

## Notas para el Estudio de Recurso de Amparo Constitucional en España<sup>1</sup>

### Sumario:

- I. Introducción: El surgimiento del Amparo
- II. El Caso Español: El Recurso de Amparo en la Constitución de 1978
- III. ¿Subsidiariedad del Recurso de Amparo?

### I. Introducción: El Surgimiento del Amparo

Hablar del amparo en los países de tradición de Derecho escrito tiene especial significado. Bastantes integrantes de la comunidad iberoamericana han adoptado el término para referirse a la institución encargada de tutelar los derechos y libertades de un sistema jurídico determinado. Si bien es cierto, no existe unidad funcional de los institutos procesales llamados «amparo», también lo es que sí podemos hablar de una doctrina genética o doctrina madre. Ya se han discutido ampliamente antecedentes como el Justicia Mayor de Aragón o las funciones del Juzgado General de Indios en la Nueva España. No obstante, la prudencia aconseja evitar caer en la falacia del Rey Midas, según la cual toda institución o texto que se toca a gusto del investigador es transformada en antecedente. Las consabidas instituciones no son más que primitivas formas de garantizar los privilegios o situaciones que ostentaban las personas en una sociedad estamentaria. Una cosa es la conformidad lingüística en el uso de *amparo*, *amparar*, *amparado* y otra que la configuración del amparo resulte de una evolución forzada. La historia del amparo, la doctrina genética del amparo, surge en los Estados Unidos Mexicanos, entradas las primeras cuatro décadas del siglo XIX. Con anterioridad existieron situaciones que guardan similitud con la caracterización del instituto, empero, éste no es su continuación.

Nuestro objeto de estudio fue gestado en México en el contexto de una lucha por establecer el centralismo o el federalismo. Así, con el centralismo establecido por las Leyes Constitucionales de 1836, se ocasionó el levantamiento y separación de Yucatán que restableció el régimen federal. La secesión hizo necesario elaborar una Carta Magna. Es en la Constitución de Yucatán, que entró en vigor el 16 de mayo de 1841, en donde nace el amparo gracias al genio de Manuel Crescencio García Rejón y Alcalá. En los hoy clásicos artículos 53 y 63 de la Carta Suprema yucateca se consagro lo que podemos denominar *principio de fundamentalidad* del amparo:

Art. 53.- Corresponde a este Tribunal reunido:

---

<sup>1</sup> Agradezco las observaciones y comentarios que a este artículo ha realizado el Dr. Francisco Javier Ansuátegui Roig, Director del Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid.

1º. Amparar en el goce de sus derechos a los que le pidan su protección, contra las leyes y decretos de la Legislación que sean contrarias a la Constitución; o contra las providencias del Gobernador o Ejecutivo reunido, cuando en ellas se hubiese infringido el Código Fundamental o las leyes, limitándose en ambos casos a reparar el agravio en las parte en que éstas o la Constitución hubiesen sido violadas.

Art. 63.- Los jueces de primera instancia ampararán en el goce de los derechos garantizados por el artículo anterior, a los que le pidan su protección contra cualquiera funcionario que no corresponda al orden judicial decidiendo breve y sumariamente las cuestiones que se susciten sobre los asuntos indicados.

Según el principio de fundamentalidad—que no de inmutabilidad—el amparo se revela como instrumento de protección de los derechos de los individuos y como medio de control de constitucionalidad de los actos del Poder Legislativo y Ejecutivo. Es decir, en su estadio genético el instituto permite:

- a) Reclamar la tutela de los derechos asegurados constitucionalmente en contra de los actos violatorios de los poderes ejecutivo y legislativo.
- b) Impugnar los actos legislativos y ejecutivos que conculcan la Constitución, en perjuicio del impetrante.

Ahora bien, con el Acta de Reformas de 1847, el amparo se transformó en instrumento Nacional, menester a la invaluable intervención del jalisciense Mariano Otero. Cabe destacar que en el documento antedicho el binomio (garantía de los derechos-control de constitucionalidad) que implica el principio de fundamentalidad fue roto provisionalmente, ya que el control constitucional se dejó a la protección política del Congreso según los artículos 22, 23 y 24 de la citada Acta. Por ende, la consolidación del juicio se dio hasta la Constitución de 1857 y su instauración definitiva en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917.

