



Universidad Autónoma de Querétaro

Facultad de Derecho

TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. UNA VISIÓN CONTEMPORÁNEA DE LOS
DERECHOS HUMANOS Y LA TEORÍA GENERAL DEL PROCESO

Tesis

Que como parte de los requisitos para
obtener el Grado de

Maestro en Ciencias Jurídicas

Presenta

Alejandro Darinel Gómez Cabrera

Dirigido por:

Dr. Lutz Alexander Keferstein Caballero

Querétaro, Qro. Marzo de 2021



Universidad Autónoma de Querétaro

Facultad de Derecho

Maestría en Ciencias Jurídicas

TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. UNA VISIÓN CONTEMPORÁNEA DE LOS
DERECHOS HUMANOS Y LA TEORÍA GENERAL DEL PROCESO

Tesis

Que como parte de los requisitos para
obtener el Grado de

Maestro en Ciencias Jurídicas

Presenta

Alejandro Darinel Gómez Cabrera

Dirigido por:

Dr. Lutz Alexander Keferstein Caballero

Dr. Lutz Alexander Keferstein Caballero
Presidente

Dra. Alina del Carmen Nettel Barrera
Secretario

Dra. Karla Elizabeth Mariscal Ureta
Vocal

Dr. Israel Covarrubias González
Suplente

Dr. Edgar Pérez González
Suplente

Centro Universitario, Querétaro, Qro.
Marzo de 2021
México

Resumen

El poder judicial en México ha tenido una gran evolución a partir de la inserción de los derechos humanos en la Constitución y, con ello, el reto del Estado es garantizar de manera efectiva estos derechos, en el entendido de que son los tribunales jurisdiccionales a quienes les corresponde el control de la Constitución, ya sea en su modelo concentrado o difuso, en aras de garantizar su inviolabilidad; la teoría general del proceso es la rama del derecho que coadyuva en la misión de velar por el pleno goce de los derechos humanos, por cuanto ve al proceso jurisdiccional. El reforzamiento del derecho a la tutela judicial efectiva, en términos del constitucionalismo garantista, es la vía que se propone para avanzar en la efectividad de los derechos humanos que se encuentran en juego durante el proceso jurisdiccional, y que forman parte del parámetro de regularidad constitucional. En suma, esta investigación pretende evidenciar que, a partir del derecho a la tutela judicial efectiva, es posible optimizar la teoría general del proceso, sobre la base de una reinterpretación, a la luz de la teoría de los derechos humanos, para hacer frente a las decisiones legalistas y formalistas que tienen su fundamento en un modelo positivista. Para ello es necesario precisar los alcances de la conceptualización del derecho humano a la tutela judicial efectiva y la proyección hacia el futuro, desde un análisis del sistema interamericano y un estudio de derecho comparado. El problema apuntado, se busca abordar desde el punto de vista ético y normativo, tomando en cuenta las normas jurídicas que convergen alrededor de la tutela judicial efectiva, aunado a la necesidad de una revisión teórica que permita explicar de manera clara la evolución de ésta y sus retos, con fundamento principal, pero no exclusivo, en un modelo constitucional garantista de Luigi Ferrajoli.

Palabras clave: Tutela judicial efectiva, constitucionalismo, garantismo, reforzamiento, proceso.

Abstract

Mexico's Judicial Branch has had a great evolution from the insertion of human rights in the Constitution and, with this, the challenge of the State is to effectively guarantee these rights, in the understanding that it is the jurisdictional courts to whom control of the Constitution corresponds to them, whether in its concentrated or diffuse model, in order to guarantee its inviolability; The general theory of the process is the branch of law that contributes to the mission of ensuring the full enjoyment of human rights, insofar as it sees the jurisdictional process. The reinforcement of the right to effective judicial protection, in terms of guarantee constitutionalism, is the way that is proposed to advance in the effectiveness of the human rights that are at stake during the jurisdictional process, and that are part of the parameter of constitutional regularity. In sum, this research aims to show that, based on the right to effective judicial protection, it is possible to optimize the general theory of the process, based on a reinterpretation, in light of the theory of human rights, to deal with the legalistic and formalistic decisions that are based on a positivist model. For this, it is necessary to specify the scope of the conceptualization of the human right to effective judicial protection and its projection into the future, from an analysis of the inter-American system and a study of comparative law. The aforementioned problem seeks to address from the ethical and normative point of view, taking into account the legal norms that converge around effective judicial protection, coupled with the need for a theoretical review that allows a clear explanation of its evolution and its challenges, based primarily, but not exclusively, on a constitutional guarantee model by Luigi Ferrajoli.

KEY WORDS: Effective judicial protection, constitutionalism, guarantees, reinforcement, process.

Agradecimientos

Agradezco al Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT) la beca que recibí durante toda la maestría.

A la Universidad Autónoma de Querétaro y la Facultad de Derecho agradezco todo su apoyo, así como al Programa de Ciencias Jurídicas por su incansable vocación.

Dirección General de Bibliotecas de la UAQ

Índice

RESUMEN	I
ABSTRACT/ SUMMARY	II
AGRADECIMIENTOS	III
ÍNDICE	IV
ABREVIATURAS Y SIGLAS	VI
INTRODUCCIÓN	7
CAPÍTULO PRIMERO	12
LA TEORÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN LA ÉPOCA CONTEMPORÁNEA	12
1.1 LOS DERECHOS HUMANOS Y EL CONSTITUCIONALISMO EN LA ÉPOCA CONTEMPORÁNEA	12
1.2 EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA ENTRE EL GARANTISMO Y EL NEOCONSTITUCIONALISMO.....	28
1.3 LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA FRENTE A LOS FORMALISMOS PROCEDIMENTALES EN LA TEORÍA GENERAL DEL PROCESO.....	39
CAPÍTULO SEGUNDO NOMBRE DEL CAPÍTULO	50
LA CONSTRUCCIÓN Y DESARROLLO DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA	50
2.1 EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN MÉXICO. SU DESARROLLO POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.....	50
2.2 EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.....	67
2.3 EL DESARROLLO AL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN ESPAÑA (UN EJERCICIO DE ANÁLISIS COMPARADO CON MÉXICO).....	78

CAPÍTULO TERCERO NOMBRE DEL CAPÍTULO.....	96
HACIA LA OPTIMIZACIÓN DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.....	96
3.1 LA TEORÍA GENERAL DEL PROCESO EN MÉXICO. UNA VISIÓN DESDE LOS DERECHOS HUMANOS.....	96
3.2 LA REINTERPRETACIÓN Y LAS FIGURAS DENTRO DEL PROCESO JUDICIAL EN EL PARADIGMA CONSTITUCIONAL. ANÁLISIS DE LA COSA JUZGADA.....	111
3.3 LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y LA PRODUCCIÓN DE LAS LEYES.....	127
CONCLUSIONES	143
BIBLIOGRAFÍA	146

Abreviaturas y siglas

DDHH: Derechos humanos.

CADD: Convención Americana de Derechos Humanos.

CoIDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos.

SCJN: Suprema Corte de Justicia de la Nación.

UE: Unión Europea.

OEA: Organización de Estados Americanos.

CPEUM: Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

CE: Constitución Española.

Dirección General de Bibliotecas de la UAQ

Introducción

A 10 años de la reforma constitucional en materia de derechos humanos en México, pareciera que su desarrollo no ha transformado de manera suficiente a todas las ramas del derecho y esta situación tiene un impacto negativo al momento de exigir la tutela jurisdiccional de los derechos humanos en sus distintas áreas, especialmente las que no son, en estricto sentido, un medio de control de los derechos humanos como ocurre con los tribunales ordinarios. Por otro lado, las autoridades jurisdiccionales no cumplen con su obligación constitucional activa en la tutela de los derechos humanos prevista en el artículo 1° constitucional, a nuestro punto de vista, ante la ausencia de una adecuación de los códigos procesales y la teoría general del proceso al nuevo paradigma emergente.

El presente planteamiento pretende lograr un verdadero impacto derivado de la reforma constitucional en materia de derechos humanos a partir de la optimización la teoría general del proceso, que consiste en buscar la mejor manera en que se puede llevar a cabo la actividad jurisdiccional con la intención de garantizar una correcta impartición de justicia desde el ámbito ordinario, con una visión constitucional en favor de los derechos humanos. Por lo anterior, se considera que el sistema jurídico mexicano ha pasado por alto que el campo de acción del derecho está constituido precisamente por relaciones humanas, y si el ser humano es el centro del discurso dentro de la teoría de los derechos humanos, el derecho, su construcción y aplicación, deberán ponerse a disposición de aquellos para maximizar la tutela de éstos y, eliminar los razonamientos formalistas y legalistas desde las instancias primigenias.

Entonces, uno de los retos de los derechos humanos es garantizar la tutela de éstos en el ámbito jurisdiccional, es decir, perfeccionar la impartición de justicia sobre la base de la garantía de ciertos derechos, en este caso, de la tutela judicial efectiva. Sin embargo, existen deficiencias en el sistema de justicia mexicano, el cual se niega a velar de manera óptima por los derechos humanos en el territorio nacional y, al contrario, sigue vigente la primacía de figuras jurídicas y restricciones

que existieron antes de la reforma en materia de derechos humanos, como ocurre con los formalismos procesales exacerbados.

Por eso, se sostiene que la tutela judicial efectiva es el derecho que, en principio, merece un especial reforzamiento en términos de Constitucionalismo Garantista de Luigi Ferrajoli (es decir, perfeccionamiento del modelo de justicia a partir de una serie de reglas y normas que tengan su fundamento en la tutela judicial efectiva), para obtener como resultado un verdadero respeto de los derechos humanos dentro del sistema de justicia constitucional mexicano, pues en la medida de la progresividad de la tutela judicial efectiva, se puede garantizar la protección a los derechos que se encuentran en juego durante el proceso jurisdiccional.

Para la presente investigación, se utilizó el enfoque cualitativo que abordó la teoría de derechos humanos desde la posguerra y su impacto a partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948; además, abarcó un análisis de la teoría general del proceso, bajo la premisa de que los derechos humanos deben permean todo el sistema jurisdiccional mexicano. Para el análisis de la tutela judicial efectiva en concreto, el enfoque cualitativo permitió identificar con la mayor precisión posible su construcción, expansión y desarrollo en la doctrina mexicana principalmente, con el objetivo de correlacionarlo con la teoría de los derechos humanos adoptada en México y su incursión en la teoría general del proceso.

Se parte de la percepción de que sistemáticamente se ven vulnerados los derechos humanos a raíz de que las autoridades jurisdiccionales, aún hoy en día, ponen de manifiesto una inconsistencia de la teoría de los derechos humanos y la teoría general del proceso cuando sus postulados convergen en un proceso jurisdiccional. De ahí que se cuestiona la constitucionalidad de los actos nugatorios de derechos dentro del proceso jurisdiccional y, se plantea la posibilidad de evitar en mayor medida, violaciones a derechos humanos, a partir del derecho a la tutela judicial efectiva como el derecho primigenio a maximizar, contra estos actos

trasgresores de derechos dentro de los procedimientos jurisdiccionales, desde la vía ordinaria y no solo la constitucional.

Por ello, es necesario entrar al estudio de la teoría del proceso en México y su evolución, pues se considera que su implementación y seguimiento debe ser en pro de una tutela judicial efectiva, es decir, que el proceso y sus bases teóricas deben caminar de la mano de la tutela judicial efectiva como fin y principio rector de las actuaciones de los órganos jurisdiccionales para que, en esa medida, se pueda alcanzar el objetivo del proceso que es garantizar derechos legítimos de todas las personas a partir de un proceso efectivo.

Así, se realiza un análisis para identificar en qué medida el reforzamiento del derecho humano a la tutela judicial efectiva es una estrategia de progresividad de los derechos humanos en el modelo de justicia constitucional mexicano, estudio que se desarrolla de la siguiente manera:

En el primer capítulo, en relación al primer objetivo, se establece el andamiaje de los derechos humanos y el constitucionalismo en México, identificando la importancia del derecho a la tutela judicial efectiva dentro del proceso jurisdiccional, luego se identifica la fundamentación teórica-filosófica contemporánea de los derechos humanos, además de que se fija la importancia de la relación de la teoría de los derechos humanos con la teoría general del proceso. Lo anterior se abordó desde los campos epistémicos ético y normativo, tomando en cuenta los posicionamientos teóricos, en el entendido de que el constitucionalismo contemporáneo puede ser concebido de dos maneras opuestas: como una superación del positivismo jurídico en sentido tendencialmente iusnaturalista, o bien como su expansión o perfeccionamiento. Dichas posturas tienen relevancia a la hora de legitimar la tutela de derechos humanos y las normas jurídicas alrededor del objeto de estudio. Aunado a que se desarrolla la tutela judicial efectiva frente a los formalismos procedimentales en la teoría general del proceso para precisar la relación con los derechos humanos.

En el segundo capítulo, en relación al segundo objetivo, se establece la construcción del derecho a la tutela judicial efectiva en la Corte Constitucional mexicana y la Corte Interamericana, contrastándolo con el desarrollo particular de España. En concreto, se desarrolla la investigación conceptual del derecho a la tutela judicial efectiva para describir con claridad la construcción que ha tenido junto a las distintas aproximaciones en distintos ámbitos, es decir, en el nacional, en el regional (sistema interamericano de derechos humanos), y del sistema español como representativo del caso europeo. Las fuentes documentales son jurisprudencia, consulta de publicaciones científicas, así como la doctrina, atendiendo a la importancia de los criterios de los tribunales jurisdiccionales en el desarrollo del derecho a la tutela judicial efectiva. El método de análisis, permite visualizar al objeto en concreto, identificando sus características y propiedades, así como la proyección que pueda tener hacia el futuro.

En el tercer capítulo, en relación con el tercer objetivo, se realiza un análisis de la teoría general del proceso en México desde los derechos humanos para precisar la necesidad del reforzamiento de la tutela judicial efectiva como estrategia de progresividad de los derechos humanos, ya que los procesos jurisdiccionales no están exentos de hacer nugatorio el ejercicio de ciertos derechos, situación que puede culminar en la vulneración a derechos humanos. Este último punto se elabora a partir de una serie de reflexiones como el reconocimiento de que la teoría de los derechos humanos no es ajena a las demás ramas del derecho. En sentido similar, se explora cómo el ámbito de los procedimientos jurisdiccionales (la teoría general del proceso), debe servirse de una visión de los derechos humanos para optimizar su función.

En efecto, se observó que la relación de los derechos humanos con la teoría general del proceso, tienen un punto de encuentro en la tutela judicial efectiva, pero es necesario establecer la forma en que se comporta la garantía de este derecho desde su construcción, que comienza con el poder legislativo, hasta su aplicación, que le corresponde al poder judicial. Por ello, se realizó un análisis

ejemplificativo de la interpretación de las figuras e instituciones dentro del proceso judicial en el paradigma constitucional, en concreto, de la cosa juzgada, con el objetivo de observar los alcances de los derechos humanos dentro del proceso, en particular de la tutela judicial efectiva sobre las leyes que rigen el proceso, para identificar el papel del poder legislativo en la producción de las leyes, que tiene que ver con la tutela judicial efectiva que regula el actuar de los jueces.

En suma, para lograr una propuesta de integración de la teoría general del proceso con los derechos humanos en el marco del paradigma constitucional, es necesario partir del campo de la argumentación jurídica, que permite la legitimación y justificación del modelo constitucional por el que se opte para la defensa de los derechos humanos, logrando una claridad del pensamiento para alcanzar la agudización de la capacidad crítica y autocrítica. Y a manera de conclusión, se propone optar por un constitucionalismo garantista como la forma más completa en que se expresa el derecho a la tutela judicial efectiva, porque además de imponer límites al legislador, al ser un derecho humano, marca directrices en los juzgadores que dirigen el proceso jurisdiccional lo que permite el reforzamiento propuesto.

CAPÍTULO I

LA TEORÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN LA ÉPOCA CONTEMPORÁNEA

1.1 Los derechos humanos y el constitucionalismo en la época contemporánea

La teoría de los derechos humanos en la época contemporánea surge como una respuesta filosófica-política a las circunstancias específicas que atravesaba el mundo occidental en los tiempos de las dictaduras fascistas que existían en España, Italia y Alemania y que culminaron con la segunda guerra mundial, lo que puso en evidencia los extremos a los que puede llegar el ser humano; también se puso en entredicho al positivismo jurídico, en su expresión más radical que predominaba en el campo del derecho hasta ese momento. Ante tales actos trasgresores a la dignidad del hombre, los Estados, al concluir la segunda guerra mundial, y consientes de los estragos de la misma, fundan en 1945 la Organización Mundial de las Naciones Unidas, con el fin de unificar un orden mundial, en el cual se fijan una serie de pactos y estrategias a cargo de los Estados en aras de garantizar la estabilidad de los mismos y la sana convivencia entre naciones¹. Ahí se plasma la necesidad del reconocimiento de ciertos derechos fundamentales,² entendidos como una serie de derechos básicos o meras reglas de sana convivencia, que los Estados debían salvaguardar a través de normas vinculantes, incluso, con la intención de imponerse en países con ideologías distintas que echan mano de este discurso. En esta fundación de un nuevo orden mundial se marca una línea de ideología dominante que a la fecha sigue transformándose en países como México.

¹ Se debe tomar en cuenta que la lucha de derechos tiene una larga tradición, sin embargo, no se puede pasar por alto el impacto del constitucionalismo y los derechos fundamentales a partir de la segunda guerra mundial y la posguerra. Vid. FERRAJOLI, Luigi, *Democracia y garantismo*, Madrid, España, ed. Trota, 2010, p. 16.

² Derechos fundamentales en los términos de la carta de la Organización Mundial de las Naciones Unidas de 1945.

Para Aharon Barak “La moderna teoría de los derechos fundamentales se formó después de la Segunda Guerra Mundial. Ella establece una distinción fundamental entre el supuesto de hecho del derecho fundamental y el ámbito de su protección.”³ Por lo cual, toma fuerza la tendencia de reconocimiento de derechos dentro del ámbito estatal que venía del derecho internacional.

La creación de la Organización Mundial de las Naciones Unidas solo fue el punto de partida de los Estados, que buscaban imponer una serie de límites a la arbitrariedad de quienes gobernaban amparados por una norma ausente de principios, pues durante mucho tiempo el positivismo jurídico legitimaba los actos trasgresores de los derechos de las personas. En ese tenor, se emite en 1948, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, misma que en su preámbulo señala que es “(...) esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión”.⁴

Y todo eso en nombre de la libertad, la justicia y la paz, cuyos valores son sumamente abstractos. Dicho documento sirvió como base para la posterior concreción de una serie de principios que los distintos Estados, que se consolidaban en la época contemporánea, debían garantizar de manera obligatoria, principios que recibieron, por parte de la doctrina, el nombre de derechos humanos. Esta aproximación histórica nos permite tener un matiz del surgimiento de lo que hoy en día es conocida como la teoría de los derechos humanos y cuyo esplendor se da en la época contemporánea.

Este acercamiento, para el caso que nos ocupa, tiene dos vertientes: una teórica, que es precisamente el reconocimiento de derechos como inalienables e intrínsecos del ser humano, con lo cual se evidencia que la base filosófica es tendencialmente iusnaturalista en principio, o al menos así se advierte en el primer

³ BARAK, Aharon, *Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones*, Lima, ed. Palestra, 2017, p. 45.

⁴ Declaración Universal de los Derechos Humanos, Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

documento donde son enunciados expresamente. La segunda vertiente es su orientación práctica, en vista de que la Declaración Universal de los Derechos Humanos funge como un parteaguas, ya que se trata de un documento positivizado en donde se declaran esa serie de derechos mínimos. Por ende, su reconocimiento tiende a ser vinculante a los Estados y no una mera guía de principios que continuaba la línea que se marcaba en el ámbito internacional, como sus antecedentes remotos que tuvieron origen en la modernidad, por ejemplo, la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América (1776), la Constitución de los Estados Unidos y sus primeras enmiendas (1787) y la Declaración de los derechos del hombre y el ciudadano en Francia (1789).⁵ Los cuales tenían vinculación únicamente interna y difusa.

A partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, surge para los países que formaban parte de la Organización Mundial de las Naciones Unidas la obligación de seguir una serie de directrices que encuentran su base en el derecho internacional, por eso, a partir de su publicación y entrada en vigor, los Estados miembros e interesados de tener cabida en el ámbito internacional dominante se dedicaron a su reconocimiento, adhesión, ratificación y su correlativa adopción por parte de su derecho interno.

Asimismo, la defensa de derechos en México y en gran parte de América, empezó a tener un auge a partir de la teoría de los derechos humanos, en razón de que las violaciones flagrantes a los mismos por parte de las autoridades del Estado eran más visibles y reiteradas. En el caso de México, Sandra Hincapié Jiménez y Jairo Antonio López Pacheco, reconocen dos ciclos de movilización que detonaron la defensa de los derechos humanos en México, por ser momentos de crisis en la vulneración de estos, y el punto de inflexión que ha llevado a cambios institucionales y discursivos frente a los derechos humanos: el primero:

⁵ CARBONELL, Miguel, *Teoría de los derechos humanos y de control de convencionalidad*, 5ª edición, D. F. México, IIJ-UNAM, 2014, p. 6.

“El contexto de restricción de libertades políticas que vivió México en los años setenta y ochenta, bajo el control vertical y autoritario del Partido Revolucionario Institucional (PRI), marcó la emergencia de la defensa de los derechos humanos y las estrategias colectivas de asociación y formalización de organizaciones no gubernamentales. Grupos de víctimas y familiares de personas desaparecidas y torturadas se apropiaron del lenguaje de los derechos humanos, elaborando las primeras demandas frente a los gobiernos nacionales en dichos términos.”⁶

Y el segundo:

“La alternancia del Gobierno federal, con la llegada de Vicente Fox en el año 2000 a Los Pinos, representó un triunfo de las demandas por elecciones libres, transparentes, y el reconocimiento efectivo del pluralismo político. Los dos cambios más significativos que se presentaron con respecto a la política de derechos humanos fueron: primero, el reconocimiento por parte del Ejecutivo de la relación que existía entre democracia y derechos humanos, y segundo, una nueva estrategia de apertura del Estado frente al Sistema Internacional e Interamericano de Derechos Humanos, con la aceptación de los principales órganos de control y monitoreo.”⁷

Situaciones coyunturales que evidenciaron la crisis en la defensa de derechos en México y la necesidad de una respuesta conjunta por parte del Estado, que debía comenzar con la incorporación de los derechos humanos en su derecho interno, pero principalmente su efectividad.

En el continente, surgió la necesidad de conformar una comunidad internacional en América con el propósito de contar con un mecanismo para la observancia de derechos humanos, así como para la consolidación de un órgano regional que fomentará la paz entre Estados. En ese contexto, tuvo su origen,

⁶ HINCAPIÉ Jiménez, Sandra y Jairo Antonio LÓPEZ Pacheco, *“Ciclos de movilización y crisis de derechos humanos. La acción colectiva de las ONG nacionales y los derechos humanos en México”*, México, Revista de Estudios Sociales, núm. 56, 2016, págs. 26-38.

⁷ *Ibidem.* p. 32.

primero la Organización de Estados Americanos en 1948 (OEA), en el que posteriormente se suscribió la Convención Americana de los Derechos Humanos o Pacto de San José en 1969 (CADH), en el cual se reconocen los derechos humanos como punto de partida en la legitimación de los Estados. En un segundo momento, se dio el establecimiento de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos (CIDH) en 1979, institución a la que se le otorgó la obligación activa de garantía y vigilancia en la protección de los derechos humanos por los miembros de la comunidad regional: Así, casos de violaciones o transgresiones a los derechos humanos imputados a los Estados, son sometidos a la jurisdicción contenciosa de una comunidad internacional, cuyos fallos son vinculantes.

El principal reto de los derechos humanos en la época contemporánea, se encuentra en la exigencia a cada uno de los Estados que integran la ONU para que reconozcan aquellos en su derecho interno, a través de sus pactos fundamentales y, más que eso, su aplicación práctica.⁸ México da el paso a este reconocimiento de manera tardía en el 2011 –producto de una sentencia condenatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos-,⁹ a través de ciertas reformas constitucionales.¹⁰ Sin embargo, en el caso mexicano, eso solo fue el primer paso, toda vez que la mera enunciación de los derechos humanos no garantiza su tutela, por lo cual, las bases del sistema jurídico mexicano debían transitar a este cambio paradigmático a partir de modificaciones a las instituciones jurídicas reconocidas en su modelo de justicia.

⁸ Cabe precisar que los lineamientos emitidos en el seno de la ONU, de carácter occidental, son las directrices de derecho internacional reconocidas como legítimas.

⁹ El 23 de mayo de 2009, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dictó sentencia en el caso Rosendo Radilla vs. El Estado mexicano. Debido a la implosión de obligaciones específicas, el presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación abrió un primer expediente de consulta 489/2010, cuya resolución culminó con la orden de abrir el expediente varios 912/2010, en donde en cumplimiento a dicha resolución se dictaron una serie de medidas en materia de derechos humanos.

¹⁰ El 10 de junio de 2011 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el decreto mediante el cual se reformaron y adicionaron diversos preceptos de la Constitución mexicana y se modificaron las denominaciones del título y capítulo relativos a los derechos humanos.

A 10 años de la reforma constitucional en materia de derechos humanos del 10 de junio de 2011, es visible la existencia de deficiencias en el sistema de justicia mexicano, el cual todavía no garantiza de manera óptima los derechos humanos en el territorio nacional, tal como se desprende del último informe realizado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que señala la existencia de una grave crisis en la tutela de derechos humanos en México.¹¹ Y se pierde de vista que: “Su principal desafío consiste en lograr que el discurso de los derechos humanos tenga una capacidad performativa que contrarreste la performatividad de las narrativas en las que se sustenta la violencia de Estado y las diferentes formas de violencia social.”¹²

Por el contrario, en el plano jurídico, está vigente la primacía de figuras jurídicas y restricciones que tuvieron su origen antes de aquella reforma constitucional en materia de derechos humanos, con lo que se hace patente que la teoría de los derechos humanos no ha terminado de desplazar al positivismo jurídico rígido, el cual identifica al derecho a partir de la producción legislativa de normas jurídicas, siendo más formal que sustancial. Como consecuencia, esta nueva concepción del derecho no ha impregnado la totalidad del sistema jurídico mexicano y, más concretamente, los procesos jurisdiccionales. De esta manera, la producción de normas y su implementación está llena de formalismos procesales que muchas veces sirven como excusa para validar la violación a derechos humanos.

Una vez mencionado, de manera general, el desarrollo de los derechos humanos desde que emergen en la época moderna hasta su desarrollo en la nuestros días, es necesario aludir al papel que ha tenido el constitucionalismo Latinoamericano en el reconocimiento e implementación de los derechos humanos y su impacto en el sistema de justicia mexicano.

¹¹ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANO, SITUACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO, INFORME DE PAÍS MÉXICO 2015.

¹² LOEZA Reyes, Laura, “Violencia estructural, marcos de interpretación y derechos humanos en México”, México, Argumentos, Estudios Críticos De La Sociedad, año 30 núm. 83 enero-abril 2017, págs. 249-274.

Para Roberto Gargarella y Christian Courtis¹³ el contenido de las Constituciones latinoamericanas consiste en identificar cuál es la principal pregunta que ellas se formulan, puesto que cuando miramos atrás, nos encontramos que el constitucionalismo siempre apareció asociado a la necesidad de poner fin a un cierto mal, y se dictaba una nueva Constitución como contribución institucional, orientada a remover a la sociedad de la peculiar situación de crisis por la que atravesaba. Por esa razón es que el rumbo del constitucionalismo latinoamericano tomaba un rumbo distinto al europeo.

En ese orden de ideas, Roberto Gargarella, señala que:

“La evolución del constitucionalismo regional podría ser dividida en cuatro etapas, dirigidas: i) el constitucionalismo “experimental”, particularmente preocupado por la consolidación de la independencia (1810-1850); ii) el “fundacional”, interesado, sobre todo, en la consolidación económica (1850-1917); iii) el “social”, orientado a recuperar la olvidada “cuestión social” (1917-1980) y; iv) el de los derechos humanos, dirigido a sanear la crisis de derechos humanos propia de la década del 1970 (1980-2000).”¹⁴

Siendo la última la que llevo a México a la transición en el reconocimiento de derechos humanos, pero la cual aún está pendiente por resolver, en el entendido de que la incorporación de derechos humanos ha permitido una evolución del constitucionalismo en Latinoamérica.

A su vez, un problema en el desarrollo del derecho constitucional para Rodolfo Vago¹⁵, tiene que ver con los golpes militares que pulularon por Latinoamérica y que fueron un obstáculo central para la labor de forjar conciencia constitucional. Por lo cual, el tránsito del Estado de derecho legal al Estado de derecho constitucional supone una nueva cultura jurídica, y para ello se torna

¹³ GARGARELLA, Roberto y Christian COURTIS, “*El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes*”, Chile, CEPAL - Serie Políticas sociales, núm. 153, noviembre de 2009. págs. 1-45.

¹⁴ GARGARELLA, Roberto, Sobre el “*Nuevo constitucionalismo latinoamericano*”, Revista Uruguaya de Ciencia Política, vol. 27, núm. 1, Montevideo junio 2018, págs. 109-129.

¹⁵ VAGO, Rodolfo L., *La interpretación (argumentación) jurídica en el estado de derecho constitucional*, México, ed. Tirant Lo Blanch, 2017, p. 322.

imprescindible romper inercias y encontrar nuevos referentes a raíz de los triunfos y fracasos de los casos de Latinoamérica.

Por lo demás: “En Europa y América, el resultado del constitucionalismo revolucionario es un Estado de derecho que inicialmente tiene un marco de carácter liberal en lo político y en lo económico, lo que en definitiva supone un sistema que beneficia a la burguesía.”¹⁶ Lo que constituye otro reto del constitucionalismo contemporáneo, puesto que debe hacer frente a intereses particulares.

Por cuanto ve a la doctrina del Estado Constitucional contemporánea, consiste, en palabras de Giovanni Roldán, pasar:

*“(…) de un Estado de leyes a un Estado que tenga constitucionalmente establecido un parámetro de acción para cada autoridad, con la firme finalidad de que en materia de derechos humanos se cree un bloque normativo sólido que sea empleado por toda autoridad, un actuar constitucionalmente establecido.”*¹⁷

Esto implica elevar a rango constitucional las directrices que rigen el actuar de todas las autoridades, incluyendo a las legislativas, especialmente en materia de derechos humanos.

La implementación de dicha doctrina en países como el nuestro, trajo una nueva forma de entender no solo al Estado en cuanto organización política, sino una manera de identificación del derecho a partir de una evolución en la teoría jurídica donde las constituciones son parte esencial. Para Charles Hale¹⁸, el constitucionalismo en México se fundó sobre la base de la adhesión a una

¹⁶ DÍAZ Revorio, Francisco Javier, *Fundamentos actuales para la teoría de la constitución*, México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018, p. 32.

¹⁷ ROLDÁN Orozco, Omar Giovanni, *La función garante del estado constitucional y convencional de derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2015, p. 42.

¹⁸ HALE, Charles, “*La tradición del derecho continental europeo y el constitucionalismo en el México del siglo xx: el legado de Emilio Rabasa*,” Jalisco, México, *Historia Mexicana*, vol. 48, núm. 1, julio - septiembre de 1998, págs. 97-125.

Constitución escrita y el orden constitucional se centró en el liberalismo político mexicano desde la independencia, que combatía la herencia de patrones de gobiernos coloniales en las que, además, se promovieron y debatieron e incluso, se pusieron en marcha, principios básicos del constitucionalismo occidental, como la preservación de la libertad individual y la igualdad jurídica ante la ley, por lo cual, el problema de interpretación surge de la concepción generalizada de que el gobierno constitucional en México no ha sido eficaz en la garantía de derechos a pesar de los grandes esfuerzos.

Dentro de la doctrina de los Estados constitucionales también entra como punto relevante la teoría universal de los derechos humanos, pues uno de los pactos fundamentales de los Estados consiste en garantizar la protección de aquellos no solo como derechos universales, sino también como parte de la supremacía constitucional.

Dice Ferrajoli, en cuanto al constitucionalismo, lo siguiente:

“Existen diversas concepciones de la constitución y del constitucionalismo jurídico. Un rasgo común a todas ellas puede encontrarse en la idea de la subordinación de los poderes públicos, -incluido el legislativo- a una serie de normas superiores, que son las que en las actuales constituciones establecen derechos fundamentales. En este sentido, el constitucionalismo como sistema jurídico equivale a un conjunto de límites y vínculos, no solo formales sino también sustanciales, rígidamente impuestos a todas las fuentes normativas por normas supra-ordenadas; y, como teoría del derecho, a una concepción de la validez de las leyes ligada ya no solo a la conformidad de sus formas de producción con las normas procedimentales sobre su formación, sino también a la coherencia de sus contenidos con los principios de justicia constitucionalmente establecidos.”¹⁹

Bajo esa apreciación, el constitucionalismo, en términos de Ferrajoli, contempla la constitucionalización de los principios de igualdad y derechos

¹⁹ FERRAJOLI, Luigi, *Constitucionalismos principialista y constitucionalismo garantista*, Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 2011, p. 16.

fundamentales, lo cual reconoce como un reforzamiento²⁰ del positivismo jurídico en el que los límites y vínculos son sustanciales. Dicha concepción, permite un verdadero sistema de garantías, en la medida en que los poderes del Estado son el medio de protección de esos principios, en tanto que hay una subordinación de los poderes a la constitución, sometiendo incluso al legislativo, -a diferencia del Estado liberal-²¹.

Con todo, es necesario dejar en claro que, como el mismo Ferrajoli²² precisa, la discrecionalidad que inevitablemente interviene en la aplicación de la ley, está relacionada a factores objetivos, independientes de las teorías formuladas por los estudiosos del derecho, pues en la praxis existe indeterminación del lenguaje legal, porque existen distintas soluciones interpretativas a las que se acuden. Así, la subordinación del poder legislativo y ejecutivo a la Constitución, debe ser la base sobre la que se funde el Estado, ya que la construcción del derecho es siempre aproximativa e imperfecta.

Lo que no quiere decir que no tenga alguna relevancia pragmática, ya que la intención es precisamente legitimar al Estado de derecho constitucional, la producción de normas, inclusive, las resoluciones judiciales, toda vez que los jueces al momento de resolver los asuntos de los que tienen conocimiento, -cuando se trata de un caso complejo en donde no basta la aplicación de la norma jurídica- debe justificar argumentativamente su decisión dentro del marco previsto. Pues como señala Wróbleswski "(...) la interpretación jurídica no es sólo el campo de batalla en el que se deciden los casos de la práctica jurídica sino también el lugar de los desacuerdos más antiguos y violentos en el ámbito de la teoría del derecho o

²⁰ El reforzamiento del derecho humano a la tutela judicial efectiva, en la presente investigación, el cual se toma del constitucionalismo garantista de Luigi Ferrajoli, se refiere a una mejora al sistema de garantías previstas para defender a este derecho, a través de un modelo de límites y vínculos, que supedita a los poderes del Estado a su salvaguarda, para ello, es necesario precisar el objeto y alcance de la tutela judicial efectiva.

