

LOS PODERES PRIVADOS NO REGULADOS. DEMOCRACIA Y NUEVA LEY DE AMPARO

Arturo ZALDÍVAR LELO DE LARREA

De conformidad con el tema de la mesa retomo la ponencia del profesor Luigi Ferrajoli, sobre *los poderes salvajes del mercado*¹ y la amable referencia de Diego Valadés sobre el proyecto de nueva Ley de Amparo elaborado por la Comisión Especial designada por el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Así, me ocuparé de explicar cómo el proyecto de Ley de Amparo formula una respuesta incipiente pero nada despreciable frente a los poderes privados no regulados o insuficientemente regulados.

He sostenido en otras ocasiones² que la democracia no se agota en lo electoral, comienza con ello; procedimientos electorales libres y equitativos, son presupuesto del ejercicio de la vida democrática; pero sin juridicidad, sin el sometimiento cotidiano de los detentadores del poder a la norma constitucional y al sistema jurídico en general, es imposible hablar de un país que viva bajo

1 Es sabido que el profesor Ferrajoli ha desarrollado su tesis de los *poderes salvajes* en diversas ocasiones, véase *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 2000, especialmente pp. 931-940; *El garantismo y la filosofía del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, pp. 120-154.

2 Véase mi estudio “La reforma judicial. El nuevo papel de la Suprema Corte de Justicia” en Manuel Camacho Solís (comp.), *Diálogos nacionales. ¿Es posible un pacto nacional?*, UNAM, 2001.

el imperio de los principios libertarios de la democracia. Estado de derecho y Estado democrático son términos que hoy se implican uno al otro. Sólo es democrático el Estado de derecho, y únicamente el Estado de derecho es democrático. Esto más que un juego de palabras: significa que tanto el ascenso al poder como su ejercicio están sometidos al imperio del principio de legalidad.

De aquí se sigue nuestra coincidencia con el profesor Ferrajoli en el sentido de que únicamente habrá un Estado democrático en sentido sustancial si en el orden jurídico positivo se establece un catálogo de derechos fundamentales, pero además se prevén garantías que hagan efectivos dichos derechos frente a los poderes que los desconocen y los vulneran.³ Sin estas garantías, normalmente de tipo procesal, no puede sostenerse que un Estado sea democrático desde el punto de vista sustancial, a pesar de que los titulares de los poderes públicos emanen de procedimientos electorales legales o hayan sido designados cumpliendo con las normas jurídicas que regulan ese tipo de nombramientos, y no obstante que la producción de normas jurídicas se ajuste a las formalidades previstas para su expedición. En la producción de normas jurídicas deben respetarse no sólo las formalidades para su emisión sino, además, el contenido obligatorio que deriva de la Constitución, de manera especial, de los derechos fundamentales.⁴

Es sabido que tradicionalmente los derechos fundamentales se han considerado oponibles únicamente frente al Estado a través de sus órganos de autoridad. De tal manera que los esfuerzos legislativos y doctrinales se han dedicado preponderantemente al

3 Cfr. *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2001, pp. 23-25 y 50-55.

4 La idea de que una norma jurídica de grado inferior debe respetar las reglas establecidas en una norma de grado superior (Constitución) para su creación, así como en cierto sentido su contenido aparece en la teoría kelseniana, sin bien, para Kelsen la ley es “constitucional” y válida mientras no sea anulada por el órgano facultado para ello. Véase *Teoría general del derecho y el Estado*, México, UNAM, 1983, pp. 146, 186 y 187.

establecimiento de garantías procesales que hagan efectivos esos derechos ante la amenaza de los poderes públicos. En este sentido mucho se ha avanzado en el mundo en el diseño y la aplicación de distintos instrumentos para la protección de los derechos de libertad o de la primera generación. Asimismo, se ha buscado que los instrumentos procesales tengan eficacia para la defensa de los derechos sociales o prestacionales. Sin embargo, debe reconocerse que, derivado de su propia estructura jurídica y de su estrecha relación con las condiciones económicas y sociales, las garantías en tratándose de derechos prestacionales no alcanzan el nivel de eficiencia que tienen en el sector de los derechos de libertad. Por otro lado, se han fortalecido instrumentos procesales que resuelvan conflictos derivados de la vulneración directa por órganos públicos de la llamada parte orgánica de la Constitución. Todo esto ha llevado al nacimiento del *derecho procesal constitucional* como rama científica del estudio del derecho procesal.⁵

Con todo, hoy cada vez es más evidente que los derechos fundamentales están amenazados, no solamente por el aparato institucionalizado del Estado, sino por entidades privadas de muy variada índole. Así, no basta la oponibilidad vertical de los derechos fundamentales *i.e.* frente al Estado, sino que se requiere avanzar hacia la oponibilidad de los derechos fundamentales en el plano horizontal, esto es, frente a particulares y no exclusivamente frente al aparato estatal.⁶ Bien se trate de poderes privados regu-

5 Fix-Zamudio, Héctor, prólogo a la obra colectiva *Derecho procesal constitucional*, México, Colegio de secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Porrúa, 2001, p. XXIII.