Actualmente, el amparo ha rebasado el principio de fundamentalidad. Hoy su espectro tutelador se desenvuelve en tres direcciones:

- a) La protección de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política de 1917 y en los actos jurídicos internacionales ratificados por los Estados Unidos Mexicanos.
- b) El control de constitucionalidad de los actos de los poderes federales, estatales y municipales, siempre en beneficio del gobernado persona física o moral, nacional o extranjera.
- c) El control de legalidad de las resoluciones de los tribunales judiciales, administrativos y del trabajo, así como el control de legalidad de los actos administrativos del Poder Ejecutivo—federal y local—y de sus organismos descentralizados.

Desde luego, las tres direcciones pueden plantearse simultáneamente en cualquiera de los procedimientos de amparo.

El ámbito tutelar del instituto ha sido desarrollado mediante una prolija práctica y doctrina que viene a definirlo como máximo medio procesal de protección de todos los actos de autoridad. La consecuente amplitud ocasiona una solución protectora unificada en una sola institución. Más aún, el amparo viene a reforzar y no a sustituir la tutela que cada entidad federativa diseña a favor

de sus gobernados. Obviamente, lo expuesto sólo puede entenderse en el marco de un Estado Federal en el que hay una doble competencia jurisdiccional: la de la Unión y la de cada Estado. En México no hay un Tribunal Constitucional<sup>2</sup> según los cánones del modelo concentrado continental de influencia austro-kelseniana. Aunque pueda pensarse que la plurifuncionalidad del juicio necesariamente colapsa al órgano respectivo, en realidad no es así, gracias a que el amparo es competencia exclusiva de un ponente Poder Judicial Federal que goza de prestigio.

El «esqueleto» del amparo viene dado desde la Constitución en los artículos 103 y 107. Esto es explicable por la tradición de respeto<sup>3</sup> hacia la Constitución que es considerada Norma Suprema y la no infundada desconfianza a los poderes públicos a los que se opone históricamente el amparo. Las bases constitucionales del numeral 107 de la *lex legum* configuran las tres direcciones mencionadas en dos grandes procedimientos:

- a) Un procedimiento autónomo que da al amparo cariz de proceso. Llamado por la doctrina amparo indirecto o bi-instancial, permite el control de constitucionalidad, de legalidad y la tutela de los derechos fundamentales. Lo conocen en primera instancia los jueces y juezas de Distrito y en segunda instancia, a través del recurso de revisión, es competencia de los Tribunales Colegiados de Circuito o de la Suprema Corte de Justicia de la Nación si la litis versa sobre la inconstitucionalidad de un acto o en la resolución impugnada se establece la interpretación directa de un precepto de la Constitución.<sup>4</sup>
- b) Un procedimiento no autónomo que da al amparo cariz de recurso, similar al de casación o al de apelación. Llamado legal y doctrinariamente amparo directo, permite el control de legalidad de las resoluciones de los Tribunales Judiciales, Administrativos y del Trabajo. Es competencia de los Tribunales Colegiados de Circuito en única instancia y, excepcionalmente, cabe deducir revisión ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación si se hubiese planteado agravio sobre la inconstitucionalidad de un acto.

Los dos procedimientos están compuestos por diversas instituciones procesales. Es claro, entonces, que la práctica centenaria del juicio<sup>5</sup> de amparo debe—o al menos debería—ser obligada referencia de toda institución que siga los derroteros de su fundamentalidad, configurada expresamente en contra de los poderes del Estado Moderno.

## II. El Caso Español: El Recurso de Amparo en la Constitución de 1978

Es de explorada doctrina la influencia que el juicio de amparo tuvo en su símil español de la Constitución de la II República. Sin embargo, la configuración del llamado recurso de amparo en la era actual de la democracia no encuentra casi ninguna identificación con el instituto mexicano, con la salvedad de la denominación y la compatibilidad con una parte del principio de fundamentalidad: la protección de los derechos y libertades fundamentales.

---

<sup>2</sup> Sin embargo, con la serie de reformas constitucionales que en 1988 y 1994, principalmente, ha sufrido el Poder Judicial de la Federación, la Suprema Corte de Justicia cumple materialmente las funciones de Tribunal Constitucional.

<sup>3</sup> Respeto que de vez en cuando tienen las autoridades estatales.