²¹ ROLDÁN Orozco, Omar Giovanni. *Op. cit.*, p. 45

²² FERRAJOLI, Luigi, *El constitucionalismo garantista. Entre paleo-iuspositivismo y neo-iusnaturalismo*, Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 34, 2011, p. 313.

jurisprudencia.”²³ Por eso, es que la argumentación permite defender de manera sólida la teoría constitucional que existe en el modelo de justicia y por ende las prácticas judiciales.

En adición, “el movimiento constitucionalista se generaliza en muchos países, entre ellos México, en donde se siguen los postulados fundamentales para la construcción del Estado de Derecho, amparados en una Constitución.”²⁴ Por ello, la idea del constitucionalismo en nuestro país se transforma a partir del reconocimiento de los derechos humanos en nuestra carta magna. Dicha modificación normativa trajo consigo un cambio ideológico, al transformar de manera radical la forma en que se conciben los derechos y, por lo tanto, las autoridades estatales deben participar en esa transición.

A la luz del constitucionalismo moderno, Ricardo Guastini ha clasificado la forma de organización que tomaron los Estados constitucionales para realizar el control de leyes, y que se divide en dos grandes grupos, expuestos a continuación:

- a) *“Las constituciones que organizan el control sobre las leyes de forma difusa –todo juez está autorizado para pronunciarse sobre la legitimidad constitucional de las leyes, con ocasión de cualquier controversia que sea sometida a su consideración- como en los Estados Unidos;*
- b) *Las constituciones que organizan el control en forma concentrada –el poder de juzgar la legitimidad constitucional de las leyes está reservado a un órgano especializado: un tribunal constitucional- como la mayor parte de los países europeos.”*²⁵

Al respecto, el Estado mexicano ha adoptado un sistema mixto en la protección de derechos humanos y de control constitucional, que establece a nivel constitucional la permisión a los jueces, con independencia de su carácter o

²³ WRÓBLESWSKI, Jerzy, Base semántica de la teoría de la interpretación jurídica, en Sentido y hecho en el derecho, México, Fontamara, 2001, p. 105.

²⁴ GONZÁLEZ, María del Refugio, Mireya CASTAÑEDA, *La evolución histórica de los derechos humanos en México*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015, p. 18.

²⁵ GUASTINI, Ricardo, *Teoría e Ideología de la Interpretación Constitucional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de UNAM, ed. Mínima Trota, 2008, pág. 45.

jerarquía, de tutelar en su máxima expresión los derechos humanos de las personas, pues así lo establece los artículos 1° y 133^{o26} de la CPEUM; numerales de los que se desprende de manera expresa la constitucionalización de principios y obligación de progresividad en la tutela de los derechos humanos, con las herramientas de interpretación previstas en los preceptos de referencia.

Conforme las autoridades del Estado mexicano transitan al nuevo paradigma en materia de protección de derechos humanos, se perciben dos problemas torales. Por un lado, las autoridades estatales que no forman parte del poder judicial son las más renuentes a una verdadera protección de derechos humanos, a pesar de existir una obligación expresa de su tutela prevista en el artículo 1° Constitucional. Tal resistencia al nuevo paradigma tiene su sustento en una tradición legalista que impide aplicar las leyes en favor de las personas. Y por otro, dentro del mismo poder judicial no hay una verdadera postura garante al momento de aplicar las leyes que rigen los procedimientos, a la luz de una visión protectora de los derechos humanos. Pareciera pues, que no se ha podido superar la idea del derecho positivo asociado a la rigidez de las normas, a pesar de ser conscientes de que el derecho procesal no siempre cumple con la función de reparar las violaciones a derechos humanos, o bien, que la misma producción de leyes no fue con el fin -en estricto sentido- de proteger derechos humanos.

²⁶CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece. Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. (...)

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 entidad federativa se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de las entidades federativas... (...).

Por lo anterior, los juzgadores pierden de vista que la aplicación de las normas debe ser en un sentido protector de derechos humanos, atendiendo el nuevo paradigma incipiente y al que están vinculadas en su función de autoridad jurisdiccional. Más aun, no se puede pasar por alto la renuencia que se percibe en la práctica de los jueces al momento de tutelar derechos humanos de rango constitucional, a pesar de la obligación expresa. El poder judicial de la federación, sigue teniendo el monopolio en la interpretación de derechos y principios constitucionales, mientras que los demás tribunales del país se limitan a hacer un control de legalidad.

Así que, el ideal teórico del constitucionalismo contemporáneo busca la edificación de un Estado de derecho que responda al llamado de los derechos humanos en contraposición al Estado legal, predominante en el sistema jurídico mexicano que se desprende de sus normas. Los funcionarios no deben olvidar que el derecho y su función práctica debe ser una herramienta para la protección de los derechos de las personas.

En ese sentido, en México no sólo existe un bloque de constitucionalidad para proteger aquellos, sino que ahora existe un bloque de convencionalidad –como se ha reconocido por la doctrina- para tutelarlos, en el entendido de que el marco convencional fue reconocido previamente por el Estado mexicano.

Bajo este tenor, Rodolfo Vázquez también analiza tal situación en concordancia con Norberto Bobbio, cuando dice que:

“Una primera línea teórica parte de la existencia de los derechos humanos, tal como se enuncian, por ejemplo, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. No niegan su existencia, pero consideran inútil cualquier intento de fundamentación; bastaría con un consenso fáctico para validarlos. Esta es la posición de Norberto Bobbio, para quien el problema de los derechos humanos

*no es filosófico sino político; es decir, hay que garantizarlos buscando que se respeten de manera eficaz.*²⁷

Después de todo, el problema en la tutela de derechos humanos hoy en día no es filosófico; al menos para el mundo construido bajo la concepción occidental que acepta y reconoce (al menos en teoría) los derechos a todas las personas por el simple hecho de serlo bajo los postulados de la dignidad humana. No obstante, no ocurre lo mismo al momento que se busca que tal aplicación sea palpable, pues el ámbito político predominante, como se ha mostrado -y económico²⁸-, siguen siendo la medida para la protección de derechos. No resulta raro que el Estado sea el primero en vulnerar derechos humanos como ha ocurrido en varias etapas históricas donde el autoritarismo o el abuso de poder como ocurrió en la llamada “guerra sucia”²⁹ producto de la primera sentencia condenatoria al Estado mexicano por la CoIDH; de ahí la necesidad del reforzamiento de la tutela judicial efectiva a partir de interpretaciones jurídicamente válidas, a través de los medios de control constitucional y más aún, a partir de un modelo constitucional garantista que precise o proponga las reglas del juego dentro del proceso, cuando de garantizar derechos humanos se trate.

Pues la función de las constituciones, como lo señala Ferrajoli,³⁰ no solo debe representar la voluntad común de un pueblo, sino que debe garantizar los derechos de todos, incluso frente a las contingentes mayorías, pues su fundamento reside en los principios de igualdad, y los derechos fundamentales (incluidos los sociales), que son oponibles todos.

Así, la Constitución debe ser el mecanismo de protección y de contenido de principios que responde a los derechos humanos. Sin embargo, los tribunales constitucionales no deben restringir ni reprimir la interpretación en la protección de

²⁷ VÁZQUEZ, Rodolfo, *Entre la Libertad y la Igualdad, Introducción a la Filosofía del Derecho*, Madrid, España, ed. Trotta, 2010, p. 209.

²⁸ Como ocurre con los derechos programáticos en los derechos de índole social.

²⁹ Cfr. MENDOZA García, Jorge, “*La tortura en el marco de la guerra sucia en México: un ejercicio de memoria colectiva*,” México, Polis, vol. 7, núm. 2, 2011, págs. 139-179.

³⁰ FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y Garantías. La ley del más Débil*, Madrid, España, ed. Trotta, 2009, p. 24.

tales derechos, a partir de argumentos legalistas o en supuesta defensa de una soberanía que en ningún momento es oponible o superior al derecho de cualquier persona, en tanto que ellas mismas son la base de la sociedad. De lo contrario, no se tutelarían los derechos humanos, sino que se respetarían las tendencias de poder que son las que determinan los derechos y los restringen a signos eminentemente positivos, casi siempre al servicio de quien detenta el poder político. Por esa razón, es necesario un sistema de garantías que procure la correcta aplicación de principios con el objetivo de que las decisiones no sean en extremo legalistas, pero sin justificar las decisiones inmediatistas a los intereses particulares que no descansan en esos principios sino que más bien los violentan dejando una brecha amplia en la indeterminación del derecho.

En resumen, las expectativas del derecho deben ser mayores y contemplar que el nuevo paradigma de un Estado democrático y constitucional es todavía un paradigma incipiente. Ferrajoli, señala que:

“(…) puede y debe ser extendido en una triple dirección: 1) ante todo, para garantizar todos los derechos, no solo derechos de libertad sino también los derechos sociales; 2) en segundo lugar, frente a todos los poderes, no solo los poderes públicos, sino también los poderes privados, no solo del Estado sino también del mercado; 3) en tercer lugar, a todos los niveles, no solo del derecho estatal, sino también del derecho internacional.”³¹

Se infiere el reconocimiento del constitucionalismo contemporáneo en México, aunque aún no ha cumplido con todos los objetivos que prometió, pues no es suficiente la constitucionalización de principios si éstos son letra muerta ante la ausencia de recursos y malos manejos de los poderes públicos. Tampoco basta el modelo del sometimiento de los poderes privados del mercado si la regulación a través del mismo derecho es deficiente y construido a base de intereses privados. Por último, no es necesario suscribir todos los pactos de derechos humanos vigentes y por existir si los Estados los siguen viendo con recelo por atentar a su

³¹ VÁZQUEZ, Rodolfo. *Op. cit.*, p. 256.

soberanía cuando los contenidos de éstos son más protectores que el derecho interno, lo que provoca la pérdida del poder vinculante de dichos pactos, como ha ocurrido con la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina.³²

Entonces, el rasgo distintivo de la modernidad moral en la que se intenta fundar una democracia constitucional en términos de los defensores del garantismo como Pierluigi Chiassoni,³³ se resume, pues, en una racionalidad prudente, consciente de los límites de la razón frente a las pasiones y los intereses, pero que no toma tales límites como defectos que superar sino asimilar para construir un sistema de garantías integral que contemple los retos de manera realista, como un aspecto de la condición humana sobre el cual construir el modelo constitucional emergente; individuales y colectivos desencantados, pero tomados en serio, porque es consciente de las contingencias en términos de Baudelaire, es el atrevimiento de ser mayores de edad y asumir las consecuencias de los límites de la razón de Kant y la luz tenue pero tenaz de la razón de Bobbio. Siendo estas referencias las bases bajo las cuales se funda el garantismo, porque es capaz de ver los límites de las sociedades en que vivimos, pero es capaz de construir un modelo funcional a pesar de ello, y que además permite avanzar en la tutela de derechos.

Con todo, como señala Omar Roldán³⁴ es necesario que se garantice el derecho internacional en coordinación con el estatal, para que la protección de derechos sea más amplia y eficiente, pues actuar en caso contrario demuestra una omisión, y niega el carácter fundamental de los derechos humanos que descansa en la dignidad humana. En pocas palabras, todos los derechos humanos deben ser garantizados y protegidos por el orden jurídico interno e internacional, en el

³² La Corte Suprema de la Nación Argentina, el 14 de febrero de 2017 sostuvo enfáticamente por mayoría: que no puede ser obligada a acatar el fallo supranacional de dejar sin efecto un pronunciamiento doméstico, en relación al asunto: Corte IDH. Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C, núm. 238.

³³ CHIASSONI, Pierluigi, *Un Baluarte de la modernidad. Notas defensivas sobre el constitucionalismo garantista*, Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 34 2011, p. 105.

³⁴ ROLDÁN Orozco, Omar Giovanni. *Op. cit.*, p. 67.

entendido de que garantizar unos y desproteger jurídicamente a otros es adoptar una actitud discriminatoria nugatoria del carácter integral de los derechos humanos.

En ese tenor, el constitucionalismo nos ofrece la posibilidad de la protección de principios sin perder de vista que la teoría de los derechos humanos reconoce a éstos como la concreción de los valores inherentes a la dignidad de la persona humana con independencia de su sustento filosófico y, por ello, lejos de nacer de una concesión de la sociedad política, han de ser reconocidos y garantizados por el Estado.

En el fondo, "(...) el constitucionalismo no es otra cosa que la positivización de los principios de justicia y de los derechos humanos históricamente afirmados en las cartas constitucionales."³⁵ Esta es la base de los retos que enfrenta la protección de derechos humanos los cuales solo tienen sentido en la medida de su concreción.

1.2 El derecho a la tutela judicial efectiva entre el garantismo y el neo-constitucionalismo

El constitucionalismo trajo consigo una nueva forma de entender el Estado de derecho. Ferrajoli señala que éste puede ser concebido de dos maneras opuestas:

"(...) como una superación del positivismo jurídico en sentido tendencialmente iusnaturalista o bien como su expansión o perfeccionamiento. La primera concepción, etiquetada comúnmente de neoconstitucionalista, es con toda seguridad, la más difundida. La otra concepción del constitucionalismo es estrictamente iuspositivista, entendiendo por positivismo jurídico una concepción y/o un modelo de derecho que reconozca como derecho a todo conjunto de normas puestas o producidas por quien está habilitado para

³⁵ FERRAJOLI, Luigi, *Constitucionalismos principialista y constitucionalismo garantista*, op. cit., p. 28.

*producirlas con independencia de cuales fueren sus contenidos y por tanto de su eventual injusticia.*³⁶

La premisa que se defiende en esta disertación, es que, si bien se comparte la idea del constitucionalismo positivista y/o garantista, no se pierde de vista que la base en que se funda el Estado de derecho en la época contemporánea y en los distintos países es aproximativo. Por lo que se refiere a México, se observa una tendencia iusnaturalista del constitucionalismo en los fallos de los jueces que tienen su base en principios como la ponderación, y la tesis de la relación entre derecho y moral. Así pues, los distintos posicionamientos teóricos se complementan en el funcionamiento del Estado mexicano, como ocurre al momento de la identificación del derecho a la tutela judicial efectiva, cuya argumentación en los procesos jurisdiccionales oscila entre ambos posicionamientos predominantes del constitucionalismo.

Quien hable de derechos humanos en un sistema jurídico determinado, deberá posicionarse sobre la legitimación en la tutela de derechos que reconoce el sistema jurídico en el que se encuentra o el que defiende. Por otro lado, existe una practicidad en ellos que es innegable y cuyo fin es terminar con la arbitrariedad y la vulneración de la dignidad de las personas, y todo lo que implique su respeto, pues existe una obligación de protección por quien ejerce el poder, prevista constitucionalmente.

Una vez precisada la funcionalidad que tiene el desarrollo de teorías -que no es otra cosa que legitimar las decisiones de las autoridades del Estado-, lo que busca el garantismo en términos de Ferrajoli, es:

“(…)designar una alternativa entre distintas concepciones del funcionamiento del Derecho, cuya principal relevancia pragmática es la de avalar y legitimar concretamente, e incluso apoyar, o al contrario, de criticar y deslegitimar normativamente, e inclusive de reducir: a) los espacios, para algunos del todo

³⁶ *Ibidem.* p. 16.

*positivos pero para mí negativos, de la autonomía del poder legislativo y de la discrecionalidad del poder judicial, y b) el consiguiente debilitamiento de la normatividad de las constituciones.*³⁷

Al margen de las contribuciones teóricas de las distintas corrientes del constitucionalismo, no pasan desapercibidos los aportes prácticos a través de las resoluciones jurisdiccionales, por ejemplo, de una posición principialista o tendencialmente iusnaturalista en las que, producto de un ejercicio de interpretación, se reconocen derechos que no se encuentran previstos expresamente por las normas jurídicas, por consiguiente se muestra la realidad práctica que está vigente en México.

Sin embargo, se sostiene que el constitucionalismo garantista es la propuesta más viable en la progresividad del derecho humano a la tutela judicial efectiva, a través de un modelo argumentativo que legitime una producción del derecho en favor de los derechos humanos en abstracto y una optimización³⁸ del proceso jurisdiccional en concreto; pues, como señala Ferrajoli,³⁹ la concepción del constitucionalismo que defiende no es en extremo rigorista, no es una superación del positivismo jurídico, sino que es, un reforzamiento del mismo, en el cual los derechos fundamentales estipulados en las normas constitucionales someten a la producción del derecho positivo.

Es el cambio de paradigma del viejo iuspositivismo, producido por el sometimiento de la producción normativa, no solo formal, sino también sustancial. En el modelo garantista, la protección de los derechos humanos que legitiman el modelo constitucional es fundamental para garantizar el derecho humano a la tutela

³⁷ FERRAJOLI, Luigi, *El constitucionalismo garantista. Entre paleo-iuspositivismo y neo-iusnaturalismo*, op. cit., p. 314.

³⁸ Para la Real Academia de la Lengua Española, la definición de optimizar es la siguiente: Buscar la mejor manera de realizar una actividad. En el caso, se refiere a la actividad jurisdiccional a partir del reforzamiento del derecho a la tutela judicial efectiva.

³⁹ FERRAJOLI, Luigi, *Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista*, op. cit., p. 24.

judicial efectiva dentro del proceso jurisdiccional y la producción de las normas que lo regulen.

Sin que se deje de lado el análisis en el que, para autores como Joaquín Herrera,⁴⁰ los derechos humanos sean un tema de alta complejidad. Por la confluencia entre elementos ideológicos y culturales, que dificulta todavía más su comprensión en su naturaleza normativa que permea la vida concreta de las personas. Por esa razón no podremos comprender de qué se trata sin un análisis que no parta de dicha complejidad teórica y dicho compromiso humano. De ahí la necesidad de no optar por un posicionamiento constitucional que sea oponible por completo a la forma de concebir a los Estados contemporáneos, sino una que sea capaz de describir la confluencia de distintas posturas, y se proponga la que desde esta disertación nos parece la más completa en relación con el derecho de la tutela judicial efectiva atendiendo a su doble naturaleza y complejidad.

Lo anterior conlleva que los derechos humanos forman parte de un sistema jurídico específico y complejo, en el que se encuentran y confluyen diversas posturas de concebir el derecho, es decir, el sostener un planteamiento teórico que busque explicar la forma de producción del derecho, no debe de dejar de lado la realidad práctica que lo constituye en su integridad.

Sin embargo, Joaquín Herrera⁴¹ sigue diciendo que, ya sea por la propia generalidad de sus premisas o por la dispersión de enfoques, gran parte de los acercamientos teóricos que han intentado comprender la naturaleza de los derechos han caído en puras abstracciones o en vacías declaraciones de principios, como ha ocurrido con la tutela judicial efectiva, la cual se reconoce como derecho complejo y ante la falta de precisión se encuentra en constante transgresión. De ahí que, cualquier acercamiento a los derechos que simplifique o reduzca su complejidad, supone siempre una deformación de peligrosas consecuencias en

⁴⁰ HERRERA Flores, Joaquín. *Hacia una visión compleja de los derechos humanos. El vuelo de Anteo. Derechos humanos y crítica de la razón liberal*, Bilbao, ed. Desclée De Brouwer, 2000, p. 19.

⁴¹ *Ibidem*. p. 20.

tanto que no hay un sistema integral en el que los poderes unan fuerzas para la concreción de un derecho en perjuicio de los que cada día sufren injusticias de un orden global.

De ahí que, la postura de que los derechos humanos como una teoría compleja dentro de un sistema jurídico intrincado en la praxis, necesita de todas las herramientas teóricas y prácticas que tenga a su alcance para cumplir los fines para los que fue elaborada, pues como lo señalala Rodolfo Vigo, “En el EDC(sic) el servicio de justicia se convierte en un derecho humano, y los tratados respectivos así lo reconocen. En efecto, estos incluyen el acceso a la justicia y a una tutela efectiva de los mismos derechos (...)”⁴². En este tenor, la tutela de los derechos humanos por parte del Estado, debe cumplir su obligación de maximizar su protección y garantía que debe estar al servicio de todas las personas, a través del derecho a la tutela judicial efectiva dentro del proceso.

De tal suerte que el derecho humano a la tutela judicial efectiva se analiza desde un ámbito teórico, pero sin desvincular su carácter instrumental dentro del proceso jurisdiccional a partir de un posicionamiento garantista, sin que en la praxis se deje de lado las soluciones que no forman parte de este modelo teórico-filosófico, toda vez que abonan a la progresividad de los derechos humanos. Pero advirtiendo sus consecuencias, como ocurre con el interpretativismo excesivo, o el llamado activismo judicial que se fundamenta en una moral objetiva, que puede surgir en el seno de un constitucionalismo principialista en donde figuras como la ponderación aumenta la indeterminación del derecho, sesgo que el garantismo busca impedir a partir de reglas que permitan de manera expresa la participación activa de los jueces, con el objetivo de eliminar los residuos positivistas en su expresión más rigurosa, vigentes en los códigos procesales contemporáneos.

⁴² VIGO, Rodolfo L. *Op. cit.*, p. 182.

En primer lugar, como se señaló con antelación, el garantismo se entiende como un reforzamiento al positivismo jurídico y que este último, en palabras de Andrés Rosler, es lo siguiente:

*“El positivismo jurídico contemporáneo no niega que a veces, cuando precisamente no es claro, hay que interpretar el derecho. Lo que sí rechaza es la necesidad de tener que hacerlo siempre. (...) por otro lado, el positivismo tampoco niega que a veces, el razonamiento moral y político aparecen en el escenario jurídico, pero no lo hacen por derecho propio, sino por invitación legal. Huelga decir que, (...) el positivismo jurídico es conceptual y/o normativo, pero jamás ideológico (...)”*⁴³

Así, queda manifiesto que se ha superado la concepción del positivismo que se resumía en una legitimación formal de la producción del derecho y, más bien, niega un objetivismo ético que permita una discrecionalidad arbitraria de los operadores jurídicos por considerar que es una clase de incertidumbre jurídica del propio justiciable al poner al juez por encima de la ley sancionada, de ahí la exigencia de un modelo integral en favor de la tutela judicial efectiva donde existan reglas claras que regulen un marco de acción complejo e indeterminado, en el entendido de que al no ser un positivismo ideológico permite la participación activa del juez en favor de la tutela judicial efectiva con normas acorde a una visión garante.

Se insiste, un posicionamiento garantista o positivista supone dejar claros los peligros que trae consigo el constitucionalismo no-positivista o principialista, tendencialmente iusnaturalista⁴⁴, comúnmente catalogado como neoconstitucionalista, en el que, en palabras de Ferrajoli, se identifican ciertos riesgos conectados con ellos, como por ejemplo:

⁴³ ROSLER, Andrés, *La Ley es la Ley. Autoridad e interpretación en la filosofía del derecho*, Buenos Aires, Argentina, ed. Katz, 2019, p. 18.

⁴⁴ Sin que se pierda de vista que los derechos humanos han tenido mayor desarrollo a partir de posturas principialistas o iusnaturalistas, sin embargo, en el caso, la tutela judicial efectiva requiere de un sistema de garantías claras que regule el actuar de los jueces. Pues como señala Rodolfo Vigo, no hay solo una teoría idónea para el jurista del Estado de Derecho Constitucional.

“a) una suerte de dogmatismo y de absolutismo moral conexo con el constitucionalismo concebido como cognoscitivismo ético; b) el debilitamiento del rol normativo de las constituciones y, por ello, de la jerarquía de las fuentes; c) el activismo judicial y el debilitamiento de la sujeción de los jueces a la ley y de la certeza del derecho, que, a su vez, debilitan las fuentes de legitimación de la jurisdicción.”⁴⁵

Esto no significa, el desconocimiento de los distintos posicionamientos que abonan a la teoría jurídica en la praxis, pero en el caso del derecho a la tutela judicial efectiva, es necesario, por un lado, precisar los límites de este derecho -que permea todo el proceso jurisdiccional- para no dejar un margen amplio a la potestad de los jueces, que en muchas ocasiones se alejan de la tutela de este derecho y se someten al imperio de una norma legalista disfrazada de formalidad esencial sin hacer un estudio reflexivo por el simple hecho de estar apegada al derecho positivo en estricto sentido, es decir, sin tomar en cuenta principios constitucionales como son los derechos humanos cuya vinculación somete a todas las autoridades.

Sin que pase desapercibido que se comparte la postura de Rodolfo Vigo,⁴⁶ quien sostiene que si bien existen diferencias entre ambas teorías, creemos que más allá de sus fundamentos, ellas resultan funcionales para proveer al jurista del marco teórico adecuado para comprender y operar argumentativamente dentro del Estado de Derecho Constitucional, de ahí es que se promueva el modelo que se adecua al desarrollo de cada derecho, en este caso de la tutela judicial efectiva, dentro del proceso jurisdiccional.

En ese contexto, el derecho a la tutela judicial efectiva dentro de un modelo garantista que persigue una progresividad en la protección de derechos humanos, parte de la premisa de la positivización de una serie de principios universales que comienzan con el llamado constitucionalismo jurídico, y que le otorgan el valor de la Constitución como una norma dirigida a garantizar la división de poderes y de

⁴⁵ FERRAJOLI, Luigi, *Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista*, op. cit., p. 28.

⁴⁶ VIGO, Rodolfo L. *Op. cit.*, p. 37.

derechos fundamentales de todos, es decir, exactamente los dos principios negados por el fascismo⁴⁷, pues en los pactos fundamentales se encuentran una serie de derechos garantizados que no se deben trasgredir, por lo que es necesario una serie de postulados que coadyuven a la verdadera protección de derechos.

Ahora bien, el artículo 17 de la CPEUM, prevé de manera implícita el derecho humano a la tutela judicial efectiva, pero su delimitación ha sido a través de la doctrina y la interpretación de los tribunales federales principalmente, a los que les corresponde el control concentrado de constitucionalidad.

Entonces, su identificación y delimitación se realiza a la luz del Estado Constitucional, a partir de diversas, posturas y teorías, en el cual muchos autores han estudiado la flexibilización, del derecho, a partir de la superación de la concepción decimonónica del derecho según la cual éste era inflexible, intocable e inalterable.⁴⁸ Por lo que ahora, en una concepción contemporánea, el proceso sirve al derecho como una herramienta mediante la cual se desenvuelve la jurisdicción, y su gran importancia consiste en que el proceso ha formado parte de la constitucionalización del derecho para garantizar en la mayor medida posible la recta e imparcial impartición de justicia mediante la tutela judicial efectiva.⁴⁹ En esta labor de delimitación del derecho a la tutela judicial efectiva, el poder judicial de la federación en general y el máximo tribunal del país en particular, han servido como la medida de la construcción del derecho, postura a la que el resto de los tribunales del país se deben ceñir, indistintamente, como ocurre con la jurisprudencia, pero esta labor no es en extremo ilimitada, ya que se deben apegar a lo previsto en la constitución, pues en caso contrario se caería en un interpretativismo excesivo, extremo que denuncia el garantismo.

En esa tesitura, Salinas Garza indica que:

⁴⁷ FERRAJOLI, Luigi, *Democracia y garantismo*, Madrid, ed. Trotta, 2010, p. 16.

⁴⁸ SALINAS Garza, Juan Ángel, *Tutela Judicial Efectiva*, México, ed. Novum, 2016, p. 17

⁴⁹ *Ibidem*. p. 27.

“La tutela judicial efectiva como derecho fundamental y especie del derecho sustantivo –o sustancial-, no solo se compone de la garantía de acceso a la justicia que protege la intervención de los tribunales mediante un derecho fundamental, sino que en su naturaleza debe identificarse un sentido estricto y un sentido amplio o lato, (...). De entrada hay que precisar que la tutela judicial o jurisdiccional se refiere a la actividad jurisdiccional a través del proceso; mientras que la tutela judicial efectiva es la realización o la voluntad de la ley, y además establece el acceso a la justicia en partes.”⁵⁰

En el entendido de que el proceso está conformado por distintas etapas, y que el derecho a la tutela judicial efectiva las abarca todas de distinta forma a través de los diversos derechos y garantías previstas para ello. En este sentido, como señala Gerardo Pisarello,⁵¹ la función principal de los límites constitucionales a la discrecionalidad legislativa, habilitan a los jueces a pedir cuentas al legislador por las vulneraciones comisivas u omisivas de derechos, a exigirle plazos razonables para su reparación y, sin imponerle un único medio de hacerlo, porque deberá contar con un sistema amplio de garantías para ejercer la tutela judicial efectiva.

Aunado a que, para Juan Ángel Salinas Garza,⁵² la tutela judicial efectiva es un concepto complejo en tanto que contempla una serie de derechos y garantías para su ejercicio, por esa razón no se debe identificar el acceso a la justicia a través de los tribunales con la tutela judicial efectiva de los derechos, en tanto que, la primera es el objetivo indirecto, mientras que la segunda es el objetivo directo. Bajo la premisa de que los justiciables no acuden a los juzgados a que se les aplique cualquier justicia, sino la derivada de la voluntad de la ley, de ese sentido que se desprende del texto o contenido normativo del derecho. Ahí es cuando se asume una postura garantista para su ejercicio, ya que el sistema jurídico ha impuesto una

⁵⁰ *Ibidem.* p. 47.

⁵¹ PISARELLO, Gerardo, *Del estado social legislativo al estado social constitucional: por una protección compleja de los derechos sociales*, Universidad de Barcelona, Isonomía, núm. 15, octubre 2001, págs. 81-107.

⁵² SALINAS Garza, Juan Ángel. *Op. cit.*, p. 55.

serie de pautas para la protección del derecho a la tutela judicial efectiva y se deben respetar por los jueces atendiendo a dichas razones constitucionales.

Es decir, se apoya la idea del reconocimiento del derecho humano a la tutela judicial efectiva en sentido amplio que, debido a las diversas garantías y derechos que lo integran, adquieren gran relevancia dentro del proceso jurisdiccional. Toda vez que los derechos humanos son aquellos que concretan los valores inherentes a la dignidad de la persona humana y, por ello, lejos de nacer de una concesión de la sociedad política, han de ser reconocidos y garantizados por ésta a través de los mecanismos institucionalizados para dicho fin, como en efecto lo es el proceso jurisdiccional y de ahí la exigencia que al encontrarse un derecho humano vinculado de manera directa a la impartición de justicia se busque su optimización con fines de progresividad, de ahí que permite una garantía de los derechos humanos que se encuentran en juego durante el proceso.

El derecho a la tutela judicial efectiva corresponde garantizarlo de primera mano a los tribunales, pero su consagración como derecho humano y reconocimiento de manera fundamental por la Constitución en su artículo 17, conlleva que todo el Estado está sometido al cumplimiento de este derecho en tanto que el propio legislador, al momento de la producción de la normas jurídicas tiene la obligación de seguir dichas directrices que se establecen de manera directa, por ejemplo, a partir de la jurisprudencia. En ese sentido, es que se espera que el derecho se aplique como está previsto, una vez reconocida la presencia de principios.

Sin embargo, si hablamos del derecho a la tutela judicial efectiva, cabe preguntarnos si es cierto que antepone la autoridad de la ley -a través de principios como la legalidad o derechos de seguridad y certeza jurídica-, o bien, principios ontológicos como la justicia, la igualdad y los derechos humanos, toda vez que el derecho se debe ajustar a esa serie de principios al momento en que son aplicados por las autoridades jurisdiccionales. Por eso se busca el reforzamiento de

la tutela judicial efectiva y a su vez la optimización del proceso, para que el sistema jurídico fortalezca al Estado de derecho.

Así, el andar de las autoridades estatales hacia el Estado garante consiste en que: “Los jueces por su parte se encargarán de la solución de los posibles conflictos que se presenten como consecuencia de una adecuada o inadecuada aplicación de las leyes, así como los litigios que se presenten entre los miembros de la misma comunidad (...)”⁵³ como expresión de garantía a través del derecho a la tutela judicial efectiva, pero con la salvedad de que bajo la premisa del sometimiento a la Constitución hay ciertos límites sustanciales que no deben entrar dentro de su apreciación, por esa razón es que se necesita una transformación del proceso desde la norma para optimizar su aplicación.

Es por ello, que Luigi Ferrajoli,⁵⁴ constata que el constitucionalismo garantista completa tanto al positivismo jurídico como al Estado de derecho, y se evidencia que la tutela judicial efectiva, atendiendo a su carácter de principio, debe ser el que se garantice para optimizar el proceso judicial, que es parte importante dentro del Estado de derecho; completa al positivismo jurídico porque positiviza no sólo el ser sino también el deber ser del derecho, y la tutela judicial efectiva es importante porque su expresión de derecho fundamental o derecho humano es un concepto abstracto previsto en la norma supraordenada pero tiene una aplicación instrumental que no se debe perder de vista; y completa al Estado de derecho porque comporta la sujeción, también de la actividad legislativa, al derecho y al control de constitucionalidad; aunado a que al ser identificado como principio, permite que la producción de las normas sea contrastada antes de su sanción o en última instancia previa aplicación del caso concreto.

⁵³ ROLDÁN Orozco, Omar Giovanni. *Op. cit.*, p. 5.

⁵⁴ FERRAJOLI, Luigi, *Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista*, *op. cit.*, p. 24.

1.3 La tutela judicial efectiva frente a los formalismos procedimentales en la teoría general del proceso

Establecer una postura contemporánea en el derecho se debe entender como la búsqueda por aplicar adecuadamente los cambios que la permanente dinámica del mundo y sus transformaciones le imprime a las disciplinas jurídicas. Es entonces, para algunos autores⁵⁵, una visión holística e integradora, desde un macro sistema, en permanente evolución, donde confluyen lo político, lo social, lo filosófico, lo epistémico, lo jurídico y lo práctico, por lo que la revisión de los operadores jurídicos debe ser minuciosa.

Es por ello que, en estricto sentido, se plantea una argumentación de la tutela judicial efectiva -tendencialmente- a partir de un constitucionalismo positivista o garantista que permea todo el sistema jurídico mexicano y abarca el proceso jurisdiccional, donde los derechos humanos y su protección juegan un papel importante y, en concreto, porque el derecho a la tutela judicial efectiva tiene incidencia directa durante todo el procedimiento jurisdiccional. Es decir, no se puede abordar el proceso aislado de una visión integradora pues se parte de un análisis práctico desde las normas procesales con las que los justiciables interactúan en cada proceso, a partir de normas que el legislador regula y el juzgador aplica e incluso contra actos de las propias autoridades.

Respecto al campo práctico del derecho a la tutela judicial efectiva, debe señalarse que un estudio jurídico no puede negar la funcionalidad que tiene aquel al resolver los conflictos surgidos entre los miembros del Estado y son sometidos a los tribunales judiciales. Como señala Zemelman,⁵⁶ se sigue buscando la respuesta en los planteamientos teóricos a casos prácticos que no se han podido resolver, tal vez porque no se han planteado desde aquel escenario o simplemente porque la realidad supera la teoría, de ahí que una investigación integradora no puede

⁵⁵ RAMÍREZ Carvajal, Diana María, “*Contornos del derecho procesal contemporáneo: luces desde la obra de Michele Taruffo*,” *Revista Academia & Derecho*, 4 (7), Julio-Diciembre 2013, págs. 171-188.

