

UNIVERSIDAD PANAMERICANA

**Facultad de Derecho
Posgrado en Derecho**

**Con reconocimiento de validez oficial ante la Secretaría de Educación
Pública bajo acuerdo número 985162 de fecha 17 de agosto de 1998**

**Derechos sociales, insuficiencia de su justiciabilidad
y su control omnicomprendivo de justibilidad**

TESIS QUE PARA OBTENER EL GRADO DE

DOCTOR EN DERECHO

SUSTENTA

Oscar Gutiérrez Parada

"Ciudad de México, a 16 de marzo de 2022

El suscrito, Francisco Vázquez Gómez Bisogno, en mi calidad de director de tesis cuyos datos obran en este documento, y considerando que se han obtenido los cinco votos aprobatorios de la revisión doble ciego, otorgo mi visto bueno a este documento como versión final de tesis doctoral".

Una firma manuscrita en tinta azul, que parece ser la del director de tesis, se extiende sobre una línea horizontal que sirve como espacio para la firma.

A Nayhely, Miguel, Adriana, Roberto, Ariel,
Violeta, Pablo, Loris, Alma, Monserrat,
Alfredo, Sergio, Héctor Leodegario, Luis Octavio, Ray,
por su incommensurable apoyo para hacer realidad
esta etapa de mi vida profesional

A Oscar David

Y a los que sus pensamientos
y acciones hacen de este mundo
un espacio de, y para, vidas dignas

Contenido

Introducción.....	I
Capítulo I. Entendimiento de los derechos humanos en su modalidad de derechos sociales	1
A. Qué son los derechos sociales	2
B. Justiciabilidad de los derechos sociales	31
C. La clasificación de derechos a algo de Robert Alexy	86
D. Modelo de derechos sociales fundamentales de Robert Alexy	130
E. Elementos para la construcción del núcleo intensional de los derechos sociales: una definición operativa	148
F. Proceso legislativo de modificaciones constitucionales en materia de derechos humanos en México: la reforma del 10 de junio de 2011	165
Capítulo II. Sesgos, obstáculos y limitaciones primordiales que operan en contra de los derechos sociales y, en general, de la justiciabilidad ...	193
A. Atención preferente, teórica y práctica, del control de normas: hacia un control omnicomprensivo de la actividad estatal	194
B. Sólo actos normativos y actos positivos: marginación de omisiones normativas y omisiones fácticas	209
C. Derecho, garantía y principio de antiformalismo: atención preferente de formalidades procedimentales	252
D. Distorsión jurisprudencial del parámetro de regularidad constitucional.....	273
E. Focalización en el órgano judicial/jurisdiccional	277
F. Interés jurídico e interés legítimo en el juicio de amparo tratándose de derechos sociales.....	282
G. Las limitaciones de los derechos humanos en su modalidad de derechos sociales no solamente son normativas sino, sobre todo, fáctico/contextuales	373
H. Los derechos humanos requieren de políticas públicas, en especial los derechos sociales: Principio de Programatividad General	440
I. Los derechos sociales entre sí no colisionan en el sentido de la ley de la colisión, y, por ende, no hay ponderación en sentido estricto	488
J. Corolario sobre los sesgos, obstáculos y limitaciones	535

Capítulo III. Componentes de un control omnicomprensivo de la actividad estatal.....	543
A. El control de la actividad estatal	543
B. Resumen general de criterios de control de la actividad estatal	668
C. Construcción de un Sistema Maestro de Control Omnicomprensivo de la Actividad Estatal, y sus subsistemas	671
D. Corolario del control omnicomprensivo de la actividad estatal	748
Capítulo IV. Algo más que justiciabilidad: justibilidad y Sistema Maestro de Control Omnicomprensivo de la Actividad Estatal	751
A. Hacia la exigencia y procesos de justibilidad	751
B. El Sistema Maestro de Control Omnicomprensivo de la Actividad Estatal como proyección integral de la pretensión de corrección y de la vinculación conceptualmente necesaria entre Derecho y Moral	811
C. Fines que persigue y valores que pretende realizar el Sistema Maestro de Control Omnicomprensivo de la Actividad Estatal	902
D. Funciones política y social del control omnicomprensivo	913
E. El Sistema Maestro de Control Omnicomprensivo de la Actividad Estatal y la Constitución del Estado Constitucional de Derecho.....	922
F. Corolario sobre la justibilidad y el Sistema Maestro de Control Omnicomprensivo de Constitucionalidad y de Convencionalidad de la Actividad Estatal	930
Conclusiones.....	935
Anexos	953
Relación de esquemas.....	995
Bibliografía	1003
Contenido sinóptico	1031

Introducción

Boaventura de Sousa Santos señala que “Vivimos en tiempos de preguntas fuertes y de respuestas débiles. Las preguntas fuertes son las que se dirigen - más que a nuestras opciones de vida individual y colectiva- a nuestras raíces, a los fundamentos que crean el horizonte de posibilidades entre las cuales nos es dado elegir.”*

Nuestro estudio parte de una pregunta fuerte: ¿por qué los derechos sociales, que conforman el basamento material de existencia individual aceptable y de convivencia social razonable, poco contribuyen a superar la desigualdad y la pobreza que impiden que grandes sectores de la sociedad desplieguen sus planes de vida con dignidad? Hay varias respuestas, y todas ellas débiles (empezando por la desarticulación entre ellas).

Hacia una respuesta menos débil, que se puede fortalecer y llegar a una respuesta fuerte, tenemos que partir de considerar que hay un sobredimensionamiento de la justiciabilidad de los derechos humanos y, muy en especial de los derechos sociales, olvidando que hay otras alternativas no judiciales, jurisdiccionales o no jurisdiccionales, que no van por el camino del veredicto del juez constitucional sino de la justibilidad (término derivado de la palabra “justible” como algo que puede o no ser justo; “justibilidad” es tanto exigencia como proceso por el cual se evalúa que algo es justo o injusto y se determina si lo es o no).

Esta investigación se desarrolla a partir de hecho, incontrovertible, de que la pobreza y la desigualdad muestran la carencia de bienes básicos para una

* Santos, Boaventura de Sousa, *Sociología jurídica crítica*, Trotta, España, 2009, p. 13.

vida digna, y que esos bienes son los objetos de los derechos sociales; éstos, para su plena vigencia, requieren que la actividad estatal y la de los particulares sea sometida, a petición de parte o *ex officio*, a control constitucional y convencional como parámetros de evaluación sobre si dicha actividad cumple con los requisitos y condiciones de promoción, respeto, protección y garantía de los derechos sociales. Nuestra hipótesis afirma que tal control no es responsabilidad exclusiva del juez constitucional (justiciabilidad) sino, también, de mecanismos, procesos e instituciones no judiciales sean jurisdiccionales o no jurisdiccionales, nacionales o internacionales. La teoría y la práctica jurídicas requieren fortalecer el conocimiento y acciones de las dimensiones paralelas a la justiciabilidad para mejorar la atención de los derechos humanos, tanto individuales como sociales.

Esta hipótesis es dependiente, de alguna manera, de esta otra hipótesis: la justiciabilidad presenta limitaciones ante el reto del pleno goce de los derechos sociales. Una formulación de esta hipótesis en forma clara y contundente es la siguiente: la justiciabilidad es insuficiente para el control constitucional y convencional de los derechos sociales.

Algunas de las limitaciones de la justiciabilidad son propias del diseño normativo e institucional de los depositarios del Poder Judicial, en especial del espacio federal, y muy en específico en la modalidad de protección que llamamos juicio de amparo, singularmente el juicio de amparo indirecto, pues es el mecanismo más utilizado para proteger los derechos sociales, y, además, la modalidad que se conforma por el juicio de amparo nació para la protección de derechos individuales y se ha forzado su operatividad para atender la cada vez más creciente demanda de justicia en materia de derechos sociales. La respuesta ha sido no el rediseño del juicio de amparo

sino agregados con los que se piensa que se puede atender la ingente violación de derechos sociales. Así, por ejemplo (y como lo veremos más adelante), con las reformas en materia de amparo del 6 de junio de 2011, se constitucionaliza la exigencia procedimental de que el quejoso pruebe o acredite contar con interés jurídico o legítimo de manera previa a la admisión de la demanda de amparo.

Las hipótesis mencionadas implican asumir varias cuestiones:

- i) (Hipótesis subalterna I) Al lado de la justiciabilidad hay un conjunto de espacios conformados por mecanismos, procedimientos y organizaciones que no se desempeñan bajo los cánones de lo judicial/jurisdiccional (en el que opera la justiciabilidad); por el contrario, se desarrollan en ámbitos no judiciales jurisdiccionales y no judiciales no jurisdiccionales.
- ii) (Hipótesis subalterna II) La justiciabilidad es sólo un componente más, muy importante, de un complejo sistema de control omnicomprensivo, constitucional y convencional, de la actividad estatal.
- iii) (Hipótesis subalterna III) Los derechos sociales están conectados, de manera conceptualmente necesaria, con la libertad fáctica, la cual, a su vez, está vinculada con bienes colectivos que generan exigencias de justicia social peculiares y, por ende, promover, respetar, proteger, garantizar los derechos sociales implican una adecuada marcha de las autoridades no solamente judiciales sino, en especial, de las administrativas y legislativas (primordialmente el manejo del principio de presupuestación),

actividades a las que subyacen la operatividad del Principio de Programatividad General de los derechos humanos, en especial de los derechos sociales.

Las exigencias y procesos de justicia, tanto en el ámbito de justiciabilidad como de no justiciabilidad, se desarrollan a partir de la justibilidad. Ésta es una noción que permite articular tanto las vías de justiciabilidad como las vías que no recorren la justiciabilidad y que implican una exigencia, quizá mayor, dirigida a todos los actores políticos, principalmente de la administración pública, a la sociedad en su conjunto y a los organismos internacionales, pues la participación de "todos" para atender los problemas del medio ambiente, incluyendo la problemática del calentamiento global, alimentación/nutrición adecuada, disposición de agua potable, salud, seguridad social, vivienda, trabajo digno, educación, y algunos otros más, pero no muchos. Estos problemas, que son el objeto de los derechos sociales, requieren de la mejor organización de las instituciones públicas, y en alguna medida de las organizaciones de la sociedad civil. Esa mejor organización está conectada con las exigencias y los procesos de justibilidad: que las acciones humanas sean justas.

Nuestro estudio pretende dar cuenta del tratamiento de los derechos sociales en nuestro sistema jurídico como un problema de exigencia de justicia que reclama la atención judicial y no judicial, jurisdiccional y no jurisdiccional, lo que implica formas de organización e institucionalización de los poderes públicos y de la sociedad, sin menoscabo del ámbito internacional.

Uno de los mecanismos para la promoción, respeto, protección y garantía de los derechos sociales es la institución del control judicial (jurisdiccional o

no jurisdiccional) de la constitucionalidad y de la convencionalidad de cualquier derecho humano, pero este mecanismo no es el único para tan arduas tareas. Junto a la justiciabilidad de los derechos humanos, incluyendo los derechos sociales, están una serie de instrumentos de carácter no judicial (jurisdiccional o no jurisdiccional) que, junto con la justiciabilidad, están diseñados para operar en favor de la eficiencia, efectividad y eficacia de los derechos humanos, primordialmente en materia de derechos sociales.

La actividad estatal es inconmensurable, pero finita, y sólo una parte de ella es objeto de control, sea judicial o no judicial, jurisdiccional o no jurisdiccional, constitucional o convencionalidad (o ambos), nacional o internacional. La actividad estatal se manifiesta en diversidad de procesos y de productos, y la actividad estatal, incluso de la sociedad y de los organismos internacionales, y que es objeto de control, directa o indirectamente, incide en las tareas de promoción, respeto, protección y garantía de los derechos sociales. Por ello, es indispensable redimensionar lo que está frente a nosotros: la realidad, tanto fáctica como normativa, y junto a ella la realidad que día con día conformamos a partir del planteamiento de fines y valores que pretendemos estén vigentes para que haya un mundo mejor, más justo, más equitativo, más razonable.

Nuestro reporte de investigación está organizado y sistematizado en cuatro ejes, los cuales se corresponden con los cuatro capítulos de este trabajo:

- i) Entendimiento de los derechos humanos en su modalidad de derechos sociales

- ii) Sesgos, obstáculos y limitaciones primordiales que operan en contra de los derechos sociales y, en general, de la justiciabilidad;
- iii) Análisis del control y construcción de un Sistema Maestro de Control Omnicomprensivo de la Actividad Estatal; y
- iv) Algo más que justiciabilidad: justibilidad y Sistema Maestro de Control Omnicomprensivo de la Actividad Estatal.

En el primer eje, capítulo I, desarrollamos qué son los derechos sociales, la problemática de su justiciabilidad, cuáles son los argumentos sobre justiciabilidad desde la perspectiva de la filosofía constitucional, cómo se clasifican los derechos sociales dentro del entramado teórico de los derechos a algo, se examina el modelo de Robert Alexy sobre los derechos sociales y se cierra el capítulo con un análisis del proceso legislativo de modificaciones constitucionales en materia de derechos humanos de 2011.

En este capítulo resalta su aspecto conceptual/metodológico y se proyecta en el conocimiento de qué son los derechos humanos, sobre todo qué son los derechos sociales. La deficiencia conceptual se constituye en sí misma como el primer obstáculo para la adecuada atención de tales derechos: sí, hay que cambiar la realidad, sobre todo institucional, pero si no sabemos qué hay que cambiar, los efectos no serán los esperados y divagaremos en la nebulosa de Orión.

En el entendimiento de los derechos humanos, con especial acento en los derechos sociales, es imprescindible pasar revista a las tesis que consideran que los derechos sociales no son derechos humanos genuinos, en especial su calificación como normas programáticas y cómo se contraargumenta para mostrar que si son genuinos derechos humanos. El análisis sobre la problemática de su justiciabilidad lo ubicamos en dos planos: uno dentro de

la dogmática de los derechos humanos y otro en los cánones de la filosofía constitucional respecto de la cual damos cuenta de los argumentos que justifican y que no justifican la intervención del Poder Judicial en el control constitucional de los derechos humanos, en especial de los derechos sociales. Revisamos la propuesta teórica de los derechos sociales que nos presenta Robert Alexy. El resultado es de insatisfacción en el tratamiento que dicho autor hace de los derechos sociales, lo cual contrasta con su tratamiento de los derechos de libertad (básicamente derechos individuales -civiles y políticos-) y las competencias. Proponemos una reconceptualización operativa de los derechos sociales que sea útil para desarrollar una teoría más sólida sobre ellos y que vaya más allá de la justiciabilidad sin dejar de comprenderla.

En el capítulo II, se repasan temas relevantes vinculados con algunos de los sesgos, obstáculos y limitaciones más relevantes que actualmente afectan el pleno desarrollo de los derechos sociales, su justiciabilidad (control judicial jurisdiccional) y su justibilidad (control no judicial).

El primer sesgo que se analiza es el de la preferencia del estudios del control de normas, lo que desdibuja el control de la actividad estatal: el objeto de control es algo más que el análisis de normas, ya que comprende, además, actos, omisiones (normativas y fácticas), actos materiales de ejecución y estados de cosas (estados de cosas inconstitucionales).

El segundo obstáculo que se examina y que se conecta con el anterior sesgo, es atinente a las omisiones normativas, pues la doctrina y los criterios judiciales son parcos y dejan muchas ventanas sin atender e impacta en la comprensión de los derechos humanos, en especial de los derechos sociales, los cuales están relacionados con programas de política pública

que significan, bajo cierta perspectiva, canales de normatividad del quehacer administrativo que incide en los derechos humanos y que en un sistema federal es altamente complejo, sobre todo cuando consideramos que varios objetos de los derechos sociales han sido calificados como materias concurrentes.

El tercer sesgo tiene que ver con la distinción entre derecho y garantía, pues está aparentemente superada, pero consideramos que no se ha dejado atrás del todo, ya que oculta concepciones normativistas fuertemente formalistas, y por ello se hace alusión a la importancia del principio de antiformalismo. En efecto, insistimos en la diferenciación entre derecho y garantía que, aunque se puede considerar un tópico superado con motivo de las modificaciones constitucionales de junio de 2011, al quedar muy clara y precisa la diferencia entre el derecho y su garantía, todavía hay visos de privilegiar la garantía en detrimento del derecho, es decir, dar mayor atención a las cuestiones adjetivas que sustantivas, incluso implicar una mayor deferencia a las formas -formalismo- que al contenido.

A continuación, se aborda como cuarto sesgo el parámetro de regularidad constitucional, pues su actual concepción judicial distorsiona la pauta convencional al pretender que el parámetro constitucional incluya a la pauta convencional, tanto normativa como jurisprudencial.

El quinto sesgo se refiere a la exagerada focalización, por parte de los operadores jurídicos, en el control judicial jurisdiccional, lo que ha implicado no mirar otras instancias de control no judiciales.

El sexto sesgo implica cargar los datos en el análisis de la justiciabilidad en relación con los derechos sociales, por lo que se examina el tema de la

exigencia procedimental de procedencia del juicio de amparo (indirecto) consistente en que el promovente debe probar contar con interés jurídico o con interés legítimo, lo cual en materia de derechos sociales es injustificado o, en su caso, se trata de una justificación muy débil. Contrastamos nuestras teorías del interés -simple, jurídico y legítimo- con la doctrina colombiana (acción de tutela), y proponemos un nuevo tratamiento de los derechos sociales a partir de presuponer que toda demanda judicial/jurisdiccional conlleva de forma natural un interés social legítimo y que tal no debe ser requisito de procedibilidad del juicio de amparo.

El séptimo sesgo es de suma relevancia para el objeto general de esta investigación, pues se analiza el tema de las limitaciones de los derechos humanos y damos cuenta de la marginación dogmática de las limitaciones fácticas o contextuales en materia de derechos sociales, lo cual es fundamental para una mejor comprensión y para un mejor tratamiento de los derechos sociales. Diferenciamos entre limitaciones normativas, a las que la doctrina da un peso muy especial, y las limitaciones contextuales o fácticas y a las cuales no se presta mucha atención, pero que juegan un papel primordial en materia de derechos sociales. Junto con la reconceptualización de los derechos sociales es indispensable examinar las limitaciones de los derechos fundamentales e identificar cuáles son las limitaciones de los derechos sociales.

En la dogmática de los derechos humanos persiste un fuerte normativismo, es decir, prevalecen los análisis que sólo ven a las limitaciones como normas jurídicas, con lo que se margina que hay otras clases de limitaciones de índole contextual que no son estrictamente normativas y que tienen su anclaje en las situaciones o estados de cosas fácticos.

Estas limitaciones fácticas -falta de igualdad de hecho (la cual se cualifica con base en la metanorma o principio de igualdad de *iure*)- son las que prácticamente afectan la vigencia de los derechos sociales, pues constatamos que normativamente casi no existen limitaciones normativas relativas a los derechos sociales, más bien lo que hay son parámetros de actuación (con alta carga de vaguedad y ambigüedad) que deben seguir los Estados y ello implica necesariamente planificar la actuación de los poderes públicos, siendo el instrumento privilegiado el de las políticas públicas y éstas, principalmente, son responsabilidad del Poder Ejecutivo, el cual, junto con la responsabilidad del Poder Legislativo, posibilitan la atención de los componentes de cada uno de los derechos sociales. El depositario del Poder Ejecutivo, auxiliado por la Administración Pública, “ejecuta”, aplica la “ley”, y realiza actos materiales que inciden directa o indirectamente en los derechos sociales; el depositario del Poder Legislativo, el Congreso General, determina cómo se obtienen y cómo se han de gastar los recursos y con ello orienta a los ejecutores de gasto público sobre cuáles son las acciones que recibirán mayor o menor atención, incluso que no sean atendidos ciertos rubros o que algunos rubros sean sobreatendidos en relación con otros rubros en materia de derechos sociales.

Conectado con el sesgo anterior, como octavo obstáculo examinamos la conexión de los derechos sociales con las políticas públicas e inferimos el Principio de Programatividad General que rige a todos los derechos humanos, en especial a los derechos sociales, pasando revista a los argumentos que señalan que los derechos sociales no son genuinos derechos humanos y que meramente son normas programáticas para concluir que, si bien los derechos sociales nunca perdieron su carácter programático, de ello no se sigue que su tratamiento genérico sea bajo los cánones de las normas programáticas o directrices. Dicho principio se ha

visto fortalecido por las modificaciones constitucionales de junio 2011 en materia de derechos humanos dando lugar a la operatividad del Principio de Programatividad General que opera para todos los derechos humanos, pero muy en especial en relación con los derechos sociales.

Finalmente, el noveno sesgo permite pasar inspección a la ponderación en materia de derechos sociales, constatando la confusión que al respecto prevalece: sí, hay ponderación, pero ésta no opera bajo la ley de la colisión de principios. Es muy raro, por no decir inexistente, que colisionen dos derechos sociales y se pondere al respecto bajo las directrices de la ponderación en sentido estricto, es decir, bajo los cánones de la ley de la colisión.

En el Capítulo III, nos abocamos al análisis del control basándonos en la teoría del control del poder político. Partimos de la premisa de que el Estado moderno (el Estado liberal) surge como la forma de organización política moderna por excelencia y que le es consustancial la limitación y control del poder político. Ante la insatisfacción de la teoría del control político de dar cuenta cabal del control de la actividad estatal tanto constitucional como convencional pasamos a examinar los componentes del control a partir de comprender los diferentes criterios que cada uno de los componentes implica y, con base en un esquema general de componentes de control, construimos un sistema maestro de control omnicomprendivo de la actividad estatal que nos permite dar cuenta de manera puntual de las modalidades de control judiciales y no judiciales, sean jurisdiccionales o no jurisdiccionales.

El Sistema Maestro de Control Omnicomprendivo de la Actividad Estatal, y sus subsistemas principales (judicial y no judicial), es una forma de ver el

control de la constitucionalidad y de la convencionalidad de la actividad estatal que, entre otros puntos, nos permite no invertir tiempo en calificar si nuestro sistema actual se parece más al modelo americano o al modelo europeo (evitando, asimismo, encerrarnos en un alegato doctrinal reduccionista que provoca perderse en ideologizar uno u otro modelo), y concluir trivialmente que tiene aspectos de ambos sistemas. En su lugar, exploramos cómo está actualmente conformado nuestro sistema de control de la constitucionalidad y de la convencionalidad. Dicho sistema permite dar cuenta de los componentes de control de las modalidades de control constitucional y convencional más relevantes en sede judicial y en sede no judicial, análisis que implica el basamento para el desarrollo de diseños institucionales.

En el Capítulo IV, complementamos la operatividad del Sistema Maestro de Control Omnicomprensivo de la Actividad Estatal, y sus subsistemas (judicial y no judicial), y lo dimensionamos con las exigencias de justicia, pero más allá de la justiciabilidad concluyendo que el gran espacio de procesos y exigencias de justicia es la justibilidad en sentido amplio. Así, analizamos la exigencia de justicia y sus procesos para determinar si algo es justo o no lo es, y nos percatamos que la justiciabilidad es sólo un componente más del control de constitucionalidad y de convencionalidad de la actividad estatal, pues los espacios de proyección de la justibilidad son básicamente dos: el judicial que no es otra cosa que justibilidad judicial y que reconocemos genéricamente como justiciabilidad; y el no judicial que identificamos como justibilidad en sentido estricto.

Al interrogarnos sobre el para qué un sistema maestro aparece el cuestionamiento acerca de los fines que debe perseguir y los valores que debe realizar, por lo que la respuesta va por el camino de la pretensión de

corrección del Derecho y, por ende, constatar que entre el Derecho y la Moral existe una relación conceptualmente necesaria, lo que nos llevó a explicitar el origen de dicha pretensión (teoría de los actos de habla) y cómo ésta funge de bisagra entre el Derecho y la Moral.

Asimismo, pasamos revista a las funciones política y social que el control constitucional desempeña en la sociedad, lo cual, *mutatis mutandi*, es aplicable al control convencional.

Cerramos el capítulo IV con el repaso de la clase de Constitución que requiere un Estado Constitucional de Derecho, pues no cualquier Constitución es compatible con los altos fines y valores que como sociedad nos planteamos alcanzar: sólo la Constitución, es decir, el Derecho, del Estado Constitucional de Derecho es el que mejor está equipado para ello.

En nuestro país es palmaria la insuficiencia de los estados de cosas correlativos de los objetos de los derechos sociales. La justicia no está presente, presente está la injusticia, no está presente la equidad, está presente la inequidad. La búsqueda de justicia requiere una categoría que dé cuenta de la exigencia de que las cosas sean justas y que también implique procesos para evaluar y determinar si los estados de cosas son justos o injustos y, asimismo, sea un camino por el que no solamente transite la justiciabilidad sino otros mecanismos que no operan, desde su inicio hasta sus resultados o productos, solamente por la vía de la justiciabilidad. La categoría que proponemos es la de justibilidad. No sólo la justiciabilidad debe perfeccionarse, sino también otras vías que también exigen que las cosas sean justas y aquí es donde primordialmente opera la categoría de análisis que designamos como justibilidad.

Los estudios están volcados al desarrollo y, tímidamente, al perfeccionamiento de la justiciabilidad, lo cual es bienvenido, pero al no ver que hay otras vías de exigencia y procesos para evaluar si las cosas son justas o injustas que no funcionan en el terreno de la justiciabilidad, nuestra imagen de la vigencia de los derechos sociales es incompleta y distorsionada. La justiciabilidad no agota los caminos para que los derechos sociales sean más reales, sin perjuicio de que su existencia comienza en el mundo del deber ser. También hay que perfeccionar los mecanismos que no son de la justiciabilidad como, por ejemplo, las políticas públicas que inciden en los derechos sociales que, aunque, en principio, son justiciables, hay espacios que juegan en materia de derechos sociales que son anteriores a la, en su caso, evaluación vía justiciabilidad.

Que las miradas se enfoquen en la justiciabilidad es muy cómodo para el poder ejecutivo, para la administración pública. A ésta le conviene que los operadores jurídicos sigan insistiendo en que la problemática de los derechos sociales es una problemática que corresponde resolver a los depositarios del poder judicial, es decir, que se habrá de solucionar solamente por la vía de la justiciabilidad. Es necesario redimensionar el control social que se ejerce sobre los depositarios de los poderes ejecutivos (federal y estatal, incluso del brazo ejecutivo municipal) y, desde luego, de sus potentes aparatos administrativos (por lo menos de la federación, de los estados y de municipios medianos y grandes), así como sobre los depositarios de los poderes legislativos, tanto federal como estatales, ya que se requieren fuertes dosis de democracia deliberativa (decisiones presupuestarias, decisiones de priorización de atención de derechos sociales, de transparencia, fiscalización y rendición de cuentas), para que la red de exigencias y procesos de justicia se proyecten no solamente en los problemas de justiciabilidad sino de concurrencia de otros espacios no

judiciales, y en ambos tengamos como pautas de conducta los mejores sistemas morales, políticos, jurídicos y económicos.

En otra perspectiva este estudio es de Filosofía del Derecho, pues la práctica filosófica (bajo los parámetros de la unidad de la razón práctica) interroga sobre los fundamentos últimos de las cosas con miras a hacer reales sus postulados, principios y directrices, y propiciar el mejoramiento de nuestras prácticas sociales inherentes al Derecho, incluyendo las prácticas sobre los derechos humanos, por lo que es imprescindible pasar por una serie de reflexiones sobre las conexiones que el Derecho tiene con la moral y la política, y, de alguna manera básica, pero significativa, con la economía. Gran parte del mundo de vida fluye a través de esos espacios de conocimiento y de prácticas sociales, y en ese mundo hay mundos posibles que debemos explorar y generar los conocimientos y acciones que nos permitan construir un mundo mejor, menos desigual y que tienda a la erradicación de la pobreza.

Así, nuestra investigación está permeada por un presupuesto fáctico: los grados y niveles de desigualdad y pobreza de nuestro país laceran la dignidad humana y hieren gravemente la autonomía de las personas. No podemos seguir sordos, ciegos e insensibles a tanta carencia de vida vital para una vida que se viva <<razonablemente>>, es decir, a final de cuentas debemos hacer todo lo posible porque nuestras vidas estén basadas en la construcción autónoma y realización mínimamente plena de planes de vida y de modelos de excelencia humana. Como no se deja de insistir desde la ética: la justicia se exige, a la vida buena y feliz se invita; sí, pero no podemos invitar sin antes ir construyendo un mundo justo, mínimamente justo.

Los derechos sociales no son cartas que no se envían; viajan y se reciben, y esperan respuestas fuertes, en especial en las relaciones con los pobres: éstos no son hombres de hojalata en espera de un corazón; son personas, completas, como tú y como yo.

Parafraseando a Vincent van Gogh, quien dijo: "...poner pequeños puntos blancos en el negro azulado no es suficiente para pintar un cielo estrellado", podemos señalar que no es suficiente la justiciabilidad para sacar adelante las exigencias y procesos de justicia social, se requiere más y mejor organización institucional pública, y de la sociedad, oír la narrativa convencional, ver las experiencias exitosas y de fracaso en otras latitudes y sentir, sentir mucho, que lo que afecta integralmente a todos es que no haya un piso mínimo de vida digna para todos.

Precisemos: la justibilidad en sentido amplio ha existido desde la formación del Estado moderno y, por ende, la justibilidad estricta no surge como respuesta a la insuficiencia de la justiciabilidad. Más bien ocurre que la justiciabilidad, pensada como respuesta exclusiva de medio de control de la constitucionalidad y de convencionalidad es de suyo limitada ante el reto de los derechos sociales, sobre todo por las peculiaridades de los mismos, y en cuanto considera que lo que realmente afecta a esos derechos son las limitaciones fácticas que requieren ser resueltas no sólo a través de la justiciabilidad sino, primordialmente, a través de mecanismos de justibilidad estricta y en la que la actividad estatal planificada y basada en políticas públicas juega un papel imprescindible, además de su directa conexión con los valores democráticos y el principio de la división de poderes como mecanismos de pesos y contrapesos, frenos y balances entre los órganos de gobierno.

La justiciabilidad es sólo un medio más, quizá de los más importantes, para el control de la constitucionalidad y de la convencionalidad de la actividad estatal que directa e indirectamente incide en la promoción, respeto, protección y garantía de los derechos humanos, en especial de los derechos sociales, pero junto a la justiciabilidad hay diversos espacios que también buscan incidir en dichas acciones. La justiciabilidad y esos otros espacios de proyección de los derechos humanos que reconocemos como justiciabilidad en sentido estricto, conforman un entramado complejo omnicomprendivo de actividades, procedimientos e instituciones.

Por otra parte, hay que señalar que nos apoyamos, por cuestiones metodológico-pedagógicas, en la utilización de esquemas y mapas conceptuales como representaciones gráficas y simbólicas de cosas que se analizan con el objetivo de destacar los elementos más significativos del asunto que se esté tratando.

Capítulo I. Entendimiento de los derechos humanos en su modalidad de derechos sociales

La pregunta acerca de qué es algo es, quizá, la interrogante de primer orden, pues de su respuesta satisfactoria depende la comprensión de los fenómenos y, consecuentemente, al conocer algo se sabe cuáles son sus componentes y peculiaridades. Dicha pregunta implica o se transforma, como si se tratara de una conversión heurística, en la pregunta acerca de cuáles son las propiedades peculiares de algo, es decir, cuál es su núcleo intensional (connotación), tarea específicamente más problemática en materia de hechos sociales (institucionales) como lo son los derechos humanos y, en especial, los derechos sociales.

Conocer qué son los derechos humanos es de gran trascendencia, pues el tratamiento de los problemas a que dan lugar y sus posibles soluciones dependen en gran parte de un entendimiento correcto de ellos¹. Consecuentemente, es imperativo abundar en el concepto de los derechos humanos, enfocando nuestro estudio a su modalidad de derechos sociales.²

¹ Horacio Spector, al abordar qué son los derechos humanos, señala: “Al comprender más claramente qué sentido tienen los derechos humanos en nuestro pensamiento moral y político, estaremos mejor pertrechados para tomar decisiones relativas al alcance de estos derechos, particularmente cuando se hallan en conflicto entre sí o con otras consideraciones éticas y políticas, como el bien social o el principio de mayoría en la toma de decisiones políticas.”, Spector, Horacio, *Derechos Humanos*, en *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, Volumen Dos, Capítulo 43, UNAM-IIJ, Editor General: Jorge Luis Fabra Zamora; Editores: Jorge Luis Fabra Zamora y Verónica Rodríguez Blanco, México, 2015, pp. 1521-1569.

² El razonamiento es el siguiente: si se conoce correctamente qué es algo y presenta alguna problemática, entonces las posibles soluciones fluyen más fácilmente. Así, si de este silogismo condicional ($p \rightarrow q$), negamos el consecuente, necesariamente negamos el antecedente, es decir, bajo *modus tollens*, si el asunto no fluye fácilmente entonces no se conoce correctamente ese algo que presenta alguna problemática, pues sería absurdo negar el consecuente y afirmar el antecedente en el sentido en el que está planteada la premisa inicial, aunque paradójicamente puede suceder que se conozca correctamente algo y la solución no fluya fácilmente, caso en el que el problema ya no es conceptual sino de tratamiento de problemas, pues sabiendo qué es algo, habrá que explorar cómo se presenta el problema, cuándo tiene lugar, quien produce el problema, por qué ocurre (causas), para

A. Qué son los derechos sociales

Empecemos por diferenciar dos problemas: el atinente a (i) qué son los derechos sociales y el inherente a (ii) su justiciabilidad. En la problemática sobre qué son los derechos sociales estamos en el campo conceptual (analítico); en el tema de la justiciabilidad estamos ante un problema conectado con los límites y control del poder político y los modelos de filosofía constitucional en cuanto a la justificación de la justiciabilidad, es decir, la intervención de depositarios del poder judicial³.

1. Planteamiento de la problemática

Para abordar la cuestión acerca de qué son los derechos sociales, consideramos pertinente iniciar con los planteamientos que descalifican a los derechos sociales como genuinos derechos humanos, ya que a partir de la contrastación de características entre los clásicos derechos civiles y políticos y los derechos sociales se va determinando que, en realidad, tanto unos como otros son derechos subjetivos de la clase derechos humanos o derechos fundamentales. Por lo que hace a la segunda temática, la justiciabilidad de los derechos sociales, la abordamos en el apartado

qué se quiere solucionar (fines y valores que se persiguen), etc. Definitivamente la solución de una problemática inicia su camino por el adecuado entendimiento de lo que algo es (problema conceptual). Una correcta definición nos permite determinar que algo es lo que es, es decir, denotarlo porque connota el núcleo intensional (propiedades peculiares) que constituye el concepto de algo.

³ El debate sobre la justiciabilidad no se circunscribe a órganos judiciales, pues hay órganos no judiciales, es decir, no depositarios del Poder Judicial, que ejercen control constitucional y aquí hay que diferenciar si el arreglo institucional ha generado un órgano de control constitucional no depositario del Poder Judicial como el caso de los tribunales constitucionales de España y Chile o el arreglo institucional da lugar a un órgano de control constitucional que es depositario, entre otros órganos, del Poder Judicial como los casos de Alemania y Colombia, pero que técnicamente son equivalentes a órganos judiciales. Junto a estos arreglos institucionales está el singular caso francés en el que un órgano no judicial denominado Consejo Constitucional se considera más cercano al Poder Legislativo que al Poder judicial.

siguiente, ya que sus peculiaridades nos llevan a separar su examen. de este.

2. Tesis que descalifican a los derechos sociales como derechos humanos genuinos

En la pregunta acerca de qué son los derechos sociales⁴ la línea de argumentación recurrente es calificarlos como cierto tipo de normas y a partir de allí derivar una serie de características sobre las que se argumenta que esas peculiaridades no aparecen en los clásicos y auténticos derechos humanos civiles y políticos y, por ende, los derechos sociales se descalifican como auténticos y genuinos derechos humanos.

Las propiedades y características de cada clase de derechos se contrastan para elucidar si los elementos de unos son también elementos de los otros, y la conclusión, *prima facie*, es que son diferentes. Sin embargo, esto no es del todo cierto, pues las características que se resaltan de los derechos sociales también se presentan en los derechos individuales, pero el matiz diferenciador entre una y otra clase de derechos es de grado.

La construcción de conceptos debe atender, básicamente, dos campos de análisis: (i) el núcleo intensional o conjunto de características peculiares del

⁴ Junto con esta interrogante se presenta el problema de las diversas acepciones de la locución <<derechos sociales>>. Al respecto, Rodolfo Vázquez, basándose en Francisco Laporta, da cuenta de una tipología -acepciones- de derechos sociales: (a) derechos sociales entendidos como libertades (V. gr., derecho a fundar sindicatos), ausencia de impedimentos para acciones; (b) derechos sociales como prestaciones (V. gr., derecho a una vivienda), entrega de bienes; (c) derechos sociales como *status legales* (V. gr., jubilado), derecho a ciertas prestaciones, (d) derechos sociales como bienes públicos (estados de cosas benéficos como el derecho a un medio ambiente sano). Vázquez, Rodolfo Vázquez, Rodolfo, *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*, Instituto de Investigaciones Jurídica-UNAM, serie Estudios Jurídicos, Núm. 274, México, 2015., pp. 97-98.

objeto, esto es su connotación y (ii) la extensión o dominio de aplicación del núcleo intensional, es decir, su denotación. Por la parte intensional, cada característica de los derechos sociales genera una tesis que es utilizada para señalar si tal característica se corresponde con alguna característica de los derechos individuales -civiles y políticos.

a) Tesis que considera a los derechos sociales como meras normas programáticas

Algunos autores⁵ siguen la estrategia de calificar, en primer término, a los derechos sociales como meras normas programáticas⁶. Quizá se trate de la

⁵ V. gr., Schmill Ordoñez, Ulises y De Silva Nava, Carlos, "El interés legítimo como elemento de la acción de amparo", en *Isonomía* N° 38, abril 2013, México, p. 263 y siguientes. Al argumento por el que se califican a los derechos sociales como meras normas programáticas subyace el argumento de considerar que esos derechos exclusivamente generan acciones positivas, véase: Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, "Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales", en VV. AA. *Derechos Sociales. Instrucciones de uso*, compiladores V. Abramovich y C. Courtis, Fontamara, México, 2003, pp. 55-78. Abramovich y Courtis señalan, al inicio de su artículo, que "...se ha repetido hasta el hartazgo que las normas que establecen derechos sociales son sólo normas programáticas que no otorgan derechos subjetivos en el sentido tradicional del término, o que no resultan justiciables. De este modo se traza una distinción entre el valor normativo de los denominados derechos civiles -o derechos de autonomía, o derechos-libertades-, que sí se consideran derechos plenos, y los derechos sociales, a los que se asigna un mero valor simbólico o político, pero poca virtualidad jurídica...La principal diferencia que señalan los partidarios de dicha doctrina reside en la distinción entre obligaciones negativas y positivas: de acuerdo con esta línea de argumentación, los derechos civiles se caracterizarían por establecer obligaciones negativas para el Estado...mientras que los derechos sociales exigirían obligaciones de tipo positivo...", pp. 55-56.

⁶ En el apartado H, del Capítulo II, abordamos con mayor detalle los argumentos sobre la consideración de los derechos sociales como meras normas programáticas. En todo caso, hay que tomar en cuenta que considerar a los derechos sociales como normas programáticas está vinculado con la concepción del Estado liberal de corte individualista. Al respecto, vienen bien las anotaciones de Antonio Baldassarre: "[es claro que en el Estado liberal] no podía haber lugar para 'derechos sociales', puesto que hipotizar [sic, hipotetizar] una prestación social como objeto o contenido de un derecho subjetivo y, al mismo tiempo, configurar una pretensión o un poder dispositivo respecto del soberano (legislador) contradecían los principios de fondo en los cuales se apoyaba todo el andamiaje jurídico, en especial la idea de una suerte de 'monopolio público' de las acciones socialmente/políticamente significativas. De esta manera se explica por qué también en las muy escasas (y nunca efectivas) constituciones de la época en que aparecieron los 'derechos sociales' -en especial el derecho a la instrucción, el derecho al trabajo o el derecho a la asistencia en caso de necesidad- éstos nunca se concibieron, y tampoco

tesis que más pesa en contra de considerar a los derechos sociales como derechos humanos auténticos a la par de los derechos civiles y políticos. Considerar a los derechos sociales como meras aspiraciones políticas/sociales cuya programatividad pertenece al mundo de la política genera la consecuencia de que no son justiciables, es decir, su violación o postergación no es objeto de la justicia constitucional porque no son derechos genuinos como si lo son los derechos individuales civiles y políticos. Además, se mezcla el argumento de su no justiciabilidad al señalar que por ser meras normas programáticas un juez está impedido para pronunciarse sobre cuestiones políticas que pertenecen al espacio del Poder Ejecutivo y, sobre todo, del Poder Legislativo⁷.

La tesis por la que se considera a los derechos sociales única y exclusivamente como normas programáticas implica la operatividad del principio de programatividad el cual, según se infiere de dicha tesis, no aplica a los derechos individuales, civiles y políticos, lo cual no es exacto,

de denominaron, como derechos (subjettivos) propiamente dichos, sino más bien como deberes (unilaterales) de la sociedad, si bien enfáticamente definidos como sagrados e inderogables, para con ciertos grupos de ciudadanos especialmente necesitados (cfr. arts. 21 y 22 Constitución francesa de 1793). Si se trata de comprender el sentido de estas normas con las categorías jurídicas propias de la época a que nos venimos refiriendo, la diferencia planteada de esta manera es sustancial, no puramente formal: puesto que mientras que los derechos (subjettivos) nacían, para la ideología de entonces, sólo en el campo de la libertad, los deberes públicos se enraizaban en el terreno de la igualdad, es decir que se derivaban de un principio que, si bien no se resolvía en la igualdad jurídica (y por tanto en la paritaria y abstracta posibilidad de ser titulares de los derechos y de las libertades individuales) constituía simplemente un criterio directivo de la acción pública, un criterio en todo caso residual respecto del valor fundamental de la libertad (negativa).”, Baldassarre, Antonio, *Los derechos sociales*, Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, N° 20, Colombia., 1997, pp. 16-17.

⁷ Más adelante se verá que el debate sobre la justiciabilidad, a partir de modelos de filosofía constitucional, se da entre los poderes legislativo y judicial, marginándose la intervención del Poder Ejecutivo, incluso se soslayan espacios no judiciales jurisdiccionales o no jurisdiccionales de índole internacional y, también, sin perjuicio de las evaluaciones que se generan desde el ámbito social por organizaciones no gubernamentales.

pues estos derechos también requieren de programatividad para su promoción, respeto, protección y garantía.

El punto para resaltar es que en la afirmación de que los derechos sociales son meras normas programáticas se marginó totalmente considerar que los derechos humanos están sujetos al principio de programatividad, el cual analizamos en el apartado H del capítulo II.

b) Tesis de la exigencia exclusiva de acciones positivas de los derechos sociales

La afirmación sobre considerar que los derechos sociales son meras normas programáticas conlleva otra tesis que se maneja en contra de los derechos sociales y que consiste en señalar que los derechos sociales solamente implican acciones positivas y los derechos individuales acciones negativas, lo cual no es exacto, pues tanto unos como otros implican acciones positivas y acciones negativas⁸.

⁸ La tesis que señala que los derechos sociales solamente implican acciones positivas y los derechos individuales -civiles y políticos- solamente conllevan acciones negativas es la tesis con la que inician su análisis Víctor Abramovich y Christian Courtis en su obra ya clásica *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Op. Cit., pp. 21 y siguientes. Sin embargo, en su artículo “Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales”, en VV. AA. *Derechos Sociales. Instrucciones de uso*, compiladores V. Abramovich y C. Courtis, Fontamara, México, 2003, pp. 55-78, señalan, al inicio, que “...se ha repetido hasta el hartazgo que las normas que establecen derechos sociales son sólo normas programáticas que no otorgan derechos subjetivos en el sentido tradicional del término, o que no resultan justiciables. De este modo se traza una distinción entre el valor normativo de los denominados derechos civiles -o derechos de autonomía, o derechos-libertades-, que sí se consideran derechos plenos, y los derechos sociales, a los que se asigna un mero valor simbólico o político, pero poca virtualidad jurídica...La principal diferencia que señalan los partidarios de dicha doctrina reside en la distinción entre obligaciones negativas y positivas: de acuerdo con esta línea de argumentación, los derechos civiles se caracterizarían por establecer obligaciones negativas para el Estado...mientras que los derechos sociales exigirían obligaciones de tipo positivo...”, pp. 55-56. Para nosotros el argumento de que los derechos sociales solamente implican obligaciones positivas forma parte del argumento general de calificar a los derechos sociales como meras normas programáticas, véase al respecto el desarrollo y crítica del argumento “programático” en el Apartado H de este Capítulo II.

Lo que cabe resaltar es que la intensidad de acciones positivas es más alta en el caso de los derechos sociales que en el de los derechos individuales - civiles y políticos-, aunque de éstos no hay que escatimar que hay derechos cuya intensidad de acciones positivas es significativa⁹.

c) Tesis del costo de los derechos

Las tesis anteriores, es decir, considerar que los derechos sociales son meras normas programáticas y solamente implican acciones positivas, se acompañan del argumento sobre el costo de los derechos: si los derechos sociales son meras normas programáticas y sólo implican acciones positivas entonces generan costos inaprehensibles que no pueden ser sorteados por el Estado. Esta tesis es falaz pues juega en contra de la progresividad de los derechos humanos, en especial de los derechos sociales, y, en el fondo, lo que muestra es una ilegítima actuación estatal para atender las prioridades de desigualdad y pobreza en países como el nuestro en el que el manejo de las cuestiones económico/sociales no es el adecuado.

Las tres tesis aludidas, normas programáticas, sólo acciones positivas y altos costos para su otorgamiento, vistas en conjunto se utilizan para señalar el carácter de los derechos sociales como derechos no genuinos, en especial la tesis sobre considerar que los derechos sociales son meras normas programáticas. Sin embargo, diversos autores muestran incontestablemente que las tesis referidas son falaces y que sólo se trata de cuestiones de grado, pues todos los derechos humanos tanto implican observar el principio de programatividad general¹⁰ como, conjuntamente, acciones positivas y

⁹ El caso de los derechos políticos como, por ejemplo, el de sufragio, implican diversas acciones positivas como las que se requiere para organizar elecciones.

¹⁰ Analizamos el principio de programatividad general en el apartado H del capítulo II.

negativas y, además se agrega la tesis de que todos los derechos tienen costos.

3. Parámetros que informan el núcleo intensional de los derechos sociales

Cuando se observan los objetos de los derechos sociales, es decir, las prestaciones exigibles, principalmente, al Estado (salud, seguridad social, vivienda, educación, alimentación, medio ambiente, agua, trabajo, etc.), se evidencia que están conectados con los elementos materiales de existencia y de vida de las personas, pues se comienza por contar con una vida digna como basamento para que las personas cuenten con la mínima autonomía que les permita proyectar su dignidad material y espiritual para estar en aptitud de elaborar planes de vida y plantearse modelos de excelencia humana.

Además, la satisfacción relativa de los elementos materiales de existencia hace posible el ejercicio de la libertad fáctica¹¹ y en ésta se comienzan a

¹¹ Es importante no perder de vista el principio de “liberación de la privación”, pues, consideramos, está conectado con la libertad fáctica de manera estrecha. Sobre dicho principio, señala Antonio Baldassarre: “... constituye precisamente el fundamento de valor de los ‘derechos sociales’. Mientras la base lógica del sistema [político-constitucional] está dada por la libertad ‘natural’ (o negativa), el principio de la ‘liberación’ aparece extraño, es más, antitético, respecto del sistema mismo, como percibieron claramente quienes sostenían que ‘Estado de derecho’ (liberal) y ‘Estado social’ (democrático) eran inconciliables. Pero cuando el fundamento del sistema se torna la libertad ‘positiva’, con sus corolarios en materia de ‘dignidad humana’ y de igualdad, el principio de ‘liberación de la privación’ adquiere un carácter de coexistencialidad y de primariedad en el sistema mismo, en cuanto sin él la ‘libertad positiva’ y la *equal Liberty*, que es la sustancia y el valor de la primera, perderían todo significado. Todo ello explica cómo y por qué los ‘derechos sociales’ no sólo son compatibles con la democracia, sino que constituyen también un componente esencial de los valores fundamentales de la misma. En efecto, si es verdad que en los sistemas democráticos el sujeto individual ya no se considera sólo como portador de una ‘legalidad’ propia y primigenia -de una suerte de reflejo individualista de ese *pan* originario constituido por la ‘legalidad natural’ que el ordenamiento debe sólo ‘reconocer’ y, a lo sumo, limitar (derechos fundamentales como expresión de una originaria *libertad natural*)- sino que se considera ante todo como sujeto definido en y por las propias relaciones sociales, es decir como *homme situé* (según la afortunada expresión de George Burdeau), de ello se sigue que

dar las proyecciones sobre planes de vida y modelos de excelencia humana. Estos elementos, conjuntamente, nos proporcionan vida digna como fundamento de la autonomía que se requiere para participar con libertad y en pie de igualdad en el discurso.

Una de las dimensiones más relevantes del discurso está dada por los procedimientos democráticos en los que las personas participan de manera digna, autónoma, libre y bajo condiciones de igualdad para incidir en la deliberación pública y determinar, entre otros aspectos, el contenido y alcance de los derechos humanos, tanto individuales como sociales.

El que los derechos sociales estén indefectiblemente conectados con las condiciones materiales de vida y, por ende, constituirse como precondiciones para la construcción de la autonomía de las personas y éstas estén en aptitud de formular planes de vida y seguimiento de modelos de excelencia humana, implica, concomitantemente, la posibilidad de participar en el discurso a través de los procedimientos democráticos en los

los derechos fundamentales pueden tener una estructura que, además de reflejar la posición original (es decir la individualidad) del hombre como persona, refleja también las posiciones ligadas a relaciones particulares, o estatus, dirigidas a determinar en forma derivada, pero no por ello menos esencial, la subjetividad (este otro perfil de los derechos fundamentales, en virtud del cual el hombre es visto no sólo como 'creador' de las propias relaciones jurídico-sociales sino también como 'parte' o 'consecuencia' de las mismas, está bien presente incluso en los autores y en los ordenamientos que permanecen ligados al concepto de libertad-propiedad, en los cuales, precisamente en relación con los principales 'derechos sociales', se habla de *new property*). Esta profunda transformación jurídico-constitucional corre paralela, por lo demás, con una transformación histórica de gran importancia relativa a la relación entre sociedad y Estado. Como se recordaba antes, un sistema fundado en el principio de la libertad natural (o negativa), como el del 'Estado liberal', supone que la principal regla distributiva de los beneficios sociales está determinada por las contingencias sociales y por las relaciones 'espontáneas' de los poderes existentes en el mercado, sin el mínimo concurso de las elecciones conscientes de la autoridad política. En cambio, el Estado democrático moderno ha invertido esta posición, colocando la distribución de los beneficios y de los sacrificios sociales bajo la dirección o la vigilancia del poder público y considerándola como su propia tarea primaria.", Baldassarre, Antonio, *Los derechos sociales*, Op. Cit., pp. 52-55.

pp. 54 "

que se proyecta dicha autonomía y se ejercen libertades y competencias jurídicas.

Así, los derechos sociales se constituyen como los parámetros relativos contextuales de la libertad fáctica y, por ende, son los derechos subjetivos que tienen como objeto las prestaciones fácticas y normativas exigibles primordialmente al Estado para que una persona tenga la libertad fáctica, es decir, pueda elegir entre hacer o no hacer lo permitido, para (a) hacer planes de vida y plantearse el seguimiento de modelos de excelencia humana (autonomía) y (b) ejercer libertades y competencias jurídicas.

Asimismo, de la naturaleza de los objetos de los derechos sociales (prestaciones) que dan sustancia a la libertad fáctica, aparece la exigencia de igualdad material. A decir de José García Añón, “Los derechos sociales se fundamentan en la idea de igualdad sustancial como uno de los valores o aspectos de la justicia necesarios para la protección de la dignidad de las personas.”¹²

La importancia de la igualdad material en el Estado Constitucional de Derecho es puesta de relieve por Miluska Orbegoso, que, en el caso del Estado español, da sentido a la cláusula social, prevista en el artículo 1, parágrafo 1, de la Constitución Española¹³:

“...la igualdad material se constituye como condición y fundamento del principio del Estado Social, pues sólo podemos entender el significado de la cláusula social si lo hacemos en los términos de la igualdad la igualdad formal supone una realidad que el Estado debe

¹² García Añón, José, “Derechos sociales e igualdad”, en VV. AA. *Derechos Sociales. Instrucciones de uso, Op. Cit.*, p. 79.

¹³ Constitución Española: “Artículo 1. 1. España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.”.

respetar; mientras que, la igualdad material, una meta que debe alcanzar...

La igualdad material permite que todo ser humano pueda acceder en igualdad de condiciones a todos los bienes necesarios para alcanzar una vida digna, que como fin en sí mismo el hombre necesita. Así, la dignidad es robustecida a través de la igualdad material y los derechos fundamentales se ven reforzados permitiendo una “igualdad de oportunidades”, pues sin poder satisfacer por nosotros mismos necesidades básicas, menos aún podremos optar en igualdad de condiciones en el concurso de metas aún más altas.”¹⁴

4. Estructura de los derechos sociales

En cuanto a la estructura canónica de los derechos humanos, sean individuales o sociales, en la doctrina se maneja que se trata de una relación triádica¹⁵, es decir, consta de tres elementos: titular del derecho, sujetos

¹⁴ Orbegoso Silva, Miluska Fiorella, *La protección de los derechos fundamentales en las prestaciones sociales: relevancia de la organización y el procedimiento*, Universidad de Navarra, Facultad de Derecho, Pamplona, Es., diciembre 2016. Fuente: <https://dadun.unav.edu/handle/10171/54580>, pp. 59-60. Para Orbegoso, una de las funciones primordiales de la Administración Pública del Estado social es la consecución de la igualdad material. Al respecto, señala: “La Administración Pública Prestadora tiene la tarea de ejecutar en el más alto grado posible la realización material del programa social recogido en la Constitución, esto es, la obligación de alcanzar una igualdad material. En ese sentido, podemos decir que el objetivo de la Administración prestadora es la procura existencial, a la que podríamos definir como aquellos bienes o servicios que la comunidad por sí misma no puede permitirse o que por sí misma no podría ofrecerse (p. 98)... la Administración Pública siempre y en todo momento se encuentra sometida a la Constitución, que aun cuando realiza una actuación material se encuentra sometida a los principios que caracterizan a un Estado de Derecho, esto es, legalidad entendida en el sentido antes comentado, división de poderes, respeto a los derechos fundamentales, entre otros. Es decir, que en cada paso de su actuación la Administración Pública debe recordar que la sola garantía de la prestación no es suficiente. Por ello, en su cometido de alcanzar la igualdad material no sólo debe buscar niveles de eficacia y satisfacción en el beneficiario, sino que también debe tener presente que, debido a que con su actuación puede invadir esferas personales; los derechos fundamentales y en concreto la libertad son límites infranqueables (pp. 193-194)”

¹⁵ Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Op. Cit., pp. 164-165. Señala Alexy: “... el derecho a algo puede concebirse como una relación triádica cuyo primer elemento es el portador o titular del derecho (a), su segundo elemento, el destinatario del derecho (b) y su tercer elemento, el objeto del derecho (G). Esta relación triádica se expresará mediante <<D>>. ...”; Arango Rivadeneira, Rodolfo, “Derechos Sociales”, en *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, Volumen Dos, Capítulo 47, UNAM-IIJ, Editor General: Jorge Luis Fabra Zamora; Editores: Jorge Luis Fabra Zamora

obligados y objeto del derecho o prestación; sin embargo, si observamos con detenimiento la estructura de los derechos humanos, realmente se trata de una relación tetraédrica¹⁶, es decir, estamos en presencia de, al menos, cinco componentes de los que uno de ellos opera como núcleo fáctico y los demás son una construcción normativa que opera dependiendo de las características del núcleo fáctico. Los componentes normativos relativos a los sujetos obligados se excluyen o incluyen según las características del núcleo fáctico.

Los componentes son los siguientes: la parte central o núcleo es un elemento fáctico compuesto por (i) la situación o posición fáctica en la que una persona se encuentra -su realidad-, y en la que aparece necesariamente un elemento relativo a algo o una cosa que la persona requiere y que se refleja en el espacio normativo -normativiza- como (ii) el objeto del derecho; asimismo, la persona real también se normativiza y asume la calidad de (iii) persona jurídica titular del derecho -es decir, tiene un derecho-; la exigencia de la carencia -objeto del derecho- se tiene respecto de alguien, es decir, quién debe proveer la cosa -objeto del derecho- del que carece la persona configura normativamente el obligado a proporcionar la cosa lo que se

y Verónica Rodríguez Blanco, México, 2015, pp. 1677-1711. Señala Arango, al referirse a la estructura de los derechos sociales: “Los derechos sociales, al igual de los demás derechos, tienen una estructura triádica o de tres elementos: titular del derecho (1), sujetos obligados (2) y objeto del derecho o prestación (3).”, p. 1690.

¹⁶ Utilizamos la imagen de la estructura ideal de una molécula tetraédrica con un átomo central de la geometría molecular tetraédrica, y parte de su significado (véase: Wikipedia:https://es.wikipedia.org/wiki/Geometría_molecular_tetraédrica), para evidenciar que los derechos humanos, en especial los derechos sociales, implican una relación de, por lo menos, cinco elementos.

traduce en el elemento del obligado a prestar el objeto del derecho y que puede recaer, primordialmente, en el (iv) Estado o en un (v) particular¹⁷.

¹⁷ Visibilizar a los particulares como obligados respecto de ciertos deberes en materia de derechos humanos se circunscribe al tema del efecto horizontal de los derechos humanos, tema al que subyace la pregunta de si los particulares pueden afectar derechos humanos; la respuesta es afirmativa. El efecto horizontal de los derechos humanos, a decir, de Pablo Marshall Barberán, "...es denominado de esa manera en oposición al efecto vertical. El primero hace referencia al efecto de los derechos fundamentales en las relaciones jurídicas entre los particulares, esto es, entre sujetos sin potestad estatal; el segundo, hace referencia al efecto de los derechos fundamentales en las relaciones jurídicas entre el Estado o alguno de sus órganos y los particulares que están sujetos a su imperio... La versión tradicional de los derechos fundamentales no había dado cuenta del efecto horizontal. Esta versión tradicional se constituye desde un punto de vista formal por dos características. Primero, considera que los derechos fundamentales son derechos subjetivos, o sea, relaciones jurídicas que hacen depender el cumplimiento de la obligación de la voluntad del titular y que se establecen para cautelar su interés. Segundo, son derechos subjetivos públicos, cuyo titular es el ciudadano y cuyo destinatario o sujeto pasivo es el Estado. Desde un punto de vista material, los derechos fundamentales se consideran límites a la intromisión estatal en la esfera de autonomía de los individuos, fundados en la dignidad inherente al ser humano y en la expectativa de éste de buscar su propia felicidad. En la versión tradicional no hay, por tanto, lugar para su efecto horizontal.... La versión tradicional de los derechos fundamentales ha sentado las bases de la comprensión moderna de la legitimidad del Estado. Sin embargo, sus características han mutado en algunos aspectos. Así, la comprensión de los derechos fundamentales también como derecho objetivo, con la asunción de los sistemas de control judicial de constitucionalidad, o el reconocimiento de derechos colectivos fundados en la identidad comunitaria o colectiva, son algunos de los cambios que ha experimentado la versión tradicional. Se ha sostenido que esos cambios pueden entenderse como un cambio de paradigma en la comprensión de los derechos fundamentales, sin embargo, no se nota una diferencia esencial en la función y fundamentación que subyace a éstos.

Dentro de estos cambios, la eficacia puramente vertical de los derechos fundamentales en su versión tradicional ha sido cuestionada. El avance de las teorías que consideran que los derechos fundamentales son aplicables frente a particulares obedece a dos líneas de justificación. La primera, sostiene que los derechos fundamentales son conceptualmente omnicomprensivos, esto es, que su vigencia vincula tanto al Estado como a todos los demás individuos. En esta línea, los derechos fundamentales vienen a reemplazar a la ley natural como vinculación supraconvencional del orden de la sociedad. Históricamente se puede comprender la justificación de esta concepción de los derechos fundamentales como la modernización discursiva de la filosofía jurídica teológica cristiana.

La segunda línea de justificación del efecto horizontal argumenta un cambio de paradigma en los derechos fundamentales. Esta postura coincide con la versión tradicional, pero sostiene que políticamente es necesario que los derechos amplíen su eficacia y vinculen también a los particulares. La forma con que se construye dicha variación ha admitido diversas elaboraciones. Esta segunda línea es la que se ha desarrollado de manera más seria y consistente en el derecho comparado.", Marshall Barberán, Pablo, "El Efecto horizontal de los derechos y la competencia del juez para aplicar la Constitución", en *Estudios Constitucionales* [Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca], Año 8, N° 1, 2010, pp. 44-45. Un ejemplo del efecto horizontal de los derechos

De lo que se trata es de evidenciar que la posición fáctica forma parte de la relación estructural de los derechos humanos, en especial de los derechos sociales, y por lo que hace al elemento relativo al sujeto obligado hay que destacar que puede tratarse del Estado o de un particular, pues hay que tener presente el efecto horizontal de los derechos humanos¹⁸.

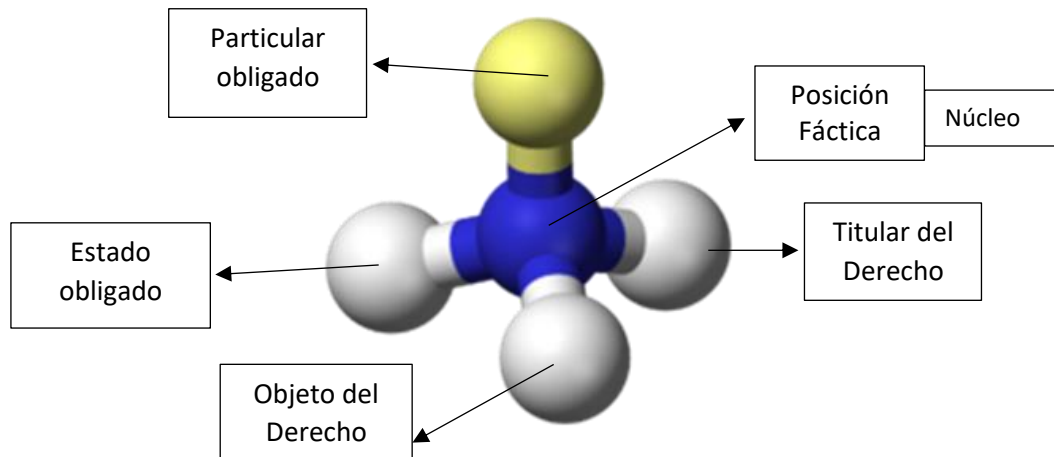
humanos lo constituye el Derecho a la Protección de Datos Personales en posesión de particulares, el cual, en nuestro país, siguiendo pautas internacionales y de otros países de la comunidad europea, está, relativamente, bien regulado y existe un órgano constitucionalmente autónomo, el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, es, en primera instancia, quien garantiza ese derecho. Véase: López Sánchez, Rogelio, “El efecto horizontal del Derecho a la Protección de Datos Personales en México”, en *Cuestiones Constitucionales*. Revista Mexicana de Derecho Constitucional, Núm. 27, julio-diciembre 2012, UNAM-IIJ, México, pp. 193-212. A decir, de Rogelio López Sánchez, “Pero más allá del asombroso fenómeno de desustancialización de la vida en esta era del vacío y del morbo social generado por la publicidad de nuestras vidas, nos avocaremos a analizar la relación que tiene la vulneración al derecho a la intimidad, principalmente los datos personales en el acontecer diario, a través de la publicidad de nuestros datos por grandes corporativos tanto nacionales como internacionales cuyo objeto comercial es el procesamiento de datos. Esto ha significado una ruptura de un paradigma: el que los derechos fundamentales también sean sujetos de protección en contra de violaciones cometidas por particulares.

En este sentido, la relación entre el derecho privado y el derecho constitucional fue vislumbrada desde hace años por la jurisprudencia y la doctrina alemana de derecho constitucional, principalmente lo que la jurisprudencia alemana ha definido como *Drittwirkung der Grundrechte* (Eficacia Horizontal de los derechos fundamentales o frente a particulares), teniendo como inspiración principal, la teoría de la eficacia inmediata de los derechos fundamentales, explicada en términos simples como aquella que busca la eficacia inmediata de los derechos en cualquier sistema jurídico, independientemente si se encuentra en situaciones de derecho público o privado.”, pp. 198-199.

¹⁸ Respecto del efecto horizontal de los derechos humanos nos parece que es importante tomar en cuenta la Observación General núm. 24 (2017) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las actividades empresariales, en la que, en el párrafo 1 de la Introducción se señala lo siguiente: “I. Introducción. 1. Las empresas desempeñan un papel importante en el ejercicio efectivo de los derechos económicos, sociales y culturales, entre otras cosas por su contribución a la creación de oportunidades de empleo y —mediante la inversión privada— al desarrollo. No obstante, a menudo el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se ha encontrado con situaciones en que, a raíz del incumplimiento por los Estados, en el marco de sus competencias, de normas y disposiciones de derechos humanos internacionalmente reconocidas, las actividades empresariales han tenido repercusiones negativas en los derechos económicos, sociales y culturales. El objetivo de la presente observación general es aclarar las obligaciones que tienen los Estados partes en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en esas situaciones, a fin de prevenir y encarar los efectos adversos de las actividades empresariales en los derechos humanos.” (Fuente:

Esquemáticamente:

Esquema 1. Estructura tetraédrica de los derechos humanos



5. Fundamento de los derechos sociales

Sobre el fundamento de los derechos sociales lo primero que hay que señalar es que son derechos humanos y éstos tienen diversos fundamentos según la perspectiva que se adopte, pero cualquiera que sea, salvo la perspectiva estrictamente positivista (los derechos humanos derivan su fundamento de un acto autoritativo), su fundamento reside en la moral, es decir, son derechos morales cuyas características son las de su universalidad, ser absolutos y ser inalienables.

<http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=4slQ6QSmIBEDzFEovLCuW1a0Szab0oXTdlmnsJZZVQclMOuuG4TpS9jwlhCJcXiumBy835dMBXxx3qbFbFIQsxmftFUOg56%2F9JM1LMnnqJ1PRyKELBcKJtCKvrXnf%2FIH>

Brevemente, basándonos en los estudios de Rodolfo Vázquez¹⁹, la universalidad significa que los derechos humanos tienen como titulares a todos los seres humanos lo que implica que su positivización es contingente, pero no por ello importante en términos de consensos para su instrumentación. Nos parece que junto con la universalidad están el carácter interdependiente de los derechos humanos, es decir, todos conforman un entramado de vínculos por los que no se entienden unos sin otros y el carácter de indivisibilidad que consiste en que al ser inherentes (esencial y permanente en el ser humano y que no se puede separar de él y no depende de algo externo)²⁰ no se pueden separar de él.

Que sean absolutos “alude a la fuerza que tienen los derechos”²¹, la cual les viene dada por la relevancia constitutiva que deriva de los bienes que protegen²² y, por tanto, “el carácter absoluto debe predicarse de esos mismos bienes y no de los derechos juridificados [positivizados]”²³, lo que importa no es si se resalta el derecho o el deber sino el bien que protegen, es decir, el valor que protegen y, así, realmente no hay primacía entre derecho o deber, pues unas veces, emotivamente, se resalta que tenemos derechos (el lenguaje de los derechos) y otras veces, también emotivamente, que tenemos deberes (el lenguaje de los deberes), los cuales, primariamente son correlativos. No obstante, es importante destacar

¹⁹ Vázquez, Rodolfo, *Derechos Humanos. Una lectura liberal igualitaria...* Op. Cit., Este autor señala: “... puesto que [si] los valores, intereses o necesidades [que protegen los derechos humanos] son anteriores a las protecciones normativas [positivas] entonces la universalidad debe predicarse de tales bienes, pero no de los sistemas institucionales de protección entre los que incluimos el sistema jurídico. La exigencia de satisfacción de tales bienes por parte de terceros puede ser una exigencia moral no institucionalizada jurídicamente por lo que es posible hablar de ‘derechos morales’ y distinguirlos de los ‘derechos jurídicos’.”, p. XIII [Preliminares].

²⁰ Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, www.rae.es; voces: inherente, intrínseco.

²¹ *Idem.*, p. XIII [Preliminares]

²² *Idem.*, p. XIV [Preliminares]

²³ *Idem.*

que en el caso de los derechos sociales desde el punto de vista de la autoridad el fundamento se clarifica más cuando se considera el principio moral “lo que nos debemos unos a otros”²⁴, ya que la universalidad no sólo se proyecta en la individualidad (singularidad) de cada ser humano sino también en posición social y, entonces, hay que hablar en plural, de los derechos humanos de los seres humanos -la humanidad-, y si bien unos se concretan en nuestra individualidad como, por ejemplo, el derecho a la intimidad, ésta sólo tiene sentido en proyección social.²⁵

Respecto de la característica de que los derechos humanos son inalienables, señala Rodolfo Vázquez que:

²⁴ Scanlon, T. M., *Lo que nos debemos unos a otros. ¿Qué significa ser moral?*, Paidós, Es., 2003. De esta obra véase el capítulo 5, La estructura del contractualismo (p. 243), en especial el apartado 8, ¿Deben tener primacía los menos favorecidos?, p. 283. Destaca este autor dos principios de ayuda: el principio de auxilio y el principio de servicio. En el primero se señala que “si a usted se le presenta una situación en la que puede impedir que ocurra algo muy malo, o en la que puede aliviar la penosa situación de alguien con sólo un pequeño (o incluso moderado) sacrificio, entonces sería incorrecto que no lo hiciere” (p. 285); en el segundo, el cual es más débil y amplio que el primero, Scanlon lo refiere mediante un ejemplo: “Supongamos que, en el transcurso de una conversación, descubro que poseo una información que sería de gran ayuda para la persona con quien estoy hablando porque le ahorraría una gran cantidad de tiempo y de esfuerzo en la persecución de su proyecto de vida. Seguramente estaría mal que yo no le suministrase (por pura indiferencia) esa información, cuando no existe ninguna razón convincente para no hacerlo. Sería irrazonable rechazar un principio que nos exigiese ayudar a otros de ese modo (aunque no se encuentren en situación desesperada), ya que dicho principio no nos exigiría ningún sacrificio importante.”, (p. 285). Estos principios, y en general el principio de “lo que nos debemos unos a otros”, se puede ver en dos planos: en el plano de las relaciones entre particulares y el plano en el que opera la autoridad, la cual se ciñe al principio de “dar lo que se debe por los que conforman la representación política, sea legislativa, ejecutiva o judicial (ésta en un sentido amplio de representación política) a otros que conforman sus representados o, en el caso judicial, su pretensores”, es decir, la proyección de las obligaciones prestacionales en las que el sujeto obligado es el Estado.

²⁵ Figuradamente podemos decir que Robinson Crusoe proyecta sus derechos humanos hasta que “llega” Viernes, antes de ello sencillamente no está en sociedad y sus derechos humanos están, digámoslo así, latentes. De ello no se sigue que sólo en una colectividad se justifican los derechos humanos y mucho menos que las comunidades son su fundamento último. De lo que se trata es de ver al ser humano en toda su individualidad, pero en posición social. Valiéndonos de la terminología de Searle podemos afirmar algo así como que los derechos humanos, y sobre todo los derechos sociales, cobran pleno sentido bajo los parámetros de intencionalidad colectiva.

“Inalienable puede entenderse como no renunciable o bien como no abandonable. El individuo que renuncia deja de ejercer un ‘derecho discrecional’ que, sin embargo, sigue poseyendo. Por ejemplo, puedo renunciar al derecho a la vida o a la libertad pero, a diferencia de renunciar, abandonar significa que o que se aliena es el derecho en cuanto tal. Por lo tanto un derecho inalienable es aquél que se puede renunciar pero no abandonar...significaría que no pueden abandonarse los bienes o necesidades, pero se puede renunciar a los derechos jurídicos. De nueva cuenta, el carácter de inalienable debe predicarse de tales bienes y necesidad [lo que protege el derecho humano].”²⁶

Por lo que hace al fundamento de los derechos humanos, siguiendo a Rodolfo Arango Rivadeneira²⁷, éstos presentan diversas fundamentaciones. Así, señala que existen cuatro posibles fundamentos: la dignidad, la libertad, la igualdad y la solidaridad.²⁸

La dignidad, como fundamento de los derechos humanos, “...es empleada para expresar el valor intrínseco de los seres humanos y evitar su instrumentalización, [es un] límite de la acción moral expresado en la segunda formulación del imperativo categórico kantiano, a saber, el deber de tratar a la persona siempre también como un fin y no meramente como un medio.”²⁹

²⁶ Vázquez, Rodolfo, *Derechos Humanos. Una lectura liberal igualitaria...*, Op. Cit., p. XIV [Preliminares]

²⁷ Arango Rivadeneira, Rodolfo, “Derechos Sociales”, en *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, Volumen Dos, Capítulo 47, UNAM-IIJ, Editor General: Jorge Luis Fabra Zamora; Editores: Jorge Luis Fabra Zamora y Verónica Rodríguez Blanco, México, 2015, pp. 1677-1711.

²⁸ *Idem.*, Señala Rodolfo Arango: “El debate en torno al fundamento de los derechos sociales es amplio y extenso. Cuatro opciones han sido exploradas en los últimos tiempos en la literatura filosófica y jurídica: la dignidad, la libertad, la igualdad y la solidaridad.”, p. 1693.

²⁹ *Idem.*, p. 1693.

Sobre la dignidad humana, el debate actual es muy relevante y, nos parece que Manuel Atienza lo pone en blanco y negro. Sintéticamente, este autor, señala³⁰:

- “1. La noción de dignidad humana, como concepto, es uno de los más básicos del Derecho debido (razón) a que en el Estado Constitucional de Derecho la dignidad humana es considerada como el fundamento de todos los derechos.
2. En el postpositivismo -no positivismo- se considera al Derecho como algo más que normas y en el que la práctica social implica que el Derecho necesariamente persigue fines y se busca la realización de valores, y precisamente la dignidad humana viene a ser el valor que contiene a los otros valores (autonomía, libertad, igualdad, solidaridad, entre otros).
3. La dignidad humana es un principio que supone el derecho y la obligación que tiene cada individuo, el agente moral, de desarrollarse a sí mismo como persona, un desarrollo que admite una pluralidad de formas de maneras de vivir (aunque no cualquier forma de vivir sea aceptable), y, al mismo tiempo, en la obligación en relación con los demás, con cada uno de los individuos humanos, de contribuir a su libre e igual desarrollo [quizá se trate del principio “lo que nos debemos unos a otros”, basado, derivado o vinculado, a su vez, en el principio de solidaridad].
4. (Señala Atienza que su propuesta es próxima a la de Ernesto Garzón Valdés y que también está inspirada en Kant y que consiste en) considerar a la dignidad humana como un concepto “puente”, que hay entidades que poseen ciertas propiedades y por ello deben ser tratadas de cierta forma, y como un valor que en realidad no se opone ni a la autonomía ni a la igualdad. La dignidad, la autonomía y la igualdad forman una unidad compleja que refleja las distintas perspectivas de una misma ley moral (Kant)
5. Analiza la tesis de Rodolfo Vázquez sobre la vía negativa de la dignidad humana³¹, y señala que, si bien coincide con Rodolfo

³⁰ Atienza, Manuel, “Sobre la dignidad Humana”, Conferencia dictada en el ciclo de conferencias de la Maestría en Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, disponible en internet, canal youtube: <https://www.youtube.com/watch?v=DIX0S2UIhMU&t=819s>. Elaboramos una versión estenográfica y de ella prestamos una síntesis/reseña. Véase también: Atienza, Manuel, “A propósito de la dignidad humana”, *IUS ET VERITAS*, 18 (36), 460-67. Fuente: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12273>.