6 Véanse las obras arriba citadas de Ferrajoli, así como Bilbao Ubillos, Juan María, *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado*, Madrid, McGraw-Hill, 1997; *idem.*, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, Madrid, CEPC, 1997; García Torres, Jesús *et al.*, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Madrid, Civitas, 1986; Ayala Corao, Carlos M., “La jurisdicción constitucional en Venezuela” en García Belunde *et al.* (coords.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson-Jurídicas de Lima-Jurídica E. Esteva-Jurídica Venezolana, 1997; Fix-Zamudio, Héctor, “La protección jurídica

lados, insuficientemente regulados o no regulados, ya sean ilegales o metalegales los llamados por Ferrajoli *poderes salvajes*.

Los ataques no institucionalizados a los derechos fundamentales exigen mecanismos modernos que les hagan frente para prevenirlos y remediarlos. Estamos en presencia de un gran reto para la ciencia jurídica que debe dar respuestas eficaces a novedosas y complejas intromisiones en la esfera de derechos de los particulares por parte de poderes privados, lo que viene a modificar la forma como se había entendido hasta hace poco el rol jurídico y político de los derechos y sus garantías protectoras. Así, los grupos financieros y empresariales, los medios de comunicación, los partidos políticos, las ONG's, las iglesias, los concesionarios, etcétera, lesionan con frecuencia la esfera jurídica de otros gobernados. En la doctrina, así como en el derecho comparado legislado y jurisdiccional se encuentran los primeros esfuerzos de ampliación de la oponibilidad de los derechos fundamentales y de sus garantías protectoras en el plano horizontal.⁷

Con todo, debe reconocerse que siempre habrá sectores de la sociedad más o menos amplios al margen de posibilidades garantistas o con garantías defectuosas o insuficientes. Por más esfuerzos que se realicen, el derecho es incapaz de abarcar toda la dinámica social, máxime en los tiempos modernos en que las circunstancias cambian con gran velocidad. Empero el reto es, como afirma Ferrajoli, avanzar hacia la maximización de los derechos fundamentales y la minimización del poder. Trabajo éste que no por difícil debe abandonarse, sino servir de estímulo constante para la búsqueda de nuevos esquemas que permitan a los estados democráticos consolidar sistemas de auténtica legalidad.

El proyecto de nueva Ley de Amparo, elaborado por la Comisión de Análisis de Propuestas para una Nueva Ley de Ampa-

y procesal frente a los grupos de presión”, *Protección jurídica de los derechos humanos. Estudios de derecho comparado*, México, CNDH, 1999, entre otros.

⁷ Véanse las obras referidas en la nota anterior.

ro, designada por el pleno de la Suprema Corte de Justicia,⁸ contiene una solución incipiente y necesaria parcial, dada la gran complejidad de la actuación de los poderes privados, pero paradójicamente de gran importancia para la evolución del juicio de amparo y para la protección de los gobernados frente a un amplio sector que se encuentra ajeno a controles de constitucionalidad e incluso de mera legalidad. Se trata de la ampliación del concepto de autoridad para los efectos del amparo y de dotar a la suspensión en el amparo de efectos frente a particulares.⁹

En cuanto a la ampliación del concepto de autoridad para los efectos del amparo, considero que es éste uno de los aspectos más relevantes del proyecto de nueva Ley de Amparo, ya que, como ya se indicó, de ser aprobado permitirá sujetar a control de amparo a una gran cantidad de actos lesivos a la esfera jurídica de los gobernados que hasta la fecha gozan de impunidad.

Desde hace tiempo he sostenido la necesidad de modernizar el juicio de amparo mexicano en diversos sectores.¹⁰ Sin duda uno de los aspectos más atrasados durante mucho tiempo en el

8 La Comisión se integró por los ministros Humberto Román Palacios (coord.) y Juan Silva Meza, los magistrados Manuel Ernesto Saloma Vera y César Esquinca Muñoa, el destacado maestro Héctor Fix-Zamudio, Javier Quijano Baz, José Ramón Cossío Díaz y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.