⁵⁶ ZEMELMAN, Hugo, *Conocimiento y Sujetos Sociales*, La Paz-Bolivia, Instituto Internacional de Integración del Convenio Andrés Bello, 2011, p. 39.

apartarse de las múltiples respuestas y resultados que arroja ésta, pues es la relación de la teoría con la realidad.

Por esa razón, la investigación se localiza en la teoría de derechos humanos y su relevancia en el constitucionalismo contemporáneo, pero abarca la teoría general del proceso, toda vez que, los derechos humanos inciden en el sistema jurídico y el proceso jurisdiccional, que sirve como herramienta para hacer realizables dichos derechos en lo relativo a ese ámbito. En ese contexto, existe una percepción de que los derechos humanos se ven sistemáticamente vulnerados a raíz de que las autoridades –en este caso las jurisdiccionales- no realizan una interpretación extensiva de conformidad con el artículo 1º Constitucional, lo que lleva a evidenciar una inconsistencia de estas dos teorías cuando se encuentran en un proceso jurisdiccional, lo cual resulta relevante, ya que se esperaría que los jueces que aplican el derecho fueran los últimos en vulnerar derechos y los primeros en garantizarlos cuando emiten sus actos de autoridad.

De manera que, por un lado, se cuestiona la constitucionalidad de estos actos nugatorios de derechos y, por el otro, se plantea la posibilidad de resarcir estas violaciones a partir del derecho a la tutela judicial efectiva como el derecho primigenio a garantizar contra estos actos trasgresores de derechos dentro del proceso jurisdiccional.

En esa tesitura, el Estado constitucional y el reconocimiento de los derechos humanos tuvo mayor impacto en el sistema de justicia constitucional, puesto que el reconocimiento de principios que se deben garantizar surge a la par de los modelos instituidos para su control; el concentrado corresponde al Poder judicial de la Federación a través de los tribunales de amparo, y el difuso, encomendado a los demás tribunales del país que tienen funciones materialmente jurisdiccionales. En ese sentido, se supone que el reconocimiento del derecho humano a la tutela judicial efectiva, como imperativo a garantizar dentro del proceso, les corresponde a todos los tribunales en cualquiera de los dos modelos de control constitucional.

La tutela judicial efectiva, identificada como el derecho a la jurisdicción, va desde obtener las facilidades de acceso a un tribunal hasta la ejecución de la

sentencia, con todo lo que entraña un proceso jurisdiccional, en donde se deben cumplir todas las formalidades esenciales que garanticen la seguridad y certeza jurídica de los justiciables. Se estima que la teoría del proceso debe evolucionar y no entenderse solamente como el conjunto de reglas del juego que rigen las actuaciones jurisdiccionales, sino que los distintos procedimientos, más allá de resolver los conflictos que se plantean, no se deben alejar de una protección a la tutela judicial efectiva como derecho independiente que le corresponde a cualquiera que acuda a los tribunales, y mucho menos que los formalismos procesales sean un obstáculo para la procuración de ésta. Por ende, en la medida de que se garantice de manera plena el derecho a la tutela judicial efectiva, se pueden garantizar los demás derechos humanos que de la Constitución y los tratados internacionales emanen, y se encuentren en el transcurso del procedimiento.

En ese sentido, el proceso jurisdiccional es la vía para solicitar al Estado la impartición de justicia con las garantías y derechos previstos para ello. Sin embargo, dentro del proceso se analizan no solo los derechos que se reclaman en concreto, sino otros tantos que se dilucidan al acudir al procedimiento, en el entendido de que, si bien se acude para resolver algún conflicto en relación con materias especiales, por otro lado, se está ejerciendo invariablemente el derecho a la tutela judicial efectiva, por el mero hecho de acudir al tribunal y el juez es el encargado de garantizarlo.

Lo que se espera del derecho a la tutela judicial efectiva, dentro del proceso jurisdiccional, tiene que ver con la incursión del Estado de derecho constitucional y la incorporación de los derechos humanos en la época contemporánea a través de su positivización, que abarca todos los campos del derecho, incluida a la teoría general del proceso y su expresión en los códigos procesales.

Por su parte, la teoría general del proceso es el fundamento en el que se forjan los códigos de procedimientos a los que se somete el actuar de los tribunales judiciales, quienes son los encargados de resolver los conflictos que son expuestos a su conocimiento y quienes aplican estas normas procedimentales. No obstante, al momento en que se aplican las leyes de los distintos procedimientos

jurisdiccionales, se implementan como si fueran recetas para resolver conflictos en donde únicamente se requiere su seguimiento puntual, y se deja de lado el mandato constitucional de protección de derechos humanos al que se encuentran sometidos. De ahí que se señale que los juzgadores olvidan que, más que ser los rectores del proceso, son autoridades garantes y vigilantes de su correcto andar, y que las leyes del procedimiento son más que guías de su actuar, cuya aplicación requiere máxima diligencia, por lo cual no deben olvidar que esas normas pueden violentar de manera incidental derechos humanos y, al identificar estas violaciones, deben mostrar una postura garante de los mismos prevista constitucionalmente.

Ahora bien, por cuanto ve a la teoría general del proceso, Ovalle Favela⁵⁷ lo identifica como la parte general de la ciencia del derecho procesal que se ocupa del estudio de los conceptos, principios, e instituciones que son comunes a las diversas disciplinas procesales especiales. Es decir, se reconoce su parte únicamente procedimental, pero se pierde de vista que su aplicación no debe ser en extremo formalista y que depende del caso particular. Igualmente Carnelutti⁵⁸ recalca la necesidad de construir una parte general del derecho procesal con elementos comunes, aún en los distintos procesos judiciales para que alcance su consolidación; el planteamiento que se sostiene es que los derechos humanos pueden ser el fundamento de esta propuesta de unificación.

Lo anterior, parece una labor titánica en razón de que la complejidad ha permeado todo el sistema jurídico, las distintas ramas del derecho tienen su propia posición teórica⁵⁹ y eso dificulta la unificación de una teoría común en general, sin embargo, el Estado de Derecho Constitucional, comparte elementos comunes mínimos a todo el modelo de justicia que vincula el actuar de los jueces con fundamento en los derechos humanos, y más cuando hablamos de la tutela judicial

⁵⁷ OVALLE Favela, José, *Teoría General del Proceso*, México, ed. Oxford, 2005, p. 49.

⁵⁸ CARNELUTTI, Francesco, *Sistema de Derecho Procesal Civil*, trad Niceto Alcalá Zamora y castillo y Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, ed. Uteha, 1944 t. I, p. 307.

⁵⁹ Cfr. VIGO, Rodolfo L., *La interpretación (argumentación) jurídica en el estado de derecho constitucional*, México, ed. Tirant Lo Blanch, 2017, págs. 35 y 36.

efectiva que se deberá garantizar con independencia del proceso particular del que se trate.

Para dimensionar adecuadamente esta idea, Diana Carvajal Ramírez⁶⁰ precisa que se debe tomar en cuenta que un sistema complejo es la articulación de múltiples variables, cada una compuesta por una diversidad de agentes donde todos interactúan al mismo tiempo. Por ello, los sistemas complejos no se estudian como estructuras cerradas. Un sistema complejo se debe estudiar como un sistema abierto, puesto que restringirlo equivale a entorpecerlo. Al ser abierto, el sistema complejo permite que, por sus estructuras pase permanentemente materia e información provenientes de cada uno de los agentes y de las variables que lo componen. Todo eso en aras de un desarrollo integrado con la teoría de los derechos humanos, en su paradigma constitucional, complejo de igual forma.

Entonces, se advierte que este problema asume una importancia especial precisamente en el ámbito de los derechos humanos y sociales. Por ello, si los derechos en términos de Michele Taruffo⁶¹ como el de la tutela judicial efectiva surgen primero en la conciencia moral y social, y solo después se reconoce y se regula, es necesario la previsión de normas claras que permitan al juzgador asumir esa responsabilidad, pero a través de normas generales positivas que permitan la salvaguardar derechos humanos. Toda vez que si se limita la función del juez a resolver de manera formal, se cerraría el camino a formas de garantía de derechos humanos en los casos concretos.

Del mismo modo, no pasa desapercibido que con anterioridad la teoría del proceso tuviera una posición formalista y rigurosa, pues se fundó dentro de un paradigma distinto, el de la concepción del derecho decimonónico. Sin embargo, los nuevos teóricos buscan responder y explicar la teoría general del proceso a la luz del Estado de Derecho Constitucional contemporáneo, el cual tiene su fundamento en los derechos humanos, y al efecto Juan Ángel Salinas Garza escribe: “La teoría

⁶⁰ RAMÍREZ Carvajal, Diana María. *Op. cit.*, p. 174.

⁶¹ TARUFFO, Michele, *Leyendo a Ferrajoli: consideraciones sobre la jurisdicción*, Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 31, 2008, p. 389.

general del proceso es entonces una rama del derecho que coadyuva en el desarrollo y la consecución de la tutela judicial efectiva. Esta última integrada por una serie de instituciones jurídicas que permiten su desarrollo epistemológico (...)”⁶² es decir, se reconoce al derecho a la tutela judicial efectiva como el derecho encargado a dirigir a la teoría del proceso a la consecución de sus fines actuales, la protección de los derechos humanos, la superación del derecho formalista y riguroso que restringe el acceso a la justicia, (como no anexar copias de la demanda, no señalar la vía correcta de acción, anexar pruebas desde la presentación de la demanda en los juicios ordinarios, etc.), en pocas palabras, que se extingan los formalismos exacerbados dentro del proceso.

Entonces la teoría general del proceso para Juan Ángel Salinas Garza⁶³ debe servir como la vía de garantía a través de la tutela judicial efectiva y las instituciones que se le han incorporado progresivamente, con el objetivo de modificar de forma considerable el entendimiento del proceso como teoría clásica y asignatura educativa, reconociendo que requieren distintos mecanismos de protección de los derechos dentro de su implementación teórica y práctica. En el entendido de que la tutela judicial efectiva es un derecho humano que otorga contenido sustantivo a las formas y derechos adjetivos del proceso, se vuelve indispensable un estudio de la teoría general del proceso a partir de la tutela judicial efectiva, como principio rector del proceso derivado de su reconocimiento implícito como derecho humano, pero sin desvincular su aparición como derecho adjetivo dentro de los códigos procesales.

En ese tenor, la tutela judicial efectiva es el derecho que se debe reforzar para lograr una verdadera tutela de los demás derechos humanos que están en juego dentro del proceso y se encuentran protegidos constitucional y convencionalmente. Lo anterior, toda vez que la propia Constitución permite una interpretación jurídicamente válida para plantar cara a los actos de las autoridades

⁶² SALINAS Garza, Juan Ángel. *Op. cit.*, p. 37.

⁶³ SALINAS Garza, Juan Ángel. *Op. cit.*, p. 38.

que violentan derechos humanos, a partir de la supremacía constitucional, es decir, la supremacía supone que todos los poderes, judicial, ejecutivo e incluso legislativo, están supeditados a la Constitución y su instrumentalización es al servicio de éstos, ya que en esa medida se pueden garantizar los derechos de las personas.

De ahí que, el proceso y sus bases teóricas deban caminar de la mano de la tutela judicial efectiva como fin y principio rector de las actuaciones de los órganos jurisdiccionales para que en esa medida se pueda optimizar el fin del proceso, que es garantizar derechos reconocidos a todas las personas a partir de un proceso efectivo desarrollado por la doctrina.

Asimismo, se comparte la postura de Rodolfo Vigo, quien señala que "(...) hay que dejar atrás al positivismo jurídico porque precisamente no brinda el aparato conceptual apropiado al derecho de nuestro tiempo, su terminante rechazo a cualquier razón práctica lo inhibe de todo posible respaldo a la argumentación jurídica."⁶⁴ En el entendido de que la ciencia procesal se trata de una labor eminentemente práctica donde se debe recurrir a la argumentación para resolver los problemas que surgen en cada caso.

Para robustecer lo anterior, Robert Alexy precisa que: "El punto de partida de la teoría de la argumentación jurídica es que en la fundamentación jurídica de lo que se trata siempre es de cuestiones prácticas, es decir, de lo que está ordenado, prohibido y permitido. Por ello, el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general."⁶⁵ En el que se deberá elegir la forma legítima de dar respuestas a los problemas que surjan durante el proceso jurisdiccional.

Ahora, una vez sentadas las bases sobre las que se plantea el estudio de la teoría del proceso y su relación con la tutela judicial efectiva en su modelo argumentativo garantista, es fundamental mencionar la última reforma al artículo 17 constitucional del 15 de septiembre de 2017, en donde se reconoció la importancia de que los tribunales resolvieran efectivamente las cuestiones planteadas por los

⁶⁴ VIGO, Rodolfo L. *Op. cit.*, p. 37.

⁶⁵ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, págs. 529 y 530.

justiciables bajo la premisa de que los tribunales deben privilegiar la resolución de los conflictos de fondo, sobre los formalismos procedimentales, siendo estos formalismos los que muchas veces niegan un verdadero acceso a la justicia y por ende, en algunas ocasiones no se podía entrar siquiera al estudio de los derechos que se reclamaban, por lo que ahora la justicia mexicana ha transitado a una labor de identificación de cuáles son esos formalismos procedimentales que impiden el acceso a la justicia y cuáles son los formalismos necesarios mínimos que deben exigir las leyes.

En ese sentido, los tribunales deben tener en cuenta que, a fin de cumplir con una verdadera protección de los derechos humanos de los justiciables y en concreto para garantizar el acceso a una tutela judicial efectiva, la substanciación de los procedimientos judiciales juega un papel importante. De ahí que resulte fundamental eliminar los formalismos exacerbados en la toma de decisiones durante el curso del proceso, pues solo en esa medida, los juzgadores estarán en aptitud de dictar una sentencia apegada a derecho.

Como ya se mencionó, el derecho a la tutela judicial efectiva tiene su fundamento de manera implícita en el artículo 17 constitucional.⁶⁶ Por su parte, el desarrollo jurisprudencial señala que la tutela judicial efectiva, consagrada como derecho humano en los artículos 17 de la CPEUM, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su vertiente de recurso efectivo, involucra la obligación para los tribunales de resolver los conflictos que se les plantean sin obstáculos o dilaciones innecesarias, a fin de evitar formalismos o interpretaciones no razonables que impidan o dificulten el enjuiciamiento de fondo y la auténtica tutela judicial, de ahí que los órganos encargados de administrar justicia, al interpretar los requisitos y las formalidades procesales legalmente previstas, deben

⁶⁶ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, 2017, Artículo 17. Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho. Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales. Siempre que no se afecte la igualdad entre las partes, el debido proceso u otros derechos en los juicios o procedimientos seguidos en forma de juicio, las autoridades deberán privilegiar la solución del conflicto sobre los formalismos procedimentales

tener presente la *ratio* de la norma para evitar que los meros formalismos impidan un enjuiciamiento de fondo del asunto.⁶⁷

Así pues, una visión basada en un constitucionalismo garantista marca una línea a seguir en la visión que tienen que tomar los juzgadores al momento de llevar a cabo la substanciación de los procedimientos, con una tendencia garantista por obligación, *so pena* de vulnerar la misma en perjuicio de los justiciables, entonces la postura que se debe fijar desde el inicio del procedimiento debe ser óptima, por lo que desde el auto inicial, la diligencia en los juzgadores debe ser más exigente, además de ser un reto, en vista de que a muchos impartidores de justicia les cuesta entender y, más aún, dar prioridad a la resolución del conflicto si el particular no cumple con algún formalismo, como podría ser, no señalar correctamente el nombre de la autoridad responsable -en amparo-, no señalar la vía correcta de sustanciación a pesar de ser competentes para conocer del asunto –en materias ordinarias-, no agregar copias a la demanda, no allegar alguna prueba para integrar el expediente, u otra diversa, y deja al principios de estricto derecho como rector del proceso jurisdiccional. Solo, sí se eliminan tales formalismos, se cumple con el objetivo de garantizar el acceso a la jurisdicción, derechos que es parte integrante del derecho a una tutela judicial efectiva.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha sostenido que:

“Sin embargo, no todos los requisitos para el acceso al proceso pueden considerarse inconstitucionales, como ocurre con aquellos que, respetando el contenido de ese derecho fundamental, están enderezados a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardan la adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida, como es el caso del cumplimiento de los plazos legales, el de agotar los recursos ordinarios previos

⁶⁷ Tesis 1a. CCXCI/2014 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. I, agosto de 2014, p. 536.

*antes de ejercer cierto tipo de acciones o el de la previa consignación de fianzas o depósitos.”*⁶⁸

Entonces, atendiendo a la reforma constitucional del 15 de septiembre de 2017, y al criterio jurisprudencial del máximo tribunal, es evidente que la labor de los operadores jurídicos comienza con determinar los alcances de esta nueva reforma constitucional que, a partir de su publicación y entrada en vigencia, resulta obligatoria, lo cual es de suma importancia, pues olvidar esta labor es vulnerar de manera flagrante los derechos de los gobernados, y cerrar una puerta para que el justiciable sea restituido en el goce de sus derechos a partir de este numeral que ha estado en constante evolución.

En suma, se percibe en el derecho a la tutela judicial efectiva una estrategia de progresividad de los derechos humanos a partir de una posición teórica constitucional garantista, esto indica que los jueces sean los encargados de revisar las normas que dirigen los procesos en cada caso concreto, incluyendo las constitucionales, es decir, un juez ordinario, al aplicar la ley que rige el proceso, no se debe limitar a su seguimiento puntual, sino tomar una posición reflexiva y crítica para poder analizar la concordancia de las normas con los mandatos constitucionales previstos, como, por ejemplo, la obligación de dejar de lado los formalismos procedimentales en los casos en que constituyan una vulneración a la tutela judicial efectiva, desde la presentación de la demanda, hasta la ejecución de sentencia, lo que implica que en lo relativo a la admisión, seguimiento y ejecución de sentencia, se deberá tomar una postura garante de derechos para desahogarlos en los términos y plazos previstos.

En tanto que como Ferrajoli⁶⁹ subraya, la jurisdicción dispone de una esfera de lo decidible más reducida que la que está abierta a la legislación, pero igualmente reconoce que también los operadores jurídicos, en este caso los jueces, llevan a cabo una actividad inevitablemente discrecional y marcada muy a menudo por

⁶⁸ Tesis 1a./J. 42/2007, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXV, abril de 2007, p. 124.

⁶⁹ TARUFFO, Michele, *Leyendo a Ferrajoli: consideraciones sobre la jurisdicción*, op. cit., p. 390.

juicios de valor. Por lo que, identificada tal situación, el positivismo contemporáneo pugna por la creación de normas que prevean estas situaciones dentro de un margen de razonabilidad. Pues como es bien sabido, en la praxis, los inconvenientes y las disfunciones del sistema procesal no tienen las mismas consecuencias para todos, de ahí la necesidad de un juez garante⁷⁰, capaz de reconocer el proceso como la institución del Estado encargada de realizar el fin de los derechos humanos y de reconocer al derecho a la tutela judicial como rector del proceso jurisdiccional.

⁷⁰ TARUFFO, Michele, *Racionalidad y la crisis de la ley procesal*, Doxa, núm. 22, 1999, p. 315.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA CONSTRUCCIÓN Y DESARROLLO DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

2.1 El derecho a la tutela judicial efectiva en México. Su desarrollo por la Suprema Corte de Justicia de la Nación

En México el derecho a la tutela judicial efectiva no está reconocido de manera expresa en nuestro pacto fundamental, de ahí que su desarrollo corresponde a los tribunales, quienes dan vida a las normas jurídicas, o por los académicos, que intentan descubrir los alcances y retos de éste a la par de los tribunales. Sin embargo, cuando hablamos de la tutela judicial efectiva no existe un concepto claro que lo delimite, debido a que existe variedad de declaraciones.

El artículo 17 constitucional, fundamento del derecho bajo análisis, puede ser interpretado, en principio, por quienes hacen el control concentrado de la Constitución y que básicamente es la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), ya sea en pleno o en salas, los plenos de circuito, Tribunales Colegiados de Circuito (TCC), Tribunales Unitarios de Circuito (TUC) y Juzgados de Distrito (JD). No obstante, la situación se vuelve más compleja cuando todos los demás jueces del país pueden hacer una interpretación de manera difusa a dicho numeral de manera incidental. Lo anterior es muestra de la complejidad que acompaña la conceptualización de los derechos humanos, así como la ausencia de su delimitación ante la gran divergencia de criterios.

El derecho humano a la tutela judicial efectiva es uno de los pilares a través de los que se garantiza el correcto andar del proceso jurisdiccional con independencia de la materia de que se trate. Es decir, independientemente del control previsto para que las normas producidas en el sistema jurídico mexicano se adecuen a la norma constitucional cuando se habla del procedimiento materialmente jurisdiccional, el derecho a la tutela judicial efectiva se encuentra en juego en todos los procesos de manera invariable y, por lo tanto, los jueces deben

hacer una revisión de las normas que aplican, una vez analizadas las circunstancias particulares del caso.

Es por eso que el derecho a la tutela judicial efectiva ha tenido un gran desarrollo a partir de la inserción de la teoría de los derechos humanos en el sistema jurídico mexicano; como evidencia de ello, está la última reforma al artículo 17 constitucional, de septiembre de 2017, modificación que impone la obligación a los jueces, al momento de dirigir el proceso jurisdiccional, de eliminar los formalismos que impidan el enjuiciamiento del fondo de los asuntos con énfasis en garantizar la impartición de justicia. Por lo anterior, Juan Ángel Salinas Garza concluye que: “La tutela judicial efectiva es un derecho humano de trascendental importancia, pues de él depende en gran medida la realización plena del Estado de Derecho.”⁷¹ De ahí la importancia de su optimización dentro del proceso como estrategia de progresividad de los derechos humanos en el ámbito jurisdiccional.

De manera que, por un lado está la obligación de los jueces de garantizar el cumplimiento de las leyes que rigen el proceso atendiendo al principio de legalidad, que señala que las autoridades sólo pueden hacer aquello que está expresamente permitido por la norma, en este caso la norma procesal, en aras de cumplir con la función jurisdiccional, que es resolver los conflictos que surgen entre los miembros del Estado y cuya potestad se le otorgó al mismo; la materialización de dicho derecho se da a través de los tribunales. Por otro lado, se encuentra presente —en los jueces— su carácter de autoridades al servicio del Estado y su correlativo sometimiento a la Carta Magna, que conlleva la obligación de garantizar todos los derechos humanos protegidos constitucionalmente, aun frente al principio de legalidad, como por ejemplo, el derecho humano a la tutela judicial efectiva, cuya garantía depende de los tribunales jurisdiccionales como instituciones creadas para dicho fin.

⁷¹ SALINAS Garza, Juan Ángel. *Op. cit.*, p. 11.

Aunque el reconocimiento del derecho humano a la tutela judicial efectiva, no aparece expresamente en el artículo 17 constitucional y, como la mayoría de los derechos humanos, su desarrollo e interpretación se han realizado a través de los jueces en sus sentencias o bien con mayor relevancia en las tesis jurisprudenciales y aisladas, es donde se reconoce expresamente la existencia del derecho humano a la tutela judicial efectiva, toda vez que el sistema jurídico mexicano reconoce los derechos humanos con independencia de su fuente.⁷² En ese sentido, es importante analizar el desarrollo constitucional, puesto que de ahí se desprende la forma en que el sistema jurídico conceptualiza el derecho a la tutela judicial efectiva y, por ende, su alcance e impacto a la hora de su protección y respeto durante el proceso jurisdiccional.

Así pues, el artículo 1o. de la CPEUM, establece que todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano es parte, así como de las garantías previstas para su protección. Por su parte, el artículo 17 constitucional prevé el derecho humano a la tutela judicial efectiva, que supone, en primer término, el acceso a la jurisdicción, es decir, que el gobernado pueda ser parte en un proceso judicial y éste, a su vez, se encuentra integrado por varias etapas y derechos que lo constituyen. En segundo lugar, el derecho bajo estudio conlleva la obligación de emitir una sentencia sobre el fondo de la cuestión planteada y su cabal ejecución, que deberá ser pronta, completa e imparcial, lo cual se encuentra íntimamente relacionado con el principio del debido proceso, contenido en el artículo 14 constitucional. En suma, el derecho humano a la tutela judicial efectiva, consagrado implícitamente como derecho humano en el artículo 17 de la CPEUM, garantiza una serie de derechos que lo integran para su defensa ante los órganos jurisdiccionales y cuyo desarrollo ha sido de carácter jurisprudencial en su mayoría.

⁷² Contradicción de tesis 293/2011, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. I, abril de 2014, p. 96.

Por ende, la tutela judicial efectiva, lisa y llanamente puede ser identificado como el derecho a la jurisdicción, que va desde el acceso a un tribunal hasta la ejecución de la sentencia. La tutela judicial efectiva permite que el ciudadano que crea haber sido lesionado en sus derechos o intereses o que requiera la protección de estos y se vea impedido de proporcionarse así mismo, pueda acudir a los jueces y tribunales en demanda de su tutela. A su vez, como el Estado prohíbe la realización arbitraria del propio derecho, o lo que se ha denominado la justicia privada, tiene la correlativa obligación de atender al ciudadano que demanda la protección o reparación.⁷³ Pues es evidente la función que se exige de los tribunales, la cual la deben desempeñar apegado a las normas procesales siempre y cuando no se vulnere algún derecho previsto constitucionalmente.

Es decir, el primer párrafo del artículo 17 constitucional, al señalar que ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma ni ejercer violencia para reclamar su derecho, prohíbe la autotutela en términos de Jorge Carreras del Rincón,⁷⁴ y se deja al Estado como el encargado de resolver las diferencias que existan entre sus miembros. A su vez, el derecho a la tutela jurisdiccional en sentido amplio, faculta a las personas a formular pretensiones –y a defenderse de ellas– ante un órgano jurisdiccional, a través de un juicio en el que se respeten las garantías del debido proceso, y hasta la ejecución de sentencia con el objetivo de lograr su plena y efectiva realización, es decir, no basta formular una pretensión sino que regula el proceso en sí mismo, con independencia de que, quien lo ejerce, lo haga en función de un derecho humano u otro diverso.

Así, el derecho de acudir a un tribunal a que se administre justicia se encuentra regulado en el segundo párrafo del artículo 17 constitucional, en el que se advierte de manera expresa que:

⁷³ CARRERAS del Rincón, Jorge, *Comentarios a la Doctrina Procesal Civil del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo*, Madrid, ed. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., 2002, págs. 22 y 23.

⁷⁴ Contradicción de tesis 187/2017, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. II, agosto de 2019, p. 1272.

“Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.”⁷⁵

De este párrafo se desprende que al justiciable le asisten una serie de derechos consagrados en la Constitución a manera de principios rectores de la impartición de justicia.

Pues sí, el derecho humano a la tutela judicial efectiva está integrado por una serie de principios y derechos que los tribunales se han encargado de desarrollar, por tanto, si se busca que exista una optimización en el proceso en favor de los derechos humanos que se encuentren en juego, es indispensable hacer un recorrido por tales consideraciones. En este contexto, se presenta a continuación un recorrido por los criterios relevantes que los tribunales del país han desarrollado en relación con el derecho humano a la tutela judicial efectiva, con la única intención de tener, por un lado, una conceptualización más clara y, por otro, proponer una visión distinta de los alcances que puede tener derivado de ese mismo desarrollo.

De acuerdo con el segundo párrafo del artículo 17 constitucional, el derecho a una tutela judicial efectiva consagra los siguientes cuatro principios⁷⁶:

1. De justicia pronta, que se traduce en la obligación de las autoridades encargadas de su impartición de resolver las controversias ante ellas planteadas, dentro de los términos y plazos que para tal efecto establezcan las leyes;
2. De justicia completa, consistente en que la autoridad que conoce del asunto emita pronunciamiento respecto de todos y cada uno de los aspectos debatidos cuyo estudio sea necesario y garantice al gobernado la obtención de una resolución en la que, mediante la aplicación de la ley al caso concreto, se resuelva

⁷⁵ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, 2017, artículo 17, párrafo segundo.

⁷⁶ Tesis 2a./J. 192/2007, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXVI, octubre de 2007, p. 209.

si le asiste o no la razón sobre los derechos que le garanticen la tutela jurisdiccional que ha solicitado;

3. De justicia imparcial, que conlleva que el juzgador emita una resolución apegada a derecho, y sin favoritismo respecto de alguna de las partes o arbitrariedad en su decisión; y,

4. De justicia gratuita, que estriba en que los órganos del Estado encargados de su impartición, así como los servidores públicos a quienes se les encomienda dicha función, no cobrarán a las partes en conflicto emolumento alguno por la prestación de ese servicio público.

Dichos principios se refieren, en general, a la forma en que el Estado mexicano se encargará de garantizar la impartición de justicia. Además, al reconocerse como principios, supone que la aplicación de las normas que rigen el proceso sea acorde a dichos principios y dicha aplicación sea respetada por cualquier autoridad que se encargue de un procedimiento materialmente jurisdiccional. Finalmente, dado que tales principios están previstos constitucionalmente, también someten al poder legislativo en la producción de las normas jurídicas en esta visión del Estado Constitucional.

Inclusive, los principios que forman parte del derecho humano a la tutela judicial efectiva, suponen un deber de vigilancia activa, como obligación constitucional, de manera directa. Es decir, todos los jueces, durante el proceso, deben mostrar su capacidad crítica al momento que aplican las normas, para impedir que cualquier situación pueda vulnerar dichos principios. Por ejemplo, cuando se habla de justicia completa, esa vigilancia de principios hace posible que la protección a la tutela judicial efectiva no se termine con una sentencia que ponga fin a juicio, sino que permite que tenga su ejecución también dentro de los plazos previstos y apegada a derecho, ya que dichos principios tienen alcance hasta su cabal ejecución, pues de ello depende su efectividad o ineffectividad.

Es decir, la existencia de principios no se termina de manera formal, sino que son la guía para la supervisión del cumplimiento de las normas que rigen el proceso. Por eso se insiste en que la observancia de la totalidad de los principios que integran la tutela judicial efectiva corresponde a todas las autoridades que realizan actos materialmente jurisdiccionales.

Por otro lado, siguiendo las características de los derechos humanos, el derecho a la tutela judicial efectiva se debe reconocer a toda persona sin distinción, pero la procedencia de la acción depende de la existencia de un reclamo legítimo, en tanto que dicho derecho se debe ejercer para impartir justicia a quien crea ser vulnerado en un derecho o bien a quien requiera defenderse de alguna pretensión. No obstante la procedencia de la acción, el derecho humano a la tutela judicial efectiva se ejerce.

Ahora bien, además de los principios a los que se ha aludido, existen una serie de componentes que integran la tutela judicial efectiva. Es el caso del derecho de acceso a la tutela jurisdiccional o acceso a la justicia, cuyo fundamento se encuentra también en el artículo 17 de la Constitución. El acceso a la justicia tiene un contenido específico y comprende tres derechos que lo integran⁷⁷: 1) una previa al juicio, a la que le corresponde el derecho de acceso a la jurisdicción, que parte del derecho de acción como una especie del derecho de petición dirigido a las autoridades jurisdiccionales y que motiva un pronunciamiento por su parte; 2) una judicial, que va desde el inicio del procedimiento hasta la última actuación y a la que concierne el derecho al debido proceso –cuyo contenido está íntimamente relacionado con el artículo 14 constitucional; y, 3) una posterior al juicio, identificada con la eficacia de las resoluciones emitidas.

En ese contexto, la Primera Sala del más alto tribunal del país explica que, en relación con el derecho de acceso a la jurisdicción en su etapa previa al juicio, es perfectamente compatible que el órgano legislativo establezca condiciones para

⁷⁷ Tesis 1a./J. 103/2017 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. I, noviembre de 2017, p. 151.

el acceso a los tribunales y regule distintas vías y procedimientos, cada uno de los cuales tendrá diferentes requisitos de procedencia que deberán cumplirse para justificar el accionar del aparato jurisdiccional. Lo anterior vuelve más complejo garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva, pues para acceder a la justicia deberán cumplirse diversos requisitos dentro de los cuales pueden establecerse, por ejemplo, aquellos que regulen:

- i) la admisibilidad de un escrito;
- ii) la legitimación activa y pasiva de las partes;
- iii) la representación;
- iv) la oportunidad en la interposición de la acción, excepción o defensa, recurso o incidente;
- v) la competencia del órgano ante el cual se promueve;
- vi) la exhibición de ciertos documentos de los cuales depende la existencia de la acción; y,
- vii) la procedencia de la vía.⁷⁸

Esto bajo la idea de que los requisitos de procedencia previstas por los legisladores deben ser requisitos esenciales para cumplir su función instrumental, pero sin vulnerar el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva, en el entendido de que al identificarse como esenciales, se entienden que son requisitos mínimos necesarios sin los cuales no se podría tutelar dicho derecho de manera efectiva en razón de que impedirían que el juzgador se encuentre en aptitud de conocer la cuestión de fondo planteada.

A manera de corolario y a fin de poner de relieve la divergencia de criterios entre los tribunales del país, el Décimo Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, en el amparo directo 813/2017,⁷⁹ sostuvo que el derecho a la

⁷⁸ Tesis 1a./J. 90/2017 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. I; noviembre de 2017, p. 213.

⁷⁹ Fallo correspondiente a la sesión pública de dieciséis de marzo de dos mil dieciocho, en el que se resolvió el reencauzamiento de la vía ordinaria civil, a la hipotecaria.

tutela jurisdiccional establecido por el artículo 17 constitucional no es ilimitado, sino que está restringido por diversas condiciones y plazos utilizados para garantizar la seguridad jurídica. Así, las leyes procesales determinan cuál es la vía en que debe intentarse cada acción, por ello, la prosecución de un juicio en la forma establecida por aquéllas tiene el carácter de presupuesto procesal que debe atenderse previamente a la decisión de fondo, porque el análisis de las acciones sólo puede llevarse a efecto si el juicio, en la vía escogida por el actor, es procedente, pues de no serlo, el juez estaría impedido para resolver sobre las acciones planteadas.

En esa tesitura, el artículo 17 constitucional vigente ordena a todo órgano jurisdiccional a privilegiar la solución del conflicto sobre formalismos procesales a condición de que no se vulnere el principio de igualdad de las partes, el debido proceso o algún otro derecho procesal fundamental; esto implica que cualquier determinación judicial en la aplicación de la norma procesal ha de prescindir de interpretaciones que tengan como resultado obstaculizar el derecho de acceso a la jurisdicción, así como a obstaculizar de manera injustificada que la controversia quede resuelta en cuanto al fondo.

Por tanto, para que un juez se avoque al conocimiento de una causa del orden civil, no es necesario que quien ejercita la acción para poner en movimiento al órgano jurisdiccional plantee su petición mediante el uso de fórmulas solemnes, como la designación del nombre correcto de la acción (y, por ende, de la vía), sino que es suficiente con que formule claramente el alcance de su petición, basándose en los hechos que constituyan la causa de pedir y que, por lo demás, está obligado a demostrar; en todo caso corresponde al juez, como perito en derecho, determinar si se actualizan las hipótesis normativas que producen las consecuencias de derecho pretendidas por el actor.

