³ Ibidem, p. 25.

derecho se puede enmendar y más concretamente, a si el juicio de amparo es una vía posible para tal efecto.

Las consideraciones de la Segunda Sala dejan claro que el juicio de amparo es “un medio de control constitucional de los actos de autoridad, [que] resulta improcedente respecto de actos de particulares”.¹⁸⁴

Asimismo, la Segunda Sala argumentó que resultaba “innegable que el sistema jurídico autoriza a que los organismos públicos, en algunos supuestos, actúen como particulares en relaciones de derecho privado, lo que es impugnabile a través de los procedimientos ordinarios previstos a esos efectos; y que, en otros casos, emitan actos de autoridad susceptibles de combatirse a través del juicio de amparo” por lo que “no todo acto emitido por un órgano de la administración pública constituye un ‘acto de autoridad para los efectos del juicio de amparo’, sino solamente aquellos que impliquen el ejercicio de una potestad administrativa, es decir, aquellos que supongan el ejercicio de facultades que otorguen a la autoridad privilegios sustentados en el orden público y el interés social, de tal magnitud que actualicen una relación de supra a subordinación”¹⁸⁵.

Desde esa perspectiva, la Segunda Sala razonó que “el contrato que celebra la Comisión Federal de Electricidad con las personas físicas o morales constituye un contrato de suministro y adhesión, donde la Comisión prestadora del servicio y los usuarios adquieren derechos y obligaciones recíprocas, bajo condiciones que fija el proveedor; obligaciones que consisten, centralmente, por parte de la Comisión Federal de Electricidad en proporcionar el servicio de energía eléctrica al usuario; y la correlativa obligación del usuario de pagar como contraprestación una cantidad de dinero por la energía consumida en determinado periodo de facturación”¹⁸⁶.

Así, la Segunda Sala estableció que si bien “es verdad que la Comisión Federal de Electricidad es un organismo público descentralizado de la administración pública federal, que está facultada para celebrar contratos de suministro de energía eléctrica con los

¹⁸⁴ Sentencia relativa a la contradicción de tesis 318/2009, del índice de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consultable en internet: <http://www2.scjn.gob.mx/expedientes/>, foja 15.

¹⁸⁵ Ibidem, fojas 26 y 27.

¹⁸⁶ Ibidem, foja 44.

particulares, no por eso puede afirmarse que la relación entre las partes contratantes corresponde a la de supra a subordinación, ya que en realidad se trata de una relación de coordinación”, en virtud de que “la celebración del contrato de suministro de energía eléctrica implica que la Comisión Federal de Electricidad y el particular tienen obligaciones y derechos recíprocos, lo que evidencia que la relación jurídica existente entre las partes no corresponde a la de una autoridad y un gobernado, sino a una relación de coordinación y correspondencia entre el interés del organismo subsidiario y el particular usuario del servicio”¹⁸⁷

En relación con el tema del corte de energía eléctrica, la Sala argumentó que “la falta de pago del servicio de suministro de energía eléctrica por parte del usuario actualiza el derecho de retención de la obligación por parte de la Comisión Federal de Electricidad, que se traduce en el corte del suministro de energía eléctrica”, elemento que “podría denominarse cláusula de cese del suministro de las prestaciones o servicios pactados ante el incumplimiento de la parte contratante, [y que] no genera que la relación de coordinación se transforme en una relación de supra a subordinación, ya que dicha cláusula sólo implica la posibilidad de que la parte que se ha visto perjudicada por el incumplimiento de su contraparte deje de otorgar las prestaciones, servicios y/o beneficios de la relación jurídica, en ejercicio del legítimo derecho de retención de la obligación que genera cualquier relación contractual ante el incumplimiento de alguna de las partes; y si lo que se pretende es que se declare esa falta de cumplimiento del contrato para efectos de rescisión o que se demande el cumplimiento forzoso, es el juez ordinario el que tiene la jurisdicción para decidirlo, y no el juez de amparo, considerando que no se trata de un acto de autoridad”¹⁸⁸.