³¹ Rodolfo Vázquez sostiene, ante lo insatisfactorio de la tesis metafísica (básicamente la de la Iglesia Católica) y de la tesis escéptica (la cual sostiene que la dignidad es un concepto vacío), lo siguiente: “Existe una tercera alternativa, que consiste en entender la dignidad como un límite de lo moralmente

Vázquez en la vinculación de la dignidad humana con el concepto de necesidades básicas, no le parece que, al respecto, se logre mucho bajo la vía negativa del concepto de dignidad humana, es decir, sólo como límite y, entonces, tampoco le convence la contraposición entre dignidad humana y autonomía.

6. Los valores de dignidad y autonomía, junto con el valor igualdad, constituyen, como ya lo señaló, una unidad y, en consecuencia, el fundamento de los derechos humanos se encontraría en cierta combinación de todos ellos, lo que constituye una unidad compleja.

7. La unidad entre dignidad, autonomía e igualdad se genera a partir de dos ejes fundamentales: en primer lugar se trataría de entender la dignidad como un concepto puente en el sentido de que en algunas ocasiones a lo que nos estamos refiriendo al emplear la expresión es a las condiciones que han de darse para atribuir dignidad a una entidad, este sería el problema de la personalidad o de la agencia, cuándo se tiene personalidad, cuándo se es agente moral, y en otras, sin embargo, refiriéndose a la dignidad indicando las consecuencias normativas de la dignidad, derechos y deberes; y en segundo lugar, el segundo eje, entendida la dignidad como concepto normativo, y entonces aquí me parece que habría que distinguir varios planos de abstracción: la dignidad en su (i) sentido más profundo y abstracto, la (ii) dignidad como uno de los principios morales y jurídicos, uno entre otros, y en tercer lugar la (iii) dignidad traducida, concretada en derechos fundamentales.

8. En el sentido más profundo y abstracto la dignidad humana contiene también el principio o imperativo, en la terminología kantiana, de universalidad que significa naturalmente igualdad y el de autonomía, la libertad que está en el imperativo categórico en la tercera formulación [«Obra sólo según aquella máxima por la cual puedas querer que al mismo tiempo se convierta en ley universal»]

admisible cuyo contenido sería esencial o exclusivamente negativo. Este es el sentido de la segunda formulación del imperativo kantiano: obrar de modo que *nunca* nos tratemos a nosotros mismos ni a los demás sólo como simples medios sino siempre al mismo tiempo como fines. Se trata de acceder al concepto de dignidad por vía negativa y reservar el concepto de autonomía (tercera formulación del imperativo kantiano...para los merecimientos de los cuales somos capaces. Dignidad y autonomía son, así, el negativo y el positivo de la ley moral. Obrar moralmente, cumplir la ley moral, se puede realizar por vía negativa haciendo valer el principio de dignidad, o por vía positiva, haciendo valer el principio de autonomía personal. Acceder a la dignidad por vía negativa, como decía, es hacer valer los mínimos inalterables que deben ser salvaguardados en cualquier ser humano...es lo que permite igualar a los seres humanos en la satisfacción de las necesidades básicas y urgentes de alimentación, salud, educación, seguridad, etcétera, que no sólo moral sino jurídicamente deben ser garantizados por el Estado.”, Vázquez, Rodolfo, *Derechos Humanos. Una lectura liberal igualitaria...*, Op. Cit., pp. 32-33. Justo, nos parece, que la discrepancia de Atienza va por el camino adecuado, pues acceder a los satisfactores básicos requiere de vías positivas y si éstas sólo se identifican con la autonomía se genera una inconsistencia, pues la autonomía se forma a partir de contar con los satisfactores básicos, es decir, la formación de autonomía está condicionada a la satisfacción de los bienes básicos.

que es lo que solemos llamar libertad positiva, o sea la libertad como autonomía, no la libertad negativa, y por ello puede considerarse que expresa el conjunto de la racionalidad práctica: la ley moral. Tiene sentido, en consecuencia, decir que la dignidad es el fundamento de todos los derechos.³²

9. En el sentido medio de abstracción, la dignidad implica la prohibición de tratar a un ser humano meramente como un instrumento (bajo la concepción kantiana, claro), puede distinguirse de la igualdad (principio de universalidad) y de la autonomía, en el sentido de que cada uno de sus tres principios o valores está particularmente conectado con algunos de los derechos fundamentales, pero no con todos ellos.

³² Nos parece que el sentido profundo y más abstracto de la dignidad humana explica el reproche ético universal del holocausto y que la instauración de los Juicios de Núremberg se basan en la operatividad de la dignidad humana como principio moral y jurídico que fue vulnerado. No obstante, la distinción analítica de niveles de abstracción del concepto de dignidad humana, ante ciertos hechos que la lesionan, los niveles de abstracción se mezclan; para ilustrar este solapamiento véase el ensayo de Ernesto Garzón Valdés “La calamidad moral del Holocausto”, en revista *Nexos*, 1 de marzo 2008, México, Fuente: <https://www.nexos.com.mx/?p=12514>. Señala Garzón Valdés: “...me propongo recordar, por lo pronto, cinco tesis que intentan dar una respuesta a la cuestión de saber en qué consistió la criminal peculiaridad de la calamidad del Holocausto. A ellas suele recurrirse conjunta o separadamente y son las siguientes: la peculiaridad del Holocausto consistió en 1. La quiebra de la fe en el papel de la cultura como antídoto a la comisión de calamidades. 2. El enorme número de las víctimas. 3. La inapenable condena de colectivos inocentes. 4. El recurso a la técnica como instrumento de genocidio. 5. La vigencia del llamado “mal radical”. No obstante creer que cada una de estas tesis da cuenta de aspectos ciertos y relevantes de la calamidad del Holocausto, deseo presentar una sexta tesis que pienso puede dar una respuesta más cabal al título de este trabajo. Se trata de la tesis según la cual el Holocausto provocó: 6. La deshumanización de los actores y la no poco frecuente deshumanización de las víctimas como criminal complementación del asesinato masivo... [y cierra su ensayo con las palabras siguientes:] Infierno cerrado de asesinato masivo o espiral de indignidad en el más básico sentido de la palabra: esto es lo que fue el Holocausto. Y porque lo fue, no está moralmente permitido cansarse de condenarlo. Quien se cansa, quien considera que ya todo está dicho y que toda reiteración es superflua, facilita el ingreso del olvido. Al hacerlo, reduce la conciencia de la propia dignidad, que no se agota en la defensa de la propia agencia moral, sino que incluye también el respeto a la dignidad del prójimo. Por ello, toda lesión de la dignidad del otro revierte como un bumerán sobre la propia dignidad. El Holocausto lo puso de manifiesto con absoluta maldad; si alguna lección podemos sacar de esta calamidad, creo que ella es la de tener presente que la deshumanización colectiva no es un fantasma imaginario sino un peligro real quizás sólo evitable si nos mantenemos alerta estimulando el recuerdo de lo que fue a fin de salvaguardar la nota distintiva de nuestra humanidad: la dignidad de cada persona.” Y no está de más referir unas palabras de Margot, superviviente del Holocausto: “...Os digo: no hay sangre judía, ni cristiana, ni musulmana. Sólo hay sangre humana. Todos somos humanos, independientemente de nuestro color o religión. Vosotros sois humanos, y los humanos hicieron algo inhumano...”, (la pregunta que nos surge es ¿cuándo una acción, una actividad humana es inhumana?) Véase su testimonio en youtube: “La historia de Margot, superviviente del holocausto”, Fuente: <https://www.youtube.com/watch?v=qfi5iJuGUOM>

10. Por lo que se refiere a las consecuencias normativas de la dignidad mi tesis es que el núcleo de ese principio, núcleo de la ética, reside en el derecho y la obligación que tiene cada individuo de desarrollarse a sí mismo como persona. Un desarrollo que admite una pluralidad de formas de vivir, aunque no cualquier forma de vida pueda considerarse aceptable, y al mismo tiempo la idea implícita consistente en la obligación de cada uno en relación con los demás de contribuir a su libre e igual desarrollo, ver que en esa formulación la dignidad incluye también la libertad, la autonomía y la igualdad. De aquí se derivan también varias consecuencias. Una de ellas es que la dignidad está ligada no sólo con derechos sino también con deberes, con responsabilidades.

11. Esos deberes -obligaciones- se tienen en relación con otros seres humanos, pero también con uno mismo, o sea que uno no puede tratarse en forma indigna y quizá lo más importante que la dignidad humana reconoce el principio de inviolabilidad de la persona humana (alusión a Nino)

12. Hay otros tres principios que complementan a la dignidad: el principio de las necesidades básicas según el cual todos los seres humanos tienen ciertas necesidades elementales que gozan de prioridad frente a las necesidades que no sean básicas de otros seres humanos, dicho de otra manera, el derecho a un asistencialismo; el principio de cooperación según el cual el desarrollo máximo y deseable del ser humano exige una cooperación activa por parte de los demás y en particular por parte de las instituciones sociales estatales o no estatales, frente al dogma, diríamos, neoliberal. Y finalmente el principio de solidaridad que lo he formulado en términos negativos, que me sigue pareciendo convincente, que establece que cualquier ser humano sólo tiene derecho a un grado de desarrollo y de goce de bienes que no imposibilite a los demás un grado de desarrollo equivalente.

13. En su sentido más profundo la dignidad no se puede derrotar: una acción que fuese en contra de la dignidad necesariamente carecería de justificación moral, pero en el sentido más concreto la dignidad puede entrar en conflicto con otro derecho y habría que ponderar (típicamente el principio de intimidad frente a la libertad de expresión)

14. Con base en el significado profundo y abstracto de la dignidad humana ésta presenta cierto privilegio de prelación o preeminencia en relación con los valores de libertad e igualdad³³. Ello se debe

³³ Sobre la prelación o preeminencia de la dignidad humana sobre la libertad y la igualdad, véase: Atienza, Manuel, "A propósito de la dignidad humana", *IUS ET VERITAS*, 18 (36), 460-67. Fuente: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12273>, p. 3, tesis T6: "«El principio de dignidad es absoluto: las razones basadas en la dignidad derrotan a todas las otras razones en todas las circunstancias, de manera que no es un principio que quepa 'ponderar' con otros»; sin embargo,

sobre todo a que pueden ser la manera eficaz de priorizar los derechos sociales, demostrar que garantizar a todos los seres humanos una existencia digna es un presupuesto necesario para que tengan sentido todos los otros derechos, lo que supone introducir una importante corrección en las fundamentaciones académicamente más influyentes de los derechos humanos en las que el foco suele ponerse en los derechos civiles y políticos. Está claro que garantizar a todos una existencia digna es también una consecuencia del principio de igualdad y una manera, la única manera, de hacer posible un desarrollo autónomo de los seres humanos, es una tesis, digamos, en último término, de esos tres grandes valores.

Conforme a los señalamientos de Rodolfo Arango, el siguiente fundamento de los derechos sociales es la libertad, fundamento que deviene de la tradición analítica demo-liberal y se basa en la idea de una libertad real (fáctica). Refiriendo a Robert Alexy señala:

“...[los] derechos básicos a la alimentación, a la salud básica, a la educación, la vivienda digna, al trabajo y a la seguridad social deben ser asegurados para garantizar libertad efectiva a la persona. No basta defender una idea abstracta de libertad asociada a la posibilidad de optar o elegir. Por su parte, la necesidad fáctica de asegurar al individuo su condición de ciudadano que pueda efectivamente tomar parte en el proceso democrático lleva a John Rawls a incluir el mínimo social, necesario para ser un ciudadano pleno, en el primer principio de la justicia y en los contenidos constitucionales esenciales que aseguran iguales libertades básicas para todos. En ninguno de los dos casos se considera que el reconocimiento de derechos sociales conlleve el desconocimiento del principio democrático ni del derecho de propiedad. Por el contrario, dadas las condiciones reales de desigualdad social, la compensación constitucional para asegurar

tal y como Atienza aclara en la conferencia, tal tesis solamente opera en el sentido profundo y más abstracto del concepto de dignidad humana, pues como principio moral y jurídico, si que puede entrar en colisión con otros derechos. Respecto de este último punto considérese que Roberto Alexy señala que el principio de dignidad humana no es absoluto, pero que respecto de él “...existe un amplio grupo de condiciones de precedencia en las cuales existe un alto grado de seguridad acerca de que bajo ellas el principio de la dignidad humana tiene precedencia sobre los principios opuestos.”, Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, (Traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido), 2ª ed., en español, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España, 2008, p. 87.

la libertad real de todos parece un imperativo defendible con buenos argumentos.”³⁴

Asimismo, apunta la crítica que se hace a este fundamento por parte de Tugendhat:

“La debilidad de este intento de fundamentación ha sido señalada por Ernst Tugendhat en su crítica a la fundamentación de los derechos sociales por parte de Alexy a partir de la autonomía individual. Para Tugendhat el error consiste en pretender fundamentar los derechos sociales en la autonomía individual. La tradición liberal se equivoca cuando presenta el derecho fundamental a la vida como un derecho de libertad. Este derecho es un derecho positivo o de prestación, no un derecho negativo o de abstención. El bebé, cuando nace, depende enteramente de la madre para su subsistencia. Los derechos sociales, al igual que el derecho a la vida, no presuponen o tiene la libertad como su fundamento. Según este filósofo alemán, es la dignidad humana el valor que subyacería al reconocimiento de los derechos sociales.”³⁵

En cuanto a la igualdad como fundamento de los derechos sociales, Arango apunta:

“La tradición democrática igualitaria, representada por autores como John Rawls, Ronald Dworkin o Philip van Parijs o José García Añón, funda los derechos sociales en el principio de IGUALDAD. El aseguramiento de estos derechos se muestra indispensable en el proceso de inclusión democrática y social de persona y grupos que por sus condiciones personales no se encuentran en capacidad de autodeterminarse sin la garantía de medidas positivas para el efecto.

En forma similar a lo que sucede con la distinción entre libertad formal y libertad fáctica, quienes fundamentan los derechos sociales en el principio de igualdad lo hacen a partir de la distinción entre igualdad formal e igualdad material. La primera modalidad asegura simplemente la igualdad ante y bajo la ley, esto es, prohíbe la discriminación legislativa de quienes deben ser tratados de la misma manera. La igualdad material, por su parte, supone la igualación de condiciones materiales mínimas –por vía del

³⁴ Arango Rivadeneira, Rodolfo, “Derechos Sociales”, en *Enciclopedia...Op. Cit.*, p. 1694.

³⁵ *Idem.*, pp. 1694-1695.

reconocimiento de derechos sociales— de forma que la persona, atendiendo a sus capacidades reales y sus funcionamientos en la sociedad concreta,⁴⁹ pueda participar plenamente en la vida social, política y cultural de su comunidad. Los derechos sociales serían así la condición material necesaria que debe ser asegurada para garantizar la igualdad real y efectiva.

A este enfoque también le han surgido objeciones, a la par de lo que sucede con el fundamento de la libertad. La principal reserva consiste en sostener que los derechos sociales son vistos como un mero medio para la obtención de igualdad material o real, lo que instrumentaliza o condiciona los derechos sociales a la consecución de la igualdad y, de cualquier forma, no asegura más que la participación en el proceso político, no el goce efectivo de la porción de riqueza colectiva que corresponde a cada persona por el hecho de vivir e interactuar en una comunidad de destino.”³⁶

El cuarto fundamento que refiere Arango es la solidaridad, la cual considera más prometedora que las anteriores. Señala que las razones a favor de la solidaridad son de índole jurídica, política y económica.³⁷ Después de dar cuenta de la evolución histórica del concepto de solidaridad señala:

“Fue en el siglo XVIII que el concepto de solidaridad migró al ámbito de lo político. El saint-simoniano P. Leroux lo introdujo al discurso político como elemento constitutivo de la sociedad y principio de progreso de la humanidad. Un jacobino como Robespierre, vinculará la fraternidad como concepto afín al de la solidaridad, al reconocimiento de un derecho a la subsistencia, el cual fue incluido como enunciado político jurídico en la Constitución francesa de 1793.

A las razones de tipo jurídico y político se suman razones de tipo económico para justificar la fundamentación de los derechos sociales humanos y fundamentales a partir de la solidaridad. En la era de la interdependencia económica mundial resulta anacrónico limitar el alcance de los derechos positivos o de prestación a los nacionales o, dentro de éstos, a ciertos sectores o clases de la sociedad. Esto porque en un mundo crecientemente interconectado y materialmente integrado, donde el hacer o dejar de hacer en una esquina del mundo repercute inevitablemente sobre personas o poblaciones lejanas, los derechos positivos recíprocos entre unos y otros tienden a aumentar y multiplicarse. El

³⁶ *Idem*, pp. 1695-1696.

³⁷ *Idem*, p. 1696.

punto de partida del liberalismo, el individuo autónomo, racional e irreductible en sus preferencias, viene siendo corregido por el énfasis en nuestro ser relacional e interdependiente que, sin negar las libertades individuales, integra los derechos de libertad y sociales en un todo universal, integral e indivisible.”³⁸

Evidentemente que la solidaridad, principio de solidaridad, es una forma, nos parece, de referir el principio ético “lo que nos debemos unos a otros”, el cual forma parte de la noción de dignidad humana en su vertiente de <<deberes/responsabilidad>>, tal y como lo plantea Atienza.

Bajo el principio “lo que nos debemos unos a otros”, exigencia vinculada a la solidaridad, vienen a colación las palabras de Rodolfo Vázquez:

“...existe real y efectiva solidaridad cuando ésta se justifica a partir de un principio más radical, como es el de igualdad...el valor de la solidaridad no acompaña sino constituye a la justicia; que existen derechos de los individuos y deberes positivos de equidad por parte del Estado que deben ser traducidos adecuadamente en un marco legal.

En el ámbito ético-jurídico, Gregorio Peces Barba, haciendo una paráfrasis de Benjamin Constant sobre la ‘libertad de los antiguos’ y la ‘libertad de los modernos’, se refiere también a una ‘solidaridad de los antiguos’ y a una ‘solidaridad de los modernos’. La primera estaría inspirada en un modelo clásico que parte desde la *filia* (amistad) aristotélica, se prolonga en la *pietas* y *humanitas* estoica y llega hasta la *caritas* cristiana. Se caracteriza por el vínculo de amistad y amor que abarca a todos los hombres, que conduce a un objetivo de unidad y ayuda mutua y que exige una cierta comunidad de bienes y de culto a un ser divino. La segunda apunta a la solidaridad como elemento de legitimidad, como principio jurídico-político y tiene sus raíces en la tradición igualitaria de Rousseau, la ‘ética de la simpatía’ de la Escuela inglesa (Hume en especial, la idea de benevolencia kantiana, el liberalismo progresista de Mill y los aportes de Durkheim. Esta tradición, en franca pugna con el individualismo de Hobbes y Malthus, entendería la solidaridad como ayuda mutua, en una interdependencia basada en la creación de lazos comunes que responden a situaciones de desigualdad: se es solidario con

³⁸ *Idem*, pp. 1695-1696.

quienes se encuentran en peligro o desventaja. Es la continuidad de la tradición incorporada en el principio de diferencia de Rawls, que al secularizarse prescindirá de las nociones de comunión y de caridad.

La solidaridad para un liberal igualitario debe entenderse como la conciencia conjunta de derechos individuales a partir del reconocimiento de las necesidades básicas comunes. Desde la perspectiva del estado tal reconocimiento implica la exigencia de deberes positivos para la satisfacción de las mismas que, por cierto, preceden a las diferencias sin pretende ignorarlas, rechazarlas o subestimarlas.”³⁹

Con base en lo expuesto, respecto del fundamento de los derechos humanos, sean civiles y políticos o derechos sociales, lo primero que hay que señalar es que tal fundamento está en la Moral crítica (reflexiva, sin perjuicio de sus conexiones con la moral positiva o social), y en su sentido más profundo y abstracto la noción de dignidad humana es el fundamento privilegiado de los derechos humanos, en especial de los derechos sociales; la dignidad humana reclama la suficiencia de bienes básico para proyectarse y potencializar la formación de <<autonomía/libertad>>, y competencias, de cada ser humano como agencia moral y jurídica, proyección que se debe llevar a cabo bajo parámetros de igualdad tanto formal como material, pues, respecto de la igualdad sustantiva, implica hacer real la libertad fáctica -<<vida digna/existencia digna>>- lo que requiere, a su vez, de la operatividad del principio de <<solidaridad/principio ‘lo que nos debemos unos a otros’>>, para la realización plena de los seres humanos en <<posición social/intencionalidad colectiva>>.

6. ¿Tiene sentido diferenciar entre derechos civiles y políticos y derechos sociales?

Un punto pendiente sobre el estatuto conceptual de los derechos sociales tiene que ver con la justificación de la distinción entre derechos individuales

³⁹ Vázquez, Rodolfo, *Derechos Humanos. Una lectura..., Op, Cit.*, pp. 18-19.

-civiles y políticos- y derechos sociales. ¿Por qué seguir diferenciando unos de otros? Las respuestas van por el camino de las diferencias específicas, pues si bien todos son derechos humanos, no todos comparten ciertas peculiaridades que operan en unos y otros.

Conforme se baja de nivel de abstracción se van encontrando las peculiaridades entre un grupo y otro, incluso ciertas características comunes se diferencian por su intensidad. Veamos un ejemplo, el contraste entre el derecho de acceso a la información pública (variante de la libertad de expresión) y el derecho a la educación: (i) el principio de programatividad general es más intenso en el derecho a la educación que en el derecho de acceso a la información pública, pues si bien ambos operan dicho principio, en el caso de la educación la exigencia de programatividad es más intensa y, por ende, las políticas públicas son indispensables en contraste con la programatividad y, en su caso, las políticas públicas que se requieren en materia de derecho de acceso a la información pública; (ii) otro parámetro a considerar es el de los costos que, en este ejemplo del derecho a la educación y el derecho de acceso a la información pública, es evidente que el costo del derecho a la educación es más significativo que el que puede implicar el derecho de acceso a la información pública; (iii) en el plano de operatividad de la justiciabilidad el planteamiento de control constitucional de una violación del derecho de acceso a la información pública es relativamente sencillo en comparación con una violación del derecho a la educación; (iv) en el caso del tema de las precondiciones y condiciones de la democracia también hay matices, pues si bien los derechos humanos son parte de la operatividad de las democracias en Estados Constitucionales de Derecho, los derechos civiles y políticos inciden en el procedimiento democrático como condiciones imprescindibles del mismo, pero los derechos sociales al implicar la libertad fáctica, es decir, la

exigencia de las personas de contar con las condiciones mínimas de existencia material para estar en posibilidad de ejercer las libertades y competencias jurídicas, se convierten en precondiciones sustantivas imprescindibles para el adecuado desarrollo de la democracia.

Valga destacar que en el tema de la relación entre derechos humanos y democracia observamos el diferente juego de los derechos humanos: los civiles y políticos juegan como condiciones de los procesos democráticos, en cambio los derechos sociales -orden de la vida material- juegan como precondiciones que posibilitan iniciar y desarrollar el discurso democrático⁴⁰.

⁴⁰ De acuerdo con el Diccionario Panhispánico de Dudas, voz: condición, una condición es un requisito o circunstancia indispensable para algo e implícitamente conlleva la idea de anterioridad, por lo que debe evitarse, por redundante, la forma 'precondición' salvo que expresamente se use con el sentido de 'condición previa a otra u otras condiciones', www.rae.es/dpd/condición. Así, distinguimos entre precondiciones y condiciones, las primeras como el conjunto de elementos del orden de la vida material correlativos de los derechos sociales que realizan la libertad fáctica como precondiciones para la participación autónoma en los procedimientos democráticos deliberativos en los que hay exigencias que asumen el carácter de condiciones de realización de esos procedimientos. Las condiciones que posibilitan el juego democrático en pie de igualdad sólo son posibles si razonablemente se dan las precondiciones de existencia: no es posible atender el juego democrático sin antes resolver la libertad fáctica, es decir, atender razonablemente las exigencias sociales mínimamente lo que se traduce en la posibilidad fáctica de elegir entre lo permitido. Justamente la autonomía como exigencia y condición para la deliberación democrática en pie de igualdad es una construcción perenne que pende de un mínimo de libertad fáctica. La utilización indistinta entre precondiciones y condiciones de la democracia en los modelos de filosofía constitucional (básicamente el modelo sustantivista -Ronald Dworkin-, el modelo procedimental/democrático -J. Waldron- y el modelo deliberativo -Carlos S. Nino-, véase: Gama, Leopoldo, *Derechos, democracia y jueces. Modelos de filosofía constitucional*, Marcial Pons, colección Filosofía y Derecho, Es., 2019) no son muy claros ni precisos en diferenciar entre unas y otras como lo proponemos, pues unas veces se mencionan a los derechos sociales como precondiciones/condiciones para la democracia y otras solamente se hace alusión a ciertos derechos políticos como precondiciones/condiciones que posibilitan la democracia. En esos modelos se echa de menos un análisis sobre el papel que la libertad fáctica juega en el juego democrático como uno de los elementos preconstitutivos de la autonomía, la cual, de darse, opera como exigencia primaria para participar en la deliberación pública democrática, pero, como lo señalamos, la autonomía se construye día a día pues es graduable dadas las exigencias de la vida material real y concreta de cada persona en posición social. Si no hay autonomía suficiente para participar en los procedimientos democráticos hay que mirar a las bases por las que se construye la autonomía de las personas, es decir, volver la atención a los parámetros de la configuración de la libertad fáctica pues sin los mínimos de existencia material no es posible construir agencias autónomas para que participen en el espacio democrático.

La autonomía, exigencia primordial para el juego democrático, requiere ser construida a partir de bases materiales de existencia⁴¹; en blanco y negro: si una persona no tiene para comer -tiene hambre que no apetito- poco, por no decir nada, tiene que aportar al juego democrático, salvo exigir que se le incluya en los procesos democráticos una vez satisfecha su hambre; satisfechas sus necesidades básicas de alimentación, de vivienda, de agua, de educación, de salud, de seguridad social, de un medio ambiente sano, el ejercicio de su autonomía podrá, entonces, proyectarse primero para sus planes de vida y seguimiento de modelos de excelencia humana y ya entonces estar en aptitud y actitud de participar en los procesos democráticos.

Justo en el debate sobre la justiciabilidad de los derechos sociales se explicitan las características que presentan y que son comunes a los derechos humanos que se califican como civiles y políticos, de manera que, diferenciar entre derechos individuales -civiles y políticos- y derechos sociales, tiene sentido si captamos las diferencias específicas de la operatividad de cada clase de derechos humanos.

Así, resuelto el estatus conceptual de los derechos sociales, su estructura y su fundamento, queda por resolver si sobre ellos opera la justiciabilidad (segundo aspecto del planteamiento del problema que inicialmente señalamos).

⁴¹ Para José García Añón "...una de las dimensiones de la legitimidad del Estado implica el reconocimiento y garantía de los derechos sociales de manera que las condiciones de vida de las personas se aseguren para poder también desarrollarse la autonomía y el resto de derechos.", García Añón, José, "Derechos sociales e igualdad", *Op. Cit.*, p. 80.

B. Justiciabilidad de los derechos sociales

1. Problemática sobre la justiciabilidad

Sobre la justiciabilidad hay, por lo menos, dos dimensiones a partir de las cuales se puede abordar su problemática: la primera se da dentro de la dogmática de los derechos humanos en las líneas de argumentación por las que se pretende descalificar a los derechos sociales como derechos humanos genuinos, y, obviamente, hay líneas argumentativas que se encargan de combatir a los que descalifican a los derechos sociales como derechos genuinos, probando que sí son derechos genuinos⁴²; en la segunda dimensión hay que entrar al mundo del constitucionalismo, específicamente en los modelos de filosofía constitucional, en los que se acepta que los derechos sociales son derechos genuinos, pero unos aceptan que son justiciables y otros que no son justiciables, incluso posiciones intermedias.

Así, el problema de la justiciabilidad o no justiciabilidad si bien se desarrolla primordialmente en la dogmática de los derechos humanos con las tesis que afirman o niegan que los derechos sociales sean derechos genuinos, es diferente del problema acerca de qué son los derechos sociales, pues puede justificarse que sí son derechos genuinos, pero aun así considerar que no son justiciables.

⁴² Dentro de la dogmática de los derechos humanos, obras como las de Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los Derechos Sociales como derechos exigibles* (Op. Cit.) y la de Gerardo Pisarello, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, Es., 2007, son buenos ejemplos de dogmática de derechos humanos que consideran a los derechos sociales como genuinos derechos humanos y, por ello, justiciables, incluso la obra de Pisarello maneja no sólo la garantía judicial jurisdiccional sino también las garantías políticas y sociales, y que son reflejo de los cánones de la teoría del control político (límites y controles) en su tres planos: garantías políticas, garantías jurídicas (justiciabilidad) y garantías sociales.

Si bien las tesis de la dogmática de los derechos humanos están interrelacionadas unas con otras, no es lo mismo sostener que no son derechos genuinos y, por ello, no son justiciables, que sostener que, aun concediendo que los derechos sociales son derechos genuinos, no son justiciables. De hecho, hay más implicaciones, pues realmente estamos ante cuatro binomios a partir de las parejas (a) derechos genuinos/derechos no genuinos y (b) justiciabilidad/no justiciabilidad:

Esquema 2. Combinaciones entre derechos genuinos/no genuinos y justiciabilidad/no justiciabilidad

Derechos sociales Justiciabilidad	Genuinos	No genuinos
Justiciables	i	iii
No justiciables	ii	iv

Así:

- (i) Derechos genuinos justiciables;
- (ii) Derechos genuinos no justiciables;
- (iii) Derechos no genuinos justiciables; y
- (iv) Derechos no genuinos no justiciables.

El debate sobre la justiciabilidad de los derechos sociales que se ha desarrollado en la dogmática de los derechos sociales se presenta cuando se analizan sus propiedades en relación con los derechos civiles y políticos, y, básicamente, se ha circunscrito a los binomios (i) y (iv), como si fueran los extremos de una relación y, así, hay quienes aceptan que son derechos genuinos y, por ende, aceptan su justiciabilidad (i) y los que no aceptan que son derechos genuinos y, por tanto, no aceptan que sean justiciables (iv),

consecuentemente la justiciabilidad se hace depender de si se trata de derechos genuinos o no.

Sin embargo, esta imagen es incompleta. En efecto, si consideramos el binomio ii (derechos sociales como genuinos derechos humanos, pero no justiciables), resalta que al aceptar que los derechos sociales, junto con los derechos individuales civiles y políticos, son derechos humanos, lo que se cuestiona es si son o no justiciables: si son justiciables, estamos en el binomio i), si no son justiciables estamos en el binomio ii).

Por lo que hace al binomio iii, derechos no genuinos justiciables, la tesis es, *prima facie*, hipotética, pues no existen, que sepamos, líneas de argumentación al respecto, es decir tesis que sostengan que si bien los derechos sociales no son genuinos derechos, no obstante ello, son justiciables, caso en el que el proceso de justiciabilidad no se realizaría bajo el estricto escrutinio de la perspectiva de los derechos humanos sino un escrutinio regular (supongamos, hipotéticamente, que el derecho X, denominado como derecho social no es auténtico derecho humano (como lo son los derechos civiles y políticos), pero que así se le denomina, y cuya afectación sería justiciable, pero el escrutinio no se llevaría a cabo bajo la perspectiva de los derechos humanos, por ejemplo, no operaría el principio *pro persona*. Esto es, habría derechos a los que identificamos como derechos sociales, pero que no son derechos humanos y, sin embargo, son justiciables. Digamos hipotéticamente, por ejemplificar, que el derecho de las audiencias, previsto constitucionalmente se le nombre como un derecho social, pero al no ser genuino no es derecho humano. Quizá estamos en presencia de los llamados derechos de <<relevancia constitucional>>. Esto viene a colación porque varios derechos se califican como derechos sociales sin que realmente lo sean. Así, este binomio (iii, derechos no

genuinos justiciables) daría cuenta de esos derechos de relevancia constitucional; sin embargo, nótese que no se abandona el que se les denomine derechos sociales, aunque no genuinos.

Respecto del binomio iv, derechos no genuinos no justiciables, una línea de argumentación es que al ser normas programáticas y, por ende, pertenecer al mundo de la política no son justiciables por ser normas programáticas sobre las que el juez constitucional no puede pronunciarse so pena de invadir la competencia del ejecutivo o del legislativo y aquí entra como refuerzo el argumento del no respeto de la división de poderes y el argumento de la suplantación de un poder por otro. Así, a estos argumentos basta el que los llamados derechos sociales no sean derechos genuinos para negarles que sean justiciables, soslayando el que la problemática de la justiciabilidad presenta varias aristas.

Ahora bien, señalamos que aceptando que los derechos sociales son genuinos derechos humano, unos aceptan que son justiciables (binomio i) y otros que no son justiciables (binomio ii). Estos son realmente los extremos sobre los que hay que trabajar, pues las tesis de que los derechos sociales no son derechos humanos y, consecuentemente no son justiciables (binomio iv), está superada, a pesar de algunos detractores aislados, y distraídos. Por tanto, el debate actual sobre la justiciabilidad o no justiciabilidad de los derechos sociales parte de considerar a éstos como derechos humanos <<genuinos>>.

2. Dogmática de los derechos sociales

a) Si los derechos sociales son derechos humanos no genuinos entonces no son justiciables

Como ya se analizó en el inciso b) del punto 1, en esa perspectiva la justiciabilidad de los derechos sociales se niega al afirmar que, si los derechos sociales no son como los derechos individuales -políticos y civiles, y solamente éstos son justiciables, entonces los llamados derechos sociales no son justiciables⁴³.

El problema de la justiciabilidad se ha correlacionado con los planteamientos sobre el examen de las diversas propiedades y características de los derechos civiles y políticos y de los derechos sociales.

La afirmación de que los derechos sociales no son justiciables se basa en una o varias tesis como las que se han analizado y de las que se deriva que los derechos sociales no son auténticos derechos humanos. Basta con hacer valer una de esas tesis para señalar que, a pesar de que se les nombre como derechos (sociales), no son derechos genuinos⁴⁴ y, por ende, no son

⁴³ Otra forma de razonamiento es la siguiente: Sólo los derechos individuales (civiles y políticos) son justiciables; los derechos sociales no son derechos individuales; por tanto, los derechos sociales no son justiciables.

⁴⁴ A estas alturas, después de analizar las tesis que descalifican a los derechos sociales como derechos humanos genuinos (meras normas programáticas, que sólo conllevan acciones positivas y que, además, son altamente costosos), nos parece importante destacar que la utilización del calificativo “genuino” no es gratuita, pues lo genuino refiere que una cosa “conserva con total pureza o autenticidad sus características propias o naturales” (Diccionario de la lengua española, *Real Academia... Op. Cit.*, voz: genuino), por tanto, al señalar que los derechos sociales no son derechos genuinos se significa que a pesar de que a las entidades a las que comprende se les llame derechos (mero *nomen*), realmente no lo son y, por ello, se sustituye “derechos sociales” por “normas programáticas”, las cuales no son derechos, mucho menos derechos humanos (derechos subjetivos), y lo que se nombra como derechos sociales en realidad refiere a las normas programáticas. Si lo que se designa como derechos sociales realmente son normas programáticas, llamarlos derechos es

derechos humanos, y como una de las más graves consecuencias de considerarlos así es que no son justiciables: su control constitucional no puede estar en manos de los jueces constitucionales porque son meras normas programáticas que implican acciones positivas y un juez no puede exigir al ejecutivo o al legislativo haga lo que tiene que hacer o dejar que haga cosas sin perspectiva de derechos humanos, pues ello implica no respetar la división de poderes; no lo son porque tienen costos y si un juez ordena hacer algo ello implica que tiene costos y tales costos sólo pueden ser determinados por el ejecutivo o el legislativo. En todo caso, la negativa de ser derechos auténticos lleva, en la dogmática de los derechos sociales, a la negativa de su justiciabilidad.

Sin embargo, si se firma que son derechos no genuinos entonces son otra cosa, y esa otra cosa, básicamente, es considerarlos normas programáticas y si son normas programáticas entonces no son justiciables.

inadecuado porque no conservan las características propias de los derechos y, por ello, hablar de derechos sociales es hablar de derechos no genuinos, es decir, aunque a las normas programáticas se les llame derechos sociales no por ello adquieren el estatus de derechos y de allí que se les califique como derechos no genuinos. Es muy común llamar una cosa como si fuera otra cosa por diversos motivos, ya sea que se parezcan o compartan ciertas características, pero si el núcleo intensional no se reproduce en una cosa, ésta ya no pertenece a la clase correspondiente. Justamente el conjunto de tesis que descalifican a los derechos sociales como derechos humanos señalan que las características que no se dan en el núcleo intensional de los derechos humanos individuales civiles y políticos y que sí se dan en los mal llamados derechos civiles hacen que se les califique como derechos no genuinos. Una clave para entender porque se descalifica los derechos sociales como derechos humanos a la par de los derechos civiles y políticos es hacer el razonamiento falaz siguiente: supongamos que el núcleo intensional de los derechos humanos civiles y políticos contiene las propiedades p1, p2, p3, p4, p5 y p6 (universales, absolutos, irrenunciables, inalienables, indisponibles, intransmisibles), propiedades que conforman la genuinidad de los mismos, y que los llamados derechos sociales presentan, además de las señaladas para los derechos civiles y políticos, las propiedades p7, p8, p9 y p10, no se presentan en la misma intensidad y grado (o de plano no se presentan) en los derechos civiles y políticos, entonces, por tener esas diferencias p7, p8, p9 y p10, no son derechos humanos. Justamente lo que no se ve es que las propiedades p1, p2, p3, p4, p5 y p6 son el núcleo intensional de los derechos humanos y que se encuentran tanto en los derechos civiles y políticos y en los derechos sociales, y que las propiedades de éstos p7, p8, p9 y p10 son propias de los derechos sociales, propiedades que muestran sus peculiaridades.

b) Obstáculos que señalan Abramovich y Courtis a la justiciabilidad de los derechos sociales y su superación

Courtis y Abramovich señalan cuatro obstáculos para la justiciabilidad de los derechos sociales⁴⁵. El primer obstáculo lo hacen consistir “con la falta de especificación concreta del contenido de estos derechos.”⁴⁶ El segundo obstáculo lo refieren al “criterio sumamente restrictivo que suele emplear la magistratura a la hora de evaluar su facultad de invalidar decisiones que pueden calificarse como políticas.”⁴⁷ El tercer obstáculo lo radican en “la falta de mecanismos judiciales adecuados para su tutela.”⁴⁸ El cuarto

⁴⁵ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles...*, Op. Cit.

⁴⁶ *Idem*, p. 122. Señalan: Cuando una constitución o un tratado internacional de derechos humanos hablan de derechos a la salud, derecho a la educación, derecho al trabajo o derecho a la vivienda, resulta difícil saber cuál es la medida exacta de las prestaciones o abstenciones debidas. La falta de especificación concreta del contenido del derecho constituye, por supuesto, un obstáculo a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, ya que evidentemente la exigencia de un derecho en sede judicial supone la determinación de un incumplimiento, extremo que se torna imposible si la conducta debida no resulta inteligible.”, p. 122.

⁴⁷ *Idem.*, señalan: “Cuando la reparación de una violación de derechos económicos, sociales y culturales importa una acción positiva del Estado que pone en juego recursos presupuestarios, o afecta de alguna manera el diseño o la ejecución de políticas públicas, o implica tomar una decisión acerca de que grupos o sectores sociales serán prioritariamente auxiliados o tutelados por el Estado, los jueces suelen considerar tales cuestiones como propias de la competencia de los órganos políticos del sistema.”, p. 127.

⁴⁸ *Idem.*, Señalan: “Las acciones judiciales tipificadas por el ordenamiento jurídico han sido pensadas para la protección de los derechos civiles y políticos clásicos. Para verificarlo basta señalar algunos ejemplos: a) La incidencia colectiva de la mayoría de los derechos económicos, sociales y culturales provoca problemas de legitimación activa, que no se limitan a la etapa del proceso, ante la inexistencia de mecanismos de participación adecuada de los sujetos colectivos o de grupos numerosos de víctimas en las diferentes diligencias e instancias procesales. Esta circunstancia pone en evidencia que las acciones y los procedimientos están previstos para dilucidar conflictos individuales; b) las violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales requieren al mismo tiempo satisfacción urgente y amplitud de prueba, pero estas dos cuestiones son excluyentes para la elección de los mecanismos tradicionales de tutela. Acciones tales como la de amparo u otras similares requieren un derecho líquido, y las medidas cautelares un derecho verosímil, y en ambos tipos de procedimiento el ordenamiento procesal y la jurisprudencia restringen al mínimo el marco probatorio del proceso; c) las sentencias que condenan al Estado a cumplir obligaciones de hacer no cuentan con resguardos procesales suficientes y resultan por ello de dificultosa ejecución.”, pp. 129-130.

obstáculo lo hacen consistir en la escasa tradición de control judicial de los derechos sociales.⁴⁹

Respecto del primer obstáculo, indeterminación semántica de los enunciados jurídicos sobre derechos sociales, estos autores señalan que el inconveniente de que el derecho constitucional esté redactado en lenguaje muy vago no es privativo de tal rama del derecho, sino que se trata de una característica del lenguaje natural que necesariamente se utiliza para formular disposiciones jurídicas.⁵⁰ Incluso, señalan, se da también en la redacción de los derechos civiles (y agregamos que afecta asimismo a los derechos políticos). En relación con este aspecto apuntamos que la ambigüedad y vaguedad (las cuales presentan diversas clases) son efectos de la polisemia de los lenguajes naturales y al redactar disposiciones jurídicas -textos normativos- indefectiblemente, se hace bajo contexto de polisemia y, por ende, se generan ambigüedades y vaguedades.⁵¹ Este obstáculo, en realidad, no impide que a través de la labor interpretativa que desarrollan instituciones y la dogmática se vayan significando los términos y, consecuentemente, realizando -hacer real- el contenido y alcance de los derechos. Los ejemplos paradigmáticos en materia de derechos sociales lo

⁴⁹ *Ib.*, Apuntan: “Las acciones judiciales tipificadas por el ordenamiento jurídico han sido pensadas para la protección de los derechos civiles y políticos clásicos”. p. 129.

⁵⁰ *Idem.*, p. 122.

⁵¹ La mayoría de los tratadistas tratan de manera equivalente la ambigüedad y la vaguedad, pero en rigor no son equivalentes, pues la ambigüedad se puede minimizar mediante la asignación de significados, pero en el caso de la vaguedad la significación es mucho más compleja y casi imposible de minimizar. Nótese que hablamos de minimizar y no de eliminar, pues también muchos tratadistas exigen eliminar la ambigüedad o la vaguedad cuando, dentro de la Teoría de la Legislación, se toca el tema de la racionalidad lingüística del legislador (también aplicable a la sede judicial y ejecutiva), lo cual es imposible dado el carácter polisémico del lenguaje. De las diversas clases de ambigüedad destacan la léxica, la sintáctica y la semántica, respecto de la vaguedad la hay connotativa, denotativa o mixta (combinación de las dos anteriores, escenario en el que es casi imposible saber con exactitud qué es algo). Véase: Beristáin, Helena, *Diccionario de Poética y Retórica*, Porrúa, México, 1985, y Bunge, Mario, *La investigación científica*, 2ª ed., actualizada, Ariel, Barcelona, España, 1983, capítulo sobre dilucidación o exactificación de conceptos.

constituyen las observaciones generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas -ECOSOC- (responsable de la vigilancia del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -PIDESC-), en las que sobre diversos derechos sociales se establecen contenidos y alcances de algunos derechos sociales y temas relacionados estrechamente con éstos.⁵²

Asimismo, señalan Abramovich y Courtis, que los textos constitucionales y convencionales están redactados con un alto grado de generalidad, y señalan que varias razones abonan a que así sea; sin embargo, nos parece que hay que precisar, en un sentido abstracto, que las normas tienen un aspecto referido a los sujetos y otro aspecto dirigido a la regulación de una acción y, por tanto, el problema no está, entonces, en la generalidad, pues ésta atiende a los sujetos, sino a la acción, la cual, en sí, ya es abstracta en

⁵² El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR, por sus siglas en inglés) es un órgano compuesto de 18 expertos independientes que supervisa la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales por sus Estados partes. El Comité se creó en virtud de la Resolución ECOSOC 1985/17 del 28 de mayo de 1985 para llevar a cabo las funciones de seguimiento asignadas al Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC) en la Parte IV del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -PIDESC- (tomado de: <https://www.ohchr.org/sp/hrbodies/cescr/pages/cescrindex.aspx>.) Las observaciones generales que ha expedido son 25 y se refieren a diversos temas entre los que destacan: naturaleza de las obligaciones de los Estados parte en relación con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -PIDESC- (Observación General -OG- 3); vivienda adecuada (OG 4); personas con discapacidad (OG 5); personas mayores (OG 6); vivienda adecuada/desalojos forzosos (OG 7); educación primaria (OG 11); alimentación adecuada (OG 12); derecho a la educación (OG 13); derecho a la salud (OG 14); derecho al agua (OG 15); igualdad entre hombres y mujeres (OG 16); derechos de autor (OG 17); derecho a trabajar (OG 18); derecho a la seguridad social (OG 19); no discriminación en derechos económicos, sociales y culturales (OG 20); derecho a participar en la vida cultural (OG 21); derecho a la salud sexual y reproductiva (OG 22), derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias (OG 23); obligaciones del estado sobre actividades empresariales (OG 24); ciencia y DESC (OG 25). (consultables en <https://www.ohchr.org/sp/hrbodies/cescr/pages/cescrindex.aspx>.)

el sentido de referir una acción no concreta, es decir, abstracta.⁵³ Por tanto, las disposiciones constitucionales y convencionales están redactadas considerando un sujeto general (incluso podríamos señalar que se refieren a un sujeto universal), y la acción regulada, la cual da pie a la construcción de la obligación debida, está puesta lingüísticamente en sentido abstracto. Se trata de normas generales (sujetos o clases de sujetos) abstractas (acciones) en contraposición a la regulación de acciones concretas. Consecuentemente, las disposiciones constitucionales, normalmente, están redactadas en sentido general y abstracto, pero ello no es obstáculo para construir el contenido y alcance correspondiente. Así, por ejemplo, al señalarse que toda persona tiene derecho a una vivienda adecuada, el sujeto es general y la acción es abstracta, y si en una sentencia se establece que a una persona determinada se le debe proporcionar vivienda adecuada en determinado lugar y tiempo bajo ciertas características con las que se cumplan los requisitos y condiciones de seguridad de la tenencia, disponibilidad de servicios, asequibilidad, habitabilidad, accesibilidad, ubicación y adecuación cultural, entonces estamos en presencia de una norma particular concreta. Así, se observa que la norma general (sujetos) abstracta (acción) puede llegar a materializarse/concretarse bajo una norma particular concreta.⁵⁴

⁵³ Véase: Bobbio, Norberto, *Teoría General del Derecho*, Debate, Madrid, España, 1991, pp. 141-146: para este autor los sistemas jurídicos tienen “normas” generales y abstractas; generales y concretas; particulares y abstractas, y particulares y concretas. Acotaría la referencia que hace Bobbio al sistema jurídico refiriéndola a textos normativos, por lo que el señalamiento de que una ley tiene carácter general la entiendo significando que preponderantemente contiene normas o reglas cuyo sujeto es “general”. Cuando no es posible señalar tal preponderancia, como en el caso del presupuesto de egresos, entendemos que el texto normativo tiene carácter mixto, es decir, contiene de los cuatro tipos de normas.

⁵⁴ Para ejemplificar, véase el Amparo Directo en revisión 3516/2013, Primera Sala, en la que se resuelve considerando, entre otros aspectos normativos, lo establecido en el artículo 4° constitucional sobre derecho a la vivienda digna y decorosa y los parámetros sobre el contenido y alcance del derecho a una vivienda adecuada señalados en la Observación General N° 4 del Comité de Derechos Económicos y Sociales de las Naciones Unidas. Así, como se evidencia, el que los derechos humanos,

Por lo que hace al segundo obstáculo, autorrestricción del Poder Judicial frente a cuestiones políticas y técnicas, Abramovich y Courtis consideran que se trata de un “criterio sumamente restrictivo que suele emplear la magistratura a la hora de evaluar su facultad de invalidar decisiones que pueden calificarse como políticas.”⁵⁵ Estos autores señalan que si bien, en términos generales, “un proceso judicial no es el escenario más adecuado para *discutir* aquellos temas”⁵⁶, de lo que se trata es de “analizar en qué medida un mecanismo de solución de conflictos como el proceso judicial, en el que una parte gana y otra pierde, puede resultar idóneo para resolver una situación en la que confronten numerosos intereses individuales y colectivos”⁵⁷. Así, el punto clave no es analizar cómo superar el obstáculo en el plano de una teoría constitucional o política, sino revisar cómo esa forma de actuar de la magistratura afecta la exigibilidad de los derechos sociales, específicamente por la vía de la justiciabilidad.⁵⁸ Al respecto, los autores señalados apuntan una correlación: “cuando mayor sea el margen de debate con relación a estas cuestiones que pueden calificarse como <<políticas>> o <<técnicas>>, menores serán las posibilidades de éxito de la acción intentada.”⁵⁹ Ante esta dificultad, Abramovich y Courtis apuntan que hay que considerar que no hay pautas precisas sobre lo que es un

sean civiles y políticos o sociales, estén referidos en el texto constitucional y en los tratados internacionales -PIDESC- en forma general y abstracta, ello no ha impedido que mediante una labor interpretativa sobre el contenido y alcance de los derechos humanos se resuelvan casos concretos, incluso se desarrollen políticas públicas que consideran esos parámetros.

⁵⁵ Señalan: “Así, cuando la reparación de una violación de derechos económicos, sociales y culturales importa una acción positiva del Estado que pone en juego recursos presupuestarios, o afecta de alguna manera el diseño o la ejecución de políticas públicas, o implica tomar una decisión acerca de qué grupos o sectores sociales serán prioritariamente auxiliados o tutelados por el Estado, los jueces suelen considerar tales cuestiones como propias de la competencia de los órganos políticos del sistema.”, ⁵⁵ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles...*, Op. Cit., p. 127.

⁵⁶ *Idem*, p. 127-128.

⁵⁷ *Ib.*

⁵⁸ *Ib.*

⁵⁹ *Ib.*

asunto político o técnico⁶⁰ y, por ende, concluyen, no se trata de un obstáculo insalvable.

En lo atinente al tercer obstáculo, ausencia de procedimientos judiciales jurisdiccionales idóneos para la tutela de los derechos sociales, el cual nos interesa de forma especial, reside en considerar que los procedimientos judiciales jurisdiccionales están diseñados para la protección de los derechos individuales. Abramovich y Courtis refieren, entre otros procedimientos judiciales jurisdiccionales, al juicio de amparo, el cual presenta insuficiencias para el tratamiento de los derechos sociales, pues éstos tienen una alta incidencia colectiva que provoca problemas de legitimación activa⁶¹ evidenciando que los procedimientos judiciales jurisdiccionales están pensados para resolver conflictos individuales.⁶² Por otra parte, los derechos sociales exigen satisfacción urgente y requerimientos probatorios más amplios que los tradicionales, así como mecanismos de seguimiento de cumplimiento más sofisticados que los que requieren los derechos individuales.

En relación con este tercer obstáculo y refiriéndonos al caso mexicano, es un hecho notorio que el diseño institucional/jurídico del juicio de amparo responde a la atención de los derechos individuales y, por ende, respecto de los derechos sociales presenta diversas deficiencias y que directa o

⁶⁰ Señalan que muchas cuestiones consideradas <<políticas>> y, por ende, que no fueron sometidas al juez constitucional, tiempo después si lo fueron, *Id.*, p. 128.

⁶¹ Relacionado con la legitimación activa en el juicio de amparo, abundamos en el análisis del interés jurídico y del interés legítimo como exigencia previa, injustificada, de procedencia (admisión) del juicio de amparo tratándose de derechos sociales, pues éstos presuponen un interés social legítimo que no hay que acreditar o probar antes de la admisión de la demanda de amparo. Véase: Capítulo II, apartado F.

⁶² Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles...*, *Op. Cit.*, p. 129.

indirectamente abordamos en varios apartados del Capítulo II como sesgos, obstáculos o limitaciones que juegan en contra de los derechos sociales.

Sobre los mecanismos de justiciabilidad, en especial sobre el juicio de amparo en México, no está de más referir los señalamientos de Rodrigo Uprimny, los cuales referimos de manera extensa y textual porque van al meollo del problema:

“...entro a la segunda objeción, la objeción procesal, es decir, que el procedimiento judicial no es bueno para satisfacer los derechos sociales... ¿cuál es la respuesta que se ha dado en la práctica judicial, en la reflexión académica en estos países de los que he hablado que han avanzado más fuertemente en la protección judicial de los derechos, a ellos habría que sumar, lo olvide, y es un referente latinoamericano muy importante, el caso de Costa Rica.? ¿Cuáles son las respuestas? La primera es una respuesta más filosófica: si uno tiene una obligación y el instrumento no ayuda, uno no debe decir es que ya no tengo la obligación porque el instrumento no me sirve, lo que uno debe es modificar el instrumento para adaptarlo a la obligación y no decir como el proceso judicial ahorita como está estructurado no está adaptado a realizar los derechos sociales luego yo ya no tengo la obligación frente a los derechos sociales, si yo me reconozco la obligación frente a los derechos sociales lo que yo tengo es que reformar el instrumento de justiciabilidad para hacerlo adaptable a los derechos sociales. Por eso es que creo que el debate del amparo en México hoy es muy relevante para pensar qué reformas al amparo hay que hacer para ajustarlo a la protección de los derechos sociales, porque hoy yo creo la Constitución mexicana ordena la protección de los derechos sociales. En derecho comparado qué se vio. En derecho comparado lo que se ve, tanto por vía de reformas legislativas como de innovaciones jurisprudenciales, lo que se vio fue un poco lo siguiente. Se dijo, mire, los dos grandes obstáculos son: obstáculos de acceso y obstáculos de remedios, es decir, a veces es cierto que el instrumento procesal judicial no es adecuado porque genera muchas dificultades de acceso a los más pobres, y eso genera ese defecto que dije en términos de impacto que entonces termina favoreciendo más a la clase media que a los más excluidos. ¿Cuál es la solución?, pues es muy simple teóricamente, en la práctica puede tener dificultades, rebaje los estándares de acceso en materia de derechos sociales para hacerlos justiciables, es decir,

flexibilice el acceso a los instrumentos de protección de derechos. En el caso colombiano la tutela o en otros países otros mecanismos de protección. En el caso colombiano eso se logró porque una de las grandes innovaciones en el año 92 [1992] en la regulación de la tutela fue que es un instrumento de protección de derechos directo muy, muy informal. Yo sé que en México hay un debate de que para poder presentar bien una acción de amparo toca ser más o menos Einstein por las dificultades técnico-procesales que tiene, y en Colombia tomamos lo bueno del modelo mexicano que es la idea de una acción de protección directa de los derechos, pero tratando de quitarle eso que se veía como negativo y hoy en Colombia una tutela la puede presentar, y no exagero, cualquiera. Hay ciertas tutelas que son muy técnicas, las tutelas contra decisiones judiciales, pero una tutela en general, la puede presentar cualquiera, tanto que la gran amenaza de los hijos a sus padres o de todos si han trabajado en las Cortes constitucionales, si no me dejas salir a esta fiesta te presento acción de tutela. Entonces, eso muestra que uno puede flexibilizar el acceso y ahí se hizo por vía legislativa, fue una de las grandes innovaciones en el año 92 [1992]. Pero la segunda vía es que se puede hacer por innovación jurisprudencial si la legislación no ayuda. Ahí hay dos ejemplos interesantes. De un lado el ejemplo de la India. En la India en los años 70's la Corte Suprema de Justicia modificó sustancialmente las reglas de acceso, las reglas que llaman los norteamericanos de *standing*, para precisamente permitir el acceso de los más pobres y lo hizo por vía puramente jurisprudencial, por ejemplo, si a veces le llegaba una carta de protesta sobre un asunto relacionado con violación de derechos a la Corte Suprema de la India, la India, muchos jueces de la India decían esta carta se vuelve un caso, no tiene que tener las formalidades de una demanda y a partir de eso armaban casos con lo cual democratizaron el acceso a la judicatura, con lo cual se quita, de una vez, la objeción de que los derechos sociales justiciables son sólo para clase media, son sólo para clase media si uno mantiene estándares de acceso muy formales y muy difíciles. Y el segundo ejemplo es en el caso colombiano por vía judicial también, y a veces por vía legal, la posibilidad de convertir casos individuales en remedios colectivos, es decir, la posibilidad de transformar una serie de presentación de casos individuales en decir, bueno como tenemos que darles una respuesta colectiva a este asunto, consideremos que estos casos individuales reflejan un problema más estructural y entonces demos órdenes más estructurales, siendo la única que puede hacerlo para evitar, digamos, proliferación de este tipo de acciones que puede ser problemática en términos de política pública, la Corte Constitucional dijo "yo me reservo esa facultad sólo para la Corte Constitucional como tribunal de última instancia en materia de protección de derechos

fundamentales". Es la teoría de los remedios estructurales, es decir, que, si los problemas de violación de los derechos sociales están asociados a problemas estructurales, pues pueden los jueces dar órdenes estructurales, y entonces el sistema procesal se muestra adecuado a resolverlo. Es lo que llaman en Colombia la figura del estado de cosas inconstitucional. Un ejemplo sería presos en las cárceles presentan acciones de amparo, de tutela, porque les violan sus derechos por la congestión carcelaria, el hacinamiento, y les violan sus derechos sociales, pues no tiene sentido que la Corte de una orden de "señores autoridades penitenciarias, a este preso evítele el hacinamiento carcelario", eso es imposible, pero la Corte si puede decir, todos estos casos reflejan un problema estructural de las cárceles, señores autoridades tomen las medidas para resolver el problema del hacinamiento carcelario y si no yo tomaré medidas más duras, si ustedes no lo resuelven tomaré medidas más duras como lo hizo recientemente, por ejemplo, para que no digan que eso es sólo del constitucionalismo tropical irresponsable de Colombia, lo hizo recientemente la Corte Suprema de Estados Unidos que ordenó liberar 30 mil presos en California por el hacinamiento carcelario. Entonces eso se puede, se puede convertir casos individuales en remedios colectivos. Luego no hay una imposibilidad procesal estructural, si hay que hacer innovaciones por vía legislativa, por vía jurisprudencial, pero no hay una dificultad estructural. Por último, en materia de derechos sociales, muchos casos se asemejan totalmente a derechos civiles de resolución de casos individuales por jueces, por ejemplo, un problema de una negación arbitraria de una prestación médica, pues simplemente el juez ordena que se de en ese caso individual, digamos no tiene mayor misterio, o un problema de muchos derechos que tienen un contenido prestacional o muchos aspectos de los derechos sociales que no son prestaciones sino de defensa, una posible desalojamiento arbitrario de una persona de su vivienda, pues el juez ordena, en función del derecho a la vivienda, el no desalojamiento y digamos es una orden de abstención muy clásica como para que se diga que eso no se puede hacer por los jueces. Entonces esa objeción procesal desapareció..."⁶³

⁶³ Tomado de la Conferencia de Rodrigo Uprimny del 3 de febrero de 2012, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, Foro Internacional sobre Justiciabilidad de los Derechos Económico, Sociales y Culturales en el marco de la reforma constitucional de derechos humanos en México para impulsar la firma y ratificación del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos económicos, Sociales y Culturales, youtube: https://www.youtube.com/watch?v=icsZySkiJ_k (transcripción de nosotros).

El cuarto obstáculo que señalan Abramovich y Courtis, escasa tradición del control judicial de los derechos sociales, hay que entenderlo, nos parece, en relación directa con las prácticas de control constitucional que se desarrollan en cada país.

En México las prácticas constitucionales, específicamente en lo tocante a la justiciabilidad de los derechos sociales, durante varias décadas no fueron algo que preocupara a la teoría constitucional ni a la teoría política, pues, como se ha señalado, si bien México inventa el juicio de amparo, el cual sirvió como modelo en otras latitudes, junto con el amparo (diseñado para los derechos individuales), también se dio, durante décadas, la distorsión en el entendimiento de los derechos humanos, pues éstos dejaron de tener su denominación tradicional -derechos del hombre- y, a partir de la Constitución de 1917, se les identificó con la garantía y se les denominó "garantías individuales" con lo que, de entrada, quedaron marginados los derechos sociales, además de que las "garantías individuales" casi exclusivamente estaban vinculadas a los artículos 14 y 16 constitucionales, es decir, a aspectos de legalidad (principio de legalidad y que los actos de autoridades fueran hechos por autoridad competente que fundara y motivara el acto de molestia o de privación). Los derechos sociales no eran garantías individuales (es decir, derechos individuales), sino meras normas programáticas y, por ende, cosas dependientes de las políticas públicas generando el fortalecimiento corporativista y clientelar a los que son propicias las personas que más demandan los objetos prestacionales de los derechos sociales, y, valga destacar, que a pesar del relativo triunfo de la justiciabilidad de los derechos sociales, su proclividad natural al corporativismo y el clientelismo no ha sido del todo erradicada por no decir controlada.

No obstante, si bien nuestras prácticas jurídico-constitucionales en materia de control judicial jurisdiccional han estado cambiando y cada vez más se fortalece la justiciabilidad de los derechos sociales, esta vía para lograr el pleno goce de los satisfactores que implican los objetos prestaciones de esos derechos es sólo una vía más para el logro de la justicia y la igualdad material como exigencias ético-sociales, por lo que debemos fortalecer el conocimiento y nuestras prácticas de otros controles que no son judiciales jurisdiccionales o no jurisdiccionales y que analizamos en el capítulo siguiente.

Fortalecer la justiciabilidad en materia de derechos sociales es una condición necesaria pero no suficiente para su vigencia. Ante el descomunal reto que representa la pobreza y desigualdad es urgente replantear y fortalecer otras vías no judiciales por las que también se exige y se concretan los derechos sociales y la clave va por la ruta de la perspectiva omnicomprensiva del control de los derechos humanos, en especial de los derechos sociales.⁶⁴

Ahora bien, junto con los exámenes de la dogmática de los derechos humanos debemos considerar los modelos de filosofía constitucional en los

⁶⁴ Las dogmáticas constitucionales y de derechos humanos, operan privilegiadamente en modo judicial jurisdiccional, es decir, en modo de justiciabilidad, implícitamente nos señalan que el curso de acción de la plena vigencia de los derechos sociales va por el camino del fortalecimiento de la justiciabilidad en materia de derechos sociales. Así, a decir de Abramovich y Courtis, refiriéndose a la escasa tradición de control judicial en materia de derechos sociales, cuarto obstáculo: "...una tradición, con todo el peso que ella pueda tener, no es más que un conjunto arraigado de actitudes y creencias contingentes. La manera de revertirla es, justamente, avanzar en el planteo de casos judiciales sólidos, en los que se reclame ante la violación de derechos económicos, sociales y culturales. La gradual acumulación de precedentes judiciales, que permitan extraer principios de actuación operables en contextos análogos, hará posible un cambio de actitud por parte de los tribunales, y una mayor visibilidad de la posibilidad de reclamo judicial por parte de las propias víctimas.", *Ib.*, p. 132. Bien estar a favor de la vía judicial jurisdiccional -justiciabilidad-, pero de ello no se sigue que sea la única vía, pues es imperioso mirar los espacios no judiciales jurisdiccionales o no jurisdiccionales.

que, entre uno de sus temas, se encuentra la justificación de la justiciabilidad, es decir, si se justifica que los depositarios del Poder Judicial, o equivalentes, realicen control de constitucionalidad. En el inciso siguiente nos damos a la tarea de analizar los argumentos base conforme a los cuales se justifica o no se justifica la justiciabilidad en los modelos más representativos de la filosofía constitucional.

3. Constitucionalismo: los derechos sociales son derechos humanos genuinos, pero ¿son justiciables?

En los modelos de filosofía constitucional más elaborados se parte de considerar a los derechos humanos, sean individuales o sociales como derechos genuinos, pero unos aceptan su justiciabilidad (binomio i) y otros autores no lo aceptan (binomio ii), y aquí es donde hay que bordar lo más fino posible, pues el debate, nos parece, oculta (parcialmente) o se salta un paso: el análisis de si la actividad estatal que incide en los derechos humanos, sean civiles o políticos, debe ser objeto de control, pues los mecanismos de control son diversos y van más allá del control judicial jurisdiccional, es decir, de la justiciabilidad. Ésta es uno de tantos controles constitucionales.

Así, el debate en la filosofía constitucional básicamente se ve la contraposición entre el control judicial y el control legislativo: unos se decantan por señalar que el control judicial está plenamente justificado (paradigmáticamente el modelo de Ronald Dworkin denominado sustantivista); otros lo niegan y señalan que no se justifica el control judicial y a quien corresponde plenamente es al poder legislativo (esta posición está representada por el modelo de Waldron, el cual se identifica como procedimentalista), y otros asumen una posición intermedia (la pauta referente es el modelo de Nino, el cual se califica de deliberativo y en el que

el discurso es dialógico, a diferencia de Dworkin que lo considera monológico).

La pregunta pertinente es de quién debe controlar, el debate en la filosofía constitucional se ciñe, en el fondo, en cuestionar la intervención de los depositarios del Poder Judicial, o sus equivalentes, sin perjuicio de tesis moderadas que dan competencia tanto a los depositarios del Poder Judicial como a depositarios del Poder Legislativo, tesis en las que un aspecto relevante es el atinente a quién tiene la última palabra. Así, el debate fuerte sobre la justiciabilidad o no justiciabilidad de los derechos sociales, básicamente, se da en torno a si se justifica la intervención de los depositarios del Poder Judicial. La determinación sobre el contenido y alcance de los derechos humanos, en especial de los derechos sociales ¿a quién corresponde?, ¿al poder judicial o al poder legislativo?, y sobre ello ¿qué le corresponde el poder ejecutivo, y a otras instancias de índole social e internacional?

Aquí es donde ponemos atención a los modelos de filosofía constitucional en cuanto al tratamiento de la justiciabilidad de los derechos humanos, modelos que, aceptando que se trata de auténticos derechos humanos - derechos subjetivos-, en última instancia derechos morales, se diferencian por la aceptabilidad o no de su justiciabilidad, es decir, aceptan o no aceptan la intervención de depositarios del Poder Judicial, o equivalentes, como control de la actividad estatal que incide en los derechos humanos, básicamente en lo atinente al contenido y alcance de los derechos. Así, como ya se señaló (y como veremos con un poco de más detalle más adelante), en un lado del péndulo está la posición de Ronald Dworkin (modelo sustantivista) que acepta estar ante genuinos derechos humanos y que son justiciables y en el otro extremo se encuentra la posición de J.

Waldron (modelo procedimentalista) que, aceptando que estamos ante auténticos derechos humanos, no concede que sean depositarios del Poder Judicial quienes controlen los contenidos y alcances de los derechos humanos, pues considera que es al Poder Legislativo al que corresponde determinar el contenido y alcance de los derechos humanos.

Asimismo, encontramos una posición intermedia, la de Carlos S. Nino (modelo deliberativo) que bajo su modelo acepta parcialmente la intervención de los depositarios del Poder Judicial.

Lo primero que es pertinente señalar, nos parece, es que la justiciabilidad de los derechos humanos es un tema -problemática- inherente a los límites y control del poder público (límites y control que se han extendido a la actividad de particulares que incide en materia de derechos humanos, sean civiles y políticos o sociales).

Si se plantea que los derechos sociales, como los derechos civiles y políticos, son justiciables, entonces la actividad estatal en cuanto a sus límites es verificable mediante mecanismos de control por los que se evalúa por parte de un juez o tribunal constitucional que se respetan los límites normativos impuestos constitucionalmente y aquí está el problema sobre la justiciabilidad: ¿corresponde, se justifica, que sean depositarios del Poder Judicial, mediante mecanismos de control jurisdiccional, quienes controlen la actividad estatal en materia de derechos humanos, en especial de los derechos sociales?

Con base en los planteamientos anteriores, consideramos pertinente dar cuenta, sintéticamente, del debate sobre la justificación del control judicial de leyes, y para ello nos basamos en la obra de Leopoldo Gama, *Derechos*,

*democracia y jueces*⁶⁵, obra que describe y explica de manera muy completa los tres grandes modelos de filosofía constitucional: el sustantivista de la teoría de Ronald Dworkin, el procedimentalista de la teoría de Waldron y el deliberativo de la teoría de Nino, incluso una propuesta propia de Gama⁶⁶.

Para Leopoldo Gama, los modelos de filosofía constitucional son proyectos que desarrollan “una teoría para dar fundamento a los derechos individuales, una concepción sobre el gobierno democrático y una filosofía judicial o propuesta sobre el papel de los tribunales constitucionales”⁶⁷

⁶⁵ Gama, Leopoldo, *Derechos, democracia y jueces. Modelos de filosofía constitucional*, Marcial Pons, Colección Filosofía Y Derecho, prólogo de Manuel Atienza, Es., 2019, p. 29.

⁶⁶ Leopoldo Gama propone un (cuarto) modelo que denomina deliberativo equilibrado y que sería, en la realidad, como el sistema canadiense: “Un sistema de justicia constitucional débil, como el establecido en países como Canadá, puede justificarse a la luz de un modelo de filosofía constitucional entendido como un caso de justicia procesal cuasi pura [o cuasi perfecta, la cual daría cuenta de situaciones <<en la que existirían criterios independientes para evaluar los resultados de un procedimiento y, al mismo tiempo, habría estándares procedimentales para evaluar la calidad del procedimiento mismo>>] pues: a) permite la deliberación legislativa y judicial sobre los derechos; b) abre la puerta a la intervención de la justicia constitucional para la protección de derechos, y c) protege el valor intrínseco del gobierno democrático al permitir que la legislatura tenga la última palabra sobre cierto tipo de decisiones sustantivas. Además, representa la institucionalización del desacuerdo sustantivo en cuanto a la interpretación sobre el significado y alcance de los derechos. Ante tal escenario, lo coherente vendría a ser ajustar las instituciones de modo tal que ninguna posea el monopolio en la definición de los valores que deben guiar a una comunidad.”, *Idem.*, p. 318. Sobre este modelo, no está de más referir la crítica de Manuel Atienza: “Y aunque ese modelo de <<constitucionalismo débil>> quizá pudiera resultar funcional en un país como Canadá, ¿no es imprudente trasladarlo a países de características muy distintas (en los que, precisamente, no existe homogeneidad a la que antes me refería [homogeneidad social (de efectividad de los derechos sociales)] como ocurre en los latinoamericanos y, en particular, con México? Si de lo que se trata es de asegurar cierto equilibrio entre -cabría decir- las razones autoritativas incorporadas en los textos normativos aprobados por los órganos que son expresión de la voluntad popular, y las razones sustantivas que podrían elaborar los tribunales constitucionales, ¿no podría lograrse eso simplemente dando fuerza al principio interpretativo de deferencia al legislador o estableciendo una mayoría cualificada para que un tribunal constitucional pueda declarar inválida una ley (tal y como ocurre, por ejemplo, en México), en lugar de pretender que un tribunal actúe como si no fuera un tribunal (prescindiendo del principio de bivalencia)?”, prólogo, p. 19.

⁶⁷ *Idem.*, p. 29. Señala Gama que los modelos “son...esquemas que erigen una <<teoría comprehensiva>> al modo como la concibe R. Dworkin. Su libro *A matter of principle* esboza en una

Es importante destacar el señalamiento de Leopoldo Gama acerca de la problemática de la legitimación del control judicial jurisdiccional que se muestra en lo que se conoce como la objeción contramayoritaria: “es parte de una controversia más amplia que tiene sus raíces en el conflicto de dos tradiciones o ideales políticos de la modernidad. El ideal del liberalismo - consistente en la limitación al poder en beneficio de los derechos- y el ideal de la soberanía popular -propio de la tradición republicana-, los dos ingredientes en tensión recogidos por un sistema de gobierno conocido como democracia constitucional.”⁶⁸

La locución <<filosofía constitucional>>, en su segundo término, refiere a la doctrina del constitucionalismo. Éste, a decir, de Leopoldo Gama, “entendido en su sentido muy restringido, representa el ideal del poder limitado a través de ciertos contenidos normativos específicos, como el establecimiento de derechos fundamentales en una constitución rígida y custodiada por la jurisdicción constitucional”.⁶⁹

Asimismo, el constitucionalismo admite diversos significados⁷⁰ e intensidades que dependen de la incorporación de elementos que responden a los

nota lo que podría considerarse como la radiografía de toda teoría política <<completa>>: una estructura cuyos elementos están relacionados sistemáticamente y que está integrada por posiciones jurídico-políticas muy concretas que son resultado de posiciones más abstractas, las cuales, a su vez, son consecuencia de posiciones aún más abstractas. Es en este sentido de <<completitud>> como se entienden los modelos de filosofía constitucional que aquí se presentan.”, p. 29.

⁶⁸ *Idem*, p. 22. Y agrega: “La democracia constitucional está comprometida, por un lado, con los valores democráticos -entre los que destaca fundamentalmente la soberanía popular-, y con el ideal del liberalismo político, que prescribe la limitación al poder para evitar la arbitrariedad. Esta unión entre la democracia y los mecanismos del constitucionalismo ni es del todo pacífica, pues cuando estos se robustecen traen consigo un debilitamiento del autogobierno y, viceversa, fortalecer el ideal popular conduce a un ablandamiento del sistema de pesos y contrapesos.”, p. 22

⁶⁹ *Idem*, p. 22. Asimismo, señala: “pp. 23-24.

⁷⁰ Para una crítica sucinta sobre los usos del <<constitucionalismo>>, véase: Waldron, Jeremy, *Contra el gobierno de los jueces. Ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y en los tribunales*, Siglo XXI, Argentina. 2018.

arreglos democráticos constitucionales. Así, un plano básico implicaría la incorporación de los principios de gobierno *per leges* y gobierno *sub lege* que conllevan el ejercicio del poder mediante la ley y la observancia y sujeción de las autoridades al Derecho; en un segundo plano la intensidad estaría dada por la autoridad limitada mediante una Constitución; en otra dimensión se contemplaría la inclusión de normas generales, públicas, no retroactivas y estables, e incluir la división de poderes y contar con una Constitución escrita; en el siguiente plano, más fuerte, se incorporan mecanismos que reflejan arreglos institucionales que implican restricciones formales al ejercicio del poder y límites materiales impuestos por una carta de derechos; y una dimensión aún más fuerte se expresaría con instrumentos rígidos de modificaciones constitucionales y un control judicial jurisdiccional de constitucionalidad.⁷¹

Estos planos de arreglos institucionales los podemos ver como círculos concéntricos: el círculo más pequeño representa el nivel mínimo que se proyecta esencialmente en el Estado de Derecho, el siguiente círculo comprende al anterior, pero, además, se cuenta con una Constitución escrita, y así hasta llegar al círculo más comprensivo. Nuestro sistema jurídico formalmente responde al círculo más comprensivo, pero de ello no se sigue que sus niveles de democracia, de eficacia, eficiencia, y efectividad de los derechos humanos, muestren una operatividad razonable de la división de poderes y el funcionamiento adecuado del sistema federal, sean óptimos.

⁷¹ *Idem*, pp. 23-24. Señala Leopoldo Gama que “Uno de los mecanismos más importantes del constitucionalismo que pone en tensión el ideal popular, es el control judicial de constitucionalidad, que encuentra sus antecedentes históricos en dos modelos de justicia constitucional: el norteamericano defendido por el juez John Marshall en el famoso fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos el caso *Marbury v. Madison* (1803); y el continental-europeo, institucionalizado a partir de la Primera Guerra Mundial en las cortes constitucionales, las cuales cobrarían forma decisiva gracias a la instauración de un tribunal Constitucional ideado por H. Kelsen con el objetivo de establecer un control abstracto de la constitucionalidad de la legislación, adoptado inicialmente en Checoslovaquia (1920), luego Austria (1920), Italia (1947) y Alemania (1947).”, p. 24.