<sup>4</sup> Dicho esto en términos generales, pues los Tribunales Colegiados también pueden resolver estas cuestiones de conformidad a los acuerdos que emite al efecto la Suprema Corte de Justicia.

<sup>5</sup> Hoy ya no se discute si el amparo es juicio (proceso) o recurso. Es juicio en el sentido de razonamiento del juez en el fallo, lo que permite comprender su doble naturaleza procesal: proceso (amparo indirecto) y recurso (amparo directo). Vid. FIX ZAMUDIO, Héctor, *Metodología, docencia e investigación jurídicas*, Porrúa, México, 1997, p. 201.

No critico ni censuro la cuestión. Lamento, sí, el alejamiento técnicamente no constitucional pero a todas luces legislativo que ha soslayado el bagaje normativo y doctrinario de la tierra del amparo. En mi opinión esto significa lo mismo que sostener la superioridad de la lectura de nuestro Quijote en inglés o en alemán. Claro, ningún pueblo está obligado a seguir a otro con todo y los defectos encontrados y los desencantos perdidos. Sin embargo, la metodología de Derecho comparado que se ha aplicado y que se aplique en el desarrollo del recurso de amparo constitucional no puede degenerar en una mera importación extralógica. Es indispensable, por ende, una inquisición que considere la riqueza constitucional americana y europea.

En esta guisa, en las siguientes líneas trazaré el origen de la configuración actual del recurso de amparo español, comparándolo con nuestro juicio de amparo. Posteriormente, analizaré las peculiaridades del medio de garantía europeo a efecto de centrar la atención en un concepto que es clave para su entendimiento: la subsidiariedad. En España ésta es importante para elucidar la *naturaleza* del amparo. No obstante, sostendré que es innecesaria para la explicación del objeto de estudio. En su lugar, considero factible la aplicación de los principios en que descansa el juicio de amparo en los Estados Unidos Mexicanos.

La radiografía el recurso de amparo obedece a una primaria similitud con el *Verfassungsbeschwerde*<sup>6</sup> actualmente consagrado en el artículo 93. 1, 4) de la Ley Fundamental para la Republica Federal de Alemania (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*) e, inclusive, el *Beschwerde o individualbeschwerde*<sup>7</sup> austríaco. Esto acontece no en el seno de la Constitución, sino en el posterior desarrollo legislativo realizado en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Así, queda al gusto (en el buen sentido de la expresión) del legislador el o los derroteros a seguir para dar forma al consabido recurso. Esto no es objetable, empero, la falta de una doctrina sistemática puede originar construcciones reputadas como extravagantes por prestigiosas plumas;<sup>8</sup> construcciones que autorizan al órgano competente Tribunal Constitucional a reconfigurar en la práctica el medio de garantía.<sup>9</sup>

Además, junto al amparo constitucional existen otros procedimientos sumarios y preferentes para la protección de los derechos que son competencia de la justicia ordinaria. Éstos también son denominados amparo.<sup>10</sup> La distinción entre dichos «amparos» ordinarios y el amparo constitucional produce una tutela no unificada y repartida entre la competencia del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional. En este tenor, si comparamos el juicio de amparo según se creó en México con el recurso de amparo constitucional, resultará que aquel es más amplio que éste. En realidad, el amparo mexicano vendría a contender la mayoría de los procedimientos que se ventilan ante el Tribunal Constitucional, así como mentados amparos ordinarios, con la salvedad de que en el país de América del Norte todos ellos se dan a favor del gobernado. Esquematicemos:

<b>AMPARO EN MÉXICO</b>	<b>PROCEDIMIENTO ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL</b>
-------------------------	--

<sup>6</sup> Vid. RUBIO LLORENTE, Francisco y JIMÉNEZ CAMPO, Javier, *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, McGraw-Hill, Madrid, 1998, p. 34.

<sup>7</sup> Vid. SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, El recurso de amparo constitucional, Características actuales y crisis, Centro de Estudios Constitucionales, Cuaderno de Debate, Madrid 1987, p. 22, nota (2).

<sup>8</sup> Vgr. El concepto de subsidiariedad calificado así por Francisco Rubio Llorente, op. Cit., p. 39.