La resolución del TCC antes mencionada resulta relevante por dos razones: la primera, porque aun a pesar de que la SCJN haya identificado la procedencia de la vía como un presupuesto procesal esencial para acceder al derecho a la jurisdicción en su primera etapa, no impide que los tribunales inferiores,

al aplicar las normas que rigen el procedimiento, tengan esa facultad de analizar en el caso concreto que dichos formalismos no resulten excesivos; y, por otro lado, porque dicha reforma al artículo 17 constitucional, en la visión aplicada por el TCC, expresa al constitucionalismo garantista derivado de las garantías previstas en la Constitución para ejercer el derecho a la tutela judicial efectiva de manera plena, cuya aplicación es a condición de que no se vulnere la igualdad de las partes, el debido proceso o algún otro derecho procesal fundamental, de ahí que, lo que permitió la procedencia en favor de la tutela judicial efectiva, fue la actitud crítica reflexiva del juzgador, pero sobre todo su diligencia, ya que se ciñó a la aplicación de la norma procesal aplicable que era el artículo 35 del Código de Procedimientos Civiles para la Ciudad de México,⁸⁰ teniendo como derecho humano a salvaguardar el derecho a la tutela judicial efectiva y esa labor le corresponde a todos los jueces del país. Es decir, el juez ordinario estaba obligado a realizar ese estudio para garantizar dicho derecho desde la presentación de la demanda y por esa razón el legislador previó una serie de derechos para garantizar la tutela judicial efectiva y hacer posible que el juzgador resuelva conforme a la norma vigente, debiendo preferir la norma que protegía de manera efectiva dicho derecho.

Al aducir que existen una serie de requisitos esenciales, es indispensable que los juzgadores tengan una parte activa dentro del proceso, que no acaba con su mera intervención al dirigir el procedimiento y aplicar las normas como en este caso de acceso a la justicia, sino que deben participar con la vigilancia de las normas en pro de la tutela judicial efectiva o de los demás derechos humanos que se encuentre en juego, para cumplir con la labor jurisdiccional. Esta idea la comparte Perfecto Andrés Ibáñez, quien señala que los jueces tienen:

“(...) la posibilidad –y añadiría, la obligación en el modelo constitucional del Estado actual- de cuestionar la legitimidad constitucional de las leyes

⁸⁰ Ciudad de México: Código de Procedimientos Civiles, 2016, artículo 35.- Son excepciones procesales las siguientes: (...) Cuando se declare la improcedencia de la vía, su efecto será el de continuar el procedimiento para el trámite del juicio en la vía que se considere procedente declarando la validez de lo actuado, sin perjuicio de la obligación del juez para regularizar el procedimiento.

*prevista(sic) en las actuales constituciones, ha impuesto a quienes judicialmente operan con ellas, cualquiera que sea su nivel orgánico, el deber de llevar a cabo una lectura crítica de las mismas antes de decidir sobre su aplicación al caso.*⁸¹

En efecto, de nada sirve aplicar la norma de manera formalista y positivista en estricto sentido, sino que se exige una revisión reflexiva respecto de la validez de las leyes. Lo importante en cada caso será que para poder concluir que existe un verdadero acceso a la jurisdicción o a los tribunales, es necesario que se verifique la inexistencia de impedimentos jurídicos o fácticos que resulten carentes de racionalidad, proporcionalidad o que resulten discriminatorios como precisa Perfecto Andrés Ibáñez.⁸² Esto último es importante, porque revisar los impedimentos jurídicos permite analizar la legitimidad de las normas e identificar los impedimentos fácticos, concernientes a la práctica dentro de los tribunales, que no quedan exentos de la tutela de este derecho.

El acceso a la jurisdicción prohíbe al legislador no sólo la arbitrariedad e irracionalidad, sino también el establecimiento de normas que, por su rigorismo, formalismo excesivo o cualquier otra razón, revelen una desproporción entre los fines que aquellas formalidades y requisitos previstos en la ley preservan para la correcta y funcional administración de justicia, y para la efectiva protección de los derechos de las personas, frente a los intereses que sacrifican.

Previamente se analizó el párrafo tercero del artículo 17 constitucional publicado en el Diario Oficial de la Federación, el 15 de septiembre de 2017, que a la letra dice: “Siempre que no se afecte la igualdad entre las partes, el debido proceso u otros derechos en los juicios o procedimientos seguidos en forma de juicio, las autoridades deberán privilegiar la solución del conflicto sobre los formalismos procedimentales”, esta directriz constitucional permea todo el

⁸¹ IBÁÑEZ, Perfecto Andrés, *Sobre la pobreza cultural de una práctica (judicial) sin teoría*, Revista de la facultad de derecho PUCP, núm. 79, 2017, p. 122.

⁸² Tesis 1a./J. 90/2017 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. I, noviembre de 2017, p. 213.

procedimiento, no solo la etapa previa al juicio, sino que abarca el debido proceso, la ejecución de la sentencia e incluso la producción de las leyes están sometidas a la protección de dicho principio constitucional.

Así pues, el párrafo tercero resulta de trascendental relevancia ya que de manera expresa impone a los juzgadores el deber de que en todos los procedimientos seguidos en forma de juicio, con independencia que sean formal o materialmente judicial, se debe privilegiar la resolución del conflicto de fondo como imperativo sobre cualquier tipo de formalismo procedimental. Al mismo tiempo, los jueces deberán hacer un análisis constitucional de los presupuestos procesales desde el momento de iniciar un procedimiento seguido en forma de juicio hasta su conclusión. De lo anterior se sigue, que el derecho a la tutela judicial puede verse conculcado por normas que impongan requisitos impeditivos u obstaculizadores del acceso a los tribunales si tales dilaciones injustificables resultan innecesarias, excesivas y carecen de razonabilidad o proporcionalidad respecto de los fines que lícitamente puede perseguir el legislador, como la incorrecta enunciación de la procedencia de la vía.

Por esa razón es que el garantismo constitucional de Luigi Ferrajoli,⁸³ pugna por el reforzamiento de la tutela judicial efectiva, mediante un sistema de garantías previstas en los códigos procesales a manera de reglas exhaustivas y precisas derivadas de este derecho humano. Por lo demás, completa tanto al positivismo jurídico que tienen que ver con la revisión de las normas que rigen el proceso, como al Estado de derecho, que es el encargado de garantizar la impartición de justicia: completa al positivismo jurídico porque positiviza no sólo el ser, sino también el deber ser del derecho; y completa al Estado de derecho porque comporta la sujeción, también de la actividad legislativa, al derecho y al control de constitucionalidad.

⁸³ FERRAJOLI, Luigi, *Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista*, op. cit., p. 24.

En la norma constitucional se plasman de manera expresa una serie de límites que se imponen a los jueces con miras a privilegiar la solución del conflicto de fondo sobre formalismos procesales. Tales límites son los siguientes: que no se vulnere el principio de igualdad de las partes, el debido proceso o algún otro derecho procesal fundamental, bajo la premisa de que cualquier determinación judicial en la aplicación de la norma procesal ha de prescindir de interpretaciones que tengan como resultado obstaculizar el derecho de acceso a la jurisdicción.

Asimismo, el derecho humano a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de recurso efectivo desarrollado por los tribunales jurisdiccionales, acarrea la obligación para los tribunales de resolver los conflictos que se les plantean sin obstáculos o dilaciones innecesarias, con el propósito de evitar los formalismos e interpretaciones no razonables que impidan o dificulten el enjuiciamiento de fondo y la auténtica tutela judicial. Los órganos encargados de administrar justicia, al interpretar los requisitos y las formalidades procesales legalmente previstos, deben tener presente la *ratio* de la norma para evitar que los meros formalismos impidan un enjuiciamiento de fondo del asunto.⁸⁴ Es decir, están sometidos al fin que subyace en la norma a la que se encuentran sometidos para conjurar los riesgos del interpretativismo que puede caer en arbitrariedades de los jueces.

Los requisitos de procedencia y seguimiento del proceso, varían dependiendo de la vía que se ejerza y, en esencia, consisten en los elementos mínimos necesarios previstos en las leyes adjetivas que deben satisfacerse para la realización de la jurisdicción. Esto deja en evidencia la obligación que recae en los jueces, porque se parte de la idea de que todas las autoridades en el ámbito de sus competencias se encuentran obligadas a proteger los derechos humanos contenidos en la Constitución, por esta razón, individualizar al derecho humano a la tutela judicial efectiva, en estricto sentido, corresponde a todos los jueces del país.

⁸⁴ Tesis 1a. CCXCI/2014 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. I, agosto de 2014, p. 536.

Entonces, debe considerarse que los formalismos tienen como razón de ser garantizar tres cosas⁸⁵: 1) la buena fe de las partes durante el proceso; 2) la no arbitrariedad de los jueces; y, 3) la seguridad jurídica (en el sentido de predictibilidad). En este tenor, no se trata de obviar indiscriminada o irreflexivamente las formas que previene el orden jurídico, por considerarlas obstáculos a la justicia, sino de comprender cuál es su función y si ella puede ser cumplida sin menoscabo de la sustancia del litigio. Así, el artículo 17 constitucional, antes aludido, es sólo una de las normas –directrices, principios y reglas– a las que deben apegarse los tribunales y estos tienen que ajustar su actuación a todas ellas. Siendo dichas características, expresión del constitucionalismo garantista, aunado a que se debe reconocer una cierta desconfianza en el buen juicio de los jueces que en ocasiones puede ser causa de arbitrariedades.

Ahora, siguiendo con el desarrollo del derecho a la tutela judicial efectiva en su segunda etapa, como derecho a la jurisdicción, que va desde el inicio del procedimiento hasta la última fase, en específico, a la etapa judicial, el artículo 14, segundo párrafo, de la CPEUM establece el derecho al debido proceso que tiene toda persona como parte sustancial de cualquier procedimiento de naturaleza jurisdiccional, que comprende a las denominadas formalidades esenciales del procedimiento,⁸⁶ las cuales permiten una defensa previa a la afectación o modificación jurídica que puede provocar el acto de autoridad y que son:

- (i) la notificación del inicio del procedimiento;
- (ii) la oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa;
- (iii) la oportunidad de alegar;
- (iv) una resolución que dirima las cuestiones debatidas; y,

⁸⁵ Tesis I.14o.T. J/3 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. II, febrero de 2019, p. 2478.

⁸⁶ Tesis I.3o.C.79 K (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Décima Época, t III, junio de 2015, p. 2470.

(v) la posibilidad de impugnar dicha resolución.

Todas ellas instauradas para garantizar el respeto al debido proceso, que no se agota con su cumplimiento formal, sino que su aplicación deben ir encaminada a que cumpla el fin para el que fue instituida.

Finamente, respecto a la tercera etapa del derecho a la jurisdicción, que se refiere a la efectividad de las resoluciones, la cualidad que le corresponde es la severidad, pues agotado el proceso, declarado el derecho y convertida la sentencia de condena en cosa juzgada, es decir, en una entidad indiscutible, el derecho a la tutela judicial efectiva debe ser enérgico, de ser necesario, frente a su eventual contradicción por terceros (dado que la ejecución de sentencia es un tema de orden público), y debería tomar todas las medidas necesarias para promover el curso normal de la ejecución, pues en caso contrario las decisiones judiciales y los derechos que en las mismas se reconozcan o declaren no serían otra cosa que meras declaraciones de intenciones sin alcance práctico ni efectividad alguna y su correcta ejecución también exige un análisis más flexible de los presupuestos sobre los que se ejerce el acceso a la tutela judicial, por esta razón, cuando aquélla es denegada u obstaculizada, deberá atender a si ello propicia una infracción de ese derecho humano, no solamente cuando resulte obvia, innegable e indiscutible, sino cuando el arbitrio judicial que refleja la aplicación de la norma o la motivación de la valoración de la prueba sea el más estricto y el menos adecuado para lograr una sentencia completa e imparcial, lo que presuponen que sea útil y justa, para lograr la protección más amplia de las personas.⁸⁷

En términos generales, el derecho a la tutela jurisdiccional puede descomponerse en varios subconjuntos integrados por derechos específicos, a saber: el derecho de acceso a la justicia, el derecho al debido proceso, el derecho a obtener una sentencia jurisdiccional fundada en derecho y el derecho a la plena eficacia o ejecución de la misma. Cada uno de esos subconjuntos despliega sus

⁸⁷ Tesis I.3o.C.30 K (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t 3, septiembre de 2013, p. 2431.

efectos tutelares en momentos distintos.⁸⁸ El derecho de acceso a la justicia, en el momento de plantear una pretensión –o defenderse de ella– ante tribunales que deben contar con determinadas características. El derecho al debido proceso, durante el desahogo del procedimiento (conocer el inicio del juicio, derecho a probar y derecho a alegar). El derecho a obtener una sentencia fundada en derecho en el momento conclusivo del juicio. Y el derecho a la eficacia y ejecución de la misma, una vez concluido.

Todo lo anterior pone de manifiesto la importancia del derecho a la tutela judicial efectiva durante todo el proceso, y no se debe perder de vista que el poder judicial en todos sus ámbitos y jerarquías es el poder instituido por el Estado para impartir justicia y resolver los conflictos entre sus miembros. De manera reiterada se señaló que la vigilancia de principios y derechos que integran la tutela judicial efectiva es de suma importancia para optimizar la protección de los derechos humanos ya que la garantía dentro del proceso hace que cada vez haya menos recursos y se sature la impartición de justicia. Sin embargo, pareciera que se solicita una tarea complicada al exigir la postura vigilante en cada caso concreto, pero su optimización busca dejar de saturar el sistema de justicia en cualquiera de sus ámbitos, producto de una ausencia de un seguimiento diligente.

Bastaría ver los casos en los que se reclama la vulneración al derecho humano a la tutela judicial efectiva para exigir su necesidad. Al contrario, si los jueces ordinarios protegen dicho derecho, será posible que la protección de derechos que son sometidos a su conocimiento sean protegidos desde instancias inferiores.

Queda claro que el derecho a la tutela judicial efectiva es el derecho que, en principio, merece un reforzamiento mediante la implementación de un modelo de garantías previstas en las normas procesales, para salvaguardar los demás

⁸⁸ Contradicción de Tesis 187/2017, semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. II, agosto de 2019, p. 1272.

derechos humanos, toda vez que permite optimizar el proceso jurisdiccional a partir de una visión garantista.

Con todo, los tribunales judiciales, al resolver los asuntos que son sometidos a su conocimiento, parecen no salvar la idea de que el proceso es la herramienta creada por el sistema jurídico encargada de procurar la justicia, por consiguiente, su ejecución también está sometida a la Constitución, cuyo artículo 17, entre otras cosas, impone evitar formalismos o interpretaciones no razonables en pro de la auténtica tutela judicial.

La garantía del derecho de acceso a la jurisdicción prohíbe al legislador no sólo la arbitrariedad e irracionalidad, sino también la producción de normas que, por su rigorismo, formalismo excesivo o cualquier otra razón, impongan formalidades y requisitos desproporcionales entre los fines del proceso y lo previsto en la ley, por lo cual, solo se deberán permitir las formalidades que vayan encaminadas a preservar la correcta y funcional administración de justicia. Por su parte, los juzgadores deben distinguir entre las normas rígidas y normas flexibles, y no supeditar la admisión de demandas o recursos al cumplimiento o desahogo de requerimientos intrascendentes, que en el mejor de los casos vulneran la prontitud de la justicia y en el peor de ellos son verdaderos intentos para evitar el conocimiento del asunto de fondo por las razones que sean.

Finalmente, una vez identificada la parte fundamental que juegan las autoridades en un Estado Constitucional, con independencia del posicionamiento teórico de los operadores, quedan grandes interrogantes sobre si lo que los tribunales y los legisladores señalan como formalismos esenciales, son en verdad los necesarios e indispensables en tanto que siguen solicitando la vía, las copias de traslado y todas esas cuestiones que a quien se le cedió la facultad de resolver los conflictos entre los miembros del Estado deberían asumir cuando se trate de violaciones o pueda suponer estas.

Por consiguiente, el garantismo en la aplicación de la tutela judicial efectiva implica que, a pesar del principio de legalidad previsto constitucionalmente frente a

un derecho humano protegido también por la Constitución, el juez debe tener en las normas una serie de reglas y garantías para decidir cuál es el derecho que debe prevalecer, permitiendo una solución garante del Estado Constitucional y limitando la discrecionalidad en la decisión del juzgador en favor de los justiciables.

2.2 El derecho a la tutela judicial efectiva por la Corte Interamericana de Derechos humanos

La consolidación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos permitió que los miembros pertenecientes a la OEA avanzaran en la adecuación de lo previsto en la Convención y los tratados internacionales reconocidos por los Estados parte, toda vez que, a través de los fallos, se ha reforzado la protección de derechos humanos en América, siguiendo así una línea internacional de protección de derechos a los que los sistemas jurídicos internos se habían sometido al reconocer la competencia vinculante de la CoIDH.

Fabián Salvioli,⁸⁹ apunta que uno de los detonadores de la relevancia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, se encuentra en el bloque de constitucionalidad en la mayoría de los países latinoamericanos, porque esta figura reconoce valor y jerarquía constitucional a normas que no se encuentran expresamente en la Constitución y que tiene implicaciones jurídicas y políticas complejas, ya que el marco normativo convencional se convierte también en parámetro de regularidad constitucional concurrente, tanto de normas y los efectos de su aplicación, como del actuar de los órganos del poder público y, por supuesto, de tutela complementaria de derechos.

En ese sentido, el Grupo de Trabajo para el análisis de los Informes nacionales previstos en el Protocolo de San Salvador,⁹⁰ señala que en el campo de

⁸⁹ SALVIOLI, Fabián, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos instrumentos, órganos, y procedimientos jurisprudencia*, México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2020, págs. 13 y 14.

⁹⁰ Organización de los Estados Americanos, “Indicadores de progreso para la medición de derechos contemplados en el protocolo de san salvador”, Grupo de Trabajo para el análisis de los informes nacionales

los derechos humanos se han desarrollado estándares sobre el derecho a contar con recursos judiciales que resulten idóneos y efectivos para reclamar por la vulneración de los derechos fundamentales. Además, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha reconocido la necesidad de comenzar a delinear principios y estándares sobre los alcances de los derechos al debido proceso judicial y a la tutela judicial efectiva en casos que involucran la vulneración de derechos económicos, sociales y culturales.

Por cuanto a la tutela judicial efectiva, en el monitoreo sobre las garantías de acceso a la justicia, se consideran cuatro temas:

“(…) i) la obligación de remover obstáculos (económicos, materiales y culturales) para garantizar el acceso a los tribunales y a los recursos de protección disponibles;

- ii) los componentes del debido proceso en los procedimientos administrativos relativos a derechos sociales, incluyendo la información relativa a los mecanismos de queja o reclamo ante la denegación de derechos por la administración, y la denegatoria de beneficios considerados de otorgamiento discrecional buscando limitar los márgenes de arbitrariedad de las autoridades públicas
- iii) los componentes del debido proceso en los procedimientos judiciales relativos a derechos sociales considerando indicadores generales sobre garantías judiciales para todos los derechos, sin perjuicio que respecto de algunos derechos del PSS puedan incorporarse algunas garantías judiciales específicas y;
- iv) los componentes del derecho a la tutela judicial efectiva de derechos sociales, individuales y colectivos, buscando relevar información sobre acciones que puedan ser empleadas en situación de urgencia y que funcionen como recursos sencillos y rápidos para reparar

previstos en el Protocolo de San Salvador en cumplimiento del mandato previsto en la Resolución AG/RES 2582 (XL-0-10) y AG/ RES 2666 (XLI-O/11), Washington, D.C., 2011, p. 30.

violaciones en estas circunstancias extraordinarias, como también identificar remedios cautelares o preventivos, como por ejemplo acciones para el acceso a tratamientos médicos urgentes, o para evitar el despido de un delegado sindical.”⁹¹

Lo cuales han sido incluidos, a modo de indicadores para medir el progreso en la defensa del derecho a la tutela judicial efectiva y que tienen que ver con la existencia de acciones constitucionales (amparos, acciones de protección y tutela).

Por su parte, la CoIDH ha declarado que la protección judicial constituye uno de los pilares básicos de la Convención Americana y del propio Estado de derecho en una sociedad democrática, lo que adquiere relevancia a partir del constitucionalismo, pues los derechos humanos pasaron a formar parte del Estado a través de normas supraordenadas. En ese sentido, la Corte ha señalado que los artículos 8 y 25 de la Convención también consagran el derecho de acceso a la justicia, norma imperativa del derecho internacional de la cual depende la realización plena de los Estados.⁹² Con esto se deja patente la importancia del derecho de la tutela judicial efectiva en su vertiente de protección judicial o bien de acceso a la justicia, como derecho cuya realización permite la consecución plena del Estado de derecho.

A su vez la CoIDH ha reconocido de manera expresa que el principio de tutela judicial efectiva requiere que los procedimientos judiciales sean accesibles para las partes, sin obstáculos, con el objetivo de que se cumpla su función de manera rápida, sencilla e integral. Además de que el artículo 25.1 de la Convención contempla la obligación de los Estados partes de garantizar, a todas las personas bajo su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales, reconocidos, ya sea en la constitución, en las leyes o en

⁹¹ *Ibidem.* p. 31.

⁹² Corte IDH. *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153, párr. 231.

la convención, sin los cuales de nada sirven las declaraciones de derechos.⁹³ Lo anterior, nos permite inferir que resultan obvios los esfuerzos del tribunal internacional de sembrar criterios con miras a contribuir en la consolidación de un Estado garante de derechos humanos, en donde existan los medios procesales óptimos para la salvaguarda de derechos.

Se deja una pista de lo que los Estados han realizado progresivamente, con la institucionalización de vías idóneas; sin embargo, no se puede perder de vista que desde el principio ya era patente la necesidad de que la protección judicial fuera efectiva y no aparente. Solo así se podría alcanzar el objetivo de una reparación integral de derechos, que ahora, en la época contemporánea, tiene nuevos retos dentro de los Estados, como ocurre con la protección de derechos humanos no solo en procesos especiales de control constitucional, sino en la labor jurisdiccional en general, atendiendo a la tendencia del control difuso de constitucionalidad y convencionalidad que ha sido impulsado por la propia CoIDH.

Con el ánimo de garantizar los derechos humanos⁹⁴ de manera real y extendida, a todos los juzgadores se reconoce el control difuso de convencionalidad, de manera que todos los jueces tienen la obligación de tutelar los derechos humanos en la función jurisdiccional que realizan, con todos los retos que esto conlleva como lo es el desarrollo y aplicación del derecho internacional.

Por otro lado, la propia jurisprudencia de la CoIDH ha fijado un estrecho vínculo entre los alcances de los derechos consagrados en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana. De esta manera, se ha establecido que los Estados tienen la obligación de diseñar y consagrar normativamente recursos efectivos para garantizar la protección de los derechos humanos, pero también, tienen la obligación de asegurar la debida aplicación de dichos recursos por parte de sus

⁹³ Corte IDH. *Caso San Miguel Sosa y otras Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de febrero de 2018. Serie C No. 348, párr. 181.

⁹⁴ El artículo 1° de la CPEUM, establece la obligación de las autoridades en el ámbito de sus competencias de garantizar los derechos humanos contemplados en el parámetro de regularidad mexicano.

autoridades judiciales, atendiendo al debido proceso⁹⁵, y se deja claro que las funciones de los jueces y los legisladores tienen una estrecha relación.

Un recurso efectivo consiste en que el análisis realizado por la autoridad competente no puede reducirse a una mera formalidad, sino que ésta debe examinar las razones invocadas por el demandante y manifestarse expresamente sobre ellas, por eso, la efectividad supone que además de la existencia formal de los recursos, éstos deben dar resultados y respuestas a las violaciones de derechos contemplados, ya sea en la Convención, en la Constitución o en las leyes, pues su efectividad involucra una realidad práctica y palpable.⁹⁶

Ahora bien, el artículo 25.1 de la Convención Americana de los Derechos Humanos establece que:

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

De lo transcrito, se destaca que la forma de regular el derecho a la tutela judicial efectiva por la CoIDH, ha determinado ciertas características de los recursos jurisdiccionales,⁹⁷ cuyo desarrollo ha sido mayoritariamente jurisprudencial, y entre las que se encuentran: a) idoneidad, b) efectividad, c) rapidez y d) sencillez.

En ese contexto, la idoneidad del recurso tiene que ver con la posibilidad de impugnar ante las autoridades judiciales e inclusive a las mismas, y la CoIDH recalca que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto positivamente o con que sea formalmente admisible el recurso o medio de defensa, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en

⁹⁵ Corte IDH. *Caso Lagos del Campo Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 340, párr. 176.

⁹⁶ *Ibidem*. párr. 176.

⁹⁷ A propósito de los recursos jurisdiccionales, se refiere a los mecanismos que prevén los Estados para la protección de los derechos humanos.

una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla.⁹⁸ Pues solo en ese extremo, se puede concebir que el recurso previsto por el Estado fue diseñado para proteger los derechos de que se trata.

Por su parte, la efectividad del recurso contempla la necesidad de que se dé respuesta a las violaciones de derechos consagrados tanto en la CADH, como en la Constitución y leyes. De esta manera, no sería efectivo el recurso que resultara ilusorio o inútil, considerando que configuraría una denegación de justicia en cuanto al fondo.⁹⁹ Se sigue que de la efectividad de la tutela de derechos depende de la correcta impartición de justicia del Estado, mediante los mecanismos previstos para ello, en el entendido de que su vulneración representa la fragilidad de los sistemas de justicia y su incompatibilidad con el nuevo paradigma de los derechos humanos, en consecuencia, se precisa que:

“(...) los Estados Partes se obligan a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos (art. 25), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (art. 8.1), todo ello dentro de la obligación general a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción.”¹⁰⁰

En otras palabras, además de la obligación de brindar los mecanismos de protección, estos se deben llevar a cabo siguiendo las reglas que rigen dichos procedimientos, pues la CoIDH reconoce la importancia de que la tutela judicial efectiva no puede significar la vulneración de la seguridad y certeza jurídica como corolario del principio de legalidad.

Incluso, cabe precisar que el artículo 25.1 contempla el principio, reconocido en el derecho internacional de los derechos humanos, de la efectividad

⁹⁸ Corte IDH. *Garantías judiciales en estados de emergencia*, Arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-9/87, Serie A, núm. 9, 6 de octubre de 1987, párr. 24.

⁹⁹ NASH Rojas, Claudio, Constanza Donald, NÚÑEZ, *La tutela judicial de los derechos fundamentales en Latinoamérica*, México, ed. Ubijus, 2015, p. 29.

¹⁰⁰ Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 1. párr. 91.

de los instrumentos o medios procesales destinados a garantizar derechos, a partir del cual la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado parte y que es el fundamento vinculante de la propia Corte Interamericana.¹⁰¹ En el fondo, la efectividad de los procesos depende, por un lado, de lograr la protección de los derechos humanos y, por el otro, que dicha labor se lleve a cabo en los términos y plazos previstos, en el entendido de que éstos no deben ser irrazonables, además de que deben tener una tendencia de progresividad, por lo que incorporar la efectividad a la tutela judicial optimiza la procuración de justicia dentro del proceso jurisdiccional.

A su vez, la denegación del acceso a la justicia se relaciona con la efectividad de los recursos, en tanto que una es el presupuesto procesal de la otra. Por esa razón, el derecho a la tutela judicial efectiva exige a los jueces que dirijan el proceso de forma que eviten dilaciones y entorpecimientos indebidos que conduzcan a la impunidad, y frustren la debida protección judicial de los derechos humanos, considerando que en ellos recae la obligación directa de garantía.¹⁰² O sea, en los criterios de la CoIDH, se ha reconocido la labor de los jueces de manera diligente en el desarrollo de los procesos, en el entendido de que: “No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios,”¹⁰³ lo cual implica que la efectividad de los recursos previstos y las normas aplicadas deben ser analizadas en todos y cada uno de los casos concretos, pues en la medida de su constante revisión se puede concebir el respeto al derecho de una tutela judicial efectiva.

¹⁰¹ Corte IDH. *Garantías judiciales en estados de emergencia*, Arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9.

¹⁰² Corte IDH. *Caso Bayarri Vs. Argentina*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C No. 187. párr. 116.

¹⁰³ FERRER, Mac-Gregor, Eduardo, *Cuadernillo de jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos N° 13: protección judicial*, 2018, p. 27.

Por cuanto ve a la rapidez, los criterios van encaminados a que los recursos de amparo resultarán ilusorios e inefectivos, si durante la tramitación de éstos se incurre en un retardo injustificado de la decisión, pues de otro modo no sería expedita.¹⁰⁴ Por ese motivo, es necesario determinar que los plazos de la sustanciación no podrán ser en extremo excesivos, toda vez que se debe actuar atendiendo a las circunstancias del derecho que se trate, ya que en muchos casos, de la prontitud de la respuesta inmediata depende la conculcación de un derecho, así como su reparación, de ahí que los procedimientos prevén figuras como la suspensión de los actos de autoridad como ocurre en México, atendiendo al peligro en la demora y la apariencia del buen derecho.

El requisito de sencillez consagrado en el artículo 25 de la CADH, no ha sido desarrollado con precisión por la Corte IDH, sin embargo, encontramos en la doctrina referencias a este requisito. En efecto, la simplicidad buscaría evitar las complejidades innecesarias, teniendo a la vista la finalidad del amparo como vía procesal para poner fin a la arbitrariedad y al abuso.¹⁰⁵

De tal suerte que solo el cumplimiento de dichos principios desarrollados por la doctrina y, más concretamente, por la CoIDH, permiten la realización de los derechos humanos, y el respeto se debe exigir dentro del marco jurídico internacional, en general, como en el de los Estados en particular, concluyendo que el recurso judicial efectivo consiste en que el mecanismo o la vía de tutela sea realmente idóneo para determinar si se ha incurrido o no en la violación de derechos humanos y, en su caso, proveer lo necesario para remediarla. Pero para que el juez o tribunal hagan tal determinación, deben resolver efectiva, fundada y motivadamente el asunto planteado, es decir, independientemente de que el fallo sea favorable o no, deben verificar y justificar objetivamente su procedencia, de no

¹⁰⁴ Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71. párr. 93.

¹⁰⁵ NASH Rojas, Claudio, Constanza Donald, NÚÑEZ. *Op. cit.*, págs. 33 y 34.

ser así, se deja de lado la protección de los derechos humanos con sus principios progresistas.

De manera que para válidamente hablar de un recurso judicial efectivo, no basta con decir que formalmente el recurso o medio de defensa existe, y que incluso se admitió a trámite y recayó una resolución (favorable o desfavorable), sino que debe ser eficaz, es decir, debe por lo menos dar respuestas debidamente fundadas y motivadas a las violaciones alegadas atendiendo a las figuras concretas que los Estados prevén para remediarlas.

No pasa desapercibido que, si bien es cierto, previo a abordar el estudio de fondo del asunto la CoIDH concuerda con la postura de que el tribunal debe verificar los presupuestos de procedencia del recurso, que varían dependiendo de la naturaleza del proceso y lo que la ley exige. Pero también es cierto que esa verificación no puede ser en extremo formalista so pena de que el recurso ya no sea sencillo, ni efectivo, (además que se convierte en un argumento injustificado de denegación de justicia), máxime si tenemos en cuenta que la CoIDH ha determinado los pasos que un juez, debería seguir al momento de aplicar el derecho, en el entendido de que el fin último es reparar la violación y obtener una conclusión, apartándose así de un criterio formalista y arbitrario. Y la propia CoIDH, sostiene que debemos reflexionar acerca de:

“(...) qué se entiende por un recurso efectivo, en el entendido que no puede considerarse efectivo un recurso que por las condiciones del país resulta ilusorio, sea por falta de independencia o imparcialidad del poder judicial, que requiere una efectiva respuesta de las autoridades y que permita una adecuada reparación. Finalmente, la Corte IDH ha entendido constantemente que la rapidez de un recurso es fundamental, pues la tutela judicial efectiva requiere evitar dilaciones en el proceso.”¹⁰⁶

¹⁰⁶ FERRER, Mac-Gregor, Eduardo. *Op. cit.*, p. 20.

Con todo, lo que se pretende evidenciar con el siguiente análisis no es solamente la línea que ha seguido la CoIDH en favor de la tutela judicial efectiva, sino además, demostrar que dichos principios que han dirigido la construcción de los modelos procesales de protección de derechos humanos, pueden y deben ser invocados, incluso dentro de un proceso ordinario en el que se encuentre en juego algún derecho humano, con el único fin de hacer palpables dichos derechos, pues el control difuso permite hacer un análisis convencional de manera incidental del juzgador ordinario. Después de todo, la tesis que se intenta sostener es que la tutela judicial efectiva debe ser conceptualizada como un derecho humano y al reconocerle tal carácter, además de exigir su presencia en todos los procesos jurisdiccionales, permite hacer un análisis de las normas aplicadas en los casos concretos en aras de garantizar la tutela judicial efectiva.

Por ejemplo, la CIDH¹⁰⁷ establece que el derecho a la tutela judicial efectiva exige a los jueces que dirijan el proceso de modo a evitar que dilaciones y entorpecimientos indebidos, en vista de que tales actitudes pueden constituir actos de impunidad. Asimismo, el tribunal ha considerado que los jueces como rectores del proceso tienen el deber de dirigir y encausar el procedimiento judicial con el fin de no sacrificar la justicia y el debido proceso legal en pro del formalismo y la impunidad, pues de lo contrario se conduce a la violación de la obligación internacional del Estado de prevenir y proteger los derechos humanos y menoscaba el derecho de la víctima y de sus familiares a saber la verdad de lo sucedido, a que se identifique y se sancione a todos los responsables y a obtener las consecuentes reparaciones, todo ello en un plazo razonable.

Es decir que los juzgadores deben actuar en forma diligente, y procurar la celeridad en la tramitación de los procesos. Así pues, la reparación integral en términos de la Corte va más allá de los modelos instaurados por los Estados, debido a que no basta con el cese de la vulneración o la reparación de un derecho violado

¹⁰⁷ Corte IDH. *Caso García Ibarra y otros Vs. Ecuador*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2015. Serie C. No. 306, párr. 132.

por la autoridad, sino que, además, hay una necesidad de justicia que permite conocer al responsable y lo sucedido, incluso imponiendo una sanción a quien resulte responsable, pues solo de esta manera se puede garantizar, al menos de manera prometedora, la no repetición por quien detenta el poder en vista de que no se trata de un particular sino un servidor del mismo Estado, que es el encargado de protegerlas.