De cada modelo (sustantivista, procedimentalista y deliberativo), como lo hemos señalado, nos abocaremos a exponer, sintéticamente, la argumentación central sobre la justificación o no justificación del control judicial de constitucionalidad⁷².

a) El modelo sustantivista de Ronald Dworkin

En el modelo sustantivista (Dworkin), para un adecuado entendimiento del argumento por el que se justifica que depositarios del Poder Judicial ejerzan control constitucional y, por ende, se califica a los jueces constitucionales aptos para realizar dicho control, y tener la última palabra, debe considerarse la clasificación que hace Dworkin sobre acuerdos sensibles e insensibles a las preferencias. Las decisiones políticas versan sobre esos dos tipos de acuerdos. Las decisiones sobre asuntos sensibles a las preferencias son, según Dworkin, "...aquellas cuya solución correcta depende esencialmente del carácter y la distribución de las preferencias al interior de la comunidad política"⁷³; por su parte los asuntos insensibles a las

⁷² Los modelos son altamente complejos, pues sus autores los construyeron durante décadas en un diálogo filosófico muy importante (sólo continua vivo Waldron), así que el resumen que presentamos, ceñido a la argumentación sobre la justificación o no de la justiciabilidad corre el riesgo de desdibujar algunos aspectos relevantes de cada modelo. Así, por ejemplo, cada modelo maneja una concepción diferente de la democracia, de la fuerza de los derechos que conforman las precondiciones de la democracia (básicamente los derechos civiles y políticos, y algunas menciones no claras al papel que juegan los derechos civiles). Además, los modelos tienen matrices filosóficas ineludibles como la de John Rawls y Jürgen Habermas.

⁷³ Citado por Gama, Leopoldo, *Derecho...*, Op. Cit., p. 76. Leopoldo Gama señala como ejemplos "cuestiones como ¿se deben destinar los fondos públicos para construir una carretera o un parque?, ¿debe seárarse escocia del imperio británico?, ¿debe incorporarse Dinamarca al plan de seguridad de la comunidad europea?, etc., son sensibles a las preferencias ciudadanas. La corrección de este tipo de decisiones dependerá únicamente de los deseos de los ciudadanos y de la cantidad que apoye una u otra posición.", p. 76. No estamos tan seguros que en el primer ejemplo se trate de una cuestión sensible a las preferencias, pues si la construcción del puente evitará atropellamientos de peatones, obviamente es una cuestión que se sustrae a una mera cuestión de deseos y de mayorías.

preferencias, por el contrario, no depende de las preferencias de las personas y en ellos no cuentan los deseos de las personas.⁷⁴

Para comprender de manera más acabada lo relativo a las decisiones sensibles e insensibles hay que tomar en cuenta los elementos del poder político en dos dimensiones: horizontal y vertical; y a partir de estas dimensiones el que toda evaluación del poder político implica dos sentidos: impacto e influencia.⁷⁵ Al respecto señala Leopoldo Gama que por impacto hay que entender “la diferencia que un individuo, por sí solo, puede marcar en las decisiones colectivas”⁷⁶, y que “la influencia política hace referencia a la manera en que un individuo puede condicionar las opiniones y decisiones de otros individuos en el sentido de inducirlos a decidir u optar por A o B.”⁷⁷

Señala Leopoldo Gama que de la combinación entre impacto e influencia y las dos dimensiones del poder político, horizontal o vertical, se derivan cuatro relaciones de igualdad de poder político: (i) igualdad vertical de impacto, la cual implica que las decisiones de una persona tengan la misma incidencia que las decisiones de los gobernantes, lo cual es un ideal imposible de lograr; (ii) igualdad horizontal de impacto conlleva que el ejercicio del poder debe ser igual entre los gobernados y se trata de un ideal muy poco exigente; (iii) igualdad de poder con influencia vertical exige que los ciudadanos tengan la misma posibilidad para condicionar las decisiones de los funcionarios y presionarlos respecto de una política determinada y conforma un ideal realizable, pero pondría en riesgo la independencia de

⁷⁴ *Idem.* Señala Leopoldo Gama que Dworkin refiere como ejemplos “...la aprobación de la pena de muerte, la despenalización del aborto u otras similares...”, p. 77.

⁷⁵ *Idem.*, p. 69.

⁷⁶ *Idem.*, p. 69.

⁷⁷ *Idem.*, p. 70.

los funcionarios; y (iv) igualdad de poder como influencia horizontal, la cual es inequitativa pues algunos ciudadanos tendrían mayor poder político que otros porque poseen más recursos económicos, u otras ventajas reales y se considera una exigencia indeseable porque puede erosionar otros valores igualitarios.⁷⁸

Para los efectos de las decisiones sensibles, señala Leopoldo Gama “que en una sociedad en donde el impacto político esté mejor distribuido es más apta para la toma de decisiones sobre cuestiones sensibles a las preferencias, por lo que al asegurar la igualdad horizontal de impacto se asegura también *ex ante* la corrección en la toma de estas decisiones.”⁷⁹

Respecto de las decisiones insensibles, señala Leopoldo Gama:

“¿En qué medida puede asegurarse la corrección de las decisiones insensibles a las preferencias? ¿Debe jugar algún papel el impacto político respecto a esa clase de cuestiones? En este caso, parece ser que la cuestión está ya resuelta dado que, por definición, la corrección de las decisiones insensibles no dependería de la información que se posea respecto de la orientación de las preferencias o intereses de los ciudadanos hacia X o hacia Y. No hay bases para aceptar según Dworkin la opinión según la cual en tanto una decisión sea apoyada por el mayor número de ciudadanos en consideraciones equitativas para cada uno de ellos (procurando que todos y cada uno gocen igual impacto político), mayor será la probabilidad de que estos hayan optado por la decisión correcta. Según el modelo, no existe una relación de proporcionalidad entre el mejoramiento de la igualdad política y la corrección de las decisiones sobre principios o insensibles a las preferencias. Si así son las cosas, entonces ¿qué procedimiento arroja los mejores resultados para decidir sobre las cuestiones insensibles a las preferencias? ¿Hay razones de peso para pensar que un procedimiento distinto al democrático <<mejorara

⁷⁸ *Idem.*, pp. 69-74.

⁷⁹ *Idem.*, p. 77.

considerablemente la corrección *ex ante* a la hora de decidir sobre cuestiones insensibles a las preferencias>>?⁸⁰

Con base en estos planteamientos, Leopoldo Gama señala que Dworkin sostiene que la intervención del Poder Judicial -la justiciabilidad- en cuestiones sobre principios, es decir, asuntos que refieran decisiones insensibles a las preferencias, no ofenden a la democracia, puesto que el procedimiento de decisión política -mayoritario- no es el mejor candidato para tomar esas decisiones.⁸¹ Señala que si bien Dworkin aduce que un mayor conocimiento de los asuntos en los que se tomen decisiones sobre principios puede ser más acertada de ello no se sigue que el legislador pueda tener creencias correctas sobre cuestiones relativas a qué derechos poseen los individuos y que, además, los jueces son más aptos para desarrollar la plausibilidad de una teoría de los derechos que los legisladores, incluso respecto de la gran mayoría de los ciudadanos que eligen a los legisladores. Asimismo, se debe considerar que los legisladores están expuestos a presiones políticas, lo que no les sucede a los jueces. Así, “el arreglo institucional que puede mejorar *ex ante* la corrección o adecuación a principios (*accuracy*) de las decisiones que atañen a las cuestiones insensibles a las preferencias es la *judicial review*, es decir el control vía justiciabilidad.⁸²

⁸⁰ *Idem.*, pp. 77-78.

⁸¹ *Idem.*, p. 78.

⁸² *Idem.*, p. 79. Señala Leopoldo Gama: “Si las cosas son examinadas desde el punto de vista de una concepción independiente de la democracia -que, recordemos, intenta justificar esa forma de gobierno exclusivamente a partir de la igualdad de poder- el control judicial se reputará antidemocrático. Pero si adoptamos una concepción dependiente de la democracia las cosas pueden ser distintas...” (p. 79). Hay que traer a cuentas que para Dworkin, en el tema relativo a los contenidos sustantivos de la democracia, el principio de igualdad de consideración y respeto (realmente esencial a su modelo) condiciona la distribución del poder político lo que conlleva considerar dos formas de percibir la democracia: una dependiente en la que se acepta que el procedimiento democrático debe necesariamente satisfacer requerimiento sustantivos, es decir, ciertos principios; la otra concepción es la independiente y en la cual no se da esa subordinación, Véase: Gama, Leopoldo, *Derechos, democracia... Op. Cit.*, pp. 50-53.

En suma:

“...para el modelo sustantivista, la deliberación judicial proveerá mejores resultados que la deliberación en sede legislativa: es más seguro remover de la política ordinaria la discusión acerca de cuestiones sustantivas, ya que el órgano legislativo no es un canal seguro para proteger los derechos de grupos políticamente impopulares debido a la vulnerabilidad de los legisladores a las presiones políticas. El objetivo del modelo es señalar que el control judicial puede verse como un mecanismo deliberativo al igual que la legislatura, aunque, sin duda, la calidad de la deliberación en sede judicial será decisivamente *superior*.”⁸³

Se argumenta en contra de esta posición que privilegiar el foro judicial trae una pérdida de autogobierno, pero, señala Dworkin, que no habría ese costo pues es más seguro que vía la justiciabilidad se obtengan decisiones correctas.⁸⁴

b) El modelo procedimentalista de Jeremy Waldron

El modelo de Waldron se constituye como el polo opuesto al modelo sustantivista y sus tesis fundamentales, siguiendo a Leopoldo Gama⁸⁵, son las siguientes⁸⁶:

⁸³ *Idem.*, p. 81. Enseguida señala Leopoldo Gama: “Las ideas que preceden se sustentan en dos argumentos centrales: 1) en el ámbito judicial la tendencia a razonar a partir de principios es más exitosa, y 2) la sustracción de tales decisiones de la política ordinaria mejora *ex ante* la calidad del debate público.”, p. 81. Por otra parte, desde la perspectiva de la Teoría de la Legislación, es frecuente contrastar la actitud de los legisladores con algunas de las exigencias de ética judicial: los legisladores son dependientes de intereses externos, los jueces deben ser independientes; los legisladores son parciales, los jueces deben ser imparciales; los legisladores son subjetivos, los jueces deben ser objetivos.

⁸⁴ *Idem.*, p. 81.

⁸⁵ *Idem.*, Capítulo II, “El constitucionalismo procedimentalista”, pp. 103-175.

⁸⁶ *Idem.*, p. 105.

- (i) La tesis de <<la circunstancia de la política>>: existen desacuerdos sustantivos profundos y, a pesar de ello, es necesario tomar decisiones⁸⁷;
- (ii) Una teoría sobre la legitimidad de las decisiones mayoritarias en la que son los parlamentos, por su naturaleza, los que cumplen las condiciones que proveen de legitimidad a sus decisiones, básicamente por seguir -formalmente- el procedimiento parlamentario⁸⁸;
- (iii) La tesis negativa a atrincherar los derechos en textos constitucionales rígidos, pues hacer lo contrario muestra desconfianza hacia la ciudadanía e implica desautorizar su capacidad para autogobernarse⁸⁹; y

⁸⁷ Señala Leopoldo Gama que “El rasgo de la política, según el modelo procedimentalista, consiste en la necesidad insoslayable de tomar decisiones vinculantes para todos los miembros de la sociedad bajo la presencia de graves y profundos *desacuerdos*. Existen discrepancias acerca de cuestiones de justicia (como el aborto, la libertad de expresión, los derechos sociales, etc.), y también sobre casi cualquier ámbito de la vida pública. Estos dos elementos, la necesidad de decidir un curso de acción determinado y la existencia de graves desacuerdos, son identificados bajo el rótulo <<circunstancia de la política>>.”, *Idem.*, p. 106.

⁸⁸ Leopoldo Gama, sobre este punto señala: “Para el procedimentalismo waldroniano, el parlamento es un cuerpo especialmente diseñado para encarar la existencia de desacuerdos, pero no bajo la exigencia de un consenso, difícilmente asequible bajo las circunstancias de la política. El parlamento y el procedimiento legislativo *son así*, diría Waldron, y hay una razón para ello ya que es la sede que representa la pluralidad, la multiplicidad de voces, la diversidad de posturas y exigencias, puntos de vista e ideologías, credos y doctrinas existentes en la sociedad. El parlamento está estructurado especialmente para hacer frente a la pluralidad ideológica, esto es, a las circunstancias de la política: <<Representan (o pretenden representar) los desacuerdos más serios y sustantivos que existen en la sociedad respecto de la manera en la que esta sociedad debe ser organizada>> (Waldron)... A juicio de Waldron, son cuatro los rasgos fundamentales que poseen los parlamentos modernos y que están conectados con el carácter autoritativo de la legislación: a) su tamaño o número; b) la diversidad de sus miembros; c) su sometimiento a un procedimiento determinado, y d) su carácter deliberativo.”, *Idem.*, p. 122.

⁸⁹ Siguiendo a Leopoldo Gama, “El modelo de constitucionalismo procedimentalista se opone a los modelos de constitucionalismo como el dworkiniano. Los argumentos que presenta contra ellos

- (iv) La tesis de que el control judicial es ilegítimo como instrumento para la toma de decisiones, pues impide la participación, bajo esquemas de igualdad, en las decisiones sobre aspectos sustantivos.⁹⁰

Estas tesis se generan a partir de tres aspectos clave del modelo procedimentalista: (i) Waldron muestra una auténtica preocupación por construir una teoría democrática en la que la legislación juega un papel preponderante como uno de los productos racionales que ha de permitir el despliegue jurídico; (ii) su teoría está basada, al igual que la de Dworkin, en los derechos *-rights based theory-*; (iii) la circunstancia de la política

[Rawls, Alexy, Nino, Garzón] son los siguientes: 1) Una postura teórica fundada en los derechos (una *Rights-based-theory*), no implica necesariamente comprometerse con su emplazamiento en una carta de derechos atrincherada. 2) Bajo las llamadas circunstancias de la política no podemos más que comprometernos con el problema relativo al cómo decidir los desacuerdos acerca de los derechos. 3) Las teorías fundadas en los derechos deberían incorporar o ser complementadas por una teoría de la autoridad. 4) Las anteriores consideraciones junto con la fuerza que cumple el principio de participación política, cuestionan la legitimidad del control judicial de constitucionalidad como mecanismos para la garantía de los derechos. En el modelo procedimentalista, insistir en la constitucionalización de los derechos equivale a afirmar que estamos seguros con una formulación concreta de ellos (que hay mejores formulaciones de los derechos que otras) y que habría razones fundadas para atrincherarlas en un documento de cierta rigidez. Esta extrema seguridad tiene como contrapartida una sueta de *desconfianza* hacia los ciudadanos en el manejo de sus derechos.”, *Idem.*, pp. 133-134.

⁹⁰ A decir de Leopoldo Gama: “A grandes rasgos podría decirse que para este modelo la justicia constitucional es incompatible con el respeto hacia los individuos y hacia los desacuerdos sustantivos razonables...Debe aclararse que el constitucionalismo procedimentalista no reclama que se suprima la institución del control judicial de nuestras constituciones sino, más bien, ofrece un argumento normativo acerca de su idoneidad como mecanismos institucional en una sociedad democrática que posee desacuerdos sobre la justicia...El objetivo de la crítica waldroniana es el control judicial de carácter fuerte que identifica con el esquema institucional de los Estados Unidos de América, en el que los tribunales tienen la facultad para no aplicar una disposición legislativa a un caso particular o para modificar los efectos de una ley para hacerla compatible con los derechos. Es aún más fuerte ese control cuando a un tribunal se le delega la facultad de derogar o invalidar con efectos generales una parte de ley. En cambio, es débil cuando los tribunales pueden examinar la conformidad de una ley con los derechos individuales, pero no están facultados para inaplicarla sino para atenuar sus efectos (reino Unido) o cuando se establecen mecanismos que privilegian un <<diálogo institucional>> como en Canadá. En un esquema aún más débil se sitúa el modelo de Nueva Zelanda, en el cual los tribunales carecen de las facultades que poseen los tribunales británicos.”, *Idem.*, pp. 157-158.

determina cómo entender y resolver los problemas de legitimidad de la autoridad política.⁹¹

Para Waldron existe insatisfacción al ver cómo se hace filosofía del Derecho, pues ésta está fuertemente judicializada en detrimento del papel de la legislación, lo que lleva a la necesidad de redimensionar al Poder Legislativo⁹², y en esto le asiste razón a Waldron, pero de ello no se sigue que solamente haya que reivindicar el rol del legislador, su actividad por excelencia: el proceso legislativo, y su producto: la ley. Es indispensable “integrar” sus aportaciones en una teoría omnicomprendensiva de los límites y control del poder político en el que jueguen los espacios legislativo, judicial, ejecutivo, la sociedad y la dimensión internacional.

Respecto de que los derechos no son objeto de debate para determinar si forman parte, como condiciones, del procedimiento democrático, hay que diferenciar entre el estatus de los derechos, es decir, considerar un derecho como derecho, y que de ello no se sigue que, automáticamente, deba considerarse como (pre)condición para el procedimiento democrático, pues no todos los derechos se constituyen en condiciones para la democracia. Es claro que el derecho de libre expresión de las ideas, el derecho de respeto e igual consideración (Dworkin), son condiciones para la democracia, pero el derecho al agua, el derecho a la alimentación, el derecho a la vivienda, difícilmente pueden ser considerados condiciones para el juego democrático. Las condiciones para la democracia se van determinando, en el discurso, a partir de preguntarse cuáles derechos deben considerarse como condiciones para su operatividad. Esto es diferente al problema de las precondiciones democráticas y que van por el

⁹¹ *Idem.*, p. 104.

⁹² *Idem.*, p. 104.

lado de la libertad fáctica en la que los derechos sociales juegan un papel de primer orden y que en última instancia conforman los parámetros para la formación de autonomía y ésta, bajo la noción de principio de autonomía, sí es una condición para el procedimiento democrático.

c) Modelo deliberativo de Nino

El constitucionalismo deliberativo parte de un constitucionalismo democrático en el que los ingredientes participativos y liberales generan una perenne tensión, y considera tres elementos: (i) la legitimidad de las normas jurídicas está basada en la exigencia de protección de los derechos fundamentales, (ii) ideal del gobierno democrático-deliberativo, y (iii) una Constitución valiosa en sí misma como punto de encuentro para acuerdos políticos.⁹³

Los presupuestos teóricos del modelo deliberativo son la conexión conceptualmente necesaria entre Derecho y Moral y el constructivismo ético (base metaética). Sus elementos centrales son los derechos humanos entendidos como exigencias derivadas de principios morales, la concepción de la democracia como sucedánea del discurso moral la moral y la consideración de la Constitución como práctica social (y como parte de la práctica social que implica el Derecho en general).⁹⁴

⁹³ *Idem.*, p. 177. Señala Leopoldo Gama: “La apuesta de Nino tiene que entenderse como un proyecto destinado a cimentar la democracia constitucional sobre tres pilares fundamentales de la racionalidad práctica: a) la conexión justificativa entre el derecho y la moral; b) la conexión entre la moral y la política, y c) la conexión entre el derecho y la política. De lo anterior resulta que el constitucionalismo democrático de Nino se apoya en una concepción filosófica general que vincula las esferas del derecho, la moral y la política.”, p. 178.

⁹⁴ *Idem.*, p. 179.

Un punto clave para entender el modelo deliberativo reside en la consideración del valor epistémico del procedimiento democrático. En palabras de Leopoldo Gama:

“Que la democracia posea un valor epistemológico significa que es un medio fiable para alcanzar, a través de la deliberación, el conocimiento moral en asuntos públicos. Una decisión que es resultado de una discusión que permite poner sobre la mesa, de manera libre y abierta, las diversas preferencias e intereses de las personas involucradas, provee *razones para creer* en su corrección, en que se trata de una decisión imparcial.”⁹⁵

Apuntando a la justificación del control judicial, Carlos S. Nino, después de analizar la argumentación de Marshall en el conocidísimo caso *Marbury Vs. Madison*, resuelto en 1803⁹⁶, y con el que se sentaron las bases del control judicial constitucional en los Estados Unidos Americanos, por parte de los jueces respecto de normas dictadas por instituciones democráticas, y considerarlo insuficiente y deficiente, presenta, bajo lo que denomina “el teorema fundamental de la filosofía del derecho”⁹⁷, la justificación del control judicial de la constitucionalidad.

⁹⁵ *Idem.*, p. 209.

⁹⁶ La cadena argumentativa que identifica Carlos S. Nino es la siguiente: “Premisa 1: *El deber del Poder Judicial es aplicar la ley*. Premisa 2: *Cuando hay dos leyes contradictorias, no hay más remedio que aplicar una desechando la otra*. Premisa 3: *La Constitución es la ley suprema y define qué otras normas son ley*. Premisa 4: *La supremacía de la Constitución implica que cuando entra en conflicto con una norma dictada por el Congreso esta segunda deja de ser una ley válida*. Premisa 5: *La negación de la premisa anterior supondría que el Congreso puede modificar la Constitución dictando una ley ordinaria, por lo que la Constitución no sería operativa para limitar al Congreso*. Premisa 6: *El Congreso está limitado por la Constitución*. Premisa 7: *Si una norma no es una ley válida carece de fuerza obligatoria*. Conclusión: *Una ley contraria a la Constitución no debe ser aplicada por el Poder Judicial.*”, Nino, Carlos S., “Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad”, en VV. AA. *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, Centro de Estudios Constitucionales, Cuadernos y Debates, Núm. 29, Madrid, España, 1991, p. 100.

⁹⁷ “[En el mencionado teorema, opera una proposición que] establece que las normas jurídicas no constituyen razones operativas para justificar acciones o decisiones como las de los jueces, a menos que se las conciba como derivadas de principios morales, o sea juicios normativos que exhiben los rasgos distintivos de autonomía, finalidad justificatoria, universalidad, generalidad, superveniencia y

Dicho teorema es básico para comprender la argumentación de Nino, pues si las normas que aplican los jueces implican juicios morales⁹⁸, ello justifica, en cierta medida, el control judicial, además de evidenciar la conexión conceptualmente necesaria entre derecho y Moral. Así, señala Nino:

¿Cuál es la consecuencia de este teorema para el tema del control judicial de constitucionalidad? La que sigue: un juez no puede justificar una decisión cualquiera sobre la base de una norma jurídica, como una ley del Congreso, si no fundamenta expresa o

publicidad". *Idem.*, p. 108. Si no consideramos este teorema, "Una norma jurídica puede ser concebida como una práctica social, a la Hart, un acto lingüístico, a la Austin, o un texto, a la manera de los juristas que presuponen que una misma norma puede tener diversos significados. Con ninguno de estos tres conceptos de norma jurídica la norma jurídica misma o su descripción puede servir de razón operativa para justificar una acción o decisión, como la judicial. La explicación es muy simple: bajo estos conceptos las normas jurídicas son hechos o entidades, y ni los hechos o entidades o sus descripciones permiten justificar una acción o decisión, ya que de ellos no puede derivarse el juicio normativo que es el contenido de la decisión o de la volición que determina la acción. Esto no es más que una aplicación del principio de Hume sobre la cesura lógica entre juicios del <<ser>> y del <<deber>>. Una forma más simple de decir lo mismo es que los hechos o entidades, como los constituidos por las normas jurídicas concebidas de las formas indicadas, son compatibles con cualquier decisión o acción que se adopte. No hay inconsistencia pragmática entre describir, por ejemplo, que existe una práctica social que prohíbe x o que alguien prescribió no x y al mismo tiempo decidir que debe hacer x o directamente hacer x...", *Idem.*, p. 108.

⁹⁸ Señala Nino: "Pero cuando concluimos que un razonamiento jurídico sólo tiene carácter justificatorio si parte de una premisa mayor del tipo <<el legislador L debe ser obedecido>> cabe la pregunta acerca de qué tipo de juicio es el contenido de esta premisa. De nuevo hay que repetir toda la historia: si es o no una norma jurídica no depende de su contenido sino de su origen; pero para que tenga un origen distintivo de las normas jurídicas debe ser aceptado en el razonamiento práctico en virtud de la aceptación de un par de premisas, una de tipo <<el legislador R ha prescrito "el legislador L debe ser obedecido">> y otra del tipo <<el legislador R debe ser obedecido>>. De nuevo cabría la misma pregunta respecto de esta última premisa, pero es obvio que este tipo de preguntas no se pueden hacer indefinidamente y se llega a un punto en que frente a una premisa del tipo <<el legislador N debe ser obedecido>> ya no cabe apoyarla en el par de premisas ulteriores que son distintivas de la aceptación de una norma jurídica. Vale decir, llega un momento en que hay que aceptar un juicio de que alguna autoridad o práctica social debe ser obedecida no por su origen sino por sus méritos intrínsecos. Pero un juicio normativo que es aceptado no por razones de autoridad sino por razones que hacen o a su mérito o a la validez de su contenido es precisamente un *juicio moral*, ya que este tipo de aceptación de un juicio normativo exhibe la autonomía que desde Kant se concibe como distintiva de la adopción de normas morales. Esto implica que *una norma jurídica sólo juega un rol justificatorio en el razonamiento práctico de los jueces y de otros actores sociales en la medida en que ella sea aceptada en virtud de la aceptación de un juicio moral que otorga legitimidad a cierta autoridad y de un juicio descriptivo de las prescripciones de esa autoridad*, que es la conclusión que...constituye el teorema fundamental de la filosofía jurídica...", *Idem.*, pp. 110-111.

implícitamente la legitimidad de esa norma a la luz de ciertos principios morales. Estos principios morales establecen las condiciones de órgano, procedimiento y contenido que fundamentan el deber de obedecer una cierta ley. Si ahora concebimos a la Constitución, bajo un concepto normativo, como la expresión de esos principios morales que otorgan legitimidad a la creación de normas jurídicas de niveles inferiores, debemos concluir que *los jueces no pueden sino ejercer permanentemente un control de constitucionalidad.*"⁹⁹

A partir de considerar que las dos razones que consisten en la estructura del razonamiento práctico justificatorio del control judicial de constitucionalidad y del lenguaje jurídico parecen <<excesivas>> porque llevan al nihilismo jurídico, es decir, a la irrelevancia del gobierno y sus normas jurídicas, Nino examina la tesis de la democracia y su confiabilidad epistémica, para constatar si es correcta la tesis del nihilismo jurídico. Concluye¹⁰⁰ que:

“En conclusión, el argumento apoyado en el valor epistémico de la democracia parece implicar un desconocimiento radical de la posibilidad de que los jueces hagan un control de constitucionalidad...(en atención al rechazo de los argumentos que fundamentan un control judicial de constitucionalidad) ni la supremacía constitucional, ni la estructura del razonamiento jurídico justificatorio, ni la naturaleza del lenguaje jurídico obligan, implican lógicamente la necesidad de una revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes, el argumento que aquí hemos examinado nos indica que ella no es plausible moralmente porque no tiene un fundamento epistémico correcto. De acuerdo con esta conclusión, resulta más adecuado...un sistema como el inglés o el francés tal cual era originariamente, o aún un sistema que el control de constitucionalidad lo ejerzan órganos políticos sometidos al

⁹⁹ *Idem.*, pp. 108-111. Después de este argumento (razonamiento práctico justificatorio del control judicial de constitucionalidad), Nino proporciona otra línea argumentativa que “se refiere a la naturaleza del *lenguaje* jurídico” (p. 112), la cual, nos parece, se trata de aspectos de interpretación basados en consideraciones de lógica formal y de lógica material. Respecto de este argumento lingüístico, Nino concluye: “Necesariamente el proceso de interpretación exige acudir a juicios que...son de carácter moral en un sentido amplio, ya que deben ser aceptados por sus méritos intrínsecos y no por estar establecidos por una cierta autoridad” (p. 113). Con el argumento lingüístico/lógico, Nino fortalece y complementa el argumento práctico justificatorio.

¹⁰⁰ Para nuestro objeto de estudio no entramos al análisis de los argumentos que proporciona Nino, solamente nos interesa la conclusión a la que llega.

proceso democrático, que un sistema como el norteamericano o, en cierta medida aún los europeos en que el control se excluye del núcleo de ese proceso...La conclusión anterior parece gozar de un peso considerable, ya que, por otro lado, es la única que nos exime de las implicaciones sumamente chocantes del nihilismo jurídico. Sin embargo, una atención más cuidadosa de los fundamentos filosóficos en los que se apoya esa conclusión nos permite abrir algunos resquicios para algún control judicial de la constitucionalidad.”¹⁰¹

En la búsqueda de resquicios, es decir, de fundamentos para justificar el control judicial de constitucionalidad, Nino analiza tres aspectos: (i) el control del procedimiento¹⁰²; (ii) la autonomía personal¹⁰³; y (iii) la Constitución como resultado de la acción colectiva¹⁰⁴. Con base en el análisis de estas tres cuestiones¹⁰⁵, Nino llega a la conclusión de que el control judicial de constitucionalidad está justificado en tres supuestos¹⁰⁶:

- (a) La revisión del procedimiento democrático;
- (b) La descalificación de leyes fundadas en razones perfeccionistas, y
- (c) El cuidado de la continuidad de una práctica constitucional moralmente aceptable.

Para redondear el examen sobre la problemática de la justiciabilidad, nos parece pertinente y oportuno presentar, en el punto siguiente, la tesis de la representación argumentativa de Robert Alexy, la cual, en una perspectiva en la cual se considere su obra completa (que se sigue desarrollando), también quepa hablar de modelo de filosofía constitucional, ya que su

¹⁰¹ Nino, Carlos S., “Los fundamentos del control...”, *Op. Cit.*, pp. 124-125.

¹⁰² *Idem.*, pp. 125-128.

¹⁰³ *Idem.*, pp. 128-131.

¹⁰⁴ *Idem.*, pp. 131-134.

¹⁰⁵ Para nuestro objeto de estudio no entramos al análisis de los argumentos que proporciona por cada uno de estos temas, solamente nos interesa la conclusión a la que llega.

¹⁰⁶ Nino, Carlos S., “Los fundamentos del control...”, *Op. Cit.*, pp. 135.

teoría de los derechos fundamentales es un análisis que se basa en la Ley Fundamental alemana, pero complementada con elementos de una filosofía del Derecho postpositivista y, por ende, comparte muchos rasgos con el modelo sustantivista y algunos del modelo deliberativo.

d) Modelo de la representación argumentativa de Alexy

Por su parte Robert Alexy, fundamenta el control constitucional a partir de la tesis de la representación argumentativa. Señala este autor:

“La cuestión de cómo puede justificarse el poder jurídico de un Tribunal Constitucional para anular actos del parlamento es el asunto teórico central en el campo del control judicial de constitucionalidad. Este asunto se relaciona con el problema perenne de la relación entre el control judicial de constitucionalidad y la democracia...

Dos cuestiones surgen en estas situaciones: una metodológica, o de tipo teórico-argumentativa, y una institucional. La cuestión metodológica es si tiene sentido en casos de desacuerdo, intentar encontrar la mejor respuesta...La cuestión institucional es si es o no compatible con la democracia que a un tribunal constitucional le sean otorgados poderes para intentar encontrar esta. Mis reflexiones sobre estas cuestiones se referirán a los derechos constitucionales, un campo donde los problemas del control constitucional se plantean con una urgencia especial...Mi tesis es que el control judicial de constitucionalidad se justifica, de una parte, sobre la base de la teoría de los principios y, de otra, sobre la base de la teoría de la representación argumentativa.”¹⁰⁷

El andamiaje conceptual de Alexy, básicamente, contempla la distinción entre principios y reglas; la ley de ponderación y el papel que en ella juega la discrecionalidad; la doble naturaleza del Derecho¹⁰⁸; el rol de la

¹⁰⁷ Alexy, Robert, “Control judicial de constitucionalidad como representación argumentativa”, en VV. AA. *Diálogos constitucionales de Colombia con el mundo...*, Op. Cit., pp. 49-50

¹⁰⁸ Alexy, Robert, “Los principales elementos de mi Filosofía del Derecho”, en Alexy, Robert, *La doble naturaleza del Derecho*, Trotta, Colección Estructuras y Procesos, Serie Derecho, Madrid, España, pp. 26-27.

argumentación jurídica; la teoría del discurso; y consideraciones democráticas. Enseguida exponemos, sintéticamente la tesis de Alexy sobre el control judicial de la constitucionalidad como representación argumentativa.

Parte de considerar que los principios, como mandatos de optimización, se conectan necesariamente con la proporcionalidad, la cual se rige por la regla: “cuanto mayor sea el grado de incumplimiento o menoscabo de un principio, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”¹⁰⁹. La ley de la ponderación está intrínsecamente articulada con la teoría de la discrecionalidad.

La discrecionalidad se presenta en dos planos: uno inherente a la discrecionalidad estructural y que representa la escala de interferencia (leve, moderada e intensa); y por el otro lado, está la discrecionalidad epistémica y que se presenta en los casos de falta de certeza empírica o falta de certeza normativa. La discrecionalidad, en sus dos planos, implica que el control judicial de constitucionalidad está condicionado a controlar los límites de la competencia del legislador, y aquí hay dos posibilidades: tomar o no en cuenta el principio de la democracia; si se considera el principio de la democracia se minimiza la intensidad de la interferencia por parte del control judicial de constitucionalidad en el principio de la democracia¹¹⁰.

La deferencia al legislador mitiga la severidad del problema de la falta de legitimación democrática del control judicial de constitucionalidad, pero no soluciona el problema y queda abierta la cuestión institucional, es decir, de

¹⁰⁹ Alexy, Robert, “Control judicial de constitucionalidad..., *Op. Cit.*, p. 51-52

¹¹⁰ *Idem*, pp. 55-57.

quién debe ejercer el control constitucional, y al otorgarlo al poder judicial la cuestión es ¿por qué estimaciones de la corte deberían tener prioridad sobre las del legislador? La respuesta va por el camino de tres argumentos conexos: el argumento formal, el argumento sustantivo y el argumento procedimental.¹¹¹

El argumento formal tiene que ver con la máxima "*nemo iudex in sua causa*" (ningún juez lo es de su propia causa). Para Alexy debe haber alguien cuya decisión sea inapelable, y el hecho de que la última instancia no esté controlada no implica que no se puedan controlar otras instancias que no son definitivas. También plantea si es preferible que haya o no control, y señala que los derechos constitucionales estarían mejor protegidos si existiera control judicial de constitucionalidad¹¹², y cuestiona ¿por qué los derechos constitucionales deberían tener una mejor protección? La respuesta lleva al argumento sustantivo.

El argumento sustantivo se basa en la importancia de los derechos constitucionales, y si estos son derechos morales, es decir, son válidos debido a su corrección, entonces también la justificación del control judicial de su constitucionalidad se basa en razones morales. El que se positivicen los derechos humanos fortalece su protección (se dota de procedimientos y de organizaciones para su protección). Esto implica, señala Alexy, "que la justificación del control judicial de constitucionalidad no está limitada, como Kelsen nos habría hecho creer, a una apelación a la estructura jerárquica del derecho positivo".¹¹³

¹¹¹ *Idem*, p. 58.

¹¹² *Idem*, p. 58.

¹¹³ *Idem*, p. 59. Alexy, sólo señala el equívoco de Kelsen, por lo que respecto de lo inadmisibile del argumento kelsenista remitimos al examen que del mismo realiza Carlos Santiago Nino en relación con lo que denomina la "lógica de Marshall", premisa 4; véase la nota de pie de página número 96 de este trabajo, p. 63 (al ser falsa la premisa 4, también lo es la 5, y, por tanto, la conclusión)

Asimismo, hay que tomar en cuenta que “[e]n casos donde el Parlamento responde a la pregunta por su violación en sentido negativo, se goza de mayor protección si existe un Tribunal Constitucional con la competencia de responder esta pregunta en sentido afirmativo.”¹¹⁴

Apunta Alexy que el principio de protección de los derechos fundamentales es un meta-principio y posibilita la articulación entre el argumento formal y el sustantivo. La protección es razonable sólo si es legítima y correcta, por lo que hay un paso final que se da por medio de la representación argumentativa, y este es el argumento procedimental.¹¹⁵

El argumento procedimental en su nexo con el principio de la democracia se puede visualizar en dos argumentos: uno positivo y uno negativo. El negativo implica que a menor interferencia del control judicial de constitucionalidad mayor legitimidad (deferencia al legislador), pero de haber interferencia se concede un peso reducido al principio de la democracia en relación con el principio de la protección de los derechos constitucionales. El aspecto positivo deriva de la articulación del principio de protección de los derechos constitucionales con el principio de la democracia.¹¹⁶

A su vez, el aspecto positivo presenta dos formas: (i) el control judicial de la constitucionalidad respecto de los derechos constitucionales es legítimo porque se utiliza para proteger las condiciones presupuestas por la democracia y (ii) la referencia a todos los derechos constitucionales (no solamente a los que son relevantes en la formación de la voluntad

¹¹⁴ *Idem*, pp. 59-60.

¹¹⁵ *Idem*, p. 60

¹¹⁶ *Idem*, pp. 60-61.

democrática, es decir, los derechos político-electorales), y en este punto reside, básicamente, el argumento de la representación argumentativa.¹¹⁷

El control judicial de constitucionalidad es una actividad que realiza la autoridad estatal y si todo poder del Estado emana del pueblo entonces el control judicial puede ser legítimo sólo si emana del pueblo, es decir, “es legítima solo si puede concebirse como una representación del pueblo”.¹¹⁸ Enseguida Alexy analiza la estructura de la representación, en la que la relación se da entre dos partes: representado y representante. En la representación que ejerce el Parlamento la relación de éste con el pueblo se determina por elecciones bajo ciertas reglas de mayorías, pero si solamente esa democracia se queda en elecciones y reglas de mayorías se trataría de un modelo meramente decisionista, por lo que un concepto de democracia tiene que contemplar no solamente la decisión sino también el argumento, y su inclusión la vuelve una democracia deliberativa. De aquí deriva la exigencia democrática de que no basta decidir respetando las reglas de mayorías, sino que, además, se debe argumentar en favor de las decisiones que se tomen.¹¹⁹

En contraste con la representación parlamentaria, está la representación que lleva a cabo el órgano responsable del control de constitucionalidad. Ésta es diferente de aquella, y si bien tiene una dimensión real dada por el espacio decisonal (como la parlamentaria), ésta no basta, pues se requiere una dimensión argumentativa y, por tanto, la representación es <<esencialmente>> argumentativa. En palabras de Alexy:

¹¹⁷ *Idem*, p. 61.

¹¹⁸ *Idem*, p. 61.

¹¹⁹ *Idem*, p. 61-62.

“Sin lugar a dudas, la representación del pueblo, tanto por el Parlamento como por un Tribunal Constitucional, tiene una dimensión volitiva o decisional, así como también una dimensión argumentativa o discursiva. En ambos casos la dimensión volitiva o decisional representa el lado real, y la dimensión argumentativa o discursiva el lado ideal. La diferencia decisiva es que la dimensión argumentativa no es en el caso del control judicial simplemente una segunda dimensión junto a la dimensión decisional. Es la dimensión esencial. Esto implica que la dimensión ideal es dominante en el control judicial.”¹²⁰

Alexy señala que la objeción a esta tesis de la representación argumentativa que señala que hay una sobreidealización (una quimera, una ilusión) se debe rechazar porque el discurso no lo permite todo y que el control judicial, como representación, se puede asociar con lo que el pueblo piensa¹²¹, pero señala que la aseveración de que los argumentos de quien ejerce control constitucional son los argumentos del pueblo no basta, pues se deben cumplir dos condiciones: (i) que existan argumentos razonables o correctos y (ii) que existan un número suficiente de personas racionales que acepten los argumentos (si son correctos), y en este caso habla de <<personas constitucionales>>.¹²²

Con base en este andamiaje teórico Alexy concluye:

“...si la razón justifica el constitucionalismo democrático [deliberativo], como pienso que lo hace, entonces el control judicial se justifica como uno de sus elementos necesarios.”¹²³

Ahora bien, el control de la constitucionalidad como representación argumentativa forma parte de un entramado más complejo y que Alexy denomina constitucionalismo discursivo. Éste está integrado por cinco

¹²⁰ *Idem*, p. 63.

¹²¹ *Idem*, p. 63.

¹²² *Idem*, p. 64.

¹²³ *Idem*, p. 64.

categorías, así, señala Alexy: “El constitucionalismo discursivo es una teoría que deriva de la relación de cinco conceptos diferentes: 1. Los derechos fundamentales; 2. La ponderación; 3. El discurso; 4. El control de constitucionalidad, y 5. La representación. El sistema formado por estos cinco elementos es muy complejo.”¹²⁴

Respecto de las condiciones para una <<verdadera>> representación argumentativa, Alexy señala:

“La existencia de argumentos buenos o plausibles es suficiente para la deliberación o la reflexión, pero no para la representación. Para esto, no sólo es necesario que los tribunales sostengan que dichos argumentos son argumentos del pueblo, sino que, además, un número suficiente de personas acepten, por lo menos a largo plazo, estos argumentos como razones de corrección. Sólo las personas racionales son capaces de aceptar argumentos sobre la base de su corrección o sensatez. Esto muestra que existen dos condiciones fundamentales para una verdadera representación argumentativa: a) la existencia de argumentos correctos o razonables y b) la existencia de personas racionales que estén dispuestas y sean capaces de aceptar argumentos correctos y razonables, por la mera razón de que son correctos o razonables. El control de constitucionalidad sólo puede tener éxito si los argumentos presentados por el tribunal constitucional son razonables, y si un número suficiente de miembros de la comunidad son capaces de ejercitar sus capacidades racionales y deseen hacerlo.”¹²⁵

¹²⁴ Alexy, Robert, “Ponderación, control de constitucionalidad y representación”, en Andrés Ibañez, Perfecto y Alexy, Robert, *Jueces y ponderación argumentativa*, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Estado de Derecho y Función Judicial, México, 2006 (pp. 1-18), cita: p. 1.

¹²⁵ *Idem*, p. 17. Y agrega: “Si estas dos condiciones se cumplen, la respuesta a la pregunta...sobre por qué la argumentación representativa debería tener prioridad sobre la representación basada en elecciones y reelecciones [directamente democrática], ya no representa dificultad alguna. El constitucionalismo discursivo, como un todo, es una empresa para institucionalizar la razón y la corrección. Si existen los argumentos correctos y razonables, así como, también, personas racionales, la razón y la corrección estarán mejor institucionalizadas mediante el control de constitucionalidad que sin dicho control.”, pp. 17-18.

e) Corolario sobre los modelos de filosofía constitucional respecto de los argumentos sobre justiciabilidad

Hasta aquí los modelos de filosofía constitucional, respecto de los cuales podemos señalar, como corolario, los aspectos siguientes:

1. Los análisis (casi) exclusivamente están ceñidos a la confrontación entre el Poder Judicial y el Poder Legislativo respecto del control de leyes (normas generales), con lo que se invisibiliza el papel (democrático) del Poder Ejecutivo y de otras institucionales nacionales (como, en México, los organismos constitucionalmente autónomos) e internacionales.¹²⁶

2. Se margina que no sólo el legislador toma decisiones de gran impacto social bajo los cánones de sistemas democráticos; el depositario del poder ejecutivo es un gran creador de situaciones normativas vía la aplicación y ejecución de leyes, apoyado por la administración pública (como veremos más adelante). Así, cuando toma decisiones normativo/ejecutivas, necesariamente se basa en la ley (considerando que ésta requiere de configuraciones reglamentarias más precisas y concretas), y no solamente toma decisiones normativas sino, las más, decisiones ejecutivas de la mayor

¹²⁶ V. gr., Waldron, bajo su modelo procedimentalista, señala: “Comienzo con una breve explicación acerca de qué quiero decir por ‘control judicial’. [el control judicial al que me refiero es el] control judicial de la legislación, no sobre el control judicial de una acción ejecutiva o de decisiones administrativas. El tema a debatir concierne primordialmente a la legislación promulgada por los legisladores elegidos en una comunidad política. Podría pensarse que algunos de estos argumentos también aplican a la acción ejecutiva: después de todo, el ejecutivo tiene algunas credenciales electorales propias para oponerse a las decisiones judiciales. Pero es casi universalmente aceptado que estas credenciales del ejecutivo están sometidas al principio básico del Estado de derechos (*rule of law*) y, como resultado, que los tribunales pueden requerir que los funcionarios actúen conforme a sus facultades legales. También se ha propuesto el postulado equivalente para los legisladores: el control judicial es la sujeción de la legislatura al principio del Estado de derecho; pero en el caso de la legislatura, este control ha sido controvertido; de hecho, es precisamente esa controversia lo que nos preocupa aquí.”, Waldron, Jeremy, *Contra el gobierno de los jueces. Ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y en los tribunales*, Siglo XXI editores, Argentina, 2018, p. 14, (capítulo 2, “La esencia el argumento contra el control judicial de constitucionalidad”, de la versión libro electrónico).

trascendencia (con un alto ingrediente político/discrecional) para los derechos humanos, en especial de los derechos sociales (V. gr., programas de política pública).

El depositario del Poder Ejecutivo necesariamente desarrolla normatividad (en bastantes casos inédita) que puede o no contradecir el texto constitucional, incluso cuestiones de observancia del principio de legalidad (Estado de Derecho), esto es, el ejecutivo concreta la ley en diversidad de aspectos no contemplados en la ley, pues ésta es general y abstracta, y aquí también hay un problema sustancialmente contramayoritario, pues el legislador puede considerar que la concreción hecha por el ejecutivo va en contra de la legislación, y, entonces, se requiere dilucidar quién tiene la razón. Paradójicamente se trata de posiciones contramayoritarias de órganos de representación política basada en legitimación directa, ¿cuál decisión es más legítima, la del legislativo o la del ejecutivo?, ¿quién estaría legitimado para decidir en última instancia –“la última palabra”- quién tiene la razón?

Así, cuando se alega una invasión competencial debe haber un órgano que determine si existe invasión de competencias, y de aquí la necesidad de que sea un tercero que, como árbitro, resuelva el conflicto, y la paradoja es que tanto el ejecutivo como el legislativo tienen base de legitimación directa y ambos, entonces, pueden argumentar que el otro ejerce poder contramayoritario respecto de su representación democrática para que determine si la actuación del ejecutivo contradice la ley. Y no solamente cuestiones competenciales sino de fondo, pero que se plantean como conflicto competencial determinando si la regulación de determinada materia es competencia o no del órgano que la ha regulado (V gr.,

reglamento ejecutivo) u operado (V. gr., algún programa de política pública.)

De acuerdo con lo señalado, es importante tomar en cuenta los circuitos de control que derivan de las relaciones entre los poderes públicos, relaciones que pueden ser triádicas o binarias.

Esquema 3. Relaciones entre los poderes públicos

	Legislativo	Ejecutivo	Judicial
1	L	E	J
2	L	E	
3	L		J
4		E	J

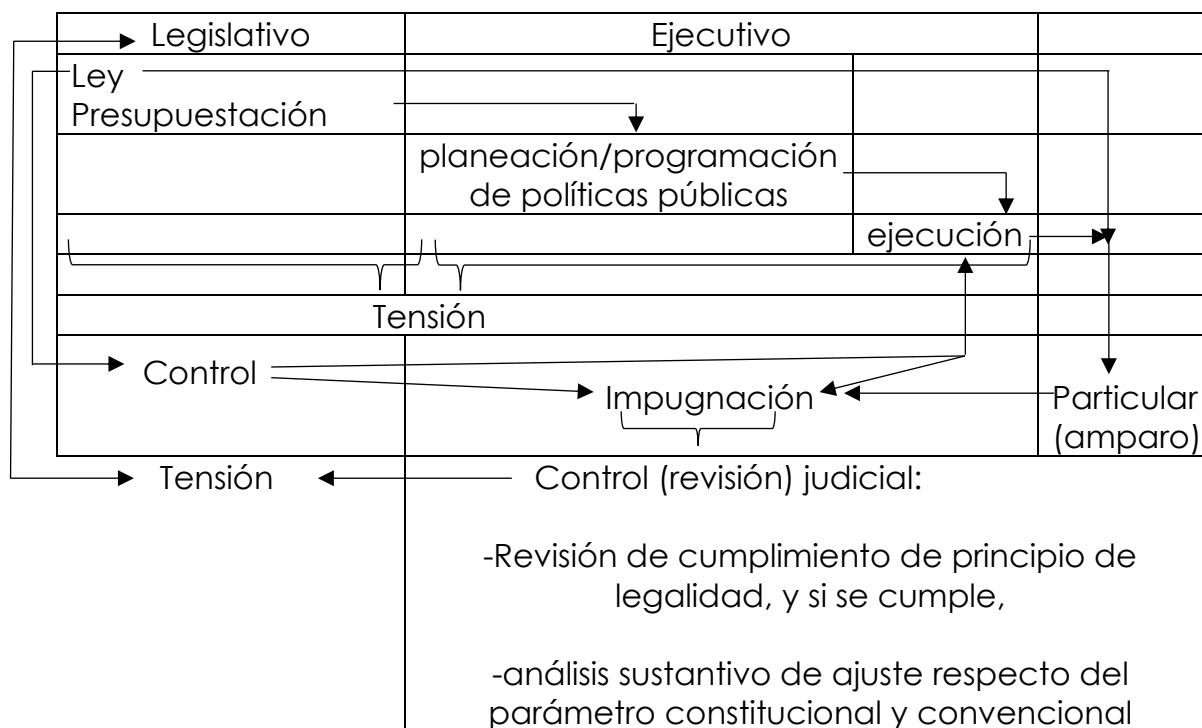
Las relaciones tipo 1 son triádicas, y las podemos plantear como controles de par a uno o de uno a par:

Controlante	→	Controlado
L, E		J
J		L, E
L, J		E
E		L, J
E, J		L
L		E, J

Las relaciones tipos 2, 3, y 4, son uno a uno (binarias):

Controlante	→	Controlado
L		E
E		L
L		J
J		L
E		J
J		E

Esquema 4. Circuitos de control entre Legislativo, Ejecutivo y Judicial



3. Las posiciones o modelos de filosofía constitucional marginan (por no decir que ocultan) otras formas de control, incluso utilizando la tesis de la última palabra, pues en tales modelos se juega, básicamente, un juego triádico entre derecho, democracia y jueces, marginando que hay una multiplicidad de actores autoritativos y no autoritativos, nacionales e internacionales, que inciden, bajo mecanismos de control, en la promoción, respeto, protección y garantía de los derechos humanos; así, por ejemplo, no se analiza el espacio internacional desde el cual se generan exigencias sobre los derechos humanos, incluso exigencias de índole democrática, pues no está a discusión el impacto que un razonable desarrollo democrático tiene en los derechos humanos, en especial en los derechos sociales.¹²⁷

¹²⁷ La Organización de las Naciones Unidas (ONU), en lo que respecta a las relaciones entre derechos humanos y democracia, señala, entre otros puntos: “La democracia es un valor central de las Naciones

Así, hay que redimensionar el espacio (los espacios) de control, el cual es correlativo de los límites al poder político y, si se justifica que hay que

Unidas. La ONU apoya la democracia mediante la promoción de los derechos humanos, el desarrollo y la paz y la seguridad. En los 75 años desde que se firmó la Carta de la ONU, la ONU ha hecho más para apoyar la democracia en todo el mundo que cualquier otra organización global. La ONU promueve la buena gobernanza, supervisa las elecciones, apoya a la sociedad civil para fortalecer las instituciones democráticas y la responsabilidad gubernamental, garantiza la autodeterminación de los países descolonizados y ayuda en la redacción de nuevas constituciones en las naciones que salen de un conflicto armado. Las actividades de las Naciones Unidas en apoyo de la democracia y el buen gobierno son llevadas a cabo por medio del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), el Fondo de las Naciones Unidas para la Democracia (FNUD), el Departamento de Operaciones de Mantenimiento de la Paz (DOMP), el Departamento de Asuntos Políticos y Consolidación de la Paz (DAP), la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (OACDH), y la entidad de las Naciones Unidas para la igualdad de género y el empoderamiento de las mujeres (ONU-Mujeres), entre otros. Cuando se fundaron las Naciones Unidas en 1945, muchos de sus Estados Miembros - más que en la actualidad - o no tenían sistemas democráticos, o no los ejercían. Cuando se redactó la Carta, no se incluyó el término democracia. Aun así, las palabras iniciales de la Carta, «Nosotros los Pueblos», reflejan el principio fundamental democrático de que la voluntad del pueblo es la fuente de legitimidad de los Estados soberanos y, por consiguiente, de las Naciones Unidas en su totalidad. Las Naciones Unidas no abogan por un modelo específico de gobierno, pero promueven la gobernanza democrática como un conjunto de valores y principios que deberían seguirse para la mayor participación, igualdad, seguridad y el desarrollo de todos los seres humanos. La democracia proporciona un entorno que respeta los derechos humanos y las libertades fundamentales en el que se ejerce la voluntad libremente expresada de las personas. Estos valores están incorporados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, que proyecta el concepto de democracia al afirmar que "la voluntad del pueblo será la base de la autoridad del gobierno". El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos los lleva más lejos y establece la base jurídica de los principios de la democracia en el derecho internacional. Cubre, por ejemplo, la libertad de expresión, el derecho de reunión pacífica y de libertad de asociación. Desde 1988, la Asamblea General ha adoptado al menos una resolución anual que trata sobre algún aspecto de la democracia. En 2015 los líderes mundiales se comprometieron en la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible a un mundo en el que 'la democracia, el buen gobierno y el estado de derecho, así como un entorno propicio a nivel nacional e internacional, son esenciales para el desarrollo sostenible'. La Agenda reafirmó los compromisos que se hicieron anteriormente en la Cumbre Mundial en 2005 y en la Declaración del Milenio. Desde su creación en 2006, el Consejo de Derechos Humanos (sucesora de la Comisión) ha adoptado una serie de resoluciones que destaca la interdependiente y mutua relación que se refuerza entre la democracia y los derechos humanos. Algunos ejemplos recientes incluyen las resoluciones 19/36 y 28/14 sobre 'Los derechos humanos, la democracia y el Estado de Derecho'. Fuente: <https://www.un.org/es/global-issues/democracy#:~:text=El%20Pacto%20Internacional%20de%20Derechos%20Civiles%20y%20Pol%C3%ADticos,de%20reuni%C3%B3n%20pac%C3%ADfica%20y%20de%20libertad%20de%20asociaci%C3%B3n.>

controlar¹²⁸, lo cual damos por sentado (punto que abordamos en el capítulo III, apartado A, punto 1, pp. 541 y ss.), entonces hay que resolver quién debe controlar, cómo se debe controlar, cuándo se debe controlar, etc.)

4. El modelo sustantivista y el modelo deliberativo aceptan que al Poder Judicial le sea adscrita la regla de competencia de control constitucional (aunque marginan el control convencional), ya que tiene potencialmente una gran capacidad de orientar la labor legislativa (y la labor ejecutiva: políticas sociales/derechos sociales) cuando sus sentencias tienen efectos estructurales. En cambio, el modelo procedimentalista oculta la riqueza de esos efectos y que en el fondo muestran un fallo del legislador y del ejecutivo, sobre todo de este último.

5. Se señala que la labor judicial va en contra de lo que ha decidido la mayoría, y aquí hay que diferenciar dos planos de análisis: a) fáctico y b) normativo (lo normativamente correcto). Así, habría que hablar de una práctica contramayoritaria también en diversos planos: un plano histórico en el que el propio legislativo, específicamente el Poder Reformador, puede ejercer un poder contramayoritario al cambiar un texto normativo con el que contraviene lo que anteriormente una mayoría había decidido (V. gr.,

¹²⁸ Si la respuesta fuera negativa, es decir, no se requiere controlar al poder político, entonces no tiene sentido limitarlo, y si no tiene sentido limitarlo se quiebran las bases del Estado moderno como la forma de organización política por excelencia, pues es consustancial a su surgimiento la limitación y control del poder político, y tiene mucho que ver con las bases del contractualismo: justo el paso del estado de naturaleza al estado social implica, entre otros puntos esenciales, la necesaria limitación del poder político y, por ende, el diseño de controles (quizá haya que exceptuar el modelo hobbesiano -paradójicamente el modelo que establece la estructura básica de los siguientes modelos ejemplares como el de Locke y Rousseau y, contemporáneamente, los modelos de Rawls y Habermas-, en el que el límite por excelencia es la ley, pero es un límite a los ciudadanos, los controles del poder político no se requieren porque se constituye, por el pacto, un monarca absoluto que no estaría sujeto ni a límites ni a controles.

en Estados Unidos la prohibición del alcohol y eliminación posterior de la prohibición¹²⁹); fuera del legislativo observamos decisiones “históricas” del poder judicial que con el tiempo se han normalizado, incluso con efectos estructurales (V. gr. *Brown vs., Board Education*), y notemos que aquí también hay una contramayoría, pero del poder judicial respecto del poder legislativo en relación con leyes segregativas (discriminatorias) y que son precisamente las que se declaran inconstitucionales.

Existe actuación contramayoritaria tanto del ejecutivo como del judicial respecto del legislativo, pero sólo se presta atención a la del judicial. El primer punto por dilucidar es por qué se adscribe competencia a un órgano judicial para revisar cierta actividad del legislativo y del ejecutivo. Debemos considerar que la adscripción de competencia no solamente se puede adscribir a un órgano judicial sino a un órgano con competencia en materia jurisdiccional constitucional como el caso de tribunales constitucionales que no pertenecen al Poder Judicial. En estos casos se les aplica *mutatis mutandi* las tesis de objeción que se hacen al control judicial. Otro punto es analizar las legitimaciones de dos poderes electos directamente por el pueblo, pues entre ellos en algún sentido se dan actos contramayoritarios (V. gr., el diseño de una política pública con amplia participación ciudadana que contradiga el mandato del legislador, incluso inconsistente con el texto constitucional o, aún más contraria a pautas convencionales)

6. Otro punto a considerar tiene que ver con el enfoque primario de legitimidad para el acceso al poder: se eligen representantes bajo procesos democráticos y éstos pueden presentar dos vías: mayoría absoluta o

¹²⁹ Por cierto, la única enmienda constitucional que ha sido revertida -derogada-. En efecto, la enmienda 18 (enero 1919) fue derogada por la enmienda 21 (diciembre 1933).

mayoría relativa¹³⁰, y en ambos casos la legitimidad no está dada por todo el conglomerado de potenciales votantes sino sólo por aquellos que eligieron la opción ganadora. Esto tiene que ver con los grados de consenso (noción de legitimidad primaria), pues es evidente que en sistemas de mayoría relativa no es común que la opción ganadora represente más de la mitad del padrón de votantes y por ello se prevé en algunos sistemas el mecanismo de segunda vuelta, el cual está expresamente diseñado para generar consensos de mayoría absoluta: exigencia de mayoría absoluta - más de la mitad de votos- requerida en primera votación y de no obtenerse por ninguna de las opciones, las dos de mayor votación van a una segunda vuelta con el objetivo de incrementar el grado de consenso en un umbral mínimo de mayoría absoluta (más de la mitad). Una vez realizadas las elecciones bajo el sistema de mayoría relativa, el ganador, es decir, el que más votos obtuvo respecto de los otros contendientes, debe, políticamente, gobernar para todos (consenso/disenso) y escuchar a todos. Las minorías están representadas no sólo por sus representantes, si es que llegaron a tener alguna curul, sino por otras instancias que ejercen presión para ser escuchadas y esto también es parte del juego democrático y, de hecho, gobernar para todos proyecta el principio de igualdad y de igual respeto y consideración. Así, la defensa de las minorías -la atención de las minorías- es una exigencia democrática de los que representan el mayor grado de consenso -mayoría, sea relativa o absoluta- y tal tarea recae en primer término en los legisladores y en el ejecutivo, y sólo subsidiariamente sobre el poder judicial, sobre todo en la protección de los más débiles y cuya vulnerabilidad está conectada indefectiblemente con los derechos sociales. En general, ninguna institución está diseñada para gobernar sólo a

¹³⁰ Sobre el tema de las clases de mayorías, véase: Gutiérrez Parada, Oscar, *Sistema de votaciones y de mayorías en el Congreso General. Legitimidad (poder) y legalidad (derecho)*, Asesoría de Diseños Normativos, S.C., México, 2013.

la mayoría sino a todos, y, al contrario, hay instituciones que están diseñadas para proteger a grupos vulnerables, es decir, a minorías (la atención de los grupos más desfavorecidos es asimétrica).

7. Los modelos de filosofía constitucional -sustantivista, procedimentalista y deliberativo-, como ya se señaló, marginan el entramado no judicial, jurisdiccional y no jurisdiccional (entramado que incluye dimensiones, políticas, sociales e internacionales), por el que se ejercen diversas clases de control sobre la actividad estatal que incide, directa o indirectamente, en los derechos humanos, en especial de los derechos sociales.

Si la justiciabilidad es “la posibilidad de reclamar ante un juez o tribunal de justicia el cumplimiento al menos de algunas de las obligaciones que se derivan del derecho”¹³¹, cabe preguntar si ese mecanismo es la única forma de control constitucional de la actividad estatal que incide en los derechos humanos. La respuesta es negativa: definitivamente no es el único y exclusivo mecanismo de control constitucional, y como veremos más adelante, no solamente de control constitucional sino, también, convencional.

8. Las democracias del Estado Constitucional de Derecho son democracias diseñadas conforme a mecanismos omnicomprensivos de control, los cuales están basados en diferenciados arreglos políticos que van más allá de esquemas de democracia representativa: si los arreglos políticos/institucionales basados en democracia, a pesar de los desacuerdos debidos a la circunstancia de la política, incluyen diversidad de formas de control como garantías de las limitaciones del poder público (políticas, jurídicas y sociales), entonces los controles no judiciales,

¹³¹ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales...*, Op. Cit., p. 37.

jurisdiccionales y no jurisdiccionales, son arreglos políticos/institucionales democráticos, en los que los circuitos de control implican que nadie tenga la última palabra, incluso, si se decide adscribir a alguien tener la última palabra, se implica un arreglo institucional como fundamento inmediato, cuestión que es diferente a la determinación definitiva para resolver problemas reales y concretos, sobre los cuales, dados los desacuerdos sustanciales perennes, se vuelve porque el caso es similar a uno ya resuelto o para replantear soluciones nuevas porque se trata de caso, relativamente, inédito, y sin perjuicio de tomar en cuenta experiencias de otros países.

9. Los modelos de filosofía constitucional examinan de manera (casi) exclusiva el control de leyes, y de allí el litigio entre Legislativo y Judicial, pero marginan que la actividad estatal es más compleja que la actividad que se concreta en la expedición de leyes, producto de uno de los órganos públicos que, si bien es sumamente importante, no agota la proyección de la actividad estatal mediante actos jurídicos, omisiones, estados de cosas, ejecución de actos materiales, y lo que no son leyes sino actividades que requieren de control constitucional y convencional.

10. El modelo canadiense, el cual, nos parece, Leopoldo Gama pone como ejemplo de su modelo deliberativo equilibrado¹³², no queda sólo en la cláusula “no obstante” (*notwithstanding clause*)¹³³, pues la realidad nos

¹³² Véase nota 66 (p. 51).

¹³³ Véase más adelante, Capítulo III, apartado C, punto 2, inciso a), subinciso u); sin embargo, para efectos expositivos referimos desde este momento la significación de la cláusula “no obstante”: “... le otorga al Parlamento la facultad de inmunizar ciertas disposiciones de una ley, no obstante, el órgano judicial entienda que adolecen de un vicio de inconstitucionalidad...de esta manera, la última palabra institucional respecto del alcance y contenido de ciertos derechos fundamentales establecidos en la Carta [de Derechos y Libertades, 1982] permanecería en el Parlamento. Por lo tanto, si la legislatura estuviera resuelta a preservar una ley que podría ser considerada como violatoria de derechos fundamentales protegidos por la Carta (y por ello pasible de ser declarada inválida por la justicia) puede hacerlo. Este particular sistema ha llevado a considerar como débil al régimen canadiense de

muestra casos que evidencian que el sistema canadiense de control constitucional, como la de cualquier otro país, controla no sólo <<leyes>> y, por ende, dicho control incluye actos, omisiones, estados de cosas y actos materiales de ejecución. Así, por citar un ejemplo, en el caso *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, la Corte Suprema de Canadá, muestra el empleo de la noción de igualdad material, igualdad de oportunidades o igualdad de resultado, y en el que se valida la legislación hospitalaria al considerar que no es discriminatoria, pero se determina que la autoridad violó la sección 15 de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades.¹³⁴

11. Un punto sobre el que hay que llamar la atención tiene que ver con la noción de decisión política, pues es utilizada indiscriminadamente en los modelos, y, nos parece, que hay que introducir algunos matices, ya que considerar que, si bien la ley es una forma de decisión política, tiene una significación diferente a las decisiones jurídicas que toman los jueces constitucionales. Las exigencias de universalidad, coherencia, adecuación de las consecuencias, considerar la moral social y la moral crítica, y, en general, la razonabilidad, aplicables en materia de argumentaciones en sede judicial/jurisdiccional, ¿son exigibles a las decisiones que toma el legislador? La respuesta no es directamente afirmativa ni negativa, ya que, hay diferencias de connotación de cada exigencia según se esté en sede legislativa o judicial, incluso respecto de decisiones que toma el depositario del Poder Ejecutivo. ¿cómo operan las decisiones tratándose de programas de política pública que toma el legislativo, por ejemplo, asignaciones presupuestarias, o que toma el judicial al evaluar ciertas aplicaciones de esos programas en relación directa con los derechos sociales o del poder

control judicial de constitucionalidad.”, Morales, Leticia, *Derechos sociales constitucionales y democracia*, Marcial Pons, Es., 2015, p. 150

¹³⁴ Una reseña del caso puede consultarse en Abramovich, Victor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, ... *Op. Cit.*, pp. 174-177.

ejecutivo al “seleccionar” la población objetivo de un programa social, situación que, necesariamente, excluye a otras poblaciones que también necesitan ciertos satisfactores (cuáles fueron los criterios de selección ¿son coherentes?, ¿se realizaron prospectivas acerca de las consecuencias?)¹³⁵. Falta a los modelos de filosofía constitucional, nos parece, abundar más sobre los aspectos planteados.

Hasta este punto hemos analizado qué son los derechos sociales y la problemática acerca de su justiciabilidad, por lo que procede abordar en los siguientes apartados las cuestiones sobre su clasificación como derechos a algo, el modelo de derechos sociales de Robert Alexy, desarrollar un análisis sobre los elementos indispensables para la construcción de un

¹³⁵ Las decisiones en sede legislativa, en sede ejecutiva y en sede judicial, son decisiones políticas, en sentido lato, pero bajo un análisis más detallado encontramos diferencias entre unas y otras. Así, siguiendo a Manuel Atienza, al referirse a las evaluaciones de las argumentaciones desde la perspectiva judicial/jurisdiccional, podemos trasladar la exigencia de cumplir ciertos criterios para evaluar una argumentación con base en la cual se toma una decisión judicial/jurisdiccional en cuanto a ser razonablemente aceptable al campo de las decisiones legislativas y ejecutivas, pero habrá que dar significación de esos criterios al operarlos en sede legislativa o en sede ejecutiva. Apunta Atienza: “...evaluar un argumento no es exactamente lo mismo que evaluar una decisión o una acción; como tampoco deben confundirse la evaluación de los argumentos teóricos y la de las creencias o teorías que los mismos avalan. Es obvio...que se puede decidir sin argumentar, sin ofrecer ningún tipo de razón, en cuyo caso, el juicio que se haga sobre la decisión no tendrá que ver con ninguna argumentación previa (aunque sí podría tener que ver con la falta de argumentación: si se trataba de una decisión que tenía que ser fundamentada).”, Atienza, Manuel, *Curso de Argumentación Jurídica*, Trotta, 2013, Madrid, Es., p. 547. Más adelante señala: “En definitiva, la pregunta qué es un buen (y un mal) argumento, tiene respuestas distintas en los distintos campos de la argumentación jurídica, entre otras cosas porque las finalidades que se persiguen al evaluar una argumentación jurídica son diferentes, según cuál sea la instancia argumentadora y la que efectúa la evaluación. La evaluación de los argumentos es, pues, una cuestión fundamentalmente contextual, pero eso no quiere decir que no haya criterios —criterios objetivos— para llevarla a cabo. Quiere decir que los criterios no pueden ser exactamente los mismos para todas las instancias jurídicas.”, p. 549. Algo similar ocurre con las dimensiones de racionalidad del legislador que se han desarrollado bajo los cánones de la Teoría de la Legislación: pragmática, jurídico-formal, teleológica, ética y lingüística, pues éstas son imponibles, *mutatis mutandi*, a la racionalidad(es) del juez constitucional (Sobre las racionalidades del legislador, véase más adelante el punto 8, del apartado B, del Capítulo II, pp. 237 y ss.) Este señalamiento de Atienza lo utilizamos para plantear que los contextos judicial, legislativo y ejecutivo, incluso de índole internacional, son diferentes, aunque en ellos se tomen “decisiones”.

concepto de derechos sociales que sea explicativo y operativo y cerrar con un examen del proceso legislativo de reforma constitucional en materia de derechos humanos.

C. La clasificación de derechos a algo de Robert Alexy

Sin lugar a duda una de las teorías más potentes sobre los derechos humanos es la de Robert Alexy, ya que es muy completa y, en general, coherente, pero de ello no se sigue que no tenga puntos débiles, discutibles y muchos aspectos en los que se puedan mejorar y desarrollar nuevos horizontes filosóficos y teóricos, en especial en materia de derechos sociales. De allí que nos basemos en ella para desarrollar el tema de los derechos humanos y, en especial, de los derechos sociales, y su control de constitucionalidad y de convencionalidad.

En el sistema de clasificación de los derechos fundamentales de Robert Alexy, están los derechos a algo y dentro de éstos se ubican los derechos sociales. Los derechos a algo dan lugar a diversas categorías a partir del criterio general de si se está ante acciones negativas o acciones positivas.

Dentro de los derechos a acciones negativas se encuentran tres categorías: (i) derechos a no impedimento de acciones; (ii) derechos a la no afectación de propiedades o situaciones; y (iii) derechos a la no eliminación de posiciones jurídicas.

Por su parte, los derechos a acciones positivas se dividen en dos: (i) derechos a acciones positivas fácticas y (ii) derechos a acciones positivas normativas. Precisa Alexy:

“Quien habla de <<derechos prestacionales>> se refiere, por lo general, a acciones positivas fácticas. Este tipo de derechos que

están referidos a prestaciones fácticas que, en principio, también podría llevar a cabo un sujeto particular, serán llamados '*derechos a prestaciones en sentido estricto*'. Se puede hablar no sólo de prestaciones fácticas sino también, de prestaciones normativas. Cuando se trata de estas últimas, los derechos a acciones positivas normativas adquieren también el carácter de derechos a prestaciones. Serán llamados <<*derechos a prestaciones en sentido amplio*>>.¹³⁶

De acuerdo con los señalamientos de Alexy, los derechos a prestaciones en sentido amplio implican tanto acciones positivas fácticas como acciones positivas normativas; en cambio, los derechos a prestaciones en sentido estricto solamente conllevan acciones positivas fácticas porque el aporte fáctico, la prestación, también lo podría proporcionar un sujeto particular, característica con la que se excluyen prestaciones normativas, pues éstas no las puede proporcionar un sujeto particular.

Ahora bien, cuando Alexy se ocupa de los derechos a acciones positivas del Estado, prestaciones en sentido amplio¹³⁷, y los clasifica, señala lo siguiente:

“...el concepto de derecho a prestaciones se entenderá aquí en un sentido amplio. Todo derecho a una acción positiva, es decir, a una acción del Estado, es un derecho prestacional. De esta manera, el derecho prestacional es la contrapartida exacta del concepto de derecho de defensa, bajo el que cae todo derecho a una acción negativa, es decir, a una omisión por parte del Estado. La escala de las acciones positivas del Estado que pueden ser objeto de un derecho prestacional se extiende desde la protección del ciudadano frente a otros ciudadanos, por medio de normas del derecho penal, pasa por la creación de normas de organización y procedimiento, y llega hasta prestaciones en dinero y en bienes. Este concepto del derecho prestacional es más amplio que el habitual. Por lo general, con la expresión <<derecho prestacional>> se vincula la concepción de un derecho a algo que el titular del

¹³⁶ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, (Traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido), 2ª ed., en español, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España, 2008, p. 172

¹³⁷ *Idem*, Capítulo noveno, pp. 383 a 460.

derecho, en caso de que dispusiera de medios financieros suficientes y encontrase en el mercado una oferta suficiente, podría obtener también de personas privadas. Sin embargo, *hay dos razones de peso en favor de la extensión del concepto de derecho prestacional, más allá de los derechos de este tipo a prestaciones fácticas, también a prestaciones normativas*, tales como la protección por medio de normas del derecho penal o la creación de normas de organización y de procedimiento.

La primera razón es que en muchos de los llamados derechos sociales fundamentales, que pueden considerarse como típicos derechos prestacionales, se trata de un conjunto de posiciones a prestaciones fácticas, en parte, y, también en parte, a prestaciones normativas. Esto se ve con especial claridad en el muy discutido derecho fundamental al medio ambiente... [Éste] tiene una estructura de un tipo totalmente distinto a la de, por ejemplo, el derecho a la asistencia social que, en lo esencial, se agota en un simple derecho a prestaciones fácticas. El derecho fundamental al medio ambiente responde más bien a aquello que antes se denominó <<derecho fundamental como un todo>>. Está constituido por un conjunto [haz^{*}] de posiciones de tipos muy diferentes... La segunda razón es que los derechos a acciones positivas comparten problemas que no recaen en absoluto o no recaen con la misma intensidad sobre los derechos a acciones negativas. Los derechos a acciones negativas imponen límites al Estado en la persecución de sus fines. No dicen nada acerca de los fines que el Estado tiene que perseguir. En cierto modo, los derechos a acciones positivas imponen al Estado la persecución de determinados objetivos... La participación de todos los derechos a acciones positivas del Estado en este problema [saber si y en qué medida se puede y se debe imponer la persecución de fines del Estado a través de derechos subjetivos constitucionales de los ciudadanos] es una razón decisiva para resumirlos en un grupo bajo la denominación <<derechos prestacionales>>. Los derechos a recibir prestaciones fácticas, es decir, a prestaciones que también podrían proporcionar los particulares, constituyen, pues, sólo un sector de los derechos a prestaciones. Por esta razón, aquí se hablará de los primeros como <<*derechos prestacionales en sentido estricto*>> y de los segundos como <<*derechos prestacionales en sentido amplio*>>.