9 He analizado en diversas oportunidades el proyecto de nueva Ley de Amparo, véase, entre otros estudios, mi trabajo: "Hacia una nueva Ley de Amparo", *Derecho Procesal Constitucional*, *cit.*

10 Al respecto véanse mis estudios: "El Estado de derecho y la justicia constitucional (con especial referencia al juicio de amparo)", *Estado de derecho*, México, Barra Mexicana, Colegio de Abogados, Themis, 1997; "La defensa de la Constitución y el juicio de amparo", *La defensa de la Constitución*, México, Fontamara, 1997; "El juicio de amparo a la luz de la moderna justicia constitucional", *Revista de Investigaciones Jurídicas*, México, Escuela Libre de Derecho, núm. 15, 1991; "Por un Poder Judicial más influyente en la voluntad del Estado", *Ideas sobre la Suprema Corte*, México, SCJN-Excélsior, 1990; "El juicio de amparo y la corrupción emanada de la legislación procesal penal mexicana", *Lex*, dos partes, año III, núms. 12 y 13, UNAM, junio-julio de 1988; "Necesidad de ampliar los efectos de la suspensión en el juicio de amparo", *Lex*, México, UNAM, año II, núm. 10, noviembre de 1987; "Necesaria evolución del concepto de autoridad para los efectos de amparo"; *Lex*, UNAM, año II, núm. 9, septiembre de 1987.

amparo es el concepto de autoridad. Para actualizar este concepto y permitir una mayor amplitud proteccionista al amparo, en el proyecto se propone dar prioridad a la naturaleza propia del acto, por encima del carácter de quién lo emite. Esto permitirá abandonar criterios formalistas y cerrados para considerar como acto de autoridad para efectos del amparo, con independencia de quién lo emite, al acto que crea, modifica o extingue situaciones jurídicas en forma unilateral y obligatoria.

Con este concepto el amparo sería procedente en contra de actos emanados de los órganos y dependencias centralizadas del Estado, así como de las entidades de la administración pública paraestatal e, incluso, de particulares en ciertos supuestos.

Debo señalar que algún crítico ha dicho que a los autores del proyecto se nos olvidaron los organismos descentralizados como autoridades para efectos del amparo, lo cual es falso. No sólo se encuentran incluidos en el concepto material de acto de autoridad para los efectos del amparo arriba referido, sino que, varios de los comisionados, mucho antes de que el referido profesor hablara de organismos descentralizados, ya habíamos insistido en la necesidad de que el concepto de autoridad para los efectos del amparo se modificara para incluir a los organismos descentralizados.¹¹

En relación con la posibilidad de que el amparo proceda en contra de actos emanados de particulares debe tenerse presente que el derecho administrativo moderno presenta muchas figuras, merced a las cuales tanto organismos descentralizados como incluso particulares, realizan funciones que originariamente deberían de pertenecerle al Estado y que afectan la esfera jurídica de los particulares. Pensemos —un ejemplo entre muchos— en los concesionarios de un servicio público de alcantarillado y agua potable en un municipio. ¿Qué diferencia hay entre este servicio y el que presta en otros ayuntamientos la autoridad constituida?

11 Véanse mis trabajos ya citados, así como el estudio del maestro Fix-Zamudio, Héctor, “La defensa jurídica de los particulares frente a los organismos paraestatales”, *Protección jurídica... cit.*

Ninguno. Hay algunas leyes que prevén la participación de particulares para realizar actos, por ejemplo de auditoría, cuyo resultado trae consecuencias desfavorables a los particulares. También tenemos el caso del famoso *Renave* que en sus orígenes se diseñó como un registro público manejado por una empresa privada. Por no hablar del llamado *buró de crédito* que lesiona la buena fama y las posibilidades de acceso al crédito de los particulares, sin que éstos tengan posibilidad de conocer la información manejada ni oportunidad de defenderse. Obviamente, en estos casos, estamos en presencia de autoridades para efectos del amparo.

Es muy importante distinguir entre autoridad y autoridad para efectos del amparo, ya que no son lo mismo; esto es más que una sutileza. La autoridad como tal es lo que entendemos por autoridad en derecho constitucional; por el contrario una autoridad para efectos del amparo es alguien que emite un acto con las características de unilateralidad y obligatoriedad a las que ya me he referido, sin que necesariamente se trate de un servidor público en funciones.