Ahora, la evolución de la substanciación del juicio de amparo en México a partir de la nueva Ley de Amparo del 2 de abril de 2013, partió a simple vista de una postura garantista, pues tenía que responder a dos sucesos: por un lado, a la reforma en materia de derechos humanos del 2011, y por el otro, cumplir con la doctrina que había marcado la CoIDH en relación con la tutela judicial efectiva en materia de derechos humanos, siendo el juicio de amparo el medio idóneo por excelencia para la protección de los derechos humanos. Pero para eso debía cumplimentar los requisitos del marco convencional y garantizar el derecho humano a una protección judicial de manera sencilla, rápida, idónea y sobre todo efectiva. De ahí que, para acceder a una tutela judicial efectiva, ésta debe estar en constante maximización, es decir, el acceso a la justicia y dentro de ella la substanciación del juicio debía ser más eficiente a fin de que su aplicación sea fáctica y sus principios impregnen todo el sistema judicial desde las instancias ordinarias.

En ese sentido, en relación con el juicio de amparo mexicano, la CoIDH ha señalado que éste se encuentra en el ámbito del artículo 25 de la CADH y le ha reconocido su naturaleza protectora de derechos por excelencia, como el procedimiento judicial sencillo y breve: “Por tanto, el juicio de amparo es un medio de defensa diseñado para proteger los derechos consagrados en la Constitución o la Convención Americana.”¹⁰⁸

¹⁰⁸ Sentencia de Amparo Directo en Revisión 2814/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 24 de febrero de 2016.

En suma, la labor del juez contemporáneo, dotado de herramientas de las que puede echar mano como es el derecho nacional e internacional, permite avanzar en la protección de los derechos humanos conforme a los términos no sólo destacados por la SCJN, sino también por la CoIDH a través de sus sentencias y de su jurisprudencia internacional, pues no debe perderse de vista que el derecho internacional de los derechos humanos es complementario del orden jurídico nacional cuando maximiza o es mayormente progresivo que los derechos contenidos en el orden nacional.

2.3 El desarrollo al derecho a la tutela judicial efectiva en España (Una aproximación de análisis comparado con México)

No es ningún secreto la influencia del derecho español en México, desde la colonia hasta la Constitución de Cádiz de 1812, que tenía alcance hasta nuestro país, como tampoco lo es, el hecho de que el derecho a la tutela judicial efectiva en España como sostiene Andrés Bordalí Salamanca,¹⁰⁹ tiene un amplio desarrollo doctrinal desde su incorporación como derecho fundamental, teniendo en cuenta que su Constitución lo contempla de manera expresa como derecho fundamental a diferencia de la nuestra, el cual ha sido desarrollado por la doctrina y los tribunales a través de sus sentencias de manera explícita.

En ambos casos, la tutela judicial efectiva es un estandarte del Estado de derecho constitucional contemporáneo y el poder judicial es la vía mediante la cual los miembros del Estado exigen la garantía de sus derechos humanos reconocidos constitucionalmente por conducto de los procesos jurisdiccionales instituidos para ello. Así pues, el presente título de nuestra investigación pretende vislumbrar los retos de la optimización del derecho humano a la tutela judicial efectiva a partir del análisis comparado con la intención de identificar esas particularidades que

¹⁰⁹ *Cfr.* BORDALÍ Salamanca, Andrés, “Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la tutela judicial,” *Revista Chilena de Derecho*, vol. 38 núm. 2, 2011, págs. 311- 337.

permitan una progresividad exponencial en la exigencia del desarrollo de este derecho.

El cumplimiento de dichos objetivos permite, primero, hacer un análisis comparativo del derecho a la tutela judicial efectiva y su desarrollo en los países europeos en relación con la efectividad de los derechos humanos, en donde estos no se violentan en la misma medida que en México y, por otro lado, a partir de ese análisis, identificar cuales fueron esos elementos que en el desarrollo de la tutela judicial efectiva ha permitido una mejora en la protección de los derechos humanos reconocidos en dicho país. En el entendido de que la teoría de los derechos humanos es una serie de principios mínimos que los Estados desarrollan en la medida de sus posibilidades, es importante este tipo de investigaciones que permiten ese análisis con la intención de tomar visiones distintas que fortalezcan la impartición de justicia en México.

En esa tesitura, Carlos Bernal Pulido expone, que:

*“El ejemplo español ha sido uno de los puntos de referencia más importantes que ha tenido la última era el constitucionalismo en América Latina. En las últimas dos décadas, un número representativo de estados latinoamericanos han adoptado constituciones que institucionalizan el Estado Constitucional Democrático. Así ha ocurrido, por ejemplo, en la Constitución Colombiana de 1991, la Constitución de Perú de 1993, la reforma de 2002 que se introdujo a la Constitución de Bolivia, las reformas introducidas a la Constitución de Chile en 1989, 1991, 1997, 1999, 2000, 2003 y 2005, la Constitución ecuatoriana de 1998, entre muchas otras”.*¹¹⁰

Ahora, es fundamental tener en cuenta que si bien el derecho a la tutela judicial efectiva esta declarado en el artículo 24.1 de la CE, al identificarse como derecho indispensable de la realización del Estado, supone reconocer los retos del mundo contemporáneo en el que se desenvuelve, dado que aun en España su

¹¹⁰ BERNAL Pulido, Carlos, *Estudio introductorio, en Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p. 32.

progresividad no es concreta y limitada, y ni el Tribunal Supremo, ni el Tribunal Constitucional, delimitan un concepto preciso,¹¹¹ por lo que se hará un recorrido de su desarrollo en el derecho español con la intención de apuntar las formas en que se garantiza la tutela judicial efectiva a manera de un estudio comparado.

La construcción del derecho a la tutela judicial efectiva en España tiene un gran mérito, puesto que, desde 1978, se reconoce como un derecho fundamental, de ahí que a diferencia de México no haya confusión respecto de su naturaleza, aunado a que su identificación se vuelve relativamente sencilla en tanto identificado, pero el verdadero reto, como ocurre con todos los derechos que se reconocen en la norma jurídica, será y es verificar su impacto en la realidad, en este caso, en la práctica jurídica, cuyo alcance se manifiesta a través de la protección por parte de los juzgadores -a los justiciables- en sus distintos niveles de impartición de justicia, ya sea de los jueces ordinarios o constitucionales.

El papel de los derechos fundamentales o humanos que se reconocen en la Constitución juegan un rol importante en países como España en los que, por ejemplo, el derecho a la tutela judicial efectiva puede, en muchos casos, ser alegada en un proceso ordinario de manera eficaz, y vinculante para el tribunal ordinario que está conociendo de determinado asunto y por ende, puede resultar decisiva para la defensa de los derechos e intereses de los litigantes, máxime si estos se reconocen por el orden constitucional.

Una de las razones por las que se identifica a España como referente en el desarrollo de la tutela judicial efectiva se debe a que, además de su reconocimiento como derecho fundamental, en la praxis, en el Tribunal Constitucional español, el cual se encarga de la garantía de los derechos humanos atendiendo a su modelo de justicia constitucional centralizado -característico de los países europeos-, existe una gran demanda en la garantía de este derecho, y por lo tanto, pronunciamientos en relación al derecho a la tutela judicial efectiva. El Tribunal Constitucional de

¹¹¹ CARRERAS del Rincón, Jorge. *Op. cit.*, p. 21.

España, en los procesos de amparo que conoció en el año 2019, en el 72.22% de todos los asuntos presentados se reclamó el derecho a la tutela judicial efectiva, únicamente seguido por el reclamo del derecho a la igualdad que corresponde a un 16.28% del total de los asuntos conocidos en ese mismo año¹¹², por eso, se hace notorio el gran impacto que tiene el derecho a la tutela judicial efectiva en su modelo de justicia, situación que se deriva de su reconocimiento como derecho fundamental, pues hace exigible su cumplimiento.

Esto tiene relevancia toda vez que la Constitución española de 1978 consagra en su artículo 53.2 el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional como instrumento de tutela reforzada y remedio subsidiario de protección de los derechos fundamentales frente a violaciones causadas por actos de los poderes públicos que incidan en la esfera de la libertad personal como lo explica Angela Figueruelo Burrieza.¹¹³ Esto ejemplifica que a la par del reconocimiento de dicho derecho fue acompañado de un medio extraordinario que garantizara ese y los demás derechos humanos protegidos.

En el caso de México, al haber una gran divergencia en el punto de comparación atendiendo al territorio y habitantes, la estadística judicial de la SCJN arroja datos segmentados pero suficientes para identificar la incidencia del reclamo del derecho a la tutela judicial efectiva y su impacto en el sistema de justicia constitucional. La Unidad General de Transparencia y Sistematización de la Información Judicial publicó, el 31 de agosto de 2018, un análisis estadístico con la intención de identificar la frecuencia con la que la SCJN hace mención (referencias explícitas) a derechos civiles y políticos o a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el dictado de sus sentencias en el juicio de amparo directo respecto de 418 amparos directos ingresados a la SCJN entre los años 2001 y 2016. Se concluyó que los derechos humanos mencionados con mayor frecuencia

¹¹² Tribunal Constitucional, “*Memoria 2019*”, Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2019, p. 251.

¹¹³ FIGUERUELO Burrieza, Angela, *El derecho a la tutela judicial efectiva*, Madrid, ed. Tecnos, 1990, p. 13.

es el derecho al acceso a la justicia y debido proceso.¹¹⁴ Lo que deja patente la relevancia de este derecho en el Estado Constitucional contemporáneo.

De igual forma, en 2019, se publicó un análisis estadístico en el que se mostró la mención de los Derechos Humanos en las Solicitudes de Ejercicio de facultad de atracción, de los cuales de 1,117¹¹⁵ asuntos que va del año 2008 al 2019 concluidas por sentencia en las que se determinó aprobar la facultad de atracción, se hace mención a derechos humanos en el 92% del total de dichos asuntos, y de similar forma al análisis anterior, el derecho humano civil y político al que más se hace mención es el de acceso a la justicia y debido proceso.¹¹⁶ Derechos que integran al derecho a la tutela judicial efectiva.

De los datos cuantitativos obtenidos por los tribunales constitucionales de España y México respectivamente, se observa la incidencia en la demanda en la garantía del derecho a la tutela judicial efectiva por parte de los justiciables, dejando en claro la necesidad del reforzamiento de este derecho. A su vez, en el caso de España donde su porcentaje es notoriamente elevado, tiene que ver con su desarrollo, pues en la medida en que se desenvuelve al ser un derecho complejo, integrado por una serie de derechos diversos, hace que la exigencia por parte de los justiciables sea mayor, ya que al estar previsto en la norma fundamental vincula el actuar de las autoridades, de tal forma que todos los jueces del país deben vigilar su correcta observancia de manera rigurosa, aunado a la diversidad de momentos durante el proceso en la que se puede vulnerar este derecho porque nunca deja de estar presente y, por lo tanto, latente su posible quebrantamiento debido a que va

¹¹⁴ Unidad General de Transparencia y Sistematización de la Información Judicial, “Derechos humanos en las sentencias de amparo directo”. (Documento web) núm. 3, 2018.

https://estadisticajudicial.scjn.gob.mx/alex/documents/temasJudiciales/DDHH_AD_vFinal.pdf

6 de abril de 2020

¹¹⁵ Los 1117 asuntos a los que se hace mención en el periodo de 2008 al 2019, se refiere únicamente a los expedientes que fueron concluidos por sentencia, toda vez que fueron en los que se declaró procedente aprobar la facultad de atracción.

¹¹⁶ Unidad General de Transparencia y Sistematización de la Información Judicial, “Los Derechos Humanos en las Solicitudes de Ejercicio de Facultad de Atracción”. (Documento web) núm. 4., 2019,

https://estadisticajudicial.scjn.gob.mx/alex/documents/temasJudiciales/DDHH_en_SEFAS.pdf

6 de abril de 2020

desde el acceso a un tribunal hasta la ejecución de la sentencia, de ahí que se catalogue como un pilar de la función jurisdiccional que desempeña el poder judicial.

En tal caso, la Constitución Española, en su artículo 24.1, reconoce de manera concreta el derecho a la tutela judicial efectiva, siendo uno de los derechos que constantemente se encuentran en juego en los procedimientos jurisdiccionales. El desarrollo de este derecho lo ha explicado y reconocido de manera extensiva el Tribunal Constitucional de España. Por su parte:

“El apartado 2 de artículo 24 declara toda una serie de derechos fundamentales que, en sentido estricto, quizá podrían ser considerados distintos del derecho a una tutela judicial efectiva. Sin embargo la doctrina jurisprudencial ha establecido frecuentemente que la violación de esos derechos fundamentales comporta a su vez una violación del derecho a una tutela judicial efectiva.”¹¹⁷

De ahí que, para efectos de este análisis, se tomaran en cuenta los dos apartados que en el derecho español los tribunales han reconocido parte de la tutela judicial efectiva en sentido amplio y en sentido estricto.

Existe una fuerte construcción doctrinal en España en relación con la tutela judicial efectiva, desde autores como Aurelia Romero Colona,¹¹⁸ que sostienen que el derecho a la justicia existe con independencia a que se reconozca en una norma de derechos humanos, es decir, lo asemejan a un derecho natural, y con razón, puesto que: “(...) la doctrina jurisprudencial ha declarado que la violación en el proceso de los principios jurídicos-naturales o necesarios del proceso, comporta a su vez una violación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva; o que la comisión de fraude procesal puede entrañar también la vulneración del derecho fundamental.”¹¹⁹ Entendido este último en una interpretación en sentido amplio. Con todo eso, no se puede negar su carácter de derecho fundamental reconocido y las

¹¹⁷ CARRERAS del Rincón, Jorge. *Op. cit.*, págs. 15 y 16.

¹¹⁸ ROMERO Colona, Aurelia M. *El artículo 24 de la Constitución Española; Análisis y valoración*, Barcelona, ed. Serlipos, 1993, p. 16.

¹¹⁹ CARRERAS del Rincón, Jorge. *Op. cit.*, p. 16.

implicaciones que tiene en el constitucionalismo contemporáneo dentro del proceso jurisdiccional.

Ahora bien, de manera concreta, el artículo 24.1 de la Constitución Española señala de manera expresa que: Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. Con lo cual se muestra que la CE deja una línea clara en la que los jueces y los tribunales son los encargados de garantizar la tutela judicial efectiva al reconocerlo entre los derechos fundamentales de los ciudadanos, equiparable al derecho a la vida, al derecho al trabajo, etcétera. A su vez, la jurisprudencia constitucional ha declarado, que el derecho a la tutela judicial efectiva viene a ser el fundamento de otros derechos que ostenta el litigante en el proceso, por eso, se reconoce como un derecho amplio que trae consigo la exigencia del desarrollo progresivo dentro del proceso judicial.

El teórico español Jorge Carreras del Rincón, nos dice que:

“Podría entonces pensarse que el derecho a una tutela judicial efectiva es el derecho fundamental que tienen todos los ciudadanos a que el Estado preste eficazmente la función jurisdiccional. Un derecho de carácter político, abstracto, que comporta necesariamente por parte del Estado, considerando en su más amplia acepción, un conjunto de prestaciones muy amplio. Para satisfacer ese derecho el Estado debe crear y mantener la administración de justicia, velar por la adecuada formación de los jueces y funcionarios, promulgar las leyes procesales y establecer los procesos que resulten más eficaces a la función jurisdiccional.”¹²⁰

Con lo cual, se desprende que en el análisis realizado por Jorge Carreras del Rincón, el ejercicio y la garantía del derecho a la tutela judicial efectiva no se limita a la impartición de justicia, sino que su exigencia se amplía a los tres poderes tradicionales del Estado, con tareas concretas al ejecutivo el legislativo y el judicial,

¹²⁰ CARRERAS del Rincón, Jorge. *Op. cit.*, p. 24.

y en cuanto a este último, no se reduce al proceso judicial sino que comienza desde la formación de los operadores jurídicos y se amplían los alcances del derecho en comento y por tanto su exigencia. En esa misma línea, se encuentra Adría Rodés Mateu, quien al analizar el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente del derecho a un proceso sin dilaciones procesales indebidas, apunta que:

“De acuerdo con los artículo 9.1 y 53 del CE el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas vincula a todos los poderes públicos; el poder judicial, como responsable inmediato de la vulneración del derecho, y a los poderes ejecutivo y legislativos como responsables mediatos de las dilaciones indebidas por cuanto les corresponde procurar al primero los medios personales y materiales necesarios para dotar a la Administración de Justicia de una estructura organizativa adecuada para que sean plenamente eficaces no sólo en la dimensión temporal, en la prestación de la justicia.”¹²¹

Con lo que se robustece el alcance del derecho a la tutela judicial efectiva, el cual, al identificarse como derecho indispensable para la realización del Estado, requiere de la actuación conjunta de las autoridades para su concreción. Y a su vez, en términos generales, la parte más sencilla en la garantía del derecho a la tutela judicial efectiva es su identificación con su fin dentro del proceso, que es la obligación de cumplir de manera eficaz la función jurisdiccional para la que fue constituida.

Una vez precisada la naturaleza del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en España, algunos autores contemporáneos lo definen como el derecho de los ciudadanos, con sus matices políticos, en tanto que es un servicio prestacional del Estado en la medida en que esa idea fundamenta también un principio de organización del mismo. Joaquín Urías, afirma: “A fin de cuentas se

¹²¹ RODÉS Mateu, Adría, *El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas: estudio de su configuración constitucional y de su restablecimiento en el ordenamiento jurídico español*, Barcelona, España, ed. Atelier, 2009, p. 33

trata de un principio que comporta la obligación pública de establecer los medios que lo hagan posible (...).”¹²²

Por su parte en el ámbito judicial, la idea inicial del derecho a la tutela judicial efectiva era entendida como la posibilidad de que los recurrentes que acudían ante un tribunal jurisdiccional tuvieran una sentencia fundada en derecho, con independencia de que fuera favorable o no, en vista de que esta respuesta tenía que resolver el planteamiento de fondo a excepción de cuando la improcedencia de la acción intentada sea razonable, con lo cual, también se cumple con la garantía de este derecho. Sin embargo, el tribunal constitucional principalmente se ha encargado de dotar de fondo al enunciado del derecho a una tutela judicial efectiva, y uno de los puntos más relevantes sobre la que se funda este análisis, recae en la efectividad de la impartición de justicia que tiene que ver con la verdadera realización de la tutela de derechos por parte del Estado y con las facilidades que se implementen para el goce de este derecho por todos los poderes, no solo por el judicial.

En ese orden de ideas, con independencia del mejor o peor acierto del legislador español al reconocer el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, se señalan dos vertientes: por un lado el derecho a una tutela judicial efectiva conlleva que el ciudadano que crea haber sido lesionado en su derecho o intereses o que requiera la protección de éstos, y se vea impedido de proporcionarse a sí mismo directa y personalmente tal protección o reparación necesaria de su derecho lesionado, ha de poder acudir a los jueces y tribunales en demanda de tutela, de protección o de reparación. Por otra parte, al prohibir la autotutela, el Estado tiene la correlativa obligación de atender al ciudadano que demanda la protección o reparación de sus derechos o intereses, y de aplicar la ley al caso que se le presente. La vertiente pasiva del derecho a la tutela judicial efectiva consiste en el

¹²² URÍAS, Joaquín, *La tutela frente a las leyes*, Madrid, Centro de Estudios Políticos Constitucionales, 2001. p. 3.

derecho de todo ciudadano a que en aquellos casos en que se le atribuya una conducta ilícita o se le reclame una determinada actuación, los jueces y tribunales resuelvan del modo más correcto y adecuado posible, y con todas las garantías necesarias, sobre las pretensiones formuladas contra él como expresa Jorge Carreras del Rincón.¹²³ Pues solo en ese extremo se garantiza la tutela judicial efectiva de las partes que intervienen en un proceso.

Otro punto importante en este análisis es la protección del derecho a la tutela judicial efectiva en su ámbito ordinario y constitucional. Francisco Chamorro Bernal, apunta a manera de corolario, que:

“Muchas veces el recurso a la protección y respeto debido a los derechos fundamentales en el proceso civil queda en una invocación al artículo 24 de la Constitución meramente retórico, o con la única finalidad de cubrir las exigencias formales contenidas en la LEC y en LOTC, por si al final del litigio, una vez agotada cualquier otra posibilidad, pudiera acudir al recurso de amparo o al extraordinario por infracción procesal; pero esas invocaciones se hacen sin precisión, sin profundidad y con escasa condición o confianza en su eficacia real (...).”¹²⁴

Similar a lo que ocurre en México, donde, en muchas ocasiones, la enunciación del derecho a la tutela judicial efectiva se vuelve un mero requisito formal, pero sin que las partes o el juzgador haga una reflexión profunda en favor de la protección de este derecho debido a una escasa conceptualización o a su amplitud de enfoques, sin embargo, a nuestro punto de vista, el reto se encuentra en su concreción en cada caso particular a partir de las distintas aproximaciones que se reducen a realizar un escrutinio estricto del proceso judicial en cuanto a la figura procesal, norma aplicada o criterio del juzgador, a la luz del derecho humano a la

¹²³ CARRERAS del Rincón, Jorge. *Op. cit.*, págs. 22 y 23.

¹²⁴ CHAMORRO Bernal, Francisco, *El artículo 24 de la Constitución, Tomo I, El derecho de libre acceso a los Tribunales*, Barcelona, España, ed. Iura S. L., 2005, p. 14.

tutela judicial efectiva en cualquiera de sus alcances aludidos en los títulos precedentes.

Uno de los puntos concretos de este trabajo es hacer énfasis en la necesidad de que las vías judiciales ordinarias sean la primer barrera en la defensa del derecho a la tutela judicial efectiva por conducto de los jueces y el reforzamiento de las normas para fortalecer la amplitud de la tutela judicial efectiva que recae sobre estas, además de los modelos de interpretación de los que pueden echar mano los jueces, como en el caso de España, en que la doctrina jurisprudencial relativa a los derechos fundamentales, y muy en especial al derecho a la tutela judicial efectiva, puede ser alegada a lo largo del proceso ordinario de una forma eficaz, vinculante para el órgano judicial que está conociendo de un determinado asunto y puede resultar decisiva para la defensa de los derechos e intereses de los litigantes como señala Francisco Chamorro Bernal,¹²⁵ caso contrario a la realidad jurídica que enfrenta México en donde cada vez más, se abusa de la presentación del juicio de amparo. Ante una ausencia en la garantía de la tutela judicial efectiva en los procesos ordinarios.

Otro punto importante es el tema de las dilaciones procesales en los procedimientos, pues en México, dada sus particularidades, la mayoría de los tribunales del país tienen una carga excesiva de trabajo que hace que la tutela judicial efectiva sea vulnerada de momento a momento con la simple dilación de los plazos a causa de la falta de recursos humanos o la usencia de diligencia de operadores jurídicos. Derecho que en España se ha desarrollado de manera independiente.

En España, el derecho a un proceso sin dilaciones procesales¹²⁶ se encuentra regulado en el artículo 24.2 de la CE, y como se señaló con antelación,

¹²⁵ *Ibidem.* p. 14.

¹²⁶ El derecho a un proceso sin dilaciones procesales indebidas, se remonta a la Carta Magna inglesa (1215), en donde se contemplaban las primeras normas para promover la rapidez de los juicios penales, los cuales fueron recogido por la Declaración de Derechos de Virginia (1976).

al derecho a la tutela judicial efectiva se encuentra de manera expresa en el artículo 24.1, sin embargo, cuando los tribunales analizan la vulneración a un proceso sin dilaciones indebidas reconocen una afectación al derecho a una tutela judicial efectiva. En ese sentido, “(...) el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas es un derecho fundamental y una garantía procesal; es un derecho público y subjetivo; la naturaleza del derecho es prestacional, reaccionar y autónoma, aunque instrumental del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión; y que el sujeto pasivo son los órganos jurisdiccionales.”¹²⁷

Es preciso señalar que este derecho también se reconoce de manera expresa, de modo que al formar parte de los derechos fundamentales de los miembros del Estado, le hace merecedor, entre otras garantías, de una tutela reforzada (al menos en principio), y de aplicabilidad directa, e inmediata que vincula a todos los poderes y autoridades públicas por su aplicación directa y autónoma como precisa Adría Rodés Mateu.¹²⁸ Pero no basta reconocer ciertas garantías como el derecho a un proceso sin dilaciones, si no viene acompañado de mecanismos adecuados para protegerlo y revertir las trasgresiones en la dirección del proceso.

En ese orden de ideas, la garantía de la tutela judicial efectiva, exige una participación de los solicitantes en los tribunales, y el criterio del TCE ha señalado que “(...) una dilación no será indebida si ha sido provocada dolosamente por el solicitante de amparo o si se deriva de una falta de diligencia en su actuar procesal (...).”¹²⁹ Criterio aplicable a los procesos ordinarios. Por su parte, cuando se reclame la vulneración al derecho a la tutela judicial en su vertiente de dilaciones procesales indebidas, el tribunal revisor o bien el órgano garante dentro del proceso debe comprobar la actitud del órgano judicial de conformidad a las normas aplicables y que no se restringe a una cuestión formal del seguimiento de los términos y plazos,

¹²⁷ RODÉS Mateu, Adría. *Op. cit.*, p. 28.

¹²⁸ *Ibidem.* p. 29.

¹²⁹ *Ibidem.* p. 53.

sino que vas más allá, pues consiste en la adecuación de las normas aplicables a cada caso concreto confrontándolo con el derecho constitucional protegido, que es el derecho a la tutela judicial efectiva, dependiendo del ámbito jurídico del que se trate.

Por su parte, el TCE ha defendido en reiteradas sentencias que la complejidad del proceso en algunos casos justifica la demora procesal, sin embargo, un proceso relativamente simple se debe resolver a la brevedad, en el entendido que el tribunal europeo de los derechos humanos ha sostenido que esta complejidad del proceso debe ser evidente para ser justificada.¹³⁰ En el caso particular del México, el tema de las dilaciones procesales se ha quedado en un mero formalismo en donde se deja la facultad a los jueces para que resuelvan en los términos y plazos previstos, pero el tema de la carga del trabajo en muchos tribunales del país parece que justifica el retraso en la impartición de justicia, aun a pesar de que se trate de un procedimiento de mero trámite o relativamente sencillo. Al identificar la tutela judicial efectiva y al evidenciar su presencia en todo el proceso, las dilaciones procesales injustificadas constituyen en sí mismas una conculcación a este derecho, es decir, susceptibles de juicio de amparo.

Así, la tutela judicial efectiva tiene la capacidad de permear todo el sistema jurídico, en especial el proceso judicial, de manera que sirve de directriz en la actuación de los juzgadores, pero además implica características como el impulso de los procesos de oficio, por ser una función del Estado la impartición de justicia, y más allá, al reconocerse derechos de ciertos grupos vulnerables identificados y reconocidos por la leyes como puede ser las personas de la tercera edad, las normas exigen que el desarrollo del procedimiento se lleve con mayor diligencia e incluso dar preferencia en los plazos siempre que estén dentro de las normas por su situación particular. Dicha situación ejemplifica de manera clara los alcances de un derecho humano en un caso expreso por estar contemplado en la norma, pero

¹³⁰ *Ibidem.* págs. 51 y 53.

deja patente la posibilidad de analizar cada caso concreto en el que el juez debe vigilar la observancia de este derecho durante todos los procesos, lo que pareciera una labor ardua.

Así la amplitud y el alcance del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas comporta que el "(...) derecho es invocable en todo tipo de procesos, -en coincidencia con la doctrina del TEDH- y ante cualquier clase de tribunales u orden jurisdiccional"¹³¹ de igual forma la protección a este derecho en España no se limita al proceso judicial, sino que abarca a todos los actos que se llevan a cabo previo a un proceso.¹³² Dado que cualquier tipo de retraso, sin importar el momento procesal, incluso la denegación de acceder a un tribunal, pone en entredicho su eficacia y legitimidad, pues la lentitud representa la incompetencia del Estado para desempeñar su función jurisdiccional.

En el caso de España al igual que en México, el recurso o juicio de amparo se configura como la última garantía en el ámbito nacional para reaccionar o reparar una posible violación del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, parte de la tutela judicial efectiva, pero tiene la condición de ser suplementario y subsidiario en la protección de los derechos fundamentales, puesto que para poder accionar el amparo constitucional se requiere haber agotado con carácter previo las vías judiciales precedentes como indica Adría Rodés Mateu.¹³³ Sin embargo, en el caso particular de España, "(...) para que pueda alegarse en amparo el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, constituye un requisito indispensable haber invocado, con carácter previo, las supuestas dilaciones ante el órgano judicial del proceso a quo."¹³⁴

El derecho humano a la tutela judicial efectiva tiene un gran impacto, toda vez que su conceptualización además de contemplarse como derecho fundamental,

¹³¹ *Ibidem.* p. 62.

¹³² STC 8/1990, de 18 de enero (FJ 4º), Tribunal Constitucional de España.

¹³³ RODÉS Mateu, Adría. *Op. cit.*, p. 71.

¹³⁴ *Ibidem.* p. 73.

está reconocida por los tribunales internacionales como un derecho humano, con una serie de derechos que lo integran. De tal forma que el tribunal constitucional señaló en la sentencia, STC 83/1989 que:

“(...) si bien era cierto que el derecho a la tutela judicial efectiva ostentaba un contenido complejo también lo era que el citado derecho a la tutela judicial efectiva no es un derecho genérico, que contuviera otros derechos declarados en distintos preceptos constitucionales puesto que, si se entendiera así la formulación constitucional de los apartados primero y segundo del artículo 24 sería ineludiblemente redundante lo que en estrictos términos constitucionales no resultaba ni lógico ni metódico.”¹³⁵

De ahí que el presente análisis lo identifique en sus distintas facetas como un derecho independiente así como un derecho complejo, pero en ambos casos capaz de concretarse a través de una serie de reglas y garantías en tanto delimitado su marco de acción. Así, la tutela judicial efectiva produce un efecto paradójico en la medida en que convierte al tribunal constitucional en una especie de última instancia jurisdiccional que se emplea, principalmente, para controlar y revisar las actuaciones del poder judicial, por lo cual se evidencia la relación con el derecho a la tutela judicial efectiva.

De igual forma se reconoce en la tutela judicial una amplitud extraordinaria en cuanto a su ámbito de proyección material, pues protege no sólo los derechos constitucionalizados, sino cualquier otro derecho, además de que incluso puede ser invocado tanto por infracciones materiales como por las de naturaleza procesal.¹³⁶ De ahí que tenga sentido el número elevado de los procesos de amparo en el tribunal constitucional en el que se reclama el derecho a la tutela judicial efectiva.

Por otra parte, Gerardo Ruiz-Rico y María José Carazo Liébana,¹³⁷ señalan que el verdadero problema del reconocimiento del derecho a la tutela judicial

¹³⁵ *Ibídem.* p. 35

¹³⁶ RICO Ruiz, Gerardo Ruiz-, María José, CARAZO Liébana, *El derecho a la tutela judicial efectiva. Análisis jurisprudencial*, Valencia, ed. Tirant Lo Blanch, 2013, p. 9.

¹³⁷ *Ibídem.* p. 11.

efectiva en los sistemas jurídicos europeos como el español o el italiano reside en la ausencia de un dispositivo externo y reforzado que garantice la eficacia real de este derecho.

Así, diversos autores¹³⁸ precisan que al identificarse a la tutela judicial efectiva como derecho fundamental, es susceptible de ser analizado a partir de los modelos interpretativos previstos también constitucionalmente, como en lo referente a la interpretación conforme, caso similar al Estado mexicano. Por otro lado, en el caso español ha quedado señalado de manera precisa la necesidad de una actitud jurisdiccional en negativo que incorpora la prohibición de interpretaciones arbitrarias e irrazonables, pero a su vez hay una exigencia positiva al momento que faculta al juzgador de realizar una interpretación amplia y flexible de las normas procesales en favor del derecho a la tutela judicial efectiva.

Como en las múltiples formas en las que se manifiesta el derecho a la tutela judicial efectiva, el reforzamiento al que se viene haciendo énfasis reconoce la independencia del juez que garantiza los derechos, de ahí que se tome en cuenta la formación que influye en su ejercicio profesional, pero el garantismo que se propone, reconoce que son necesarias, para su efectividad, una serie de garantías previstas en las normas para tener un control reforzado de las actuaciones en la función jurisdiccional que desempeñan los jueces.

En fin, como se ha expuesto, en España se reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva en su Constitución y eso ha permitido que sea expresa su exigencia, que se traduce en múltiples garantías dentro de los procesos jurisdiccionales, sin embargo, en el caso de México, es necesario un esfuerzo más notorio, debido a que su construcción se ha hecho por los tribunales constitucionales y los jueces ordinarios se han limitado a la aplicación de las normas procesales intentado respetar el principio de legalidad aún vigente en los Estados. Pero al haberse desarrollado una doctrina respecto del derecho a la tutela judicial efectiva y

¹³⁸ *Ibidem.* p. 16.

reconocerlo como derecho humano autónomo, hace posible su exigencia por parte de los involucrados, pues atendiendo a la Contradicción de tesis 293/2011, dictada por el pleno de la SCJN, los derechos humanos son reconocidos dentro del sistema jurídico y, por lo tanto, vinculan a las autoridades con independencia de su fuente, de manera que, al reconocerse en el sistema jurídico, deben ser visibles las acciones tendientes a su realización, que no se limita a la actuación de los jueces sino que abarca a los otros poderes del Estado en sus obligaciones de coadyuvar a la realización plena de este derecho.

Igualmente, en el caso de España, el TC ha sostenido que el mandato constitucional de la tutela judicial efectiva previsto en el numeral 24.1, debe interpretarse en sentido positivo, es decir, interpretar la norma en el sentido más favorable para la efectividad del derecho fundamental y que si bien las formas y requisitos del proceso jurisdiccional tienen un papel de gran importancia, no toda irregularidad formal puede convertirse en un obstáculo insalvable.¹³⁹ Con lo que se hace manifiesta, la exigencia de la participación del juez en la interpretación de la norma y para ello se requiere un modelo mexicano en el que las normas procesales regulen esta interpretación, situación similar a la que se debe exigir en el caso mexicano con fundamento en el artículo primero de la CPEUM.

Empero, el hecho de que la tutela judicial efectiva permita una revisión de las normas, ocasiona a que su aplicación se excesiva, hasta el caso de abusar de él, por eso es que el Tribunal Superior de España, sostuvo que si hubiere en cada caso un cause procesal que proporcionen las herramientas previstas en los códigos aplicables para proteger un derecho dentro del proceso, la invocación genérica del precepto constitucional no tiene en alcance de realizar ese análisis pues el recurrente estuvo en aptitud de hacerlo.¹⁴⁰

En suma, la construcción jurisprudencial del derecho a la tutela judicial efectiva en España, reconoce que a los tribunales ordinarios le corresponde la tutela

¹³⁹ Sentencia del TC de 11-6-1984, núm. 69/1984.