Además, la Sala razonó que el “corte del suministro de la energía eléctrica ante el incumplimiento del usuario no genera que la relación de coordinación se transforme en una relación de supra a subordinación, ya que sólo implica la posibilidad de que la parte afectada deje de otorgar el servicio contratado en ejercicio del legítimo derecho de retención de la obligación que genera cualquier relación contractual ante el incumplimiento de alguna de las partes (como sucede tratándose de contratos de derecho privado, en

¹⁸⁷ Ibidem, foja 45.

¹⁸⁸ Ibidem, fojas 48 y 49.

materia de seguros, telefonía, tarjetas de crédito, entre otros), sin que ello conlleve un procedimiento de ejecución dirigido a obtener el adeudo mediante mecanismos coercitivos (por ejemplo, a través del embargo de bienes), para lo cual sí se tendría que acudir a los tribunales de justicia a esos efectos. De manera que [...] no todo acto emitido por un órgano de la administración pública, ni tampoco la aplicación de cláusulas contractuales de retención de la obligación ante el incumplimiento de la contraparte (corte de energía eléctrica) constituye un acto de autoridad para los efectos del juicio de amparo, sino solamente aquellos que conlleven el ejercicio de una potestad administrativa, que otorgue a la autoridad atribuciones de tal magnitud que actualicen una relación de supra a subordinación frente al particular”¹⁸⁹.

De este modo, la Segunda Sala concluyó que “el corte o suspensión del servicio de energía eléctrica contratado, por falta de pago oportuno, no puede ser considerado, por esa sola circunstancia, un acto de autoridad para los efectos del juicio de amparo”. Asimismo, que “el ‘aviso recibo’ que expide la Comisión Federal de Electricidad por concepto del suministro de energía eléctrica, inclusive en el caso de que contenga expresamente una advertencia de corte o suspensión del servicio, no es un acto de autoridad susceptible de analizarse mediante el juicio de amparo” y expresamente abandonó las siguientes jurisprudencias: “COMISIÓN FEDERAL DE ELECTRICIDAD. LA DETERMINACIÓN MEDIANTE LA CUAL APERCIBE AL CONSUMIDOR DE REALIZAR O REALIZA EL CORTE DEL SUMINISTRO DE ENERGÍA ELÉCTRICA, CONSTITUYE UN ACTO DE AUTORIDAD IMPUGNABLE A TRAVÉS DEL JUICIO DE AMPARO.”¹⁹⁰; “AUTORIDAD PARA EFECTOS DEL JUICIO DE AMPARO. LO ES LA COMISIÓN FEDERAL DE ELECTRICIDAD CUANDO APERCIBE DE REALIZAR O REALIZA EL CORTE DE SUMINISTRO DE ENERGÍA ELÉCTRICA.”¹⁹¹; y “COMISIÓN FEDERAL DE ELECTRICIDAD. EL ‘AVISO-RECIBO’ DE LUZ CONTIENE UN APERCIBIMIENTO IMPLÍCITO, QUE VÁLIDAMENTE PUEDE CONSIDERARSE

¹⁸⁹ Ibidem, fojas 50 y 51.

¹⁹⁰ No. de Registro: 186,337. Jurisprudencia. Materia(s): Administrativa. Novena Época. Instancia: Segunda Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: XVI, agosto de 2002. Tesis: 2a./J. 91/2002. Página: 245.

¹⁹¹ No. de Registro: 192,496. Tesis Aislada. Materia(s): Administrativa. Novena Época. Instancia: Segunda Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: XI, enero de 2000. Tesis: 2a. II/2000. Página: 76.

ACTO DE AUTORIDAD PARA EFECTOS DEL JUICIO DE AMPARO, MAS NO SUSTITUYE AL 'AVISO PREVIO' QUE ESTABLECE EL ARTÍCULO 26, FRACCIÓN I, Y ÚLTIMO PÁRRAFO, DE LA LEY DEL SERVICIO PÚBLICO DE ENERGÍA ELÉCTRICA.»¹⁹².