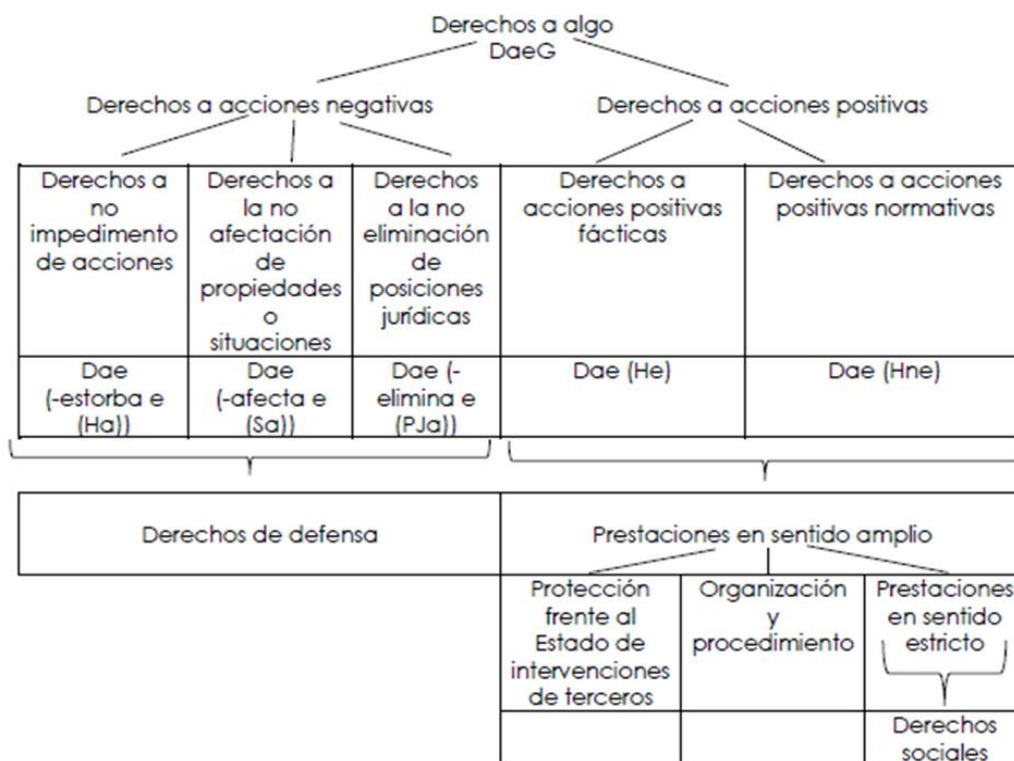
Los derechos prestacionales (en sentido amplio) pueden dividirse en tres grupos: (1) derechos de protección, (2) derechos a la

* En otras traducciones en lugar de “conjunto” se traduce como “haz”, V, gr.: Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, [Versión castellana: Ernesto Garzón Valdés; Revisión: Ruth Zimmerling] Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España, 1993, p. 172.

organización y al procedimiento y (3) derechos prestacionales en sentido estricto.”¹³⁸

De acuerdo con lo anterior, la clasificación completa de Robert Alexy sobre los derechos fundamentales a algo, parte de diferenciar si el derecho a algo es a una acción negativa o lo es a una acción positiva. Presentada esquemáticamente, es la siguiente:

Esquema 5. Derechos a algo de Robert Alexy¹³⁹



1. Los derechos a prestaciones en sentido estricto -derechos sociales- también implican prestaciones normativas

Ahora bien, nos parece que hay inconsistencia metodológica cuando Alexy señala que los derechos a algo en su vertiente de derechos a acciones

¹³⁸ *Idem*, pp. 391-393 (las cursivas son nuestras).

¹³⁹ *Idem*, véase la tabla de Alexy en su obra citada, p. 173, a la que adicionamos el segundo nivel de desagregado.

positivas se dividen en acciones positivas fácticas y acciones positivas normativas, y éstas conforman los derechos a prestaciones en sentido amplio y dentro de éstos ubica los derechos a prestaciones en sentido estricto, tal y como se muestra en el esquema anterior, pues, entonces, los derechos a prestaciones en sentido estricto también implican prestaciones a acciones positivas normativas y esto se contradice con los propios señalamientos de Alexy de que los derechos a prestaciones en sentido estricto, es decir, los derechos sociales, implican prestaciones que pudieran obtenerse de particulares si el titular del derecho social tuviera los recursos financieros suficientes y el objeto de la prestación (algo) se ofertara en el mercado de manera suficiente, con lo que no cabrían prestaciones a acciones positivas de índole normativa.¹⁴⁰

Es correcto diferenciar los derechos a prestaciones en sentido amplio y los derechos a prestaciones en sentido estricto (derechos sociales), siempre y cuando los derechos a prestaciones en sentido estricto no se consideren dentro de la categoría de los derechos a prestaciones en sentido amplio, pues de la definición del concepto de los derechos a prestaciones en

¹⁴⁰ Incluso la inconsistencia aparece no sólo respecto de la definición de los derechos sociales de Alexy, sino también en relación con la propuesta de ampliación del concepto de derecho prestacional cuando Alexy señala que “hay dos razones de peso en favor de la extensión del concepto de derecho prestacional, más allá de los derechos de este tipo a prestaciones fácticas, *también a prestaciones normativas*, tales como la protección por medio de normas del derecho penal o la creación de normas de organización y de procedimiento.” (las cursivas son nuestras) Véase la cita del texto de Alexy referida en la nota de pie de página número 138, texto en cursivas, pues, como se puede observar, las prestaciones a acciones positivas de índole normativa solamente las ciñe a prestaciones normativas que estén vinculadas con derechos a protección de intervenciones de terceros o derechos a organización y procedimientos, y resulta que hay derechos sociales que implican una posición jurídica a una prestación normativa que pudiera no ser un derecho a protección de intervenciones de terceros o normatividad sobre organización o normatividad acerca de procedimientos, salvo que se considere que si un derecho social implica una prestación normativa, ésta necesariamente tiene que asumir la forma de un derecho a protección de intervenciones de terceros o a normas sobre organización o normas de procedimiento, con lo que estas tres categorías agotarían las prestaciones de índole normativa.

sentido estricto, es decir, los derechos sociales, no ha lugar a prestaciones consistentes en acciones positivas de índole normativa y, por tanto, no es consistente considerar a los derechos sociales dentro de los derechos a prestaciones en sentido amplio ya que éstos incluyen tanto acciones positivas fácticas como acciones positivas normativas, y de la definición de los derechos sociales (derechos a prestaciones en sentido estricto) que propone Alexy quedan excluidas las acciones positivas normativas¹⁴¹.

Así, si solamente consideramos que los derechos a prestaciones en sentido amplio son los (i) derechos a protección frente al Estado de intervenciones de terceros y los (ii) derechos a organización y procedimiento, y no incluimos dentro de los derechos a prestaciones en sentido amplio a los derechos a prestaciones en sentido estricto (derechos sociales), entonces los derechos a acciones positivas, tanto fácticas como normativas, se dividen en prestaciones en sentido amplio y prestaciones en sentido estricto, lo que implica no calificar los derechos a prestaciones en sentido estricto como derechos a prestaciones en sentido amplio¹⁴², pues si bien ambos comparten ser derechos a acciones positivas, tanto fácticas como

¹⁴¹ Al considerar que los derechos sociales solamente dan lugar a prestaciones positivas fácticas se distorsiona su imagen y genera confusiones, pues se termina entendiendo que los derechos sociales únicamente tienen como objeto una prestación fáctica y se margina el que puedan generar, a partir de una omisión normativa, una prestación positiva de índole normativa. El equívoco se repite en la dogmática por varios autores como, por ejemplo, Arango, Rodolfo, "Derechos sociales. Un mapa conceptual", en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Año III, número 5, Julio-diciembre, 2017, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, pp. 495-516. Este tratadista señala, citando a Alexy: "Los derechos sociales son derechos subjetivos que tienen como contenido una prestación positiva fáctica del Estado (p. 496)", aunque después matiza tal referencia al apuntar que el objeto de los derechos sociales es " '-prioritariamente'- prestaciones fácticas positivas (p. 503)", con lo que salva un poco la cuestión.

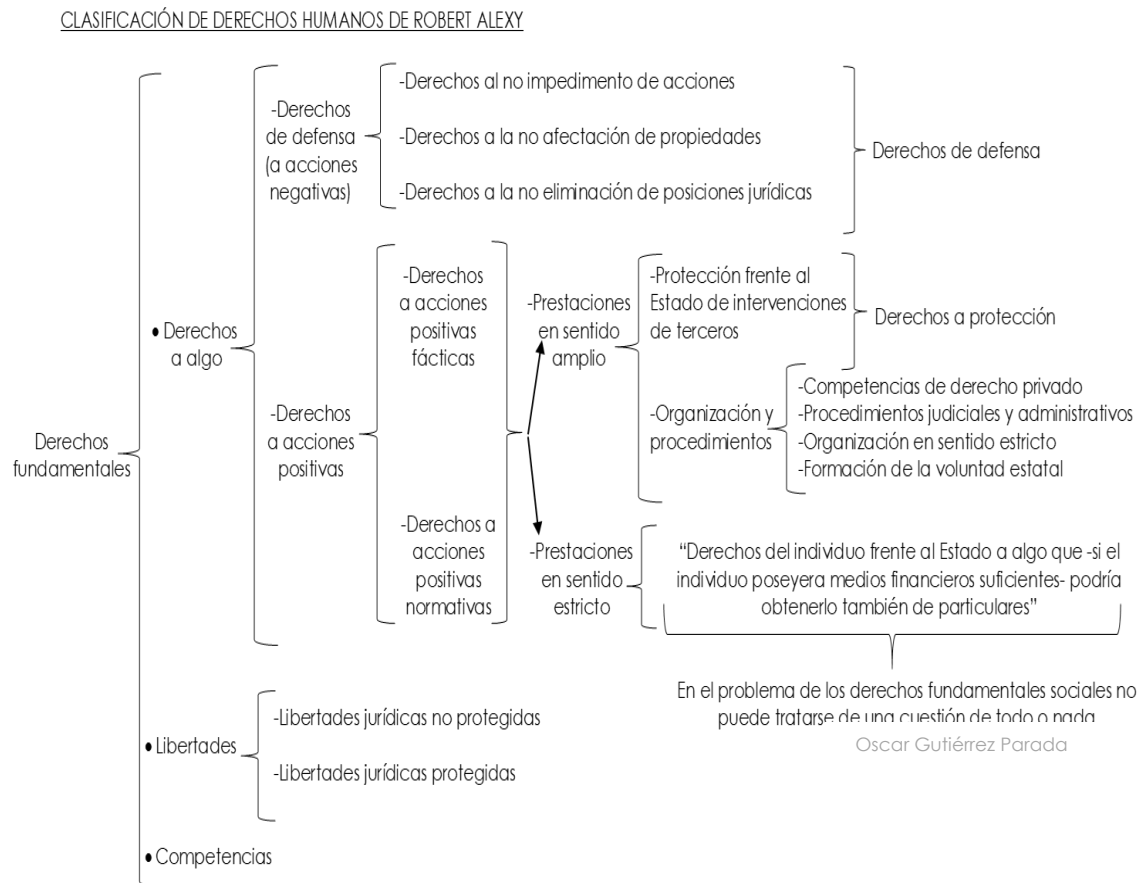
¹⁴² Además, se cumple una exigencia lógica: los derechos sociales o son derechos a prestaciones en sentido amplio o son derechos a prestaciones en sentido estricto, no pudiendo ser ambas cosas a la vez. No obstante, no hay que perder de vista la relación consistente en que todo derecho a prestaciones en sentido estricto implica acciones positivas (fácticas y normativas), pero no todo derecho a prestaciones positivas (acciones fácticas o normativas) es derecho a prestaciones en sentido estricto.

normativas, en la clasificación de Alexy las prestaciones a acciones positivas en sentido estricto no conllevan acciones positivas de índole normativa, pues solamente refieren acciones positivas de naturaleza fáctica, es decir, obtener algo del Estado que se pudiera obtener de un particular, es decir, una prestación de dar.

La clave para ajustar el modelo clasificatorio de Alexy es considerar que también los derechos sociales dan lugar a acciones positivas normativas¹⁴³. El ajuste consiste en señalar que tanto los derechos a prestaciones en sentido amplio como los derechos a prestaciones en sentido estricto pueden implicar acciones positivas fácticas y acciones positivas normativas. Hasta aquí el ajuste al esquema de Alexy, en el cual incluimos las libertades y las competencias. Así, el esquema sería el siguiente:

¹⁴³ Entre otras referencias judiciales (jurisdiccionales) de México, tomamos en cuenta la resolución dictada en el Amparo en Revisión 57/2019, el 14 de agosto de 2019, en la que la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, determina que hubo violación al derecho a la salud consistente en la omisión normativa reglamentaria por parte de la Secretaría de Salud. Las cuestiones que se plantea el juzgador son las siguientes: “(i) ¿La falta de cumplimiento por parte de la Secretaría de Salud al mandato establecido en el artículo cuarto transitorio del decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones en la Ley General de Salud y del Código Penal Federal publicado en el Diario Oficial de la Federación el diecinueve de junio de dos mil diecisiete consistente en armonizar los reglamentos y normatividad en el uso terapéutico del tetrahidrocannabinol de los isómeros: Δ6a (10a), Δ6a (7), Δ7, Δ8, Δ9, Δ10, Δ9 (11) y sus variantes estereoquímicas, constituye una omisión reglamentaria? y (ii) De resultar afirmativo, ¿la inacción de la autoridad responsable transgredió los derechos a la salud y de seguridad jurídica del quejoso, así como los principios del interés superior de la niñez, de legalidad y de progresividad?”. Las respuestas a sendas interrogantes son afirmativas y, por ende, se concede el amparo, entre otros puntos, para eliminar la omisión normativa reglamentaria al ser evidente que tal omisión (falta de armonización regulativa) vulnera el derecho a la salud. Es importante resaltar que no se trata de un derecho a acción positiva fáctica de protección frente al Estado de intervenciones de terceros, es decir, de un derecho a protección (derecho a acción positiva en sentido amplio) en el que la prestación sea contar con normatividad que proteja, frente al Estado, de intervenciones de terceros, pues si se observa con detenimiento se trata de una omisión normativa reglamentaria que tiene que ver con procedimientos administrativos y, por tanto, está más del lado de un derecho a prestaciones en sentido amplio en el que se trata de una acción positiva normativa a la regulación de procedimientos administrativos. Por tanto, los derechos sociales también dan lugar a acciones positivas de índole normativa y no solamente a obtener algo del Estado como mera obligación de dar.

Esquema 6. Clasificación de los derechos humanos de Robert Alexy diferenciando derechos a prestaciones en sentido amplio y derechos a prestaciones en sentido estricto.



2. Examen de la definición de derechos sociales de Alexy

Ahora bien, hemos avanzado: el primer problema ya ha quedado resuelto al considerar que los derechos sociales no solamente dan lugar a acciones positivas fácticas sino también a acciones positivas normativas. Esto implica considerar que, si los derechos sociales conllevan también acciones positivas de naturaleza normativa, entonces, de acuerdo con la definición de Alexy sobre los derechos a prestaciones en sentido estricto, es decir, de

los derechos sociales, una prestación de índole normativa (en sentido autoritativo) definitivamente no podría ser obtenida de particulares.

Si el ajuste es correcto, es decir, si tanto las prestaciones en sentido amplio como las prestaciones en sentido estricto se reconducen a acciones positivas fácticas y a acciones positivas normativas, entonces el problema se traslada a la definición de Alexy acerca de los derechos sociales, ya que presenta varios aspectos problemáticos.

Para Alexy los derechos sociales son:

“Los derechos prestacionales en sentido estricto [derechos sociales] son derechos del individuo frente al Estado a algo que - si el individuo tuviera los medios financieros suficientes y si encontrase una oferta suficiente- podría obtener también de los particulares.”¹⁴⁴

Una primera lectura lleva a señalar que los derechos prestacionales en sentido estricto, es decir, los derechos sociales, son derechos del individuo frente al Estado a algo que podría obtener también de particulares, siempre y cuando (doble condicionante) (i) el individuo tuviera los medios financieros suficientes y (ii) encontrase una oferta suficiente (en el mercado) de parte de particulares de ese algo.

De acuerdo con esta definición, el que se indique que algo se puede obtener de los particulares, implica que se trata primordialmente de una prestación de dar y, por ende, se trata de una acción positiva en su vertiente de dar¹⁴⁵. Aquí hay que hacer otro ajuste al modelo de Alexy y señalar que las acciones a algo pueden consistir en un hacer (acciones positivas), un no

¹⁴⁴ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos...* Op. Cit., p. 443.

¹⁴⁵ La teoría civilista es muy clara cuando señala que el objeto directo de la obligación es la prestación y ésta puede consistir en un hacer, un no hacer o un dar.

hacer (acciones negativas –omisiones-¹⁴⁶), o un dar, esta última puede ser vista como una forma de acción positiva.

El mismo Alexy lo tiene presente cuando indica que “La escala de las acciones positivas del Estado que pueden ser objeto de un derecho a prestaciones se extiende desde la protección del ciudadano frente a otros ciudadanos a través de normas de derecho penal, pasando por el dictado de normas de organización y procedimiento, hasta prestaciones en dinero y en bienes.”¹⁴⁷, así, al referir prestaciones en dinero y en bienes (es decir, en numerario o en especie), significa que se trata de algo que consiste en entregar una cosa, o sea una prestación de dar, la cual es diferente a un mero hacer.

Ejemplificando podemos señalar que realizar actividades de saneamiento de un río implica una prestación fáctica de hacer, pero entregar despensas con motivo de planes de emergencia por desastres naturales si bien implica una acción de hacer consistente en entregar, el objeto de la prestación es un bien (despensa) que se concreta al entregarlo físicamente, es decir, mediante una acción positiva de dar. Si esto es correcto, entonces las acciones positivas fácticas pueden consistir en hacer algo o en dar algo.

En el análisis de la definición de Alexy sobre los derechos sociales (prestaciones en sentido estricto, pero que comprende tanto acciones fácticas como acciones normativas) es importante referir que en el plano fáctico la definición implica, analíticamente, una condicionante con dos elementos conjuntivamente relacionados:

¹⁴⁶ Las cuales podrían ubicarse en posiciones de los llamados derechos de defensa, pero no necesariamente agotar todas sus variantes.

¹⁴⁷ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos... Op. Cit.*, p. 391 (Esta cita es parte de la que se refiere en la nota de pie de página número 138, pp. 87-89)

Esquema 7. Elementos lingüísticos de la definición de derechos sociales de Robert Alexy.

Derecho frente al Estado		(condiciones)
que podría obtener también de los particulares	→ si ←	i) la persona tuviera recursos financieros suficientes, y
		ii) encontrase una oferta suficiente por parte de particulares

Corolario:

1. Es un derecho frente al Estado que sólo opera si la persona tuviera recursos suficientes y el bien también se encuentra ofertado por particulares y podría obtenerse de éstos.
2. Hay dos escenarios en los que no se puede obtener de particulares: (i) no tener recursos financieros suficientes o, aunque se tuvieran, (ii) el bien no es ofertado suficientemente por los particulares.
3. Es un derecho de carácter subsidiario, pues solamente opera si la persona no tiene recursos financieros suficientes y el bien no se oferte de manera suficiente por particulares (mercado). Si bien la prestación está en el mercado, la persona no la puede obtener porque no tiene recursos financieros suficientes y, por ende, lo tiene que obtener del Estado (si es que de éste se puede obtener la prestación), además de que si bien el bien lo ofrecen particulares no hay una oferta suficiente del mismo.

Conforme a estas inferencias, el problema es que hay que negar las condiciones, conjuntivas, para que haya derechos sociales:

Esquema 8. Elementos lingüísticos de la definición de derechos sociales de Robert Alexy, bajo lectura negativa

Derecho frente al Estado		
que la persona no podría obtener también de los particulares	→ porque	i) la persona no tiene recursos financieros suficientes, y ii) no hay una oferta suficiente por parte de particulares

Así, los derechos sociales, de acuerdo con Alexy, son derechos frente al Estado que tienen personas que, además de no contar con los recursos financieros suficientes para obtener la prestación objeto del derecho de particulares, éstos, es decir, los particulares, o no ofertan la prestación o la ofertan de manera insuficiente.

En términos deficionales: la prestación exigible frente al Estado (acción positiva vista por el momento solamente como un hacer o un dar) procede si y sólo si (a) el titular del derecho no tuviera los recursos financieros suficientes y (b) el objeto de la prestación no se encontrase ofertado suficientemente por particulares, es decir, en el mercado.

Esto es, no basta que la prestación objeto del derecho no la pueda pagar una persona, sino que, además, se pueda obtener de particulares, y esto es problemático. Asimismo, implica que, al no ser el caso de tener medios financieros suficientes, aunque el bien se pueda obtener de particulares, se tiene que obtener del Estado, es decir, tiene un carácter subsidiario.

Supongamos un caso en el que se esté en presencia de una enfermedad muy rara y la persona que la padece tiene recursos financieros suficientes, pero el tratamiento sólo se puede llevar a cabo en una institución pública porque es la única que tiene el aparato médico para tratar la enfermedad, es decir, es algo que no se puede obtener de un particular; en este caso no

se cumple la condición (a) de no tener recursos suficientes, y tampoco la condición (b) que consiste en que la prestación fáctica (tratamiento médico) la pueda proporcionar un particular. Según la definición de Alexy, no estaríamos en presencia de un derecho social en su vertiente de derecho a la salud.

Para dimensionar este experimento mental se requiere combinar cada condición indicando si presenta o no la condición, es decir, respecto de los recursos si son suficientes o insuficientes y en relación con la oferta por parte de los particulares si la oferta es suficiente o no lo es, incluso considerar que además de la insuficiencia estaría el caso de no oferta por parte de particulares, es decir, que aun cuando se tuvieran los recursos suficientes para “comprar” el bien que constituye el objeto de la prestación objeto del derecho social no existe tal bien en la oferta de bienes que proporcionan particulares (V. gr., en materia de salud, la vacuna contra el virus COVID-19, la cual ha sido “monopolizada” por el gobierno, esto es, sólo a través del gobierno se obtiene, incluso sin costo alguno¹⁴⁸).

¹⁴⁸ Este monopolio no es gratuito pues responde a exigencias internacionales en las que la Organización Mundial de la Salud (OMS), ha jugado un papel primordial al coordinar las acciones de gobiernos que cuentan con laboratorios para el desarrollo de vacunas y los propios laboratorios. Los países que por sí mismos desarrollaron las vacunas, en general, siguieron los patrones de distribución acordados con la OMS. Las vacunas no fueron puestas a la “venta” a través de particulares, aunque sus costos de adquisición han sido sufragados por los gobiernos. No obstante, lo señalado, hay países en los que paralelamente a la distribución de la autoridad se puede obtener de particulares las vacunas, véase: *Diario La República*, Colombia, noticia del 23 de abril de 2021: Jonathan Toro señala: “Mientras en el mundo se debate la escasez de vacunas y los efectos negativos de la aprobación de compras por parte de privados, cinco países de las Américas dan un paso adelante y regulan la intervención de empresarios dentro de los planes de vacunación. Si bien la Unión Europea ha dicho que poner la compra de vacunas a disposición de los privados es “una forma de aumentar la desigualdad y restringir aún más el acceso de los vulnerable al fármaco”, Estados Unidos, desde el pasado mes de febrero adelanta un plan de distribución y aplicación de vacunas gestionado mediante dos de las cadenas de farmacias más importantes del país, CVS y Walgreens, y otros almacenes de cadena como Walmart y Target. La figura que se ha extendido en 33 de los 50 estados del país norteamericano tiene una red de 19.000 puntos de atención, entre farmacias y almacenes, donde se inyecta a la población de más de 65 años, y quienes deben realizar una previa inscripción para obtener

Esquema 9. Cuadro sinóptico de elementos de la definición de derechos sociales fundamentales en sentido estricto de Robert Alexy

Algo que se encuentra en el mercado en oferta suficiente	Si	No
Recursos financieros		
Suficientes	1 a) Recursos suficientes y b) si hay en el mercado oferta suficiente	2 a) Recursos suficientes y b) no hay en el mercado oferta suficiente
Insuficientes	3 a) Recursos insuficientes y b) si hay en el mercado oferta suficiente	4 a) Recursos insuficientes y b) no hay en el mercado oferta suficiente

El experimento mental de la enfermedad rara estaría ubicado en el supuesto 2, y no se podría considerar una posición jurídica de derecho social porque el individuo, dada su posición fáctica, tiene recursos suficientes, pero, además, la prestación no se puede obtener de particulares.

Solamente en el supuesto 3 se estaría en presencia de una posición jurídica de derecho social, pues se cumplen conjuntivamente las dos condiciones (e, implícitamente, considerar que la prestación respecto del ejemplo de la enfermedad rara se exigiría al Estado, y éste está, hipotéticamente, en posibilidad de proporcionar la prestación, pero si el titular del derecho tiene recursos suficientes no procedería).

el turno. De acuerdo con la información del Gobierno de Estados Unidos, los acuerdos llevados a cabo entre empresarios y gobiernos federales consisten en figuras de concesión y administración de las vacunas para la distribución en determinados puntos, más no es una compra de biológicos entre privados y farmacéuticas.”; fuente: <https://www.larepublica.co/globoeconomia/cuatro-paises-donde-los-empresarios-tienen-autorizacion-para-vacunar-contra-covid-19-3157899>.

El supuesto 1 es un ideal, pues conlleva que los individuos tienen los recursos suficientes y las prestaciones se pueden obtener por parte de particulares (ideal liberal económico de que el mercado es suficiente para dotar a todos de todo¹⁴⁹).

El supuesto 4 muestra una posición crítica¹⁵⁰ que podemos ilustrar si pensamos en el derecho a un medio ambiente sano cuando una región territorial presenta grave deterioro ambiental en la que están involucrados ríos, presas, fuentes fijas de emisión que utilizan hidrocarburos, gran presión urbana a costa de áreas verdes, etc., y proceder a hacer real y efectivo el derecho a un medio ambiente sano implica un conjunto de actividades (acciones positivas de hacer), otro conjunto de acciones de no hacer (omisiones) y prestaciones de dar como, por ejemplo, entregar semillas para sembrar árboles, ¿cuál particular y en cuál mercado un individuo “obtendría” esas prestaciones integralmente?

Más allá del sustento filosófico de la definición de Alexy, el cual, nos parece, está anclado en una visión liberal clásica, no podemos conceptualizar los

¹⁴⁹ Ni siquiera Adam Smith, considerado uno de los liberales económicos por antonomasia (se le señala como el padre del liberalismo económico) suscribiría este ideal. En su obra *Una investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*, publicada en 1776, señala: “El tercer y último deber del soberano o el estado es el de construir y mantener esas instituciones [V. gr., defensa, administración de justicia] y obras públicas [V. gr., carreteras, y, en general infraestructura pública] que aunque sean enormemente ventajosas para una gran sociedad son sin embargo de tal naturaleza que el beneficio jamás reembolsará el coste en el caso de ningún individuo o número pequeño de individuos y que, por lo tanto, no puede esperarse que ningún individuo o grupo reducido de individuos vayan a construir o mantener. El cumplimiento de este deber también requiere un gasto muy diferente en las diversas etapas de la sociedad. Después de las obras e instituciones públicas necesarias para la defensa de la sociedad y la administración de la justicia, ya mencionadas, las demás obras e instituciones de esta clase son fundamentalmente las que facilitan el comercio de la sociedad y las que promueven la instrucción del pueblo.”, consultamos la edición de Alianza Editorial: Smith, Adam, *La riqueza de las naciones*, 3ª ed., Madrid, España, 2011, pp. 685-686.

¹⁵⁰ No se tienen recursos suficientes y no hay oferta de la prestación por parte de particulares, es decir, no la hay en el mercado, pero el Estado debería proporcionar la prestación, y aquí el problema es si el Estado puede proporcionarla.

derechos sociales como meras obtenciones de algo que pudiendo ser proporcionado por particulares (obviamente mediando el mercado), no se puede obtener porque se carece de recursos, y (además) el Estado pueda proporcionar la prestación respectiva.

Esta última condicionante, es decir, que el Estado pueda proporcionar la prestación es muy importante, pues puede haber bienes que única y exclusivamente se puedan obtener de particulares, pero como no se tienen los recursos suficientes, la prestación queda sin poder obtenerse porque el Estado no la proporciona.

¿Qué pasa con prestaciones que no se pueden obtener del Estado porque de él no se pueden obtener precisamente porque no las proporciona? No obstante, es válida la referencia de Alexy a la segunda tesis a favor de los derechos sociales: "...bajo las condiciones de la sociedad industrial moderna, la libertad fáctica de un gran número de titulares de derechos fundamentales no encuentra su sustrato material en un <<ámbito vital dominado por ellos>>, sino que depende esencialmente de actividades estatales."¹⁵¹.

¹⁵¹ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos...* Op. Cit., p. 447. La locución "ámbito vital dominado por ellos", es tributaria de los estudios de Ernest Forsthoff, autor que señala que gran parte de la actividad estatal –la administración pública- debe estar enfocada a la procura existencial, es decir, proveer los medios para que las personas tengan una existencia digna. Véase: Forsthoff, Ernst, *El Estado de la sociedad industrial*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, [traducido por Jaime Nicolás Muñiz y Luis López Guerra; estudio introductorio por Jaime Nicolás Muñiz; epílogo por Luis López Guerra], Madrid, España, 2013. Este autor, en el apartado VI, Estatalidad y forma constitucional, señala: "Pero como más intensamente se ha visto modificado el Estado en cuanto cuerpo formalmente estructurado ha sido a través del cumplimiento de tareas y funciones que sobre él recayeron a lo largo del desarrollo de la industrialización y a cuya responsabilidad no le fue posible sustraerse. Nos estamos refiriendo a la procura existencial y a la redistribución social... [a continuación resumo lo que es la procura existencial:] Con la concentración de grandes masas de población en los reducidísimos espacios de las grandes ciudades surgieron para la procuración de la existencia nuevos conocimientos y exigencias que se hacen notar claramente en

En efecto, y en general, las personas con escasos recursos tienen puesta su mirada en el Estado y no hacia los particulares/mercado, en especial tratándose de derechos sociales en los que la coordinación y armonización de actividades estatales juegan un papel primordial para hacerlos efectivos, eficientes y eficaces a través de su promoción, respeto, protección y garantía. Claro, esto no minimiza el rol que juegan las instituciones privadas que coadyuvan en la atención de prestaciones que son objeto de los derechos sociales.

Así, para Alexy, estamos ante un derecho social si su titular lo puede hacer valer ante el Estado porque no tiene recursos suficientes y el objeto de la prestación no está ofertado, suficientemente, por particulares (en el mercado); sólo bajo estas condiciones, de acuerdo con Alexy, podríamos hablar de derechos sociales, sin perjuicio de que el Estado pueda o no proporcionar la prestación correspondiente. Evidentemente esta definición de los derechos sociales nos parece insatisfactoria. Más adelante (apartado E, de este capítulo) nos referimos a las pautas para considerar la construcción del núcleo intensional del concepto de derechos sociales.

3. Los derechos sociales como posiciones jurídicas

Para comprender qué es una posición jurídica es indispensable aludir a los estudios de Hohfeld.¹⁵² El concepto de <<posición jurídica>>, tal y como se maneja por algunos iusfilósofos y tratadistas de Teoría General del Derecho y de Teoría de los Derechos Humanos, se debe a Wesley Newcomb Hohfeld, autor americano que en 1913 publicó *“Some Fundamental legal*

la diferenciación entre espacio vital efectivo y espacio social dominado. Por espacio vital dominado debe entenderse aquél que le está atribuido al individuo de modo tan intenso que pueda disponer de él o, al menos, esté facultado para utilizarlo de forma permanente. Por espacio vital efectivo ha de entenderse aquél en que transcurre efectivamente la existencia de los individuos”, p. 53.

¹⁵² Hohfeld, W.N., *Conceptos jurídicos fundamentales*, Fontamara, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, Núm. 2, México, 1991.

conceptions as applied to judicial reasoning" (Algunas concepciones jurídicas fundamentales aplicadas al razonamiento judicial), obra, por cierto, muy breve, en la que considera que las relaciones jurídicas son de varias clases y no se reducen solamente a la correlación entre derechos y deberes. Hohfeld señala:

“Uno de los obstáculos mayores a la comprensión clara, enunciación aguda y solución verdadera de los problemas jurídicos, surge con frecuencia de la suposición expresa o tácita de que todas las relaciones jurídicas [posiciones] pueden ser reducidas a ‘derechos’ (subjettivos) y ‘deberes’, y de que estas últimas categorías son, por lo tanto, adecuadas para analizar los intereses jurídicos más complicados, tales como *trusts*, opciones de compra, *escrows*, intereses ‘futuros’, intereses de personas colectivas, etcétera... Las relaciones jurídicas estrictamente fundamentales, después de todo, son *sui generis*. Es por ello que los intentos de definición formal son siempre insatisfactorios, si no completamente inútiles. De acuerdo con esto, la línea de ataque más promisoria consiste en exhibir todas las diversas relaciones en un esquema de ‘opuestos’ y ‘correlativos’, y luego proceder a ejemplificar su alcance y aplicación individuales en los casos concretos... [el esquema de opuestos y correlativos sería el siguiente:]

[Esquema 10. Cuadro de opuestos y correlativos de Hohfeld]

	Derecho (subjettivo)	privilegio	potestad	inmunidad
Opuestos jurídicos				
	no- derecho	deber	incompetencia	sujeción

	Derecho (subjettivo)	privilegio	potestad	Inmunidad
Correlativos jurídicos				
	deber	no-derecho	sujeción	incompetencia

(Nosotros agregamos el signo = cruzado por flechas bidireccionales para significar oposición; la flecha bidireccional representa correlatividad)”¹⁵³

¹⁵³ *Idem*, pp. 45-47

Así, sin perder de vista la clasificación de Hohfeld, y en relación con los derechos humanos, debemos comenzar por el análisis de la estructura de los derechos a algo que elabora Alexy, al cual, por su relevancia, citamos *in extenso*, y sin olvidar que para nosotros la estructura de los derechos humanos es tetraédrica, es decir, que consta de cinco elementos básicos (véase el punto 4 de este apartado, p. 11; y el esquema 1, p. 15). Señala Alexy:

“La forma más general de un enunciado sobre un derecho a algo es:

(1) *a* tiene frente a *b* un derecho a *G*.

Este enunciado pone claramente de manifiesto que el derecho a algo puede concebirse como una relación triádica cuyo primer elemento es el *portador* o titular del derecho (*a*), su segundo elemento, el *destinatario* del derecho (*b*) y su tercer elemento, el *objeto* del derecho (*G*). Esta relación triádica se expresará mediante <<*D*>>. Por lo tanto, la forma más general de un enunciado sobre un derecho a algo puede expresarse de la siguiente manera:

(2) *DabG*

De este esquema general surgen cosas totalmente diferentes según lo que se ponga en el lugar de *a*, *b*, y *G*. Según se ponga en la posición de *a*, el titular de un derecho: una persona física o una persona jurídica de derecho público; en la posición de *b*, el destinatario: el Estado o particulares; y en la posición *G*, el objeto: acciones positivas u omisiones, se obtendrán diversas relaciones, entre las cuales existen diferencias muy importantes desde el punto de vista de la dogmática de los derechos fundamentales. Aquí interesará sólo la estructura del objeto del derecho a algo.

El objeto de un derecho a algo es siempre una *acción* del destinatario. Esto resulta de su estructura como relación triádica entre un titular, un destinatario y un objeto. Si el objeto no fuera ninguna acción del destinatario, no tendría sentido incluir al destinatario en esta relación.

La referencia a la acción, al igual que la estructura triádica, no se expresa directamente por medio de las disposiciones singulares del

derecho fundamental. Un ejemplo es el artículo 2 párrafo 2 frase 1 de la LF [Ley Fundamental]:

(3) Todos tienen derecho a la vida...

Si se mira tan sólo la literalidad de esta disposición, podría pensarse que, por medio de ella, se confiere un derecho que tiene la estructura diádica entre un titular y un objeto que, en este caso, consiste en un determinado estado del titular, es decir, estar vivo. Un derecho semejante correspondería a aquello que en la terminología clásica se llama <<*jus in rem*>> y que se contrapone al <<*jus in personam*>>. No puede dudarse de que, por razones de simplicidad, a menudo es funcional hablar de derechos en el sentido de relaciones entre un sujeto de derecho y un objeto. Sin embargo, como observaba correctamente Kant -y como desde entonces se ha mostrado a menudo- hablar de tales relaciones no es otra cosa que una denominación abreviada de un conjunto de derechos a algo, libertades y/o competencias. Así, según el Tribunal Constitucional Federal, el artículo 2 párrafo 1 frase 1 LF estatuye tanto <<*negativamente* un derecho a la vida>>, que excluye <<especialmente el homicidio organizado estatalmente>>, como también *positivamente* el derecho a que el Estado intervenga <<protegiendo y promoviendo esta vida>>, lo que, sobre todo, significa <<protección frente a las intervenciones antijurídicas de terceros>>. Ambos derechos tienen la estructura representada por *DabG* y están referidos a acciones del destinatario:

(4) a tiene frente al Estado el derecho a que éste no lo mate;

(5) a tiene frente al Estado el derecho a que éste proteja su vida frente a intervenciones antijurídicas de terceros.

Estos derechos se diferencian exclusivamente en cuanto a su objeto. Uno de estos derechos (4) tiene como objeto una acción negativa (omisión); el otro (5), una acción positiva (un hacer) del destinatario. La diferencia entre acciones negativas y positivas es el criterio principal para la división de los derechos a algo según sus objetos. En el ámbito de los derechos frente al Estado...los derechos a acciones negativas corresponden a aquello que suele llamarse <<derechos de defensa>>...los derechos frente al Estado a acciones positivas coinciden sólo parcialmente con aquello que se llama <<derechos prestacionales>>.¹⁵⁴

¹⁵⁴ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos...* Op. Cit., pp. 164-165.

DabG, es triádico, pero como mostramos en la estructura de los derechos sociales (y en general de cualquier derecho humano), el enunciado sobre un derecho es tetraédrico y, por ende, su expresión es: *Da[apf]b1ób2G*: *a*, en posición fáctica, tiene frente a *b1* o *b2* un derecho a *G*; en donde *a[apf]* es alguien que tiene un derecho dada su posición fáctica concreta y *b1* es el Estado y *b2* es un particular.

De acuerdo con lo anterior, la posición jurídica en los derechos a algo es lo que se coloca en cada elemento de la relación triádica si seguimos a Alexy o en la relación tetraédrica si se acepta que los derechos tienen tal estructura. Fácticamente la persona está en una posición concreta y real - comprobable empíricamente- y si ésta, a la cual identificamos como <<posición fáctica¹⁵⁵>>, encaja triádicamente o en el núcleo de la fórmula tetraédrica de un derecho, entonces hay una posición jurídica.

4. Los derechos sociales como un todo

Alexy, después de analizar las posiciones jurídicas que implican los derechos humanos (a. derechos a algo; b. libertades y c. competencias), concluye que los derechos fundamentales vistos como un todo no son otra cosa que un conjunto o haz de posiciones jurídicas de diversa naturaleza:

“Hasta ahora han interesado sólo las posiciones individuales de derecho fundamental. Quien habla de un derecho fundamental, por ejemplo, a la vida o a la libertad de expresión, se refiere, por lo

¹⁵⁵ La noción de posición fáctica es meramente empírica por lo que se diferencia del concepto de supuesto de hecho de un derecho fundamental. La noción de supuesto de hecho tiene una connotación jurídica. Véase *Idem*, pp. 262-290 (El tema del supuesto de hecho de los derechos fundamentales es analizado por Alexy dentro del tema de las restricciones de los derechos fundamentales de defensa, es decir, a acciones negativas). Para nuestros efectos, la posición fáctica actualiza la posición jurídica realizando el tramo del supuesto de hecho de la norma fundamental, y lo que cabe destacar es que la posición jurídica está inmersa en la relación triádica de los derechos a algo: *DabG* (enunciado sobre un derecho a algo: *a* tiene frente a *b* un derecho a *G*), *Idem*, pp. 163-164.

general, no sólo a las posiciones individuales sino al derecho fundamental como un todo. Sin embargo, ¿qué es un derecho fundamental como un todo? La respuesta más simple es que un derecho fundamental como un todo es un haz de posiciones de derecho fundamental. Queda abierta la pregunta de saber qué es lo que reúne las distintas posiciones individuales de derecho fundamental en un derecho fundamental. Una vez más, la respuesta más simple es: su adscripción a una disposición de derecho fundamental. A las posiciones jurídicas corresponden siempre normas que las confieren. Al *ensamblamiento* de un haz de posiciones en un derecho fundamental corresponde entonces la *adscripción* de un haz de normas a una disposición de derecho fundamental. Desde luego, como habrá de mostrarse, con ello se ha captado sólo un aspecto de un concepto completo del derecho fundamental como un todo.

Para lograrlo, es aconsejable echar una rápida mirada a un ejemplo. A causa de la pluralidad de las posiciones que en él se manejan, resulta adecuada al respecto la sentencia sobre la Ley introductoria a una ley de escuela superior integrada en Baja Sajonia, que se mencionara cuando se analizó el problema de adscripción. En lo que concierne al ciudadano, se habla allí de tres posiciones de un tipo muy diferente: de una *libertad jurídica* para realizar las acciones que caen dentro del ámbito de la ciencia, de un derecho frente al Estado para que éste no obstaculice las acciones que caen dentro del ámbito de la ciencia, es decir, de un *derecho a acciones negativas* del Estado (derecho de defensa) que protege la libertad jurídica, y de un *derecho a acciones positivas* del Estado que protege la libertad jurídica...[este ejemplo pone] de manifiesto cuán amplio y variado es aquello que puede ensamblarse en un derecho fundamental como un todo...Un derecho fundamental como un todo es un objeto muy complejo pero, en modo alguno, inaprehensible. Está compuesto por elementos con una estructura bien definida, es decir, las distintas posiciones del ciudadano y del Estado, y entre estas posiciones existen relaciones claramente determinables, las relaciones de precisión, de medio/fin y de ponderación. Esto no significa que no pueda ser objeto de discusión qué es lo que hay que ensamblar en un derecho fundamental como un todo. La polémica acerca de qué es lo que pertenece a un derecho fundamental tiene su contrapartida en la polémica acerca de qué normas debe adscribirse a las disposiciones de derecho fundamental en tanto normas de derecho fundamental...”¹⁵⁶

¹⁵⁶ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos...* Op. Cit., pp. 214-218.

Como podemos observar, la concepción de un derecho fundamental como un todo implica considerar las diferentes posiciones jurídicas que están en juego.

El esquema de Alexy, en perspectiva normativa, apunta en la dirección correcta, pero podemos enriquecer su análisis si preguntamos cómo una persona se sitúa (voluntariamente) o está situada (sin concurso estricto de su voluntad, pero siendo determinante su contexto social concreto y real), en determinada posición jurídica o en varias posiciones jurídicas: las posiciones jurídicas están condicionadas por la posición fáctica en la que concretamente está ubicado el individuo en situación social.

5. Posición fáctica y posición jurídica

La posición fáctica actualiza la posición jurídica mediante un juicio de adecuación en el que, al estar la posición fáctica "descrita normativamente", es decir, corresponderse con la posición jurídica, se da una adecuación entre ambas posiciones (estrictamente la posición fáctica es subsumible en la posición jurídica). Esta subsunción implica calificar e interpretar que la posición fáctica se corresponde con la posición normativa (el juicio de tipicidad es positivo), sólo entonces se actualiza la posición jurídica que el derecho fundamental implica¹⁵⁷. Si esto es así, la posición

¹⁵⁷ Nuestro examen va, primordialmente, de la posición fáctica a la posición jurídica (por ello en la imagen tetraédrica -estructura de los derechos humanos, el centro -núcleo- se constituye como la posición fáctica). Nosotros preguntamos a partir del análisis de la posición fáctica -real y concreta- ¿cuáles posiciones jurídicas de derechos fundamentales se actualizan? En la dogmática de los derechos fundamentales lo normal es ir de la posición jurídica a la posición fáctica, ya que primero se examina si la posición jurídica ha sido actualizada por determinado caso planteado. La preocupación primeramente es normativa con lo que se minimiza el estudio de la posición fáctica, misma que tiene causas multifactoriales y que son determinantes al momento de resolver sobre los efectos que la decisión de protección judicial debe(ría) tener. Para ilustrar este proceder de la dogmática en materia de derechos fundamentales refiero los señalamientos de Joaquín Brage Camazano, aprovechando la cita para diferenciar entre posición fáctica, posición jurídica y lo que se conoce como ámbito normativo

fáctica o las posiciones fácticas determinan la operatividad de la posición jurídica o posiciones jurídicas que están implicadas en el derecho fundamental o en los derechos fundamentales respectivos.

Con el objetivo de precisar aún más el concepto de posición jurídica, es importante referir que, dentro de la temática de los derechos fundamentales como derechos subjetivos, Alexy señala que debe

o tipo del derecho fundamental: “En la doctrina alemana, se defiende un método de examen por niveles o escalones de las cuestiones o problemas relativos a los derechos fundamentales. Se trata de un método aplicado por el propio TCFA [Tribunal Constitucional Federal de Alemania], aceptado de modo generalizado por la doctrina, y aplicado por los estudiantes para resolver casos prácticos, basados o no en asuntos resueltos ya por la jurisprudencia. No se trata de ningún tipo de elucubración teórica sino, por el contrario, una metodología de análisis con una dimensión fundamentalmente práctica, un expediente técnico que tiene por finalidad, en primer lugar, hacer más riguroso el examen o enjuiciamiento de las cuestiones de derechos fundamentales (especialmente de sus límites), pero también, quizás secundariamente, hacer dicho examen más previsible y controlable intersubjetivamente por la “sociedad abierta de intérpretes” de la Constitución, en especial por la comunidad de juristas... Este método distingue entre el ámbito normativo del derecho fundamental, como contenido *ab initio* del derecho fundamental, antes de toda posible restricción; la intervención en el derecho fundamental, que se refiere a las distintas formas de interferencia o injerencia en ese ámbito inicialmente protegido por el derecho; y la justificación constitucional de esa intervención... Es especialmente importante destacar que un rasgo esencial de este método de enjuiciamiento es su carácter escalonado, que conlleva que debe determinarse un orden determinado de examen por escalones, de manera que en una primera fase se determine si una conducta encaja en el ámbito normativo, también llamado “tipo” (por analogía con los tipos penales), de un derecho fundamental concreto y, si tal encaje no se produce, se detenga el examen ya en este primer escalón por no tratarse de una cuestión de derechos fundamentales... *la primera fase del método escalonado de examen de las cuestiones relativas a los derechos fundamentales viene referida a si el derecho fundamental de que se trate resulta aplicable al caso, esto es, si el ámbito normativo o “tipo” (así llamado por analogía con los tipos penales) del derecho fundamental (el sector de la vida social que protege el derecho fundamental) comprende o abarca, a través de la protección inicial que otorga, al supuesto sujeto a enjuiciamiento, pues si no fuera así, no estaríamos ante una cuestión de derechos fundamentales y no habría que proseguir con el examen.*” (las cursivas son nuestras), Brage Camazano, Joaquín, *Los límites a los derechos fundamentales*, tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Constitucional, Madrid, España, 2015. pp. 74-76. Brage Camazano tanto va de lo fáctico a lo normativo como del espacio normativo al ámbito fáctico. Justamente, para nosotros lo importantes es ir de la realidad a la normatividad porque la posición fáctica no solamente tiene como función “actualizar” la posición jurídica o el tipo o ámbito normativo del derecho fundamental, pues el conocimiento de sus causas es exigencia para enfrentar los factores que generan las vulneraciones de los derechos fundamentales sobre todo en materia de derechos sociales.

abordarse a partir de distinguir “tres tipos de problemas: normativos, empíricos y analíticos.”¹⁵⁸

Respecto de los aspectos normativos indica que se presentan dos clases de problemas: unos ético-filosóficos y otros dogmático-jurídicos. Los primeros preguntan “por qué los individuos tienen derechos y qué derechos tienen. Una respuesta clásica a esta pregunta es la kantiana según la cual <<la libertad (la independencia de arbitrio a la intervención del otro), en la medida en que puede existir junto con la libertad de cualquier otro de acuerdo con una ley universal>>, es el derecho <<único, originario, que pertenece a toda persona>> <<en virtud de su humanidad>>, es decir, según Kant, la propiedad de la persona como ser racional”¹⁵⁹

En relación con los problemas dogmático-jurídicos la pregunta pertinente es “si un sujeto posee un determinado derecho subjetivo en un sistema jurídico”¹⁶⁰, y aquí hay que diferenciar dos cuestiones:

“[A. Cuando]...no existe ninguna duda de que una norma *N* si es aplicable en el caso de *a*, le confiere a éste un derecho subjetivo pero, lo que es dudoso es si es aplicable en el caso de *a*, es decir, si, en las condiciones dadas, le confiere un derecho subjetivo. En la respuesta a esta pregunta se trata de un problema habitual de interpretación. Los problemas que se refieren al concepto de derecho subjetivo, no juegan ningún papel. [B. Cuando] En cambio, la segunda situación se caracteriza por el hecho de que no existe ninguna duda acerca de que *N* es aplicable en el caso de *a* pero, se duda acerca de si *N* reconoce algún derecho subjetivo...La pregunta acerca de cuándo una norma jurídica reconoce derechos subjetivos tiene importancia práctica, sobre todo, desde el punto de vista de ciertos aspectos procesales...el problema de si una norma confiere o no un derecho subjetivo es un problema normativo. Surge cuando el texto de una norma deja abierta esta pregunta, tal ocurre, por ejemplo, cuando, de acuerdo con el texto, está definido

¹⁵⁸ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos...* Op. Cit., p. 151.

¹⁵⁹ *Idem*, p. 152.

¹⁶⁰ *Id.*

que la norma *N* obliga al Estado a realizar la acción *h* pero no si *a* tiene al respecto una derecho frente al Estado.”¹⁶¹

Alexy analiza los derechos subjetivos y los problemas analíticos diferenciando, en primer lugar, entre norma y posición:

“Para la consideración analítica de los derechos subjetivos, tiene importancia fundamental la distinción entre norma y posición. Una norma es aquello que expresa un enunciado normativo. El enunciado:

(1) <<Cada cual tiene derecho a expresar libremente [...] su opinión [...]>> (artículo 5, párrafo 1 frase 1 LF)

Expresa una norma universal. Como no cabe ninguna duda de que esta norma confiere un derecho frente al Estado, con base en ella puede formularse la siguiente norma individual:

(2) *A* tiene frente al Estado el derecho a expresar libremente su opinión.

Si este enunciado es correcto, es decir, si es válida la norma individual expresada por (2), *a* se encuentra frente al Estado en una posición que consiste exactamente en que *a* tiene frente al Estado el derecho a expresar libremente su opinión. Esta posición puede expresarse con el mismo enunciado mediante el cual se expresa aquella norma individual. Si es válida la *norma* individual según la cual *a* tiene frente a *b* un derecho a *G*, entonces *a* se encuentra en una posición jurídica que está caracterizada por tener frente a *b* un derecho a *G*; y si una *posición* jurídica de *a* consiste en que *a* tiene frente a *b* un derecho a *G*, entonces es válida la norma individual de que *a* tiene frente a *b* un derecho a *G*. Podría preguntarse qué sentido tiene, en estas circunstancias, hablar de posiciones, parece superfluo.

La respuesta es que ello es necesario desde una determinada perspectiva, es decir, desde aquella que se interesa por las *propiedades normativas* de las personas y las acciones y por las *relaciones normativas* entre personas, al igual que entre personas y acciones. En general, las normas pueden ser consideradas como cualificaciones de personas o acciones...Si sólo existieran posiciones [sobre propiedades], naturalmente no valdría la pena hablar de posiciones. Lo interesante es cuando no se trata de propiedades sino de relaciones que pueden ser expresadas por

¹⁶¹ *Idem*, pp. 152-153

predicados diádicos tales como <<...tiene un derecho a G frente a...>> o por predicados tríadicos como <<...tiene frente a...un derecho a...>>...

[Así] Si se entiende a los derechos subjetivos como posiciones y relaciones jurídicas en el sentido presentado más arriba, es posible distinguir entre (a) razones para los derechos subjetivos, (b) derechos subjetivos como posiciones y relaciones jurídicas y (c) la posibilidad jurídica de hacer efectivos los derechos subjetivos.”¹⁶²,
¹⁶³

Ahora bien, debemos bordar un poco más respecto de la posición fáctica, la cual eminentemente juega en el plano empírico, real y concreto. En relación con la dimensión empírica de los derechos subjetivos, Alexy señala:

“2. Los derechos subjetivos y los problemas empíricos.

El concepto de problema empírico abarca cosas muy diferentes. Esto también se predica de los problemas empíricos que se refieren al derecho subjetivo. Así, pueden distinguirse, por ejemplo, enunciados acerca del surgimiento de derechos subjetivos, sobre la historia del concepto de derecho subjetivo y sobre la función social de los derechos subjetivos, por ejemplo, sobre su <<función específica para la organización y legitimación de las relaciones de dominación>>.

Después de lo que ya se ha señalado sobre la tridimensionalidad de la ciencia del derecho [tres dimensiones de la dogmática jurídica: la analítica, la empírica y la normativa], no es necesario decir muchas palabras acerca del significado que los problemas empíricos tienen para la teoría jurídica de los derechos subjetivos. Este significado es especialmente notorio en el marco de los argumentos históricos y teleológicos. Así, los hechos de que un determinado derecho subjetivo *D* se ha creado en el tiempo *T*₁ a fin de evitar la situación *S* valorada negativamente y que *D* ha evitado con éxito esta situación, bajo los presupuestos de que *D* también

¹⁶² *Idem*, pp. 155-156.

¹⁶³ Respecto de estos tres ámbitos derivan tres clases de enunciados, (a) “*enunciados concretos acerca de las razones*, tales como: “(1) *G* es <<una necesidad que está inevitablemente impuesta por la naturaleza animal del hombre>>, que puede utilizarse como argumento a favor de la tesis de que *a* tiene un derecho a *G*. Un *enunciado sobre la protección* es: (2) *a* puede hacer valer su derecho frente a *G*, en caso de vulneración, por medio de la demanda. Ni los enunciados acerca de las razones (1) ni los enunciados sobre la protección (2) son sin más equivalentes en su significado a *enunciados sobre los derechos* tales como: (3) *a* tiene derecho a *G*...”, *Idem*, p. 158

en el momento actual T_2 es idóneo para evitar S y que S sigue siendo valorada negativamente, son un argumento fuerte para la conservación de D . Así, además, el hecho de que un determinado derecho subjetivo D en la interpretación I conduce a la consecuencia fáctica C o tiene la función social F , bajo el presupuesto de que C o F deben valorarse positivamente, es un argumento fuerte para interpretar D en el sentido de I . Podría continuarse la serie de estos ejemplos. Sin embargo, en ellos se verá siempre que si se parte sólo de *enunciados empíricos sobre la historia, a partir de las consecuencias sociales o de las funciones de los derechos subjetivos*, todavía no deriva nada en relación con los problemas dogmático-jurídicos. Para ello, tales enunciados tienen que estar vinculados con enunciados normativos.”¹⁶⁴

Precisamente el plano empírico, de carácter macro, requiere su adecuado conocimiento para evaluar la posición fáctica, Pf , en perspectiva empírica/sociológica: si la S (situación $\equiv$ posición fáctica), al empatar con la posición jurídica del derecho humano de que se trate, es valorada negativamente, con base en un conocimiento razonable de la situación empírica, entonces conlleva una lesión del derecho humano, D , es decir, éste no está siendo eficaz¹⁶⁵, efectivo¹⁶⁶ y eficiente¹⁶⁷, por lo que, para evitar S , siempre y cuando Pf actualice la posición jurídica que subyace a D , explícita o implícitamente, se necesita conocer qué provoca S .

Además, los problemas empíricos proyectan la afirmación de que el Derecho es práctica social¹⁶⁸, es decir, el Derecho tiene un anclaje real y

¹⁶⁴ *Idem.*, p. 154-155 (la letra diferenciada es nuestra).

¹⁶⁵ Eficaz: que tiene eficacia; eficacia: capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera, Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 23ª ed.; www.rae.es, voces: eficaz y eficacia.

¹⁶⁶ Efectivo: real y verdadero, en oposición a quimérico, dudoso, Real Academia Española, *Diccionario...Op. Cit.*, voz: efectivo.

¹⁶⁷ Eficiente: capacidad de disponer de alguien o algo para conseguir un efecto determinado, Real Academia Española, *Diccionario...Op. Cit.*, voz: eficiente.

¹⁶⁸ Atienza, Manuel, *Filosofía del Derecho y Transformación Social*, Trotta, Madrid, España, 2017. En el apartado I, Una idea del Derecho, Atienza analiza la concepción del Derecho normativista y muestra que no basta concebir el Derecho como un conjunto de normas, sino que también implica una práctica

concreto que es puesto bajo valores para realizarlo. En un nivel micro, la posición fáctica, si bien trata enunciados fácticos sobre la situación real y concreta de una persona en relación con los derechos sociales (es decir, los objetos de las prestaciones a algo), muestra la realidad a la que se busca impactar vinculándola con un deber ser valioso: las cosas, vistas conforme a ciertos fines valiosos, son evaluables para constatar si tienden a cumplir esos fines valiosos y de no ser así, entonces no deberían ser como son sino como deberían ser. Se busca un ajuste del mundo real al mundo normativo/valioso. Si una posición fáctica, con todas sus aristas sociológicas, es como es y no realiza los fines valiosos/normativos entonces se necesita modificarla para que sea acorde con los fines sociales valiosos.

Así, una posición fáctica actualiza una posición jurídica para que, a partir de esta última, se determinen las prestaciones a algo que modifiquen la posición fáctica originaria y se genere una posición fáctica conforme con

social: “La diferencia...entre el Derecho como sistema de normas o como actividad, no es solo una diferencia de perspectiva, sino una diferencia ontológica. O, si se quiere, es un cambio de perspectiva que supone también un cambio en cuanto al tipo de realidad en qué consistiría el Derecho. Y, para despejar equívocos desde el comienzo, conviene dejar claro que la consideración del Derecho como actividad o práctica social, no supone desconocer que el Derecho es también un sistema de normas; mejor, que las normas forman parte de esa práctica. En lo que se pretende poner el acento es en la insuficiencia de una concepción meramente normativista del Derecho; lo que se niega es que a partir del entendimiento del Derecho como un sistema de normas pueda darse cuenta adecuadamente de toda la realidad jurídica, pueda comprenderse cabalmente en qué consiste el Derecho”, p. 17; y, al respecto, como corolario, señala: “...el Derecho no tiene solo una dimensión organizativa y autoritativa, sino también una finalista y valorativa. Esta segunda, además, tiene que gozar de cierta prioridad frente a la primera, pues en otro caso se caería simplemente en el ritualismo, en conceder a los medios un papel preponderante frente a los fines. Es la razón por la que Alexy, al hablar de la <<doble naturaleza del Derecho>>, pone, sin embargo, en primer lugar, la pretensión de corrección. O la que explica el cambio que se ha producido desde finales de los años setenta del siglo pasado...y que se refiere a la manera de entender los derechos humanos; curiosamente, ese cambio ha sido aceptado también por algunos autores iuspositivistas (como Laporta, Hierro o Celano) y consiste en dar prioridad a los valores sobre las normas: los derechos humanos pasan a verse, en consecuencia, como valores o bienes para cuya protección es necesario articular una red normativa; lo que podría expresarse también diciendo que los derechos humanos son fines que requieren de una cierta organización externa: de normas y sanciones.”, p. 45

los fines valiosos que persigue el derecho. La posición fáctica tiene su historia, es decir, su origen y antecedentes, tiene una causalidad y presenta determinadas consecuencias sociales, por lo que el conocimiento de la posición fáctica juega un rol primordial en la exigencia de la adecuada modificación de la posición fáctica contraria al Derecho.

De ello deriva la necesidad, entre otras, de ampliar la noción de posición fáctica e incluir en ella estados de cosas fácticos complejos. Hay situaciones fácticas altamente complejas en las que las personas están vinculadas o inmersas con estados de cosas y su posición fáctica muestra su situación o que están situadas en determinado estado de cosas y, por ende, las posiciones jurídicas requieren, en mayor grado, de actividades de calificación de los hechos que constituyen la posición fáctica¹⁶⁹, pues, por

¹⁶⁹ En la teoría de la argumentación, la calificación de hechos para constatar si se adecuan a cierta descripción normativa se identifica como problema de calificación. Véase: Atienza, Manuel, *Curso de Argumentación Jurídica, Op. Cit.*, pp. 432, 434-435. Atienza refiere: “MacCormick elaboró, a finales de los años setenta del siglo pasado (MacCormick 1978), una tipología de casos difíciles que ha sido muy influyente, y que podríamos tomar como un buen punto de partida. Arranca de la idea usual de que el esquema básico de la justificación judicial (la justificación interna o de primer nivel) tiene una forma silogística (de un *modus ponens*) con dos premisas: una normativa y una fáctica. Pues bien, los problemas pueden surgir en relación con cada una de ellas. A propósito de la premisa normativa, podrían plantearse dos tipos de dificultades: 1) problemas de interpretación, en los que hay acuerdo sobre cuál es la norma —o la disposición— aplicable, pero se discrepa en relación a cómo debe ser entendida; 2) problemas de relevancia, cuando existe una duda en relación con si la hay o con cuál es la norma aplicable. Y a propósito de la premisa fáctica, otras dos dificultades: 3) problemas de prueba, cuando existen dudas sobre si un determinado hecho ha tenido lugar; y 4) *problemas de calificación o de «hechos secundarios», en los que la duda surge sobre si un determinado hecho, que no se discute, cae o no bajo el campo de aplicación de un determinado concepto contenido en el supuesto de hecho o en la consecuencia jurídica de una norma.*”, p. 432, (las cursivas del punto 4 son nuestras); Atienza, más adelante señala: “...en los problemas de calificación se trata de argumentar a partir de definiciones; en los de interpretación, los argumentos van dirigidos a la definición misma; o sea, en un caso, las definiciones operan como premisas, en el otro, como conclusión. Obviamente, las cuestiones de calificación plantean dificultades muy distintas, en función del tipo de palabra o de expresión utilizada. Las palabras (o los conceptos) densamente valorativos (como «razonable», «equitativo», «dignidad», etc.) son particularmente complejas; y en relación con ellas no podría utilizarse el criterio de distinción antes sugerido: los problemas de calificación, en esos casos, son también, necesariamente, de interpretación.”, p. 435.

regla general, los estados de cosas son multifactoriales. El ejemplo, avasallador, es el estado de cosas que llamamos pobreza¹⁷⁰. Ésta es

¹⁷⁰ Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (CONEVAL), *Metodología para la medición multidimensional de la pobreza en México*, 3ª ed., México, junio 2019. En este importante documento se señala: “La pobreza, en su acepción más amplia, está asociada a condiciones de vida que vulneran la dignidad de las personas, limitan sus derechos y libertades fundamentales, impiden la satisfacción de sus necesidades básicas e imposibilitan su plena integración social. Aun cuando existe una gran variedad de aproximaciones teóricas para identificar qué hace pobre a un individuo, hay un consenso cada vez más amplio sobre la naturaleza multidimensional de este concepto, el cual reconoce que los elementos que toda persona necesita para decidir de manera libre, informada y con igualdad de oportunidades sobre sus opciones vitales, no pueden ser reducidos a una sola de las características o dimensiones de su existencia (Alkire y Foster, 2007; CDESC, 2001; Kakwani y Silber, 2008), p. 22. En otro documento de CONEVAL y la UNAM, Instituto de Investigaciones Sociales, (Coordinadores: Gonzalo Hernández Licona, Ricardo Aparicio Jiménez y Fiorella Mancini), *Pobreza y derechos sociales en México*, 2018, en la presentación, se señala: “En los últimos años, el concepto de pobreza ha cambiado y evolucionado, partiendo del reconocimiento de que el ingreso de un individuo no siempre provee información suficiente para entender las carencias que vive y que se trata de un fenómeno multidimensional que requiere de un abordaje integral. Al mismo tiempo, la noción de pobreza también ha propiciado un diálogo conceptual más cercano entre los derechos humanos, en general, y los derechos sociales, en particular. Desde un nuevo enfoque analítico (y quizás epistemológico), la idea de la pobreza como un fenómeno multidimensional que supone una violación de los derechos humanos pugna, en definitiva, por favorecer análisis y diagnósticos que admitan un diseño y una ejecución de políticas públicas que logren transformar carencias específicas en ejercicio pleno de derechos para todos los individuos.

En un contexto histórico y social en donde la desigualdad y la persistencia de brechas sociales obstaculizan el cumplimiento de los derechos humanos, los análisis de la pobreza con una perspectiva multidimensional se han desarrollado en diversos países con la finalidad de relacionar las carencias sociales de la población con el (in)cumplimiento específico de determinados derechos sociales y económicos. México es, en efecto, el primer país en adoptar de manera oficial una metodología de medición multidimensional de la pobreza, desde el 2009. A partir de los lineamientos de la Ley General de Desarrollo Social, promulgada en 2004, se establecieron ocho grandes dimensiones para los estudios sobre la pobreza en nuestro país: i) ingreso corriente per cápita, ii) rezago educativo promedio en el hogar, iii) acceso a los servicios de salud, iv) acceso a la seguridad social, v) calidad y espacios de la vivienda, vi) acceso a los servicios básicos en la vivienda, vii) acceso a la alimentación, y viii) grado de cohesión social. En conjunto, estos indicadores han permitido identificar tres aspectos analíticos relevantes para el estudio de la pobreza: el primero se asocia al bienestar, en función de los satisfactores que pueden ser adquiridos mediante los recursos monetarios de la población; el segundo a los derechos fundamentales de las personas en materia de desarrollo social, y el tercero a los aspectos relacionales y comunitarios que se expresan territorialmente. Con estos criterios metodológicos, y según las últimas estimaciones disponibles para 2014, en México, 46.2% de la población vive en pobreza (55.3 millones de personas), 9.5% en pobreza extrema (11.4 millones de personas) y 36.6% en pobreza moderada (43.9 millones de personas). Entre la población en situación de pobreza, a su vez, el promedio de carencias sociales es de 2.3 y las personas vulnerables por carencias sociales son 31.5 millones (26.3%) con un promedio de 1.8 carencias. Esta última medición

multidimensional y genera diversas posiciones jurídicas de diversos derechos fundamentales, los cuales generan una dimensión multiposicional fáctica.

El análisis de Alexy está básicamente ceñido a identificar las diversas posiciones jurídicas dentro de un derecho fundamental o respecto de varios derechos fundamentales, es decir, determinar, a partir de la posición fáctica concreta, cuáles son las posiciones jurídicas y, así, fijar cuáles derechos a algo están involucrados en una determinada situación: la pregunta pertinente es ¿cuáles derechos a algo, es decir, cuáles derechos a prestaciones tiene adscritas una persona, considerando su posición fáctica o el estado de cosas en el que tiene lugar su posición fáctica?

Así, considerando la posición fáctica, si hay posiciones jurídicas de derechos a algo, ¿se trata de derechos a acciones negativas, es decir, derechos de defensa (al no impedimento de acciones, a la no afectación de propiedades o a la no eliminación de posiciones jurídicas) o se trata de derechos a algo en su vertiente de derechos a acciones positivas?, y dentro de los derechos a acciones positivas, preguntar si hay derechos a acciones positivas fácticas o normativas, y de éstas interrogar si hay posiciones

confirma, además, que casi 87 millones de personas son privadas de al menos un derecho social, especialmente en términos de seguridad social (70.1 millones) y acceso a la alimentación (28 millones). En cuanto a la pobreza por ingresos, para 2014, en México, la población con un ingreso inferior a la línea de bienestar asciende a 63.8 millones de personas (53.2%). A partir de estos datos, y dada la magnitud de la pobreza y las privaciones sociales en nuestro país, el objetivo general de la presente investigación es realizar una revisión exhaustiva del vínculo entre la pobreza y los derechos sociales, para dar continuidad a la inclusión del enfoque de derechos en el análisis de las estadísticas sociales y la pobreza. A partir de este propósito, se busca analizar cuáles son los principales desafíos, las limitaciones y las oportunidades que es necesario considerar para medir la pobreza con una perspectiva de derechos humanos, o, dicho de otra manera, qué tipo de adecuaciones se tendrían que hacer a los indicadores actuales para mejorar la medición multidimensional de la pobreza en México. De manera global, las reflexiones y los estudios presentados en cada uno de estos capítulos intentan dar cuenta de una especie de diagnóstico de lo realizado hasta el momento en materia de medición de la pobreza desde el enfoque de derechos, y en la misma medida establecer criterios concretos para la planeación futura en esta materia.”, pp. 11-12

jurídicas a prestaciones en sentido amplio, es decir, derechos a protección (frente al Estado de intervenciones de terceros) o derechos a organización y procedimientos (pudiendo presentarse posiciones inherentes a competencias de derecho privado, procedimientos judiciales y administrativos, incluso legislativos, a organización en sentido estricto o posiciones relativas a la formación de la voluntad estatal), o posiciones jurídicas correlativas de prestaciones en sentido estricto, es decir, derechos sociales, y además evaluar si la posición jurídica está relacionada con alguna libertad jurídica protegida o no protegida o se trata de una posición jurídica relacionada con competencias de autoridades.

Si dejamos de referirnos solamente a las posiciones jurídicas posibles dentro de un derecho fundamental y ampliamos el campo posicional/jurídico a la confluencia de dos o más derechos fundamentales, la complejidad es mayormente intensa como lo muestra, por ejemplo, el estado de cosas que llamamos pobreza.

Parecería una obviedad el señalamiento de que la posición fáctica determina o condiciona la posición jurídica, pero no lo es si tratamos la libertad fáctica como principio que detona también la promoción, respeto, protección y garantía de los derechos sociales, generando posiciones fácticas o estados de cosas respecto de las cuales las personas, sea individualmente o en situación social, muestran situaciones altamente complejas que presentan problemas de calificación de hechos, es decir, de posiciones fácticas respecto de la "actualización" de la posición jurídica prevista o implicada en la norma fundamental.

Bajo estas consideraciones, los derechos sociales incluyen en su connotación la libertad fáctica como precondition para la realización de

la libertad jurídica y el ejercicio de competencias: señala Alexy, “la libertad jurídica para hacer u omitir algo, sin la libertad fáctica (real), es decir, sin la posibilidad fáctica de elegir entre lo permitido, carece de todo valor”¹⁷¹.

La libertad fáctica, de acuerdo con Alexy, consiste en que un individuo “a es, con respecto a una alternativa de acción jurídicamente libre, fácticamente libre en la medida en que tiene la posibilidad real de hacer o no hacer lo permitido”¹⁷².

¹⁷¹ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos... Op. Cit.*, p. 447. Esta aseveración no es novedosa, pues décadas antes ya se había desarrollado en Alemania desde finales de los años 60's y, plenamente en los años 70's (época del auge del Estado de Bienestar), por varios tratadistas. Así, por ejemplo, Peter Häberle en 1971 señalaba: “El ‘efecto palanca’ (*Hebelwirkung*) del principio de igualdad material en favor de la libertad social requiere de una precisión: la triada de la dignidad del ser humano, el Estado social y la democracia igualitaria exige que se consiga, en el contexto social más general, un óptimo de libertad real (*Hesse*) de todos. Esto significa: el Estado prestacional debe crear requisitos y condiciones para que *todos* en los hechos puedan ejercer por igual la libertad. La libertad sin las condiciones reales para poder hacer uso de ella, carece de valor...”, Häberle, Peter, *Los derechos fundamentales en el Estado prestacional*, Palestra Editores, Lima, Perú, 2019, pp. 97-98. [El original corresponde a la ponencia completa que Häberle presentó en el Simposio de la Asociación de Profesores Alemanes de Derecho del Estado, realizado en *Regensburg*, del 29 de septiembre al 2 de octubre de 1971, publicada en 1972, de acuerdo con información contenida en la presentación de la obra a cargo del Prof. Dr. Iur. Jorge León Vásquez, p. 11].

¹⁷² Alexy, Robert, *Teoría de los derechos... Op. Cit.*, p. 193. Esta aseveración está ubicada en el capítulo cuarto, Los derechos fundamentales como derechos subjetivos, apartado II, Un sistema de posiciones jurídicas fundamentales, punto 2, Libertades, desagregado 2.2. Libertades jurídicas; más adelante, en el Capítulo noveno, Derechos a acciones positivas del Estado (Prestaciones en sentido amplio) apartado IV, Derechos a prestaciones en sentido estricto (derechos sociales fundamentales), punto 2, Acerca de los argumentos a favor y en contra de los derechos sociales fundamentales, Alexy señala: “Esta tesis [libertad fáctica como precondition para la realización de la libertad jurídica] está formulada de una manera muy general. En todo caso, ella es correcta, si se interpreta en el sentido de que la libertad jurídica de *a* para llevar a cabo o no la acción *h* carece de todo valor, en el sentido de que es inútil, si, por razones fácticas, *a* no tiene la posibilidad de elegir entre la ejecución o la no ejecución de *h*. De esto se trata cuando Lorenz von Stein dice: <<La libertad sólo es real cuando se tienen las condiciones de la misma, los bienes materiales y espirituales, en cuanto presupuestos de la autodeterminación>> o cuando el Tribunal Constitucional Federal expresa que: <<el derecho de libertad no tendría valor alguno sin los presupuestos fácticos para poder ejercerlo>>”, p. 447. La segunda tesis a favor de los derechos sociales consiste en considerar que en “la sociedad industrial moderna, la libertad fáctica de un gran número de titulares de derechos fundamentales no encuentra su sustrato material en un <<ámbito vital dominado por ellos>> [Forsthoff], sino que depende esencialmente de actividades estatales.”, *Idem*, p. 447.

6. Derechos sociales como un haz de posiciones jurídicas

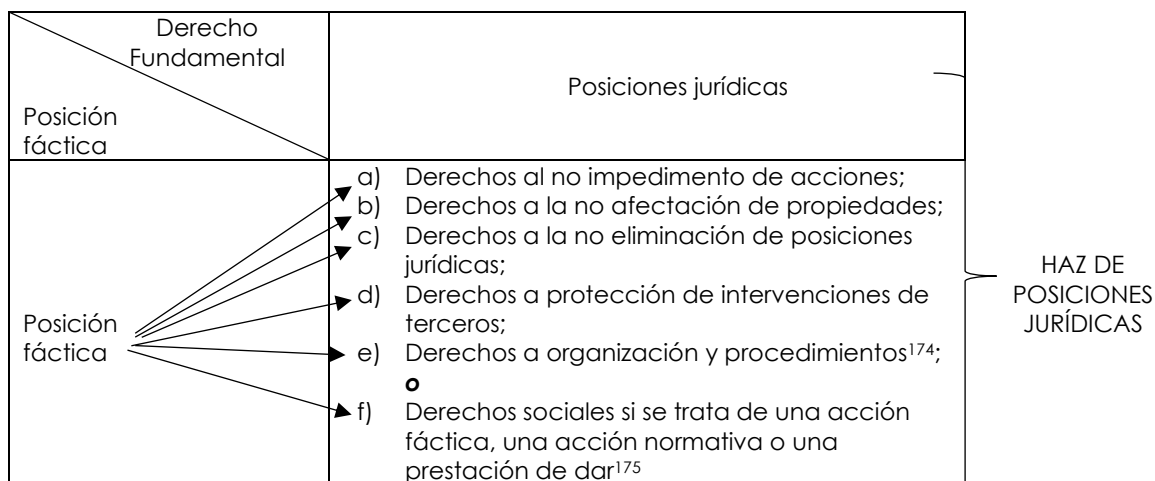
Ahora bien, hemos señalado que la posición fáctica determina o condiciona la operatividad de la posición jurídica, y si esto es así, entonces podemos ver de otra forma el modelo de Alexy, sin dejar de considerar las implicaciones de la perspectiva del derecho fundamental visto como un todo.

A partir de la posición fáctica, preguntemos: ¿cuáles derechos a algo se requiere satisfacer para que la persona goce de sus derechos humanos o, en su caso, identificar en qué ha consistido la vulneración de su derecho fundamental? La respuesta pasa por identificar la posición jurídica que se actualiza y que está implícita en el derecho fundamental de que se trate. Dependiendo de la posición fáctica –concreta y real- se determina cuál posición jurídica se actualiza, misma que implica la exigencia a algo -determinada prestación-, y ésta está vinculada con una posición jurídica o con varias posiciones jurídicas dado el carácter multifactorial de la(s) posición(es) fáctica(s). Así, puede ser que, tratándose de derechos a algo, una posición fáctica sea correlativa de una posición jurídica, o de varias posiciones jurídicas.