Contra lo que comúnmente se cree, este concepto formalista de autoridad que rigió durante décadas la procedencia del amparo no es connatural a nuestro juicio de control constitucional. En éste, como en otros aspectos, no debe sorprender encontrar en la Suprema Corte del siglo XIX y de principios del siglo XX criterios vanguardistas que se adelantaban a su tiempo y que aún en esta época se considerarían modernos.¹² Así, en el punto que nos ocupa, en el célebre caso de Marcolfo F. Torres, fallado en 1919, la Suprema Corte consideró a Canuto Ortega como autoridad para los efectos del amparo, a pesar de ser un *mayor* de la revolución que no detentaba cargo público alguno. Lo que hizo la Corte fue, precisamente, analizar la naturaleza del acto y no el carácter de quien lo emite. Ya que, se insiste, Canuto Ortega era un *generalote* de la Revolución, no era titular de un órgano

12 Tal es el caso, por ejemplo, del interés jurídico entendido ahora como derecho subjetivo y que en el siglo XIX la Corte consideró más amplio para proteger derechos estéticos, urbanísticos y de simple comodidad.

del Estado, no era una autoridad en el sentido del derecho constitucional, se trataba de un particular que por razones de hecho, tenía gente armada que podía someter a los otros particulares. De esta manera, la Corte entendió el momento histórico y dio prioridad a la naturaleza del acto, sin importar el carácter formal de quien lo emitió. Notemos que se trata de una resolución progresista, de vanguardia; pero cuando el concepto establecido en el precedente se saca de contexto y se empieza a aplicar —como sucede muchas veces con la jurisprudencia—, a un número indeterminado de casos que fácticamente no responden a los mismos presupuestos, entonces una jurisprudencia progresista, se convierte en una jurisprudencia anacrónica. La exigencia de la fuerza pública respondía a las necesidades concretas de principios del siglo XX, su exigencia posterior para determinar la existencia de una autoridad para los efectos del amparo fue, no sólo desafortunada, sino que impidió el desarrollo del amparo. La posterior necesidad de considerar una autoridad para efectos del amparo únicamente cuando se tratara de un órgano del Estado, continuó por esta línea formalista y antiproteccionista.

No puedo dejar de mencionar que hace más de veinte años el brillante jurista don Guillermo Guzmán Orozco, en su labor de magistrado de circuito, consideró que eran autoridades para efectos del amparo los organismos descentralizados cuando de manera unilateral y obligatoria afectaban la esfera jurídica de los particulares. La Corte ignoró por mucho tiempo este criterio. No fue sino hasta su actual integración que la Suprema Corte aceptó estas ideas y sustentó el criterio de que los organismos descentralizados pueden ser autoridades para los efectos del amparo.¹³

13 Por razones de espacio no podemos abordar la lenta evolución del concepto de autoridad para los efectos del amparo. Desde luego, no desconozco que la Corte consideró autoridades para los efectos del amparo al IMSS y al INFONAVIT en su carácter de organismos fiscales autónomos; tampoco el que tanto la propia Corte como los tribunales colegiados de circuito consideraron, en casos específicos, a algunas entidades de la administración pública federal como autoridades para los efectos del amparo.

El proyecto de Ley de Amparo pretende continuar con la evolución del concepto de autoridad a través de un concepto abierto, de un concepto jurídico indeterminado como el que venimos comentando, para que sean los jueces los que determinen en cada caso concreto y priorizando la naturaleza material del acto si dicho acto de autoridad es tal en cada asunto determinado. Esto permitirá, además, la evolución del concepto sin necesidad de ulteriores reformas.

Por lo que hace a la suspensión en el juicio de amparo, en el proyecto se trata de encontrar una solución adicional en contra de la impunidad de entidades privadas. Actualmente muchos actos arbitrarios de afectación a la esfera jurídica de los gobernados no son susceptibles de paralizarse, por eso se propone establecer expresamente en la Ley que la suspensión puede obligar a particulares. Cuando un particular por mandato expreso de una norma general o de alguna autoridad tuviere o debiera tener intervención en la ejecución, efectos o consecuencias del acto reclamado, el efecto de la suspensión será que la autoridad responsable conmina al particular a paralizar de inmediato la ejecución, efectos y consecuencias del acto reclamado y deberá tomar todas las medidas que aseguren el eficaz cumplimiento de la medida suspensiva. Esto evitará subterfugios legaloides que fomentan el abuso y la impunidad.

Sin duda que éste es sólo un primer paso de otros que habrán de darse en la búsqueda de instrumentos procesales que defiendan los derechos fundamentales frente a los *poderes salvajes de naturaleza privada*. Pero, con todo, se trata de un paso significativo y de gran relevancia para la defensa jurídica de los gobernados en un amplio sector exento de control hasta este momento.