4.2.11 EL VOTO PARTICULAR EMITIDO EN EL AMPARO EN REVISIÓN 2219/2009

En la misma perspectiva procesal de la problemática de la eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares se encuentra el amparo en revisión 2219/2009, fallado por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en 19 de abril de 2010, cuyo engrose aún se encuentra disponible, pero sí el voto particular formulado por la ministra Olga del Carmen Sánchez Cordero de García Villegas.

El proble central que se analizó consistió en determinar si la junta de honor de la barra mexicana, colegio de abogados, asociación civil, es autoridad o no para los efectos del juicio de amparo, al sancionar a uno de sus agremiados. El Tribunal Pleno de la Suprema Corte estimó que no.

Sin embargo, la ministra Sánchez Cordero disintió del criterio de la mayoría, y argumentó desde la perspectiva de las características que la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado como distintivas de la autoridad para efectos del amparo¹⁹³.

¹⁹² No. de Registro: 181,599. Jurisprudencia. Materia(s): Administrativa. Novena Época. Instancia: Segunda Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: XIX, mayo de 2004. Tesis: 2a./J. 66/2004. Página: 524.

¹⁹³ No. Registro: 188,436. Tesis aislada. Materia(s): Común. Novena Época. Instancia: Segunda Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. XIV, Noviembre de 2001. Tesis: 2a. CCIV/2001. Página: 39. "AUTORIDAD PARA LOS EFECTOS DEL AMPARO. NOTAS DISTINTIVAS. Las notas que distinguen a una autoridad para efectos del amparo son las siguientes: a) la existencia de un ente de hecho o de derecho que establece una relación de supra a subordinación con un particular; b) que esa relación tenga su nacimiento en la ley, lo que dota al ente de una facultad administrativa, cuyo ejercicio es irrenunciable, al ser de naturaleza pública la fuente de esa potestad; c) que con motivo de esa relación emita actos unilaterales a través de los cuales cree, modifique o extinga por sí o ante sí, situaciones jurídicas que afecten la esfera legal del particular; y, d) que para emitir esos actos no requiera de acudir a los órganos judiciales ni precise del consenso de la voluntad del afectado."

Por la importancia de la argumentación del voto particular mencionado, ésta se transcribe en lo conducente:

Motivo mi voto en el análisis que realicé del proceso de reformas por el que se adicionó el segundo párrafo del artículo 4º constitucional, cuyo texto se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 17 de noviembre de 1942, así como del proceso de reformas por el que se aprobó su ley reglamentaria, publicada el 26 de mayo de 1945 en ese Diario, del que advertí que los colegios de profesionistas fueron creados con la finalidad de estimular el orden y control de sus integrantes, así como para auxiliar al Estado en la solución de los problemas de la rama de cada una de las profesiones, por lo que el derecho de que los profesionistas se agremien tiene su razón de ser en el párrafo segundo del actual artículo 5º constitucional y en su ley reglamentaria, pues la constitución de esos colegios va en función directa de la profesión que el propio Estado regula a través de esas asociaciones civiles al ser una actividad de interés general que no se limita a buscar el beneficio de sus agremiados.

En consecuencia, las asociaciones civiles que adquieren el carácter de colegios de profesionistas lo son en virtud de que han obtenido un registro como colegio de profesionistas ante la Dirección de Profesiones, dependiente de la Secretaría de Educación Pública, que así lo señala, y en razón de reconocérseles ese carácter por mandato de la ley, y no porque así se hayan autodenominado a través de la declaración de la voluntad de sus miembros contenida en su acta constitutiva; por tanto, la constitución y la obtención de ese registro tiene por consecuencia la atribución de ciertas facultades a favor del colegio registrado, que no van en relación únicamente con los intereses de los agremiados y que tampoco son los inherentes a una asociación civil ordinaria, de derecho común, sino al interés del Estado de regular el ejercicio de las profesiones.