En materia de derechos sociales, y dada la interdependencia que presentan los derechos humanos, no se debe perder de vista que respecto de la situación fáctica es muy común tengan convergencia diversos derechos de manera que se combinan en las exigencias para su respeto, por ejemplo, la pretensión que se hace valer ante una autoridad judicial para subsanar la violación o vulneración de un derecho social normalmente

involucra el trastocamiento de algún derecho individual y que a través de éste se analice el derecho social también conculcado¹⁷³.

Esquema 11. Posición fáctica y haz de posiciones jurídicas



¹⁷³ Esta circunstancia es lo que Abramovich y Courtis denominan exigibilidad indirecta de los derechos sociales. Señalan: “Cuando debido a algunos obstáculos...resulte imposible la tutela judicial directa de un derechos social, existen sin embargo estrategias para protegerlo indirectamente, forzando su consideración en juicio a través de varias vías...Se trata de aprovechar las posibilidades de justiciabilidad y los mecanismos de tutela que brindan otros derechos, de modo de permitir, por esa vía, el amparo del derecho social en cuestión...muchas de estas estrategias resultan ejemplificadas por casos de derechos internacional de los derechos humanos -en especial de sistemas que cuentan con mecanismos contenciosos de protección, como el europeo-, ello no es casual, ya que, dadas las escasas posibilidades de justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales por no haberse previsto mecanismos de petición individual en los respectivos tratados, los casos de tutela de aquellos derechos ante tribunales internacionales provienen con frecuencia de la invocación de la violación de derechos civiles y políticos. Similar argumento vale también para el caso de constituciones de cuño liberal, como la estadounidense, o de constituciones sociales que excluyen o condicional la tutela judicial de derechos sociales. En otros supuestos, se aprovechan los mecanismos de tutela ás extensa o las ventajas procesales que brinda otro derecho.”, Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Op. Cit., p. 168.

¹⁷⁴ Este derecho se subdivide en cuatro: (a) competencias de derecho privado; (b) procedimientos judiciales y administrativos; (c) organización en sentido estricto; y (d) formación de la voluntad estatal, por lo que estrictamente nuestros derechos a algo son 9, lo que incrementa el número de variables a 512, por lo que solamente consideramos 6 variables o elementos.

¹⁷⁵ Como se puede observar, los derechos sociales dan lugar a tres variantes prestacionales, por lo que, si consideramos lo señalado en la nota anterior y agregamos a las nueve variables las tres de los derechos sociales, tenemos un total de 12 variables o derechos a algo. Si aplicamos la fórmula de combinatorias tenemos un número total de 4096 combinaciones posibles. La combinatoria 4096

Así, si combinamos los derechos a algo, incluyendo los derechos sociales como posiciones jurídicas a algo frente al Estado que consiste en una acción fáctica, una acción normativa o en un dar (modalidad de acción positiva fáctica), tenemos 63 posibilidades combinatorias¹⁷⁶.

Para ejemplificar mostraremos, hipotéticamente, diversos haces o conjuntos de posiciones, tratando de destacar la concurrencia¹⁷⁷ de varias posiciones jurídicas respecto de una posición fáctica:

implicaría un haz de posiciones que exigiría como prestaciones a algo todas las clases o tipos de derechos a algo (lo cual es hipotéticamente posible)

¹⁷⁶ De acuerdo con la fórmula de combinatorias, $X=2^n-1$, n son las variables y que en este caso son seis. Por tanto, obtenemos 63 combinatorias (el menos 1 implica no considerar el conjunto vacío).

¹⁷⁷ Muy parecido a estos planteamientos está el tema de la concurrencia de los derechos fundamentales. Joaquín Brage Camazano, en su tesis doctoral, al analizar las limitaciones a los derechos fundamentales en el derecho constitucional alemán, considera la concurrencia de derechos fundamentales como un caso especial de límites a los derechos fundamentales. Así, señala: “Existe concurrencia de derechos fundamentales cuando un mismo titular de tales derechos lleva a cabo una conducta que es encuadrable, al mismo tiempo, en los “tipos” de dos o más derechos fundamentales. El problema de la concurrencia es el de cual de varios derechos fundamentales a primera vista aplicables a una conducta de un mismo sujeto es el que resulta finalmente de aplicación...conforme a categorías conocidas en el ámbito del Derecho Penal, pueden distinguirse dos supuestos de concurrencia de derechos fundamentales: 1) Concurrencia de leyes o pseudoconcurrencia: La conducta encaja en el tipo de dos derechos fundamentales entre los que existe una relación de especialidad o subsidiariedad; los dos tipos (o supuestos de hecho) iusfundamentales representan una suerte de círculos concéntricos, incluyendo el círculo mayor (el derecho general) al otro más pequeño (el derecho especial); el derecho fundamental especial tiene todos los rasgos típicos del derecho general pero también alguno más, de él específico. En este supuesto, la conducta se protege sólo según el derecho especial, según se deduce de la primacía que a lo especial corresponde sobre lo general. Dado que una de las garantías excluye la aplicación de la otra, se habla de concurrencia de leyes o concurrencia falsa o pseudoconcurrencia de derechos fundamentales (*Gesetzeskonkurrenz oder unechte Konkurrenz*), a interpretar restrictivamente...2) Concurrencia ideal; La conducta encaja en el tipo de dos derechos fundamentales entre los cuales no existe ninguna relación de especialidad (*Idealkonkurrenz*). La protección de la conducta se determina según ambos derechos fundamentales (doble protección o acumulación de protección: *der doppelte Schutz oder die Schutzkumulation*) y si el efecto protector de ambos derechos fundamentales es diferente, ello significa, según amplia doctrina, que una intervención sólo podrá resultar justificada si también lo es con arreglo al derecho fundamental con la mayor protección. El problema que plantea esta concurrencia de derechos fundamentales es sobre todo un problema de límites al derecho y por ello es una problemática que sólo surge en caso de divergencia limitadora de los derechos aplicables (*Schrankendivergenz*) Debe indicarse, sin embargo, que según algunos autores, como Bleckmann, en realidad, en estos casos no

Esquema 12. Ejemplo (1) de haz de posiciones fácticas y posiciones jurídicas

Posición	Derechos a algo					
	Derechos de defensa (acciones negativas)			Derechos a acciones positivas Fácticas o normativas		
	a	b	c	d	e	f
Haz	Derechos al no impedimento de acciones	Derechos a la no afectación de propiedades	Derechos a la no eliminación de posiciones jurídicas	Derechos a protección de intervenciones de terceros	Derechos a organización y procedimientos	Derechos sociales si se trata de una acción fáctica, una acción normativa o una prestación de dar
Conjunto de posiciones	✓		✓		✓	✓
ESTADO DE COSAS/POSICIONES FÁCTICAS: En el Distrito Federal está autorizada la interrupción del embarazo dentro de las 12 semanas de gestación, lo que significa que a una persona -una mujer embarazada- no se le puede impedir interrumpir su embarazo dentro de las doce primeras semanas de gestación, pero además, como titular del derecho a la salud, presenta un embarazo de alto riesgo, por lo que, con base en el ejercicio de su derecho de autonomía a decidir libremente sobre su cuerpo, es su voluntad interrumpir su embarazo, pero en tanto le lleva a cabo la interrupción se le deben proporcionar medicamentos especiales, incluso después de que se interrumpa el embarazo; además, el centro de salud que le queda más cerca no brinda el servicio de interrupción del embarazo ni proporciona los medicamentos especiales. Poco antes de llevar a cabo la interrupción del embarazo, el legislador local deroga los dispositivos del Código Penal por los que se autorizaba la interrupción del embarazo. La posición fáctica de esta mujer actualiza las posiciones normativas indicadas, por lo que su haz de derechos fundamentales está integrado por los derechos a algo (a), (e) y (f). También podría considerarse la posición (c) porque cuando ocurre la derogación de la norma que permite interrumpir el embarazo dentro de las 12 primeras semanas de gestación, la persona tenía el derecho a interrumpirlo, es decir, tenía una posición jurídica al respecto, pero con la derogación normativa se elimina esa posición.						

puede aplicarse ni la regla de que la conducta esté protegida por el derecho fundamental que otorgue la protección más amplia (o que restrinja más las intervenciones) ni ninguna otra regla general, sino que se trata de una cuestión de interpretación de los ámbitos normativos y los límites de cada derecho en cada caso. Y ello porque los límites de los derechos no es que sean mayores o menores, sino que son totalmente diferentes y basta para constatarlo con comparar los límites contemplados en los artículos 5.2, 8.2, 9.2 y 11.2 LF. Bleckmann propone distinguir entre una concurrencia abstracta y una concreta. Dado que no hay reglas generales ni formales para la solución de la concurrencia, la investigación sobre diferentes grupos de casos ha de llevar al menos a ciertos resultados globales. Y en el marco de la concurrencia concreta debe llegarse a una acumulación valorativa, de manera que si es realizado el tipo de varios derechos fundamentales al mismo tiempo por una determinada conducta, la misma debe tener un "mayor valor" que el que correspondería a cada libertad o derecho fundamental aisladamente", Brage Camazano, Joaquín, *Los límites a los derechos... Op. Cit.*, pp. 368-370

Esquema 13. Ejemplo (2) de haz de posiciones fácticas y posiciones jurídicas

Derechos a algo						
Posición	Derechos de defensa (acciones negativas)			Derechos a acciones positivas Fácticas o normativas		
	a	b	c	d	e	f
	Derechos al no impedimento de acciones	Derechos a la no afectación de propiedades	Derechos a la no eliminación de posiciones jurídicas	Derechos a protección de intervenciones de terceros	Derechos a organización y procedimientos	Derechos sociales si se trata de una acción fáctica, una acción normativa o una prestación de dar
Haz						
Conjunto de posiciones	✓				✓	✓
ESTADO DE COSAS/POSICIONES FÁCTICAS: (planteamiento basado en el Amparo en Revisión 57/2019) Un menor padece cierta enfermedad y requiere determinados medicamentos, pero éstos no se pueden obtener porque no hay normatividad al respecto. No obstante, la imposibilidad de no poder adquirir el medicamento, la madre del menor adquirió, por medio de internet, semillas de cannabis y comenzó a preparar su propia mezcla. Además, requiere de atención regular hospitalaria, la cual le es brindada por un hospital del Instituto Mexicano del Seguro Social. La posición fáctica es correlativa de las posiciones jurídicas siguientes: (f) porque hay una omisión reglamentaria, es decir, la autoridad administrativa (secretaría de Salud) no ha expedido la normatividad ordenada legalmente y, además, una prestación en especie (obligación de dar) consistente en proporcionar el medicamento respectivo; (a) de alguna manera, el Estado no debe impedir la acción de la madre de obtener las semillas de cannabis, pues se trata de una acción no antijurídica dado el fin que persigue; (e) porque existe la obligación de beneficiarse de la estructura organizacional del sector público de salud [sentencia, parágrafo 471], y, además, ajustarse a procedimientos para la atención médica necesaria e integral que el menor requiere [en la sentencia se incluyen parámetros de actuación del personal médico]						

7. Derechos sociales e intencionalidad colectiva

Una noción de los derechos sociales que contemple los elementos intensionales mencionados apunta, entonces, a considerarlos como derechos subjetivos de la persona en situación o posicionamiento social, bajo parámetros de *intencionalidad colectiva*, que constituyen un conjunto o haz de posiciones complejo y que tienen como objeto prestaciones

estatales, sea bajo acciones positivas o acciones negativas, relacionadas con elementos primordialmente materiales de existencia básicos de la persona humana como la salud, la seguridad social, el trabajo, la cultura, la vivienda, la alimentación, el medio ambiente¹⁷⁸, el agua, la educación, la familia, la niñez, entre otros, y que configuran las precondiciones para que una persona tenga la *posibilidad real* de hacer o no hacer lo permitido, y estar en aptitud de ejercer adecuadamente libertades jurídicas y ejercer competencias privadas (libertades y competencias que a su posición individual en situación social correspondan).

El señalamiento de que hay derechos fundamentales que operan en clave social, nos lleva a resaltar que el individuo está indefectiblemente en posición o situación social y, por ello, la referencia a la operatividad en clave social nos parece está vinculada con lo que Searle llama la intencionalidad colectiva. Por ello, es plausible vincular el concepto de individuo en situación o posición social en el ordenamiento jurídico con el concepto de intencionalidad colectiva de John Searle.

¹⁷⁸ Hoy por hoy se presenta, de manera intensa, inusitada e inédita, una correlación entre derecho al medio ambiente sano y la problemática del cambio climático. Véase la Opinión Consultiva OC-23/17 del 15 de noviembre de 2017, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre Medio Ambiente y Derechos Humanos, en la que se hace expresa referencia al cambio climático y su relación con el medio ambiente. En esta opinión se evidencia el papel del cambio climático, el derecho al medio ambiente sano y los derechos humanos (véanse los párrafos 47 y 49; en el párrafo 54 se señala: “54. De esta relación de interdependencia e indivisibilidad entre los derechos humanos, el medio ambiente y el desarrollo sostenible, surgen múltiples puntos de conexión por los cuales, como fue expresado por el Experto independiente, ‘todos los derechos humanos son vulnerables a la degradación ambiental, en el sentido de que el pleno disfrute de todos los derechos humanos depende de un medio propicio’. En este sentido, el Consejo de Derechos Humanos ha identificado amenazas ambientales que pueden afectar, de manera directa o indirecta, el goce efectivo de derechos humanos concretos, afirmando que i) el tráfico ilícito y la gestión y eliminación inadecuadas de productos y desechos tóxicos y peligrosos constituyen una amenaza grave para los derechos humanos, incluidos el derecho a la vida y a la salud; ii) el cambio climático tiene repercusiones muy diversas en el disfrute efectivo de los derechos humanos, como los derechos a la vida, la salud, la alimentación, el agua, la vivienda y la libre determinación, y iii) la degradación ambiental, la desertificación y el cambio climático mundial están exacerbando la miseria y la desesperación, con consecuencias negativas para la realización del derecho a la alimentación, en particular en los países en desarrollo.”

Searle señala:

“Muchas especies animales, la nuestra señaladamente, poseen una capacidad para la intencionalidad colectiva. Lo que quiero decir con esto es que no sólo se comprometen en una conducta cooperativa, sino que comparten también estados tales como creencias, deseos e intenciones. Además de la intencionalidad individual, hay también intencionalidad colectiva... ¿Qué relación guardan la intencionalidad individual y la colectiva, qué relación hay, por ejemplo, entre los hechos descritos por «Yo intento» y «Nosotros intentamos»? La mayor parte de los esfuerzos que conozco por responder a esta cuestión tratan de reducir la «Nosotros-intencionalidad» a la «Yo-intencionalidad» más algún añadido, normalmente creencias compartidas. La idea es que si intentamos hacer algo juntos, eso consiste en el hecho de que yo lo intento hacer en la creencia de que tú lo intentarás también; y tú lo intentas en la creencia de que yo lo intentaré. Y todos creen que el otro tiene esas creencias, y tiene esas creencias sobre esas creencias, y esas creencias sobre esas creencias sobre esas creencias, etc., en una jerarquía potencialmente infinita de creencias. «Yo creo que tú crees que yo creo que tú crees que yo creo...», y así sucesivamente.

Desde mi punto de vista, todos esos esfuerzos para reducir la intencionalidad colectiva a intencionalidad individual están condenados al fracaso. La intencionalidad colectiva es un fenómeno biológico primitivo que no puede ser reducido a, o eliminado en favor de, otra cosa. Todos los intentos que yo he visto de reducir la «Nosotros-intencionalidad» a la «Yo-intencionalidad» están plagados de contraejemplos... Hay una razón profunda que explica por qué la intencionalidad colectiva no puede ser reducida a la intencionalidad individual. El problema que hay con la fórmula de creer que tú crees que yo creo, etc., y creer que yo creo que tú crees, etc., es que no consigue una agregación suficiente para un sentido de colectividad. Ningún conjunto de «Yo-consciencias», aun suplementado con creencias, resulta, agregado, en una «Nosotros-consciencia». El elemento crucial en la intencionalidad colectiva es un sentido del hacer (desear, creer, etc.) algo juntos, y la intencionalidad individual que cada una de las personas tiene deriva de la intencionalidad colectiva que todos comparten... ¿Por qué tantos filósofos están convencidos de que la intencionalidad colectiva ha de reducirse a intencionalidad individual? ¿Por qué son tan reacios a reconocer en la intencionalidad colectiva un fenómeno primitivo? Creo que la razón radica en que aceptan un argumento que parece seductor pero que es falaz. El argumento dice que, puesto que toda intencionalidad existe en las cabezas de los seres humanos individuales, la forma de esa intencionalidad sólo puede

referirse a los individuos en cuyas cabezas existe. Parece, así, que cualquiera que reconozca el carácter primitivo de la racionalidad colectiva quede comprometido 'con la idea de que existe algo así como un espíritu hegeliano del mundo', una consciencia colectiva, o algo implausible por el estilo. Las exigencias del individualismo metodológico parecen forzarnos a reducir la intencionalidad colectiva a intencionalidad individual. En una palabra; parece que tenemos que elegir entre, de un lado, el reduccionismo, y de otro, una supermente flotante por encima de las mentes de los individuos. Lo que yo, en cambio, pretendo sostener es que el argumento contiene una falacia, y que se trata de un falso dilema. Es verdad que toda mi vida mental está dentro de mi cerebro, y que toda la vida mental de ustedes está dentro de su cerebro, y lo mismo vale para todo el mundo. Pero de aquí no se sigue que toda mi vida mental tenga que ser expresada en la forma de una frase nominal singular referida a mí. La forma que mi intencionalidad colectiva puede tomar es simplemente ésta: «nosotros intentamos», o «estamos haciendo esto y lo otro», etc. En esos casos, yo intento sólo como parte de nuestro intento. La intencionalidad que existe en cada cabeza individual tiene la forma «nosotros intentamos».¹⁷⁹

De la vinculación genérica del individuo en situación social con la acción humana bajo intencionalidad colectiva, en el sentido planteado por Searle, no se sigue que invocar justiciabilidad de un derecho social no se pueda también hacer bajo intencionalidad individual. Así, por ejemplo, una persona puede invocar su derecho a la salud en un asunto en el que nadie más ni alguna colectividad tenga interés en ello, es decir, aquella persona no actúe bajo los parámetros de la intencionalidad colectiva, incluso hay casos en los que están mezclados intencionalidad individual e intencionalidad colectiva.

En el caso conocido como pabellón para pacientes con VIH/Sida ("Construcción y Equipamiento del Servicio Clínico para Pacientes con

¹⁷⁹ Searle, John, *La Construcción de la Realidad Social*, prólogo de Antoni Doménech, Paidós, España, 1997, pp. 41-43,

VIH/Sida y Co-infección por Enfermedades de Transmisión Aérea"), Amparo en Revisión 378/2014, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación¹⁸⁰, es evidente la intencionalidad colectiva de los solicitantes de amparo ("...nosotros, pacientes del Instituto Nacional de enfermedades Respiratorias 'Ismael Cosío Villegas', pedimos..."); los solicitantes de amparo actúan para que se beneficien ellos mismos como grupo vulnerable y que en el futuro se beneficien más pacientes¹⁸¹ o personas que presentan tal padecimiento; así, los quejosos no solamente ven por ellos sino que pretenden generar las condiciones de atención de cualquier persona que tenga VIH/Sida.

8. Una visión desde las clases de prestaciones exigibles de los derechos a algo: el lenguaje de los derechos

Ahora bien, si este planteamiento va por el camino adecuado, entonces la ecuación inicia con la posición fáctica, ésta actualiza la posición jurídica, o varias de ellas, y la posición jurídica determina o conlleva el objeto de un derecho, es decir, la prestación específica, o prestaciones específicas, que

¹⁸⁰ Amparo en Revisión 378/2014 (coloquialmente conocido como "Pabellón de Sida")

¹⁸¹ Sin perjuicio de que más adelante pasamos revista a los conceptos de interés jurídico e interés legítimo, consideramos que la calidad de pacientes, bajo los parámetros normativo-legales en materia de amparo, acreditaban interés jurídico, sin embargo, la autoridad judicial tuvo acreditado su interés legítimo. En efecto, en el considerando tercero, apartado VI, punto dos, se lee: "Por otra parte, [el Juez de Distrito] desestimó la causal de improcedencia hecha valer por las autoridades responsables, prevista en el artículo 73, fracciones V y XVIII, con relación al artículo 4, ambos de la ley de la materia, ya que en términos de la reforma constitucional en materia de amparo, se desprende que ya no resulta un requisito único para promover el juicio que los quejosos cuenten con interés jurídico, pues basta con que tengan un interés legítimo. De ahí que si los quejosos acreditaron que son pacientes del instituto responsable y que reciben tratamiento médico al ser portadores del VIH, debe concluirse que cuentan interés legítimo para acudir al juicio de amparo, ya que la omisión de ejecutar el proyecto denominado "Construcción y Equipamiento del Servicio Clínico para Pacientes con VIH/Sida y Co-infección por Enfermedades de Transmisión Aérea", les afecta como parte de la población portadora de dicha enfermedad." Quedó implícito en la resolución de la Segunda Sala que el interés legítimo quedó acreditado. Como se puede observar no se dice nada de cómo se acreditó el famoso interés legítimo, pues consideramos que no basta señalar "su calidad de pacientes", pues, como se ha dicho, con base en esta calidad también hay interés jurídico siendo evidente la afectación directa, personal, real y actual.

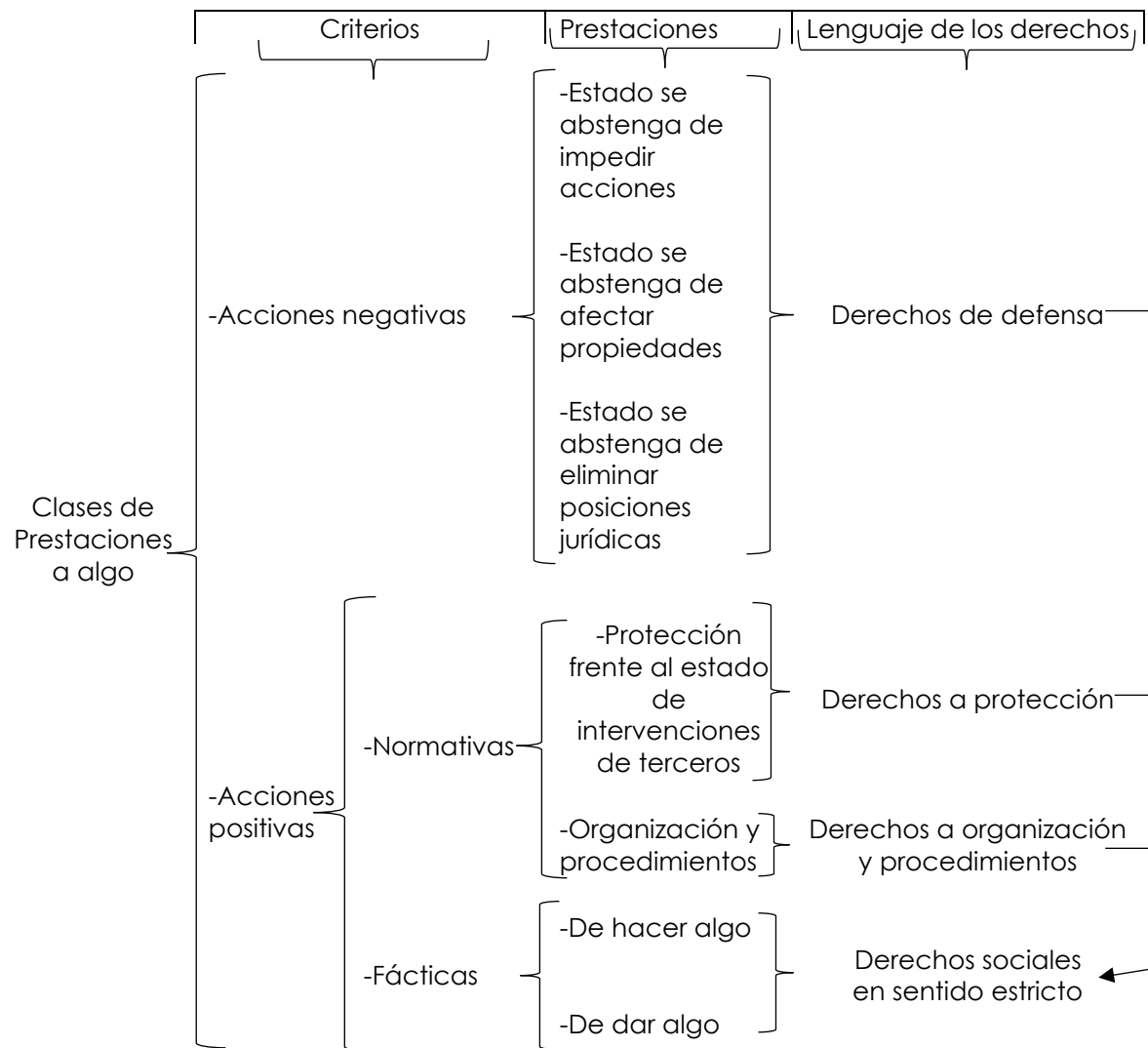
el titular puede exigir al destinatario, o sea al Estado. La exigencia a algo – prestación- se clasifica de diversas maneras tomando en cuenta el criterio de si se trata de una exigencia a una prestación consistente en una acción positiva o en una acción negativa. Las prestaciones a acciones positivas se clasifican, a su vez, conforme al criterio de si se trata de una acción fáctica, es decir, de hacer o, incluso, de dar, o una acción normativa.

Por tanto, dependiendo de la posición fáctica y a cuáles prestaciones exigibles da lugar –posición jurídica-, podemos hablar, por economía de lenguaje, de derechos de defensa, de derechos en sentido amplio cuando la prestación consiste en normatividad de protección frente al Estado de intervenciones de terceros (primordialmente mediante normatividad) o de normatividad sobre cuestiones de organización o de procedimientos, pero cuando la prestación implica una acción positiva de hacer o de dar que puede consistir en algo diferente a prestaciones de protección o de organización y procedimientos, es decir, a un hacer fáctico o a un dar algo, estamos en presencia de lo que se llama derechos sociales.

Los derechos sociales tienen como exigencia de prestación no solamente acciones positivas normativas sino acciones de hacer o dar objeto del derecho social de que se trate. Por comodidad terminológica nos referimos a derechos de defensa, derechos a protección, derechos a organización y procedimientos y derechos sociales, pero la clasificación es atinente a una tipología de prestaciones, y según en qué consista la prestación hablamos de derechos de varios tipos de acuerdo con la clase de prestación exigible.

Así, vistas las prestaciones, esquemáticamente la clasificación es la siguiente:

Esquema 14. Clases de prestaciones a algo, criterios, prestaciones y lenguaje de los derechos



D. Modelo de derechos sociales fundamentales de Robert Alexy

1. Descripción del modelo

Alexy propone un modelo de derechos sociales fundamentales a partir de considerar que, por su importancia, no pueden quedar a merced de la

<<mayoría parlamentaria simple>>¹⁸², por lo que considerando los argumentos en favor y en contra de los derechos sociales, se puede concebir un modelo que tome en cuenta tales argumentos:

“...[El] modelo es expresión de la idea orientadora...según la cual los derechos fundamentales de la Ley Fundamental son posiciones que, desde el punto de vista del derecho constitucional, son tan importantes que su atribución o denegación no puede quedar en manos de la mayoría parlamentaria simple. Si se refiere esta idea orientadora al presente problema, esto significa que a cada uno le corresponde las posiciones jurídicas prestacionales que, en calidad de derechos sociales fundamentales, desde el punto de vista del derecho constitucional, son tan importantes que su atribución o denegación no puede quedar en manos de la mayoría parlamentaria simple.

De acuerdo con esta fórmula, la pregunta acerca de cuáles son los derechos sociales fundamentales que tiene el individuo, de manera definitiva, es un asunto relativo a la ponderación de principios. Por un lado, se encuentra, sobre todo, el principio de libertad fáctica. Por el otro, se encuentran principios formales de la competencia de decisión del legislador democráticamente legitimado y el principio de la división de poderes, así como algunos principios materiales que, sobre todo, se refieren a la libertad jurídica de los demás pero, también, a otros derechos sociales fundamentales y a bienes colectivos.

El modelo no dice qué derechos sociales fundamentales definitivos tiene el individuo, pero sí cuáles puede tener y qué es lo que interesa en los que se refiere a su existencia y su contenido. La respuesta detallada a esta pregunta es una tarea de la dogmática de los diferentes derechos sociales fundamentales. Con todo, es

¹⁸² Alexy, Robert, *Teoría de los derechos...* Op. Cit., p. 454. Sobre la referencia a la mayoría simple la significamos como mayoría absoluta, pues la regla general de votaciones parlamentarias es la mayoría absoluta, es decir, más de la mitad, y no hay votaciones simples y en muy raras ocasiones mayorías relativas. Sobre los sistemas de mayorías, sus clases, características y diferencias, véase: Gutiérrez Parada, Oscar, *Sistema de votaciones y de mayorías en el Congreso General. Legitimidad (poder) y legalidad (derecho)*, Asesoría de Diseños Normativos, S.C., México, 2013. Por otro lado, hay que considerar que si no es mayoría “simple” (significando absoluta), y se trata de otra clase de mayoría de mayor porcentaje de exigencia, entonces, se infiere que, a *contrario sensu*, si podría quedar en manos de la mayoría parlamentaria que no fuera simple sino de mayor porcentaje, y aquí también hay problemas, pues en el caso del Poder Reformador se exige una mayoría calificada, es decir, mayor a la absoluta (más de la mitad), como por ejemplo, en México, se identifica a las dos terceras partes de los legisladores presentes como mayoría calificada, significaría que en ese caso que si podría quedar en manos de la mayoría (calificada) cuestiones relativas a los derechos sociales.

posible dar una respuesta general. Habrá que considerar que una posición jurídica prestacional está definitivamente garantizada por los derechos fundamentales si (1) la exige muy urgentemente el principio de libertad fáctica y (2) el principio de la división de poderes y de la democracia (que incluye la competencia presupuestaria del parlamento) al igual que (3) principios materiales contrapuestos (especialmente aquellos que apuntan a la libertad jurídica de otros) se afectan en una medida relativamente reducida a causa de la garantía iusfundamental de la posición jurídica prestacional y las decisiones del Tribunal Constitucional que la toman en cuenta. En todo caso, estas condiciones están satisfechas en el caso de los derechos sociales fundamentales mínimos, es decir, por ejemplo, el derecho al mínimo vital, a una vivienda simple, a la educación escolar, a la formación profesional y a un nivel estándar mínimo de asistencia médica.”¹⁸³

Contra este modelo, señala Alexy, hay varias objeciones. La primera es la de los efectos financieros de los derechos sociales, es decir, las cuestiones presupuestarias son limitadas. Esta objeción se supera si se considera que todos los derechos fundamentales limitan la competencia presupuestaria del legislador.¹⁸⁴

La segunda objeción tiene que ver con las limitaciones de la justiciabilidad de los derechos sociales, respecto de la cual, señala Alexy, que si son exigibles¹⁸⁵.

¹⁸³ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos... Op. Cit.*, pp. 454-455.

¹⁸⁴ *Idem*, 455.

¹⁸⁵ *Idem*. Señala Alexy: “...los problemas de exigibilidad judicial que surgen en el marco de este modelo no se diferencian básicamente de los que se presentan en los derechos fundamentales tradicionales...es válido lo siguiente: la existencia de un derecho no puede depender exclusivamente de la exigibilidad judicial, cualquiera que sea la forma como esta sea descrita; lo que sucede, más bien, es que cuando existe un derecho éste es también exigible. Ninguna objeción de peso fundamenta que los derechos sociales fundamentales necesiten un desarrollo jurídico en el derecho ordinario...Tampoco razones procedimentales pueden apoyar la tesis de la no exigibilidad judicial...Como lo ha demostrado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, en modo alguno un tribunal constitucional es impotente frente a un legislador inoperante. El espectro de sus posibilidades procesales-constitucionales se extiende, desde la mera constatación de una violación a la Constitución, por medio de la fijación de un plazo dentro del cual debe llevarse a cabo una legislación acorde con la Constitución, hasta la formulación judicial directa de lo ordenado por la Constitución.”, p. 456.

Una tercera objeción tiene que ver con el desplazamiento de lo objetivo en favor de lo subjetivo, pero, señala Alexy, no vale la objeción porque el modelo ofrece una versión más exacta del contenido correcto de la primacía de lo objetivo y que la clave está en la teoría de los principios¹⁸⁶.

Nos interesa resaltar que para Alexy los derechos sociales fundamentales que tiene una persona en forma definitiva es una cuestión de ponderación, es decir, se parte de que tales derechos tienen un carácter *prima facie* y después de operar la ponderación resulta una norma adscrita de derecho social fundamental definitiva. En efecto, recordemos que el resultado de la ponderación es una regla que implica una posición jurídica implícita o explícita en el derecho social fundamental bajo la cual la posición fáctica es subsumida como si fuera una regla legislada¹⁸⁷.

Ahora bien, la ponderación tiene un presupuesto ineludible: la ley de la colisión, es decir, la ponderación solamente opera si existe colisión de principios¹⁸⁸. Así, hay ponderación si, y solo si, hay colisión de principios («p si

¹⁸⁶ *Idem*, p. 458-459. Señala Alexy: “El paso de este modelo a un nivel objetivo es posible porque a los derechos *prima facie* son correlativos deberes *prima facie*. Estos deberes son deberes *prima facie* del Estado de procurar que las libertades jurídicas de los titulares de los derechos fundamentales sean correlativas libertades fácticas. Naturalmente, el plano objetivo que surge de esta manera no es algo *meramente* objetivo sino algo que *también* es objetivo.”, p. 459.

¹⁸⁷ *Idem*, pp. 76-78. Para Alexy: “...tiene validez el siguiente enunciado: como resultado de toda ponderación iusfundamental correcta, puede formularse una norma adscrita de derecho fundamental con carácter de regla bajo la cual puede subsumirse el caso.”, p. 78-79

¹⁸⁸ En la <<ley de la colisión>> el concepto de “relación de precedencia condicionada” juega un papel primordial. Apunta Alexy: “Tomados en sí mismos, ...dos principios conducen a una contradicción. No obstante, esto significa que cada uno de ellos limita la posibilidad jurídica de cumplimiento del otro. Esta situación no se soluciona declarando que uno de ambos principios no es válido y eliminándolo del sistema jurídico. Tampoco se soluciona introduciendo una excepción en uno de los principios de forma tal que en todos los casos futuros este principio tenga que ser considerado como una regla satisfecha o no. La solución de la colisión consiste más bien en que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se establece entre los principios una *relación de precedencia condicionada*. La determinación de la relación de precedencia condicionada consiste en que, tomando en cuenta el caso, se indican las *condiciones* en las cuales un principio precede al otro.”, *Idem*, p. 73. La formulación menos técnica

y solo si q »), lo que es lógicamente equivalente al par de afirmaciones si hay ponderación entonces hay colisión de principios («Si p , entonces q ») y si hay colisión de principios entonces hay ponderación («si q , entonces p »)¹⁸⁹.

Al colisionar entre sí dos o más principios uno o varios son desplazados, es decir, por la regla de relación de precedencia condicionada, uno de los principios precede en su aplicación al otro u otros, es decir, genera una inaplicación al caso concreto del principio o principios que no tienen precedencia y no es o no son eliminados del sistema jurídico.¹⁹⁰

de la ley de colisión es, de acuerdo con Alexy, la siguiente: “Las condiciones en las cuales un principio tienen precedencia sobre otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente. Esta ley, que será llamada <<ley de la colisión>>, es uno de los fundamentos de la teoría de los principios...Ella refleja el carácter de los principios como mandatos de optimización entre los cuales, primero, no existen relaciones absolutas de precedencia y que, segundo, se refieren a acciones y situaciones que no son cuantificables.”, *Idem*, pp. 75-76.

¹⁸⁹ Cada par de afirmaciones opera en forma autónoma, por lo que la segunda afirmación no comete la infracción de la primera regla del condicional: si partimos de $p \rightarrow q$, no sería correcto lógicamente afirmar q para afirmar p , ya que solamente se puede afirmar p para afirmar q , y, conforme a la segunda regla del silogismo condicional negaríamos q para negar p ; pero si cada afirmación es autónoma, no se infringen las reglas lógicas mencionadas. Véase: Echave, Delia Teresa, Urquijo, María Eugenia y Guibourg, Ricardo. A., *Lógica, proposición y norma*, Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1980. pp. 56-62. Señalan estos autores: “Tanto la conjunción como las disyunciones son relaciones *conmutativas*, porque “ $p \cdot q$ ” tiene el mismo valor de verdad que “ $q \cdot p$ ”, “ $p \vee q$ ” que “ $q \vee p$ ” y “ $p \equiv q$ ” que “ $q \equiv p$ ”. Pero en una fórmula *condicional* ($p \rightarrow q$) esto no ocurre: importa distinguir el *orden* en que aparecen los componentes. Para esto (y sólo respecto de esta conectiva), la fórmula que aparece a la izquierda del condicional se llama *antecedente* y la que aparece a la derecha recibe el nombre de *consecuente*. Sentado esto, puede definirse el condicional como la relación que resulta falsa cuando el antecedente es verdadero y el consecuente falso, y es verdadera en todos los demás casos.”, p. 56. Así:

$p \rightarrow q$	Si hay ponderación entonces hay colisión de principios	$q \rightarrow p$	Si hay colisión de principios entonces hay ponderación
p	Hay ponderación	q	Hay colisión de principios
q	Por tanto, hay colisión de principios	p	Por tanto, hay ponderación

Si prescindimos del esquema condicional tenemos que operar una conversión simple, es decir, intercambiar el sujeto y el predicado sin alteraciones; hay que trabajar con una proposición universal negativa, es decir, tipo E (universal negativa) del cuadro de oposiciones proposicionales: “ninguna ponderación prescinde de la ley de la colisión” y “ninguna ley de la colisión prescinde de la ponderación”. La conversión simple de proposiciones tipo E debe su operatividad a la regla lógica de que las proposiciones negativas tienen predicado universal.

¹⁹⁰ *Idem*, pp. 70-75.

Si la ley de colisión supone que: “Las condiciones en las cuales un principio tienen precedencia sobre otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente”¹⁹¹, entonces en el modelo de Alexy sobre los derechos sociales fundamentales pueden colisionar los principios siguientes:

Esquema 15. Colisión de libertad fáctica con otros principios formales y materiales

Ley de colisión		
P1		P2 (conjunto)
Principio de la libertad fáctica	Vs	Principio formal de la competencia de decisión del legislador democráticamente legitimado
		Principio formal de la división de poderes
		Principios materiales que se refieren a la libertad jurídica de otros
		Principios de otros derechos sociales fundamentales
		Principios sobre bienes colectivos ¹⁹²

Para Alexy los derechos sociales fundamentales mínimos que puede tener una persona son los que implican una posición jurídica prestacional definitivamente garantizada si hay una exigencia muy urgente del principio de libertad fáctica mostrando un mayor peso respecto de los principios contrapuestos (i) formales de (i.a) división de poderes y (i.b) de la democracia (que incluye la competencia presupuestaria del parlamento) y (ii) principios materiales, los cuales, tomados en su conjunto, se afectan en una medida relativamente reducida a causa de la garantía iusfundamental

¹⁹¹ *Idem*, p. 75.

¹⁹² Abordamos el tema de los bienes colectivos *supra* apartado F, punto 12, Capítulo II, pp. 361 y ss., al analizar que los derechos sociales están vinculados con algunos bienes colectivos. Esta vinculación implica que los derechos sociales, en especial cuando están correlacionados con ciertos bienes colectivos, presentan un <<interés social legítimo>>, el cual existe en forma natural a los derechos sociales y, por ende, no es necesario que el accionante del juicio de amparo pruebe tener algún tipo de interés (jurídico o legítimo), pues lo importante es que el juez constitucional analice los planteamientos de inconstitucionalidad.

de la posición jurídica prestacional y la decisión del Tribunal Constitucional que toma en cuenta la posición jurídica prestacional.¹⁹³

Hasta aquí una breve descripción de la propuesta de modelo de derechos sociales fundamentales de Alexy. En el siguiente punto llevamos a cabo una revisión crítica de dicho modelo.

2. Examen del modelo de Alexy sobre derechos sociales fundamentales

Empecemos por preguntar ¿qué nos dice Alexy con este modelo? (esquema 15). Bueno, que los derechos sociales fundamentales mínimos están sujetos a ponderación y que una vez realizada obtenemos un derecho social fundamental, es decir, una posición jurídica prestacional definitiva. Pero ¿cuáles principios colisionan? Nos dice Alexy que colisionan (i) el principio de libertad fáctica con otros principios: (ii) formales (ii.a) de división de poderes, y (ii.b) democrático y (iii) otros de índole material. En esta colisión ¿qué tiene precedencia?: la libertad fáctica, siempre y cuando se cumplan dos condiciones:

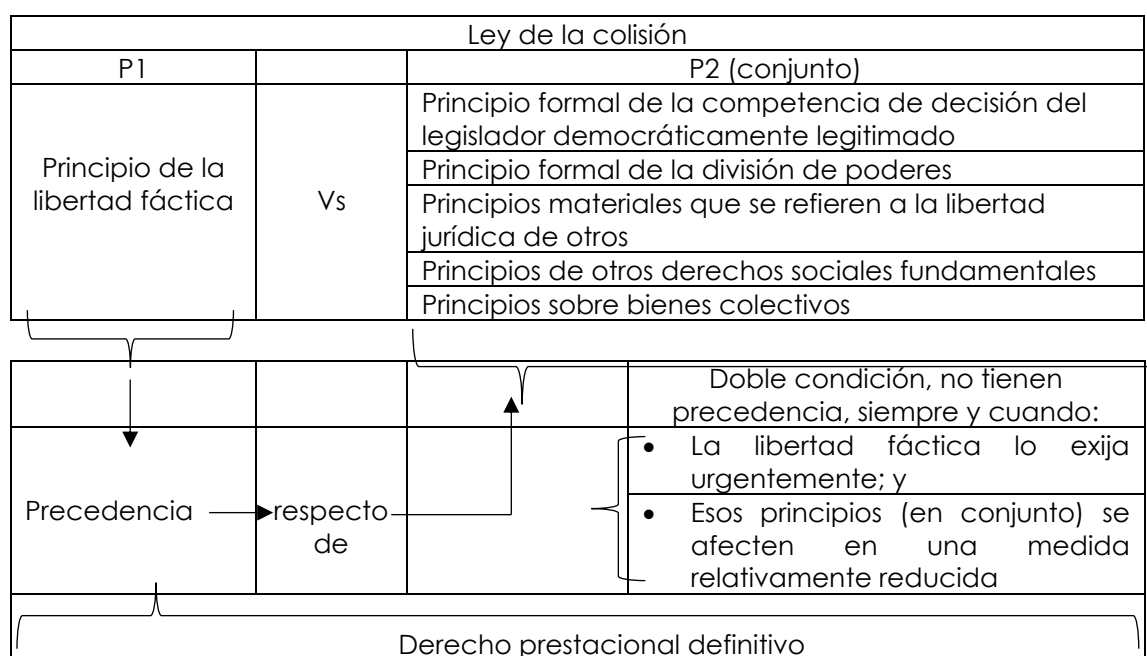
- (i) que los principios con los que colisiona la libertad fáctica (ii.a; ii.b; y iii), se afecten en una medida relativamente reducida, y
- (ii) que la libertad fáctica lo exija urgentemente.

Recordemos que Alexy señala que “Estas condiciones están satisfechas en el caso de los derechos sociales fundamentales mínimos, es decir, por ejemplo, el derecho al mínimo vital, a una vivienda simple, a la educación escolar, a la formación profesional y a un nivel estándar mínimo de

¹⁹³ “De acuerdo con el modelo [de derechos sociales fundamentales], el individuo tiene un derecho prestacional definitivo cuando el principio de la libertad fáctica tiene un peso mayor que los principios formales y materiales contrapuestos, tomados en su conjunto. Esto ocurre en relación con derechos mínimos.” Alexy, Robert, *Teoría de los derechos...* Op. Cit., p. 459

asistencia médica.”¹⁹⁴ Así, los principios con lo que colisiona la libertad fáctica, tomados en conjunto, no tienen precedencia respecto del principio de libertad fáctica porque ésta tiene mayor peso que otros principios y, además, éstos se afectan en una medida relativamente reducida. La precedencia de la libertad fáctica inherente al derecho social fundamental de que se trate viene a ser la precedencia de la posición jurídica prestacional implícita en el derecho social fundamental lo que implica ver la libertad fáctica como principio.

Esquema 16. Precedencia del principio de libertad fáctica respecto de otros principios formales y materiales en el modelo de derechos sociales de Robert Alexy



Este es el modelo de derechos sociales fundamentales que nos presenta Alexy y sobre el que consideramos necesario hacer varias acotaciones.

¹⁹⁴ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos...* Op. Cit., p. 455.

La primera duda versa sobre la colisión entre la libertad fáctica y los principios formales de división de poderes y de la democracia. ¿Realmente hay una colisión? Consideramos que no: la libertad fáctica, como principio, opera como metanorma, *in abstracto*, al igual que lo hacen los principios formales de división de poderes y de la democracia, son metanormas. En este punto hay que considerar que el contenido de la libertad fáctica es múltiple, la cual depende de un momento y lugar determinados, es decir, es contextual y, por ende, la libertad fáctica necesita de la mediación de los derechos sociales y de los bienes colectivos; y, por otro lado, que se considere a los principios de división de poderes y principio de la democracia como principios formales, lo que implica que no se consideran cuestiones de contenido o materiales. Una colisión de un principio genérico como la libertad fáctica y principios formales como los que nos ocupan no es una colisión en el sentido que lo exige la ley de colisión.

Solamente queda la posibilidad de colisión entre la libertad fáctica si está se proyecta en alguno de sus sectores de la realidad a través de algún derecho social y algún principio contrapuesto de índole material o sustantiva que no se constituya, a su vez, como derecho social. Si la libertad fáctica es una metanorma cuya función es orientar la actividad estatal, pero su proyección primordial se da a través de los derechos sociales (como directrices) y los bienes colectivos, entonces la libertad fáctica básicamente se concreta normativamente mediante los derechos sociales, es decir, la libertad fáctica requiere necesariamente la mediación de los derechos sociales y de los bienes colectivos. Sólo habrá colisión entre un derecho social y un principio material o sustantivo que juegue en contra si se trata de un principio que no

es un derecho social¹⁹⁵, es decir, la colisión se daría entre un derecho social y un derecho no social, o sea un derecho individual (civil o político).

Así, la relación entre principios que se proyectan como derechos sociales y los principios formales de división de poderes y de la democracia, no implica una colisión, sino que concurren, también como metanormas, para determinar la operatividad del principio al que se otorgue primacía en la colisión entre un derecho social (libertad fáctica) y un principio (que no sea otro derecho social) contrapuesto material o sustantivo¹⁹⁶.

Los principios formales de división de poderes y de la democracia deben tomarse en cuenta en cualquier tratamiento de principios porque son metanormas del sistema jurídico de los estados constitucionales de derecho, y que en el caso de los derechos sociales no significa que aquellos principios formales entren en colisión con la libertad fáctica y, en concreto, con algún derecho social. Su papel es de concurrencia y, por ende, operan más bien

¹⁹⁵ Sobre si hay ponderación en materia de derechos sociales, véase más adelante el apartado I del capítulo II, pp. 488 y ss.

¹⁹⁶ Esta afirmación implica que el principio formal de división de poderes y el principio formal de la democracia no se contraponen al principio de libertad fáctica, y que más bien desempeñan un papel primordial de guía general de actuación del poder público en el que por antonomasia recae la representación y deliberación política y que orienta la labor de los depositarios de los poderes públicos –del propio Legislativo, del Ejecutivo, del Judicial y de los organismos constitucionales autónomos–, es decir, tienen un carácter de metanormas. Debe considerarse que en el modelo de Alexy hay ambivalencia, pues de una lectura de cierto párrafo (“...una posición jurídica prestacional está definitivamente garantizada por los derechos fundamentales si (1) la exige muy urgentemente el principio de libertad fáctica y (2) el principio de la división de poderes y de la democracia (que incluye la competencia presupuestaria del parlamento) al igual que (3) principios materiales contrapuestos (especialmente aquellos que apuntan a la libertad jurídica de otros)...”, Alexy, Robert, *Teoría de los derechos...* Op. Cit., p. 454), se desprende que solamente los principios materiales juegan en contra, pero de otro párrafo (“...el individuo tiene un derecho prestacional definitivo cuando el principio de la libertad fáctica tiene un peso mayor que los principios formales y materiales contrapuestos, tomados en su conjunto...”, *Idem*, p. 459), se entiende que tanto los principios formales como los materiales pueden ser contrapuestos. Una posible solución es la que adoptamos: los principios (formales) de división de poderes y de la democracia no se contraponen, en un sentido general y amplio, y, sobre todo, en la ponderación de derechos sociales, a la libertad fáctica.

como metanormas: en el caso de la división de poderes implica, básicamente, una constatación de reglas de competencia¹⁹⁷ y que en el caso del principio de la democracia se trata, en una primera etapa, de considerar el principio de la deferencia al legislador¹⁹⁸, pero que es derrotable a la luz del principio contramayoritario justificado, principalmente a cargo del poder judicial.

¹⁹⁷ Sobre las reglas de competencia como reglas constitutivas, su estructura, clases y características, véase Gutiérrez Parada, Oscar, *Sistema Federal. Tendencia actual. Federalismo normativo centralmente dirigido*, Porrúa-Escuela Libre de Derecho, México, 2016, capítulo I, pp. 1-52.

¹⁹⁸ Sobre el tema de la deferencia al legislador, véase: Da Silva Moreira, Pedro, *Deferencia al legislador: vinculación del juez a la ley en el Estado Constitucional*, Tesis doctoral, (doctorado en Derecho Gobierno y Políticas Públicas), Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Derecho, Madrid, 2018. Da Silva Moreira presenta un análisis de la deferencia al legislador a partir de lo que el identifica como la advertencia de Kelsen; así, examina las tesis de Hans Kelsen y de Carl Schmitt; el constitucionalismo de los derechos y el constitucionalismo político, para concluir que, bajo el positivismo prescriptivo, debe tener primacía la deferencia al legislador. La advertencia de Kelsen es la siguiente "...la Constitución debe, especialmente si crea un tribunal constitucional, abstenerse de todo este tipo de fraseología y, si quiere establecer principios relativos al contenido de las leyes, formularlos del modo más preciso posible" [*La garantía jurisdiccional de la Constitución*], pues hacerlo genera el "‘peligro’ de que una ley pueda ser anulada debido a las sencillas preferencias políticas de los jueces constitucionales. Y ¿por qué? Por el simple hecho de que el tribunal, así entendida su actividad, se convierte en ‘representante de fuerzas políticas muy distintas de las que se expresan en el Parlamento’. Kelsen parece, por tanto, rechazar la combinación entre justicia constitucional y principios constitucionales. Está claro que, a su modo de ver, esa combinación podría implicar un desplazamiento de poder político ‘completamente contraindicado’", pp. 21-22. Para nosotros, si bien existe el principio de deferencia al legislador, tal principio opera *prima facie*, pues el <<principio contramayoritario justificado>>, con base en un objetivismo moral moderado -mínimo-, propicia la revisión de las normas que expide el legislativo, incluso del Poder Reformador. El problema es que el positivismo normativista es escéptico o, si se prefiere no cognoscitivista, en materia moral. Sobre este punto véase: Kelsen, Hans, *¿Qué es la justicia?*, Fontamara, México, 1991. En este ensayo, Kelsen señala: "El conflicto de interés aparece cuando un interés encuentra su satisfacción sólo a costa de otro o, lo que es lo mismo, cuando entran en oposición dos valores y no es posible hacer efectivos ambos, o cuando el uno no puede ser realizado únicamente en la medida en que el otro es pospuesto, o cuando es inevitable el tener que preferir la realización del uno a la del otro y decidir cuál de ambos valores es el más importante y, por último, establecer cuál es el valor supremo. El problema no puede ser resuelto por medio de conocimiento racional. La respuesta al problema aquí planteado es siempre un juicio que, a última hora, está determinado por factores emocionales y por consiguiente tiene un carácter eminentemente subjetivo. Esto significa que es válido únicamente para el sujeto que formula el juicio, y en este sentido es relativo.", pp. 16-16.

Para sostener esta afirmación tomamos en cuenta el órgano que promueve, respeta, protege o garantiza la libertad fáctica, mediada por algún derecho social, y principios materiales o sustantivos, siempre y cuando realmente haya colisión, así como el elemento temporal, el cual juega un papel de primer orden.

En relación con el principio de división de poderes, ¿cuál es el momento en el que el principio de división de poderes orienta, como metanorma, un derecho social? La respuesta depende del momento de actuación de alguno de los depositarios de los poderes públicos, en especial de los poderes ejecutivo y legislativo.

En el caso del Poder Ejecutivo, con base en la división de poderes y el principio de legalidad, actúa desarrollando su actividad estatal administrativa/ejecutiva en aplicación de la Constitución, de la ley y del reparto presupuestal de que se trate. El desarrollo de la actividad estatal a cargo del poder ejecutivo requiere, en general, concebir planes. Básicamente hay tres momentos: (i) al concebir el plan; (ii) al desarrollar el plan (proceso o actividad de instrumentación del plan); (iii) al generarse los resultados o productos del plan. En estos momentos se ha de considerar la asignación presupuestal respectiva. En cada momento puede haber evaluación sobre si el derecho social se está promoviendo, respetando, protegiendo y garantizando conforme al parámetro de evaluación respectivo, sea de constitucionalidad o de convencionalidad.

El ejemplo paradigmático de la actividad estatal ejecutiva relacionada con los derechos sociales son los programas de política pública. Estos programas deben promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos. Esta tarea asignada al ejecutivo responde al principio de división de poderes y,

además, debe observar el principio de legalidad (básicamente tener adscrita la competencia correspondiente). Asimismo, se cumple con el principio democrático mediante la participación directa e indirecta en la elaboración de los programas de política pública.

En la concepción del programa de política pública hay que diferenciar tres situaciones: (i) posibilidad de ponderación entre el derecho social objeto del programa y algún derecho individual –libertades–; (ii) si concurren varios derechos sociales en el programa de política pública propiamente no hay ponderación sino priorización¹⁹⁹; y (iii) ponderación de medios²⁰⁰, pues, *in abstracto*, se sopesa los medios idóneos para alcanzar ciertos fines al concebir el plan de que se trate.

En el momento de la instrumentación o desarrollo del programa de política pública, también es factible evaluar si la actividad promueve, respeta, protege y garantiza los derechos sociales.

Finalmente, la instrumentación o desarrollo del programa de política pública genera un producto o resultado, y éste, también, puede ser evaluado en cuanto a si es acorde con los derechos humanos.

Por lo que hace al principio democrático, primordialmente visto en sede legislativa, también se exige al parlamento promueva, respete, proteja y garantice los derechos sociales, por lo que hay que distinguir varios momentos: (i) en el ejercicio de su competencia normativa, es decir, en el desarrollo de la actividad legislativa puede haber ponderación y (ii) en el

¹⁹⁹ Más adelante, apartado I, Capítulo II, pp. 488 y ss., abordamos el tema de la ponderación, concurrencia y priorización en materia de derechos sociales.

²⁰⁰ *Idem*, veremos más adelante que no se trata de una ponderación basada en la ley de la colisión.

producto de su actividad legislativa puede haber ponderación, es decir, en la normatividad, pero ésta, en principio, ya no la lleva a cabo el legislador sino el juez constitucional; (iii) un tercer momento está dado por la toma de decisiones de índole presupuestal sobre los derechos sociales que concurren, y compiten, por una mayor asignación presupuestal; en este supuesto no hay colisión y, por ende, no hay ponderación, pero si hay decisiones de priorización, ya que en el establecimiento de pautas de acción de programas de política pública y asignación de recursos, se requiere que el legislativo <<pondere>> respecto de los medios idóneos para alcanzar los fines que se fijan o se han de determinar respecto del programa de política pública (estrictamente no hay colisión, por lo que la ponderación es sobre los medios adecuados en una relación medio/fin, no se trata de una ponderación basada en la ley de colisión de principios²⁰¹).

La ponderación basada en la ley de colisión de principios y que se podría presentar durante el desarrollo de la actividad legislativa solamente se da si colisionan un principio material o sustantivo, o varios, y un derecho social, o varios, pero no habría ponderación si la normatividad es atinente a varios derechos sociales en los que hay que priorizar²⁰². Además, durante la actividad legislativa el legislador puede establecer una restricción, como norma, caso en el que pudo darse ponderación basada en la ley de colisión de principios y, desde luego, ejercicio del principio democrático.

La ponderación sobre el producto de la actividad legislativa, es decir, la normatividad como producto, y una vez que entra en vigor, implicará ponderación si para validar constitucionalmente la norma es necesario realizar una ponderación entre el derecho social objeto de la norma y algún

²⁰¹ Como ya se apuntó, más adelante veremos que esta ponderación no se basa en la ley de la colisión.

²⁰² *Idem*.

principio sustancial que juegue en contra. Vía esta ponderación puede ocurrir que el juez constitucional ejerza el principio contramayoritario justificado, caso en el que la argumentación tiene carácter reforzado, incluso en los supuestos de análisis de una limitación a un derecho humano, sea individual o social.

Así, los principios de división de poderes y democrático (que incluye competencias presupuestales del parlamento), estrictamente no juegan en contra, es decir, no se contraponen al principio de libertad fáctica, pues son presupuestos para las actividades ejecutiva y legislativa, incluso de la labor a cargo del Poder Judicial.

La precedencia de los derechos sociales respecto de principios sustantivos (materiales) que juegan en contra, de acuerdo con el modelo de Alexy, opera si se dan dos condiciones: (i) que la afectación de principios contrapuestos (solamente de índole material), se de en una medida relativamente reducida y (ii) que la libertad fáctica lo exija urgentemente.

Estas condiciones vienen a constituirse como dos elementos adicionales, pero indispensables, que se deben tomar en cuenta al momento de ponderar entre un derecho social (al que subyace el principio de libertad fáctica) y un derecho individual, es decir, otro principio material o sustantivo que se contraponga, para determinar si ha de tener o no precedencia el derecho social. La ponderación, si se cumple la ley de la colisión, corresponde primariamente al juez constitucional, pero puede llevarla a cabo el ejecutivo y el legislativo, incluso algún organismo constitucionalmente autónomo, pues nada se los impide.

Si esto es así, debemos insistir en que estamos en presencia de la colisión de principios de índole diferenciada en materia de derechos sociales si, y solo si, colisiona un derecho social y un derecho fundamental no social, caso en el que, considerando los principios de división de poderes y democrático (que no juegan estrictamente en contra), la relación de precedencia condicionada solamente se da entre el derecho social y otro derecho no social, y el que tenga más peso tendrá precedencia respecto del otro. Tratándose de posiciones fácticas extremas los derechos sociales fundamentales operan como mínimos si lo exige urgentemente la libertad fáctica y, de darse una contraposición con un principio material o sustantivo de índole no social, éste se ve afectado en una medida relativamente reducida.

En el caso de colisión de principios diferenciados (social y no social) se muestra que hay que ponderar porque se cumple la ley de colisión, pero ¿qué pasa cuando lo que parece colisionar (colisión *prima facie*), son solamente derechos sociales fundamentales que únicamente se diferencian por la materia objeto de su protección (salud, educación, vivienda, agua, seguridad social, alimentación, medio ambiente, trabajo, etc.)? ¿realmente hay una colisión en el sentido de la ley de colisión?²⁰³

Con base en lo señalado, el modelo de derechos sociales fundamentales de Alexy solamente aplica a los derechos sociales fundamentales mínimos. La ponderación del juez constitucional, si se cumple la ley de la colisión, solamente implica que están en colisión un derecho social y un derecho no

²⁰³ Para conocer qué se pondera en materia de derechos sociales es indispensable establecer una tipología mínima que muestre cuáles clases de colisión puede haber a partir de un entendimiento sobre conflictos normativos. Más adelante entraremos de lleno en este tema, por el momento basta lo señalado.

social, es decir, entre derechos sociales y derechos individuales (derechos de libertad y, en su caso, competencias).

El modelo de Alexy no contempla colisiones entre derechos sociales, las cuales, a final de cuentas, no envuelven una auténtica colisión entre derechos sociales (son aparentes). En el modelo de Alexy, los principios formales de división de poderes y de la democracia, no se contraponen o juegan en contra del derecho social involucrado, ya que, al presuponer el principio de libertad fáctica, quien pondera solamente los debe tomar en cuenta.

De acuerdo con lo señalado, a la ecuación de Alexy sobre la relación de colisión entre la libertad fáctica y los principios formales de división de poderes y de la democracia y otros principios materiales o sustantivos contrapuestos, hay que hacer varios ajustes.

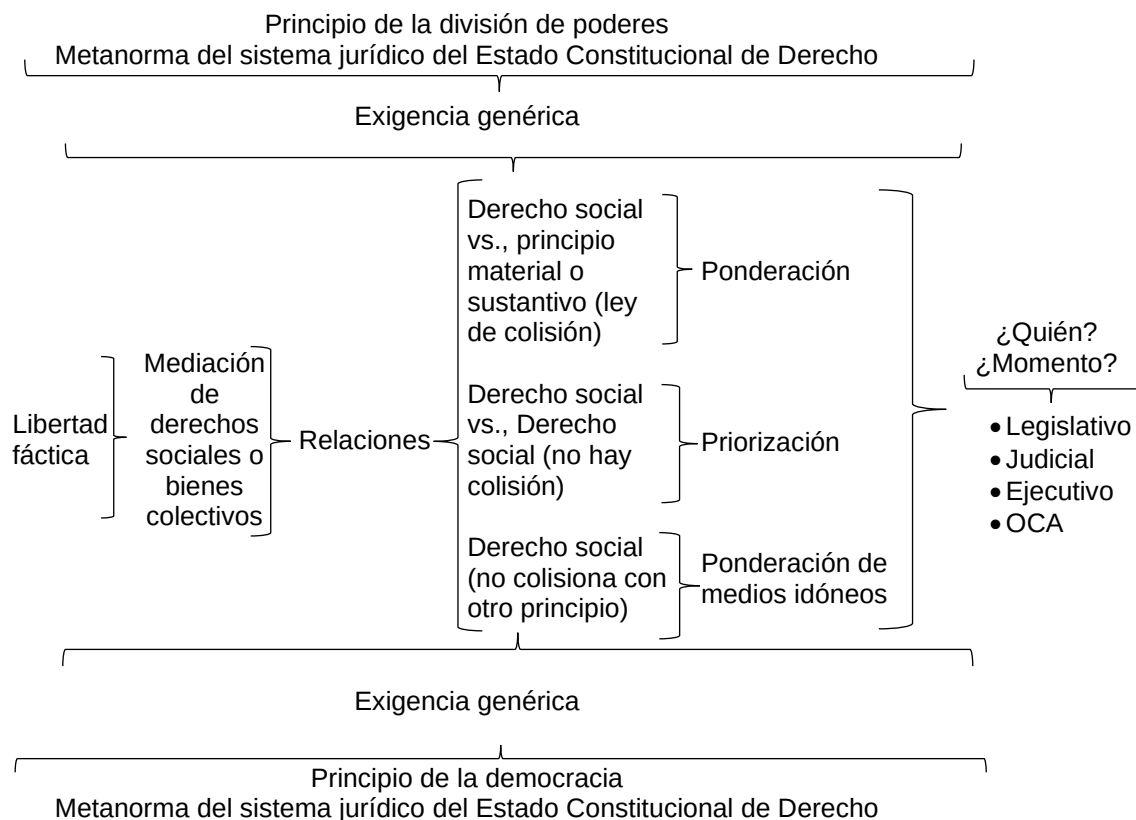
En primer término, considerando que los principios de división de poderes y de la democracia (que en este punto juegan un papel de principios formales, significando que no requieren referir contenido alguno valorativo o de principios y derechos, pues solamente basta subrayar su dimensión procedimental o formal: reglas por las que se determinan los procedimientos para tomar decisiones colectivas, y quién está autorizado para tomarlas), hay que redimensionarlos en la ecuación alexiana y sólo verlos como metanormas que informan y orientan, como directivas genéricas, el tratamiento de los derechos sociales en cuanto están conectados con otra metanorma constituida por el principio de libertad fáctica, la cual, necesita la mediación de los derechos sociales y de ciertos bienes colectivos.

Así, solamente queda la posible colisión entre derechos sociales y otros derechos o principios materiales o sustantivos que juegan en contra, precisando, como se verá más adelante (Apartado J), que la ponderación no opera cuando se da la concurrencia (aparente colisión) de varios derechos sociales.

Respecto de un derecho social se trata del análisis de una medida (medio) idónea para alcanzar el fin que persigue el derecho social de que se trate, caso en el que hay una especie de ponderación sobre los medios adecuados, pero estrictamente no se trata de una ponderación de principios precisamente porque no está basada en la ley de la colisión de principios. En el Capítulo II, apartado I, desarrollamos con mayor detalle la cuestión de la ponderación en materia de derechos sociales, pues, como hemos adelantado, consideramos que cuando están en juego varios derechos sociales no se presenta ponderación basada en la ley de la colisión.

Esta perspectiva, nos parece, es consistente con la noción de derechos sociales, pues en ella el principio de libertad fáctica juega un papel primordial para la determinación de la prestación a que tiene derecho una persona. La prestación, derivada de la posición jurídica, está condicionada por la posición fáctica, y ésta refiere las precondiciones materiales que hacen posible la libertad jurídica y el ejercicio de competencias. Así, la mediación de los derechos sociales es indispensable para proyectar la libertad fáctica, ya que esta es una metanorma y como tal guía las actuaciones de los poderes públicos y de la sociedad en la concreción de cada derecho social, sean vistos en forma singular o en su conjunto (V. gr., cuando el legislativo formula el presupuesto de egresos).

Esquema 17. Relaciones de la libertad fáctica con principios formales y materiales



Con base en lo examinado en los apartados anteriores, estamos en aptitud de abordar cuáles son las características peculiares de los derechos sociales, lo que desarrollamos en el apartado siguiente.

E. Elementos para la construcción del núcleo intensional de los derechos sociales: una definición operativa

Con base en la propuesta de ajustes al modelo alexiano de los derechos a algo y la crítica a su definición de derechos sociales, así como el examen de qué son los derechos sociales, es inevitable el cuestionamiento sobre cuáles son las características de los derechos sociales, es decir, cuáles son las notas peculiares de su núcleo intensional.

La connotación del concepto de derechos sociales debe atender varios elementos: el principio de la libertad fáctica, la posición jurídica no esencial ni exclusivamente individualista sino del individuo en posición social y que implica ver cada derecho social como un todo.

Cualquier derecho fundamental conlleva un haz de posiciones de diferentes clases que involucran acciones positivas fácticas y normativas, y su vinculación con los derechos a prestaciones en sentido amplio (derechos a acciones positivas), es decir, derechos a protección frente al estado de intervenciones de terceros y derechos a organización y procedimientos, así como derechos a acciones negativas según la concreción y realidad en que se presente el derecho social de que se trate.

Estos elementos intensionales nos llevan a la concepción de los derechos fundamentales como un todo. En efecto, en lo que hemos estado viendo, en varias ocasiones se hace alusión a la locución “posiciones jurídicas”, por lo que aquí es relevante destacar que los derechos humanos –derechos fundamentales en la terminología de Alexy- conforman un todo proyectando diversas posiciones jurídicas correlativas de posiciones fácticas. Esta perspectiva pende del entendimiento de que los derechos fundamentales son posiciones respecto de derechos a algo, de libertades y de competencias²⁰⁴.

Finalmente debemos traer a colación las características de los derechos humanos: universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, las cuales, hay que enfatizarlo, también operan para los derechos sociales.

²⁰⁴ Señala Alexy: “La base de la teoría analítica de los derechos es una triple división de las posiciones que han de ser designadas como <<derechos>> en (1) derechos a algo, (2) libertades y (3) competencias.”, Alexy, Robert, *Teoría de los derechos... Op. Cit.*, p. 163.

De estas características nos interesa resaltar que la universalidad es preeminente y da luz sobre la proyección de la persona y su dignidad. Así, señala Antonio-enrique Pérez Luño:

“Desde la génesis de los derechos humanos en la modernidad a su actual significación, que se desprende de la Declaración de la ONU, la universalidad es un rasgo decisivo para definir estos derechos. Sin el atributo de la universalidad, nos podemos encontrar con derechos de los grupos, de las etnias, de los estamentos, de entes colectivos más o menos numerosos, pero no con derechos humanos. Precisamente el gran avance de la modernidad reside en haber formulado la categoría de unos derechos del género humano, para evitar cualquier tipo de limitación o fragmentación en su titularidad. A partir de entonces la titularidad de los derechos, enunciados como derechos humanos, no va a estar restringida a determinadas personas o grupos privilegiados, sino que va a ser reconocida como un atributo básico inherente a todos los hombres, por el mero hecho de su nacimiento...los derechos humanos o son universales o no son. No son derechos humanos, podrán ser derechos de grupos, de entidades o de determinadas personas, pero no derechos que se atribuyan a la humanidad en su conjunto. La exigencia de universalidad, en definitiva, es una condición necesaria e indispensable para el reconocimiento de unos derechos inherentes a todos los seres humanos, más allá de cualquier exclusión y más allá de cualquier discriminación.”²⁰⁵

Los derechos sociales proyectan de manera singular la propiedad de universalidad que de suyo tienen todos los derechos humanos, pues podríamos (hipotéticamente), indebidamente, vivir sin algunos derechos humanos civiles y políticos, pero nadie puede vivir dignamente sin los bienes básicos que conforman las prestaciones de los derechos sociales.

²⁰⁵ Pérez Luño, Antonio-Enrique, *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*, Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, N° 23, Colombia, 2002, pp. 47-48.

1. Prioridad precondicional fáctica de los derechos sociales

En el esquema 7 (p. 96), se reproduce la definición de los derechos sociales de Alexy, pero ya examinamos que no es adecuada ni da cuenta de las características peculiares de los derechos sociales, por lo que el concepto de éstos debe ser reelaborado mostrando la relevancia que en ellos la prioridad precondicional fáctica es definitoria en cuanto representa el núcleo primordial de la libertad fáctica y, consecuentemente, la delimitan.

La noción básica de los derechos sociales debe estar motivada por los valores que tienden a realizar la vida digna, pues conllevan la efectividad del basamento de las condiciones de existencia primordialmente materiales, las cuales perennemente deben recrearse y, con ello, contribuir a posibilitar el ejercicio de la(s) libertad(es) jurídica(s) y el ejercicio de competencias privadas.²⁰⁶

Por otra parte, en el sistema integral de la sociedad, es evidente la conexión de la efectividad de los derechos sociales con los aspectos económicos, políticos, éticos y culturales, pues estos concurren al desarrollo de una vida digna y la posibilidad de hacer planes de vida y plantearse ideales de excelencia humanos. Además, los derechos sociales más importantes como lo son el derecho al medio ambiente sano, al agua, a la salud, a la vivienda, a la educación, a la alimentación, al trabajo, también conectados con ciertos bienes colectivos, tienen su fuente tangible en el ecosistema planetario en el que sus componentes están estrechamente

²⁰⁶ Para la organización Red Internacional para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Red-DESC”, “Los Derechos Económicos Sociales y Culturales (DESC) son los derechos humanos relativos a las condiciones sociales y económicas básicas necesarias para una vida en dignidad y libertad, y hablan de cuestiones tan básicas como el trabajo, la seguridad social, la salud, la educación, la alimentación, el agua, la vivienda, un medio ambiente adecuado y la cultura.”, <https://www.escri-net.org/es/derechos>.

interconectados dada la globalización en la que vivimos (en términos contemporáneos).

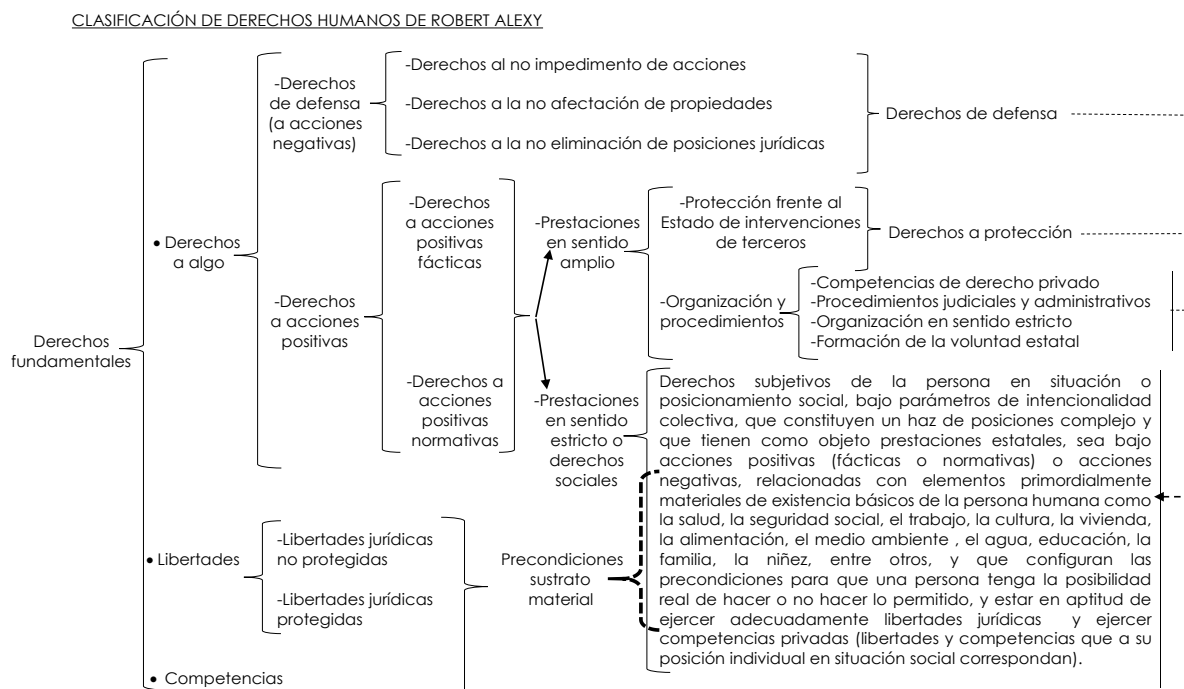
El ecosistema planetario se constituye en la <<proveeduría>> de la que obtenemos los bienes que son el objeto físico de los derechos sociales mencionados.

No está de más destacar la importancia que el cuidado del ecosistema planetario tiene para la supervivencia de los seres vivos (dentro de los que están los seres humanos) y que en su conjunto proporciona los elementos naturales con base en los cuales es posible la vida en cualquiera de sus manifestaciones. El ser humano es la especie que mayor desarrolla la modificación de su entorno ambiental para su beneficio, incluyendo el aprovechamiento de otras especies, por lo que la relevancia de la sostenibilidad de la utilización y del aprovechamiento <<racional y razonable>> de los recursos naturales, actualmente amenazados, es incuestionable.

El ecosistema mundial enfrenta diversos retos entre los que destaca el fenómeno del cambio climático, el cual es un efecto de la irracional e irrazonable relación de las actividades humanas con el medio ambiente, y la paradoja es que el cambio climático ahora es causa de múltiples efectos ambientales no deseados, los cuales a su vez generan efectos sociales difícilmente reversibles o, de plano, irreversibles como, por ejemplo, el desplazamiento de poblaciones de áreas en las que es difícil la subsistencia a otras áreas que la posibiliten con lo que se generan severas presiones del hombre hacia el medio ambiente y entre los hombres al generar conflictos por la disputa de espacios vitales para su primaria subsistencia. El espacio jurídico global está reclamando un derecho internacional más robusto que

el actual conjunto normativo calificado como *soft law* en materia medioambiental global.