¹⁴⁰ Sentencia del TS de 22-11-1996 (Ref.Ar.1996/8683)

general de los derechos y señala que el derecho a la tutela judicial efectiva queda satisfecho en cuanto el litigante recibe de los tribunales una respuesta debidamente fundamentada, dictada con respeto y sin vulneración de los principios y garantías procesales que la ley exige que concurren para garantizar justamente la posibilidad de que se emita ese tipo de respuestas sobre el fondo pues solo en ese extremo queda garantizado como expresa Jorge Carreras del Rincón.¹⁴¹

En fin, cabe señalar que la doctrina tradicional que se formó alrededor del derecho a la tutela judicial efectiva, como se ha señalado, se funda en la idea de que esta se garantiza en tanto se emita una sentencia apegada a derecho y siguiendo los formalismos necesarios, sin embargo, en el caso, se asume la postura de que una resolución con independencia del sentido. No basta que este apegada al derecho previsto en los códigos procesales para tener certeza de la protección de la tutela judicial efectiva, pues es necesario que sea conforme a una visión garante de derecho humanos, incluso dentro de la labor instrumental de la tutela judicial efectiva.

¹⁴¹ CARRERAS del Rincón, Jorge. *Op. cit.*, p. 30.

CAPITULO TERCERO

HACIA LA OPTIMIZACIÓN DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

3.1. La teoría general del proceso en México. Una visión desde los derechos humanos

“La teoría general del proceso es la parte general de la ciencia del derecho procesal que se ocupa del estudio de los conceptos, principios e instituciones que son comunes a las diversas disciplinas procesales especiales.”¹⁴² A su vez, la teoría general del proceso, se ha entendido en la teoría mexicana como el conjunto de reglas y principios que rige el proceso jurisdiccional; como una especie de formulario a seguir, al momento de instar a los órganos jurisdiccionales, reglas que se tienen que cumplir invariablemente para resolver las controversias que son sometidas a la potestad del poder judicial.

Sin embargo, esa visión puramente instrumental de la teoría general del proceso cambió de manera paradigmática tras la inserción de los derechos humanos en México. La teoría de los derechos humanos se incorporó al derecho interno, principalmente a través de su artículo 1° constitucional, con una serie de principios mínimos que el Estado debía garantizar para la realización plena del ser humano, que no termina con su mero reconocimiento, sino que involucra una obligación de realizar acciones positivas a cargo de las autoridades estatales a fin de optimizar su protección de manera progresiva.

El derecho procesal es una de las ramas más importantes del derecho, pues a través de ésta se ventila la resolución de conflictos jurisdiccionales, por ello, tiene gran repercusión en el campo jurídico. Para Echandía,¹⁴³ el derecho procesal constituye una rama propia e independiente del derecho, dotada de sus propios principios fundamentales, con un rico contenido doctrinario. De sus normas se

¹⁴² OVALLE Favela, José, *Teoría general del proceso*, 7° edición, México, ed. Oxford, 2016, p. 48.

¹⁴³ DEVIS, Hernando Echandía, *Teoría general del proceso*, 3° Edición, Buenos Aires, ed. Universidad, 2013, p. 40.

deducen verdaderos derechos y obligaciones de naturaleza especial, los que se deben llevar a cabo para cumplir el objetivo del derecho procesal.

De esta idea, se reconoce al derecho procesal como una rama del derecho con gran impacto, por el contenido de derechos y obligaciones, dada la importancia para la subsistencia del Estado de derecho. Así mismo, la incursión de los derechos humanos en el sistema jurídico mexicano influyó en el desarrollo del proceso jurisdiccional y con ello a la teoría general del proceso, reconociéndola como una vía para la tutela de los derechos humanos que confluyen dentro de un proceso jurisdiccional, transitando así a los nuevos retos que el paradigma constitucional demandaba.

La forma de concebir el proceso, tras la incorporación de los derechos humanos en el ordenamiento nacional, supone una reconfiguración en la aplicación de las normas procesales y que tiene que ver con la propia naturaleza para la que estas fueron instituidas, atendiendo a que las normas procesales son normas medios, porque sirven de conducto para la aplicación o realización de las normas sustanciales como lo son los derechos humanos u otros derechos reconocidos en los códigos adjetivos.

Para Hernando Echandía Devis,¹⁴⁴ son normas instrumentales, porque sirven de instrumento para la realización del derecho objetivo en los casos concretos a través de la aplicación de los códigos procesales. Siendo parte importante de esta reconfiguración la reforma al artículo 17 constitucional del 15 de septiembre de 2017, en su tercer párrafo, que señala que las autoridades jurisdiccionales deben privilegiar la resolución del conflicto de fondo sobre los formalismos procedimentales. Con esta reforma, se imponen los lineamientos a partir de los cuales se tiene que dirigir el desarrollo de los procesos que son sometidos a su jurisdicción, a través de la creación de una obligación de interpretación expresa. Lo anterior, implica que ya no solo hay una obligación de tomar una postura garante,

¹⁴⁴ *Ibidem.* págs. 40 y 41.

sino que la expansión de esas garantías constituye una regla de instrumentalización de cómo se deben interpretar los presupuestos procesales para privilegiar la resolución del conflicto de fondo planteado, pero en aras de una visión de verdadera tutela judicial efectiva de los derechos que se dilucidan dentro del proceso.

A su vez, una propuesta integradora de las exigencias del derecho procesal contemporáneo, parte de la idea de sembrar en las facultades de derecho una nueva visión al momento de enseñar la teoría general del proceso. Ello no consiste en abandonar de manera tajante su enseñanza como serie de formalismos prescriptivos, sino más bien, entender la teoría como un medio para un fin, que es precisamente la protección de los derechos humanos que se encuentran en juego dentro del proceso y, más concretamente, la plena realización del derecho humano a la tutela judicial efectiva, ya sea dentro de un proceso ordinario o constitucional.

¿Que implica ver la teoría general del proceso como un medio? Que los principios, normas, figuras procesales e instituciones jurídicas están sometidas al fin último que es resolver las cuestiones planteadas atendiendo al principio de justicia, aunado a que su aplicación está supeditada a la luz de una tutela judicial efectiva. Esto supone hacer una crítica o un análisis a estas reglas, principios e instituciones previstas en el proceso, donde se tendrá que prescindir de su aplicación cuando no vayan de acuerdo al fin, que es garantizar una serie de derechos, como son los derechos humanos e incluso anularlas, cuando sea necesario, en aras de resolver el fondo, bajo los postulados de respeto a los derechos fundamentales, justicia e igualdad.

El presente análisis tiene dos fines, el primordial es plantear una visión de la teoría general del proceso a la luz de los derechos humanos pero, además, sembrar una visión crítica de la enseñanza del derecho que parece no conciliar a la teoría de los derechos humanos con la teoría general del proceso dentro de las aulas y por ende, en los tribunales. Respecto de este último punto, se concibe como un vicio que las generaciones de las facultades en derecho acarrean, producto de

una tradición legalista derivada de la exégesis francesa como indica Rodolfo Vigo,¹⁴⁵ en donde los planes de estudios de las facultades de derecho se estructuraron según los libros de los códigos, en el cual el método de enseñanza memorístico y acrítico era el predominante.

La mala práctica que existe en la aplicación del derecho y, en concreto, de la ineffectividad de los derechos humanos -situación más evidente cuando esta vulneración la comete la persona encargada de su tutela y dentro del proceso jurisdiccional-, se debe a una ausencia de una visión integradora de los mecanismos que el derecho como ciencia instituye para la consolidación de un Estado de derecho, siendo el proceso una herramienta para garantizar derechos y no un fin en sí mismo.

Para Hernando Devis,¹⁴⁶ el derecho procesal consiste en la rama del derecho que estudia el conjunto de normas y principios que regulan la función jurisdiccional del Estado en todos sus aspectos y que, por tanto, fijan el procedimiento que se ha de seguir para obtener la actuación del derecho positivo en los casos concretos, pero también regula la forma en que se desempeñarán las personas que deben someterse a la jurisdicción del Estado y los propios operadores jurídicos, que va desde el que atiende en oficialía de partes, hasta el juez que resuelve.

De lo anterior, se sigue que la teoría general del proceso no se debe enseñar únicamente como ese recetario a seguir por los tribunales jurisdiccionales con el fin de resolver los conflictos sometidos a su conocimiento únicamente de manera formal e instrumental para concluir con una sentencia definitiva, sino que, por el contrario, se debe entender que, en la medida en que se garantizan los derechos a quien le corresponde siguiendo las reglas (sin violentar derechos, haciendo uso de una sana crítica y las máximas de la experiencia, pero sobre todo, siguiendo los principios de justicia, igualdad y derechos fundamentales), se puede

¹⁴⁵ VIGO Rodolfo L. *Op. cit.*, págs. 53 y 54.

¹⁴⁶ DEVIS, Hernando Echandía. *Op. cit.*, p. 41.

optimizar el sistema de justicia mexicano en la práctica a partir de un fortalecimiento de las bases teóricas que se enseñan al impartir la teoría general del proceso. Lo anterior puede contribuir a un fortalecimiento real, a partir de la producción y aplicación normativa, pero la enseñanza del derecho debe surgir de una postura crítica, reflexiva e integradora y no al contrario, como una rama ajena a las teorías y acontecimientos que el derecho contemporáneo exige en su dinámica constructiva.

En ese contexto, Perfecto Andrés Ibáñez,¹⁴⁷ enfatiza la necesidad de una confluencia del sector judicial, es decir, los propios jueces, con el sector académico, lo cual para este autor constituye un fortalecimiento, como una respuesta desde la teoría en favor de una práctica del derecho dotada de la imprescindible dignidad teórica. Con el objetivo de hacer posible que el estudio positivo adquiera las perspectivas críticas que le dan dimensión filosófica, es decir, consciencia de los problemas gnoseológicos radicales implicados, tratándose de la actividad jurisdiccional desde una academia comprometida. Entender a la teoría general del proceso de manera aislada de los paradigmas emergentes impide la integración de teoría y praxis, porque como sostiene Angelo Papacchini: "(...) la primera sin la segunda resulta abstracta y vacía; la segunda sin la primera puede propiciar un activismo ciego o inmedatista."¹⁴⁸ De ahí que se sostenga al reforzamiento del derecho a la tutela judicial efectiva como rector del proceso en un modelo constitucional garantista a partir de los derechos humanos, en lo que es un intento por consolidar la dignidad del ser humano y legitimar las instituciones del Estado previstas para ello.

Aplicar las normas de la substanciación del proceso en general de manera literal en perjuicio de los justiciables cuando esto signifique no poder resolver la controversia planteada o a costa de la violación de algún derecho dentro del proceso,

¹⁴⁷ IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. *Op. cit.*, p. 124.

¹⁴⁸ PAPACCHINI, Angelo, Sobre educación y derechos humanos, Entrevista al profesor Angelo Papacchini por la profesora Diana Patricia Quintero, Portal ser más humano, Defensoría del Pueblo, 2004.

no es acorde con la visión constitucional contenida en el numeral 1 de la CPEUM y sólo atiende a un formalismo exacerbado e irracional. La reinterpretación de la teoría general del proceso, al tenor de los derechos humanos, debe ir encaminada no solo a desarrollar el procedimiento a plenitud, sino incluso hacerlo en tiempo y forma, pues ahora debería, al menos en esencia, ser un principio rector dentro del cualquier procedimiento.

Sin embargo, es un gran reto lograr una reinterpretación de la enseñanza al interior de las facultades de derecho que favorezcan el abandono del formalismo jurídico en la interpretación y aplicación del derecho, que permita que los tribunales judiciales cumplan con su deber de resolver todas las controversias que les corresponden, aun en los casos en los que, derivado de la complejidad del asunto, la ambigüedad o insuficiencia de la ley para regular de manera directa cada uno de los supuestos que pueden surgir en la realidad, no exista una sola posible respuesta admisible y razonable. Esto último puede llevarse a la práctica desde las facultades de derecho que imparten estas materias fundamentales para la formación de los operadores jurídicos, en el entendido de que "(...) el derecho procesal es un derecho público, formal, instrumental y de medio, autónomo, de principal importancia, y de imperativo cumplimiento, (...)." ¹⁴⁹

Después de todo, se propone observar al proceso como un sistema complejo en términos de Diana María Ramírez Carvajal, ¹⁵⁰ el cual debe construirse y estudiarse como un proceso dialógico y abierto, para que por él puedan fluir las garantías constitucionales y, más aún, las interpretaciones que el propio juzgador pueda formular desde una visión de la tutela judicial efectiva. Lo anterior sin perder de vista que es un proceso que define sus objetivos a través del acuerdo entre los sujetos procesales, con un gran anclaje en las estructuras probatorias para fortalecer la imparcialidad del juez y los principios constitucionales y que, por tanto, minimiza el procedimentalismo, pues su columna vertebral se encuentra en la

¹⁴⁹ DEVIS, Hernando Echandía. *Op. cit.*, p. 41.

¹⁵⁰ RAMÍREZ Carvajal, Diana María. *Op. cit.*, p. 175.

demostración probatoria de los hechos y en la fundamentación racional de la decisión judicial, pero sin que constituya alguna vulneración al derecho a la tutela judicial efectiva como se ha desarrollado.

Es decir, por un lado, es manifiesta la necesidad de la enseñanza del derecho procesal como sistema complejo en el que confluyen derechos humanos, y por otro lado, no debe perderse de vista su aspecto instrumental, que permite cumplir su labor de ser el lugar para dirimir los conflictos sometidos ante un tribunal, lo que se intenta reforzar a partir de un modelo constitucional contemporáneo pero, además, es necesario legitimar a través de una postura garantista que permita precisamente cumplir con los retos que el derecho procesal debe enfrentar una vez que se incorporaron derechos humanos en su aplicación.

Ahora bien, tampoco pasa desapercibido el papel que tienen los jueces en la aplicación tradicional del derecho procesal a partir de una visión formalista en la que fueron formados, con razón, en el yugo del Estado legislativo aún positivista que tenía y tiene como lema la seguridad y certeza jurídica, como corolario del principio de legalidad.

Por tanto, una causa en la conculcación del derecho a la tutela judicial efectiva se asocia al proceso de formación y selección de los jueces con independencia de la estructura orgánica del poder judicial en sus distintos niveles, en muchas ocasiones, aislada de una visión garante de los derechos humanos, en palabras de Perfecto Andrés Ibáñez, “de un modo ciertamente irreflexivo y mecánico, -pues dice-, (...) no cuenta materialmente con tiempo para hablar con conciencia de lo que dice. Por eso, es tan fiel como expresivo de la lógica del sistema, el dicho de preparador: «Ahora a estudiar, que de pensar ya tendrás tiempo.»¹⁵¹ Y esto es justamente lo que no debe ocurrir en el proceso de selección de jueces, porque repercute en el proceso jurisdiccional.

¹⁵¹ IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. *Op. cit.*, p. 113.

Por el contrario, se debe hacer énfasis en dirigir el proceso con suma diligencia, pero eso requiere reflexionar sobre la naturaleza de la teoría del proceso desde la formación de los operadores jurídicos, que no debe ser ajena a la labor de garantizar un derecho humano en el transcurso del procedimiento, y claramente incorpora un reto más grande para los jueces, quienes deberán ser críticos de la aplicación del derecho en cada uno de los asuntos que son sometidos a su jurisdicción.

Entonces, Perfecto Andrés Ibáñez¹⁵² nos dice que para lograr una propuesta de integración de la teoría general del proceso con los derechos humanos en el marco del paradigma constitucional, es necesario partir del campo filosófico, el cual permite la claridad del pensamiento para lograr la agudización de la capacidad crítica y autocrítica. De hecho, éstas son características indispensables que los juzgadores deben tener al momento de que aplican las normas jurídicas que rigen el proceso, pues entender a la tutela judicial efectiva como derecho humano y categorizarlo como principio que permea todo el procedimiento, atribuye precisamente al juzgador la labor de determinar la legitimidad de las normas aplicables, teniendo en cuenta que, en cada caso particular, el análisis puede arrojar distintos resultados en tanto que los contextos tienen repercusión. De ahí, que un enfoque filosófico permite fundamentar la legitimación de la existencia de los derechos humanos dentro del sistema jurídico vigente, del cual no escapan las reflexiones filosóficas dentro del campo práctico.

En ese sentido, las autoridades deben tener la capacidad de planear preguntas sobre las contradicciones internas del orden jurídico y sobre los desafíos dirigidos al mismo por una realidad injusta, conflictiva y cambiante, que no deben escapar de la visión del juzgador, como lo identifica el autor de referencia,¹⁵³ pues esa cualidad le permite al juzgador determinar que, a pesar de algún criterio vigente en las normas ordinarias, deben imperar los derechos previstos

¹⁵² *Ibidem.* p. 112.

¹⁵³ *Ibidem.* p. 115.

constitucionalmente, en el entendido de que el proceso es una de las vías instituidas por el Estado para garantizar un derecho humano, como lo es la tutela judicial efectiva y que al reconocer derechos humanos dentro de la norma fundante debe prevalecer la norma constitucional, pues eso legitima la existencia del Estado contemporáneo.

Los jueces, con independencia de la materia o su competencia, son los encargados de impartir justicia y garantizar de primera mano el derecho a la tutela judicial efectiva, en abstracto como derecho humano y en concreto dentro del procedimiento en cualquiera de sus manifestaciones e instrumentos para su realización.

Por ejemplo, cuando se habla de los jueces de amparo, la obligación de garantía en la tutela de derechos humanos resulta más evidente y, por ende, viable, dado que ellos son los encargados por excelencia de la tutela de los derechos humanos, aunado a que realizan un control concentrado en su análisis sobre la constitucionalidad de los actos de autoridad que son sometidos a su conocimiento. Sin embargo, el control difuso también permite ese análisis de constitucionalidad de manera incidental entre los jueces de legalidad que se encargan de aplicar las normas del proceso en sus distintas materias, pues, si bien se rigen por normas particulares, no deben olvidar su carácter de servidor público. Es decir, en tanto autoridad, deben velar por los derechos humanos que se encuentren en juego en su función de dirigir el proceso; en principio, al garantizar el derecho humano a la tutela judicial efectiva y los derechos que se puedan violentar por la omisión de tutela a este derecho, en vista de que si se protege de forma óptima, se avanza al disfrute de los demás derechos, de ahí que tenga su razón de ser el control difuso en el modelo constitucional vigente.

Más aún, el constitucionalismo contemporáneo permite una revisión de las normas jurídicas que son producidas, por eso el juez adquiere una relevante importancia, que consiste en vigilar que las normas secundarias sean armónicas

con el pacto fundamental, como lo expresa Perfecto Andrés Ibáñez,¹⁵⁴ cuando señala que no solo existe el deber de cumplir con las normas, sino incluso de efectiva suplencia de las omisiones de un legislador perezoso o extraño de la labor de garantizar la tutela judicial efectiva desde la producción de las normas.

Lo anterior sin perder de vista que “(...) el juez no es un dominus de la sociedad, y hay que desechar aquellas posturas que amplían en grado sumo su marco de acción en virtud de la libre apreciación, propiciadas por la Escuela realista norteamericana y algunos filósofos italianos de los últimos años (...)”¹⁵⁵, de ahí la necesidad de que el proceso jurisdiccional se adecue al nuevo paradigma de los derechos humanos a partir de una propuesta teórica del constitucionalismo garantista, donde su legitimación se basa en la optimización de instituciones y garantías, pues constituye una normatividad fuerte, ante todo, frente a la legislación, a la que impone evitar las antinomias y colmar las lagunas con leyes de actuación idóneas y, en segundo lugar, frente a la jurisdicción, a la que le impone remover las antinomias y señalar las lagunas con facultades expresas y claras a los jueces desde las normas procesales como indica Luigi Ferrajoli.¹⁵⁶ Para prevenir los excesos de discrecionalidad de los jueces bajo la idea de que “(...) una expansión sin inhibiciones de la Justicia no transforma al Estado en jurisdicción, sino a los tribunales en instancias políticas. No conduce a juridificar la política, sino a politizar la Justicia.”¹⁵⁷ Riesgos de los que precisamente se acusa de incurrir al constitucionalismo principialista, cuyas bases se encuentran en el iusnaturalismo, en su versión más aceptada, pero que el garantismo busca salvar.

Por todo lo expuesto hasta este punto, la propuesta de reforzamiento no recae únicamente en la legitimación del constitucionalismo garantista, sino que los jueces tienen un papel importante, pues se plantea la necesidad de que los

¹⁵⁴ *Ibidem.* p. 120.

¹⁵⁵ SESIN, Domingo, *El contenido de la tutela judicial efectiva con relación a la actividad administrativa discrecional, política y técnica*, Argentina, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2006, p. 16.

¹⁵⁶ FERRAJOLI, Luigi, *Constitucionalismos principialista y constitucionalismo garantista*, *op. cit.*, p. 53.

¹⁵⁷ SESIN, Domingo. *Op. cit.*, p. 16.

juzgadores tengan una parte activa dentro del proceso, que no acaba con su mera intervención al servir de guía, sino que deben tomar parte en la vigilancia de las normas en pro de la tutela judicial efectiva y de los demás derechos humanos para cumplir con la labor jurisdiccional, idea que se comparte con Perfecto Andrés Ibáñez, quien señala que:

“(...) como consecuencia de las peculiares vicisitudes de la práctica judicial en curso (...), lo aportado por las instancias procesalmente inferiores está adquiriendo en estos años una relevancia de gran significación cualitativa en la perspectiva de la contribución a la formación de la jurisprudencia como producto final.”¹⁵⁸

Por ejemplo, la posibilidad de revisar la legitimidad constitucional de las leyes antes de decidir sobre su aplicación. Labor de la que forman parte los operadores jurídicos de instancias ordinarias; postulantes, jueces, peritos, etcétera, toda vez que son ellos los que deben garantizar, demandar y, exigir su cumplimiento en la parte del proceso en que participan, complementando lo complejo a partir de la garantía de la tutela judicial efectiva en todas sus partes que lo integran.

Lo que se propone, es la optimización de los procesos jurisdiccionales desde las primeras instancias para evitar así una violación persistente de derechos, puesto que la incompetencia de resolver los conflictos que son del conocimiento de los jueces ordinarios -cuando la solución en favor de los derechos humanos no está contenida expresamente en la norma jurídica-, es la evidencia más clara de una ausencia de una tutela judicial efectiva: “Por eso, resulta imprescindible poner a los jueces a la altura de estos en materia de formación para el rol, integrando en su acervo de saberes, tributario de una realidad del derecho hoy no vigente, lo que solo la filosofía y la teoría del derecho, propiciando una rica actitud reflexiva orientadora de las correspondientes prácticas, estarían en condiciones de aportar.”¹⁵⁹ Solo en

¹⁵⁸ IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. *Op. cit.*, p. 122.

¹⁵⁹ *Ibidem.* p. 124.

la medida de un análisis de las normas a la luz de la teoría contemporánea de los derechos humanos es posible un avance en el curso del proceso.

Bajo la premisa de que, como indica Domingo Sesin,¹⁶⁰ el proceso cumple una función en la cual el Estado confía al juez el cometido de declarar razonadamente la voluntad concreta de la ley que vincula el mundo de los hechos con el bloque de juridicidad en forma hipotética y abstracta, mediante una facultad de raciocinio común a todo intérprete, pero que una vez deducida la conclusión, entonces impone el sello de la autoridad del Estado atendiendo al imperio con el que goza. Con lo anterior, se completa al Estado de derecho constitucional caracterizado por la incorporación de principios pero a partir del modelo garantista.

Así pues, es necesario buscar el equilibrio prudente entre lo que puede y no puede controlar el juez, dentro del constitucionalismo contemporáneo, sin caer en la utópica concepción de hacer justiciable la totalidad de la actividad estatal, que es lo que denuncia el garantismo en palabras de Ferrajoli.¹⁶¹ En el entendido de que para Domingo Sesin,¹⁶² el juez no administra ni legisla, interpreta el orden jurídico existente y, solo excepcionalmente, tiene amplias facultades para explicitar el derecho en el caso concreto, pero esas excepciones deben ser justificadas de manera racional por estar previstas a través de normas expresas. Pero sin que se pierda de vista que, el gran reto del Estado constitucional garantista sea el de construir en el campo normativo del derecho los instrumentos para el pleno ejercicio de las garantías en la praxis, y superar la idea de Pierluigi Chiassoni¹⁶³ cuando dice que el constitucionalismo garantista es una postura objetivista en forma débil, al incorporar la premisa ética de la modernidad, pues observamos en el proceso jurisdiccional un espacio para la razón formal e instrumental, que se expresa a

¹⁶⁰ SESIN, Domingo. *Op. cit.*, p. 16.

¹⁶¹ *Ibidem.* p. 27.

¹⁶² *Ibidem.* p. 17.

¹⁶³ CHIASSONI, Pierluigi. *Op. cit.*, p. 120.

través de una serie de garantías previstas en las normas procesales y que cumplen con garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva dentro del marco jurisdiccional.

Cabe precisar que, como señala Diana María Ramírez Carvajal,¹⁶⁴ la diferencia entre el derecho procesal o instrumental y el derecho sustancial, consiste en que este último logra su concreción en la praxis a través de las normas y, si bien se presenta de manera abstracta, logra materializar su instrumentalización en el derecho procesal a través de distintos instrumentos y figuras. En el ámbito judicial, la labor de volver concreto lo abstracto recae en los jueces, de ahí la insistencia en la aplicación de las normas con una visión protectora de derechos humanos. Además, el posicionamiento teórico de lo sustancial permite llevar a la práctica de manera pronta la forma de legitimar el sistema jurídico de protección de derechos humanos, que no solo se deben proteger de manera primordial únicamente en los procesos constitucionales, sino en los demás tribunales que llevan a cabo una labor de impartición de justicia en la que también tienen que ver derechos humanos.

El reconocer la presencia de los derechos humanos en los procedimientos judiciales no quiere decir que se deba dejar libre margen de apreciación o interpretación a los jueces, puesto que "(...) el derecho procesal al seguir una línea de servicio para la rama jurisdiccional, hace prevalecer la lógica técnico jurídica sobre la lógica del sentido común (...)."¹⁶⁵ Pues como indica Ferrajoli, el constitucionalismo garantista:

*"(...) se caracteriza, en cambio, por una normatividad fuerte, de tipo regulativo, es decir, por la tesis de que la mayor parte de (si no todos) los principios constitucionales y, en particular, los derechos fundamentales, se comportan como reglas, pues implican la existencia o imponen la introducción de las reglas consistentes en las prohibiciones de lesión u obligaciones de prestación, que son sus respectivas garantías."*¹⁶⁶

¹⁶⁴ RAMÍREZ Carvajal, Diana María. *Op. cit.*, p. 176.

¹⁶⁵ *Ibidem.* p. 177.

¹⁶⁶ FERRAJOLI, Luigi, *Constitucionalismos principialista y constitucionalismo garantista, op. cit.*, p. 21.

Así, la tutela judicial efectiva se puede garantizar al preverse un sistema de reglas en las normas que regulan los procesos, donde se encuentran en boga dichos derechos.

Inclusive, la última reforma al artículo 17 constitucional, es un claro ejemplo de cómo el derecho a la tutela judicial efectiva se comporta o bien se expresa a través de reglas para su garantía desde la misma Constitución, al señalar una serie de requisitos para garantizar la resolución de los conflictos de fondo con ciertas limitaciones objetivas, que permiten al juzgador dirimir los conflictos que son sometidos a su conocimiento, analizando la constitucionalidad de las normas aplicables a cada caso concreto, y más aún: “El derecho procesal emerge desde el derecho constitucional y se convierte en un derecho fundamental y prioritario de los ciudadanos, pues sin estas garantías no es posible el respeto ni siquiera, de los derechos fundamentales vulnerados.”¹⁶⁷ En otros términos: “La teoría general del proceso es entonces una rama del derecho que coadyuva en el desarrollo y la consecución de la tutela judicial efectiva.”¹⁶⁸ Cuyas garantías están reconocidas constitucionalmente.

Después de todo, la tutela judicial efectiva como derecho humano deriva de la existencia del Estado y su necesidad de resolver los conflictos que surgen entre sus miembros. Las teorías contemporáneas del constitucionalismo, aun en desarrollo, tratan de legitimar la forma de tutelar derechos y muestran un modelo funcional desde distintos enfoques, pero no se puede perder de vista la relación con la teoría general del proceso que se ha desarrollado para cumplir uno de los fines del Estado, porque:

“De esta forma, la interrelación de la teoría general del proceso con la teoría de la tutela judicial efectiva, además de nutrir la ciencia procesal, nos permite adentrarnos en las concepciones más evolucionadas de las instituciones procesales, de las interpretaciones y derechos que se han creado

¹⁶⁷ RAMÍREZ Carvajal, Diana María. *Op. cit.*, pág. 177.

¹⁶⁸ SALINAS Garza, Juan Ángel. *Op. cit.*, p. 37.

progresivamente en el ámbito constitucional y convencional, los cuales están íntimamente relacionados con las asignaturas propias de la teoría del proceso y a la vez modifican las clásicas concepciones que se tenían en el Estado legal de derecho."¹⁶⁹

Esta postura no se expone como la solución definitiva, sino como la indicada para el momento que atraviesa el constitucionalismo en México, con la intención de evitar la arbitrariedad en las decisiones, y que exige llevar a cabo una labor de regulación del derecho procesal a la luz de un derecho humano que permita la realización de los demás derechos que se dilucidan ante los tribunales en su carácter de autoridades representantes del Estado, para optimizar su labor con miras de una progresividad de los derechos.

Resulta necesario hacer algunas precisiones, porque, como se adelantó, se observa que uno de los retos de la tutela judicial efectiva en México estriba en la necesidad de que los códigos prevean recursos efectivos para que su optimización sea desde los tribunales ordinarios y que desde esas instancias se haga un control de las normas que se aplican en favor de la tutela judicial efectiva donde todas las partes tienen injerencia.

Igualmente los tribunales ordinarios no deben perder de vista que el acercamiento al derecho humano a la tutela judicial efectiva se puede hacer en abstracto, o en concreto; el primero al momento en que se conceptualiza como derecho humano independiente, el cual constituye un derecho de todas las personas de justiciabilidad de sus derechos por medio de un tribunal jurisdiccional con el respeto de todas y cada una de las garantías establecidas para su pleno ejercicio, y en concreto dentro del procedimiento jurisdiccional el cual se manifiesta en sus distintas etapas, desde el acceso a un tribunal, hasta la ejecución de una sentencia, en el entendido de que muchas de las figuras y garantías contempladas

¹⁶⁹ *Ibidem.* p. 37.

descansan en la teoría general del proceso y sobre la base en los derechos de seguridad y certeza jurídica que dejó la consolidación del Estado liberal.

Por lo tanto, se muestra una doble funcionalidad y correlativa exigencia para el Estado en la garantía de este derecho: primero, la existencia de normas jurídicas cuya producción le corresponde al poder legislativo, y segundo, en la aplicación de las normas jurídicas que les corresponde a los juzgadores.

En esa tesitura, si hubiere un precepto que violenta su disfrute, en consecuencia, se puede declarar la inconstitucionalidad en ejercicio de un control concentrado, pero también declarar la inaplicación en un ejercicio difuso de constitucionalidad de cualquier norma por atentar contra un derecho protegido constitucionalmente al que le corresponde una protección reforzada. En suma, no se debe perder de vista que la tutela judicial efectiva constituye un derecho en sí mismo, o bien, independiente, pero a su vez se puede manifestar en distintas figuras, normas y garantías en el desarrollo del proceso jurisdiccional.

Se identifica que, en esencia, hay un error en el aprendizaje del derecho a la tutela judicial efectiva como derecho independiente, porque su ajenidad precisamente permite acceder a un medio de control constitucional, toda vez que el medio ordinario de defensa no cumple con el requisito esencial de ser efectivo en la tutela de derechos y, aunque difícilmente encontraremos una situación que no afecte directamente a un derecho humano, permite esa posibilidad. La tutela judicial efectiva permite la protección de derechos no solo constitucionalizados, sino cualquier otro al que se tenga derecho como pueden ser las violaciones materiales o las de naturaleza procesal.

3.2 La reinterpretación y las figuras dentro del proceso judicial en el paradigma constitucional. Análisis de la cosa juzgada

Es cierto que el medio por excelencia de protección de derechos humanos en México es el juicio de amparo, sin embargo, la labor judicial es aún más amplia,

en dos sentidos: el primero, atendiendo a que todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de tutelar todos y cada uno de los derechos humanos reconocidos por el Estado en su calidad de servidores públicos, y segundo, porque la obligación de proteger derechos humanos en su labor jurisdiccional no es exclusiva de los jueces constitucionales al conocer de los medios de control constitucional directamente, sino que se extiende a todos los juzgadores atendiendo al control difuso de constitucionalidad y convencionalidad. A su vez, todos los jueces del país, con independencia de su nivel en la estructura orgánica, dirimen las controversias que son sometidas a su conocimiento a través de las normas que el legislador sanciona para cada proceso.

Dichas formas de control judicial permiten al Estado desempeñar su función de impartición de justicia con el objetivo de que prevalezca el Estado de derecho, además dentro del paradigma constitucional: “Es indudable que el derecho sustancial a partir del fenómeno de posguerra, se supera a sí mismo y consolida los derechos humanos como una gama de derechos fundamentales que prevalecen - estos si- sobre la multiplicidad de derechos legislados y decantados en la ley. Siempre hay prevalencia de los derechos fundamentales.”¹⁷⁰ Con lo que se deja patente la primacía de los derechos humanos, sobre las normas que se produjeron con antelación a este nuevo paradigma.

Como resultado, la aplicación en los tribunales a cada caso concreto está sujeta a una revisión por parte de los jueces, que deben responder por encima de los formalismos a su obligación de garantizar derechos humanos. Sin que pase desapercibido que existen una serie de figuras, instituciones, garantías y derechos que están reconocidos por las normas procesales, pero bajo ninguna circunstancia su aplicación debe ser a costa de la vulneración de un derecho reconocido constitucionalmente, en vista de que en ese extremo volveríamos al Estado de derecho legalista exacerbado.

¹⁷⁰ RAMÍREZ Carvajal, Diana María. *Op. cit.*, p. 177.

Se sigue que la teoría general del proceso es una rama del derecho de suma importancia que estudia las formas e instituciones procesales. Por lo que, para Juan Ángel Salinas Garza,¹⁷¹ la incursión de la tutela judicial efectiva trata precisamente de enseñar esos principios, valores y derechos humanos que interactúan con las instituciones procesales y que complementan la forma tradicional de entender la teoría general del proceso, precisamente porque las principales instituciones que componen el estudio de esta teoría, como la pretensión, la acción, la jurisdicción y el proceso han sido interpretadas de acuerdo con diversos cánones derivados de los derechos humanos.

Por ende, es evidente la íntima relación entre el derecho a la tutela judicial efectiva, concebido como derecho humano y, la teoría general del proceso, considerando que esta última es la vía en la que se instituyen las garantías para su protección de manera concreta, sin que se pierda de vista, como se señaló con anterioridad, que las bases doctrinales bajo las cuales se construyeron dichas instituciones fueron a partir del Estado legal de derecho, que tenía como principio rector a la legalidad. Por lo tanto, el derecho se aplicaba a partir del reconocimiento de una producción legislativa cuya validez dependía únicamente de su requisito formal, mientras que el nuevo paradigma constitucional exige una revisión del sistema jurídico vigente a la luz de los derechos humanos y, cuyos principios vinculan a todas las autoridades, incluyendo, además de las legislativas, a los jueces con una perspectiva más amplia en su labor de impartidores de justicia.