Por ello, considero que los Colegios de Profesionistas al sancionar a sus agremiados realizan actos de autoridad para efectos de la procedencia del juicio de amparo, ya que ejercen facultades decisorias que constituyen la expresión de una potestad administrativa, cuyo ejercicio es irrenunciable y, por ello, esas sanciones se traducen en verdaderos actos de autoridad para efectos de la procedencia del juicio de amparo, al ser de naturaleza pública la fuente de tal potestad, pues con base en las atribuciones que les otorga el inciso r) del artículo 50 de la Ley Reglamentaria del Artículo 5º Constitucional relativa al ejercicio de las profesiones en el Distrito Federal, válidamente pueden emitir actos unilaterales a través de los cuales crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas que afecten la esfera legal de los profesionistas, entre ellos sus agremiados, sin necesidad de acudir a los órganos jurisdiccionales ni del consenso de la voluntad del afectado, amén de que se establece una relación de supra a subordinación entre esas asociaciones con los profesionistas, al tener estos últimos la obligación de acatar las resoluciones que en materia de sanciones dictan esos colegios por mandato de la ley, creándose con ello unilateralmente una situación que afecta su esfera jurídica.

El criterio que sostengo, se corrobora por el hecho de que en la resolución dictada por la Junta de Honor de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, Asociación Civil, el dieciséis de julio de dos mil ocho, no sólo se determinó suspender al quejoso seis meses en los derechos como asociado, sin exención de cuotas, pues en el cuarto punto resolutivo se ordena su publicación en la revista “El Foro”, en *“cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 48 de los Estatutos...”*.

Por ello, estimo que la orden de publicar la resolución que sanciona al quejoso en la revista “El Foro” le ocasiona un perjuicio en su esfera jurídica.

CONCLUSIÓN

Es evidente que en México los derechos fundamentales o, más específicamente, algunos de ellos, sí vinculan a los particulares. Así lo han establecido las Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en los casos presentados. Esto medulamente tiene que ver con la fuerza normativa de tales derechos, concepción que se ha consolidado en la teoría constitucional contemporánea, sobre todo a partir de proceso denominado “constitucionalización del ordenamiento jurídico”.

En relación con la dimensión procesal de la problemática de la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares, parece claro que el amparo indirecto contra actos de autoridades distintas de los tribunales judiciales, administrativos o del trabajo no es una vía factible para su protección. También resulta ostensible que la vía idónea de protección de las violaciones de derechos fundamentales realizadas por particulares es el amparo directo, esto es, el amparo contra sentencias definitivas, laudos o resoluciones que ponen fin al juicio.

En este aspecto, en México se ha adoptado la tesis de la imputación judicial de la vulneración, creada en Alemania a mediados del siglo pasado, que consiste, en esencia, en que la vulneración del derecho fundamental originariamente causada por un particular, es reclamada por el afectado en una vía ordinaria, y si ahí no es acogida su pretensión, entonces acude al amparo contra la sentencia que le fue adversa.

El reto en México ahora es generar criterios metodológicos que permitan racionalizar la aplicación de los derechos fundamentales en las controversias entre particulares. En otras palabras, se trata de determinar de qué manera y hasta dónde vamos a aplicar el “efecto irradiación” del que habló la jurisprudencia alemana en el caso Lüth.

Se trata del llamado problema de colisión, que consiste en “el análisis singular de las relaciones jurídicas en las que los derechos fundamentales se ven enfrentados con otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos”¹⁹⁴.

¹⁹⁴ Mijangos y González, *op. cit.*, nota 70, p. XV.

Un ejemplo notable del desarrollo de criterios metodológicos de que se habla, se encuentra en las consideraciones expresadas por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la ejecutoria relativa al amparo directo en revisión 968/2010, en el que se afirma en forma contundente que la fuerza normativa de los derechos fundamentales opera de manera distinta según el contexto de que se trate. En concreto, porque si bien los derechos fundamentales vinculan tanto a los poderes públicos, como a los particulares, lo cierto es que esto no conlleva a afirmar que las pretensiones derivadas de la aplicación de los derechos puedan hacerse valer “contra todos, en cualquier circunstancia, por cualquier medio y con unas consecuencias jurídicas determinadas o siempre idénticas”.