Esquema 18. Derechos fundamentales con propuesta de nueva definición del concepto de derechos sociales fundamentales



En este punto, y sin perder de vista la prioridad precondicional fáctica de los derechos sociales, consideramos imprescindible traer a colación el tema de la igualdad jurídica –de iure- y de la igualdad de hecho.

2. El principio de igualdad

Para Robert Alexy, la problemática ante la fórmula “Hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual”, implica determinar si el Estado está obligado a crear igualdad fáctica –de hecho-²⁰⁷. La respuesta (en el sistema jurídico alemán) parte de considerar si es posible adscribir al enunciado del

²⁰⁷ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos...* Op. Cit., p. 367.

artículo 3, párrafo 1, de la Ley Fundamental (“Todas las personas son iguales ante la ley”²⁰⁸), el principio de la igualdad de hecho. Señala Alexy que primero hay que diferenciar entre si la igualdad o desigualdad está referida a actos o a consecuencias, ya que esos términos presentan una peculiar carga de ambigüedad. Los actos refieren a la actividad estatal en cambio cuando se miran las consecuencias se consideran los efectos de las prácticas de la acción estatal.²⁰⁹

Si se adscribe el principio de igualdad de *iure* y el principios de igualdad fáctica al artículo 3, párrafo 1 de la Ley Fundamental, surge la <<paradoja de la igualdad>>: “...lo que según uno de los principios es un tratamiento igual es, según el otro, un tratamiento desigual y viceversa.”²¹⁰ La solución de la paradoja sería renunciar a alguno de los principios, pero la igualdad de *iure* es un valor constitucional en sí mismo y, por tanto, concluye que “el principio de la igualdad de *iure* no puede ser sacrificado en aras de la igualdad de hecho.”²¹¹ Pero de esta conclusión no se sigue la total exclusión

²⁰⁸ Semánticamente equivalente al artículo 4º, primer párrafo, primera parte, de la Constitución mexicana: “El varón y la mujer son iguales ante la ley.”, (incluso considerar lo establecido en el quinto párrafo del artículo 1º constitucional, por el que se proscribe cualquier discriminación que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas)

²⁰⁹ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos...Op. Cit.*, p. 367. Aquí recurre al ejemplo del derecho al amparo de pobreza, es decir, la justiciabilidad por parte de los pobres en relación con las personas con recursos.

²¹⁰ *Idem*, 368.

²¹¹ *Idem*, 369. Esta afirmación no es muy consistente con el análisis que posteriormente lleva a cabo Alexy cuando examina la libertad fáctica en cuanto a la urgencia de su preminencia en situaciones precarias. En este sentido compartimos el señalamiento de Liborio L. Hierro: “La conclusión que Alexy propone es que la norma de igualdad de tratamiento y desigualdad de tratamiento opera de forma asimétrica ya que obliga *prima facie* a un tratamiento igual salvo que existan razones que justifiquen un tratamiento desigual por lo que a favor de la igualdad de *iure* existe una carga de argumentación que no existe a favor de la igualdad de hecho. Hasta aquí no hay nada que oponer a la construcción de Alexy. Los problemas comienzan cuando Alexy afirma, un tanto apodícticamente, que <<no puede haber ninguna duda de que el principio de igualdad de *iure* no puede ser sacrificado en aras de la igualdad de hecho>> [Teoría de los Derechos Fundamentales, p. 369]. Antes de continuar la discusión he de advertir que Alexy, en este punto, se pone la venda antes de recibir la herida, advirtiendo -

del principio de igualdad de hecho del ordenamiento jurídico y ser tratado como norma que vincula al legislador aunque no pueda ser impuesta judicialmente.

Para no excluir tal principio del ordenamiento jurídico, Alexy concibe un modelo por el que, a partir de un análisis dogmático basado en la teoría de las normas, se toman en cuenta ambas igualdades. El basamento del modelo considera, como primer paso, la fórmula clásica de que hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual, lo que implica dos normas: (i) una de trato igual y (ii) otra de trato desigual:

- (i) “Si no hay ninguna razón suficiente para permitir un trato desigual, entonces está ordenado un tratamiento igual”²¹²,

y

criticando a Dreier- que <<la interpretación de la máxima igualdad que uno elija depende de la filosofía del derecho y del Estado que uno posea>>...Es claro que la filosofía del Derecho y del Estado que suscribe Alexy parece asumir sin mucha discusión tres axiomas notoriamente conservadores. El primero es que la igualdad de *iure* no puede ser sacrificada en aras de la igualdad de hecho, axioma que no se deriva de su propio argumento de que existe una carga de la argumentación a favor de la igualdad formal, ya que si esta presunción es sólo *prima facie* -lo que el mismo Alexy parece admitir- entonces cabe argumentar en favor de sacrificios de la igualdad formal en aras de la igualdad material. El segundo es que el fundamento principal de los derechos sociales o derechos a prestaciones en sentido estricto sea el principio de libertad fáctica. El tercero es que los derechos a prestaciones en sentido estricto son derechos a bienes que uno podría adquirir en el mercado si tuviera recursos suficientes. En este tercer axioma se incluye una cierta petición de principio pues se da por supuesto, sin argumento alguno, que un sistema educativo público o un sistema sanitario sólo se justifican como remedio subsidiario para solucionar carencias del lado de la oferta o del lado de la demanda mientras que es perfectamente argumentable que se justifican para satisfacer derechos fundamentales y que es la iniciativa privada la que tiene un mero papel subsidiario en la creación de estos servicios, papel que puede justificarse en base al principio de libertad de empresa y, en el caso de la educación, al principio de libertad ideológica.”, Hierro, Liborio L., “Los derechos económicos-sociales y el principio de igualdad en la Teoría de los Derechos de Robert Alexy”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Núm. 30, Universidad de Alicante, Es., 2007, p. 268.

²¹² Alexy, Robert, *Teoría de los derechos...Op. Cit.*, p. 372.

- (ii) Si hay una razón suficiente para ordenar un trato desigual, entonces está ordenado un tratamiento desigual."²¹³

En estas normas el tratamiento está referido al acto por lo que solamente están relacionadas con la igualdad de *iure*, pero, si como segundo paso, se hace valer el principio de igualdad de *facto* en la aplicación de ambas normas dentro del marco del concepto de razón suficiente, es decir, considerar que el principio de igualdad de hecho es una razón suficiente tanto para la permisión, norma (i), como para la norma que ordena, norma (ii). En la norma (i) de permisión el principio de igualdad de hecho es una razón para un no-derecho definitivo a un determinado tratamiento de *iure* igual; en la segunda norma (ii) es una razón para un derecho definitivo a un determinado tratamiento de *iure* desigual, sirviendo para la creación de una igualdad de hecho.²¹⁴

Después de analizar algunas objeciones al modelo y tomar en cuenta los principios de distribución de competencias y de libertad de configuración del legislador, Alexy concluye que este modelo permite dar cabida al principio de igualdad de hecho en el ordenamiento jurídico a través de las normas que regulan la igualdad de *iure*, además de que el modelo muestra que si la relevancia de la igualdad de hecho es tal que desplaza a los principios (o razones) que juegan en contra, se genera un derecho definitivo concreto a la creación de una determinada igualdad de hecho.²¹⁵

Asimismo, señala que adscribir el principio de igualdad de hecho exclusivamente al principio del Estado Social, es decir, no adscribirlo al

²¹³ *Idem*, 372

²¹⁴ *Idem*, pp. 372-373.

²¹⁵ *Idem*, p, 378.

principio general de igualdad, conlleva considerar que el principio del Estado Social no es una disposición de derecho fundamental y, por ende, tal adscripción exclusiva llevaría a no ofrecer la posibilidad de fundamentar derechos subjetivos concretos a la igualdad de hecho dentro de los derechos fundamentales.²¹⁶

Además de lo señalado, hay que decir algo más respecto del principio de igualdad. Así, basándonos en los señalamientos de Francisco J. Laporta, no se debe perder de vista que respecto del principio de igualdad hay tres sentidos que hay que diferenciar en forma clara a partir de asumir un punto de vista normativo:

“[hay] al menos tres sentidos correlativos. Alude, en primer lugar, a la idea de que la igualdad o la desigualdad no están determinados principalmente, a pesar de las apariencias, por hechos, sino que son simplemente un producto de la estructura normativa de la sociedad. Ello quiere decir que no es un conjunto de hechos lo que define la relación de igualdad o desigualdad entre unos seres humanos y otros, sino la valoración, la ‘mediación’ normativa de esos hechos que lleva a cabo el conjunto de normas operativas en una sociedad al atribuir un significado y unas consecuencias a ciertos hechos...[aceptar esto] provisionalmente permite de momento concentrar la atención en los otros dos sentidos de ‘normativo’ que tiene el enfoque...[p]or un lado el enfoque es normativo en cuanto que opera siempre sobre la base de que la idea de igualdad es un ‘principio’ y no una descripción genérica de la realidad. Es decir, que la idea de igualdad no pretende describir lo que sucede, y está interesada sólo parcialmente en si los hombres comparten o no comparten ciertos rasgos. Las discusiones en torno a las analogías y diferencias *de facto* entre los seres humanos son seguramente inconcluyentes. Tanto puede afirmarse que los hombres comparten muchos rasgos como que cada uno de ellos es una individualidad singular e irrepetible, pero ambas cosas son de importancia secundaria para la idea de igualdad. Y ello porque ésta no es una afirmación sobre la identidad entre sí de rasgos de la realidad humana, sino una directiva

²¹⁶ *Idem*, p. 378. Ley Fundamental, Artículo 20 [Fundamentos del orden estatal, derecho de resistencia]
(1) La República Federal de Alemania es un Estado federal democrático y social.

genérica concerniente al tratamiento de estos rasgos. Es un 'principio ético básico, no una aserción de hechos...' [Peter Singer, *Ética práctica*, Ariel, Barcelona, Es., p. 33]. O, dicho más simplemente, no se ocupa de lo que sucede en la realidad sino de lo que debe suceder, a saber: que los seres humanos, sean cuales sean sus rasgos comunes o distintivos, habrán de ser tratados como iguales. Qué signifique esto es el problema que habrá que resolver, pero tener claro que la igualdad es un 'principio' me parece fundamental para ello.

Pero el enfoque es normativo en un sentido ulterior. Se ha dicho ya que la igualdad tiene que ver con normas sociales más que con hechos, y también que la igualdad es un principio o 'directiva' genérica concerniente a cómo deben ser tratados los seres humanos. La última dimensión normativa del enfoque consiste, consecuentemente, en adoptar un punto de vista que pueda engarzar estas dos afirmaciones. Y este punto de vista global se incorpora al considerar la idea de igualdad como una gran 'metanorma', es decir, al presentarla como un 'principio' cuyo sentido y función es 'metanormativo' respecto de las normas de la sociedad. Ello supone concebirla como un mensaje prescriptivo dirigido a ellas, como una exigencia genérica frente a la estructura, contenido y efectos de esas normas sociales"²¹⁷

De lo señalado por Laporta, es relevante diferenciar tres aspectos en relación con la igualdad:

- (i) La igualdad requiere de valoraciones normativas;
- (ii) La igualdad es un principio, por ende, no describe realidades, sino que impone un parámetro de deber ser; y
- (iii) La igualdad opera, a efecto de conectar los dos aspectos anteriores. como metanorma al prescribir que las normas del sistema jurídico deben observar el principio de igualdad.

²¹⁷ Laporta, Francisco J., "El principio de igualdad: introducción a su análisis", en *Sistema, Revista de Ciencias Sociales*, núm. 67, pp. 3-5. Sistema, Revista de Ciencias Sociales, nº 67, publicada por Editorial Sistema, Madrid 1985.

Para un mejor conocimiento del principio de igualdad y considerando su impacto definitorio en los derechos sociales es pertinente hacer alusión a la clasificación clásica de la igualdad en formal, la igualdad en derechos y la igualdad material o sustancial.²¹⁸

La igualdad formal se proyecta como igualdad ante la ley y puede verse como generalización, procesalmente como igualdad de procedimientos e igualdad de trato formal, la cual, a su vez, puede analizarse como igualdad por equiparación o como diferenciación. La igualdad formal “se identifica con la exigencia jurídico-política de la igualdad ante la ley, que supone el reconocimiento de la identidad del estatuto jurídico de todos los ciudadanos; esto es, la garantía de la equiparación de trato en la legislación y aplicación del Derecho. La igualdad formal históricamente se plasma en el modelo liberal de Estado de Derecho.”²¹⁹

La igualdad en derechos refiere la aplicación igual de la ley. A decir de Ferrajoli “La igualdad en los derechos fundamentales resulta así configurada como el igual derecho de todos a la afirmación y a la tutela de la propia identidad, en virtud del igual valor asociado a todas las diferencias que hacen de cada persona un individuo diverso de todos los otros y de cada individuo una persona como todas las demás”.²²⁰

La igualdad de trato material está “conectada con la idea de justicia material y con la consecución de los valores medios que permitan el pleno

²¹⁸ García Añón, José, “Derechos sociales e igualdad”, en VV. AA. *Derechos sociales. Instrucciones de uso...*, Op. Cit., p. 79.

²¹⁹ *Idem*, p. 81.

²²⁰ Citado por José García Añón, *Idem.*, p. 89.

desarrollo de la persona y su participación e la organización económica, política y social de un país".²²¹

La igualdad material o sustantiva puede ser por equiparación o por diferenciación. Como equiparación implica el reconocimiento de que las necesidades básicas deben ser protegidas como rasgo que fundamenta los derechos sociales de manera más adecuada porque representan valores en sí mismos y la equiparación puede darse a través de un derecho fundamental prestaciones directamente exigibles (V. gr., educación gratuita); cuando concurre una pretensión de igualdad sustancial con otro derecho fundamental, aunque no sea prestacional (V. gr., derecho de defensa, asistencia de un abogado); o cuando una exigencia de igualdad material concurre con una de igualdad formal. La igualdad de trato material como diferenciación puede implicar desaparecer un privilegio (V.gr., derecho de propiedad), estableciendo un derecho subjetivo o estableciendo directrices o principios que exigirían una posterior regulación mediante leyes.²²²

En otra perspectiva se habla de igualdad de oportunidades o en los puntos de partida y de igualdad de resultados o los puntos de llegada. La primera "supone la no 'discriminación mediante obstáculos arbitrarios para alcanzar posiciones sociales', esto es, 'la no discriminación de ningún individuo en el ejercicio y desarrollo de sus aptitudes de cara a su participación en el proceso productivo, la legislación, la cultura y, en general, en cualquier faceta de la organización social'"²²³ La igualdad de resultados se entiende "como consecuencia de un conjunto de medidas a tomar por los poderes

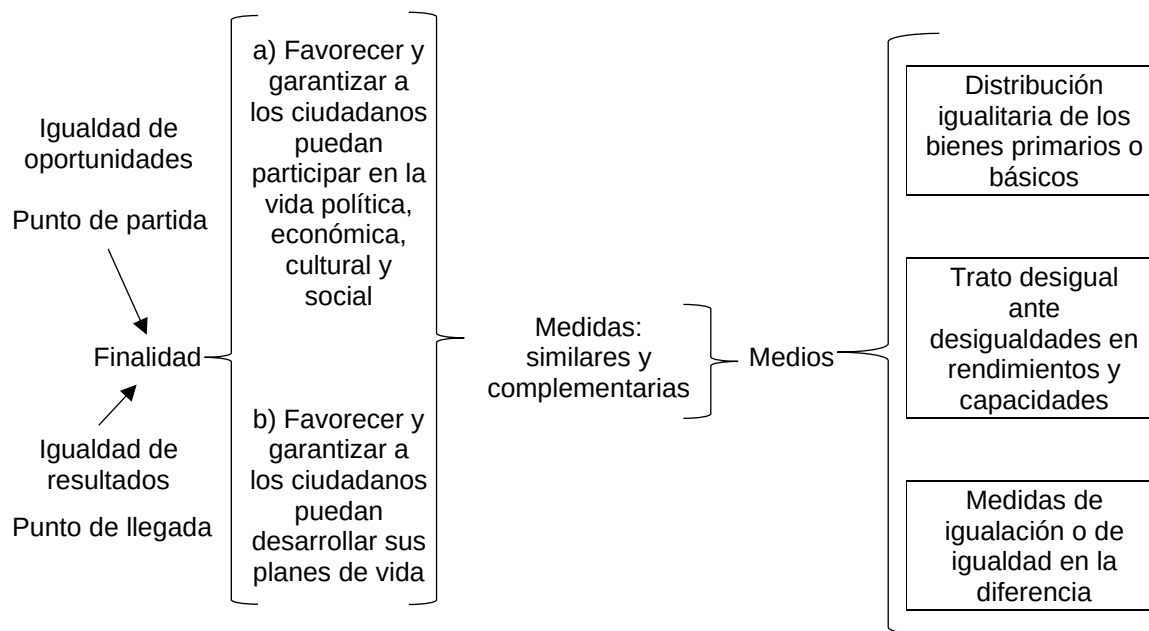
²²¹ *Idem.*, p. 85.

²²² *Idem.*, pp. 85-89.

²²³ *Idem.*, p. 92. (Lo entrecomillado sencillo es de C. Alarcón Cabrera, "Reflexiones sobre la igualdad material", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 4, 1987, pp. 31 y 33, citado por José García Añón]

públicos para el logro de una semejante calidad de vida y de una igual satisfacción de las necesidades humanas básicas".²²⁴ Esquemáticamente:

Esquema 19. Igualdad de oportunidades e igualdad de resultados



Ahora bien, la igualdad material no debe ser vista como una exigencia aislada, sino como una reivindicación social. En palabras de Antonio Baldassarre:

“Ante todo, todos los derechos sociales están ligados a un estatus social especial: para muchos de ellos la posesión de este estatus es el presupuesto jurídico de su titularidad...para otros, por el contrario -los así llamados derechos sociales del hombre-, el ámbito de vida social se asume como elemento necesario del supuesto en examen y como factor indispensable para el goce de los derechos mismos...todos los derechos sociales son también principios constitucionales que rigen la distribución o la redistribución de los recursos económicos, sociales y políticos entre los ciudadanos, son, en otras palabras, el testimonio concreto de la sociabilidad del Estado democrático querido por la Constitución y

²²⁴ Citado por José García Añón, *Idem.*, p. 92.

de la síntesis de valores que la sostiene continuamente: aquella entre la libertad y la igualdad.”²²⁵

Hasta aquí la noción de igualdad en sus dos proyecciones fundamentales, de *iure* y de *facto*, y que se desarrolla bajo conceptos como el de la igualdad material, el de igualdad de oportunidades y el de igualdad de resultados; estas pautas miran a los seres humanos *in abstracto*, por lo que consideramos pertinente aludir al tema de las relaciones entre igualdad y diferencia desde la óptica feminista, pues consideramos que es un tema que es importante tomar en cuenta en los derechos sociales, pues las relaciones entre hombres y mujeres conlleva diferencias naturales y sociales que históricamente han puesto en un nivel inferior el trato de las mujeres lo que, a su vez, impacta el mandato de no discriminación que permea a los derechos humanos, en especial de los derechos sociales. Piénsese en los derechos de salud reproductiva, de acceso al trabajo, de la decisión de interrumpir el embarazo, de alimentación durante el embarazo, de la lactancia en los primeros meses de vida de una persona (oportunidad de lactar), de acceso a la educación en el que culturalmente las mujeres han sido marginadas, cuestiones en los que las mujeres no deben ser discriminadas.

Luigi Ferrajoli²²⁶ anota que existen cuatro modelos de configuración de la diferencia: (i) indiferencia jurídica de las diferencias, en el que las diferencias son marginadas jurídicamente, es decir, ni se valoran ni se desvaloran, ni se protegen ni se vulneran, a pesar de que hay diferencias se les ignora²²⁷; (ii) diferenciación jurídica de las diferencias, modelo en el que se valoran algunas identidades y otras se desvalorizan, se produce una jerarquización

²²⁵ Baldassarre, Antonio, *Los derechos sociales...*, Op. Cit., pp. 204-205.

²²⁶ Ferrajoli, Luigi, “Igualdad y diferencia”, en *Igualdad y diferencia de género*, publicación del Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, Colección Miradas, N° 2, México, 2007, pp. 7-33.

²²⁷ *Idem.*, p. 8.

(V. gr., en los estados decimonónicos sólo votaban los varones blancos, propietarios)²²⁸; (iii) homologación jurídica de las diferencias, modelo en el que las diferencias son eliminadas en función de una abstracta afirmación de igualdad²²⁹; y (iv) el modelo de igual valoración jurídica de las diferencias con lo que se garantiza a todos su libre afirmación y desarrollo²³⁰. Señala Ferrajoli que el cuarto modelo:

“A diferencia del primero...en vez de ser indiferente o simplemente tolerante con las diferencias, garantiza a todas la libre afirmación y desarrollo, no abandonándolas al libre juego de la ley del más fuerte sino haciéndolas objeto de esas leyes de los más débiles que son los derechos fundamentales. Del segundo se distingue porque no privilegia ni discrimina ninguna diferencia, sino que las asume a todas como dotadas de igual valor, prescribiendo para todas igual respeto y tratamiento. Del tercero lo separa el dato de que no desconoce las diferencias, sino que, por el contrario, reconoce todas y las valoriza como otros tantos rasgos de la identidad de las personas, sobre cuya concreción y especificidad cada una funda su amor propio y el sentido de la autonomía en las relaciones con los demás. La igualdad en los derechos fundamentales resulta así configurada como el igual derecho de todos a la afirmación y a la tutela de la propia identidad, en virtud del igual valor asociado a todas las diferencias que hacen de cada persona un individuo diverso de toso los otros y de cada individuo una persona como todas las demás.”²³¹

Con base en los elementos sobre la prioridad precondicional de los derechos sociales y el principio de igualdad, consideramos estar en aptitud de construir una definición de los derechos sociales de carácter explicativo y operativo, lo que abordamos en el punto siguiente.

²²⁸ *Ib.*, p. 8

²²⁹ *Ib.*, p. 9.

²³⁰ *Ib.*, p. 10

²³¹ *Ib.*, pp. 10-11

3. Una definición explicativa y operativa de los derechos sociales

Cerramos este apartado contestando la pregunta que inicialmente nos hicimos: ¿qué son los derechos sociales? La definición que presentamos en el esquema 18 (p. 153), sobre los derechos sociales: <<derechos subjetivos de la persona en situación o posicionamiento social, bajo los parámetros de intencionalidad colectiva, que constituyen un haz de posiciones complejo y que tienen como objeto prestaciones estatales -y, en algunos casos, de particulares, sea bajo acciones positivas (fácticas o normativas) o acciones negativas, relacionadas con elementos primordiales materiales de existencia básicos de la persona humana como la salud, la seguridad social, el trabajo, la cultura, la vivienda, la alimentación, el medio ambiente, el agua, educación, la familia, la niñez, entre otros, y que configuran las precondiciones para que una persona tenga una vida digna y la posibilidad real de hacer o no hacer lo permitido, y estar en aptitud de ejercer adecuadamente libertades jurídicas y competencias que a su posición individual social correspondan>>, no cumple la condición metodológica/conceptual de brevedad, y en verdad no es tarea fácil abreviar y reflejar el núcleo intensional, es decir, las peculiaridades de lo que denotamos como derechos sociales, por lo que una definición explicativa, pero operativa, vinculada a nuestro estudio, es la siguiente:

<<Los derechos sociales son derechos humanos cuyo objeto son las prestaciones que se constituyen como las precondiciones materiales básicas de existencia de las personas para una vida digna>>.

Para cerrar el entendimiento de los derechos humanos, es importante hacer referencia al proceso constitucional de producción de las modificaciones

constitucionales en México del 10 de junio de 2011, lo que mostramos en el apartado siguiente.

F. Proceso legislativo de modificaciones constitucionales en materia de derechos humanos en México: la reforma del 10 de junio de 2011

1. Contexto internacional del proceso constitucional de las modificaciones en materia de derechos humanos del 10 de junio de 2011

Las modificaciones constitucionales en materia de derechos humanos y del control de su constitucionalidad y de su convencionalidad, del 10 de junio de 2011, no fueron resultado de un proceso aislado, pues el ámbito internacional tenía exigencias particulares sobre México, ni tampoco fue pacífico, ya que, incluso ya vigentes, hubo dos intentos para “revertir” o cambiar el texto constitucional publicado en el Diario Oficial de la Federación del 10 de junio de 2011.

De las primeras cuestiones que hay que considerar es el contexto internacional en el que se fraguaron las modificaciones constitucionales.

Desde 1998 México reconoció la jurisdicción de la Corte IDH, y para noviembre de 2013 fue objeto de escrutinio convencional en diez casos de los que en nueve ha sido condenado.

En la resolución de esos casos, el ejercicio de la facultad consultiva de la CortelDH ha jugado un papel de primer orden, pues además de tratar diversos temas, ha analizado sus facultades y los de la ComisiónIDH.

Asimismo, se deben considerar, hasta 2020, 27 opiniones consultivas sobre los temas siguientes²³²:

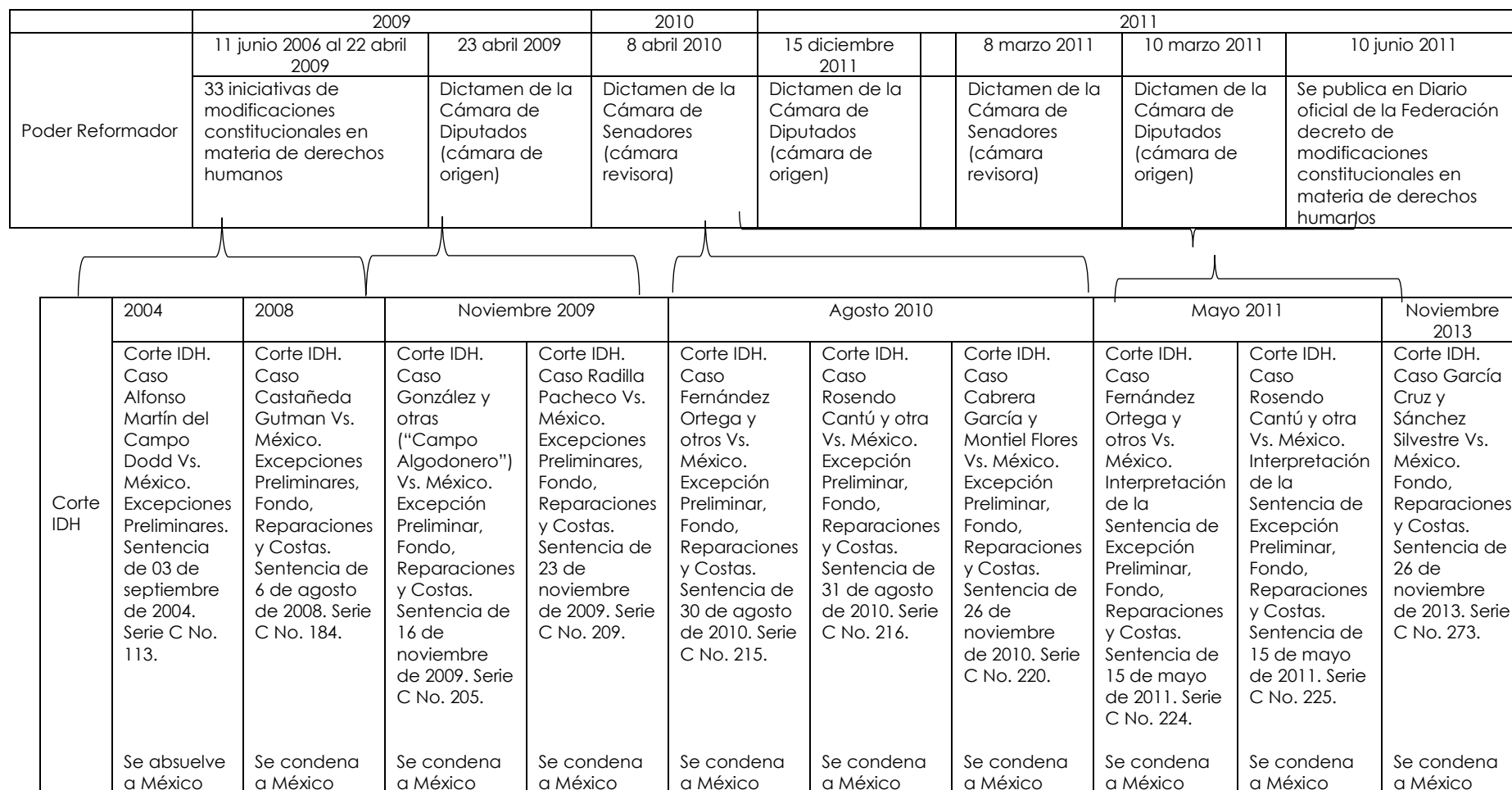
- (1) Asunto de Viviana Gallardo y otras;
- (2) "Otros tratados" objeto de la función consultiva de la Corte;
- (3) Efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos;
- (4) Restricciones a la pena de muerte;
- (5) modificación de la Constitución de Costa Rica en materia de naturalización;
- (6) La colegiación obligatoria de periodistas;
- (7) La expresión "leyes" en el artículo 30 de la convención americana;
- (8) Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta;
- (9) El habeas corpus bajo suspensión de garantías;
- (10) Garantías judiciales en estados de emergencia;
- (11) Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana;
- (12) Excepciones al agotamiento de los recursos internos;
- (13) Compatibilidad de un proyecto de ley con el artículo 8.2.h de la Convención Americana;
- (14) Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos;
- (15) Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención;
- (16) Informes de la Comisión IDH sobre derechos humanos;
- (17) El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal;

²³² Fuente de consulta: https://www.corteidh.or.cr/opiniones_consultivas.cfm

- (18) Condición jurídica y derechos humanos de la niñez;
- (19) Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados;
- (20) Control de legalidad en el ejercicio de las atribuciones de la ComisiónIDH;
- (21) Artículo 55 de la Convención Americana;
- (22) Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración o en necesidad de protección internacional;
- (23) Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos;
- (24) Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal;
- (25) Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo;
- (26) La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección;
- (27) La denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y sus efectos sobre las obligaciones estatales en materia de derechos humanos

En el esquema siguiente mostramos paralelamente la cronología del proceso (legislativo/constitucional) de modificaciones constitucionales en materia de derechos humanos y los casos litigados ante la CoIDH:

Esquema 20. Cronograma Poder Reformador/Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)



De los diez casos referidos, el que más ha causado impacto²³³ <<estructural/judicial>> en nuestro sistema jurídico es el Caso Radilla Pacheco Vs. México. En el esquema siguiente se presenta la cronología de este caso en relación con la actuación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), funcionando en Pleno.

Esquema 21. Cronograma del Caso Radilla Pacheco Vs. México y la actuación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

23 noviembre 2009	15 diciembre 2009	9 febrero 2010	4 marzo 2010	26 mayo 2010	19 mayo 2011	10 junio 2011	14 julio 2011
Sentencia Corte IDH	Notificación MX	Publicación DOF sentencia Corte IDH	En la discusión [sesión Pleno] de la acción de inconstitucionalidad 22/2009, se hace referencia a: -modificaciones constitucionales en materia de juicio de amparo, y -caso Radilla Pacheco	SCJN Pdte. Hace petición al Pleno sobre trámite Sentencia Corte IDH	Corte IDH Resolución de supervisión	Poder Reformador Modificaciones en materia de derechos humanos	SCJN resolución expediente 912/2010
				Exp. Varios 489/2010, turno Ministro Cossío Díaz 26 mayo 2010			Publicación en el DOF 4 octubre 2011
				Resolución SCJN: Sí procede análisis			
				Sesión Pleno del 7 septiembre 2010 engrose nuevo turno Ministra Luna Ramos; Exp. Varios 912/2010 (nuevo núm. de expediente)			

²³³ Quizá, desde una perspectiva cualitativa, uno de los asuntos de mayor impacto es el caso conocido como “Campo Algodonero”, Corte IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, vinculado a feminicidios; https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf. La Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, resolvió el Amparo en Revisión 554/2015, resuelto el 25 de marzo de 2015 (el trámite del amparo duro alrededor de 5 años), en el que revisa la actuación ministerial y judicial en un caso de feminicidio. Para un análisis de la sentencia de la Corte mexicana véase en Youtube: Conferencia de Gutiérrez Parada, Oscar, “Feminicidio. Amparo en Revisión 554/2015”; Fuente: https://www.youtube.com/watch?v=CAo_GHD8esw.

2. Tratamiento previo del control de la convencionalidad por parte de la SCJN

Por lo que hace a la actuación de la SCJN respecto del Caso Radilla Pacheco Vs. México, consideramos importante tomar en cuenta un asunto en el que el Pleno de la SCJN debate sobre el control de la convencionalidad y cuál es el tratamiento que da al mismo antes de que se produjeran las modificaciones constitucionales publicadas en el DOF del 10 de junio de 2011.

En la sesión del Pleno de la SCJN del 4 de marzo de 2010, en la que se discutía la acción de inconstitucionalidad 22/2009, el ministro Silva Meza, señaló lo siguiente:

“SEÑOR MINISTRO SILVA MEZA: Gracias señor Presidente. En principio ofreciendo una disculpa por no haber estado en la primera parte de la discusión de este asunto, aunque tuve oportunidad de hacer un anuncio sobre ese particular, he seguido la discusión por la vía electrónica telefónica de este asunto. En el tema que se acaba de votar, de una gran importancia, una gran trascendencia, el relativo a determinar la posibilidad de existencia de una interpretación extensiva, amplia del contenido del artículo 105 constitucional, para efecto de determinar la posibilidad de que exista ésta, sí posibilidad en la Comisión Nacional de Derechos Humanos de hacer o no valer los derechos humanos consagrados en los tratados internacionales firmados y ratificados por nuestro país, y haciendo una interpretación extensiva o restrictiva. En este caso yo soy un convencido y así lo he venido manifestando en cuanto ha habido oportunidad de hacerlo en este Alto Tribunal, en relación a que el alcance del artículo 105 merece y debe tener una interpretación extensiva, mientras metafóricamente hablando, mientras más ventanillas se puedan hablar en el acceso a la defensa de los derechos humanos en todos los casos y por todas las vías, ésta es la que debe ser la interpretación pertinente para este artículo 105. Esto ahora tiene un especial significativo en estos tiempos porque si antes podía ser una interpretación así como tal, una interpretación de este Alto Tribunal, creo que ahora ya adquiere es mi perspectiva un tono diferente, estamos en el tema de la obligatoriedad ya, también, ya nosotros por haber sido signantes de convenciones internacionales que se constituyen en

derecho interno para nuestro país, pues ya aquí tenemos obligaciones para no despreciar el control convencional y dejarlo exclusivamente al control de constitucionalidad. Los argumentos encuentran sustento, creo, esta percepción de entrada en los dos primeros preceptos, los primeros artículos de la Convención Americana de Derechos Humanos que así lo establecen, lo determinan, en esa situación de deber de adoptar disposiciones de derecho interno para efecto de la eficaz protección de los derechos humanos con base en estas disposiciones es precisamente que se sustenta la reciente resolución identificada como el caso “Radilla”, donde concretamente el veintitrés de noviembre de dos mil nueve, se determina en el apartado relativo algo que del cual yo desprendería esa situación de obligatoriedad, dice el Apartado 115 [se trata del párrafo 339 de la sentencia de la Corte IDH]: “En relación con las prácticas judiciales este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico, pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención América, sus jueces como parte del aparato del Estado también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin que desde un inicio carecen de efectos jurídicos, en otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un control de convencionalidad exoficio entre las normas internas y la Convención América, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”, hasta aquí la cita de esta resolución del caso “Radilla”, esto es, vamos interpretado así con amplitud y tratando de darle precisamente un espectro extensivo a la interpretación encontramos que los jueces mexicanos, inclusive los Ministros de esta Suprema Corte de Justicia estamos obligados a realizar controles convencionales, ya creo que es obligación y ya en esta situación de tendencia, inclusive, de ir caminando hacia esta interpretación extensiva para la protección de los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales, pues es *la posición que ha tenido el Constituyente Permanente en nuestro país, ya sabemos que la mitad del Congreso ha aprobado por unanimidad ya este proyecto en relación con la Ley de Amparo donde está esta prevención de amplitud protectora por vía del juicio de amparo para los derechos humanos contenidos en los tratados donde México es parte, los ha signado, si hacemos un análisis de la mención de derechos humanos reconocidos por la Constitución*

*es mucho muy estrecha, aquí se ha aludido al artículo 2º constitucional, al 21, al 102 y al 122 que son los que tienen la mención expresa de la protección de los derechos humanos; entonces no puede quedar restringido exclusivamente a un control de constitucionalidad en relación a derechos humanos solamente contenidos en esas disciplinas. En esencia, estas consideraciones sustentarían mi posición en relación con este asunto. Gracias Presidente.” (Las cursivas son nuestras)*²³⁴

En síntesis, el ministro Silva Meza propone una interpretación extensiva y, por ende, la CNDH debe poder impugnar, vía acción de inconstitucionalidad, normas generales que vulneren no sólo la Constitución sino también tratados internacionales en materia de derechos humanos, es decir, se lleve a cabo control de convencionalidad (difuso). También llama la atención el señalamiento de la labor legislativa -del Poder Reformador-, mostrando que el juez constitucional está atento a lo que hace el legislador (la referencia es a la iniciativa en materia de juicio de amparo, pero por lo señalado por el ministro, es evidente que también se está refiriendo a la reforma constitucional en materia de derechos humanos)

A estos argumentos responde Cossío:

“SEÑOR MINISTRO COSSÍO DÍAZ: Señor Presidente, sé que es un tema discutido y ya fue inclusive votado, pero alguna de las afirmaciones que hizo el señor Ministro Silva Meza, yo quisiera referirme a ellas porque me parecen de una enorme importancia. Yo creo que aquí se están confundiendo varias cosas y entonces se da una impresión que no es la correcta. En ningún momento me parece que quienes estamos en la mayoría hemos aceptado que no se puedan conocer de los tratados internacionales. Éste me parece un tema que es central, porque pareciera que quienes están en la minoría, sí aceptan que se haga un control de constitucionalidad de los tratados y quienes estamos en la mayoría despreciamos el derecho americano. Yo creo que esto no es así, me parece que simple y sencillamente son dos formas técnicas de

²³⁴ Versión estenográfica de la sesión del Pleno del 4 de marzo de 2010; https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/versiones-taquiograficas/documento/2016-10-28/20100304_0.pdf

abordar el problema. En la posición que acaba de manifestar el Ministro Silva Meza, él lo que pretende y según entiendo, es *llevar a cabo un control de constitucionalidad de las leyes enfrentándolas directamente contra un precepto de un tratado*; de forma que si el Código Penal, por ejemplo, tuviera algún tipo de sanción o de condición, él diría: el Código Penal es inconstitucional sencillamente porque esto es contrario al artículo “X” o “Y” de la Convención, del pacto o de cualquiera de los elementos internacionales. Éste es, entiendo el punto de vista; sin embargo, cuando me parece que votamos al final, la condición de los artículos 14 y 16, nosotros también estamos en la posibilidad de llevar a cabo un control por vía de los artículos 14 y 16, encontrando que el tratado internacional o mejor, una disposición del orden jurídico mexicano violaría el artículo 14 y 16, al ser contrario al tratado; eso es una primera cuestión, entonces creo que no es ésta una reflexión. En segundo lugar, me parece que el ejemplo de la Ley de Amparo, justamente demuestra lo contrario a lo que se pretende demostrar, porque precisamente en el artículo 1º y en el artículo 103, se dice que el juicio de amparo será procedente contra determinados instrumentos internacionales. No creo que esto sea un problema de tendencias sino de normas positivas, si la norma positiva dice que se pueden combatir los tratados internacionales, justamente es porque anteriormente no estaba en la posibilidad de un control de constitucionalidad esos tratados internacionales. Creo que lo que se quiere mostrar como un elemento de acercamiento, justamente demuestra lo contrario. Y, en tercer lugar también me pareció, *y ésta es la afirmación que entiendo más peligrosa de todas, extraer de un párrafo de una sentencia, que nosotros estamos obligados a un control de convencionalidad*. Yo creo que lo primero que tenemos que preguntarnos es cuál es el alcance de las resoluciones de la Corte Interamericana respecto a nosotros. A mí no me queda ninguna duda de que estamos obligados a lo que se determine en la sentencia, pero sí me quedan muchas dudas que estemos obligados sin más a adoptar la totalidad de la jurisprudencia del sistema interamericano como si se tratara de una jurisprudencia obligatoria. Este creo que es un tema muy serio, muy delicado, y que no lo podemos despachar en una afirmación del tipo de la Corte mexicana, o el orden jurídico mexicano en su totalidad está obligada a seguir la jurisprudencia en cualquier materia. En el caso Radilla, que señala el señor Ministro Silva Meza lo que se nos está diciendo es que hagamos ajustes en la interpretación que tenemos respecto el fuero militar, pero en concreto respecto de fuero militar, no nos dice la sentencia Radilla, y no podría hacer eso la sentencia Radilla, decir que tenemos que acatar la totalidad del orden jurídico interamericano a cuento de la sentencia Radilla. Creo que aquí esto es un problema serio, en cuanto al *alcance de la jurisprudencia de esa Corte Interamericana*,

respecto de nosotros. Las otras tres obligaciones no las señalo porque son para el Poder Judicial. Cuatro, el punto resolutivo no en parte considerativa de la sentencia, que habría que ver si estamos obligados a la parte considerativa de la sentencia, yo también tengo mis dudas sobre eso, y en todo caso, creo que habría que discutirlo. Pero de cualquier manera, lo único que estamos discutiendo aquí es si es o no es procedente una *acción de inconstitucionalidad*, y curiosamente el nombre es de inconstitucionalidad, eso me parece que determina también la naturaleza de las cosas, en cuanto a que podamos enfrentar un precepto legal en contra de una Convención Internacional. Este me parece que es el tema central, decir que se va a entrar a esos controles por vía indirecta, pues me parece que es *mantener la estructura de un orden jurídico nacional, donde en primerísimo lugar están las normas constitucionales, después los tratados internacionales, y después tenemos discusión sobre si son leyes generales o federales, o estatales, o el Distrito Federal, no entró a ese rango, pero en la relación entre Constitución y leyes, simple y sencillamente estamos diciendo que la Constitución mexicana, es la que determina las posibilidades de control de constitucionalidad, y no así los tratados internacionales como control de constitucionalidad*. Meternos por la puerta trasera del control de convencionalidad, pues es sencillamente algo que hasta donde yo entiendo nunca hemos sustentado que estas disposiciones se encuentran para efectos de la acción de inconstitucionalidad en la misma jerarquía de las disposiciones constitucionales. Como fueron muy importantes estas afirmaciones del señor Ministro Silva Meza, no quise perder la oportunidad de manifestar mis ideas respecto de ellas señor Presidente, y sí nada más terminar que esta cuestión de la obligatoriedad de las sentencias, creo que vale la pena analizarlo, y a lo mejor es el tema del asunto del señor Ministro Gudiño, antes de decir que, porque hay una parte considerativa estamos obligados a acatar la totalidad de la jurisprudencia. Yo sé que estoy obligado a acatar la sentencia, pero no sé si todas las determinaciones de todas las sentencias, de todos los casos. Esto creo que es una discusión muy importante, que en su momento debemos enfrentar.” (Las cursivas son nuestras)²³⁵

Sumariamente, el ministro Cossío señala que la acción de inconstitucionalidad solamente sirve para contrastar normas con la constitución, además (i) pone en la mesa de la discusión el alcance de la jurisprudencia de la Corte IDH, y (ii) recurre al argumento de la jerarquía

²³⁵ *Idem.*

normativa en el que la Constitución ocupa el peldaño más alto y después están los tratados internacionales, señalando que la Constitución es la que posibilita el control constitucional y no los tratados internacionales.

Replica de Silva Meza:

“SEÑOR MINISTRO SILVA MEZA: Gracias, retomo esta última exposición, efectivamente es el tema, el tema no es menor, es de una gran entidad, lo ha señalado el propio Ministro Cossío, y son dos formas de ver las cosas. Aquí ha quedado precisamente, qué es lo que queda de manifiesto con la importante posición del señor Ministro Cossío, que un mismo tema, o una disposición, una misma apreciación, se puede ver y leer de manera diferente, la lectura que yo le he dado, es diferente a la que ahora hace la interpretación del Ministro Cossío. El tema en sí mismo, lo que seguiremos abordando, y es algo que siento que con mayor frecuencia estará presente entre nosotros. Yo insisto, son dos formas diferentes de leer las cosas, de verlas, de interpretarlas, lo importante es que tengan apoyos exigentes y razonables para emitirlas que en el caso concreto, en la situación del asunto en lo particular, el tema nos da la oportunidad creo, de explayarnos a aquéllos que vamos a hacer voto particular en las razones para seguir construyendo esta litis de debate en este tema tan importante. Yo en principio me concreto al tema votado con una simple situación de *que participo con la minoría de una interpretación amplia, extensiva en este tema y en relación con lo dicho, también dejamos abierta la puerta para una discusión futura pues que nos corresponderá este Alto Tribunal, en ése que se llama el falso dilema del control de constitucionalidad y el control de convencionalidad porque parece que ambos convergen a lo mismo protección de derechos humanos.*” (Las cursivas son nuestras)²³⁶

Dúplica del Ministro Silva Meza: insiste en una interpretación amplia, y apunta que es un falso dilema entre control constitucional y control convencional porque ambos convergen a lo mismo: la protección de los derechos humanos.

En la sesión la votación fue la siguiente:

²³⁶ *Idem.*

“SEÑOR MINISTRO AGUIRRE ANGUIANO: Estoy a favor.
 SEÑOR MINISTRO COSSÍO DÍAZ: Igual.
 SEÑORA MINISTRA LUNA RAMOS: También.
 SEÑOR MINISTRO FRANCO GONZÁLEZ SALAS: A favor.
 SEÑOR MINISTRO ZALDÍVAR LELO DE LARREA: A favor.
 SEÑOR MINISTRO GUDIÑO PELAYO: No, yo estoy en contra del criterio aunque coincido con la lectura que le da el Ministro Aguirre Anguiano a la Constitución en el sentido de que los derechos humanos consagrados en esta Constitución son los únicos objetos de protección en las acciones de inconstitucionalidad; sin embargo, me encuentro con un problema que no he podido superar: que también en la Constitución se encuentran el artículo 14 y el 16 constitucional que establecen como derecho fundamental la garantía de legalidad y de exacta aplicación. Claro, se dirá: “es que esas son violaciones indirectas a la Constitución”. Es que la Constitución en ningún momento dice que tienen que ser directas las violaciones. En tal virtud, yo también estoy porque únicamente los defendidos en la Constitución, pero incluyendo el 14 y el 16 a través de los cuales, toda la convencionalidad se protege. Yo debo de decir que hablando gráficamente la pregunta del Ministro Zaldívar me prendió los focos, pero me convencieron el Ministro Valls y la Ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas; por tanto, yo voy a votar en el sentido en contra de la propuesta.
 SEÑOR MINISTRO AGUILAR MORALES: A favor.
 SEÑOR MINISTRO VALLS HERNÁNDEZ: En contra.
 SEÑORA MINISTRA SÁNCHEZ CORDERO: En contra.
 SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE ORTIZ MAYAGOITIA: A favor de la propuesta.
 SECRETARIO GENERAL DE ACUERDOS: Señor Ministro Presidente me permito informarle que existe una mayoría de 7 votos a favor de la propuesta consistente en que *la legitimación de las Comisiones de Derechos Humanos para hacer valer acciones de inconstitucionalidad únicamente les permite realizar planteamientos de inconstitucionalidad respecto de derechos humanos garantizados en la Constitución General de la República, expresamente.*” (Las cursivas son nuestras)²³⁷

En el engrose se señala, sobre esta votación lo siguiente:

“Por mayoría de siete votos de los señores Ministros Aguirre Anguiano, Cossío Díaz, Luna Ramos, Franco González Salas, Zaldívar Lelo de Larrea, Aguilar Morales y presidente Ortiz Mayagoitia, en cuanto a que la legitimación de las Comisiones de Derechos Humanos para hacer valer acciones de

²³⁷ *Idem.*

inconstitucionalidad les permite plantear violaciones a derechos humanos previstos expresamente en la Constitución General de la República, incluso violaciones a los artículos 14 y 16 constitucionales; los señores Ministros Gudiño Pelayo, Valls Hernández, Sánchez Cordero de García Villegas y Silva Meza votaron en contra y en el sentido de que las Comisiones de Derechos Humanos tienen legitimación para promover acciones de inconstitucionalidad en las que se haga valer la invalidez de una ley por violar derechos fundamentales previstos en tratados internacionales. El señor Ministro Gudiño Pelayo anunció que realizaría voto particular.”²³⁸

La mayoría (7 votos) no reconoció legitimidad a las comisiones de derechos humanos para hacer planteamientos de violaciones de derechos humanos respecto de tratados internacionales, es decir, violaciones de derechos humanos convencionales.

Con el Caso Radilla Pacheco Vs. México, las cosas cambiarían radicalmente y para ello era indispensable contar con las modificaciones constitucionales del 10 de junio de 2011, es decir, el mencionado caso no se hubiera resuelto como se resolvió sin el marco normativo constitucional que se ha ido conformando con las referidas modificaciones constitucionales²³⁹.

Con las modificaciones constitucionales publicadas en el Diario Oficial de la Federación del 6 de junio de 2011, se faculta a la CNDH interponer acciones de inconstitucionalidad por vulneración de derechos humanos consagrados en la constitución y en los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

²³⁸ Sentencia consultada en:

<https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=105663>

²³⁹ Para nosotros la resolución de la SCJN en el Caso Radilla Pacheco Vs. México, tiene el sentido que tiene gracias al marco normativo constitucional generado a partir de las modificaciones constitucionales publicadas en el DOF del 10 de junio de 2011; en esta aseveración nuestra evidencia es que la SCJN “esperó” deliberadamente, pero de manera justificada, emitir la resolución después de que entrarán en vigor las mencionadas modificaciones constitucionales.

Por otra parte, vale la pena considerar que, con este análisis, nos parece, se visibiliza la atención que presta el juez constitucional a la labor legislativa.

3. Proceso (legislativo/constitucional) de modificaciones constitucionales

En cuanto al proceso de modificaciones constitucionales, en el anexo II de este estudio hemos sintetizado el texto inicial que fungió como iniciativa y que se conformó en la Cámara de Diputados -cámara de origen- a partir de diversas propuestas de iniciativas que se fueron presentando desde el 21 de noviembre de 2006²⁴⁰, hasta la conformación del texto que operó como iniciativa y que podemos calificar como iniciativa primaria, pues fue integrada en un dictamen del 23 de abril de 2009²⁴¹. Este dictamen detonó el proceso de modificaciones constitucionales, proceso en el que la Cámara de Diputados asumió el carácter de cámara de origen y la Cámara de Senadores como cámara revisora²⁴².

²⁴⁰ La primera iniciativa presentada con la que inicia el dictamen de la Cámara de Diputados es la siguiente: "INICIATIVA con proyecto de decreto por el que reforma y adiciona los artículos 4o. y 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de derechos de las niñas y los niños. Presentada por el Diputado Eduardo Sergio de la Torre Jaramillo (Alternativa). Diario de Debates del 21 de noviembre de 2006". Consultable en CÁMARA DE DIPUTADOS DEL H. CONGRESO DE LA UNIÓN. Secretaría General. Secretaría de Servicios Parlamentarios. Dirección General de Servicios de Documentación, Información y Análisis; Proceso Legislativo del "DECRETO por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (DOF 10-06-2011)".

²⁴¹ La última iniciativa integrada en el dictamen del 23 de abril de 2009, fue la siguiente: "INICIATIVA con proyecto de decreto que reforma y adiciona un párrafo al artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Presentada por la Diputada Beatriz Collado Lara (PAN). Diario de los Debates, 27 de agosto de 2008.", consultable en CÁMARA DE DIPUTADOS DEL H. CONGRESO DE LA UNIÓN. Secretaría General. Secretaría de Servicios Parlamentarios. Dirección General de Servicios de Documentación, Información y Análisis; Proceso Legislativo del "DECRETO por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (DOF 10-06-2011)".

²⁴² Del primer dictamen de la Cámara de Senadores se desprende que también en ésta se habían presentado diversas iniciativas en materia de derechos humanos; sin embargo, quien dio el primer paso para que iniciara el proceso de modificaciones constitucionales fue la Cámara de Diputados y, por ello, asumió el carácter de cámara de origen.

Recordemos que el procedimiento de modificaciones constitucionales está previsto en el artículo 135 constitucional, y que contempla además de la participación de cada cámara del Congreso general, la participación de las legislaturas estatales, pero éstas no tienen facultades para hacer propuestas de cambio normativo a la iniciativa o minutas que les envíe el congreso para su aprobación. Su participación es meramente formal, pues se ciñe a manifestar si están a favor o en contra del texto normativo de modificaciones constitucionales que se les haga llegar, requiriéndose mayoría absoluta de las legislaturas para tener por aprobadas las modificaciones respectivas, es decir, más de la mitad de los votos a favor.²⁴³

En general, el proceso de modificaciones constitucionales se ciñe a las reglas procedimentales previstas en el artículo 72 constitucional, por lo que las reglas previstas en el artículo 135 constitucional hay que reconducirlas a las reglas del mencionado artículo 72. La sujeción al proceso <<legislativo>> permite diferenciar diversos textos: (i) texto primario correspondiente a la Cámara de Diputados por el que inicia el proceso de modificaciones constitucionales (Tx CamDip-1); texto de la Cámara de Senadores por el que revisa y modifica el texto original y los devuelve a la colegisladora (Tx CamSen-1); texto de la Cámara de Diputados (Tx CamDip-2) por el que revisa, acepta cambios y modifica el texto de la colegisladora; texto de la Cámara de Senadores (Tx CamSen-2) por el que acepta el texto modificado de la colegisladora, y que al actuar así se tiene por aprobado por el Congreso general el decreto de modificaciones constitucional. Éste fue enviado a las legislaturas estatales para que se pronuncien a favor o en

²⁴³ Sobre los sistemas de mayorías parlamentarias véase: Gutiérrez Parada, Oscar, *Sistema de votaciones y de mayorías en el Congreso General. Legitimidad (poder) y legalidad (derecho)*, Asesoría de Diseños Normativos, S.C., México, 2013.

contra de este, y si se obtiene mayoría absoluta a favor, se expide, promulga y publica el decreto respectivo.

De la contrastación de textos normativos propuestos por cada cámara se coligen varios aspectos que se dieron durante el proceso de modificaciones constitucionales, de los cuales referimos los más relevantes:

1. Artículo 1º, primer párrafo. En el Tx CamDip-1, se diferenciaba nítidamente entre el derecho y la garantía. No obstante, de la redacción introducida por Tx CamSen-1, se evidencia que, si bien quedan diferenciados los derechos de sus garantías, ambos pueden ser objeto de suspensión o restricción. Nos parece que la redacción de los senadores es mejor, pues con la redacción original (diputados) se podría interpretar que solamente los derechos podrían ser objeto de suspensión o restricción.
2. Artículo 1º, segundo párrafo. En el Tx CamDip-1. Se proponía que la aplicación de los derechos humanos se debería llevar a cabo conforme al principio de no contradicción respecto de la Constitución, pero observando el principio *pro personae*. Los senadores, Tx CamSen-1, lo eliminan, pero en el Tx CamDip-2, los diputados restablecen el principio *pro personae* y ya no consideran el principio de contradicción.
3. En el artículo 1º, tercer párrafo, los senadores, Tx CamSen-1, agregaron que la prevención, investigación, sanción y reparación en materia de derechos humanos sería en los términos que establezca la ley.
4. Artículo 1º, quinto párrafo. Los Diputados, Tx CamDip-2, agregaron el calificativo “sexuales” a las preferencias (una de los motivos de discriminación).

5. En el artículo 3° se adicionó que la educación que imparta el Estado debe fomentar el respeto de los derechos humanos.
6. En el artículo 11, segundo párrafo, los senadores, Tx CamSen-1, agregaron que respecto del derecho de asilo sería en caso de persecución. Después los diputados, Tx CamDip-2, adicionaron que la persecución fuera por motivos políticos y que tal derecho se concedería por causas humanitarias dando lugar al refugio.
7. Los senadores, Tx CamSen-1, eliminaron la referencia a tratados de derechos humanos y solamente hacer referencia a tratados internacionales.
8. Artículo 18, segundo párrafo. La modificación respecto del sistema penitenciario se debe a los senadores, Tx CamSen-1.
9. Artículo 29. Las modificaciones se deben a los senadores, Tx CamSen-1. Los diputados, Tx CamDip-2, agregaron la referencia a la Comisión Permanente.
10. Artículo 33. La modificación se debe a los diputados, Tx CamDip-1. Derecho de audiencia previa para la expulsión de extranjeros. Asimismo, se agregó que los extranjeros no pueden inmiscuirse en asunto políticos del país.
11. Artículo 102, apartado B. Regulación de la Comisión Nacional de Derechos Humanos y equivalentes estatales. La propuesta original sobre la negativa a cumplir recomendaciones por parte de las autoridades que no acepten las recomendaciones emitidas y que se deberán publicar las razones de su negativa es original de los diputados, Tx CamDip-1. La propuesta es mejorada y modificada por los senadores, Tx CamSen-1: Cuando las recomendaciones emitidas no sean aceptadas o cumplidas por las autoridades o servidores públicos, éstos deberán fundar, motivar y hacer pública su negativa; además, la Cámara de Senadores o en sus recesos la Comisión

Permanente, o las legislaturas de las entidades federativas, según corresponda, podrán llamar, a solicitud de estos organismos, a las autoridades o servidores públicos responsables para que comparezcan ante dichos órganos legislativos, a efecto de que expliquen el motivo de su negativa.” En cambio, la adscripción de competencia a la Comisión Nacional de Derechos Humanos para que investigue violaciones graves de derechos humanos es propuesta original de los senadores, Tx CamSen-1.²⁴⁴

12. Artículo 105. Los ajustes a la Acción de Inconstitucionalidad y a la Controversia Constitucional se deben a los senadores, Tx CamSen-1.

4. Intentos de reversión de las modificaciones constitucionales en materia de derechos humanos

Después de que entraron en vigor (11 de junio de 2011) las modificaciones constitucionales en materia de derechos humanos, hubo dos intentos de revertirlas (o modificarlas):

(1) Iniciativa de modificaciones constitucionales presentada en la Cámara de Diputados por el legislador Francisco Agustín Vieyra (grupo parlamentario del PRI), publicada en la Gaceta Parlamentaria del 3 de enero de 2013:

“Artículo 1. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y de los que el Estado Mexicanos sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no

²⁴⁴ Recordemos que esta facultad de investigación la tuvo la Suprema Corte de Justicia de la Nación hasta las modificaciones constitucionales en materia de derechos humanos del 10 de junio de 2011. La reforma al segundo párrafo del artículo 97 constitucional implicó la eliminación de dicha facultad de la nómina competencial de la mencionada corte, y que por efecto de las modificaciones al artículo 102 apartado B, se trasladara a la Comisión Nacional de Derechos Humanos.

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 y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. De existir una contradicción de principios entre esta Constitución y los Tratados Internacionales de los que México sea parte, deberá prevalecer el texto constitucional, conforme a lo previsto en su artículo 133.

(...)

(...)

Artículo Transitorio

Artículo Único. El presente decreto entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Federación."²⁴⁵

Afortunadamente esta iniciativa no prosperó²⁴⁶.

(2) Iniciativa con proyecto de decreto que reforma y adiciona los artículos 1º y 133 de la constitución política de los estados unidos

²⁴⁵ Cámara de Diputados, *Gaceta Parlamentaria* del jueves 3 de enero de 2013, *Iniciativa de modificaciones constitucionales presentada en la Cámara de Diputados por el legislador Francisco Agustín Vieyra (grupo parlamentario del PRI)*, p. 4.

²⁴⁶ Una crítica puntual a esta iniciativa es la que hace Roberto Miembro: "Nuevos argumentos en contra de la iniciativa de reforma al artículo 1º de la Constitución, en Revista Nexos, Blog El Juego de la Suprema Corte, 21 enero 2013; consultable en: <https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=2308>. Miembro señala, acertadamente: "...en el fondo la razón por la que la iniciativa ha generado tanta oposición son las implicaciones que puede tener en relación con el poder de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH) para interpretar nuestros derechos, en la que por diversas razones confían más los opositores de la iniciativa. En efecto, la consecuencia más palpable de la reforma del 2011 fue, en mi opinión, que sirvió de fundamento para que la Suprema Corte -en el caso Radilla- hiciera obligatorios para todos los jueces mexicanos los criterios de la CoIDH en los casos en que México sea parte, y orientadores cuando no lo sea. Así, los críticos de la iniciativa tienen un miedo fundado a que se eche para atrás este criterio de la Corte y sea más difícil hacer valer las generosas interpretaciones de la Corte Interamericana. Este es el meollo de la cuestión. Más allá de que la reforma de 2011 vino a reforzar la obligación de los operadores jurídicos de tomar en cuenta los tratados internacionales, estos ya formaban parte de lo que algunos llaman "bloque de constitucionalidad", es decir, de lo que debería servir como parámetro de control. Desde esta perspectiva, la consecuencia práctica más importante del nuevo artículo 1º es que sirvió para que la Suprema Corte se tomara en serio las interpretaciones de la CoIDH y dictará la resolución del Caso Radilla, que se quiere conservar."

mexicanos, presentada por los Senadores Raúl Cervantes Andrade y Emilio Gamboa Patrón a nombre del Grupo Parlamentario del Partido Revolucionario Institucional (PRI), publicada en la Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Senadores del 5 de marzo de 2013:

“Artículo 1º. Esta Constitución y, en aquello que la complementen, las disposiciones de los tratados internacionales en materia de derechos humanos de los que el Estado Mexicano sea parte, son las normas de jerarquía suprema del orden jurídico del Estado.

En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales en la materia 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, a cuyo efecto, sólo se deberán preferir las normas internacionales cuando éstas contengan disposiciones más favorables que las de la Constitución en esta materia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

Artículo 133. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y, en aquello que la complementen, las disposiciones relativas a los derechos humanos contenidas en los tratados

internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, son las normas supremas del orden jurídico mexicano. En general, los Tratados Internacionales se ubican jerárquicamente abajo de esta Constitución, y por encima de las leyes generales, federales y locales. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados, de conformidad con las disposiciones previstas en esta Constitución y en las demás leyes aplicables.

TRANSITORIOS.

ÚNICO. El presente decreto entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Federación."²⁴⁷

Tampoco esta iniciativa prosperó.

- (3) Ante la propuesta de los senadores Raúl Cervantes Andrade y Emilio Gamboa Patrón, a nombre del Grupo Parlamentario del PRI, inmediatamente diversas organizaciones de la sociedad civil se pronunciaron en contra a través de diversos medios de comunicación y redes sociales:

“México D.F., 5 de marzo 2013.- Las organizaciones abajo firmantes expresamos nuestro rechazo por una segunda iniciativa para reformar los artículos 1 y 133 constitucionales que pondría en riesgo los avances alcanzados mediante la reforma constitucional en materia de derechos humanos, aprobada en 2011.

La iniciativa presentada por el Senador priísta Raúl Cervantes Andrade, Presidente de la Comisión de Puntos Constitucionales, busca nuevamente jerarquizar a la Constitución por encima de los tratados de derechos humanos, los cuales se ubican al mismo nivel que la Constitución a raíz de la reforma en materia de derechos humanos.

Si bien la iniciativa en cuestión reconoce la existencia de un bloque de constitucionalidad, con la redacción propuesta se restringiría el bloque de derechos humanos al excluir de éste una serie de normas contenidas en tratados internacionales al

²⁴⁷ Cámara de Senadores, *Gaceta Parlamentaria* del martes 5 de marzo de 2013. La iniciativa es promovida por dos senadores a nombre de un grupo parlamentario, sin embargo, solamente está firmada por Raúl Cervantes Andrade.

establecer que “Esta Constitución y, en aquello que la complementen, las disposiciones de los tratados internacionales en materia de derechos humanos de los que el Estado Mexicano sea parte, son las normas de jerarquía suprema del orden jurídico del Estado.”

La redacción que se propone para modificar la Constitución restringe el bloque de derechos humanos mediante la redacción “en aquello que la complementen”, al ignorar aquellas normas contenidas en tratados internacionales que no formen parte del texto constitucional. Asimismo, la iniciativa al valorar únicamente a los «tratados internacionales en materia de derechos humanos» excluye otra serie de tratados que, no siendo propiamente de derechos humanos, puedan contener normas que reconozcan derechos humanos y amplíen la protección de la persona.

Por su parte, se pretende modificar también el artículo 133 para establecer que las disposiciones relativas a los derechos humanos contenidas en los tratados internacionales serán únicamente complementarias, cuando en realidad deben entenderse como cuerpo íntegro de constitucionalidad.

A las organizaciones firmantes, nos preocupa la visión plasmada en la iniciativa y que deriva en una falta de comprensión del significado del principio *pro persona* y en general de la reforma constitucional de 2011. Como es señalado en la exposición de motivos de la iniciativa presentada por el Sen. Cervantes Andrade, a decir del legislador, actualmente “...no se advierte con precisión cuál es la jerarquía normativa que tienen los tratados internacionales frente a la propia Constitución...”, ignorando el significado y alcance real del principio *pro persona*. Quienes suscribimos la presente, instamos al Presidente de la República, Enrique Peña Nieto, así como a los poderes Legislativo y Judicial, a aplicar el principio *pro persona* de conformidad con los más altos estándares internacionales. El principio *pro persona* garantiza la aplicación de la norma más favorable contenida en la Constitución o los tratados internacionales suscritos por el Estado, o cualquier otro ordenamiento, buscando siempre la protección más amplia para la persona, sin necesidad de jerarquizar una norma por encima de otra.

Hace tan sólo dos meses fue presentada una propuesta similar por parte del Grupo Parlamentario del PRI en la Cámara de Diputados, misma que fue detenida ante la crítica de un grupo amplio de organizaciones de la sociedad civil, defensores y defensoras de derechos humanos y miembros de la academia. A la fecha, si bien la iniciativa no ha sido aún dictaminada por la Comisión de Puntos Constitucionales por su carácter regresivo, continúa a la espera de ser discutida.

Resulta de gran sorpresa y preocupación que una vez más legisladores del PRI presenten una nueva iniciativa igualmente regresiva, esta vez en el Senado. Esta iniciativa pone en entredicho el compromiso real que legisladores priístas del Congreso de la Unión tienen con los derechos humanos. A pesar de constantes discursos y la firma del Pacto por México, que establece como uno de sus ejes principales la defensa de los derechos humanos como política de Estado con base en la reforma constitucional de derechos humanos del año 2011, las iniciativas para acabar con dicha reforma siguen presentándose. Las organizaciones de la sociedad civil, así como personas expertas en la materia, instamos a las autoridades a respetar y aplicar la reforma constitucional en materia de derechos humanos aprobada con un gran consenso en el año 2011. Resulta urgente que las autoridades tanto federales como estatales tomen las acciones correspondientes para garantizar su adecuada implementación y materialización.”²⁴⁸

²⁴⁸ Consultable en: <https://www.animalpolitico.com/2013/03/pri-intenta-revertir-reforma-en-derechos-humanos-otra-vez/>. Las organizaciones firmantes son: Asociación Mundial de Radios Comunitarias – México (Amarc-Mx); Católicas por el Derecho a Decidir; Casa de los Derechos de Periodistas; Casa del Migrante de Saltillo (Frontera con Justicia AC); Centro de Derechos Humanos Fray Juan de Larios; Centro de Derechos Humanos «Fray Francisco de Vitoria O. P.» A. C.; Centro de Derechos Humanos de la Montaña «Tlachinollan»; Centro de Derechos Humanos Miguel Agustín Pro Juárez, A.C.; Centro de Derechos Humanos Victoria Diez; Centro de Justicia para la Paz y el Desarrollo (CEPAD); Centro Jurídico para los Derechos Humanos; Centro Nacional de Comunicación Social (Cencos); Centro Regional de Defensa de Derechos Humanos José María Morelos y Pavón A.C.; Comisión Ciudadana de Derechos Humanos del Noroeste; Comisión de Solidaridad y Defensa de los Derechos Humanos (COSYDDHAC); Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos A.C. (CMDPDH); Comité de Defensa Integral de Derechos Humanos Gobidxha (CODIGODH); Fuerzas Unidas por Nuestros Desaparecidos en México; Geraldina González de la Vega; idheas, Litigio Estratégico en Derechos Humanos; Identidad y la Inclusión AC (INICIA); Instituto Mexicano de Derechos Humanos y Democracia A.C. (IMDHD); Karlos Castilla; Observatorio Ciudadano Nacional del Femicidio (OCNF); Propuesta Cívica, A. C.; Servicios y Asesoría para la Paz (Serapaz); Santiago Corcuera Cabezut; Silvano Cantú; SMR-Scalabrin: Misión para Migrantes y Refugiados; Universidad Autónoma de Nuevo León; Red por los Derechos de la Infancia en México (REDIM); Red Nacional de Organismos Civiles de Derechos Humanos «Todos los derechos para todas y todos». Conformada actualmente por 73 organizaciones en 21 estados de la República: Agenda LGBT (Estado de México), Asistencia Legal por los Derechos Humanos, A.C. (Distrito Federal); Asociación Jalisciense de Apoyo a los Grupos Indígenas, A.C. (Guadalajara, Jal.); Asociación para la Defensa de los Derechos Ciudadanos «Miguel Hidalgo», A.C. (Jacala, Hgo.); Casa del Migrante Saltillo (Coahuila), Católicas por el Derecho a Decidir, A.C. (Distrito Federal); Centro “Fray Julián Garcés” Derechos Humanos y Desarrollo Local, A. C. (Tlaxcala, Tlax.); Centro de Apoyo al Trabajador, A.C. (Puebla, Pue.); Centro de Derechos Humanos «Fray Bartolomé de Las Casas», A. C. (San Cristóbal de Las Casas, Chis) ; Centro de Derechos Humanos Digna Ochoa A.C; Centro de Derechos Humanos «Fray Francisco de Vitoria O.P.», A. C. (Distrito Federal); Centro de Derechos Humanos «Miguel Agustín Pro Juárez», A.

C. (Distrito Federal); Centro de Derechos Humanos “Don Sergio” (Jiutepec, Mor.); Centro de Derechos Humanos “Fray Matías de Córdova”. A.C. (Tapachula, Chis.); Centro de Derechos Humanos de la Montaña, Tlachinollan, A. C. (Tlapa, Gro.); Centro de Derechos Humanos de las Mujeres (Chihuahua), Centro de Derechos Humanos “Juan Gerardi”, A.C. (Torreón, Coah.); Centro de Derechos Humanos Paso del Norte (Cd. Juárez); Centro de Derechos Humanos Victoria Diez, A.C. (León, Gto.); Centro de Derechos Indígenas “Flor y Canto”, A. C. (Oaxaca, Oax.); Centro de Derechos Humanos Toaltepeyolo (Tlilapan, Veracruz); Centro de Derechos Indígenas A. C. (Bachajón, Chis.); Centro de los Derechos del Migrante (DF); Centro de Justicia para la Paz y el Desarrollo, A. C. (CEPAD) (Guadalajara, Jal.); Centro de Reflexión y Acción Laboral (CEREAL-DF) (Distrito Federal); Centro de Reflexión y Acción Laboral (CEREAL-Guadalajara) (Guadalajara, Jal.); Centro Diocesano para los Derechos Humanos “Fray Juan de Larios”, A.C. (Saltillo, Coah.); Centro Juvenil Generando Dignidad (Comalcalco, Tabasco); Centro Hermanas Mirabal de Derechos Humanos (León, Gto.), Centro Mexicano de Derecho Ambiental (Distrito Federal), Centro Mujeres (La Paz, BC.), Centro Regional de Defensa de DDHH José María Morelos y Pavón, A. C. (Chilapa, Gro.); Centro Regional de Derechos Humanos “Bartolomé Carrasco”, A. C. (Oaxaca, Oax.); Ciencia Social Alternativa, A.C. – KOOKAY (Mérida, Yuc.); Ciudadanía Lagunera por los Derechos Humanos, A. C. (CILADHAC) (Torreón, Coah.); Colectivo Educación para la Paz y los Derechos Humanos, A.C. (San Cristóbal de Las Casas, Chis.); Colectivo contra la Tortura y la Impunidad (Distrito Federal); Comité Cerezo (Distrito Federal); Comisión de Derechos Humanos y Laborales del Valle de Tehuacán, A.C. (Tehuacan, Pue.); Comisión de Solidaridad y Defensa de los Derechos Humanos, A. C. (Chihuahua, Chih.); Comisión Independiente de Derechos Humanos de Morelos, A. C. (CIDHMOR) (Cuernavaca, Mor.); Comisión Intercongregacional «Justicia, Paz y Vida» (Distrito Federal); Comisión Parroquial de Derechos Humanos “Martín de Tours”, A.C. (Texmelucan, Pue.); Comisión Regional de Derechos Humanos «Mahatma Gandhi», A. C. (Tuxtepec, Oax.); Comité de Defensa Integral de Derechos Humanos Gobixha A.C.(Codigodh A.C); Comité de Defensa de las Libertades Indígenas (Palenque, Chis.); Comité de Derechos Humanos Ajusco (Distrito Federal); Comité de Derechos Humanos «Fr. Pedro Lorenzo de la Nada», A. C. (Ocosingo, Chis.); Comité de Derechos Humanos «Sembrador de la Esperanza». A. C. (Acapulco, Gro.); Comité de Derechos Humanos “Sierra Norte de Veracruz”, AC. (Huayacocotla, Ver.); Comité de Derechos Humanos de Colima, No gubernamental, A. C. (Colima, Col.); Comité de Derechos Humanos de Comalcalco, A. C. (Comalcalco, Tab); Comité de Derechos Humanos de Tabasco, A. C. (Villahermosa, Tab); Comité de Derechos Humanos y Orientación Miguel Hidalgo, A. C. (Dolores Hidalgo, Gto.); Comité Sergio Méndez Arceo Pro Derechos Humanos de Tulancingo, Hgo AC (Tulancingo, Hgo.); El Caracol A.C. (Distrito Federal); Frente Cívico Sinaloense. Secretaría de Derechos Humanos. (Culiacán, Sin.); Indignación, A. C. Promoción y Defensa de los Derechos Humanos (Chablekal, comisaría del municipio de Mérida, Yuc.); Iniciativas para la Identidad y la Inclusión A.C. (Distrito Federal); Instituto Guerrerense de Derechos Humanos, A. C. (Chilpancingo, Gro.); Instituto Mexicano de Derechos Humanos y Democracia (Distrito Federal); Instituto Mexicano para el Desarrollo Comunitario, A.C. (IMDEC), (Guadalajara, Jal.); Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, – Programa Institucional de Derechos Humanos y Paz. (Guadalajara, Jal.); Oficina de Defensoría de los Derechos de la Infancia A.C. (Distrito Federal), Programa de Derechos Humanos. Universidad Iberoamericana- Puebla (Puebla, Pue); Programa Universitario de Derechos Humanos. UIA –León (León, Gto.); Proyecto de Derechos Económicos, Sociales Y Culturales (Distrito Federal); Proyecto sobre Organización, Desarrollo, Educación e Investigación (Distrito Federal); Promoción de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Estado de México); Respuesta Alternativa, A. C. Servicio de Derechos Humanos y Desarrollo Comunitario (San Luis Potosí, S.L.P.);

5. Evolución normativa de las modificaciones constitucionales del artículo 1º constitucional

Al texto original del artículo 1º constitucional se han realizado tres modificaciones:

Esquema 22. Evolución normativa del artículo 1º de la Constitución de 1917

Cronológico modificaciones artículo 1º constitucional			
Texto original DOF 5 febrero 1917*	DOF 14 agosto 2001	DOF 4 diciembre 2006	DOF 10 junio 2011
Art. 10.- En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece.	Art. 1º.- En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece.	Art. 1º.- En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece.	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. Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia,

Servicio, Paz y Justicia de Tabasco, A.C. (Villahermosa, Tab.); Servicios de Inclusión Integral, A.C. (Pachuca, Hidalgo); Taller Universitario de Derechos Humanos, A.C. (Distrito Federal).