<sup>9</sup> Caso de la «extensión» que ha hecho el Tribunal Constitucional del requisito del artículo 44.1, c) de la Ley Orgánica en la materia a órganos distintos del judicial. Esto ha sido denunciado en repetidas ocasiones por la doctrina.

<sup>10</sup> Vgr., así se denomina al «Habeas Corpus» en el artículo 4. a) de la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo.

I. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD	RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD CONFLICTOS CONSTITUCIONALES
II. CONTROL DE LEGALIDAD	Puede afirmarse que en forma excepcional y a través del ensanchamiento producido por el artículo 24 de la Constitución Española, el Tribunal Constitucional en el amparo realiza el control de mérito en algunas resoluciones judiciales
III. PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	RECURSO DE AMPARO CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES RELACIONADOS CON EL ARTÍCULO 53.2 DE LA CONSTITUCIÓN

Desde luego, el amparo mexicano también alumbraría dimensiones que en España competen al Poder Judicial (como el contencioso administrativo). Una vez delimitado el campo de acción del recurso de amparo constitucional, veamos cuáles son sus peculiaridades.

### 1. **Ámbito de Tutela**

Comprende la protección de los derechos fundamentales relacionados con el artículo 53.2 de la Constitución en contra de los actos del poder público. Queda excluido el control de constitucionalidad de las leyes y «casi» el control de legalidad. En la práctica del Tribunal Constitucional es posible encontrar protección por *error in procedendo*. Es más, la propia conducta del citado Órgano ocasiona una suerte de casación que ya ha sido puesta de manifiesto.<sup>11</sup>

El recurso, entonces, protege:

- a) Los derechos fundamentales de la Sección Primera del Capítulo II del Título I de la Constitución (art. 41.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional)
- b) La igualdad consagrada en el artículo 14 constitucional (art. 41.1.LOTC)
- c) La objeción de conciencia del numeral 30 de la *lex legum* (art. 41.1.LOTC)
- d) En materia de derechos fundamentales políticos en el caso del artículo 49 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General.
- e) Eventualmente y a través del espectro tutelador del artículo 24 constitucional, el control de legalidad de las resoluciones del Poder Judicial.

### 2. **Procedencia**

La procedencia siempre se da en contra del poder público y no, estrictamente, en contra del poder de los particulares,<sup>12</sup> con todo y la favorable interpretación que el Tribunal Constitucional ha realizado.

Pese a la inexistencia de una doctrina sobre el acto autoritario en España, podemos afirmar que el recurso de amparo constitucional procede en contra de los actos violatorios de los siguientes Poderes:

<sup>11</sup> Vid. Rubio Llorente, op. Cit., p.47

<sup>12</sup> Para el estudio de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares vid. GARCÍA TORRES, Jesús y JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio, Derechos fundamentales y relaciones entre particulares, Civitas, Madrid, 1986.

- a) En contra de las decisiones o actos sin valor de ley de las Cortes o cualquiera de sus órganos, o bien, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas. En este supuesto el plazo de interposición del amparo es de tres meses desde que con arreglo a las normas internas de los órganos el acto conculcatorio sea firme (art. 42 LOTC).
- b) En contra de actos jurídicos o simple vías de hecho del Gobierno o de sus autoridades o funcionarios, o de los órganos ejecutivos colegiados de las Comunidades Autónomas o de sus autoridades o funcionarios o agentes. Es menester agotar previamente la vía judicial. El de interposición es de veinte días siguientes a la notificación recaída en el previo proceso judicial. (art. 43 LOTC).
- c) En contra de las acciones u omisiones del órgano judicial, siempre que cumpla con el agotamiento de todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial; que la violación sea inmediata y directamente imputable a una acción u omisión del órgano judicial, con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso; y, que se haya invocado formalmente en el proceso el derecho constitucional vulnerado, tan pronto como, una vez conocida la violación, hubiere lugar para ello. El plazo de interposición del amparo es de veinte días a partir de la notificación de la resolución recaída en el proceso judicial (art. 44 LOTC).
- d) En materia electoral contra los acuerdos de proclamación de las Juntas Electorales, una vez agotado el recurso ante el Juzgado de lo contencioso-administrativo, en el supuesto del artículo 49 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General.
- e) En contra de actos de los Ayuntamientos y los Colegios Profesionales de conformidad al Auto número 13 del Tribunal Constitucional de 24 de septiembre de 1980 y al Auto número 93 del 12 de noviembre de 1980, respectivamente.