En ese sentido, Carlos Alberto Álvaro de Oliveira señala que:

“Frente al carácter normativo de los derechos fundamentales de la efectividad y de la seguridad, (...) en el ámbito del proceso es posible definir la adecuación de la tutela jurisdiccional como la aptitud de ésta para realizar la eficacia

¹⁷¹ SALINAS Garza, Juan Ángel. *Op. cit.*, p. 16.

*ofrecida por el derecho material, con la mayor efectividad y seguridad posibles.*¹⁷²

Esto es, hay una necesidad de adecuación del derecho procesal en favor de garantizar los derechos humanos, en concreto, la tutela judicial efectiva, para cumplir con la función jurisdiccional bajo el nuevo paradigma constitucional. Además, que sea a través del proceso, requiere la adecuación de las normas al derecho protegido constitucionalmente para que en el momento de su aplicación, los jueces tengan a la mano dichas garantías a través de las normas procesales vinculantes, es decir, el juez aquí asume un papel relevante como garante de los derechos humanos en la función jurisdiccional que desempeña.

En esa misma línea argumentativa, Diana María Ramírez Carvajal,¹⁷³ advierte que la constitucionalización del derecho, ha llevado a que el derecho procesal se supere a si mismo desde la ley y se consolide en una agrupación de garantías constitucionales que derivan de la tutela judicial efectiva, como el derecho fundamental de acceder al juez, de que este resuelva en términos razonables y motivando adecuadamente a que la sentencia sea efectiva y eficiente y, sobre todo, al respeto del debido proceso, que también es otra garantía constitucional, que además se erige como derecho fundamental, por lo que su salvaguarda vincula a todos los poderes. Después de todo, como se ha comentado, la tutela judicial efectiva es un derecho complejo que a su vez está integrado por una serie de derechos, principios y garantías procesales constitucionales con el fin de optimizar la impartición de justicia, protegiendo la plena realización de los derechos humanos.

No obstante, a pesar de dichas exigencias contemporáneas, aún existen visibles muestras de un sistema deficiente a la hora de la defensa de la tutela judicial efectiva en la práctica jurídica, principalmente en su ámbito ordinario, por eso, se exige a los juzgadores del país –no solo a quienes les corresponde el control

¹⁷² ALVARO de Oliveira, Carlos Alberto, *El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva desde la perspectiva de los derechos fundamentales*, Revista de derecho, vol. XXII – núm. 1 - julio 2009, págs. 185-201.

¹⁷³ RAMÍREZ Carvajal, Diana María. *Op. cit.*, p. 177.

concentrado de la Constitución-, que al momento de emitir sus determinaciones, deben tomar en cuenta el fin para el que fueron instituidos y no olvidar su carácter de autoridad obligada a la protección de derechos humanos para impedir que los formalismos incompatibles con el nuevo paradigma constitucional impidan el enjuiciamiento y el estudio de los conflictos de fondo, porque la jurisdicción sobre los asuntos que se someten a su conocimiento, es la habilitación de la autoridad para ejercer una libertad limitada racionalmente.

En concreto, la superación del formalismo jurídico en la interpretación y aplicación del derecho permite al tribunal cumplir con el deber de resolver todas las controversias que le son sometidas a su conocimiento, aun en los casos en los que la complejidad del asunto, la ambigüedad o insuficiencia de la ley para regular de manera directa cada uno de los supuestos de hecho que pueden surgir en el proceso jurisdiccional, respecto de los cuales no existe una sola posible respuesta admisible y razonable, sino que debe elegirse la que deriva de los derechos protegidos constitucionalmente y echar mano de las garantías previstas para ello, como ocurre con el artículo 17 constitucional y en las leyes procesales.

En esa tesitura, el Estado Constitucional garantista permite prevenir el riesgo de arbitrariedad de los jueces en la toma de decisiones, en el entendido de que dichas interpretaciones son acorde a la obligación de todas las autoridades en el ámbito de sus competencias respecto de una tutela efectiva de derechos, de ahí que los jueces, al emitir el fallo correspondiente, no deben olvidar, primero, su labor garantista como órgano jurisdiccional, y segundo, que como servicio público, ha de ser eficiente y responder a las nuevas dinámicas de la realidad jurídica.

En ese sentido, hay una obligación de interpretar, incluso, las instituciones, principios y derechos que integran a la tutela judicial efectiva derivada del nuevo modelo constitucional, que se expresa en el segundo párrafo del artículo 1° de la CPEUM, en el que se establece que las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados

internacionales de la materia, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia, es decir, el principio pro persona.

En esa lucha por la exigencia de una nueva forma de entender el derecho, existen muchas instituciones y figuras procesales que se aplican de manera tajante sin poner en entredicho su funcionalidad en este nuevo paradigma, inclusive, sin admitir siquiera algunos matices que permitan su incorporación al nuevo modelo. Es el caso de la cosa juzgada, institución que se consolidó en el seno del Estado de derecho legal, en el cual descansan derechos como la seguridad y certeza jurídica, con el fin de que el derecho cumpliera con su labor de legitimar al Estado, y bajo el yugo del legislador infalible, donde el juez se limitaba a aplicar el derecho que era establecido.

Pero actualmente, en términos generales, ya no se recurre a la ficción medieval de la verdad legal para explicar el fundamento de la cosa juzgada. Ésta es explicada simplemente por razones prácticas, las cuales aconsejan evitar la prolongación indefinida de los procesos. La cosa juzgada para Couture, "(...) es una exigencia política y no propiamente jurídica; no es de razón natural, sino de exigencia práctica. (...)." ¹⁷⁴ Por otro lado, para Ovalle Favela ¹⁷⁵ tampoco es exacto que la cosa juzgada no pueda revocar en ningún caso, pues desde el derecho romano se admitieron supuestos excepcionales en los que se podría demandar la nulidad de la cosa juzgada, como sigue ocurriendo actualmente en los casos en los que se enfrenta a un derecho humano.

Por tanto, si teóricamente se entendía a la cosa juzgada como la verdad legal irrefutable, que era precisamente esa certeza que otorgaba el derecho; por el contrario, hoy en día se legitima a la institución de la cosa juzgada con un fin práctico a partir de una razón política, pero se pierde de vista de manera evidente que es una institución al servicio del derecho y que su función de éste, es garantizar los

¹⁷⁴ COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3° edición, Buenos Aires, ed. Depalma, 1958, p. 408.

¹⁷⁵ OVALLE Favela, José, *Derecho Procesal Civil*, Oxford, 10° edición, México, ed. Oxford, 2013, p. 224.

derechos humanos de las personas, aunado a que, incluso, en sus inicios, la cosa juzgada podía ser confrontada ante su supuesta inmutabilidad en casos excepcionales. Lo que se pretende demostrar es que la excepción en la aplicación e interpretación de las instituciones, figuras y en general, normas procesales como ocurre con la prevalencia de la cosa juzgada, son los derechos humanos, como uno de los presupuestos que garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva.

A su vez, la expresión del reconocimiento de la cosa juzgada en la teoría procesal contemporánea como una necesidad práctica, hace incompatible que con su presencia se pueda denegar el acceso a la justicia o permitir la trasgresión de un derecho, en el entendido de que resulta contradictorio que aun a pesar de reconocer dicha evolución conceptual, se identifique en ella derechos como la seguridad y certeza jurídica.

Luego, Octavio Cifuentes Rivera, define a la cosa juzgada como una mera parte del proceso, por medio del cual se ratifica su naturaleza práctica a fin de dar respuesta a conflictos entre quienes litigan, y resume que:

“La sentencia es pues, obra de la jurisdicción y solo se produce como culminación del proceso. La sentencia a la vez produce algo, que es efectivamente lo que el Estado procura a sus asociados, y lo que estos afanosamente buscan para sus litigios, dentro del proceso: la cosa juzgada, que hallándose en todas las sentencias no se fija con autoridad de tal sino en la decisión incontrovertible, cuando se agota íntegramente la jurisdicción por revisión, apelación o en algunos casos por juicio de amparo.”¹⁷⁶

De lo anterior, se advierte que la institución de la cosa juzgada es entendida también como la culminación del proceso jurisdiccional, que otorga seguridad y certeza a los integrantes del Estado sobre los procedimientos que se llevan por las autoridades jurisdiccionales, pero también es evidente que en esa visión no está presente la teoría universal de los derechos humanos, que pugna por la obligación

¹⁷⁶ CIFUENTES Rivera, Octavio, *Cosa Juzgada*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1957, p. 2.

de garantizarlos aun por encima de las figuras jurídicas que no son compatibles a los derechos humanos tutelados, ya que estas instituciones deben garantizar estos derechos y no al contrario, es decir, los derechos humanos estar por debajo de dichas figuras construidas en un modelo riguroso.

No obstante, no pasa desapercibido que tiene razón de ser dentro de la teoría jurídica pero no se justifica su prevalencia invariable, y dice al respecto Liebman¹⁷⁷ que la cosa juzgada sustancial no es un efecto de la sentencia, sino sólo un aspecto particular de la cualidad que la misma adquiere al producirse la preclusión de las impugnaciones: la cosa juzgada formal indica, por consiguiente, la inmutabilidad de la sentencia como acto procesal; la cosa juzgada sustancial indica esta misma inmutabilidad en cuanto es referida a su contenido y, sobre todo a sus efectos. A saber, la evolución de la cosa juzgada ha hecho algunos intentos por acoplarse a la necesidad de los derechos sustantivos o esenciales, pero sin mucho éxito en un modelo aun positivista en su estructura, toda vez que las normas exigen a las autoridades una revisión rigurosa y formalista. De modo que se deja esa labor de ajustamiento de las figuras a las autoridades jurisdiccionales.

Así, la aplicación de la cosa juzgada en un marco del Estado Constitucional, identificado como un pilar del funcionamiento práctico, permite en muchas ocasiones la prevalencia de dicha institución sobre algún derecho humano o sobre otros principios constitucionales. La SCJN ha tenido que resolver las controversias en donde se encuentran en conflicto la conculcación a un derecho fundamental frente a la cosa juzgada.

La Primera Sala de la SCJN, en la contradicción de tesis 211/2017¹⁷⁸ y la contradicción de tesis 197/2010¹⁷⁹, a manera de criterio obligatorio para todos los

¹⁷⁷ OVALLE Favela, José, *Derecho Procesal Civil*, op. cit., p. 225.

¹⁷⁸ Contradicción de Tesis 211/2017, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. I, octubre de 2018, p. 634.

¹⁷⁹ Contradicción de Tesis 197/2010, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXIII, abril de 2011, p. 136.

tribunales inferiores del país, estableció la forma en que, en el sistema jurídico mexicano, se debía entender a la cosa juzgada, y señaló, que:

En la invocación de la cosa juzgada entre un caso resuelto por sentencia definitiva y aquél donde se invoca, es necesario que concurren identidad en las cosas, en las causas, en las personas de los litigantes y en la calidad con que hubieren participado, o sea, que se haya resuelto la misma cuestión en diverso juicio. Esto obliga a los tribunales a no dar trámite un nuevo juicio respecto de las mismas pretensiones, porque podría conducir a que se condene dos veces por una misma razón o se emitan sentencias contradictorias, generando inseguridad jurídica.

Por su parte, la cosa juzgada refleja, como creación doctrinal y jurisprudencial, que opera de manera excepcional cuando no concurren todos los elementos de la cosa juzgada, pero sucede que lo resuelto en un juicio anterior tiene relevancia en un juicio posterior, de tal manera que el juez deba tener en cuenta el pronunciamiento judicial del primero porque, de no atenderlo, rompería con la autoridad de cosa juzgada que rige en el mismo juicio anterior referido, lo que también obliga al juzgador que conoce del juicio posterior, dado que de no tomar en cuenta los efectos reflejantes, podría afectar la cosa juzgada que inviste a la ejecutoria del juicio previo y podrían generarse condenas acumulativas o contradictorias en algún aspecto fundamental.

De tales consideraciones, al margen de las diferencias que existen entre la cosa juzgada y la cosa juzgada refleja, puede identificarse un espacio que ambas instituciones comparten: el efecto de obligar al tribunal que conoce del juicio posterior a no resolver sobre algo que ya fue decidido judicialmente en el juicio previo. La Primera Sala se pronunció en jurisprudencia en el sentido de que la cosa juzgada debe analizarse de oficio cuando el juzgador advierte su existencia, aunque no haya sido opuesta como excepción por alguna de las partes, lo que se justificó de manera central en la inmutabilidad y autoridad de las sentencias ejecutoriadas, porque debe privilegiarse la certeza jurídica frente al derecho de oposición de las

partes, y porque la necesidad de la certeza es imperiosa en todo sistema jurídico, de tal suerte que lo decidido en la sentencia ejecutoriada es el derecho frente al caso resuelto, el que no podrá volver a ser controvertido, evitando con ello, la posibilidad de que se emitan sentencias contradictorias. De esta forma, se evidencia la importancia de la cosa juzgada para el sistema jurídico mexicano en la interpretación del máximo Tribunal Constitucional del país, como institución fundamental en la práctica jurídica.

Es preciso señalar que, la institución de cosa juzgada actualmente se encuentra implícita en los artículos 14, segundo párrafo y 17, séptimo párrafo, de la CPEUM.¹⁸⁰

De ahí que, para la SCJN, la cosa juzgada se entienda como la inmutabilidad de lo resuelto en resoluciones definitivas, sin que pueda admitirse su modificación por circunstancias posteriores. Para efectos prácticos, la cosa juzgada existe cuando entre un caso resuelto por sentencia y aquél donde se invoca, concurren los elementos siguientes: a) identidad en la cosa demandada, b) identidad en la causa; y, c) identidad en las personas y la calidad con que intervinieron. Siendo estos una serie de requisitos que la doctrina y la interpretación jurisdiccional requieren como requisitos mínimos de su existencia, pero con la salvedad de que hay casos excepcionales en los que no serán suficiente estos requisitos formales para su actualización en perjuicio de ciertos derechos humanos tutelados por el pacto fundamental.

Ahora bien, la SCJN indica que la institución de la cosa juzgada es un pilar dentro del derecho mexicano y que bajo esa institución subyacen los principios de seguridad y certeza jurídica, en tanto que solo en esa medida se pueden proteger

¹⁸⁰ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, 2020, Artículo 14. (...).

Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho.

Artículo 17. (...).

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

los derechos humanos; el problema ocurre cuando esta figura sirve como argumento para la denegación de la protección a derechos humanos o incluso para legitimar estas violaciones en un sistema jurídico que no cumple con el fin de tutela afectiva de estos derechos producto de una tradición legalista.

En esa tesitura, es pertinente traer a colación el criterio sostenido por la Primera Sala de la SCJN, por medio del cual fija una línea argumentativa de interpretación en favor de los derechos humanos, aún por encima de la institución de la cosa juzgada en el caso concreto de aplicación, por considerarse de más trascendencia la tutela de un derecho humano frente a la institución de la cosa juzgada, como enseguida se demuestra:

En la contradicción de tesis número 496/2012¹⁸¹, sostenida por la Primera Sala de la SCJN, la discusión total se centró en lo siguiente:

✓ La SCJN, enfrentó el interés superior del menor en un juicio de paternidad frente a la institución de la cosa juzgada.

✓ Determinó que cuando un juicio de paternidad se sigue sin haberse llevado a cabo lo necesario para desahogar la prueba pericial de paternidad o en su caso, no hace afectivos los apercibimientos correspondientes, y pese a ello, se dicta sentencia absolviendo al demandado y presunto progenitor de un menor, es claro que dicha sentencia, en principio no puede constituir cosa juzgada, en tanto que ésta, como se observó al analizar dicha institución, se presupone es el resultado de un juicio que cumple con todas las formalidades esenciales del procedimiento.

✓ Que lo anterior es así, pues si bien no se le niega acceder a los órganos jurisdiccionales a fin de que se resuelva la controversia relativa al reconocimiento de la paternidad, este derecho se vuelve ineficaz si dentro del procedimiento no se reconoce que, por su propia condición,

¹⁸¹ Contradicción de Tesis 496/2012, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. 1, mayo de 2013, p. 395.

requiere una protección legal reforzada, la cual, como ya se dijo, no sólo obliga al juzgador a suplir la deficiencia en sus planteamientos de fondo sino también a extender esa suplencia al actuar procesal, lo que implica que aun cuando el menor a través de su representante no ofrezca la prueba idónea, lo haga deficientemente o incluso la proponga de manera extemporánea, el juzgador en suplencia de la deficiencia, deberá ordenar incluso de oficio, el desahogo, perfeccionamiento, ampliación, repetición, etcétera de la misma.

✓ Que en efecto, si ello no ocurre así, no puede considerarse que se hayan respetado las formalidades esenciales del procedimiento, lo cual no sólo se traduce en una violación al derecho efectivo de acceso a la justicia del menor sino que, además, se infringe directamente el interés superior del mismo.

✓ Que así, aunque la cosa juzgada encuentra su fundamento constitucional en los artículos 14 y 17 de la Constitución Federal, lo cierto es que la cosa juzgada presupone que el juicio respecto del cual deriva, cumplió con todas las formalidades esenciales del procedimiento, lo que no puede considerarse satisfecho en un juicio en el que se infringe el derecho de acceso efectivo a la justicia del menor.

✓ Que aunque de ordinario pudiera pensarse que pese a ello debe operar la cosa juzgada, en tanto que dicha violación pudo combatirse de manera oportuna a través de los medios ordinarios o extraordinarios de defensa, lo cual es cierto, ello no puede conducir a desconocer o dejar de observar que en el primer juicio del que se pretende derivar la cosa juzgada, existió una violación manifiesta a los intereses del menor.

✓ Que además, al enfrentarse de manera directa la institución procesal de la cosa juzgada frente al interés superior del menor, este último es el que debe prevalecer, pues con independencia de esa violación, es éste el que resulta ser de mayor entidad.

✓ Lo anterior es así, porque si bien la cosa juzgada conlleva la imposibilidad de volver a discutir lo decidido en un juicio, porque la rigidez e inmutabilidad de la sentencia definitiva descansa en los principios de seguridad y certeza jurídica, consagrados en los artículos 14, párrafo segundo y 17, párrafos segundo y sexto, de la Constitución Federal, también lo es que dichos principios no pueden prevalecer frente al derecho que tiene el menor para indagar y conocer la verdad sobre su origen, pues, como ya se mencionó, derivado de esa investigación, se podrá establecer si existe o no una filiación entre él y el presunto progenitor.

Se observa que en dicha decisión se deja patente la labor de los jueces al momento de dirigir el proceso y que no es exclusiva de la SCJN. En el caso, la Primera Sala fija un criterio de importancia y trascendencia dentro del sistema jurídico normativo a fin de hacer prevalecer los derechos humanos, y que dicho supuesto es aplicable a las hipótesis que tengan que ver con cualquier otro derecho humano violentado dentro del proceso a causa de que no se hayan respetado las formalidades del proceso jurisdiccional. Así, la tutela judicial efectiva con todas sus garantías previstas para su protección, pone de manifiesto que la labor jurisdiccional debe ir encaminada en función de la optimización del proceso a la luz los derechos humanos.

Con lo cual, se puede suponer que en un modelo de Estado Constitucional, la institución de la cosa juzgada no es invencible y que incluso se debe hacer un análisis a partir de dos vertientes de interpretación. Se puede hacer una interpretación conforme en sentido amplio con fundamento en el artículo primero constitucional, que permite una armonización de los principios constitucionales reconocidos, que se encuentren en juego, donde por un lado estarán los principios de seguridad y certeza jurídica frente al derecho humano que se trate, por estar en el mismo rango constitucional, este ejercicio interpretativo lo permite la teoría garantista que defiende Ferrajoli y que reconoce como un positivismo reforzado en

donde la constitucionalización de principios como lo son los de los derechos humanos previstos en el pacto fundamental, obliga a su armonización.

O bien, un ejercicio de ponderación de principios que permite la prevalencia de un principio sobre el otro, (teoría que defiende el constitucionalismo principialista generalmente catalogado como neoconstitucionalista) es decir, en cada caso concreto en que el derecho humano de que se trate, frente a la institución de la cosa juzgada, es más benéfico que se proteja el primero, a fin de evitar los menores perjuicios posibles.

Cabe recalcar que la Primera Sala de la SCJN señaló enfáticamente que uno de los motivos por los que se concedió el amparo en el caso expuesto, fue porque se violentó el derecho de acceso a la justicia del menor, es decir, que la prevalencia de la institución de la cosa juzgada frente a un derecho humano, constituye una violación concatenada de derechos, en tanto que el acceso a la justicia se ve mermado. Así, la actualización de la cosa juzgada parte de la idea de que en el juicio del que deriva la cosa juzgada, se respetaron las formalidades esenciales del procedimiento, pero en ciertos casos, se actualiza una violación manifiesta de la ley al no haberse respetado algún formalismo dentro del juicio principal, por lo que con independencia de valorar la cosa juzgada, los tribunales debían analizar si se violentó algún derecho humano.

En el caso, de quedar firme alguna violación a derechos humanos por la actualización de la cosa juzgada, no solo se violenta el derecho de acceso a la justicia de las personas, sino que se permite que se causen perjuicios y violaciones a los derechos que se buscan tutelar con la acción ejercitada en cada caso concreto, como lo puede ser el derecho a la propiedad, los derechos del consumidor, libre desarrollo de la personalidad, derechos humanos que están protegidos constitucional y convencionalmente.

A su vez, el simple hecho de no reparar la violación a un derecho humano, independientemente del que se trate, constituye una violación manifiesta a la Ley Suprema, en tanto que desatiende el mandato constitucional de garantizar,

proteger, respetar y promover los derechos humanos de todas las personas, para poner de manifiesto que el constitucionalismo permite precisamente un sistema de garantías previstas en favor de los derechos humanos, pero si no se realiza desde las instancias ordinarias se acarrearán violaciones a derechos humanos.

Por lo anterior, se insiste en que las instituciones jurídicas que rigen el proceso, como la cosa juzgada, pueden ser analizadas en un proceso posterior cuando se actualice una posible violación a algún derecho humano, y no al contrario, denegar el acceso a la justicia de facto sin entrar al estudio de fondo planteado dentro de los procesos jurisdiccionales.

Entonces, en los procedimientos, los derechos fundamentales requieren una protección legislativa reforzada, a fin de que se cumplan de manera efectiva las formalidades esenciales del procedimiento, en especial las relacionadas con la oportunidad de ofrecer y desahogar pruebas, lo cual implícitamente también se traduce en una afectación al derecho de acceso efectivo a la justicia que tienen las personas.

Pues se insiste, en que el derecho mexicano, a partir de la inserción de la doctrina de los derechos humanos, ha sufrido un cambio en el paradigma del derecho constitucional, pues si bien es cierto que la figura de la cosa juzgada es un pilar en el derecho occidental en general, esta aplicación no se debe sostener al extremo de vulnerar derechos humanos, pues en todo caso pierde su naturaleza institucional que era concretamente garantizar seguridad y certeza respecto de los procedimientos dilucidados ante las autoridades jurisdiccionales, y se vuelve un formalismo que vulnera derechos.

En esta transición, el derecho a la tutela judicial efectiva es el derecho que, en principio, merece un especial reforzamiento y optimización para obtener como resultado un verdadero respeto de los demás derechos humanos dentro del sistema de justicia constitucional mexicano, pues solo en esa medida, se puede garantizar y caminar hacia la progresividad de los otros derechos que se encuentran reconocidos en el parámetro de regularidad de derechos humanos del Estado

mexicano. En suma, esta reinterpretación, se puede realizar a partir de una reinterpretación de la teoría general del proceso, como ocurre con la institución de la cosa juzgada, la cual no se debe aplicar a rajatabla cual formalismo, sino que su aplicación debe ir de conformidad al respeto de derechos humanos, por tanto, no se debe permitir su aplicación de manera tajante por encima de los derechos humanos de las personas.

De ahí que exista una exigencia de optimizar la protección de los derechos humanos por parte de todas las autoridades en el ámbito de sus competencias, por lo cual, los jueces cumplen una función primordial en la reivindicación de estos derechos, lo que supone una postura flexible del derecho ante una violación patente a derechos humanos dentro de los procesos jurisdiccionales. Pues como señala Rodolfo Vigo,¹⁸² la protección al goce efectivo de los derechos supone que se garanticen una serie de derechos durante el proceso, y el juzgador debe atender a las diferencias y desigualdades que se apoyan en el ámbito de lo cultural, económico, lingüístico, social, etc., de modo que las debilidades reales y concretas de aquellos que llegan a tribunales, sean subsanadas en la medida de lo posible por el Estado como responsable último del bien común en virtud de ser la autoridad garante durante el proceso.

Es cierto que mucho se ha escrito en cuanto a los derechos humanos, pero la labor de los juristas es precisamente optimizar el respeto de estos derechos, incluso a partir de una reconfiguración de los principios e instituciones sobre los que descansa la teoría jurídica constitucional de cada Estado, con el objetivo de enmendar los fines de la doctrina de los derechos humanos con sus propósitos primigenios y no solo como fachada del derecho internacional, sino como la piedra angular y la legitimación misma de los Estados, ya que en la medida que exista este reconocimiento, el Estado cumple con su fin, y por ende, sus obligaciones para con todas las personas que son integrantes de ese Estado de derecho constitucional.

¹⁸² VIGO Rodolfo L. *Op. cit.*, p. 182.

Ahora, la institución de la cosa juzgada no solo puede, sino que debe ser superada en algunos casos a fin de tener una real protección de los derechos humanos, por esa razón se plantea una reconfiguración flexible de la institución de la cosa juzgada cuando se enfrente a un derecho humano, porque si bien es cierto que descansan en ella los principios de seguridad y certeza jurídica protegidos constitucionalmente, su existencia presupone no se violentó ningún derecho humano, por ende, se observa que la cosa juzgada ha dejado de ser esa institución rígida e inmutable, cuando su existencia sea a costa de una vulneración a derechos humanos, por ello es labor del juzgador realizar este análisis cuando sea planteado, o en su defecto, cuando advierta una violación manifiesta dentro del proceso del que derive esta figura, en vista de que el fin último de las instituciones del Estado como el poder judicial es hacer respetar la Constitución y los derechos humanos que de ella emanen.

En el entendido de que la tradición jurídica mexicana permite hacer una interpretación garantista, prevista en el artículo 1° constitucional a fin de permitir la prevalencia de los derechos humanos, frente a distintas figuras o instituciones jurídicas, como en el caso ocurre con la cosa juzgada.

3.3 La tutela judicial efectiva y la producción de las leyes

El Estado legal o Estado legislativo se caracterizó por la omnipotencia de los legisladores en la dirección y construcción de un sistema jurídico rígido, representado por las formas y solemnidades que se debían respetar invariablemente dentro de la producción de las leyes y aplicación de las mismas.

En la nueva ola del derecho, que tiene al frente a los derechos humanos como el conjunto de principios que se colocan al centro del sistema jurídico y al constitucionalismo como la ingeniería del mismo sistema donde se incorporan los principios a la norma fundamental, se apuesta por un modelo a través del cual las reglas del juego cambien, con el objetivo de que no solo se tutelen derechos en

casos concretos, sino que el modelo constitucional de garantías se construya a través de reglas –todas ellas- encaminadas a hacer posible la tutela judicial efectiva.

Por el contrario, los juzgadores siguen formando parte de la tradición legalista, ya sea porque lo postulantes aun no tienen una formación completa en materia de derechos humanos que permita que se vincule a los juzgadores desde su actuar ordinario con las disposiciones constitucionales, o bien, porque el poder legislativo no prevé normas que expresamente permitan esta facultad de aplicar normas constitucionales, cuando resulten más benéficas y acordes a los derechos humanos, que las reglas previstas en su códigos.

Así, el poder legislativo juega un papel importante dentro de la construcción de la teoría del derecho, pues a partir de la producción de las leyes que vinculan el actuar de todas las autoridades, incluidos los juzgadores, marcan las pautas bajo las cuales habrá de comportarse el poder judicial. Henar Álvarez, señala:

“De esta manera, el legislador cuenta con un ámbito de libertad amplio en la determinación de las condiciones y consecuencias del acceso a la justicia, pues establece la configuración de la actividad judicial, es decir, del proceso en el que se ejercita el derecho fundamental ordenado a la satisfacción de pretensiones dirigidas a la defensa de derechos e intereses legítimos.”¹⁸³

Pero esa amplia libertad en la producción de las leyes no debe entenderse en un sentido tan ilimitado que se olvide el sometimiento a la carta fundamental y la obligación de emitir leyes que fortalezcan un sistema de garantías conforme a lo previsto en el artículo primero constitucional.

Por su parte, la teoría de los derechos humanos, para los más optimistas, representa el parte aguas dentro de la teoría del derecho, porque permitía que las autoridades se sometieran directamente a la salvaguarda de la Constitución, aún

¹⁸³ ÁLVAREZ Álvarez, Henar, El Derecho a la Tutela Judicial Efectiva desde la Perspectiva del Derecho Civil: Supuestos más Relevantes, Revista Europea de Derechos Fundamentales, primer semestre 2014: 23, 27-51, p. 47

por encima de las normas secundarias que regían su actuar y que se expresaba en el principio de legalidad, característico del Estado legislativo, sin embargo, la realidad jurídica que enfrenta países como México, nos demuestra que no es así, que los derechos humanos no se aplican por los tribunales ordinarios y que rara vez los legisladores, al desempeñar su función, lo hacen con un escrutinio estricto que garantice los principios y derechos contenidos en la Constitución, y dejan esa labor a los jueces, quienes son los que deben hacer el control de las leyes y de los actos.

En ese sentido, Perfecto Andrés Ibáñez señala que:

“No hará falta subrayar lo lejos que queda de estos casos la imagen del juez pertrechado de las típicas o tópicas nociones desproblematizadas, de un nivel menor que de manual, acerca de las «distintas concepciones de la interpretación», cuando lo que, en tal clase de supuestos, se demanda jurídicamente de él es una labor, ya no meramente integradora, sino incluso de efectiva suplencia de las omisiones de un legislador perezoso (...).”¹⁸⁴

Para este autor, la labor del juez consiste en suplir las omisiones del legislador, sin embargo, esa misión se encuentra frustrada en el campo de la tutela judicial efectiva por formalismos y la ausencia de un reconocimiento expreso que faculte al juzgador a tomar una actitud más activa, que permita servirse de las normas supra ordenadas para cumplir con sus labor, aun por encima de las normas que impidan su concreción y a las que se encuentra sometido por la legislación ordinaria.

Esa misma idea ha manejado Diana Carvajal, al señalar la necesidad de superar dentro del proceso judicial la “(...) mal llamada prevalencia del derecho sustancial; a la mejor manera de Montesquieu, le da prevalencia al legislador sobre el juez, lo cual es totalmente inaceptable, por lo menos desde que las constituciones se posicionan como parte dinámica de las fuentes del derecho.”¹⁸⁵ Es decir, en concordancia al nuevo modelo en consolidación de la democracia constitucional, el

¹⁸⁴ IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. *Op. cit.*, págs. 119 y 120.

¹⁸⁵ RAMÍREZ Carvajal, Diana María. *Op. cit.*, p. 177.

sistema judicial debe atender esas demandas y tomar las riendas en la garantía de los principios constitucionales aun ante la ausencia de reglas precisas. Y cómo se ha señalado, el derecho contemporáneo de los derechos humanos completa a las fuentes del derecho que antes solamente se componían de la ley abstracta emitida por el legislador, además se ha integrado la Constitución, la jurisprudencia, el precedente, la doctrina legal y la aplicación de principios y valores entre otros. De manera que el juez tiene a su alcance más elementos para garantizar la tutela judicial efectiva y no únicamente los códigos procesales.

En ese tenor, Diana Ramírez Carvajal,¹⁸⁶ indica que sigue vigente la idea de que el derecho sustancial en el derecho occidental es identificado como el conjunto de normas que contienen relaciones jurídicas protegidas por la ley, a diferencia del derecho procesal, el que se distingue como un conjunto de normas que contienen la reglamentación instrumental para aplicar el derecho sustancial que ya ha sido previamente otorgado por el legislador. Por eso, es que el derecho a la tutela judicial efectiva debe completar a la teoría del proceso, porque el legislador y el juez interactúan, o al menos deberían interactuar, en la construcción de las formas del proceso, atendiendo a la característica instrumental y abstracta o sustantiva del derecho pero que se debe dar a partir del legislador de manera expresa.

De todas maneras, esa labor en la praxis aun es limitada como ocurre en el caso de la garantía de la tutela judicial efectiva, pues su construcción en la Constitución es aún restringida, por no decir formalista, en tanto que se limita a señalar los supuestos que han de tomar en cuenta para su garantía, pero no hay una apertura que delegue de manera clara y precisa una facultad al juzgador - incluso ordinario- de resolver una controversia contrastándolo con algún derecho humano y mucho menos cuando se trata de una cuestión de mera legalidad, aun a pesar de que su protección se haga al amparo del derecho humano a la tutela

¹⁸⁶ *Ibidem.* p. 175.

judicial efectiva. Lo que trae como consecuencia un condicionamiento del poder judicial.

Por ejemplo, la tutela judicial efectiva en su configuración como derecho humano, ha tenido varios cambios a lo largo de la historia de México; el más reciente avance es su reforma del 15 de septiembre de 2017, que señala que se debe preferir la resolución de los conflictos sobre los formalismo procedimentales, pero una vez más se advierte una suerte de derecho rígido y de interpretación restringida, que no permite una estructura judicial basada en la garantía de la impartición de justicia, sino que se protege una teoría del derecho forjada a través de una tradición rigorista donde la norma, en la mayoría de las veces, limita a los actores que pueden proteger derechos humanos bajo el argumento de un Estado de derecho, el cual está por encima de los derechos humanos, y en el cual se ha perdido la visión del valor del individuo y se le otorgó al Estado, bajo la promesa de la custodia de derechos que hasta hoy no son una realidad y, al contrario, ha sido justificación para la vulneración sistemática de los derechos de la mayoría.

Pese a todo, la relevancia que tiene el derecho a la tutela judicial efectiva y su implicación de reconocerse como derecho fundamental, consiste en que este derecho, a pesar de ser directamente invocable en su mayoría de veces como derecho humano dentro de los procedimientos principalmente constitucionales y, por ende, aplicable al tener una naturaleza propia, también es un derecho de configuración legal, por lo que las normas de desarrollo (que legítimamente corresponde articular al legislativo), especialmente las procesales, tienen directa influencia en su ámbito de aplicación, según se destinen a fomentarlo o favorecerlo, a encauzarlo o a limitarlo, como lo señala Carlos Carnicer Díez.¹⁸⁷ He ahí el problema, que la traducción formal del derecho humano se reserva a una serie de formalismos sancionados por el legislador cuya interpretación está constreñida al intérprete constitucional.

¹⁸⁷ CARNICER Díez, Carlos, *El acceso a la justicia en España*, Madrid, Consejo General de la Abogacía española, 2009, p. 216.