* En el artículo 1, de la Constitución de 1857, se establecía: "El pueblo mexicano reconoce que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales. En consecuencia, declara que todas las leyes y todas las autoridades del país deben respetar y sostener las garantías que otorga la presente Constitución."

	Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este sólo hecho, su libertad y la protección de las leyes. Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las capacidades diferentes, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.	Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este sólo hecho, su libertad y la protección de las leyes. Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.	indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley. Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes. Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

Como se puede observar, el párrafo uno del artículo 1º constitucional se reforma totalmente. Con las modificaciones del 10 de junio de 2011, se adicionan los párrafos dos y tres (nuevos -inéditos-), recorriéndose los párrafos 2 y 3, los cuales se crearon en 2001²⁴⁹, precisando que el párrafo sobre la esclavitud era el artículo 2º constitucional; el párrafo 3 se modificó en 2006 para cambiar la locución capacidades diferentes por el término

²⁴⁹ Las modificaciones constitucionales publicadas en el Diario Oficial de la Federación del 14 de agosto de 2001 se conocen como la reforma constitucional integral en materia indígena por la que se establecen los principios constitucionales de reconocimiento y protección a la cultura y los derechos de los indígenas, sus comunidades y sus pueblos.

discapacidades. Con las modificaciones del 10 de junio de 2011, los párrafos 2 y 3 y se recorren los párrafos anteriores para quedar como párrafos 4 y 5.

Hasta aquí hemos analizado qué son los derechos sociales, la problemática sobre su justiciabilidad, su clasificación como derechos a algo, el modelo de derechos sociales de Alexy, los elementos primordiales para la construcción del núcleo intensional (prioridad precondicional fáctica e igualdad), y con base en estos puntos proporcionamos una definición explicativa/operativa de los derechos sociales; finalmente revisamos el proceso de modificaciones constitucionales en materia de derechos sociales para dar cuenta de cómo el Poder Reformador ha regulado, a nivel constitucional, la materia de derechos humanos (la cual se publicó en el Diario Oficial de la Federación del 10 de junio de 2011). Con este panorama acerca del entendimiento de los derechos sociales se da un paso adelante, sin embargo, superar su inadecuado conocimiento no es el único punto que opera a favor de los derechos sociales, ya que existen más aspectos que van en contra de los derechos sociales y sobre los que hay que despuntar: unos tienen relación directa con la justiciabilidad y otros impactan a los derechos sociales como tales. En el capítulo siguiente nos ocupamos de ello.

Capítulo II. Sesgos, obstáculos y limitaciones primordiales que operan en contra de los derechos sociales y, en general, de la justiciabilidad

En este capítulo damos cuenta de una serie de percepciones relevantes que juegan en contra de los derechos sociales y su justiciabilidad.

El análisis se desarrolla a partir de diversos sesgos cognitivos (que también pueden ser vistos como obstáculos y, de alguna manera, también como limitaciones) que juegan en contra de la plena eficiencia, efectividad y eficacia de los derechos humanos. Los sesgos son efectos de conocimiento en los que se produce una desviación en el procesamiento mental y, por ende, el razonamiento de ese conocimiento es defectuoso (imperfecto) o deficiente (incompleto, confuso). Los sesgos cognitivos son de alguna manera naturales por lo que la labor racional y de razonamiento debe hacerlos explícitos para considerarlos al producir conocimiento²⁵⁰.

Al análisis de los sesgos, obstáculos y limitaciones que juegan en contra de los derechos sociales y de su justiciabilidad y que consideramos más relevantes son los que abordamos en los apartados de este capítulo.

²⁵⁰ Véanse (i) Kahneman, Daniel, *Pensar rápido, pensar despacio*, Debate, México, 2012 (Ver en especial el apéndice A, “El juicio bajo incertidumbre: heurísticas y sesgos, -publicado en 1974-, de Amos Tversky y Daniel Kahneman, pp. 545-567); y (ii) Gilovich, Thomas, *Convencidos, pero equivocados. Guía para reconocer espejismos en la vida cotidiana*, Milrazones, Barcelona, España, 2009. Gilovich señala que el problema no es que no razonemos, sino que nuestro razonamiento sea defectuoso, y afirma: “...muchas creencias cuestionables y equivocadas tienen sus orígenes puramente cognitivos, derivan de imperfecciones en nuestras capacidades para procesar información y sacar consecuencias. En otras palabras: sostenemos muchas creencias dudosas no porque satisfagan alguna necesidad psicológica importante, sino porque parecen las conclusiones más lógicas de la evidencia disponible. La gente defiende tales creencias porque, en palabras de Robert Merton, parecen ser <<productos innegables de su propia experiencia>>. No son productos de la irracionalidad, sino de la racionalidad defectuosa”, p. 10-11. Para nuestros efectos, podemos señalar que el sesgo de atención privilegiada implica se preste atención a aquellos aspectos que se consideran más relevantes y conlleva dejar de considerar también como relevantes otros puntos de un asunto.

A. Atención preferente, teórica y práctica, del control de normas: hacia un control omnicomprendivo de la actividad estatal²⁵¹

Este sesgo es sumamente relevante porque indica en que están enfocados los operadores jurídicos: están ocupados, preocupados y entretenidos en el control de leyes, es decir, de normas generales, marginando que el control constitucional y convencional versa sobre la actividad estatal susceptible de control, y dicha actividad se proyecta en leyes, actos jurídicos, omisiones, estados de cosas y actos materiales (actos de ejecución material).

Al revisar la literatura observamos que el foco de atención primordial del control constitucional son las leyes -normas generales-. Así, por ejemplo, vimos en el punto 3, apartado B, del Capítulo I (pp. 48 y ss.), que los modelos de filosofía constitucional en lo relativo al control constitucional están enfocados sólo al litigio entre el Poder Legislativo y el Poder Judicial, pues éste, respecto de la labor de aquél “controla” las leyes que expide y la realidad es que el Poder Legislativo no solamente expide leyes, también cae en omisiones y genera actos que no son generales y abstractos (leyes) sino actos generales concretos y particulares abstractos, bastando mostrar para ello las características del Presupuesto de Egresos, el cual es un documento mixto al contener normas generales abstractas, normas generales concretas, normas particulares abstractas y normas particulares concretas.

²⁵¹ Este sesgo es de índole normativista, ya que está vinculado con la concepción positivista normativista; ésta cae en el error de considerar que el Derecho solamente es un fenómeno normativo olvidando que el Derecho no solamente son normas sino algo más que normas. Manuel Atienza refiere: “El error del positivismo normativista y, en general, de lo que parece ser la forma más usual de concebir el Derecho al menos en la cultura jurídica del mundo latino, consiste en que este se identifica con la forma o la organización externa de la sociedad (lo que constituye el elemento normativo y coercitivo), olvidándose de que el Derecho es también al mismo tiempo que eso y, sobre todo, un sistema de fines.”, Atienza, Manuel, *Filosofía del Derecho y Transformación Social... Op. Cit.*, pp. 44-45.

El objeto de control no es, entonces, solamente leyes sino, en general, la actividad estatal, en especial la que incide, directa o indirectamente en los derechos sociales.

En principio, toda actividad estatal que se reconduzca regulativamente a la Constitución y a normativa convencional en materia de derechos humanos puede ser objeto de control.

No obstante, la amplitud del concepto de actividad estatal (V. gr., actos, normas, omisiones y estados de cosas), hay un sesgo en el control de la actividad estatal que nos ha llevado a la atención preferente de la verificación de normatividad.

La constitucionalidad y, en su caso, convencionalidad (aunque ésta mucho menos, pues es más proclive a examinar la actuación de un Estado, es decir, su actividad en relación con el reclamo de vulneración de algún derecho humano), se ha centrado en el examen de normas y de actos administrativos en cuanto son normas más concretas, es decir, la verificación se hace en cuanto a que los actos respectivos estén, básicamente, fundamentados en normas cuyo ejercicio por parte de la autoridad esté basado en el principio de legalidad y que la producción del acto esté, además, motivado, es decir, los hechos objeto del acto administrativo se adecuen a la hipótesis normativa respectiva, por lo que solamente se verifica que se cumplan las pautas derivadas de los artículos 14 y 16 constitucionales, es decir, básicamente, que el acto sea emitido por autoridad competente y que esté fundado y motivado.

Esta atención preferente ha marginado el escrutinio de actos o actividades que no son estrictamente normativos, incluso omisiones fácticas y

normativas. Así, por ejemplo, los actos de ejecución material y las omisiones fácticas y las omisiones normativas son marginadas del escrutinio constitucional, aunque respecto del parámetro convencional la restricción es menor, es decir, el objeto de examen es de mayor amplitud.

Por lo que hace a los actos de ejecución material, si bien están basados en normas, no se identifican con las normas ni con los actos administrativos. La existencia de hechos o estados de cosas complejos pueden ser efecto de una actuación positiva o de una falta de actuación, es decir, una omisión ejecutiva o legislativa. Nos interesan los actos de ejecución material y los estados de cosas que derivan de una actuación deliberada o por la falta de actuación (omisión) de los depositarios del Poder Ejecutivo o del Poder Legislativo, de manera especial, sobre todo por su vinculación con los derechos sociales.

Así, norma, acto administrativo, acto de ejecución material, estado de cosas y omisiones, son diferenciables entre sí, aunque todos prácticamente derivan o se vinculan con alguna normatividad.

A partir del planteamiento de Kelsen, realizado tempranamente en un estudio titulado *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La Justicia Constitucional)*, publicado en 1928²⁵², en el que señala que el control constitucional es para verificar la regularidad de (toda) la actividad estatal

²⁵² Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Serie Ensayos Jurídicos, núm. 5, tr. de Rolando Tamayo Salmorán, México, 2016. [El título original en francés es: *La garantie juridictionnelle de la Constitution, (la justice constitutionnelle)*, publicado en el *Annuaire de l'Institut de Droit Public, Paris, Presses Universitaires de France*, 1929, pp. 52-143. También fue publicado anteriormente en *Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Etranger*, Paris, 1928, pp. 197-257; p. 10.

con la Constitución²⁵³, se pasó, poco a poco, a señalar, reiteradamente, que dicho control versa sobre normas, es decir, es privilegiadamente normativo. El propio Kelsen, con posterioridad a 1928, al contestar a Carl Schmitt²⁵⁴ en 1931, privilegia el control constitucional normativo, pues si bien alude al control de los actos del parlamento y del gobierno, no desarrolla qué se controla del gobierno, es decir, del Poder Ejecutivo.²⁵⁵

El sesgo de atención preferente de normas en el control constitucional y, en su caso, convencional, está fuertemente conectado con la concepción normativista del Derecho. En efecto, el planteamiento original de Kelsen versa sobre la regularidad de las funciones estatales y éstas no solamente son de índole normativa, sino que comprende actos de ejecución material, sin embargo, de ser casi omnicomprendivo, pues faltan las omisiones (tanto fácticas como normativas) se pasó gradualmente a un planteamiento meramente normativo, esto es, se ha focalizado casi exclusivamente en un control constitucional de normas.

Si observamos con detenimiento los señalamientos de Kelsen, lo primero que hay que rescatar es el planteamiento original sobre control constitucional. Kelsen inicia su estudio en 1928²⁵⁶ sobre la justicia constitucional señalando

²⁵³ Kelsen señala: "La garantía jurisdiccional de la Constitución -la justicia constitucional- es un elemento del sistema de los medios técnicos que tienen por objeto asegurar el ejercicio regular de las funciones estatales.", *Idem*, p. 10.

²⁵⁴ Kelsen, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*; Estudio preliminar de Guillermo Gasío, Tecnos, Es., 1995. Nota bene: publicado originalmente en 1931, y constituye la respuesta al artículo de Carl Schmitt titulado "La defensa de la Constitución" y que Schmitt escribió para refutar las tesis de Kelsen expuestas en 1928 en su artículo titulado "La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)".

²⁵⁵ Kelsen, en la réplica a Schmitt, se basa, entre otros argumentos, en el principio de que "no se debe ser juez y parte". De la obra de Kelsen, consultar: Kelsen, Hans, *¿Quién debe...?*, *Op. Cit.*, pp. 4-5.

²⁵⁶ Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución...Op. Cit.*

que tiene por objeto “asegurar el ejercicio regular de las funciones estatales”.

Lo segundo que hay que tener presente es que las funciones estatales no solamente producen normas sino también actos de ejecución material y estados de cosas que, si bien pueden estar basados en normas o sin fundamentarse en norma alguna, incluso, contraviniendo la legalidad, se diferencian de lo que son las normas.

Los actos no normativos, respecto de los cuales Kelsen utiliza la locución comprensiva e inclusiva de <<actos de ejecución material>>, pueden asumir varias formas teniendo como género ser actos de gobierno no normativos, pero no se confunden con las normas en las que, en principio, deben estar sustentados. Precisamente esos actos de ejecución material (que implican, *prima facie*, la ejecución de normas o, mejor dicho, basado en normas) no son normas sino actos de gobierno que deben ser revisados en cuanto a su conformidad con la Constitución y, en su caso, con la pauta convencional.

Es una conformidad diferente a la regularidad de índole normativa a la que Kelsen se refiere. Para este autor la regularidad es formal: si el acto normativo, cualquiera que sea su jerarquía, es creado/aplicado observando el procedimiento constitucional o legal respectivo, el acto es regular; en cambio, si hay violación de la <<forma constitucional>> o de la <<forma legal>>, entonces el acto es irregular.

Lo que no queda claro, nos parece, es la regularidad respecto de los actos de ejecución material, pues si bien están formados con base en alguna normatividad, se diferencian de ésta, ¿cómo un acto de ejecución material

como, por ejemplo, la construcción de un puente o la entrega de despensas va a ser regular si no hay previsión normativa al respecto, entendiendo por previsión normativa un procedimiento de creación/aplicación (lo cual sería diferente al apego a normas técnicas de construcción)?, e insistimos: una cosa es la norma en la que se basa un acto de ejecución material y otra cosa es el acto de ejecución material.

Para Kelsen la regularidad de las funciones estatales no se ciñe a constatar una compatibilidad material normativa ni a verificar que esos actos materiales persigan los fines y realicen los valores constitucionales y los valores convencionales correspondientes. Las formas constitucional y legal son meramente formales/procedimentales, ¿cuál sería la forma en el caso de los actos materiales de ejecución?, ¿estar basados en una norma de competencia que autoriza la realización del acto material de que se trate?

En el caso de los derechos sociales primordialmente se trata de actos de ejecución material relacionados con los presupuestos materiales de existencia y de vida de las personas: salud, alimentación, vivienda, trabajo, educación, medio ambiente, seguridad social, etc., es decir, los objetos de los derechos sociales, casi en su totalidad, son prestaciones positivas fácticas y, en algunos casos, no pocos, en una acción positiva de índole normativa, y se constituyen en los objetos de exigibilidad (más que tratarse técnicamente de una protección).

Para Kelsen, citándolo *in extenso*, la garantía jurisdiccional de la Constitución es:

“La garantía jurisdiccional de la Constitución -la justicia constitucional- es un elemento del sistema de los medios técnicos que tienen por objeto asegurar el ejercicio regular de las funciones estatales. Estas funciones tienen en sí mismas un carácter jurídico:

constituyen actos jurídicos. Son actos de creación de derecho, esto es, de normas jurídicas, o actos de ejecución de derecho creado, es decir, de normas jurídicas puestas. En consecuencia, tradicionalmente se distinguen las funciones estatales en legislación y ejecución, distinción en que se opone la creación o producción del derecho a la aplicación del derecho, considerada esta última como una simple reproducción.

El problema de la regularidad de la ejecución, de su conformidad a la ley y, por consiguiente, el problema de las garantías de esta regularidad son temas muy frecuentemente abordados. Por el contrario, la cuestión de la regularidad de la legislación, es decir, de la creación del derecho y la idea de garantías de esta regularidad atraviesan ciertas dificultades teóricas.

...

Pero esta concepción de la relación entre legislación y ejercicio es inexacta. Estas dos funciones no se oponen de modo absoluto como la creación a la aplicación del derecho, sino de manera puramente relativa. En efecto, observando más de cerca, cada una de ellas se presenta a la vez como un acto de creación y de aplicación del derecho. Legislación y ejecución son, no dos funciones estatales coordinadas, sino dos etapas jerarquizadas del proceso de creación del derecho, y dos etapas intermedias. Este proceso no se limita a la sola legislación sino, comenzando en la esfera del orden jurídico internacional, superior a todos los órdenes estatales, sigue con la Constitución para llegar, en fin, a través de las etapas sucesivas de la ley, del reglamento, de la sentencia y del acto administrativo, a los actos de ejecución material (*Vollstreckungsakte*) de estos últimos.

En esta enumeración, en que no consideramos más que las fases intraestatales, sólo se pretende indicar, esquemáticamente, las etapas principales de este proceso, en el curso del cual, el derecho regula su propia creación y el Estado se crea y se vuelve a crear, sin cesar, mediante el derecho. Constitución] ley] reglamento, acto administrativo y sentencia, acto de ejecución, son simplemente los estadios típicos de la formación de la voluntad colectiva en el Estado moderno.

...

Si la Constitución regula en lo esencial la confección de las leyes, entonces la legislación es, frente a la Constitución, aplicación del derecho. Por el contrario, frente al reglamento y frente a los otros actos subordinados a la ley, la legislación es creación del derecho. Asimismo, el reglamento es aplicación del derecho frente a la ley, y creación del derecho frente a la sentencia y frente al acto administrativo que lo aplican. Éstos, a su vez, son aplicación del derecho, si se mira hacia abajo, esto es, hacia los actos a través de los cuales la sentencia y el acto administrativo son ejecutados (*Vollstreckt*)."

...

La idea de regularidad se aplica a cada grado en la medida en que cada grado es aplicación o reproducción del derecho. La regularidad no es, entonces sino la relación de correspondencia entre un grado inferior y un grado superior del orden jurídico. No es únicamente en la relación entre los actos de ejecución material (*Vollstreckungsakte*) y las normas individuales -decisión administrativa y sentencia-, o, en la relación entre estos actos de ejecución (*Vollziehungsakte*) y las normas generales legales y reglamentarias, en donde puede postularse la regularidad y las garantías propias a asegurarla sino también en las relaciones entre el reglamento y la ley y entre la ley y la Constitución. Las garantías de la legalidad de los reglamentos y las de la constitucionalidad de las leyes son, entonces, tan concebibles como las garantías de la regularidad de los actos jurídicos individuales.

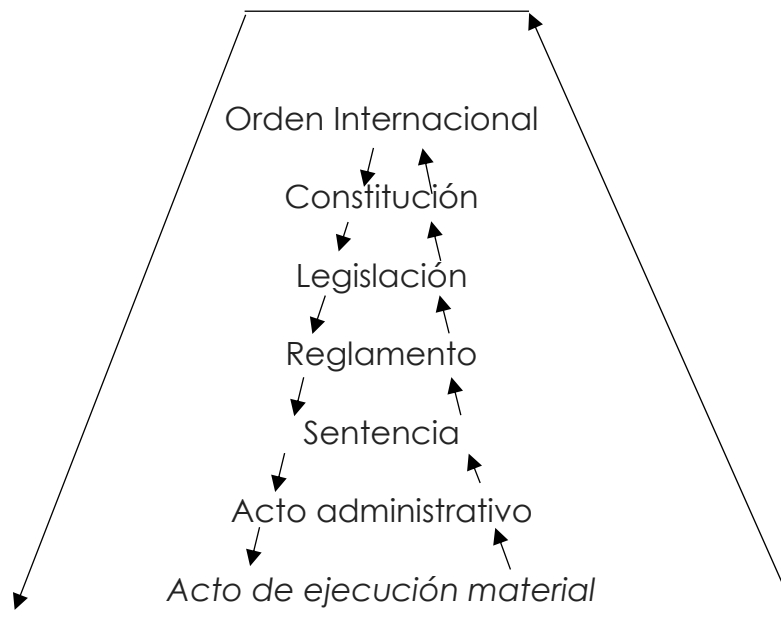
Garantías de la Constitución significa, entonces, garantías de la regularidad de las normas inmediatamente subordinadas a la Constitución, es decir esencialmente garantías de la constitucionalidad de las leyes."²⁵⁷

Se deriva de lo señalado por Kelsen que, bajo su concepción dinámica del Derecho, la creación del derecho es a su vez aplicación del derecho, y en la relación entre cada acto de creación/aplicación debe darse una correspondencia formal, es decir, el acto de aplicación de que se trate debe realizarse conforme al *procedimiento de creación* previsto en el peldaño superior del que deriva el acto de creación/aplicación subordinada.

Justamente esta cadena de creación/aplicación es la que debe ser regular, pues en caso contrario, el acto es irregular. Así, no entran a estudio de contrastación cuestiones materiales, pues éstas no deben interferir en el examen de regularidad de la actividad estatal: sólo es trascendente la forma, es decir, que el acto se produzca conforme a la forma constitucional o, en su caso, a la forma legal.

²⁵⁷ Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución... Op. Cit.*, pp. 10-15

Esquema 23. Orden escalonado de la actividad estatal de acuerdo con lo manifestado por Kelsen



Por otra parte, hay que insistir en que Kelsen reduce las cuestiones materiales -contenido de las normas- a las cuestiones formales argumentando en los términos siguientes:

“Si el derecho positivo conoce una forma constitucional especial, distinta a la forma legal, nada se opone a que esa forma sea empleada también para ciertas normas que no entran en la Constitución en sentido estricto, principalmente para las normas que regulan no la creación sino el contenido de las leyes. De ahí resulta la noción de Constitución en sentido amplio. Es este sentido amplio el que está en juego cuando las Constituciones modernas contienen, no solamente normas sobre los órganos y el procedimiento de legislación, sino, además, un catálogo de derechos fundamentales de los individuos o libertades individuales. Es por ello -es el sentido primordial, si no exclusivo de esta práctica-, que la Constitución señala principios, direcciones y límites, para el contenido de las leyes futuras.

Proclamando la igualdad de los ciudadanos ante la ley, la libertad de conciencia, la inviolabilidad de la propiedad -bajo la forma habitual de una garantía en beneficio de los sujetos de un derecho subjetivo a la igualdad, a la libertad, a la propiedad, etcétera-, la

Constitución dispone, en el fondo, que las leyes no solamente deberán ser elaboradas según el procedimiento que ella prescribe, sino, además, que no podrán contener ninguna disposición que menoscabe la igualdad, la libertad, la propiedad, etcétera. Así, la Constitución no es sólo una regla de procedimiento, sino, además, una regla de fondo. Por consiguiente, una ley puede ser inconstitucional en razón de una irregularidad de procedimiento en su confección, o en razón de que su contenido contraviene los principios o direcciones formulados en la Constitución; es decir, cuando la ley excede los límites que la Constitución señala.

Es por ello que se distingue frecuentemente la inconstitucionalidad formal de la inconstitucionalidad material de las leyes. Sin embargo, esta distinción no es admisible sino con la reserva de que dicha inconstitucionalidad material no es, en última instancia, más que una inconstitucionalidad formal en el sentido de que una ley cuyo contenido estuviera en contradicción con las prescripciones de la Constitución dejaría de ser inconstitucional si fuera votada como ley constitucional. No se trata, pues, sino de saber si es la forma legal o la forma constitucional la que debe ser observada. Si el derecho positivo no diferencia estas dos formas, el establecimiento de principios, de direcciones, de límites, al contenido de las leyes, no tiene ningún sentido jurídico, y no es más que una apariencia querida por razones políticas, como son, por otro lado, las libertades garantizadas en forma constitucional en el caso frecuente en que la Constitución autoriza a la legislación ordinaria a limitarlas.

Si las disposiciones constitucionales, relativas, al procedimiento y al contenido de las leyes, no pueden ser precisadas más que por las leyes, entonces las garantías de la Constitución constituyen los procedimientos contra las leyes inconstitucionales...”²⁵⁸

Como podemos observar, Kelsen mismo margina el potencial omnicomprendido de la garantía jurisdiccional o justicia constitucional, en lo relativo al objeto de control, pues de señalar que el objeto de ésta es la

²⁵⁸ Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución... Op. Cit.*, pp. 22-24. Kelsen, en su obra *Teoría Pura del Derecho*, 2ª ed., señala: “El sistema normativo que aparece como un orden jurídico, tiene esencialmente un carácter dinámico. Una norma jurídica no vale por tener un contenido determinado; es decir, no vale porque su contenido pueda inferirse, mediante un argumento deductivo lógico, de una norma fundamental básica presupuesta, sino por haber sido producida de determinada manera y, en última instancia, por haber sido producida de la manera determinada por una norma fundamental básica presupuesta. Por ello, y sólo por ello, pertenece la norma al orden jurídico, cuyas normas han sido producidas conforme a esa norma fundamental básica. De ahí que cualquier contenido que sea, puede ser derecho.”, p. 205.

regularidad de la actividad estatal, termina acotándolo solamente a cuestiones normativas formales.

El impacto de esta forma de ver el control constitucional en los derechos sociales es negativo en varios puntos: (i) los actos de ejecución material al no ser normas, quedan, prácticamente, marginados de ese control (los actos materiales son una manifestación de la actividad estatal); (ii) el control constitucional solamente refiere a actos positivos, por lo que las omisiones fácticas y normativas no son objeto de control constitucional; y (iii) si el control constitucional es meramente formal, no hay manera de evaluar aspectos materiales o sustantivos relacionados con fines y valores implícitos de los actos de ejecución material (en especial en relación con los derechos sociales). Indirectamente estos aspectos incidirán en el fortalecimiento de la concepción de los derechos sociales como meras normas programáticas, su justiciabilidad es marginada, pues si los derechos sociales primordialmente implican actos materiales de ejecución -hoy diríamos, prestaciones- al no tratarse de normas quedan fuera de la esfera del control constitucional.

Por otra parte, si los actos de ejecución material -prestaciones- relacionados con los objetos de exigibilidad de los derechos sociales no son normas, aunque estén sustentados en algún acto jurídico (como lo sería un programa de política pública o, en general, un acto de gobierno, el cual, a su vez, está basado en alguna normatividad), entonces su evaluación a partir de los parámetros del control constitucional es algo extraño, si no ajeno, al control constitucional y, en su caso, convencional.

El objeto de la justicia constitucional para Kelsen es asegurar la regularidad de las funciones estatales y éstas van desde las modificaciones constitucionales (en las que se debe observar la “forma constitucional”)

hasta los actos de ejecución material pasando por leyes, reglamentos, etc. La regularidad de las funciones estatales solamente es una cuestión meramente formal en la que los contenidos son lo de menos, ya que lo importante es que se observen los procedimientos autorizados por la Constitución de creación/aplicación de normas.

Nos parece que lo rescatable del objeto de control constitucional de Kelsen, entre otros puntos, es el último peldaño de la jerarquía normativa en relación con los derechos sociales: los actos de ejecución material, pero no le damos solamente un sentido formal como lo hace Kelsen, sino que debemos atender también a que deben ser conformes con los fines y valores que se establecen en la Constitución y en los tratados internacionales.

De aquí que sostengamos una versión del control de la constitucionalidad como actividad omnicomprensiva en relación con el objeto de control. Por un lado, no solamente es atinente a normas sino también a actos de ejecución material, a estados de cosas, a omisiones fácticas u omisiones normativas; y, por otro lado, es omnicomprensivo en cuanto a considerar el sustento formal del acto y su sustantividad o materialidad (no cualquier acto de ejecución material, sino que son constitucionales o convencionales los que se adecuan a los fines y valores a los que están vinculados).

La lectura de *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*, a lo largo de su desarrollo, se ciñe a la regularidad de las normas, es decir, que hayan sido expedidas conforme a los procedimientos previstos en la Constitución, es decir, a la forma constitucional.

Así, con base en este sesgo <<normativista>>, en la práctica teórica y en la actividad de los operadores jurídicos, el control constitucional “importante”

se ha limitado -casi- a cuestiones de control de la constitucionalidad (o de convencionalidad) de normatividad.

El control constitucional es más que el análisis formal de aplicación del procedimiento de producción o creación normativa. La propuesta omnicomprendensiva plantea ir más allá del análisis de normas en su aspecto formal de creación/aplicación normativa.

En vía de esta perspectiva omnicomprendensiva se ubica la propuesta de Héctor Fix Zamudio, pues concibe el control constitucional de manera más amplia:

“[L]a defensa de la Constitución debe entenderse como el conjunto de medios que se han establecido para lograr el respeto a las normas fundamentales, pero deben distinguirse, en ese concepto genérico, dos sectores. El primero que se puede calificar...como *protección de la Constitución*, [y que] se integra con los instrumentos políticos, económicos, sociales y jurídicos, canalizados por conducto de normas fundamentales, para lograr el funcionamiento armónico de los organismos constitucionales. Si dichos medios no son suficientes, deben utilizarse los instrumentos o mecanismos por medio de los cuales se puede restaurar el orden constitucional desconocido o violado, y estos son precisamente las garantías constitucionales, que es la materia de estudio del derecho procesal constitucional. La defensa de la Constitución como concepto genérico debe considerarse no sólo como el conjunto de medios jurídicos y procesales para prevenir la infracción o para restaurar las normas fundamentales, sino también para la evolución de dichas normas a fin de adaptarlas a los acelerados cambios sociales de nuestra época y, de manera recíproca, para modificar la realidad política, económica y social, de acuerdo con las disposiciones programáticas o de principio de los ordenamientos fundamentales.”²⁵⁹

Así, considerando que el objeto de control de la actividad estatal comprende actos materiales de ejecución y otros mecanismos políticos,

²⁵⁹ Fix Zamudio, Héctor, *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*, Op. Cit., pp. 117-118

económicos, sociales, lo que marca la dirección de conceptualizar un control de la constitucionalidad y de la convencionalidad de la actividad estatal como un control omnicomprendivo, ya que está determinado por la amplitud de las actividades estatales, las cuales no solamente son de naturaleza normativa sino que comprende también, teniendo en mente los derechos sociales, actos positivos prestacionales fácticos, normativos y, en especial, producir estados de cosas virtuosos.

Ahora bien, en esta perspectiva omnicomprendiva se presenta el problema derivado de la amplitud del concepto de actividad estatal, la cual incluye cualquier cosa que pueda ser susceptible de control. Pero, de que cualquier actividad estatal sea susceptible de control, no se sigue que toda actividad estatal esté sujeta al mismo tipo de control. Lo que nos lleva a diferenciar, por un lado, que hay clases de control según el objeto de control y, por otro lado, que las mismas actividades estatales pueden ser clasificadas en relación con algún tipo de control. Entre las clases de control, los cuales dependen de diseños institucionales, hay ciertas actividades que no son materia de ciertos tipos de controles. Así, por ejemplo, no toda la actividad estatal es justiciable, pero de ello no se sigue que se impida entren en juego otros mecanismos de control.

Al respecto, tiene relevancia tomar en cuenta lo que en la doctrina se conoce como la teoría del acto político o teoría de los actos de gobierno que, en general, se consideran no sujetos a control judicial.²⁶⁰ A decir, de

²⁶⁰ Véase: Balbín, Carlos F., "El control de los actos políticos", en VV. AA. *Fundamentos y alcances del control judicial...Op. Cit.*, pp. 33-65. En cuanto al origen de la teoría de los actos políticos, señala este autor que "En 1815 se produjo en Francia la restauración de Luis XVIII y los liberales, en ese entonces en el poder, cuestionaron la legitimidad del Consejo de Estado -de creación napoleónica- por haber consolidado los derechos de propiedad de los adquirentes de los bienes nacionales. Por esta razón el Consejo de Estado, con el propósito de evitar su disolución, autolimitó sus funciones

Carlos F. Baldín, la referencia a acto político tiene varias denominaciones: “[e]n Francia se les denomina actos de gobierno, en Inglaterra actos del estado, en Norteamérica cuestiones políticas o actos no justiciables y en Alemania actos de autoridad o soberanos.”²⁶¹ La consecuencia de estos actos es que están libres de justicia.²⁶²

La justificación de que los actos políticos no son objeto de control judicial, de acuerdo con Balbín, es la siguiente:

“La justificación de la existencia de los actos políticos es el principio de separación de poderes, siendo el criterio más adecuado para su delimitación con el acto administrativo el de lista o enumeración legal.

El principio de separación de poderes ha evolucionado, a tal punto que la doctrina habla hoy del principio de división de funciones porque ese concepto expresa con mayor fidelidad la interrelación existente entre los poderes del estado. La división de poderes no consiste en que cada poder legisle, administre o juzgue con respecto a su actividad, o que ejerza únicamente uno de los poderes del estado, sino en la división de funciones según la cuál cada órgano tenga esencialmente a su cargo una sola función estatal sin perjuicio de que se pueda ejercer las otras funciones.

No es posible establecer una separación terminante de los poderes en el estado contemporáneo, pero aún así, los poderes políticos deben gozar de una zona propia que esté exenta del control jurisdiccional. Esta zona de reserva es necesaria para que cada poder ejerza la función que le es propia y no sea sustituido por otro poder.”²⁶³

creando la teoría de los actos de gobierno -actos no sujetos a control jurisdiccional- y desarrollando una nueva concepción del principio de división de poderes que fortaleció el rol de los tribunales judiciales. La teoría del acto político ha sido creada por decisión del Consejo de Estado Francés del 1 de mayo de 1822 en el caso conocido como <<affaire Lafitte>>., p. 35.

²⁶¹ *Idem*, p. 35.

²⁶² *Idem*.

²⁶³ *Idem*, p. 39. Además, apunta: “El Estado debe estar al servicio de los derechos de los habitantes y la existencia de una zona de reserva en el estado moderno se justifica, porque es una técnica necesaria para el cumplimiento del cometido estatal de satisfacer los derechos sociales y la prestación de los servicios públicos. El Estado no sólo garantiza los derechos a través de su abstención (estado gendarme) sino también por medio de su intervención (estado intervencionista), esta última función

Dentro de la actividad estatal, en especial la que despliega la administración pública, siempre habrá zonas de penumbra en cuanto a la calificación de un acto como acto político o acto de gobierno y, por ende, sustraído del control judicial. Pero de que haya actos de gobierno que no son justiciables no se sigue que no exista alguna clase de control que no sea judicial/jurisdiccional, aspecto sobre el que no hay que perder de vista que hay controles no judiciales sean jurisdiccionales o no jurisdiccionales.

B. Sólo actos normativos y actos positivos: marginación de omisiones normativas²⁶⁴ y omisiones fácticas

Este sesgo ya se insinúa en el inciso anterior, pues está relacionado con la idea de que sólo cabe controlar normas. Es un sesgo muy importante, pues su impacto en la violación de derechos humanos de índole social es de gran relevancia.

El sesgo parte de considerar a la actividad estatal como una actividad positiva, sea normativa o no normativa, es decir, la locución <<actividad estatal>> implica hacer cosas²⁶⁵, por lo que plantear que no se ha actuado genera diversos problemas, pues lo que se impugna es que no se ha hecho algo.

estatal, estrechamente vinculada al estado social de derecho y a los derechos sociales, solo se garantiza mediante la previsión de ciertos instrumentos legales y la no interferencia o inmiscusión [sic] del poder judicial en ciertas cuestiones. Por el contrario, si se admitiese el control jurisdiccional podría paralizarse la actividad administrativa y se judicializarían las cuestiones políticas, por otra parte, no hay que los gobernantes y los legisladores tienen una mayor legitimidad democrática que los jueces. De todas maneras es posible compatibilizar la existencia de una zona de reserva con la efectiva garantía de los derechos individuales.”, p. 40

²⁶⁴ Utilizaremos la locución <<omisiones normativas>> en lugar de <<omisiones legislativas>> porque el primero es más incluyente, por lo que la omisión normativa puede contemplar desde el texto constitucional hasta cualquier normatividad sea de índole legislativa o reglamentaria en sentido amplio (V. gr., facultad del depositario del Poder Ejecutivo de proveer a la esfera administrativa a su exacta observancia y que incluye cualquier aspecto normativo).

²⁶⁵ Léxicamente <<actividad>> es la facultad de obrar o de producir un efecto. Real Academia Española, *Diccionario... Op. Cit*, voz: actividad.

Así, de forma natural, se piensa que la actividad estatal que no tenga un resultado o producto no es una actividad. Pero resulta que la actividad estatal al estar orientada a la consecución de fines y al logro de valores tiene implícita, *prima facie*, la exigencia de realizarse, es decir, de hacerse real, por lo que, si la actividad estatal no agota los medios indispensables para lograr ciertos fines y para alcanzar determinados valores, y que entre estos medios está la de establecer cierta normatividad y hacer cosas, entonces es reprochable que debiendo hacer ciertas cosas no las haga, pues su inactividad obstaculiza que el Estado y la sociedad alcancen los fines que se han planteado perseguir y, con ello, realizar valores. Si se señala que hay una omisión entonces, aunque suene obvio, está implícito que algo debe hacerse.

El tema de la omisión normativa plantea que la autoridad que por excelencia está avocada a normar es el poder legislativo, y de allí que en la doctrina se analice la omisión legislativa, pero también puede haber, y de hecho las hay, omisiones ejecutivas normativas y omisiones judiciales normativas. Así, lo conveniente es llamarla omisión normativa e incluir a cualquier autoridad que materialmente esté facultada para expedir normatividad,

Junto con las omisiones normativas, existen, además, omisiones no normativas u omisiones fácticas -hacer algo o dar algo-, las cuales son más comunes respecto del Poder Ejecutivo, pero nada impide puedan provenir de los poderes legislativo y judicial.

Por lo que hace a la omisión normativa es indispensable avanzar, y hacer algunos ajustes, en la tipología que jurisprudencialmente se ha construido a partir de cánones doctrinales.

1. Referencia conceptual sobre omisiones normativas

En el *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional* se da cuenta de varias locuciones relacionadas con la figura de la omisión legislativa: i) inconstitucionalidad por omisión; ii) omisión legislativa; iii) omisión legislativa en materia tributaria; iv) omisiones absolutas; v) omisiones absolutas respecto de facultades de ejercicio obligatorio; vi) omisiones legislativas de facultades de ejercicio potestativo; y, vii) omisiones legislativas relativas o parciales²⁶⁶.

En relación con la “inconstitucionalidad por omisión”, Carlos Báez Silva apunta que ésta:

“Es la infracción a la Constitución cometida por la inactividad del legislador, consistente en no legislar en concreto cuando ha recibido un encargo específico, sea por parte del órgano constituyente o por parte del órgano revisor de la Constitución, para desarrollar una norma constitucional de eficacia limitada que precisa de la intervención del legislador, en un primer momento, para alcanzar plena eficacia.”²⁶⁷

Señala Carlos Báez Silva que la omisión legislativa es una especie de la omisión normativa, ya que ésta:

“es [...] la falta o ausencia de creación de normas jurídicas, en la que puede incurrir no solo el legislador sino incluso otros órganos del Estado, como, por ejemplo, el Ejecutivo que no emite un reglamento...”²⁶⁸

²⁶⁶ VV. AA, *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, Serie Doctrina Jurídica, Núm. 692, coordinadores: Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Fabiola Martínez Ramírez y Giovanni A, Figueroa Mejía, Poder Judicial de la Federación y UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, abril 2014, México, Tomo II, pp. 708-711, voz: inconstitucionalidad por omisión. En esta misma obra, bajo la voz: omisión legislativa, José Julio Fernández Rodríguez, señala que “La inconstitucionalidad por omisión, desde un punto de vista doctrinal, se puede definir como ‘la falta de desarrollo por parte del Poder Legislativo, durante un tiempo excesivamente largo, de aquellas normas constitucionales de obligatorio y concreto desarrollo, de forma tal que se impide su eficaz aplicación’”, 964-977.

²⁶⁷ *Idem.*, p. 708.

²⁶⁸ *Ibid.*

Para este autor, la inconstitucionalidad por omisión presenta los elementos siguientes: (i) cuándo se configura un “no hacer”; y (ii) momento en que ese “no hacer” deviene inconstitucional. De este último elemento hay que analizar tres aspectos: (a) inactividad voluntaria del legislador; (b) mandato específico de legislar; y (c) ineficacia de la norma constitucional²⁶⁹.

Puede haber omisiones legislativas que trasciendan al ámbito de eficacia de los derechos humanos, caso en el que la omisión inconstitucional está relacionada no solamente con el deber de legislar, sino que, además, ese deber de legislar está vinculado con la promoción, respeto, protección y garantía de los derechos humanos.

2. La Suprema Corte de Justicia de la Nación y la omisión legislativa

La Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN), ha establecido, en relación con la omisión legislativa, varios criterios:

a) Omisión legislativa y competencias normativas de ejercicio obligatorio y de ejercicio potestativo

El primer punto que hay que abordar es el inherente a si el ejercicio de competencias, es decir, de reglas de competencia, es obligatorio o es potestativo, aspecto que está definitivamente vinculado con el tema de la omisión legislativa.

Si una autoridad solamente puede hacer aquello a lo que se le ha autorizado, importa determinar si lo que está autorizada a hacer lo debe hacer obligatoriamente o es potestativo lo haga (es decir, depende de su voluntad ejercer o no la facultad, sin que haya consecuencia o sanción alguna si no ejerce la competencia)

²⁶⁹ *Ibíd.*

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha hecho la distinción entre competencias de ejercicio obligatorio y competencias de ejercicio potestativo en la jurisprudencia siguiente:

“ÓRGANOS LEGISLATIVOS. TIPOS DE FACULTADES O COMPETENCIAS DERIVADAS DEL PRINCIPIO DE DIVISIÓN FUNCIONAL DE PODERES. En atención al citado principio los órganos legislativos del Estado cuentan con facultades o competencias de ejercicio potestativo y de ejercicio obligatorio. Las primeras son aquellas en las que dichos órganos pueden decidir si las ejercen o no y el momento en que lo harán; de manera que esta competencia en sentido estricto no implica una obligación, sino la posibilidad establecida en el ordenamiento jurídico de crear, modificar o suprimir normas generales, es decir, los órganos legislativos cuentan con la potestad de decidir libremente si crean determinada norma jurídica y el momento en que lo harán. Por su parte, las segundas son aquellas a las que el orden jurídico adiciona un mandato de ejercicio expreso, es decir, una obligación de hacer por parte de los órganos legislativos a los que se les han otorgado, con la finalidad de lograr un correcto y eficaz desarrollo de sus funciones; de ahí que si no se realizan, el incumplimiento trae aparejada una sanción; en este tipo de competencias el órgano legislativo no tiene la opción de decidir si crea o expide una norma general determinada, sino que existe un mandato o una obligación a su cargo de expedirla o crearla, que puede encontrarse expresa o implícitamente en el texto de las propias normas constitucionales, o en el de sus disposiciones transitorias.”,

Controversia constitucional 14/2005. Municipio de Centro del Estado de Tabasco. 3 de octubre de 2005. Unanimidad de diez votos. Ausente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Laura Patricia Rojas Zamudio y Raúl Manuel Mejía Garza. El Tribunal Pleno, el tres de enero en curso, aprobó, con el número 10/2006, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a tres de enero de dos mil seis.²⁷⁰

²⁷⁰ Tesis jurisprudencial: P./J. 10/2006; Materia(s): Constitucional; Página: 1528; Pleno Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo XXIII, Febrero de 2006 P./J. 10/2006, 1528.

De acuerdo con esta jurisprudencia se deben distinguir dos clases de reglas de competencia: (i) las que son de ejercicio obligatorio y (ii) las que son de ejercicio potestativo.

Las primeras implican, según la SCJN, un mandato expreso o implícito, para legislar; en cambio, las segundas conllevan que el legislador no está vinculado a un mandato para legislar, sino que el órgano dotado de poder normativo puede decidir si ejerce o no la competencia, incluso el momento en que debe hacerlo es indeterminado: si se decide legislar, bien, si no se decide legislar no tiene consecuencias, *prima facie*.

Más adelante se verá que hay que distinguir entre regla de competencia y regla de acción por la que se ordena legislar y que normalmente incluye un plazo o término para hacerlo.

Asimismo, con base en esta distinción, se debe precisar que el mandato de legislar bajo plazo o término, visto como obligación de legislar (regla de acción) no puede ser implícita sino expresa, y de aquí distinguir que si no se indica expresamente la obligación de legislar en cierto plazo o término ello no conlleva necesariamente que se trate de una facultad (regla de competencia) que opere bajo el canon potestativo, es decir, que si nunca se ejerce no hay consecuencias, pues tratándose de omisiones legislativas que en sí vulneran derechos humanos, la exigencia de legislar se actualiza desde que la omisión, por sí misma, conculca derechos humanos.

En otras palabras, si estamos en presencia de una facultad de legislar de índole potestativa respecto de la cual, obviamente, no se ha establecido plazo o término para su ejercicio, y la autoridad no la ejerce, pero se

vulneran derechos humanos porque hay omisión normativa, entonces se puede exigir que la autoridad competente norme lo que tenga que normar.

b) Omisión legislativa absoluta y relativa y de ejercicio obligatorio y facultativo o potestativo

La SCJN ha introducido al marco jurisprudencial en materia de omisiones legislativas la tipología clásica de omisiones absolutas y omisiones relativas. Esta clasificación se basa en el criterio de si no se ha legislado o se ha legislado. Quien planteó teóricamente la distinción fue Weseel en Alemania²⁷¹. Esta clasificación es retomada en la jurisprudencia siguiente:

OMISIONES LEGISLATIVAS. SUS TIPOS

En atención al principio de división funcional de poderes, los órganos legislativos del Estado cuentan con facultades o competencias de ejercicio potestativo y de ejercicio obligatorio, y en su desarrollo pueden incurrir en diversos tipos de omisiones. Por un lado, puede darse una omisión absoluta cuando aquéllos simplemente no han ejercido su competencia de crear leyes ni han externado normativamente voluntad alguna para hacerlo; por otro lado, puede presentarse una omisión relativa cuando al haber ejercido su competencia, lo hacen de manera parcial o simplemente no la realizan integralmente, impidiendo el correcto desarrollo y eficacia de su función creadora de leyes. Ahora bien, combinando ambos tipos de competencias o facultades -de ejercicio obligatorio y de ejercicio potestativo-, y de omisiones -absolutas y relativas-, pueden presentarse las siguientes omisiones

²⁷¹ Laura Rangel Hernández señala: “Tradicionalmente la omisión legislativa se ha estudiado en cuanto a su extensión como absoluta y relativa, esta clasificación fue elaborada y estudiada por Wessel en Alemania y ha sido objeto de reiteración casi por la totalidad de los estudios de la materia.”, Rangel Hernández, Laura, *Inconstitucionalidad por omisión legislativa. Teoría general y su control jurisdiccional en México*, Porrúa, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, Núm. 33, México, 2009, p. 73. Por su parte José Julio Fernández Rodríguez apunta: “La división que ha tenido más éxito, repitiéndose como un auténtico *topos* en la mayor parte de los trabajos en la materia, fue obra del magistrado Wessel del Tribunal Constitucional alemán en un artículo sobre el recurso de amparo (*Verfassungsbeschwerde*) en la jurisprudencia de ese Alto tribunal sito en Karlsruhe”, Fernández Rodríguez, José Julio, “Aproximación al concepto de inconstitucionalidad por omisión”, en VV. AA. *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre inconstitucionalidad por omisión*, 2ª ed., UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, Núm. 135, México, 2007, pp. 57-58

legislativas: a) Absolutas en competencias de ejercicio obligatorio, cuando el órgano legislativo tiene la obligación o mandato de expedir una determinada ley y no lo ha hecho; b) Relativas en competencias de ejercicio obligatorio, cuando el órgano legislativo emite una ley teniendo una obligación o un mandato para hacerlo, pero lo realiza de manera incompleta o deficiente; c) Absolutas en competencias de ejercicio potestativo, en las que el órgano legislativo decide no actuar debido a que no hay ningún mandato u obligación que así se lo imponga; y, d) Relativas en competencias de ejercicio potestativo, en las que el órgano legislativo decide hacer uso de su competencia potestativa para legislar, pero al emitir la ley lo hace de manera incompleta o deficiente.

Controversia constitucional 14/2005. Municipio de Centro del Estado de Tabasco. 3 de octubre de 2005. Unanimidad de diez votos. Ausente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Laura Patricia Rojas Zamudio y Raúl Manuel Mejía Garza.

El Tribunal Pleno, el tres de enero en curso, aprobó, con el número 11/2006, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a tres de enero de dos mil seis.²⁷²

Con base en esta Jurisprudencia, la SCJN considera cuatro elementos que se pueden agrupar en dos binomios:

- (i) Absoluta/relativa; y
- (ii) Obligatoria/potestativa.

Así, se construyen cuatro variantes o clases de omisiones:

- (i) Omisión legislativa absoluta de ejercicio obligatorio;
- (ii) Omisión legislativa absoluta de ejercicio potestativo;
- (iii) Omisión legislativa relativa de ejercicio obligatorio; y

²⁷² Tesis Jurisprudencial núm. P./J. 11/2006 de Suprema Corte de Justicia, Pleno (Controversia Constitucional); Materia: Constitucional; Fecha de Publicación: 1 de Febrero de 2006; Número de Resolución: P./J. 11/2006; Localización: [J]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; XXIII, Febrero de 2006; Pág. 1527; Emisor: Pleno

(iv) Omisión legislativa relativa de ejercicio potestativo

Esquema 24. Combinatorias de omisiones legislativas absoluta y relativa, obligatoria y potestativa

Ejercicio Clases Omisión	Obligatorio	Potestativo
Absoluta	Absoluta obligatoria El órgano dotado de poder normativo está obligado a configurar legalmente la norma constitucional, pero no lo ha hecho Hay total exigibilidad de que lo haga	Absoluta potestativa El órgano dotado de poder normativo tiene competencia potestativa para la configuración normativa y no lo ha hecho No hay exigibilidad de que lo haga

Ejercicio Clases Omisión	Obligatorio	Potestativo
Relativa	Relativa obligatoria El órgano dotado de poder normativo está obligado a configurar legalmente, pero lo ha hecho de forma parcial o de manera defectuosa Hay total exigibilidad de que lo haga	Relativa potestativa El órgano dotado de poder normativo tiene competencia potestativa para la configuración normativa y la ha llevado a cabo de forma parcial o de manera defectuosa No hay exigibilidad de que lo haga

c) Omisión legislativa y plazo para legislar

Asimismo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha considerado el plazo para legislar dentro de las competencias de ejercicio obligatorio. La tesis correspondiente es la siguiente:

“FACULTAD O COMPETENCIA OBLIGATORIA A CARGO DE LOS CONGRESOS ESTATALES. SU OMISIÓN ABSOLUTA GENERA UNA VIOLACIÓN DIRECTA A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS (ARTÍCULOS PRIMERO Y SEGUNDO TRANSITORIOS DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y SIETE). La reforma constitucional de mil novecientos

ochenta y siete a los artículos 17 y 116, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos tuvo como objetivo primordial el fortalecimiento de la independencia y autonomía de los Poderes Judiciales de los Estados de la República. Para lograr lo anterior, en los artículos primero y segundo transitorios de dicha reforma el Poder Reformador de la Constitución impuso la obligación, por mandato constitucional, a todos los Estados de la República, de adecuar sus Constituciones y leyes locales a las disposiciones establecidas en la Constitución Federal, a más tardar el dieciocho de marzo de mil novecientos ochenta y ocho. En este tenor, todos los Estados de la República contaban con una facultad o competencia de ejercicio obligatorio a cargo de los órganos legislativos estatales, ya que, mediante la citada reforma constitucional, se les otorgó un mandato de ejercicio expreso, es decir, una obligación de realizar determinada conducta -la adecuación de sus Constituciones y leyes secundarias-, con la finalidad de lograr un correcto desarrollo de sus funciones. Cabe señalar que en este tipo de facultades o competencias los órganos legislativos locales no tienen opción de decidir si lo hacen o no, pues existe una obligación expresa en ese sentido. Por tanto, el hecho de que los indicados órganos no cumplan con ese mandato en el término de un año, computado a partir de la vigencia del Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el diecisiete de marzo de mil novecientos ochenta y siete, constituye una omisión legislativa absoluta, que genera una violación constitucional directa.”

Controversia constitucional 4/2005. Poder Judicial del Estado de Tlaxcala. 13 de octubre de 2005. Unanimidad de diez votos. Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Laura Patricia Rojas Zamudio. El Tribunal Pleno, el tres de enero en curso, aprobó, con el número 13/2006, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a tres de enero de dos mil seis.²⁷³

Con esta jurisprudencia, la corte analiza nuevamente el elemento de ejercicio obligatorio cuando el mandato constitucional es expreso y, *obiter dicta*, refiere el elemento del plazo o término para el ejercicio de la competencia respectiva.

²⁷³ Tesis jurisprudencial; Novena Época; Núm. de Registro: 175939; Instancia: Pleno: Jurisprudencia; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo XXIII, Febrero de 2006; Materia(s): Constitucional; Tesis: P./J. 13/2006; Página: 1365.

El plazo es un elemento que opera necesariamente de competencias en las que se establece, mediante la regla de acción respectiva, la obligación de legislar. Por tanto, el plazo necesariamente debe establecerse en la regla de acción que mandata obligatoriamente ejercer la facultad respectiva, y esta regla de acción no puede ser más que expresa²⁷⁴.

3. Regla de competencia expresa o implícita de la que depende la omisión legislativa

Ahora bien, si uno de los elementos constitutivos de la omisión legislativa es la infracción del deber de legislar, es importante precisar que tal deber solamente puede asumirse a partir de una norma de competencia expresa o de una norma de competencia implícita, la cual puede tratarse de una regla de competencia de ejercicio obligatorio o de una regla de competencia de ejercicio potestativo, pero una cosa es la regla de competencia y otra la regla de acción que establece el carácter obligatorio o permisivo (potestativo) del ejercicio de la competencia respectiva.

Si esto es así, entonces el deber de legislar es obligatorio o es potestativo, lo cual implica que a la regla de competencia (facultad) se correlaciona una regla de acción²⁷⁵. De aquí derivan las dos clases de omisiones:

²⁷⁴ Podría plantearse hipotéticamente que se estableciera solamente el plazo sin que se indicara expresamente que el ejercicio de la facultad de legislar es obligatorio, caso en el que se debe considerar que a la prescripción sobre el plazo está subyacente la regla de acción sobre el ejercicio obligatorio. Sólo en este caso puede hablarse de que la facultad de legislar está implícita, tal y como se da a entender en la jurisprudencia citada en el inciso a). El enunciado jurídico sería más o menos el siguiente “La facultad para legislar en la materia X, debe ejercerse en el plazo o término Y”, el cual implica, de manera necesaria, que es obligatorio legislar, y si pasado el plazo no se legisló, se configura la omisión legislativa por omisión “absoluta” (según la terminología de la corte) de ejercicio obligatorio en la que además venció el plazo prescrito para hacerlo con lo que es más evidente la omisión legislativa de que se trate.

²⁷⁵ Dirían Ruíz Manero y Atienza que conforman una “unidad funcional”, véase: *Las piezas del derecho...Op. Cit.*, p.

- (i) Omisiones que dependen de una regla de competencia a la que se correlaciona una regla de acción que establece la obligación de legislar; y
- (ii) Omisiones que dependen de una regla de competencia a la que se correlaciona una regla de acción permisiva. Aquí podemos distinguir entre correlación fuerte, cuando se indica expresamente que el ejercicio es potestativo o correlación débil cuando no se indica que es de ejercicio potestativo, pero tampoco se establece que es de ejercicio obligatorio y, por ende, la permisión es implícita.

Si esto es correcto, entonces en los casos de reglas de competencia respecto de las cuales se ha establecido que su ejercicio es obligatorio, tanto la regla de competencia como la regla de acción por la que se establece la obligatoriedad de legislar, son expresas.

Pero, en el caso de reglas de competencia en las que no se indica que su ejercicio es obligatorio, la regla de acción permisiva es implícita, esto es, al no establecerse expresamente que es obligatorio legislar se entiende que subyace una regla de acción permisiva o potestativa.

Estos aspectos son importantes en relación con el señalamiento de algunos doctrinarios acerca de considerar como elemento constitutivo de la omisión legislativa el que se presente “durante un tiempo excesivamente largo”²⁷⁶.

²⁷⁶ Así se pronuncia José Julio Fernández Rodríguez al abordar la locución “Omisión legislativa” en VV. AA, *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional... Op. Cit.*, Tomo II, p. 964: en sus palabras: “La inconstitucionalidad por omisión, desde un punto de vista doctrinal, se puede definir como ‘la falta

Esta aseveración es inexacta en los casos de reglas de competencia correlacionadas con reglas de acción obligatorias porque si el ejercicio se ha marcado como obligatorio, desde el día de vigencia/ejercicio de la regla de competencia, el legislador debe llevar a cabo la configuración normativa respectiva²⁷⁷. Incluso, cabe agregar el componente relativo al término o plazo para llevar a cabo la configuración normativa respectiva, pues como ya se ha señalado, el mandato obligatorio solamente se puede dar en casos de reglas de competencia expresas y que mediante una regla de acción obligatoria se prescribe un término o un plazo para que se realice la configuración normativa correspondiente.

Considerar como elemento esencial de la omisión legislativa el que se dé por un lapso excesivamente largo, sólo es válido para el caso de reglas de competencia correlacionadas con reglas de acción permisivas o potestativas, y quizá con reglas de competencia normativa sobre las que se presenta omisión legislativa que en un momento dado esté implicando alguna violación a un derecho humano de manera evidente.

de desarrollo por parte del Poder Legislativo, durante un tiempo excesivamente largo, de aquellas normas constitucionales de obligatorio y concreto desarrollo, de forma tal que se impide su eficaz aplicación”.

²⁷⁷ La exigencia de configuración normativa no opera, pragmáticamente y atendiendo al *iter* legislativo, inmediatamente, pues hay un lapso de elaboración, producción y argumentación del texto normativo respectivo, pero ello no significa esperar a que la omisión se dé “durante un tiempo excesivamente largo”. Así, el tiempo durante el cual se lleve a cabo la configuración normativa debe ser razonable. El caso paradigmático de omisión legislativa que duró “un tiempo excesivamente largo” que vulneraba un derecho fundamental (derecho a algo normativo) es el de la materia de derecho a la información, el cual fue positivizado en el texto constitucional en 1977 y después de 25 años, se legisló a nivel federal en materia de transparencia (obligaciones gubernamentales de transparencia) y derecho de acceso a la información. No está demás señalar que la locución <<excesivamente largo>> peca, gravemente de vaguedad, tanto intensional como denotativa, es decir, es una vaguedad mixta; en cambio atender a un plazo razonable de configuración normativa lleva implícito recurrir a una argumentación “razonable”, ya que a través de una argumentación de esa clase se puede clarificar cuál es el plazo para legislar.

4. Ajuste terminológico (semántico) de los términos absoluto/relativo y total/parcial

Los términos absoluto y relativo no los utilizamos para dar cuenta de si se ha legislado (parcialmente) o no (totalmente), es decir, referir si hay omisión total (absoluta, según la terminología de la SCJN) u omisión parcial (relativa, según la terminología de la SCJN), sino para dar cuenta de la exigencia de configuración normativa en cuanto a ser libre o ser relativa, es decir, , estar acotada a ciertos parámetros, caso en el que es relativa, pero si no hay ciertos parámetros se está en presencia de una configuración, en principio, libre.

Existen, diríamos, omisiones legislativas totales o parciales²⁷⁸, de ejercicio obligatorio o de ejercicio no obligatorio, y de configuración normativa libre o de configuración normativa relativa (acotada a ceñirse –limitarse- a ciertos parámetros de contenido de normatividad)²⁷⁹.

Por ello, la terminología de la SCJN puede ser enriquecida, ya que hay más elementos que los que considera nuestro más alto tribunal. Estamos en presencia de una omisión relativa porque está sujeta a parámetros de configuración normativa, es decir, no es libre sino acotada.

²⁷⁸ Véase: Rangel Hernández, Laura, “La acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa en la Constitución mexicana. Un avance en el acceso a la Justicia Constitucional”, en revista *Cuestiones Constitucionales*, Núm. 18; enero-junio 2008, pp. 201-226. Esta autora ya empieza a distinguir entre omisión absoluta como omisión total y omisión relativa como omisión parcial, pero se queda a medio camino en cuanto a superar, o mejor dicho redimensionar, la terminología de Wessel, retomada por Víctor Bazán (“Respuestas normativas y jurisdiccionales frente a las omisiones inconstitucionales: una visión de derecho comparado”, en VV. AA., *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, UNAM-IIJ, México, 2003)

²⁷⁹ Rangel Hernández, Laura, *Inconstitucionalidad por omisión legislativa... Op. Cit.*

El criterio de la SCJN, conceptualmente debe replantearse bajo parámetros semánticos, porque al empatar absoluto (que significa independiente, ilimitado, que excluye cualquier relación²⁸⁰) con total (que significa que lo comprende todo²⁸¹) y relativo (que significa que guarda relación con alguien o con algo²⁸²) con parcial (que significa que pertenece a una parte de un todo, no cabal o completo²⁸³), se oculta el que la exigencia de configuración normativa pueda estar o no acotada a seguir alguna pauta que oriente sobre el contenido de la normatividad que se vaya a expedir.

Veamos: una configuración total implica, *prima facie*, que normativamente se regula la materia de manera razonablemente completa. Una configuración parcial implica normativamente que la regulación falla en ser razonablemente completa, por lo que considerar que es incompleta requiere de algún parámetro con base en el cual determinar que la normatividad no es completa; en cambio, la cuestión de los defectos – regulación defectuosa- implica regulación expresa deficiente y también se requiere de algún parámetro con base en el cual determinar que la normatividad es defectuosa.

Por tanto, es más consistente, en perspectiva semántica (la cual impacta conceptualmente), evitar empatar absoluto con ausencia total de regulación y relativo con emisión de legislación en forma parcial o incompleta o de manera defectuosa.

²⁸⁰ Real Academia Española, *Diccionario...Op. Cit.*, voz: absoluto. El elemento connotativo de la primera acepción “que excluye cualquier relación”, es muy ambiguo, por no decir vago, pues en la realidad las cosas están interrelacionadas y sólo teóricamente se puede hablar de que algo excluye cualquier relación en una perspectiva abstracta. Hay que señalar que cuando se señala que algo es absoluto implica un juicio sintético *a priori*, es decir, expresamos el estado de cosas absoluto de algo como predicado no “esencial” del objeto respectivo.

²⁸¹ *Idem*, voz: total

²⁸² *Idem*, voz: relativo

²⁸³ *Idem*, voz: parcial

Por ello, es más adecuado dejar los calificativos de absoluto y de relativo al señalamiento de si para la configuración normativa secundaria hay que observar bases de contenido de normativa futura (configuración relativa) o el órgano que habrá de configurar normativamente la materia de que se trate no debe observar bases de contenido de normatividad (configuración absoluta).

En los supuestos de omisión parcial en sentido de que no es completa, el referente de configuración normativa permite mostrar cuáles son los aspectos que faltaron normar –*qué se debe normar*–; en cambio en la omisión parcial en sentido de que es defectuosa también se requiere referente, pero opera en el ámbito de *cómo se ha regulado* determinado aspecto o tema de necesaria regulación, incluso determinación de exceso de regulación vista como una forma de defecto.

Respecto de la omisión total hay que apuntar que se está ante una ausencia de normatividad configurativa, haya o no parámetro de configuración normativa. En el caso de omisión parcial se toma en sentido general y, por ende, incluye tanto no ser completa como ser defectuosa, por lo que la configuración parcial tendría tres posibilidades: (i) incompleta; (ii) defectuosa, y (iii) incompleta y defectuosa (mixta). Obviamente la más compleja es la tercera porque además de ser incompleta es defectuosa, o a la inversa, además de ser defectuosa es incompleta.

Es insuficiente el criterio de la SCJN porque no contempla el elemento de configuración normativa como parámetro de contenido de configuración, y, como veremos más adelante, margina el elemento del plazo para llevar a cabo la configuración normativa de la materia de que se trate.

Conforme a lo señalado, la propuesta terminológica en la que se considera (i) ejercicio obligatorio o potestativo, (ii) si se ha llevado a cabo configuración normativa y (iii) si hay o no bases para contenido de normatividad futura, sería la siguiente:

Esquema 25. Combinatorias de omisiones legislativas bajo criterio total, parcial; de ejercicio obligatorio, de ejercicio potestativo; con o sin bases de configuración normativa

	Supuesto	Consideraciones
1	Omisión legislativa total de ejercicio obligatorio sin bases constitucionales para la configuración normativa federal o la configuración constitucional local o configuración legal local (absoluta)	La determinación de la omisión se ciñe a parámetros de dogmática jurídica y para efectos metodológicos la calificamos como absoluta
2	Omisión legislativa total de ejercicio potestativo sin bases constitucionales para la configuración normativa federal o la configuración constitucional local o configuración legal local (absoluta)	La determinación de la omisión se ciñe a parámetros de dogmática jurídica y para efectos metodológicos la calificamos como absoluta
3	Omisión legislativa total de ejercicio obligatorio con bases constitucionales para la configuración normativa federal o la configuración constitucional local o configuración legal local (relativa)	La determinación de la omisión opera de acuerdo con las bases constitucionales que condicionan la configuración normativa ²⁸⁴ y para efectos metodológicos la calificamos como relativa
4	Omisión legislativa total de ejercicio potestativo con bases constitucionales para la configuración normativa federal o la configuración constitucional local o configuración legal local (relativa)	La determinación de la omisión opera de acuerdo con las bases constitucionales que condicionan la configuración normativa ²⁸⁵ y para efectos metodológicos la calificamos como relativa
5	Omisión legislativa parcial de ejercicio obligatorio sin bases constitucionales para la configuración normativa federal o la configuración constitucional local o configuración legal local (absoluta)	La determinación de la omisión se ciñe a parámetros de dogmática jurídica y para efectos metodológicos la calificamos como absoluta
6	Omisión legislativa parcial de ejercicio potestativo sin bases constitucionales para la configuración normativa federal o la configuración constitucional local o configuración legal local (absoluta)	La determinación de la omisión se ciñe a parámetros de dogmática jurídica y para efectos metodológicos la calificamos como absoluta
7	Omisión legislativa parcial de ejercicio obligatorio con bases constitucionales para la configuración normativa federal o	La determinación de la omisión opera de acuerdo con las bases constitucionales que condicionan la configuración normativa ²⁸⁶ y

²⁸⁴ No se excluye del todo la dogmática jurídica aplicable a la materia de que se trate.

²⁸⁵ *Idem.*

²⁸⁶ *Idem.*

	la configuración constitucional local o configuración legal local (relativa)	para efectos metodológicos la calificamos como relativa
8	Omisión legislativa parcial de ejercicio potestativo con bases constitucionales para la configuración normativa federal o la configuración constitucional local o configuración legal local (relativa)	La determinación de la omisión opera de acuerdo con las bases constitucionales que condicionan la configuración normativa ²⁸⁷ y para efectos metodológicos la calificamos como relativa

Esta tipología la calificamos como configuración normativa clásica, dentro de la cual cabe distinguir dos clases: la primera “configuración normativa relativa clásica” en el sentido de que no es libre, sino que debe ajustarse a las bases constitucionales respectivas; y a la segunda como “configuración normativa absoluta clásica” en el sentido de que no debe ajustarse a ningún tipo de bases constitucionales, y ambas bajo dos posibilidades de ejercicio: obligatorio o potestativo.

5. Tipología de omisiones legislativas considerando bases de configuración de normativa futura dispuestas en ley general (ley marco)

Ahora bien, si se toman en cuenta otros elementos, la tipología se enriquece si a los elementos analizados hasta este punto se suman los elementos siguientes:

i) La especial situación de las materias que se han calificado como concurrentes y que implican necesariamente se expida una ley general (en sentido de ley marco) por la que se distribuyan competencias, entonces el referente de distribución competencial no sólo es el texto constitucional sino también la ley general; y

(ii) Que una ley general no solamente distribuye competencias entre los órdenes de gobierno, sino que también funge como ley de bases que determina el contenido de la normatividad a expedirse por la federación y

²⁸⁷ *Idem.*

las entidades federativas, con lo que estamos en presencia de una ley general que tanto distribuye competencias como desarrolla los principios y bases constitucionales.

A partir de estos elementos, es decir, que la configuración normativa de materias concurrentes que deben llevar a cabo los poderes normativos federal y de las entidades federativas no sólo debe ceñirse a lo mandado por la Constitución General –principios y bases- sino, además, a lo normado en la ley general correspondiente, lleva a agregar un elemento más a los que la SCJN considera: el de *principios y bases que se establezcan en la ley general* respectiva como elementos de contenido u orientación de normativa que se expida por la federación y las entidades federativas o la ausencia de éstos, y justo este es el sentido de la clasificación de omisión relativa porque existe parámetro de configuración normativa.

Los principios y bases que adicionalmente se regulen en la ley general, derivan y complementan²⁸⁸ los principios y bases constitucionales, y se constituyen, juntamente con la distribución de competencias, en el parámetro de configuración normativa de los textos normativos que se expidan al respecto.

²⁸⁸ Esta afirmación no debe llevar a pensar que una ley general pueda no ser congruente con los principios y bases constitucionales que, en su caso, se hayan establecido por el Poder Reformador en el texto constitucional. Consecuentemente, puede darse el caso de una ley general que contravenga el texto constitucional, supuesto que presenta interesantes dudas y retos como, por ejemplo, quién estaría legitimado para impugnar la inconstitucionalidad de una ley general. Al parecer, al tratarse de una ley que distribuye competencias, a quienes se le distribuyen competencias interesaría que se le respete su ámbito competencial, pero en la ley general se lleva a cabo una distribución de competencias *in abstracto* a partir de desagregar actividades que inciden sobre la materia objeto de la ley, ¿cómo podría alegar un estado que se le está invadiendo competencias si la ley general es la que establece lo que debe hacer (competencias) en relación con la materia correspondiente?, ¿podría alegar que al estado compete determinada actividad y no a la federación, a pesar de la distribución establecida en la ley general?

Si esto es así, entonces al esquema de omisiones propuesto, hay que agregar el caso especial de materias calificadas como concurrentes, las cuales, al dar lugar a la expedición de leyes generales en sentido de leyes marco que distribuyen competencias y que pueden establecer principios y bases, conformando la medida referencial, junto con los dispositivos constitucionales, para determinar si la omisión de ejercicio obligatorio o potestativo es absoluta o relativa.

Cuando estamos en presencia de una materia calificada (necesariamente de manera expresa) como concurrente, las combinatorias de clases de omisiones se incrementa, la tipología sería la siguiente²⁸⁹:

Esquema 26. Combinatorias de omisiones legislativas considerando materia concurrente

	Supuesto	Consideraciones
1	Omisión legislativa total de ejercicio obligatorio sin bases constitucionales ni bases de ley general para la configuración normativa federal o la configuración normativa constitucional local o configuración legal local (absoluta)	La determinación de la omisión se ciñe a parámetros de dogmática jurídica y para efectos metodológicos la calificamos como absoluta
2	Omisión legislativa total de ejercicio potestativo sin bases constitucionales ni bases de ley general para la configuración normativa federal o la configuración constitucional local o configuración legal local (absoluta)	La determinación de la omisión se ciñe a parámetros de dogmática jurídica y para efectos metodológicos la calificamos como absoluta
3	Omisión legislativa total de ejercicio obligatorio con bases constitucionales y bases de ley general para la configuración normativa federal o la configuración constitucional local o configuración legal local (relativa)	La determinación de la omisión opera de acuerdo con las bases constitucionales y de ley general que condicionan la configuración normativa ²⁹⁰ y para efectos metodológicos la calificamos como relativa

²⁸⁹ No desagregamos algunas variantes que surgen de las relaciones entre bases constitucionales y bases de ley general, en cuanto a exigencia o no exigencia: a) bases en constitución y en ley general; b) bases en constitución, pero no bases en ley general; c) sin bases en constitución, pero si bases en ley general; y d) sin bases en constitución ni bases en ley general. No se desagregan los supuestos b) y c).

²⁹⁰ No se excluye del todo la dogmática jurídica aplicable a la materia de que se trate.

4	Omisión legislativa total de ejercicio potestativo con bases constitucionales y bases de ley general para la configuración normativa federal o la configuración constitucional local o configuración legal local (relativa)	La determinación de la omisión opera de acuerdo con las bases constitucionales y de ley general que condicionan la configuración normativa ²⁹¹ y para efectos metodológicos la calificamos como relativa
5	Omisión legislativa parcial de ejercicio obligatorio sin bases constitucionales ni bases de ley general para la configuración normativa federal o la configuración constitucional local o configuración legal local (absoluta)	La determinación de la omisión se ciñe a parámetros de dogmática jurídica y para efectos metodológicos la calificamos como absoluta
6	Omisión legislativa parcial de ejercicio potestativo sin bases constitucionales ni bases de ley general para la configuración normativa federal o la configuración constitucional local o configuración legal local (absoluta)	La determinación de la omisión se ciñe a parámetros de dogmática jurídica y para efectos metodológicos la calificamos como absoluta
7	Omisión legislativa parcial de ejercicio obligatorio con bases constitucionales y bases de ley general para la configuración normativa federal o la configuración constitucional local o configuración legal local (relativa)	La determinación de la omisión opera de acuerdo con las bases constitucionales y de ley general que condicionan la configuración normativa ²⁹² y para efectos metodológicos la calificamos como relativa
8	Omisión legislativa parcial de ejercicio potestativo con bases constitucionales y bases de ley general para la configuración normativa federal o la configuración constitucional local o configuración legal local (relativa)	La determinación de la omisión opera de acuerdo con las bases constitucionales y de ley general que condicionan la configuración normativa ²⁹³ y para efectos metodológicos la calificamos como relativa

A esta tipología la calificamos –frente a la clásica- como atípica con motivo de que se está en presencia de una materia concurrente respecto de la cual se ha expedido la ley general correspondiente (ley marco).

El caso que interesa dado el objeto de este análisis es el número 7:

²⁹¹ *Idem.*

²⁹² *Idem.*

²⁹³ *Idem.*

Esquema 27. Supuesto de omisión legislativa parcial de ejercicio obligatorio con bases de configuración normativa

Clase de omisión	Parámetro constitucional	Parámetro de ley general
Omisión legislativa parcial de ejercicio obligatorio con bases constitucionales y bases de ley general para la configuración normativa federal o la configuración constitucional local o configuración legal local (relativa)	La determinación de la omisión opera de acuerdo con las bases constitucionales que condicionan la configuración normativa que, en materia de derecho de acceso a la información, como materia concurrente, implica necesariamente la expedición de una ley general, y ésta debe ajustarse a los principios y bases constitucionales	La ley general, en sentido de ley marco (distribuye competencias y establece principios y bases, acordes con los constitucionales); <i>es punto de referencia para evaluar si la configuración normativa federal y de las entidades federativas se ajusta o no a los mismos</i>

Por tanto, si bien estamos ante una configuración normativa federal y configuración constitucional local o legal locales, parciales, es decir, incompleta o defectuosa, tales condiciones se determinan por los parámetros mencionados y, consecuentemente, la configuración normativa la calificamos de relativa en el sentido de no absoluta, esto es, la configuración federal y constitucional y legal locales no es libre de contenidos normativos sino acotada a los principios, bases, mecanismos y procedimientos previstos constitucionalmente (en su caso) y en la ley general.

6. Plazo para llevar a cabo la configuración normativa

Asimismo, resulta pertinente tomar en cuenta otro elemento: el plazo para expedir la normatividad correspondiente (secundaria).