### 3. Legitimados

No solo directamente afectado tiene legitimación, sino también determinadas instituciones: el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal. Al efecto resulta aplicable el artículo 46 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

### 4. Naturaleza

Es el terreno más oscuro del recurso de amparo constitucional. Los problemas para determinar su naturaleza están íntimamente ligados con la relación entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial.<sup>13</sup>

El recurso de amparo constitucional se debate entre dos categorías plenamente delimitadas por la teoría general del proceso: el recurso y el proceso. Utilizando primariamente un término genérico, es posible afirmar que el amparo *es un procedimiento extraordinario formulado para proteger los derechos fundamentales especificados en la ley*. Las aserciones precedentes nos colocan en un terreno pacífico. Nadie controvierte su teleología<sup>14</sup>(tutela de los derechos fundamentales) ni—eso creo—su actualización normativa que se presenta por regla general al agotarse las vías ordinarias de tutela jurisdiccional. El fin presupuesto es logrado sobre una caracterización procesal que define genéticamente al amparo. No hay duda de que éste implica un procedimiento. Sin embargo, en

<sup>13</sup> Importante al actualizarse en los supuestos de mérito el agotamiento de la vía judicial.

<sup>14</sup> Aunque el debate resulta fructífero en el ensanchamiento del radio tutelador en las direcciones de control de legalidad y constitucionalidad que difícilmente pueden discriminarse de la conculcación a normas sobre derechos fundamentales.

España la configuración que resulta de la referida sucesión de actos procesales no ésta elucidada, entre otras cosas, por la falta de delimitación previa de la posición del Tribunal Constitucional respecto del Poder Judicial y a la construcción teórica de las notas que determinarían su esencia. En la sentencia del Tribunal Constitucional 78/1988 de 27 de abril que aparece en el BOE número 125 del 25 de mayo se dice en el fundamento jurídico 1:

Es de destacar, una vez más, que este recurso no constituye una nueva instancia judicial, sino que se trata de un proceso autónomo, sustantivo y distinto, con un ámbito específico y propio para la protección reforzada de los derechos fundamentales, que tiene un auténtico plazo de caducidad para la correspondiente acción ejercitable ante este Tribunal.

La configuración del amparo como proceso—y no como recurso—no es simplemente resultado de la determinación realizada por el Máximo Órgano Jurisdiccional Constitucional, sino por la relación que éste guarda con el Poder Judicial quien ordinariamente es el custodio de la regularidad normativa.

Proceso es «el conjunto de actos mediante los cuales se constituye, desarrolla y termina la relación jurídica que se establece entre el juzgador, las partes y las demás personas que en ella intervienen; y que tiene como finalidad dar solución al litigio planteado por las partes, a través de una decisión del juzgador basada en los hechos afirmados y probados y en el derecho aplicable».<sup>15</sup> Las notas que podemos desprender de la definición anterior no se presentan en un recurso que es un procedimiento dado dentro de un proceso y cuyo fin es la modificación o revocación de una resolución judicial supuestamente lesiva. El propio recurso no siempre constituye la pretensión matriz objeto del proceso y, generalmente, conlleva una relación de supra-subordinación entre un órgano revisor que conoce del recurso y un órgano jerárquicamente inferior que produjo la resolución conculcatoria.

Es evidente que en el amparo la pretensión del legitimado busca directamente la tutela de los derechos fundamentales; pretensión que es objeto del procedimiento ante el Tribunal Constitucional. Dicho procedimiento no es extensivo de instancia judicial ni continuación lógica y cronológica de una sucesión de actos procedimentales ventilados ante el juzgador ordinario. Por ende, no hay relación jerárquica de supra-subordinación ni mucho menos una relación vertical que imponga al juez constitucional la revocación o modificación de la resolución de una autoridad que le éste sometida. Así, en estricto sentido, decir que el amparo es un proceso autónomo, sustantivo y distinto no es necesario sí y sólo sí tomamos las características asignadas a todo proceso. Lógicamente, es autónomo, «sustantivo» y distinto a cualquier otro. Cuestión que no se presenta en el montaje instrumental del recurso.