En ese mismo sentido, la primera sala de la SCJN, ha reconocido la existencia de una reserva de ley establecida en el artículo 17 constitucional, de la que se desprende que la impartición de justicia debe darse en los plazos y términos que fijen las leyes, y que dicha circunstancia, responde a la exigencia razonable de ejercer la acción en lapsos determinados, de manera que, de no ser respetados, podría entenderse caducada, prescrita o precluida la facultad de excitar la actuación de los tribunales, lo cual constituye un legítimo presupuesto procesal que no lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva.¹⁸⁸ Pero el problema no reside en las formas, siempre y cuando estén justificadas, más bien la incertidumbre consiste en que en algunos casos los formalismos imposibilitan el ejercicio de derechos y justifican su imposición en un fin legítimo que puede ser debatible. Por ello, la legitimidad de los formalismos necesarios se queda en eso, en un mero formalismo excesivo, en tanto que su sanción no se sujeta a principios rectores de los derechos humanos, sino a la facultad formal del legislador que emite las leyes.

A manera de corolario, Carlos Carnicer Díez¹⁸⁹ señala que las reformas procesales de los legisladores españoles, resaltan en su motivación una muy negativa consideración sobre el incremento permanente de las causas judiciales, así como la lentitud derivada del atasco judicial, para justificar reforma a reforma las limitaciones en el derecho a la tutela judicial efectiva, especialmente en materia de recursos. Existe una gran demanda en la solicitud del derecho humano a la tutela judicial efectiva y, a casusa de ello, se genera un atasco judicial en tanto que es uno de los derechos más violentados, como se demostró con anterioridad en los casos de España y México específicamente, es decir, hay una necesidad de reforzar el derecho a la tutela judicial efectiva desde las leyes y no solo en su exigencia en los tribunales, y para ello, es necesario eliminar las restricciones constitucionales y, más aún, dotar a los código procesales ordinarios de herramientas legislativas de la que

¹⁸⁸ Tesis 1a./J. 14/2012 (9a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. 1, agosto de 2012, p. 62.

¹⁸⁹ CARNICER Díez, Carlos. *Op. cit.*, p. 216.

los jueces puedan echar mano para garantizar la tutela judicial efectiva desde los propios principios constitucionales.

Entonces, resulta notorio que la labor realizada hasta ahora por el legislativo no acaba de rendir frutos, pues su análisis demuestra un sistema judicial aun deficiente en su función, en la medida en que si este derecho se encuentra en casi todo el proceso y está restringido desde la teoría y la praxis, entonces el proceso constantemente tiende a fallar. En la teoría, ante la ausencia de una conceptualización abierta y en la praxis ante la falta de una garantía por los jueces.

Mejor dicho, en el caso del derecho a la tutela judicial efectiva en México, su reconocimiento en la Constitución está orientado más hacia una configuración legal que como derecho humano, de ahí que si alguien quiere exigir su derecho, debe limitarse a las interpretaciones que se han dado en el mismo texto constitucional y, por ende, pierde la característica de progresividad que reviste a todos los derechos humanos. La jurisprudencia nacional e internacional, reconoce como derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y exige una identificación más compleja, a diferencia del derecho a la educación o a la salud, en tanto que éstos están reconocidos de manera expresa, y por lo tanto su argumentación y exigencia es extensa, pues bastará exigirlo mediante la vía ordinaria o constitucional correspondiente para acreditar la existencia en relación a la demanda, sin embargo, si se reclama la tutela judicial efectiva debe recurrirse a las interpretaciones previstas y desarrolladas de manera concreta por los tribunales, y para reconocerlo de manera expresa deberá atenderse a la jurisprudencia.

Otra diferencia del derecho a la tutela judicial efectiva con los demás derechos, se aprecia en el hecho de que la mayoría de los derechos humanos, como los ya señalados y a manera de ejemplo el derecho al trabajo, se ejerce de facto, es decir, todos tendríamos derecho a ejercer el trabajo que mejor nos parezca con las únicas limitaciones que las previstas constitucionalmente y cuyas restricciones están justificadas, sin embargo, el derecho a la tutela judicial efectiva es distinto, no se ejerce de facto, pues precisamente es un derecho que te permite acudir a un

tribunal para ejercerlo por medio de la institución que el Estado previó para garantizarlo, que en este caso es el poder judicial, y el ejercicio pleno depende del correcto actuar de los servidores públicos que prestan el servicio, de ahí la importancia de optimizar el derecho a través de las leyes claras o expresas, dependiendo la postura teórica con la que se analice, pues a pesar de tener el derecho humano a la tutela judicial efectiva, al igual que se tienen al derecho al trabajo, se debería poder ejercer de manera completa e integral.

Así, como se ha señalado, aunque el artículo 17 constitucional es directamente invocable como derecho fundamental y contiene en sí mismo un conjunto de derechos para garantizar, la labor y obligación del Estado, debe ir todavía más allá; “Ha de ser un derecho amplio e incondicional, y que en la situación del actual modelo de Justicia confiera al ciudadano capacidad de elección respecto a la vía de resolución de conflictos que considera más adecuada y oportuna para la tutela de sus derechos e intereses legítimos.”¹⁹⁰ La tutela judicial efectiva, en tanto, derecho humano, se debe poner a la par de los demás derechos humanos y en reconocimiento de su complejidad, deberán existir las alternativas reales de su garantía en donde los poderes del Estado coadyuven para su concreción. De ahí la importancia del legislativo, pues le corresponde desarrollar legislativamente tanto la vía jurisdiccional como los medios extrajudiciales, para garantizar este derecho y conformar una administración de la justicia integral y de servicio público como nos dice Fernando Martín Diz.¹⁹¹

Así, para Vanesa Aguirre,¹⁹² identificar a la tutela judicial como un derecho fundamental impone algunas obligaciones por parte del Estado, como eliminar toda traba a nivel legislativo y procesal que impida su efectiva vigencia para evitar interferir en el ejercicio de su esfera, siempre que esta órbita se ajuste a lo previsto

¹⁹⁰ MARTÍN Diz, Fernando, *Del derecho a la tutela judicial efectiva hacia el derecho a una tutela efectiva de la justicia*, Revista Europea de Derechos Fundamentales, primer semestre 2014, p. 175.

¹⁹¹ *Ibidem*. p. 175.

¹⁹² AGUIRRE, Vanesa, *¿Estado constitucional de derechos?*, Informe sobre derechos humanos, Programa Andino de Derechos Humanos, compilado, Ecuador, ed. Abya-Yala, 2009, p. 18.

por el ordenamiento jurídico. Por lo que el ordenamiento ha de ser transformado y revisado a la luz de este derecho.

De ahí, que la función del artículo 17 constitucional en la impartición de justicia, debe ir encaminada a permear todo el sistema jurídico para hacerlo posible a través de medidas reales y palpables a partir de argumentos que guíen las decisiones de los juzgadores aun donde no hay regla expresa, porque estos principios de igualdad y de justicia pueden hacerse válidos desde una correcta protección del derecho y que, hoy más que nunca, pueden ser realidad a través de un cambio que vengan desde el poder legislativo para eliminar su configuración formalista sin que se restrinja el actuar jurisdiccional.

En otras palabras, los intentos por reivindicar la impartición de justicia en los tribunales aún tienen grandes desafíos, porque el artículo 17, que contempla las generalidades en lo que se refiere a la tutela judicial efectiva, reducida a los límites de la última reforma constitucional, ha restringido el desarrollo en torno a la orientación de la actuación judicial, precisamente a formalidades.

Como se ha reiterado, el párrafo tercero del artículo 17 constitucional publicado en el Diario Oficial de la Federación, el 15 de septiembre de 2017, señala que: “Siempre que no se afecte la igualdad entre las partes, el debido proceso u otros derechos en los juicios o procedimientos seguidos en forma de juicio, las autoridades deberán privilegiar la solución del conflicto sobre los formalismos procedimentales”; este apartado expresa una sentencia en el sentido de que todos los jueces del país deberán preferir la resolución de los asuntos que son sometidos a su conocimiento por encima de las formalidades.

Empero, existen limitantes para los jueces, como el deber de no afectar la igualdad entre las partes, el debido proceso u otros derechos, lo que en un principio parecerían tres únicos obstáculos, sin embargo, el tema de la igualdad de las partes, en muchos casos constituye una vulneración a la tutela judicial efectiva, pues al enfrentarse dos contendientes en un juicio de origen, existe una mayor probabilidad de que se vulnere un derecho humano a la parte menos hábil, en tanto que los

mismos códigos y las normas no contemplan una participación activa de los jueces. Es tiempo de abandonar completamente la idea de que el juez únicamente dirige el proceso y pasar a la visión de un juez garante y activo, que materialice el derecho a la tutela judicial efectiva y no solo ese, sino todos los demás que se encuentren en juego, derechos de menores, derechos de personas en notoria desventaja económica o social, entre otras, privilegiando la restitución del derecho por encima del enfrentamiento que se funda en una imaginaria igualdad procesal que es más formal que sustancial.

Por tanto, el poder judicial no debe solo aplicar las normas, es el guardián, el servidor público que el Estado instruye para el correcto ejercicio de los derechos humanos reconocidos y de los cuales los particulares no podemos asegurar la autotutela al vivir dentro del marco de un orden político estatal, por eso, el juez debe ser un “juez custodio de derechos” y no solo rector del proceso, pues al acudir ante un tribunal se hace en ejercicio de un derecho humano, cuya protección le corresponde al poder judicial en todos sus actos que despliega.

Más aún, respecto de la actividad revisora del juez:

“(…) hacen pues, parte integral de la justicia en el proceso, el respeto por las garantías constitucionales que integra la tutela judicial efectiva, el derecho de acción como derecho fundamental, es decir que más que significar el acceso a un proceso judicial, conlleva la dialéctica permanente entre todos los sujetos procesales y la explicación de todos los actos y decisiones que realice el juez, especialmente la decisión que pone fin al proceso (...).”¹⁹³

Situación similar ocurre con la otra limitante del artículo 17 constitucional referente al debido proceso, que se resume en el respeto a las formalidades esenciales del procedimiento, atendiendo a esa reserva que tiene el legislador en la producción de las normas, de regular todo el proceso para garantizar la función judicial, así como otros derechos procesales que derivan de principios aceptados

¹⁹³ RAMÍREZ Carvajal, Diana María. *Op. cit.*, págs. 184 y 185.

constitucionalmente y que sí bien cumple la función de garantizar la seguridad y certeza jurídica dentro del proceso judicial, desde nuestra perspectiva, se configura la convalidación del seguimiento del régimen del poder legislativo, pues si al momento de resolver los conflictos que se someten al conocimiento del juez se debe supeditar al debido proceso invariablemente tal y como lo ha previsto el legislador, el poder judicial se equipara a un mero aplicador de las leyes del proceso, al menos por cuanto ve a tutela judicial efectiva e impide que el juzgador pueda identificar cualquier vulneración a la tutela judicial efectiva a partir de un análisis riguroso del proceso y sus formas que el legislador ha previsto. Lo anterior, pues el derecho es dinámico, por ende, los jueces al aplicarlo deben responder y adecuarse a las exigencias que en el proceso se presentan, apegado al marco de los derechos humanos.

Así, lo que se pretende hacer notorio, una vez identificado el nuevo modelo de justicia mexicano que tiene como fundamento la protección de los derechos humanos, es que todas las normas producidas posteriores al cambio paradigmático, deben ser revisadas en cada caso concreto de aplicación, pues solo en esa medida se puede asegurar la transición de un modelo jurídico existente a uno emergente a la luz de una nueva forma de entender y por ende aplicar el derecho, con fundamento en un eje rector que no solo puede, sino que debe ser el derecho a la tutela judicial efectiva, considerando que impregna todo el proceso, pero su construcción comienza desde la producción legislativa.

Para lograr lo anterior se observan dos vías: la primera, consiste en una propuesta legislativa en la que se eliminen los límites y se reconozca como derecho expreso a la tutela judicial efectiva y la correlativa adecuación de las legislaciones de las entidades federativas en concordancia a las modificaciones en cuestión, para completar la labor vinculante, que también deberá ser expresa a los operadores jurídicos de cualquier nivel, y la segunda, que en cada ejercicio del juez y del operador se realice una interpretación del derecho humano justificada, atendiendo a los criterios jurisprudenciales que reconocen la existencia de los derechos

humanos en México con independencia de sus fuentes, es decir, una vez precisado el derecho humano a la tutela judicial efectiva, necesitamos de una cultura que asegure su garantía desde dentro del poder judicial y exija desde fuera su respeto a través de los operadores jurídicos, que comienza desde la formación de litigantes forjados en una visión de la teoría del proceso que tenga su base en la tutela judicial efectiva.

Por su parte, es necesario hacer énfasis en que el constitucionalismo garantista permite una evolución del modelo estatal y la configuración existente en la protección de derechos, ya que el poder legislativo se encuentra sometido a los derechos protegidos constitucionalmente y no solo prohíbe que ya no se produzcan leyes que limiten este derecho, sino que permite interpretaciones judicialmente válidas en favor de los derechos humanos durante el proceso, además de impedir que se acarren violaciones sistemáticas, toda vez que obliga a los poderes a que la reconstrucción o el rumbo que tiene el Estado, entre ellos la formación de jueces y construcción de las normas en todos sus ámbitos, se adecuen al nuevo modelo emergente, que aún no ha podido consolidarse a 10 años de su reconocimiento constitucional.

De tal suerte que, si se identificase un precepto en vigencia que lo desnaturaliza, en consecuencia, se puede declarar la inconstitucionalidad de una norma o inaplicarla por atentar contra la propia Constitución. Sin que pase desapercibido que dicha facultad se puede hacer de manera semejante en el control difuso, sin embargo, en la práctica judicial no es recurrente ese ejercicio, a nuestro punto de vista, en virtud de la ausencia de una norma expresa ordinaria que lo permita, y ante la multitud de preceptos que obligan a respetar las formalidades que vienen desde la Constitución y que son comunes en los códigos procesales.

Lo anterior es posible porque el respeto a la tutela judicial efectiva se vuelve un derecho independiente, que posee el grado de derecho humano. Sin embargo, la reserva legislativa deja al descubierto que, en esencia, hay un error en el aprendizaje del derecho a la tutela judicial efectiva como derecho independiente,

porque su autonomía precisamente permite acceder a un medio de control constitucional, dado que el medio ordinario de defensa no cumple con el requisito esencial de ser efectivo en la verdadera tutela de derechos y, aunque difícilmente encontraremos un problema que no afecte directamente a un derecho humano, permite esa posibilidad siempre que se encuentre dentro del proceso.

En ese sentido, es de señalarse que el legislador debería cubrir su obligación de garantizar la tutela judicial efectiva, sin embargo, Perfecto Andrés Ibáñez,¹⁹⁴ observa que el mismo legislador delega sistemáticamente en el poder judicial la resolución de asuntos socialmente muy conflictivos y no solo eso, sino que tratándose del derecho de referencia, también le ata de manos al impedirle al legislador ordinario que garantice este derecho de primera mano al tener una enunciación restringida de la tutela judicial con lo que no la hace ni efectiva ni se garantiza la tutela.

Existe una sospecha reiterada por los que señalan la lucha entre poderes dentro del Estado y tal vez ahí se advierta un indicio de por qué el legislador aún no permite al juzgador tener un control de las normas cuando violenta algún derecho humano, a pesar de tener un control concentrado y difuso de constitucionalidad, y es que hay una lucha velada entre el legislador y el juez que se disfraza de un espíritu liberal que impide que este último pueda asumir tanto poder que pueda prescindir del legislador, pero pierde de vista que ambos están sometidos a la Constitución y que, en el marco de un Estado democrático, no solo son contrapeso, sino complementarios e interdependientes.

Subsiste una necesidad de un legislador activo, consiente del alcance de los derechos humanos como el límite a su producción legislativa y, por lo tanto, es necesario asumir que la función que debería tener el juzgador ordinario, deber ser concreta en tanto se puede configurar la tutela judicial efectiva como derecho real en la dirección del proceso con sus límites también constitucionales y legales.

¹⁹⁴ IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. *Op. cit.*, p. 120.

Debido a que, en el modelo constitucional vigente, los derechos humanos surgen primero en la conciencia moral y social y sólo después son reconocidos y regulados por los legisladores, de ahí la inquietud de que al limitarse la función de los jueces a declarar sólo lo que ya existe, se cerraría el camino a formas de garantía que podrían asegurar la ejecución de los derechos humanos dentro del proceso como precisa Michele Taruffo.¹⁹⁵

Inclusive, ante la ausencia del legislador garante, se requiere posibilitar la participación de los jueces, como por ejemplo, cuando la prescripción de una jurisdicción creativa, en términos de Michele Taruffo,¹⁹⁶ la realiza incluso el legislador, como ocurre en la Constitución brasileña, que encarga al juez asegurar la ejecución de los derechos fundamentales, aun ante la ausencia de normas legales ordinarias que lo prevean, similar a una suplencia en la función del poder legislativo con el objetivo de salvaguardar derechos. Empero, en el caso mexicano, la tutela judicial efectiva contiene una restricción formal y restringe la posibilidad de garantizar su aplicación al control difuso, que es muy escasa en los jueces ordinarios.

En ese mismo sentido, las *institutional injunctions*,¹⁹⁷ de los tribunales estadounidenses, en ausencia de previsiones normativas, los jueces sustituyeron al legislador ordinario y a los órganos administrativos encargados de la tutela de los derechos fundamentales, los jueces en diversos casos, dispusieron la reorganización de instituciones: ejercitando, pues, un poder no sólo creativo sino incluso organizativo y administrativo como indica Michele Taruffo.¹⁹⁸

Así, la tendencia del juzgador en su labor jurisdiccional no se limita a interpretar y aplicar normas sustantivas, sino que crea ella misma las situaciones sustantivas en las que se dan efectivamente los derechos, según la cual, los jueces

¹⁹⁵ TARUFFO, Michele, *Leyendo a Ferrajoli: consideraciones sobre la jurisdicción*, op. cit., p. 389.

¹⁹⁶ *Ídem*.

¹⁹⁷ En Estados Unidos de América, las *injunctions*, son un símil de las medidas cautelares en México que sirven para garantizar la tutela de derechos dentro de los procesos.

¹⁹⁸ TARUFFO, Michele, *Leyendo a Ferrajoli: consideraciones sobre la jurisdicción*, op. cit., p. 390.

no son electos y, por tanto, no legitimados por el consenso mayoritario, no podrían realizar actos de naturaleza sustancialmente legislativa.

En el caso de las reservas legislativas en cuanto a la garantía de la tutela judicial efectiva, se impide que la revisión de decisiones que deniegan el acceso a la jurisdicción sea especialmente rigurosa por los límites persistentes, cuando la labor del juzgador debería ser todo lo contrario, con lo cual se vuelve visible que el legislador deberá eliminar este límite a la función jurisdiccional.

Así, se pretende hacer énfasis en el paradigma de los derechos humanos, que en las últimas décadas ha tenido tanta atención y que hasta nuestros días está vigente, impulsado a través del reconocimiento de las normas de derecho internacional y después en el derecho interno, lo que solo ha corroborado que uno de los grandes retos del positivísimo contemporáneo que incluso reconoce la exigencia de valores superiores denominados derechos humanos, se encuentra en el ámbito político y no en el filosófico, pues el Estado, en cualquiera de sus representaciones, debe integrar teoría y práctica, como ocurre con la tutela judicial efectiva. No basta reconocer de manera aparente ningún derecho humano si su aplicación sigue siendo anecdótica, si sigue siendo necesario recurrir a un tribunal extraordinario para tener la posibilidad siquiera de que analicen su vulneración; el acceso y garantía del derecho a la tutela judicial se debe efectuar y ser palpable desde lo ordinario y cercano a los justiciables. Debe regir el andar de la justicia cotidiana.

Y, aunque si bien es cierto que la legitimación al seleccionar legisladores es distinta a la función jurisdiccional, ésta ya no está tan alejada de la otra si nos encontramos en una democracia constitucional, porque los valores, como lo señala Ferrajoli, no se deciden, no son negociables y, por lo tanto, ambos se someten desde sus ámbitos de competencia.

De igual forma, como nos dice Henar Álvarez Álvarez,¹⁹⁹ la regulación del legislador podrá establecer límites al ejercicio del derecho fundamental siempre y cuando sean constitucionalmente válidos y se respete su contenido esencial, cuyo fin es preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guarden la adecuada proporcionalidad con la naturaleza del proceso y la finalidad perseguida.

En esa tesitura, es perfectamente compatible que el órgano legislativo establezca condiciones para el acceso a los tribunales, de ahí es que adquiera sentido el reforzamiento del sistema jurídico mexicano y, en el caso concreto de la tutela judicial efectiva, que prohíba al legislador no sólo la arbitrariedad e irracionalidad, sino también el establecimiento de normas que no cumplan con las aspiraciones de la tutela judicial efectiva de manera óptima, esto solo se puede lograr a partir de un reforzamiento gradual como el que se propone.

Después de todo, la propuesta de liberar de las restricciones previstas a la tutela judicial efectiva, permitirá, primero, reconocerla de manera expresa por la carta fundamental para que guíe como principio el desarrollo del proceso, sumado a que las legislaturas deberán incorporarlo en sus códigos para hacer contrapeso a la visión rigurosa y legalista que está vigente dentro de los mismos, permitiendo al juez resolver la posible vulneración de derechos humanos, en concreto, de la tutela judicial efectiva desde los medios ordinarios. A su vez, corresponde a los operadores, echar mano de la exigencia en los tribunales a partir de los ejercicios constitucionalmente previstos, para formar parte de esta transición, ya sea exigiendo el control difuso de constitucionalidad o por vía de medios directos de control.

En fin, el legislador deberá tener en cuenta, al regular los distintos procesos, que las normas que establezcan las garantías del derecho a la tutela judicial efectiva, como el acceso a la justicia por ejemplo, tiene que facilitar razonablemente su accesibilidad, atendiendo a la naturaleza del derecho que se

¹⁹⁹ ÁLVAREZ Álvarez, Henar. *Op. cit.*, p. 47.

trate proteger y de conformidad a las formas instituidas para ello. De tal suerte que los jueces y tribunales puedan posibilitar el acceso al proceso judicial efectivo.

Conclusiones

El derecho a la tutela judicial efectiva debe ser garantizado de manera eficaz por todas las autoridades en el ámbito de sus competencias; esta obligación, prevista en el artículo 1 constitucional, vincula a los poderes, judicial, ejecutivo e incluso legislativo, a garantizar los derechos humanos. A su vez, se defiende una concepción de la teoría general del proceso a partir de la tutela judicial efectiva y se denuncia cualquier modelo de enseñanza que contemple a ésta como un sistema cerrado. Se identifica a la tutela judicial efectiva como un derecho complejo, cuya construcción y desarrollo se ha encargado principalmente a los tribunales jurisdiccionales ante la ausencia de un reconocimiento y delimitación expresa que beneficie su salvaguarda en la práctica jurídica.

Abordar el derecho humano a la tutela judicial efectiva desde el constitucionalismo garantista de Luigi Ferrajoli, permite expresar de manera más concreta la forma en que este derecho se comporta en los códigos procesales y potencializar su garantía a través de las normas que regulan al proceso y la procuración de justicia, puesto que la naturaleza de este derecho permite categorizarlo como derecho independiente, aunque se comporte como derecho instrumental dentro de los códigos.

De igual modo en la presente investigación, el enfoque garantista, tendencialmente iuspositivista, complementa al sistema jurisdiccional mexicano, pues se percata de la necesidad de reforzar la instrumentalización de la tutela judicial efectiva, naturaleza que se puede observar dentro del proceso jurisdiccional e inclusive dentro de la propia Constitución al regularlo de manera específica y concreta a partir de una serie de pautas a seguir para su protección, así como su

triple dimensión reconocida por la jurisprudencia mexicana, por mencionar alguna de sus sub clasificaciones.

No obstante, el modelo garantista no es la única forma en que se puede abordar este derecho, pero es el modelo que se propone para alcanzar el objetivo de la investigación, y que consiste en exponer a la tutela judicial efectiva como el derecho que merece especial reforzamiento para la progresividad de los derechos humanos, y, que ante la indeterminación del derecho, el fortalecimiento de las leyes previstas por el Estado para procurar justicia desde el poder legislativo y la utilización de éstas como guía al poder judicial, son el camino más próximo para cumplir con el objetivo.

De lo anterior se desprende que el derecho a la tutela judicial efectiva puede tener mayor impacto a través del constitucionalismo garantista, toda vez que su principal relevancia pragmática es reducir los espacios de la autonomía del poder legislativo y de la discrecionalidad del poder judicial y el consiguiente debilitamiento de la normatividad de las constituciones, como lo expresa Ferrajoli. Aunado a que al estar presente la obligación imperativa de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva durante el proceso, permite que su función instrumental se encuentre en constante vigilancia por el juez, pero también por las partes, y su revisión alcanza hasta la actividad de legislativo cuando las normas que rigen el proceso no cumplen su función.

En ese tenor, el derecho humano a la tutela judicial efectiva, vincula al poder legislativo en la producción de las normas procesales, las cuales deben responder a las exigencias del desarrollo de este derecho humano y que tiene que ver con el actuar de los jueces como autoridad encargada de dirigir el proceso, encaminado a garantizar los derechos que se encuentran en juego dentro del mismo.

Así, los tribunales judiciales del país, al momento de dirigir el proceso, deben atender a la protección de derechos humanos para que los formalismos no impidan la defensa de la tutela judicial efectiva, cuya facultad debe aplicarse de

manera intrínseca al abandono del formalismo jurídico en la interpretación y aplicación del derecho, pero sin caer en el interpretativismo o el activismo judicial, siendo la implementación de normas procesales claras y construidas a la luz de la tutela judicial efectiva, una salida adecuada.

Habida cuenta de que este derecho no se ejerce de hecho, pues para garantizarlo se debe acudir a un tribunal cuando se ve trasgredido por medio de la institución que el Estado previó para ello, de ahí la necesidad de la revisión de las normas jurídicas que son producidas, en la que el juez debe tomar un papel participativo como garante de la justicia en cada caso concreto, para garantizar su armonía con el pacto fundamental en donde, a partir de la tutela judicial efectiva y el constitucionalismo, se nutre a la ciencia procesal.

De tal suerte que, la efectividad de la tutela judicial efectiva, corresponde a las facilidades para la obtención de la justicia y la ausencia de obstáculos que impidan o demoren la consecución de este objetivo, siempre y cuando se respeten las leyes que rigen el proceso, pero estas leyes deben ser revisadas por los tribunales en cada caso concreto, para asegurar la transición del modelo jurídico existente a uno emergente, a la luz de una nueva forma de entender y, por ende, aplicar el proceso judicial ante el rezago evidente en la impartición de justicia, con una visión protectora de derechos humanos, especialmente del derecho a la tutela judicial efectiva por los propios tribunales y, más específicamente, por los tribunales ordinarios, que no realizan un análisis de constitucionalidad por no ser su función primigenia.

Bibliografía

AGUIRRE, Vanesa, *¿Estado constitucional de derechos?*, Informe sobre derechos humanos, Programa Andino de Derechos Humanos, compilado, Ecuador, ed. Abya-Yala, 2009.

ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ÁLVAREZ Álvarez, Henar, *El derecho a la tutela judicial efectiva desde la perspectiva del derecho civil: supuestos más relevantes*, Revista Europea de Derechos Fundamentales, primer semestre 2014.

ALVARO, de Oliveira Carlos Alberto, *El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva desde la perspectiva de los derechos fundamentales*, Revista de derecho, VOL. XXII - Nº 1 - JULIO 2009, pp. 185-201.

BARAK Ahoron, *Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones*, Lima, ed. Palestra, 2017.

CARBONELL, Miguel, *Teoría de los derechos humanos y de control de convencionalidad*, 5ª edición, D. F. México, IJ-UNAM, 2014.

CARNELUTTI, Francesco, *Sistema de Derecho Procesal Civil*, trad Niceto Alcalá Zamora y castillo y Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, ed. Utha, 1944.

CARNICER Díez, Carlos, *El acceso a la justicia en España*, Madrid, Consejo General de la Abogacía española, 2009.

CARRERAS del Rincón, Jorge, *Comentarios a la Doctrina Procesal Civil del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo*, Madrid, ed. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., 2002.

CHAMORRO Bernal, Francisco, *El artículo 24 de la Constitución*, Tomo I, *El derecho de libre acceso a los Tribunales*, Barcelona, España ed. Iura S. L., 2005.

CHIASSONI, Pierluigi, *Un Baluarte de la modernidad. Notas defensivas sobre el constitucionalismo garantista*, DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 34, 2011.

CIFUENTES Rivera, Octavio, *Cosa Juzgada*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 1957.

DEVIS, Hernando Echandía, *Teoría general del proceso*, 3° Edición, Buenos Aires, ed. Universidad, 2013.

DIZ, Fernando Martín, *Del derecho a la tutela judicial efectiva hacia el derecho a una tutela efectiva de la justicia*, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, primer semestre 2014.

FERRAJOLI, Luigi, *Constitucionalismos principialista y constitucionalismo garantista*, Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 2011.

_____. *El constitucionalismo garantista. Entre paleo-iuspositivismo y neo-iusnaturalismo*, DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 34 (2011), pág. 314.

_____. *Democracia y garantismo*, Madrid, ed. Trota, 2010.

FERRER Mac-Gregor, Eduardo, Cuadernillo de jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos N° 13: protección judicial, 2018.

FIGUERUELO Burrieza, Angela, *El derecho a la tutela judicial efectiva*, Madrid, ed. Tecnos, 1990.

GARGARELLA, Roberto, *Sobre el "Nuevo constitucionalismo latinoamericano"*, *Revista Uruguaya de Ciencia Política*, vol. 27, núm. 1, Montevideo junio 2018, págs. 109-129.

GARGARELLA, Roberto y Christian COURTIS, *"El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes"*, Chile, CEPAL - Serie Políticas sociales, núm. 153, noviembre de 2009. págs. 1-45.

GONZÁLEZ, María del Refugio, Mireya CASTAÑEDA, *La evolución histórica de los derechos humanos en México*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015.

GUASTINI, Ricardo *Teoría e Ideología de la Interpretación Constitucional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de UNAM/ Mínima Trota, 2008.

HALE, Charles, “*La tradición del derecho continental europeo y el constitucionalismo en el México del siglo xx: el legado de Emilio Rabasa*,” Jalisco, México, *Historia Mexicana*, vol. 48, núm. 1, julio - septiembre de 1998.

HERRERA Flores, Joaquín. *Hacia una visión compleja de los derechos humanos. El vuelo de Anteo. Derechos humanos y crítica de la razón liberal*, Bilbao, ed. Desclée De Brouwer, 2000.

HINCAPIÉ Jiménez, Sandra y Jairo Antonio LÓPEZ Pacheco, “*Ciclos de movilización y crisis de derechos humanos. La acción colectiva de las ONG nacionales y los derechos humanos en México*”, México, *Revista de Estudios Sociales*, núm. 56, 2016.

IBÁÑEZ, Perfecto Andrés, *Sobre la pobreza cultural de una práctica (judicial) sin teoría*, *Revista de la facultad de derecho PUCP*, N° 79, 2017 / ISSN 0251-3420.

LOEZA Reyes, Laura, “*Violencia estructural, marcos de interpretación y derechos humanos en México*”, México, *Argumentos, Estudios Críticos De La Sociedad*, año 30 núm. 83 enero-abril 2017.

MICHELE Taruffo, *Racionalidad y la crisis de la ley procesal*, *Doxa* 22 (1999).

OVALLE Favela, José, *Teoría General del Proceso*, México, ed. Oxford, 2005.

NASH Rojas, Claudio, Constanza Donald, NÚÑEZ, *La tutela judicial de los derechos fundamentales en Latinoamérica*, México, ed. Ubijus, 2015.

OVALLE Favela, José, *Teoría General del Proceso*, México, ed. Oxford, 2005.

PAPACCHINI, Angelo, Sobre educación y derechos humanos, Entrevista al profesor Angelo Papacchini por la profesora Diana Patricia Quintero, Portal ser más humano, Defensoría del Pueblo, 2004.

PISARELLO Gerardo, *Del estado social legislativo al estado social constitucional: por una protección compleja de los derechos sociales*, Universidad de Barcelona, Isonomía, núm. 15, octubre 2001.

RAMÍREZ Carvajal, Diana María, *Contornos del derecho procesal contemporáneo: luces desde la obra de Michele Taruffo*, Revista Academia & Derecho 4 (7) (171-188) Julio-Diciembre 2013.

RICO Ruiz, Gerardo Ruiz-, María José, CARAZO Liébana, *El derecho a la tutela judicial efectiva. Análisis jurisprudencial*, Valencia, ed. Tirant Lo Blanch, 2013.

RODÉS Mateu, Adría, *El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas: estudio de su configuración constitucional y de su restablecimiento en el ordenamiento jurídico español*, Barcelona, España, ed. Atelier, 2009.

ROSLER, Andrés, *La Ley es la Ley. Autoridad e interpretación en la filosofía del derecho*, Buenos Aires, ed. Katz, 2019.

ROLDÁN Orozco, Omar Giovanni, *La Función Garante del Estado Constitucional y Convencional de Derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2015.

SALINAS Garza, Juan ángel, *Tutela Judicial Efectiva*, México, ed. Novum, 2016.

SALVIOLI Fabián, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos instrumentos, órganos, y procedimientos jurisprudencia*, México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2020.

SESIN, Domingo, *El contenido de la tutela judicial efectiva con relación a la actividad administrativa discrecional, política y técnica*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, República Argentina, (Este trabajo

corresponde al discurso de incorporación como miembro de número pronunciado el 26 de septiembre de 2006).

TARUFFO, Michele, *Leyendo a Ferrajoli: consideraciones sobre la jurisdicción*, DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 31, 2008.

Declaración Universal de los Derechos Humanos, Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

VÁZQUEZ, Rodolfo *Entre la Libertad y la Igualdad, Introducción a la Filosofía del Derecho*, Madrid, ed. Trota, 2010.

VIGO, Rodolfo L., *La interpretación (argumentación) jurídica en el estado de derecho constitucional*, México, ed. Tirant Lo Blanch, 2017.

ZEMELMAN, Hugo, *Conocimiento y Sujetos Sociales*, La Paz-Bolivia, Instituto Internacional de Integración del Convenio Andrés Bello, 2011.

Unidad General de Transparencia y Sistematización de la Información Judicial, "Derechos humanos en las sentencias de amparo directo". (Documento web) núm. 3, 2018.

https://estadisticajudicial.scjn.gob.mx/alex/documents/temasJudiciales/DDHH_AD_vFinal.pdf

6 de abril de 2020

Unidad General de Transparencia y Sistematización de la Información Judicial, "Los Derechos Humanos en las Solicitudes de Ejercicio de Facultad de Atracción". (Documento web) núm. 4., 2019,

https://estadisticajudicial.scjn.gob.mx/alex/documents/temasJudiciales/DDHH_en_SEFAS.pdf

6 de abril de 2020