Además, en dicha sentencia se plantean algunos factores que deben tomarse en cuenta, a fin de establecer las consecuencias jurídicas de la influencia de los derechos fundamentales en el derecho ordinario. Tales factores son:

- i) Los intereses jurídicos que entran en juego junto con el derecho que se considera vulnerado, y en particular, el hecho de que estos puedan o no identificarse con derechos e intereses de otros particulares que haya que tomar en consideración.
- ii) La existencia o no de una labor mediadora del legislador que explicita o concrete las consecuencias jurídicas de ser titular de un derecho en un ámbito determinado.
- iii) Los requisitos de procedibilidad propios de la vía por la que las personas deciden hacer valer sus derechos.

En la ejecutoria en comento también se plantea la necesidad de acudir a esquemas de ponderación abstracta y concreta, al momento de resolver un conflicto de la naturaleza apuntada.

Pero sobre todo, algo que queda claro en la sentencia del amparo directo en revisión 968/2010 es que el hecho de que alguna controversia entre particulares alguna de las partes invoque la vulneración de un derecho fundamental por su contraria, no necesariamente significa que ésta obtendrá un fallo favorable.

El problema de colisión, en su núcleo, se encuentra en que siempre en una controversia entre particulares está de por medio el valor de la autonomía personal (que indudablemente cuenta con relevancia constitucional), y que se encuentra muy vinculado a la previsibilidad del derecho. Y este valor muchas veces juega en contra de la aplicación del derecho fundamental invocado por alguna de las partes.

Se trata de la objeción clásica a la vigencia de los derechos fundamentales entre particulares, consistente en que se vulneraría la “autonomía de la voluntad” que debe regir en las relaciones privadas.

En el caso planteado en la sentencia del amparo directo en revisión 968/2010, por ejemplo, la pretensión de la ahí quejosa no prosperó, porque ésta nunca realizó una petición de empleo que fuera rechazada por la empresa en razón de su edad. Por ello, no se configuró un “acto ilícito” a efectos de indemnización (primero de los requisitos necesarios para reconocer la existencia de una responsabilidad civil por daño moral). Esto es, en la sentencia aludida se tomó en consideración el factor de los requisitos de procedibilidad propios de la vía por la que la quejosa decidió hacer valer sus derechos.

El propio caso Lüth ilustra muy bien el problema de colisión. Recordemos que el juez ordinario encontró que la conducta de Lüth —el llamamiento para impedir la proyección de una película— fue contraria a las buenas costumbres, de acuerdo con la definición contenida en el artículo 826 del Código Civil alemán y, en consecuencia, lo condenó a abstenerse de seguir emitiendo sus opiniones sobre Veit Harlan y el filme referido. Sin embargo, el Tribunal Constitucional alemán determinó que la conducta de Lüth se encontraba respaldada por la libertad de expresión y, por tal razón, estimó que su conducta no fue contraria a las buenas costumbres, de conformidad con el artículo mencionado.

El contraste entre ambas sentencias es de resaltar, pues mientras en el caso Lüth el fundamento de derecho ordinario que fue la base para la condena se regía una cláusula de textura abierta, como lo es la de “conductas contrarias a las buenas costumbres”, en el caso del amparo directo en revisión 968/2010, era necesario acreditar los requisitos para la

existencia de responsabilidad civil por daño moral, que de acuerdo con el artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal son los siguientes:

i) La existencia de un hecho o conducta ilícita provocada por una persona denominada autora.

ii) Que ese hecho o conducta ilícita produzca afectación a una determinada persona, en cualquiera de los bienes que a título ejemplificativo tutela el artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal.

iii) Que haya una relación de causalidad adecuada entre el hecho antijurídico y el daño.

Queda claro entonces que entre mayor “textura abierta” tengan los requisitos de procedibilidad propios de la vía ordinaria intentada, más factible será la aplicación del derecho fundamental en juego para decidir la controversia entre particulares, ya que esa textura abierta debilita el valor de previsibilidad del derecho.

FUENTES CONSULTADAS

FUENTES BIBLIOGRÁFICAS:

ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. Carlos Bernal Pulido, 2ª edición en español, Madrid, CEPC, 2008, 601 pp.

BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3ª edición, Madrid, CEPC, 2007, 883 pp.

CARBONELL, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, México, Porrúa, 2005, 1111 pp.