Desde luego, la ausencia de jerarquía o subordinación procedimental del Poder Judicial al Tribunal Constitucional no equivale a una falta de vinculación entre éstos. En efecto, el monopolio en la interpretación de la Carta Magna y el monopolio en el control de constitucionalidad, así como la fijación del contenido esencial de los derechos fundamentales da al Tribunal Constitucional una *Supremacía* sobre todos los Poderes que guarda celosamente la legitimidad y la legalidad proyectada por el Constituyente.

Claro está que las diversas autoridades del poder público obran—al menos con un alto grado de apariencia—en cumplimiento de los mandatos constitucionales. Sin embargo, ante la

---

<sup>15</sup> OVALLE FAVELA, José, Teoría general dl proceso, Harla, México, 1991, p. 183.

eventualidad de una conducta lesiva es la jurisdicción constitucional la que interviene. Por eso sus procesos y procedimientos siempre resulta excepcionales o, mejor dicho, extraordinarios. Pensar lo contrario, es decir, que la regla general es el constante control de todos los poderes públicos reacios al cumplimiento de la normatividad superior hace innecesaria la teoría de la justicia constitucional.

La naturaleza del llamado (o mal llamado) recurso de amparo constitucional que se evidencia desde la teoría general del proceso, en relación con las funciones que el Tribunal Constitucional tiene asignadas en la democracia española, es la de un **proceso extraordinario**. Ahora bien, esa configuración debe cimentarse desde la dogmática constitucional. Cimiento que encuentra actualización en el célebre principio de subsidiariedad que como veremos es una abstracción innecesaria y fácilmente reconducible a la doctrina genética del amparo creado en México.

### III. Subsidiariedad del Recurso de Amparo

Es sabido que para acudir al amparo es menester agotar previamente la vía judicial, salvo que se impugnen decisiones o actos sin valor de ley de las Cortes o cualquiera de sus órganos, o bien, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas. Igualmente, debe invocarse en el proceso el derecho vulnerado en los términos legales y de extensión que el Tribunal Constitucional ha impuesto.

La subsidiariedad se integra, entonces, con los requisitos *supra* mencionados. Al efecto, Francisco Rubio Llorente afirma: «por subsidiariedad se entiende, en general, la necesidad de que haya una determinada secuencia en la intervención de las distintas instancias decisorias, de manera que no haya de ocuparse la superior de lo que puede resolver con eficacia la inferior».<sup>16</sup> Aserto que encuentra confirmación en el Máximo Tribunal que a propósito del incumplimiento del requisito del numeral 44.1 c) de la Ley de la materia ha dicho: «Lo que se debe analizar, por tanto, es si en dicho recurso se hizo o no la invocación, como era exigible que se hiciera si luego se iba a impetrar el amparo de este Tribunal. Exigencia que dimana de la **naturaleza subsidiaria del recurso de amparo, que requiere que en el ámbito de la jurisdicción ordinaria puedan ser corregidas las lesiones de los derechos fundamentales y libertades públicas, de suerte que este Tribunal sólo ha de preservarlas si el insoslayable intento de que se preservaran en aquel ámbito se realizó sin éxito**».<sup>17</sup>

La subsidiariedad es un principio «básico» elaborado a partir de una construcción teórica que pretende explicar la procedibilidad del amparo.

El principio no aparece ni en la Constitución ni en la ley. Es doctrinario y posiblemente se haya originado en la doctrina alemana a partir de un anota al pie de página de Zweigert.<sup>18</sup> La dudosa paternidad de la subsidiariedad y la consecuente adopción por el Tribunal Constitucional, junto con una acrítica doctrina española no es fuente problema alguno. Al fin y al cabo no hay denominaciones adecuadas *per se*. La explicación teórica de un instituto por medio de principios o dogmas obedece a convenciones terminológicas que bien pueden asentarse en admiraciones e importaciones, en apelaciones autoritarias o llanamente en expresiones eruditas, folclóricas o vernáculas. Desde esta óptica da lo mismo el lugar del que se haya traído el término o el «padre» de la construcción.

---

<sup>16</sup> Estudios sobre jurisdicción constitucional, McGraw-Hill, Madrid, 1998, p.38.

<sup>17</sup> Las negritas y el subrayado son nuestros

<sup>18</sup> Cfr. RUBIO LLORENTE, Francisco y JIMÉNEZ CAMPO, Javier, Estudios sobre jurisdicción constitucional, McGraw-Hill, Madrid, 1998.p.38.