Estoy convencido de que la reforma del Estado debe pasar por la justicia constitucional, por la revisión profunda de los instrumentos procesales con los que contamos a fin de perfeccionarlos y por el diseño de nuevas formas de protección de los derechos fundamentales acordes a los nuevos tiempos que vive el mundo y nuestro país. Sin garantías procesales eficaces en la defensa de

los derechos es imposible consolidar democracia alguna. Éste es el sentido y la filosofía del proyecto de nueva Ley de Amparo: la plena justiciabilidad de todos los actos lesivos a los derechos fundamentales de los gobernados, como instrumento que coadyuve a instaurar en México una democracia en sentido sustancial. Por ello no es casual que en la Mesa de Estudios para la Reforma del Estado¹⁴ que coordinó Porfirio Muñoz Ledo y a la cual tuvo la gentileza de convocarme, una de las seis mesas que se integraron se haya dedicado exclusivamente a la problemática de los derechos humanos y su protección; tampoco lo es que en todas las mesas de la Comisión referida se hayan discutido puntos sobre derechos humanos y sus garantías procesales; eso explica también que entre las conclusiones de la Mesa se haya acordado apoyar el proyecto de nueva Ley de Amparo que hemos explicado.

La nueva Ley de Amparo es un punto relevante en la agenda de la reforma del Estado, porque de aprobarse el proyecto respectivo se ampliaría de manera considerable la defensa de los particulares frente a la arbitrariedad y se avanzaría hacia el establecimiento de un auténtico Estado de derecho. Debo mencionar que en el proyecto de Ley de Amparo se proponen, entre otros aspectos relevantes, los siguientes:¹⁵

1. La ampliación del ámbito de protección del juicio de amparo para incluir la defensa directa de derechos humanos establecidos en tratados internacionales.

14 Recientemente se publicaron las conclusiones de la Comisión referida: Muñoz Ledo, Porfirio (coord.), *Comisión de Estudios para la Reforma del Estado. Conclusiones y propuestas*, México, UNAM, 2001.

15 Para un explicación más amplia véanse mis trabajos: "Hacia una nueva Ley de Amparo", *cit.*; "Comentarios al proyecto de nueva Ley de Amparo", ponencia presentada en el IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional, en prensa; "Comentarios al proyecto de nueva Ley de Amparo", ponencia presentada en la Consulta Nacional sobre el Sistema de Amparo y Protección Constitucional, organizado por la Comisión de Justicia y Derechos Humanos de la Cámara de Diputados, los días 21, 23 y 24 de agosto de 2001, en prensa.

2. La ampliación de la legitimación para acudir al juicio de amparo a través de la figura del interés legítimo, con lo cual se abre la posibilidad de proteger a través del amparo, los llamados intereses difusos y colectivos.
3. Como ya se indicó, la ampliación del concepto de autoridad para efectos del amparo dando prioridad a la naturaleza material del acto frente al carácter formal de quien lo emite.
4. Profundas reformas a la suspensión en materia administrativa y penal para lograr que la medida suspensiva sea más eficaz y equilibrada.
5. La declaratoria general de inconstitucionalidad y de interpretación conforme, que viene a superar la relatividad de las sentencias de amparo en tratándose de normas generales. La mal llamada fórmula Otero viola el principio de supremacía constitucional, vulnera la igualdad ante la ley, afecta la regularidad del orden jurídico, y permite, en la tipología de Ferrajoli, la existencia de normas jurídicas vigentes aunque inválidas. Todo lo anterior, como es evidente, es además fuente de serias injusticias.
6. Por otro lado, contiene un sistema novedoso para resolver la problemática de los amparos directos para efectos.

No me cabe duda que México no puede darse el lujo de enfrentar los retos del siglo XXI con instituciones del siglo XIX. Sin garantías procesales que defiendan con eficacia los derechos fundamentales de los ataques a que están sujetos, provengan éstos de donde provengan, la democracia no es sino una careta sin sustancia que esconde un nuevo autoritarismo de origen electoral. He coincidido con Diego Valadés en que lo urgente, y por tanto lo importante, en la reforma del Estado son aquellas reformas que garanticen la gobernabilidad y el control del poder. A lograr esto último está diseñado el proyecto de nueva Ley de Amparo, hago votos porque este esfuerzo de la mayoría de la comunidad jurídica mexicana no se pierda en luchas partidistas ni en guerra de vanidades.