COSSÍO DÍAZ, José Ramón, *La teoría constitucional de la Suprema Corte de Justicia*, México, Fontamara, doctrina jurídica contemporánea (Núm. 12), 2004, 241 pp.

ESTRADA, Alexei Julio, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, 332 pp.

FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 1999, 180 pp.

———, “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, en Ferrajoli, Luigi, et. al., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Madrid, Trotta, 2001, pp. 287-380.

———, “Pasado y futuro del Estado de Derecho”, en Ferrajoli, Luigi, et. al., *Neoconstitucionalismo (s)*, edición de Miguel Carbonell, UNAM-Trotta, Madrid, 2003, pp. 13-27.

GUASTINI, Ricardo, “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en Ferrajoli, Luigi, et. al., *Neoconstitucionalismo (s)*, edición de Miguel Carbonell, UNAM-Trotta, Madrid, 2003, pp. 49-73.

MIJANGOS Y GONZÁLEZ, Javier, *La vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, México, Porrúa, Breviarios jurídicos (Núm. 18), 2004, 106 pp.

———, *Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. Análisis del caso mexicano*, México, Porrúa, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional (Núm. 18), 2007, 314 pp.

SCHWABE, Jürgen, *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán*, trad. Marcela Anzola Gil, Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez-Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, 2003, 501 pp.

FUENTES HEMEROGRÁFICAS:

PRIETO SANCHÍS, Luis, “diez argumentos sobre neoconstitucionalismo, juicio de ponderación y derechos fundamentales”, *Revista Enciclopédica Tributaria Opciones Legales Fiscales*, México, año 03, num. 16, marzo de 2010, pp. 30-48.

FUENTES ELECTROGRÁFICAS:

CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, [en línea], México, UNAM-Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Cuadernos constitucionales México-Centroamérica (num. 27), 1998, [Citado 12-09-2009], formato pdf, disponible en Internet: <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/119/2.pdf>, ISBN 968-36-6738-4, 60 pp.

DE DOMINGO PÉREZ, Tomás, “El problema de la drittwirkung de los derechos fundamentales: una aproximación desde la filosofía del derecho”, *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, [en línea], Madrid, año 7, num. 11, 2002, formato pdf, [citado en 10/05/2010] disponible en internet: <http://e-archivo.uc3m.es/dspace/bitstream/10016/1528/1/DyL-2002-VII-11-Domingo.pdf>, ISSN 1133-0937, pags. 251-289

SÁNCHEZ GIL, Rubén, *El principio de proporcionalidad*, [en línea], México, UNAM-IIIJ, 2007, formato pdf, [citado 15/05/2010], disponible en internet: <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2422/12.pdf>, ISBN 970-32-3939-0, 124 pp.

SANZ BURGOS, Raúl, “Sobre la interpretación de los derechos fundamentales”, [en línea], en Consuelo Maqueda Abreu y Víctor M. Martínez Bullé Goyri (coords.), *Derechos humanos, temas y problemas*, CNDH-UNAM-IIIJ, México, 2010, formato pdf, [citado en 10/05/2010], disponible en internet: <http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2758/12.pdf>, ISBN 9786070212147, pp. 351-389.

SCHNEIDER, Hans-Peter, “Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático” [en línea], *Revista de estudios políticos*, num. 7, 1979, formato pdf, [citado 10/05/2010], disponible en internet: http://www.cepc.es/rap/Frames.aspx?IDS=2ada3y45byql4v45mu0h4z45_56724&ART=3,15744,REPNE_007_022.pdf, ISSN 0048-7694, pp. 7-35.

TOLE MARTÍNEZ, Julián, “La teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales en Colombia. El estado de cosas inconstitucionales, un ejemplo de su aplicación”, *Cuestiones constitucionales: revista mexicana de derecho constitucional*, [en línea], México, num. 15, 2006, formato pdf, [citado 8/05/2010], disponible en internet: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/cconst/cont/15/ard/ard10.pdf>, ISSN 1405-9193, pp. 253-316.

Sitio de internet: <http://www2.scjn.gob.mx/expedientes/>

Disco óptico IUS