Es verdad, los términos que contienen un concepto o concentran una descripción son convencionales. Sin embargo, a los convencionalismos debe corresponder un mínimo de coherencia.

Así, el problema de la célebre subsidiariedad no es la mera convención del término, sino que ***a través de ella se pretende construir una explicación incoherente con el propio objeto explicado.*** La subsidiariedad sólo puede tener como campo de acción la dogmática de la positividad del recurso de amparo y no la especulación sobre una posible concepción del amparo en donde si serían lícitos semejantes derroteros. Es decir, con el multicitado principio no es descrita o explicada la procedibilidad del recurso que en última instancia correspondería a su naturaleza positiva (la única naturaleza), según fue establecida por el Legislador de conformidad al margen constitucional. En realidad, es reconfigurado el amparo y esto no puede ser su naturaleza, sino la construcción sin límite de lo que se quiera que ésta signifique.

Con la subsidiariedad no son significados los requisitos para actualizar el recurso. Al contrario, menester a su invocación se desnaturaliza el amparo, dejando al operador jurisdiccional en eventual aptitud de elegir o agravar la procedencia.

Por ende, la subsidiariedad como principio del amparo debe abandonarse ya que:

- a) La significancia primaria del término no es concorde con la procedibilidad del amparo. En efecto, el recurso constitucional no es un remedio supletorio o en sustitución de. Todo lo contrario. El amparo es un proceso extraordinario de tutela al que cabe acudir en única instancia.
- b) No explica ni comprende la posición del Tribunal Constitucional respecto de la instancia jurisdiccional ordinaria. Esto es así ya que, como dijimos, no existe relación de supra-subordinación ni jerarquía entre uno y otro órgano.
- c) Es incoherente con la construcción positiva del amparo. En última instancia, la subsidiariedad no es más que una explicación *subsidiaria* para no dar cuenta del funcionamiento regular del proceso extraordinario en el ordenamiento positivo.
- d) Permite la arbitrariedad en perjuicio de la seguridad del impetrante, pues autoriza la construcción de la procedibilidad del recurso sin sujeción alguna al procedimiento legal que vincula al operador jurisdiccional constitucional.<sup>19</sup> La indeterminación intrínseca al exótico principio permite *amplios poderes* en detrimento de la sistematización del recurso. Sistematización que de seguir faltando puede ocasionar el desconocimiento de la noble teleología que inspira al amparo en sede constitucional.

En este orden de ideas, la subsidiariedad como tal no parece explicitar la procedencia del recurso que se desprende del análisis sistemático de las normas que lo reglan. Procedencia que podría resumirse en las siguientes líneas:

***Salvo disposición en contrario, el amparo sólo es procedente una vez que el derecho fundamental probablemente conculcado por un acto de poder no ha sido protegido, a juicio del impetrante, por***

---

<sup>19</sup> Rubio afirma: "Hasta donde sé, nadie ha criticado el hecho de que se haya partido de esta noción puramente doctrinal para deducir de ella requisitos que la ley no impone expresamente, como en el caso, antes señalado, de la extensión a los recursos deducidos por la vía del artículo 43 LOTC de la obligación de satisfacer una exigencia que la ley impone sólo para aquellos recursos de amparo en los que se impugnan actos u omisiones de los órganos judiciales," Estudios sobre jurisdicción constitucional, McGraw-Hill, Madrid, 1998. p.38.

***las instancias jurisdiccionales ordinarias, al agotarse todos los recursos previstos de manera expresa en las leyes.***

El principio combatido no da cuenta de esto ni en sede gramatical ni en sede lógica. En realidad, lo que necesitamos es comunicar mediante la construcción teórica la actualización fáctica de un proceso extraordinario no extensivo de la instancia ordinaria ni vinculado por la necesidad procedimental de revisión por instancia superior. Éste no implica muna carga procesal para el impetrante ni tampoco resulta remedio alterno, adicional, a la carta o, desde luego, subsidiario.

Aunque es obvio, no es obligatorio procesalmente acudir al amparo. Que muchos abogados o abogadas hayan hecho del recurso constitucional el *broche de oro* con el que cierran la contención *inter partes* no debe llevarnos a crear murallas de desestimación o *amparos virtuales* en razón de principios. La contención termina en la jurisdicción ordinaria. Excepcionalmente, puede iniciarse otro proceso. No para suplir deficiencias procesales o reformular argumentos abatidos en sede judicial, sino para cumplir con uno de los cimientos del Estado Español: la tutela de los derechos fundamentales. No es desconfianza al Poder Judicial. Prudencia, sí, ante una probable conculcación que de no ser atendida engendraría una crisis del sistema. Se opta, entonces, por llamar al «guardián de la Constitución» para que analice la conducta del poder que al atacar los derechos desconoce indubitablemente el imperio de la *lex superior*.

El amparo constitucional sigue el canon de fundamentalidad del juicio de amparo mexicano. Por lo tanto, la procedencia del recurso puede ser explicada de mejor manera acudiendo a la teoría del País Americano. No es indispensable la construcción de un principio *camaleón* como el de subsidiariedad. La práctica del amparo mexicano que comenzó hace dos siglos ha ido afinando su procedibilidad. La doctrina por su parte ha construido un sólido derecho de amparo en el que descuellos la explicitación de las bases constitucionales que reglan el instituto. En esta guisa, a través del ***principio de definitividad*** es explicada su procedencia. El principio está contenido en las fracciones III y IV del artículo 107 de la Constitución Política del Estado Mexicano:

Art. 107.....

I a II.....

III. Cuando se reclamen actos de Tribunales Judiciales, Administrativos o del Trabajo, el amparo sólo procederá en los casos siguientes:

- a) Contra sentencias definitivas o laudos y resoluciones que pongan fin al juicio, respecto de las cuales no proceda ningún recurso ordinario por el que puedan ser modificados o reformados, ya sea que la violación se cometa en ellos o que, cometida durante el procedimiento, afecte a las defensas del quejoso, trascendiendo al resultado del fallo; siempre que en materia civil haya sido impugnada la violación en el curso del procedimiento mediante el recurso ordinario establecido por la ley invocada como agravio en la segunda instancia, si se cometió en la primera. Estos requisitos no serán exigibles en el amparo contra sentencias dictadas en controversias sobre acciones del estado civil o que afecten al orden y a la estabilidad de la familia;
- b) Contra actos en juicio cuya ejecución sea de imposible reparación, fuera de juicio o después de concluido, una vez agotados los recursos que en su caso procedan, y
- c) Contra actos que afecten a personas extrañas al juicio;

IV. En materia administrativa el amparo procede, además, contra resoluciones que causen agravio no reparable mediante algún recurso, juicio o medio de defensa legal. No será necesario agotar éstos cuando la ley que los establezca exija para otorgar la suspensión del acto reclamado, mayores requisitos

que los que la Ley Reglamentaria del juicio de amparo requiera como condición para decretar esa suspensión.

Es visible el deber que implica la definitividad. Gracias al principio, el amparo adquiere cariz extraordinario, pues, salvo excepción, el interesado debe agotar los recursos o juicio ordinarios para impugnar el acto conculcatorio de sus derechos fundamentales.

En España sucede algo similar. ¿Hay necesidad de recurrir a la subsidiariedad? No lo creo. El deber que tiene el impetrante de amparo en el país Europeo de agotar la vía judicial no puede convertir en subsidiario o en supletorio al amparo o la actuación del Tribunal Constitucional.<sup>20</sup> Tal vez el *principio de definitividad* no suene místico, mágico o genético de los tiempos, empero, da cuenta coherentemente de la procedencia del recurso y de su carácter extraordinario, y no subsidiario, respecto de la vía que se ventila en el Poder Judicial. Es la definitividad quien le da cariz y abre la puerta a la explicación de la posición del Tribunal Constitucional; definitividad que comprende perfectamente el deber del legitimado impetrante y el cual lo autoriza a acudir al guardián de la *lex legum*.

El recurso de amparo constitucional puede verse beneficiado con la doctrina del juicio de amparo de los Estados Unidos Mexicanos. La aplicación de la definitividad es un ejemplo que como hemos visto permite descartar la subsidiariedad.

---

<sup>20</sup> Vid RUBIO LLORENTE, Francisco y JIMÉNEZ CAMPO, Javier, Estudios sobre jurisdicción constitucional, McGraw-Hill, Madrid, 1998. p.39.