En algunas ocasiones el Poder Reformador establece que la configuración normativa se lleve a cabo en determinado plazo²⁹⁴, pero si no lo prescribe

²⁹⁴ Sea en el texto formal dispositivo o en artículo transitorio del decreto de modificaciones respectivo.

entonces estamos en presencia de una obligación cuyo cumplimiento es, *prima facie*, indeterminado.

Esta indeterminación genera problemas interesantes como, por ejemplo, cuando la falta total de configuración normativa afecta negativamente el ejercicio o exigibilidad de derechos humanos.

En los casos en los que el Poder Reformador ha establecido plazo, el problema de cumplimiento se presenta cuando vence el plazo y no se ha actuado normativamente, aunque un análisis de los casos muestra que se trata de enunciados jurídicos “imperfectos”, es decir, el Poder Reformador no prevé sanción alguna en caso de ausencia total de configuración normativa.

En todo caso, y retomando lo visto, estamos en presencia de los elementos siguientes:

- i) Si hay configuración normativa o no, caso en el que referimos omisión total u omisión parcial;
- ii) Si la configuración normativa es de ejercicio obligatorio o no es de ejercicio obligatorio;
- iii) Si la configuración normativa es libre, o sea no está condicionada a seguir determinados parámetros, caso en el que la denominamos absoluta, y configuración normativa no libre sino acotada a seguir ciertos parámetros de contenido de normatividad, caso en el que referimos que se trata de una configuración normativa relativa; y

- iv) Si el Poder Reformador ha establecido plazo para que el legislador ordinario, sea federal o local, lleven a cabo la configuración normativa respectiva.

Si vamos por el camino correcto²⁹⁵, entonces la tipología de omisión legislativa en relación con materias concurrentes respecto de las que se ha expedido la ley general (ley marco) respectiva, sería la siguiente:

Esquema 28. Combinatorias de omisiones legislativas considerando plazo

	Supuesto	Consideraciones respecto de cumplimiento
1	Omisión legislativa total de ejercicio obligatorio sin bases de configuración normativa constitucionales ni de ley general (absoluta) con plazo	Hay incumplimiento
2	Omisión legislativa total de ejercicio potestativo sin bases de configuración normativa constitucionales ni de ley general (absoluta) con plazo	No hay incumplimiento
3	<i>Omisión legislativa total de ejercicio obligatorio con bases de configuración normativa constitucionales y de ley general (relativa) con plazo</i>	<i>Hay incumplimiento</i>
4	Omisión legislativa total de ejercicio potestativo con bases de configuración normativa constitucionales y de ley general (relativa) con plazo	No hay incumplimiento
5	Omisión legislativa parcial de ejercicio obligatorio sin bases de configuración	Hay incumplimiento

²⁹⁵ Los cuatro elementos referidos, para efectos de fórmula combinatoria binaria, se descomponen en cinco variables: a) total y su caso de vacío implica parcial; b) obligatorio y su caso de vacío implica potestativo; c) bases constitucionales y su caso de vacío implica que no se establecen en el texto constitucional; d) bases de ley general y su vacío implica que no se ordena se establezcan en ley general; y e) plazo y su vacío implica no establecimiento de plazo. Con base en esto, las combinaciones posibles son 31 de acuerdo con la fórmula $X = 2^{(5)} - 1$ (donde 2 es la base binaria, existe o no existe; 5 las variables y - 1, significa eliminar el conjunto vacío). No desarrollamos todas las combinaciones, solamente las 16 que son relevantes a este estudio.

	normativa constitucionales ni de ley general (absoluta) con plazo	
6	Omisión legislativa parcial de ejercicio potestativo sin bases de configuración normativa constitucionales ni de ley general (absoluta) con plazo	No hay incumplimiento
7	Omisión legislativa parcial de ejercicio obligatorio con bases de configuración normativa constitucionales y de ley general (relativa) con plazo	Hay incumplimiento
8	Omisión legislativa parcial de ejercicio potestativo con bases de configuración normativa constitucionales y de ley general (relativa) con plazo	No hay incumplimiento
9	Omisión legislativa total de ejercicio obligatorio sin bases de configuración normativa constitucionales ni de ley general (absoluta) sin plazo	Hay incumplimiento hasta que se haga valer violación a derechos humanos
10	Omisión legislativa total de ejercicio potestativo sin bases de configuración normativa constitucionales ni de ley general sin plazo	No hay incumplimiento
11	Omisión legislativa total de ejercicio obligatorio con bases de configuración normativa constitucionales y de ley general sin plazo	Hay incumplimiento
12	Omisión legislativa total de ejercicio potestativo con bases de configuración normativa constitucionales y de ley general sin plazo	No hay incumplimiento
13	Omisión legislativa parcial de ejercicio obligatorio sin bases de configuración normativa constitucionales ni de ley general sin plazo	Hay incumplimiento hasta que se haga valer violación a derechos humanos
14	Omisión legislativa parcial de ejercicio potestativo sin bases de configuración normativa constitucionales ni de ley general sin plazo	No hay incumplimiento
15	Omisión legislativa parcial de ejercicio obligatorio con bases de configuración normativa constitucionales y de ley general sin plazo	Hay incumplimiento hasta que se haga valer violación a derechos humanos
16	Omisión legislativa parcial de ejercicio potestativo con bases de configuración normativa constitucionales y de ley general sin plazo	No hay incumplimiento

Es evidente la ventaja de establecer plazo por parte del Poder Reformador: no hay que hacer valer violación de derechos humanos, basta con invocar

el vencimiento del plazo para que, mediante resolución, la Suprema Corte de Justicia de la Nación emplaze al órgano omiso para que expida la normatividad respectiva en el término razonable o en el que al efecto determine la corte.²⁹⁶

7. ¿Puede una omisión normativa vulnerar derechos humanos?

Sí, las omisiones normativas pueden vulnerar derechos humanos, sean individuales o sociales. Este no es el problema central, pues en todo caso es una cuestión epistemológica, sino el instrumento de control de la constitucionalidad y de la convencionalidad para reclamar que determinada omisión normativa vulnera algún derecho fundamental.

En la cuestión epistémica el punto es determinar que respecto de un estado de cosas hay una ausencia de normatividad, parcial o total, y, por ende, que está vinculada con el no ejercicio de competencias normativas. Por otro lado, hay que considerar que esa ausencia de normatividad afecta el adecuado (y, quizá, mejor) ejercicio de algún derecho humano. Los derechos humanos, casi en su totalidad, requieren de pautas normativas relativamente más concretas para su ejercicio, pues los enunciados constitucionales son muy generales y abstractos y altamente ambiguos o vagos, incluso los de las leyes generales o leyes marco.

El reconocimiento de la necesidad de medidas normativas en relación con los derechos humanos no solamente es de carácter interno/nacional sino también de índole internacional. En efecto, en el ámbito interno/nacional lo

²⁹⁶ Por no ser objeto de nuestro estudio, no abordamos la problemática relativa al medio o garantía por el que se puede impugnar una omisión legislativa: ¿amparo, controversia constitucional o acción de inconstitucionalidad? Por lo que se ha visto, además de que hay evidencia que muestra que las tres modalidades referidas son viables, incluso, que la omisión normativa se puede subsanar a través de la declaratoria general de inconstitucionalidad, es evidente que la apertura de garantías para combatir dichas omisiones es razonable.

recurrente es que en el texto constitucional se indique que determinado derecho humano será ejercido de acuerdo con la ley que en la materia se expida; y en el espacio internacional/convencional varios instrumentos refieren ese reconocimiento. Así, por ejemplo, la Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 2, se establece:

“Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno.

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el Artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.”

Las medidas normativas están relacionadas con el principio de progresividad o, visto negativamente, principio de no regresividad, tal y como se dispone en el artículo 26 de la mencionada convención:

“Artículo 26. Desarrollo Progresivo

Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.”

En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos son diversas disposiciones las que mandatan establecer en leyes los requisitos y condiciones para el adecuado y mejor ejercicio de derechos. De manera ejemplificativa referimos algunos casos:

“Artículo 5o. A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo

lícitos. El ejercicio de esta libertad sólo podrá vedarse por determinación judicial, cuando se ataquen los derechos de tercero, o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad. Nadie puede ser privado del producto de su trabajo, sino por resolución judicial.

La ley determinará en cada entidad federativa, cuáles son las profesiones que necesitan título para su ejercicio, las condiciones que deban llenarse para obtenerlo y las autoridades que han de expedirlo.

Nadie podrá ser obligado a prestar trabajos personales sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento, salvo el trabajo impuesto como pena por la autoridad judicial, el cual se ajustará a lo dispuesto en las fracciones I y II del artículo 123.”

“Artículo 73. El Congreso tiene facultad:

...

XXIX-S. Para expedir las leyes generales reglamentarias que desarrollen los principios y bases en materia de transparencia gubernamental, acceso a la información y protección de datos personales en posesión de las autoridades, entidades, órganos y organismos gubernamentales de todos los niveles de gobierno.

...”

“Artículo 130. ...

d) En los términos de la ley reglamentaria, los ministros de cultos no podrán desempeñar cargos públicos. Como ciudadanos tendrán derecho a votar, pero no a ser votados. Quienes hubieren dejado de ser ministros de cultos con la anticipación y en la forma que establezca la ley, podrán ser votados. ...”

Se infiere de estos enunciados que los derechos humanos requieren de configuración normativa, esto es, que se regule el cómo se debe realizar su ejercicio. Consecuentemente, las medidas normativas en materia de derechos humanos son, en la casi totalidad de tales derechos, indispensables.

8. En relación con las omisiones normativas, ¿Deben los jueces tener conocimientos (mínimos) de Teoría de la Legislación?

Consideramos esta pregunta pertinente y oportuna en atención al hecho de que la omisión normativa, sea total o parcial, no implica la clásica función negativa del juez constitucional, la cual se conoce como la función de legislador negativo, es decir, ante actos positivos normativos, de proceder la inconstitucionalidad, el juez constitucional elimina del sistema jurídico la norma respectiva.

Bajo la función de legislador negativo²⁹⁷, el legislador, en relación con la normatividad eliminada por inconstitucional, puede estar ante dos escenarios: (i) que la normatividad declarada inconstitucional y, por ende, eliminada del sistema jurídico estaba de más lo que quiere decir que su eliminación no implica que haya que expedir normatividad alguna en la materia a la que se refería la norma inconstitucional; o (ii) un efecto posible de tal eliminación es que se cree un vacío normativo en el sentido de que debe existir normatividad en la materia a la que se refería la normatividad inconstitucional, pero no en el sentido en que se había emitido y que fue anulada.

La pregunta correcta es si ante una omisión normativa, ¿el juez constitucional puede desempeñar lo que se llama función de legislador positivo, es decir, regular la materia respecto de la que el órgano competente ha sido omiso? La respuesta directa, pero que hay que matizar

²⁹⁷ Para Kelsen la función del juez constitucional es negativa, es decir, es suficiente eliminar del sistema jurídico la norma inconstitucional. Véase: Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional... Op. Cit.*, pp. 82-87. Señala Kelsen: "De lo explicado anteriormente se deduce que para que la Constitución sea efectivamente garantizada, es necesario, que el acto sometido al control del tribunal constitucional sea directamente anulado en su sentencia en caso de que lo considere irregular. Esta sentencia debe tener, aun cuando se refiera a normas generales, -éste es precisamente el caso general-, fuerza anulatoria.", p. 82.

ante la figura de la Declaratoria General de Inconstitucionalidad²⁹⁸, es que el juez constitucional no es competente para regular la materia objeto de la omisión legislativa; la competencia del juez constitucional solamente es la de ordenar que el órgano normativo competente proceda a expedir la normatividad correspondiente.

No obstante, esta regla general, bajo los parámetros de la figura de la Declaratoria General de Inconstitucionalidad²⁹⁹, por la que la Suprema

²⁹⁸ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 107, fracción II, tercer párrafo: “Cuando los órganos del Poder Judicial de la Federación establezcan jurisprudencia por reiteración en la cual se determine la inconstitucionalidad de una norma general, la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo notificará a la autoridad emisora. Transcurrido el plazo de 90 días naturales sin que se supere el problema de inconstitucionalidad, la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitirá, siempre que fuere aprobada por una mayoría de cuando menos ocho votos, la declaratoria general de inconstitucionalidad, en la cual se fijarán sus alcances y condiciones en los términos de la ley reglamentaria.”

²⁹⁹ La Declaratoria General de Inconstitucionalidad se estableció en el texto constitucional mediante las modificaciones constitucionales publicadas en el Diario Oficial de la Federación del 6 de junio de 2011. A decir de Daniel E. Torres Checa “El objetivo fue crear un mecanismo que permitiera la expulsión definitiva de normas inferiores que fueran contrarias a la Constitución. Lamentablemente, a casi nueve años de su incorporación, la Suprema Corte de Justicia únicamente ha emitido una declaratoria general de inconstitucionalidad, exhibiendo la ineficacia del mecanismo para realmente generar un cambio.”, Torres Checa, Daniel E., “La declaratoria general de inconstitucionalidad en la reforma judicial”, en Blog de la *Revista Nexos*, <https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=11108>; 5 de marzo de 2020. El único caso que refiere Torres Checa es Declaratoria General de Inconstitucionalidad 6/2017, resuelta el 14 de febrero de 2019, cuya sentencia se publicó en el Diario Oficial de la Federación del 2 de abril de 2019. En la sentencia se señala: “En consecuencia, con fundamento en el artículo 107, fracción II, párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, este Tribunal Pleno emite la declaratoria general de inconstitucionalidad del porcentaje mínimo de sanción previsto en el inciso B) del artículo 298 de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión (1% del ingreso acumulable del infractor) solo en cuanto a las conductas señaladas en la fracción IV del artículo referido. Lo anterior porque esa disposición normativa transgrede el artículo 22 constitucional en tanto engloba múltiples conductas que pueden sancionarse con un rango mínimo del 1% del ingreso acumulable del infractor, lo cual no necesariamente atiende a la gravedad de la infracción, por lo que impide valorar si la conducta reprochada y los efectos por ella producidos son o no de una entidad menor que justifique la imposición de una sanción menor a ese porcentaje.”; y respecto del alcance de la declaratoria, la Corte establece: Asimismo, el alcance de esta declaratoria general de inconstitucionalidad no implica que las posibles conductas que puedan configurarse conforme a la fracción IV, del inciso B), del artículo 298 de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión queden impunes, pues en atención a la finalidad que el Constituyente Permanente

Corte de Justicia de la Nación puede establecer los alcances y condiciones de la declaratoria, lo que se implica, técnicamente, es legislar. En el primer caso en el que se ha emitido declaratoria general de inconstitucionalidad el juez constitucional ha legislado. En efecto, en la Declaratoria General de Inconstitucionalidad 6/2017, resuelta el 14 de febrero de 2019, cuya sentencia se publicó en el Diario Oficial de la Federación del 2 de abril de 2019, se señala:

“En consecuencia, con fundamento en el artículo 107, fracción II, párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, este Tribunal Pleno emite la declaratoria general de inconstitucionalidad del porcentaje mínimo de sanción previsto en el inciso B) del artículo 298 de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión (1% del ingreso acumulable del infractor) solo en cuanto a las conductas señaladas en la fracción IV del artículo referido.

Lo anterior porque esa disposición normativa transgrede el artículo 22 constitucional en tanto engloba múltiples conductas que pueden sancionarse con un rango mínimo del 1% del ingreso acumulable del infractor, lo cual no necesariamente atiende a la gravedad de la infracción, por lo que impide valorar si la conducta reprochada y los efectos por ella producidos son o no de una entidad menor que justifique la imposición de una sanción menor a ese porcentaje.”³⁰⁰

Y respecto del alcance de la declaratoria, es decir, el establecimiento de la norma aplicable, la Corte establece:

estableció en el artículo 28, párrafo dieciocho, de la Constitución General, debe existir un esquema efectivo de sanciones a las conductas que sean contrarias a la legislación en materia de telecomunicaciones, ya que se pretende proteger un bien del dominio público de la Nación como lo es el espectro radioeléctrico. En tal sentido, si el Instituto Federal de Telecomunicaciones estima que algún particular incumplió con alguna obligación sancionable conforme a la fracción IV, del inciso B), del artículo 298 de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, al determinar el porcentaje mínimo de la sanción procedente podrá utilizar el porcentaje mínimo previsto en el inciso A) del artículo mencionado, es decir, el 0.01% del ingreso del sujeto sancionado.” Como se puede observar, ante la inactividad del órgano normativamente competente (Congreso de la Unión), propicia que el juez constitucional “regule” un vacío jurídico determinando la norma aplicable, es decir, técnicamente el poder judicial legisla.

³⁰⁰ De la publicación en el Diario Oficial de la Federación, última parte del considerando quinto.

“Asimismo, el alcance de esta declaratoria general de inconstitucionalidad no implica que las posibles conductas que puedan configurarse conforme a la fracción IV, del inciso B), del artículo 298 de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión queden impunes, pues en atención a la finalidad que el Constituyente Permanente estableció en el artículo 28, párrafo dieciocho, de la Constitución General, debe existir un esquema efectivo de sanciones a las conductas que sean contrarias a la legislación en materia de telecomunicaciones, ya que se pretende proteger un bien del dominio público de la Nación como lo es el espectro radioeléctrico.

En tal sentido, si el Instituto Federal de Telecomunicaciones estima que algún particular incumplió con alguna obligación sancionable conforme a la fracción IV, del inciso B), del artículo 298 de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, al determinar el porcentaje mínimo de la sanción procedente podrá utilizar el porcentaje mínimo previsto en el inciso A) del artículo mencionado, es decir, el 0.01% del ingreso del sujeto sancionado.”

Como se puede observar, ante la inactividad del órgano normativamente competente (Congreso de la Unión), es decir, ante la omisión normativa, basada en la invalidez previamente determinada, se propicia que el juez constitucional “regule” para colmar el vacío jurídico que se había generado por efecto de la invalidez, y lo colma determinando la norma aplicable. Es importante destacar que esta clase de omisión normativa no es la clásica omisión normativa (legislativa) que refiere la doctrina, pues la que estamos comentando deriva del trámite de un expediente de declaratoria general de inconstitucionalidad, y la que la doctrina señala deriva directamente del texto constitucional o, como nosotros lo hemos señalado, de una ley general, sin menoscabo de las exigencias normativas reglamentarias a cargo del Poder Ejecutivo.

Hay otra vía por la que el juez constitucional “legisla” y que se presenta con bastante frecuencia, es el caso de la invalidez de “porciones normativas”, pues lo que hace la autoridad judicial es generar un nuevo enunciado jurídico al que se le ha eliminado cierta “porción”. Con el objetivo de ilustrar

tomamos como muestra la Acción de Inconstitucionalidad 86/2009³⁰¹, en la que se elimina una parte de un artículo de la Ley de Salud Pública para el Estado de Baja California:

Esquema 29. Ejemplo de eliminación de porción normativa y generación de nuevo enunciado jurídico

Ley de Salud Pública para el Estado de Baja California	
Texto impugnado	Texto en el que se elimina cierta porción normativa
“Artículo 147.- Se entiende por Centros de Desarrollo Infantil, el establecimiento donde se brinda cuidado temporal, alimentación y que en su caso brinden educación inicial, a menores en edad lactante, maternal, preescolar y menores con discapacidad <u>no dependientes</u> , cualquiera que sea su denominación. ...”	“ARTÍCULO 147.- Se entiende por Centros de Desarrollo Infantil, el establecimiento donde se brinda cuidado temporal, alimentación y que en su caso brinden educación inicial, a menores en edad lactante, maternal, preescolar y menores con discapacidad, cualquiera que sea su denominación. ...”
Enunciado jurídico impugnado	Nuevo enunciado jurídico

El punto es si debe o no considerarse que el enunciado respecto del cual una parte o porción (lingüística) es eliminada por efecto de su inconstitucionalidad, y es reemplazado por otro enunciado, constituye un nuevo texto cuya significación es diferente al que sustituye. Si es así, y que nosotros consideramos que así es, el juez está normando, es decir ejerciendo una función normativa positiva³⁰².

³⁰¹ Fuente:

<https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=114476>

³⁰² Un caso relevante de propuesta de legislar por parte del juez constitucional, pues se trató la materia de aborto, pero que se frustró, lo encontramos en el proyecto de sentencia que elaboró el otrora ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano respecto de la Acción de Inconstitucionalidad 146/2007, y su acumulada 147/2007, proyecto que no prosperó.

Se trató de la interrupción del embarazo durante las primeras doce semanas de embarazo, tema que generó gran polémica social, política, ética y cultural y científica, incluso el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación organizó especies de foros para que la ciudadanía se pronunciará sobre el

Parece ser que lo ortodoxo sería, bajo la pauta de legislador negativo, que el juez constitucional solamente elimine, pero para no caer en la generación de un nuevo enunciado, tendría que eliminar todo el enunciado jurídico, caso en el que el legislador debe ejercer sus facultades para subsanar el vacío que la eliminación ha creado. Quizá esto es lo más correcto, pero ante la lógica con la que funciona el legislador, pragmáticamente, parece ser que lo más conveniente es recomponer enunciados, cuando ello se pueda, y generar nuevos enunciados que no sean inconstitucionales. Ante estos cuestionamientos, a pesar del mecanismo de la eliminación de porciones

tema, además se dio una fuerte presencia de *amicus curiae*, los cuales se pueden identificar en tres grupos: los que estaban a favor del aborto durante las primeras doce semanas de embarazo y los que estaban en contra, sin menoscabo de la presencia de posiciones científico-biológicas y éticas. El proyecto del mencionado ministro planteaba la invalidez de porciones normativas en la forma siguiente:

Esquema 30. Ejemplo de propuesta de invalidación de porciones normativas en materia de aborto

Código Penal de la Ciudad de México, otrora del Distrito Federal	
Texto vigente impugnado (entre otros)	Texto propuesto mediante la eliminación de "porción normativa"
	Proyecto de sentencia del ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano respecto de la Acción de Inconstitucionalidad 146/2007, y su acumulada 147/2007
ARTÍCULO 144. Aborto es la interrupción del embarazo <u>después de la décima segunda semana de gestación</u> . Para los efectos de este Código, el embarazo es la parte del proceso de la reproducción humana que comienza con la implantación del embrión en el endometrio.	ARTÍCULO 144. Aborto es la interrupción del embarazo.
ARTÍCULO 145. Se impondrá de tres a seis meses de prisión o de 100 a 300 días de trabajo a favor de la comunidad, a la mujer que voluntariamente practique su aborto o consienta en que otro la haga abortar, <u>después de las doce semanas de embarazo</u> . En este caso, el delito de aborto sólo se sancionará cuando se haya consumado. Al que hiciere abortar a una mujer, con el consentimiento de ésta, se le impondrá de uno a tres años de prisión.	ARTÍCULO 145. Se impondrán de tres a seis meses de prisión, o de 100 a 300 días de trabajos a favor de la comunidad, a la mujer que voluntariamente practique su aborto, consienta en que otro la haga abortar, <u>[texto eliminado]</u> en este caso, el delito de aborto, sólo se sancionará cuando se haya consumado, al que hiciere abortar a una mujer, con el consentimiento de ésta, se le impondrá de uno a tres años de prisión.

Véase la versión estenográfica de la sesión pública extraordinaria vespertina del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación del 27 de agosto de 2008, relativa a la discusión de la Acción de Inconstitucionalidad 146/2007, y su acumulada 147/2007.

normativas, cobra sentido la figura de la Declaratoria General de Inconstitucionalidad.

Otro aspecto vinculado a la Teoría de la Legislación se da en el caso de resoluciones del juez constitucional por las que declara la invalidez de ordenamientos completos, pero *obiter dicta* o directamente establece los parámetros, a través de la alusión a principios, reglas, lineamientos, directrices o criterios, conforme a los cuales el legislador debe subsanar el vacío legal que, como consecuencia de la invalidez, es decir, se determina qué se debe regular y cómo se debe regular. La configuración normativa por parte del legislador no es absoluta sino relativa, pero aquí el parámetro no está en el texto constitucional ni en ley alguna, pues a partir de la emisión de la resolución respectiva están en la propia resolución, sin perjuicio de que conforme a referencias doctrinales allí estaban los parámetros que ahora, en blanco y negro, establece el juez constitucional.

Un ejemplo que muestra lo señalado está dado por la Acción de Inconstitucionalidad 105/2018 (y su acumulada 108/2018), en la que se resuelve sobre la (in)constitucionalidad del decreto por el que se expidió la Ley Federal de Remuneraciones de los Servidores Públicos, Reglamentaria de los artículos 75 y 127 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y se adiciona el Código Penal Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación el cinco de noviembre de dos mil dieciocho.³⁰³

En los puntos resolutivos quinto, sexto y séptimo, se señala:

QUINTO. Se declara la invalidez de los artículos 6, párrafo primero, fracciones II, III y IV, incisos b) y c), así como párrafo último, y 7,

³⁰³ La Acción de Inconstitucionalidad 105/2018 y su acumulada 108/2018, se resolvió por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 20 de mayo de 2019. La sentencia se publicó en el Diario Oficial de la Federación del 19 de julio de 2019.

párrafo primero, fracciones I, inciso a), II y IV, de la Ley Federal de Remuneraciones de los Servidores Públicos, Reglamentaria de los Artículos 75 y 127 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicados en el Diario Oficial de la Federación de cinco de noviembre de dos mil dieciocho, así como la de los artículos 217 Bis y 217 Ter del Código Penal Federal; la de estos últimos con los efectos retroactivos precisados en el considerando décimo segundo de este fallo.

SEXTO. Las declaratorias de invalidez decretadas en este fallo surtirán sus efectos a partir de la notificación de los puntos resolutivos de esta sentencia al Congreso de la Unión.

SÉPTIMO. Se condena al Congreso de la Unión a que en el siguiente periodo ordinario de sesiones legisle respecto de los vicios advertidos en este fallo en cuanto a los artículos 6, párrafo primero, fracciones II, III y IV, incisos b) y c), así como párrafo último, y 7, párrafo primero, fracciones I, inciso a), II y IV, de la Ley Federal de Remuneraciones de los Servidores Públicos, Reglamentaria de los Artículos 75 y 127 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicados en el Diario Oficial de la Federación de cinco de noviembre de dos mil dieciocho, cuya invalidez se ha declarado en esta sentencia.

El análisis de constitucionalidad no se prestó a la declaración de invalidez de porciones normativas, pero lo importante es que el juez constitucional establece una serie de principios constitucionales y convencionales en materia de remuneraciones de servidores públicos que debe observar el legislador. Así, se señala en la resolución:

“...tanto constitucional como convencionalmente, la independencia judicial se ha protegido como pilar de la democracia y como contraparte del derecho de toda persona a acceder a una justicia imparcial, llevando aparejada –entre otras garantías– la estabilidad en el cargo y la irreductibilidad del salario adecuado; y en lo que concierne a los órganos constitucionales autónomos, la autonomía presupuestal y, por tanto, la capacidad de decidir la remuneración de sus servidores públicos responde también a la necesidad de garantizar la independencia de su funcionamiento interno para cumplir sus funciones técnicas especializadas.

Estas garantías que asisten tanto al Poder Judicial como a los órganos constitucionales autónomos, constituyen una obligación de contenido constitucional y también convencional que el legislador federal debió de observar en los preceptos que se

analizan de la Ley reclamada; en otras palabras, el legislador debió armonizar el principio de división de poderes en las vertientes antes descritas en relación con el artículo 127 constitucional, para establecer criterios objetivos para determinar cuánto debe ganar el titular del Poder Ejecutivo, pues de ello depende la remuneración que corresponde al resto de los servidores públicos que integran todos los Poderes de la Unión; y sobre esa base, señalar también, los criterios, elementos y metodología aplicables para las retribuciones del resto de servidores públicos.

Los elementos o criterios objetivos que, por ejemplo, pueden impedir el ejercicio discrecional de esa facultad, consisten en tomar en cuenta:

- Funciones y nivel de responsabilidad asociado al perfil para cada puesto;
- Independencia para minimizar la probabilidad de captura por el poder político o económico;
- Especialización;
- Riesgo asociado al desempeño de las funciones;
- Costo de vida del lugar donde deberá desempeñarse el servidor público;
- Índice inflacionario;
- Costo de oportunidad de desarrollarse en el sector público en comparación con una responsabilidad similar en el sector privado;
- Posibilidad de percibir otros ingresos, sin que exista conflicto de interés; y,
- La integración de un órgano autónomo y objetivo que defina lineamientos y fórmulas de cálculo, así como la posibilidad de revisión de las retribuciones según las circunstancias de las funciones que se desarrollen.

Los anteriores criterios, se aclara, sólo son un enunciado de lo que permitiría definir las remuneraciones de la forma más objetiva posible, serían entonces algunos parámetros que permitan una base objetiva que garantice a todo servidor público recibir una remuneración adecuada y proporcional a sus responsabilidades; y, en consecuencia, son criterios que impiden que los sueldos se fijen de manera discrecional.

Los que además se mencionan porque es necesario acentuar que la Constitución ordena que las remuneraciones deben ser adecuadas y proporcionales a las responsabilidades encomendadas, además de que no pueden ser disminuidas; aunado a que el Poder Reformador tuvo presente la existencia de trabajos técnicos calificados o por especialización en su función, principios que están plasmados en el artículo 127 constitucional, y tienen como finalidad que el servicio público cuente con personal calificado e idóneo que acredite las habilidades requeridas para las funciones a desempeñar, pues también buscó eficacia y calidad en

el ejercicio de la función pública, de ahí la importancia de cerrar espacios a la arbitrariedad o discrecionalidad.”³⁰⁴

Este es un ejemplo en el que el juez constitucional mandata que el legislador norme una serie de aspectos siguiendo cierto parámetro de configuración normativa. El caso, además, presenta el supuesto que referimos en cuanto a que la invalidez decretada por el juez constitucional genera un vacío normativo que debe ser colmado por el legislador, es decir, se da una omisión legislativa singular.

Con base en lo señalado en este punto es evidente que la respuesta a la pregunta de si los jueces deben tener conocimientos (mínimos) de Teoría de la Legislación, es afirmativa porque el juez constitucional (i) norma <<directamente>> como en el caso de la Declaratoria General de Inconstitucionalidad o cuando lleva a cabo la eliminación de porciones normativas (estrictamente partes de enunciados jurídicos), y (ii) norma <<indirectamente>> cuando ordena se legisle y refiere pautas de configuración normativa.

Los “mínimos” que debe tomar en cuenta el juez constitucional, básicamente, se refieren a la racionalidad del legislador. Con base en una de las contribuciones a la Teoría de la Legislación que goza de bastante

³⁰⁴ *Idem*, parte final del considerando noveno. Sobre los principios y demás aspectos que deben considerarse en relación con la remuneración de los servidores públicos véase: Gutiérrez Parada, Oscar y Muñoz Díaz, Pablo Francisco, “Dignidad humana y derechos humanos de las remuneraciones de servidores públicos”, en *Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela libre de Derecho*, Número 42, Año 42, México, 2018, pp. 142-171. Señalan estos autores que los principios que se deben tomar en cuenta son: adecuación; irrenunciabilidad; proporcionalidad, anualidad; salario remunerador; equidad; no reducción durante la vigencia del presupuesto de egresos con base en el cual se otorga la remuneración; nivel máximo de remuneraciones o retribución base/original; de excedente; remuneración máxima combinada; remuneración sujeta a escala jerárquica, pp. 150-151. Los autores no marginan cuestionar por qué y para qué la remuneración del Presidente de la República es el parámetro de referencia de cuantificación máxima de las remuneraciones de los servidores públicos.

éxito, sintéticamente, aludiremos a los estudios de Manuel Atienza³⁰⁵, quien señala que la racionalidad del legislador se puede ver en cinco niveles de racionalidad: lingüística, pragmática, jurídico-formal, teleológica y ética, siendo la primera la racionalidad más básica³⁰⁶.

Los elementos de cada racionalidad, expuestos bajo mapa conceptual, son los siguientes³⁰⁷:

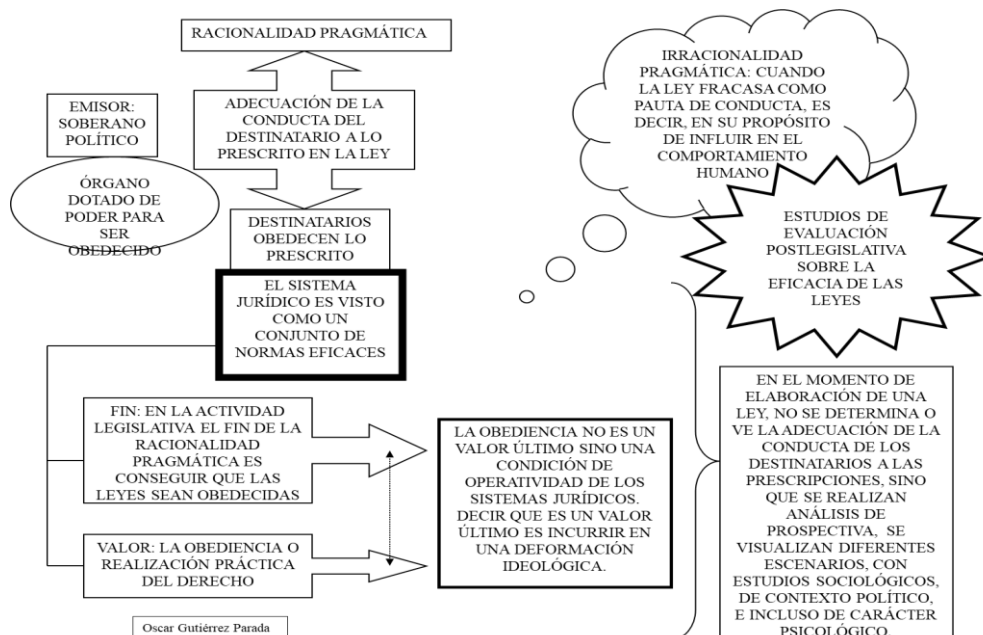
³⁰⁵ Atienza Manuel, *Contribución a una teoría de la legislación... Op. Cit.* Es importante precisar la génesis de esta obra con el objetivo de fijar la evolución teórica del autor en los temas sobre la Teoría de la Legislación. La obra contiene varios artículos elaborados en distintas épocas:

- Los tres primeros capítulos, fueron un solo trabajo que constituyó la ponencia del autor en las Jornadas sobre investigación y la enseñanza de la sociología jurídica, en homenaje al profesor Renato Treves, celebradas en Barcelona en abril de 1988 y que se publicó bajo el título de "Sociología jurídica y ciencia de la legislación", en la obra colectiva *El Derecho y sus realidades* (coord. Roberto Bergalli), PPU, Barcelona, 1989, pp. 41-70.
- El capítulo cuarto "Bosquejo de una Teoría de la Legislación" se corresponde con el trabajo "Contribución para una teoría de la legislación", presentado como ponencia en un congreso sociológico "Tercer Congreso de la Federación de Asociaciones de Sociología del Estado Español" que tuvo lugar en San Sebastián en septiembre de 1989, publicado en *Doxa*, núm. 6, 1989, pp. 385-403.
- El capítulo quinto "Razón práctica y legislación" se corresponde con el trabajo del mismo título, presentado como ponencia en la reunión de filósofos del Derecho: el 15° Congreso Mundial de la IVR, celebrado en Göttingen en agosto de 1991, publicado en *ARSP-Beiheft* 52, 1993, pp. 15-32 y en *Ratio Juris*, vol. 5, núm. 3, 1992, pp. 269-287.

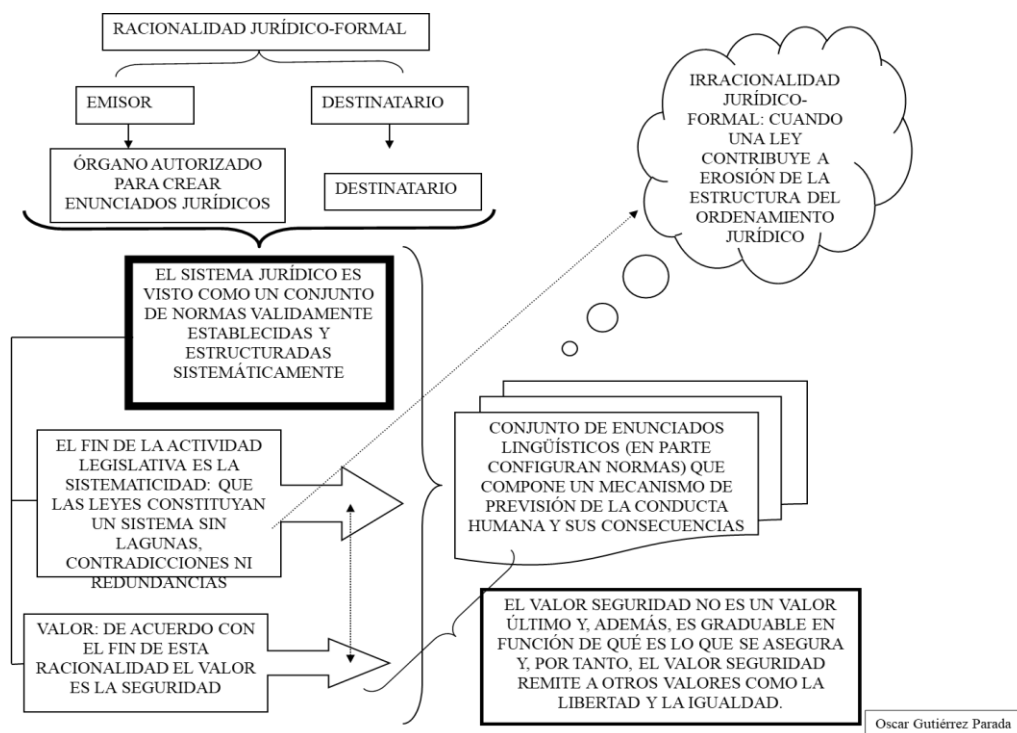
³⁰⁶ Para nosotros, siguiendo el *iter* legislativo, la racionalidad lingüística opera al final, es decir, de alguna manera resueltas las otras racionalidades, al final del camino el legislador se enfrenta a la cuestión de la formulación lingüística del enunciado jurídico y, en perspectiva integral, a la conformación de un texto normativo respecto del cual se deben observar cuestiones de textualidad o composicionalidad. Por ello, exponemos hasta el final la mencionada racionalidad. Por otra parte hay que resaltar que Atienza se refiere a niveles de racionalidad, por lo que implicaría que existe cierta jerarquía entre tales racionalidades. Ante este aspecto nosotros proponemos hablar de planos o dimensiones entre los cuales algunos cobran relevancia respecto de otros como, por ejemplo, tratándose de principios la racionalidad ética y la racionalidad teleológica cobran mayor importancia que la racionalidad lingüística, pues ésta, tratándose de principios, se formula en términos ambiguos o vagos, sin perjuicio de que tal racionalidad necesariamente se desarrolla bajo determinado lenguaje natural y éste (cualquiera de ellos) es polisémico.

³⁰⁷ Nos valemos de los esquemas elaborados en el estudio: Gutiérrez Parada, Oscar, *Técnicas Normativas. Modelos de análisis lingüístico y lógico de enunciados jurídicos aplicables durante su elaboración (estudios de caso)*, Universidad Pontificia de México-Asesoría de Diseños Normativos, SC, México, 2006, pp. 31-33. [Los mapas conceptuales están elaborados a partir de la obra de Manuel Atienza citada en la nota anterior, Capítulo Segundo, "La racionalidad legislativa", pp. 27-40.]

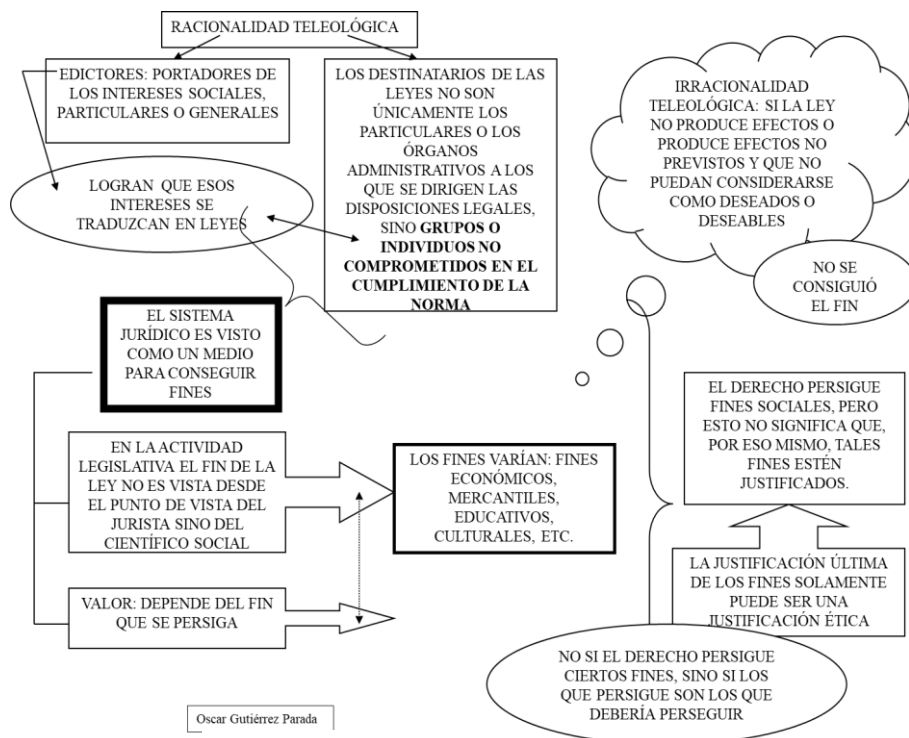
Esquema 31. Racionalidad pragmática



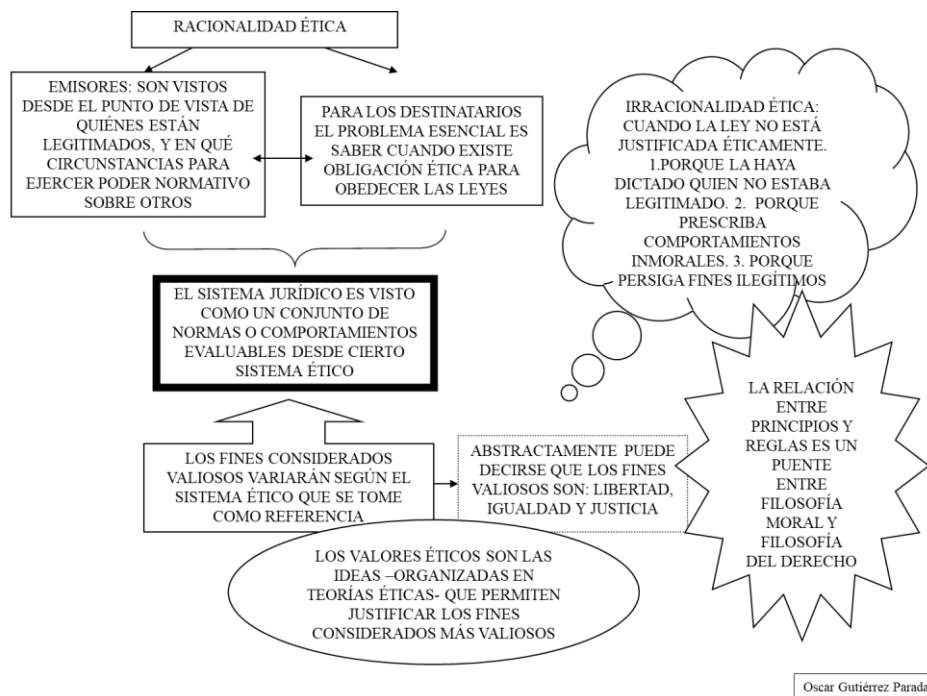
Esquema 32. Racionalidad jurídico-formal



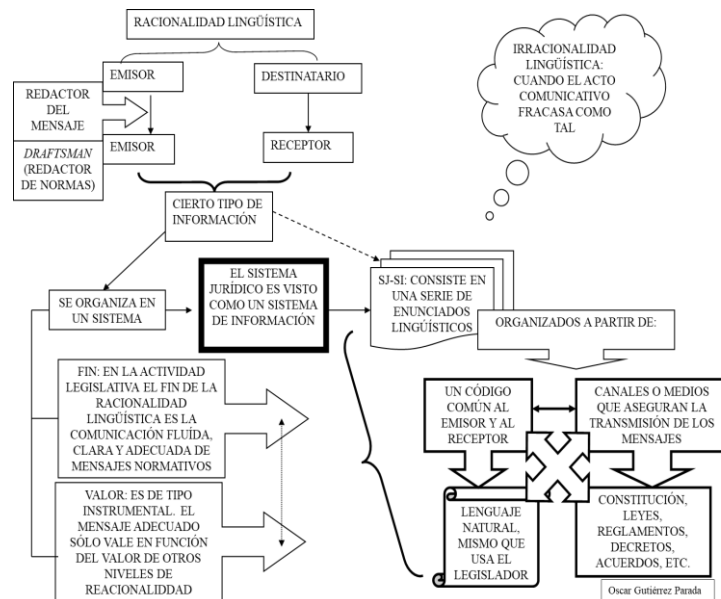
Esquema 33. Racionalidad teleológica



Esquema 34. Racionalidad ética

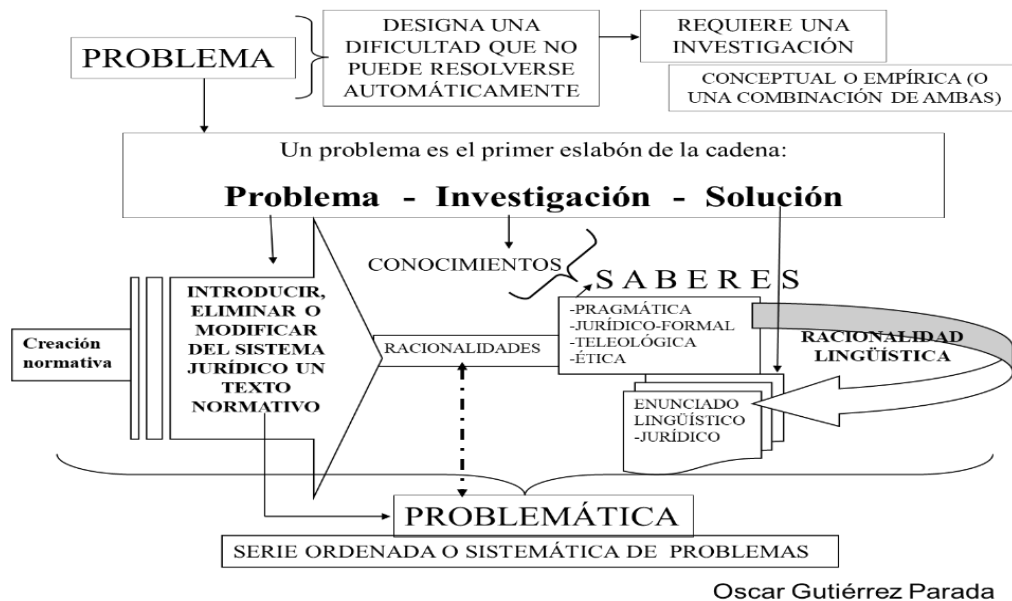


Esquema 35. Racionalidad lingüística



Respecto de la problemática que representa normar, mostramos los elementos a considerar mediante un mapa conceptual.

Esquema 36. Problemática de la creación normativa



Dentro de la problemática de la creación normativa hay un aspecto, entre otros, que vale la pena traer a cuentas, y que abona en la justificación de exigir a los jueces constitucionales conocimientos mínimos de teoría de la legislación, se trata del manejo de los regímenes de transitoriedad de los textos normativos, es decir, las cuestiones acerca de la entrada en vigor, derogaciones, abrogaciones, plazos de instrumentación.

En las acciones de inconstitucionalidad 56/2016, 58/2016 y 30/2016, parte del análisis gira en torno al régimen transitorio de las modificaciones constitucionales en materia de combate a la corrupción y del régimen transitorio de las leyes generales (marco) del Sistema Nacional Anticorrupción y en materia de responsabilidades de los servidores públicos. Aunado a estos puntos, el debate se centró en la existencia o no de las competencias respectivas por parte de las entidades federativas. Sin entrar en mayores detalles³⁰⁸, si se hubiera tenido un poco más de conocimiento técnico en relación con la operatividad de los regímenes de transitoriedad³⁰⁹, las resoluciones, nos parece, hubieran sido mejores.

Considerando que el juez constitucional puede llegar a normar, bajo los supuestos examinados, es importante tomar en cuenta que dentro de la racionalidad lingüística opera el fenómeno de alotropía lingüística y que consiste en la relación que se da entre operadores deónticos y la utilización de lenguaje natural para expresar una prohibición, una obligación o una

³⁰⁸ Véase: Gutiérrez Parada, Oscar, *Combate a la corrupción. Competencia estatal: análisis de las acciones de inconstitucionalidad 56/2016; 58/2016 y 30/2016*, Asesoría de Diseños Normativos. S.C., México, 2019. Cabe apuntar que la *ratio decidendi* oscila, indebidamente, entre el señalamiento de falta de competencia y violación del régimen de transitoriedad (p. 52-54).

³⁰⁹ Para mostrar el deficiente conocimiento técnico de cuestiones de técnicas normativas inherentes a los artículos transitorios, el ministro Cossío Díaz, se refiere a “mecánica transicional” en lugar de “régimen transitorio”, (Gutiérrez Parada, Oscar, *Combate a la corrupción...Op. Cit.*, nota de pie de página número 13, en pp. 26-27)

permisión, ya que, a final de cuentas, una vez resuelto el entendimiento de las racionalidades pragmática, jurídico-formal, teleológica y ética, lo que “entra” al sistema jurídicos es un enunciado jurídico (un texto normativo) que puede ser expresado o formulado de muy diversas formas³¹⁰.

C. Derecho, garantía y principio de antiformalismo: atención preferente de formalidades procedimentales

1. Derecho y garantía

El sesgo cognitivo inherente a la confusión entre derecho fundamental y su (s) garantía(s) para su efectividad, eficiencia y eficacia, nos parece que ya ha sido superado. Sin embargo, se han visto las reformas constitucionales de junio de 2011 (DOF), la primera en materia de control constitucional del 6 de junio, especialmente respecto del juicio de amparo, y la segunda en materia de derechos humanos del 10 de junio, de manera aislada.

Si bien con las reformas en materia de derechos humanos queda claro que una cosa es el derecho y otra su garantía, la práctica constitucional de control constitucional no ha dejado del todo de privilegiar la garantía sobre el derecho: lo adjetivo no ha dejado de tener cierta preferencia sobre lo sustantivo, lo que, a su vez, oculta concepciones normativistas fuertemente formalistas. En efecto, insistimos en la diferenciación entre derecho y garantía que, aunque se puede considerar un tópico superado con motivo

³¹⁰ Véase: Gutiérrez Parada, Oscar, *Técnicas legislativas/Técnicas normativas. Hacia una mejor hechura de las leyes...* Op. Cit., Así, por ejemplo, señala este autor, que de las diversas formas de expresión de una prohibición se utiliza X persona “no puede” hacer Y, o X persona “no tiene permitido” hacer Y, o X persona “tiene prohibido” hacer Y, o X persona “tiene la obligación de no hacer” hacer Y, en fin, todas las formulaciones implican que la acción Y está prohibida. La pregunta pertinente es ¿cuál es la mejor fórmula con la que se minimice la ambigüedad y, en su caso, se evite la vaguedad? Justamente la alotropía lingüística muestra que quien establezca enunciados jurídicos debe considerar que una formulación tiene varias expresiones lingüísticas y encontrar la mejor bajo los parámetros de la racionalidad lingüística es parte de la difícil tarea del legislador.

de las modificaciones constitucionales de junio de 2011, al quedar muy clara y precisa la diferencia entre el derecho y su garantía, todavía hay visos de privilegiar la garantía en detrimento del derecho, es decir, dar mayor atención a las cuestiones adjetivas que sustantivas, incluso implicar una mayor deferencia a las formas -formalismo- que al contenido.

Las reformas constitucionales de junio de 2011, hay que vincularlas: conectar lo sustantivo con lo adjetivo, es decir, derechos y sus garantías, y si bien son cuestiones diferenciables de ello no se sigue que no estén estrechamente vinculados. Además, hay que tener claro que no es indispensable que un derecho para ser tal deba tener entre sus propiedades constitutivas la acción procesal para reclamarlo, pues la cuestión de la garantía es más un problema de diseño institucional que sustantivo, como se verá más adelante.

En efecto, a partir de las modificaciones constitucionales en materia de derechos humanos del 10 de junio de 2011, ha operado un cambio que no debe ser visto como una simple sustitución semántica. Ahora se nombra cada cosa por separado y es así porque son cosas diferentes. En lugar de referir garantías individuales como equivalente de los derechos fundamentales (o si se prefiere, de los derechos humanos), se diferencian éstos de sus garantías, y se va más allá de este binomio, pues la garantía es una más de las formas para que los derechos fundamentales sean efectivos, eficaces y eficientes: respecto de los derechos fundamentales el Estado y la sociedad deben promoverlos, respetarlos, protegerlos y garantizarlos.

Bajo la consideración de que los derechos fundamentales eran las garantías individuales, la práctica jurídica daba mayor atención a la garantía en detrimento del derecho humano objeto de la garantía, lo cual responde, básicamente, a una distorsión en la percepción del objeto de conocimiento.

En relación con la hiper atención de la garantía de los derechos humanos, podemos identificar esa desmedida preferencia como sesgo de atención preferente de uno de los elementos del control de derechos humanos³¹¹.

Este sesgo hace que las garantías de los derechos humanos sean el objeto de atención principal, tanto en los análisis doctrinales como en la práctica jurídica.

Si bien atender las garantías de los derechos humanos es imperativo, pues contar con buenas garantías es fundamental, sobre todo en los espacios de la justiciabilidad (y en países donde la violación de derechos humanos es reiterada), ello no debe marginar otros mecanismos y herramientas que no operan por la vía de la justiciabilidad (en especial la judicial/jurisdiccional) y que se enmarcan, junto con la justiciabilidad, en el ámbito de la justibilidad (en sentido estricto).

Al privilegiar el conocimiento y desarrollo de las garantías, principalmente la cuestión de la adecuada justiciabilidad, se margina el conocimiento del objeto de garantía (o, si se prefiere, de protección). El sesgo mencionado deja en segundo plano a los derechos humanos, propiciando su desfocalización como objeto primario cognitivo. También es indispensable pensar, concebir y regular los derechos humanos, pues requieren conocer, determinar y delimitar su contenido y alcance.

³¹¹ Este sesgo también podría denominarse sesgo de sinécdoque porque se identifica una de las partes de un todo con el todo, marginándose el conocimiento de las demás partes o elementos. Real Academia Española, *Diccionario...Op. Cit.*, voz sinécdoque: "Designación de una cosa con el nombre de otra, de manera similar a la metonimia, aplicando a un todo el nombre de una de sus partes, o viceversa, a un género el de una especie, o al contrario, a una cosa el de la materia de que está formada, etc...."

a) Orígenes de la distorsión de los derechos fundamentales como garantías individuales

Parece ser que la distorsión de índole regulativa viene de la Constitución de 1857, y se afirma en la Constitución de 1917; sólo hasta 2011 se “corrige” (por llamarle de alguna manera) el equívoco, pues si bien en la Constitución de 1857 se refieren los derechos del hombre en los mecanismos de protección se hace alusión a leyes o actos que violen <<garantías individuales>>, es decir, los medios de protección de los derechos humanos, o sea las garantías individuales son el objeto de protección e, indirectamente, los derechos del hombre.

Así, para el texto constitucional de 1917, nos olvidamos de los derechos del hombre (como locución) para directamente proteger los medios de protección de esos derechos.

Veamos los textos (evolución normativa constitucional):

Esquema 37. Textos de los artículos 1º, 101 y 103 constitucionales de 1857, 1917 y modificaciones de junio de 2011

Constitución de 1857	Constitución de 1917	Modificaciones constitucionales del 6 y del 10 de junio de 2011
Artículo 1.- El pueblo mexicano reconoce, que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales. En consecuencia, declara que todas las leyes y todas las autoridades del país deben respetar y sostener las garantías que otorga la presente Constitución.	Art. 1o.- En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece.	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. ... Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá

Artículo 101.- Los tribunales de la federación resolverán toda controversia que se suscite: I. Por leyes o actos de cualquiera autoridad que violen las garantías individuales. ...	Artículo. 103.- Los tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite: I.- Por leyes o actos de la autoridad que viole las garantías individuales. ...	prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley. ... Artículo 103. Los Tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite: I. Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por esta Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte; ...

En la Constitución de 1857 se diferencian expresamente los derechos del hombre³¹² y sus garantías, pero se encomienda a los tribunales federales

³¹² El concepto de derechos del hombre no es equivalente al concepto de derechos humanos; sin embargo, por efecto pragmático, los utilizamos como si lo fueran. Sobre las diferencias entre una y otra locución véase Moyn, Samuel, *La última utopía. Los derechos humanos en la Historia*, tr. Jorge González Jácome, Pontificia Universidad Javeriana, Colombia, 2015. Un resumen de la tesis de Moyn, en sus palabras, es el siguiente: “Cuando las personas escuchan el término ‘derechos humanos’ piensan en los preceptos morales e ideales políticos más elevados. Y tienen razón en hacerlo. Tienen en mente una serie de prerrogativas liberales indispensables y algunas veces principios más amplios de protección social. Pero también hacen referencia a algo más. Este término implica una agenda para hacer del mundo un mejor lugar y ayudar incluso a crear uno nuevo en el que la dignidad de cada individuo tenga protección internacional. A todas luces este es un programa utópico: considerando los estándares políticos que se aducen y las pasiones que despierta, este programa se construye a partir de la imagen de un lugar que aún no ha sido posible erigir; promete penetrar las inexpugnables fronteras estatales y reemplazarlas paulatinamente por la autoridad del derecho internacional. Los ‘derechos humanos’ se ufanan de realizar este programa trabajando de la mano con los estados sea posible pero también intentan denunciarlos y avergonzarlos públicamente cuando viola las normas más elementales. En este sentido, los derechos humanos han llegado a definir las aspiraciones más elevadas de los hitos sociales y las entidades políticas -estatales e interestatales-, evocando esperanzas y motivando a la acción.

Es sorprendente que este programa haya alcanzado una difusión considerable alrededor del mundo hasta hace poco tiempo. Durante la década de los setenta el espacio moral de Occidente se transformó abriendo una zona que no existía con anterioridad para que se produjera la fusión entre un cierto tipo de utopismo y el movimiento internacional por los derechos humanos. Los derechos del hombre fueron proclamados en la era de la Ilustración, pero eran tan profundamente diferentes a los de hoy sobre todo en cuanto a sus consecuencias prácticas -a punto tal de incluir las revoluciones violentas- que pueden considerarse como una concepción completamente distinta.”, pp. 11-12. Este autor, sostiene, en síntesis, basado en el análisis de la narrativa histórica, que los derechos humanos surgen en la

resolver las controversias que se susciten por leyes o actos de cualquiera autoridad *que violen las garantías individuales*, es decir, lo importante es el mecanismo de protección no el derecho violado³¹³, circunstancia que se ve afirmada en la regulación del juicio de amparo en los artículos 101 y 102 de la propia Constitución de 1857, pues en el primero de los numerales referidos, fracción I se señala: “ART. 101. Los tribunales de la federación resolverán toda controversia que se suscite: I. Por leyes ó actos de cualquiera autoridad que violen las garantías individuales.”, con lo que se evidencia la semilla del sesgo de preferencia por la garantía en lugar de equilibrar lo sustantivo y lo adjetivo.

Así, en la Constitución de 1917 se afirma el sesgo: (i) en el artículo 1º sólo se refieren garantías individuales y se deja de hacer referencia a los derechos del hombre y (ii) en el artículo 103, fracción I, de la Constitución de 1917, el cual es idéntico al artículo 101 fracción I, de la Constitución de 1857, lo que se debe atender por parte de los tribunales federales son las violaciones a las garantías individuales³¹⁴.

década de los 70's del siglo pasado y que conforman un concepto diferente del de los derechos del hombre.

³¹³ Quizá aquí está la semilla que explica en parte porque nuestro juicio de amparo, durante décadas (desde la segunda mitad del siglo XIX -1857- hasta aproximadamente el año 2000), giro preponderantemente en torno a violaciones de los artículos 14 y 16 constitucionales, es decir, principio de legalidad (dentro del que la fundamentación y motivación, junto con la actuación de autoridad competente fueron el “tema” del juicio de amparo), debido proceso y fundamentación y motivación de los actos de autoridad; además, la concesión de amparo, si procedía, era para “efectos”, o sea para que la autoridad responsable volviera a fundar y motivar la resolución correspondiente aunque en el fondo no se modificara la decisión. En el mejor de los casos, la sentencia que concedía el amparo llegaba a establecer lineamientos de cómo se debía volver a fundar y motivar, pero sin que ello implicara que la decisión debía ser modificada, lo cual en no pocas ocasiones no ocurría.

³¹⁴ Nos parece revelador el discurso de Venustiano Carranza en la apertura de sesiones del Congreso Constituyente del 1 de diciembre de 1916, pues son varios puntos los que hay que tener en cuenta: (i) La referencia es a los derechos del hombre, incluso la terminología no es uniforme y se habla de derechos individuales, garantías individuales, derechos civiles; el punto es que no se habla de derechos humanos ni, mucho menos, de derechos sociales; (ii) lo que está mal es la garantía, es decir, el juicio de amparo, y es el que hay que arreglar. Algunos pasajes reveladores del discurso son los

El sesgo generó una especie de mutación semántica en la que los derechos humanos dejaron de denominarse así y, como sucedáneo impropio, se refirieran como garantías individuales. En México los derechos humanos se llamaron garantías individuales, implicando que lo importante fuera la garantía, y ésta no sólo a secas sino con el calificativo de individual, lo cual también impactó el entendimiento de la protección de los derechos sociales.

siguientes: “El recurso de amparo, establecido con un alto fin social, pronto se desnaturalizó, hasta, quedar, primero, convertido en arma política; y, después, en medio apropiado para acabar con la soberanía de los estados; pues de hecho quedaron sujetos de la revisión de la Suprema Corte hasta los actos más insignificantes de las autoridades de aquéllos; y como ese alto tribunal, por la forma en que se designaban sus miembros, estaba completamente a disposición del jefe del poder Ejecutivo, se llegó a palpar que la declaración de los derechos del hombre al frente de la Constitución Federal de 1857, no había tenido la importancia práctica que de ella se esperaba.”; “La Constitución de 1857 hizo, según antes he expresado, la declaración de que los derechos del hombre son la base y objeto de todas las instituciones sociales; pero, con pocas excepciones, no otorgó a esos derechos las garantías debidas, lo que tampoco hicieron las leyes secundarias, que no llegaron a castigar severamente la violación de aquéllas, porque sólo fijaron penas nugatorias, por insignificantes, que casi nunca se hicieron efectivas. De manera que sin temor de incurrir en exageración, puede decirse que a pesar de la Constitución mencionada, la libertad individual quedó por completo a merced de los gobernantes. El número de atentados contra la libertad y sus diversas manifestaciones, durante el período en que la Constitución de 1857 ha estado en vigor, es sorprendente; todos los días ha habido quejas contra los abusos y excesos de la autoridad, de uno a otro extremo de la república; y sin embargo de la generalidad del mal y de los trastornos que constantemente ocasionaba, la autoridad judicial de la federación no hizo esfuerzos para reprimirlo, ni mucho menos para castigarlo...A corregir ese mal tienden las diversas reformas que el gobierno de mi cargo propone, respecto a la sección primera del título primero de la Constitución de 1857, y abrigo la esperanza de que con ellas y con los castigos severos que el código penal imponga a la conculcación de las garantías individuales, se conseguirá que los agentes del poder público sean lo que deben ser: instrumentos de seguridad social, en vez de ser lo que han sido, los opresores de los pueblos que han tenido la desgracia de caer en sus manos....que uno de los anhelos más ardientes y más hondamente sentidos por el pueblo mexicano, es el de tener tribunales independientes que hagan efectivas las garantías individuales contra los atentados y excesos de los agentes del poder público y que protejan el goce quieto y pacífico de los derechos civiles de que ha carecido hasta hoy.”; tomado de “Discurso de Venustiano Carranza al abrir el Congreso Constituyente sus sesiones, 1 de diciembre de 1916”, en Cámara de Diputados, *Los presidentes de México ante la Nación: informes, manifiestos y documentos de 1821 a 1966*; Editado por la XLVI Legislatura de la Cámara de Diputados. 5 tomos. México, 1966. Tomo 3. Informes y respuestas desde el 1 de abril de 1912 hasta el 1 de septiembre de 1934. No está de más recordar que el proyecto de reformas a la Constitución de 1857 de Carranza es marginal en lo relativo a la cuestión social y que se expresó en los debates del constituyente.

Nuestra narrativa histórica durante todo el siglo XX, identificaba los derechos humanos como garantías individuales y el proceso por excelencia para su protección lo fue el juicio de amparo -y de alguna manera lo sigue siendo-. Así, la confusión era mayúscula, pues además de hacer equivalente el objeto de protección con su mecanismo de garantía, el calificativo de individuales hacía que los derechos sociales quedaran, también, en un segundo plano por no decir que segregados de la garantía que por excelencia constituía el juicio de amparo, pues éste operaba, prácticamente en exclusiva, para las garantías individuales, dentro de las que el foco de atención eran los dispositivos de los artículos constitucionales 14 (básicamente debido proceso: formalidades esenciales del procedimiento)³¹⁵ y 16 (principio de legalidad y fundamentación y motivación de los actos de autoridad)³¹⁶. La atención exclusiva de los derechos individuales marginó los derechos sociales; los derechos político-electorales también fueron segregados y, además, no se contempló garantía jurídica alguna y, por tanto, no eran justiciables³¹⁷.

³¹⁵ Texto original de la Constitución de 1917 del artículo 14: “Art. 14.- A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna. Nadie podrá ser privado de la vida, 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. En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata. En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho.”

³¹⁶ Texto original de la Constitución de 1917 del artículo 16, primera parte: “Art. 16.- Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles y posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento...”

³¹⁷ Bajo el entendimiento de los derechos del hombre/derechos humanos, no se contemplaban los derechos político-electorales como objetos de protección alguna por considerarlos políticos. No es objeto de este estudio los derechos humanos de índole político electoral, pero baste considerar los señalamientos de Julio César Zapata Cruz: “No es algo nuevo que desde tiempo atrás en México la materia electoral siempre fue vedada para los tribunales de la Federación, con el argumento de que el Poder Judicial Federal intervendría en la vida de los otros poderes estatales; como ejemplo claro que se ventiló ante la Corte fue la muy famosa ‘incompetencia de origen’. Pero en el año de 1996

b) El debate en el Constituyente de 1916-1917 del artículo 1º constitucional

En la Asamblea Constituyente 1916-1917, al debatirse el dictamen del artículo 1º constitucional (11ª sesión ordinaria, 13 diciembre 1916), solamente un diputado indico que el derecho humano era una cosa y su garantía otras cosa³¹⁸, sin embargo, tal distinción no prosperó; por el contrario el debate

cambió la tendencia de “no judicializar la materia electoral” y se crearon diversas garantías procesales electorales para que la materia electoral fuera resuelta por un tribunal especializado del Poder Judicial Federal encargado de atender asuntos relativos a las elecciones en México.”, Zapata Cruz, Julio César, “El juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano”, en *Revista Hechos y Derecho*, Núm. 42, noviembre-diciembre 2017, IIJ-UNAM, México, consultable en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/11749/13575>.

³¹⁸ El debate sobre el artículo 1º constitucional, básicamente, se centra en que <las garantías individuales> no son renunciables y, a decir del diputado Martínez Rafael, así debe indicarse en el texto constitucional, sin embargo, el tema de la renunciabilidad o no se lleva al tema de si se pueden restringir y suspender en los términos que en la misma Constitución se determine. El diputado Martínez Escobar, en su intervención, de alguna manera, diferencia entre derecho y garantía, y respecto de esta señala que debe hablarse de garantía constitucional. Así, Martínez Escobar señaló: “...ni siquiera está bien dicho. ‘De las garantías individuales’ debe decir, ‘De los derechos del hombre’, nada más. Así, nuestra Constitución no está bien; dice nada más de las garantías individuales, yo ya he dicho la palabra que debe usarse en lugar de ‘individuales’. Y digo que no está bien dicho, porque la palabra es ‘Constitucionales’...”. En su participación el Diputado Macías señaló: “Las constituciones no necesitan declarar cuáles son los derechos; necesitan garantizar de la manera más completa y más absoluta de todas las manifestaciones de la libertad. Por eso deben otorgarse las garantías individuales...en el fondo están reconocidos los derechos naturales del individuo...todos están reconocidos allí porque las garantías que otorga la sección primera son para respetar las diversas manifestaciones de la libertad humana... Por eso es que los tratadistas modernos, hombres que han profundizado esta cuestión de una manera minuciosa, ya no opinan que se llamen garantías individuales, sino derechos del hombre, en la constitución política de los pueblos. Este es el rubro que aconsejan varios tratadistas modernos; el C. Primer Jefe creyó que era más claro el rubro: “De las garantías individuales,” porque habiendo los tres elementos, el individuo, la nación y el gobierno, hay garantías individuales que ven al individuo, al elemento del derecho constitucional que se llama individuo: Hay garantías sociales que son las que ven a la nación, a todo el conjunto, a todo el conglomerado de individuos, y hay garantías constitucionales o políticas, que se van ya a la estructura, ya a la combinación del gobierno mismo. Al decir, pues, como el señor Escobar, garantías individuales constitucionales, daríamos lugar entonces a que se viniera a pedir amparo cuando se viole verdaderamente una de las garantías constitucionales, o podríamos dar lugar a que se procese amparo cuando se violase una garantía social. Ni las garantías sociales ni las constitucionales están protegidas por el amparo: no están protegidas por el amparo más que garantías individuales. Las otras garantías, sociales, políticas o constitucionales, están garantizadas por la estructura misma y por el funcionamiento de los poderes. Voy a explicarme para poder hacerme más claro. Bien; la nación es el otro elemento del derecho constitucional; la nación no es el Gobierno, la nación, no es el Estado, la

muestra que a final de cuentas la locución <<derechos del hombre>> (para nada se hizo referencia a derechos humanos, menos a derechos fundamentales) refería que los derechos del hombre eran naturales y anteriores al Estado y lo que era relevante regular eran las garantías de esos derechos, es decir, las garantías individuales. El dictamen, escueto, fue el siguiente:

"Ciudadanos diputados:

"Comenzando el estudio del proyecto de Constitución presentado por la primera jefatura, la comisión es de parecer que debe aprobarse el artículo 1o., que contiene dos principios capitales cuya enunciación debe justamente preceder a la enumeración de los derechos que el pueblo reconoce como naturales del hombre, y por esto encomienda al poder público que los proteja de una manera especial, como que son la base de las instituciones sociales. El primero de esos principios, es que la autoridad debe garantizar el goce de los derechos naturales a todos los habitantes de la república. El segundo es que no debe restringirse ni modificarse la protección concedida a esos derechos, sino con arreglo a la misma Constitución. De consiguiente, proponemos a la asamblea que dé

nación es algo superior al Estado, es algo superior al gobierno; no obstante que la nación está sometida al gobierno, conforme a los preceptos de la estructura constitucional, la nación es la que nombra los poderes públicos, la nación es la que tiene la potestad suprema, el derecho supremo en todo lo que a la nación le corresponde; pero como la nación no puede ejercer ese poder, viene a constituir el órgano que se llama gobierno, y el gobierno es entonces el que, en representación de la nación, y de acuerdo con los cánones que está le fija, viene a ejercer ese poder que la nación misma no puede ejercitar; de manera que ya ven ustedes la diferencia tan fundamental que hay entre la nación y el gobierno, entre el gobierno y la nación, entre la nación y el individuo y el estado. Son los tres elementos constitutivos del derecho constituyente y, vuelvo a repetirlo, porque es fundamental. La nación tiene el derecho electoral, la nación tiene la manera de decir, cómo y en qué forma expresan su voluntad soberana, para instruir a los mandatarios que han de ejercer el poder, y esta es una garantía social, es una garantía enteramente política, no constitucional y esta garantía política no está protegida por el amparo. Esta garantía se protege por la ilustración propia del pueblo; un pueblo que no tiene ilustración o un pueblo que no tenga valor, es un pueblo indigno, que no merece las garantías políticas, porque no tiene valor para defenderlas o porque no tiene el conocimiento bastante, la ilustración suficiente para ejercitar sus derechos. Esta es otra garantía enteramente distinta de la garantía individual y esta garantía política no está defendida por el derecho del amparo, como lo están las garantías individuales.". Comisión Nacional para la Celebración del Sesquicentenario de la Proclamación de la Independencia Nacional y del Cincuentenario de la Revolución Mexicana, *Diario de los debates del Congreso Constituyente 1916-1917*, dos tomos, México, 1960, Tomo I, pp. 621-631.

su aprobación al citado artículo del proyecto de Constitución, que dice literalmente:

"Artículo 10.- En la República Mexicana todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las que no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece.

"Querétaro de Arteaga. 9 de diciembre de 1916.- Gral. Francisco J. Múgica.- Alberto Román.- L. G.

Monzón.- Enrique Recio.- Enrique Colunga."

Así, en los términos propuestos del dictamen, se aprobó el texto del artículo 1º constitucional, y a pesar del mencionado entendimiento de que los derechos del hombre eran naturales en el sentido de que le pertenecían antes de la conformación del Estado, a la larga se terminó por denominar a los derechos del hombre como garantías individuales. Asimismo, hay que destacar que en el texto de 1857 se decía que <<se reconocen>> y en el texto de 1917 se establece que las garantías individuales <<se otorgan>>.

Afortunadamente, como ya se apuntó, para junio de 2011³¹⁹, con motivo de las modificaciones constitucionales en materia de derechos humanos y en

³¹⁹ En el dictamen de la Cámara de Diputados se constata que el impulso de las modificaciones constitucionales en materia de derechos humanos se debe a la participación de diversas instancias: "Las propuestas de reformas incorporadas en el presente decreto parten de la identificación de las coincidencias que existen entre las propuestas presentadas por las y los legisladores de los diversos partidos políticos, así como del trabajo realizado entre la sociedad civil y el Legislativo, de los trabajos realizados en la Comisión Ejecutiva de Negociación y Construcción de Acuerdos del Congreso de la Unión en el Grupo de Garantías Sociales y del trabajo coordinado por la Oficina en México de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos con integrantes de la academia y organizaciones no gubernamentales, así como por las aportaciones que hizo llegar la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal.". *Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados* del 23 de abril de 2009, Anexo XVI, "Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Derechos Humanos, con proyecto de decreto que modifica la denominación del Capítulo I y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de derechos humanos". El dictamen fue aprobado por el Pleno de la Cámara de Diputados el 23 de abril de 2009, enviándose la minuta a la Cámara de Senadores para seguir el proceso de reforma constitucional respectivo.

materia de juicio de amparo³²⁰, los artículos 1º y 103, fracción I, principalmente, generan un nuevo entendimiento, y, por ende, discurso jurídico de los derechos humanos y sus garantías, quedando claro que una cosa son los derechos humanos y otra sus garantías³²¹, incluso las garantías

³²⁰ Juzgamos significativo que primero se hayan publicado las modificaciones constitucionales en materia de amparo (la garantía por excelencia) y posteriormente las relativas a los derechos humanos, pues muestra, una vez más, la prioridad que se da a las garantías de los derechos humanos: el 6 de junio de 2011 se publicaron en el Diario Oficial de la Federación las modificaciones en materia de juicio de amparo (y otros mecanismos de control de los derechos humanos y, en general, de control constitucional) y posteriormente, el 10 de junio de 2011, se publicaron en dicho diario las modificaciones en materia de derechos humanos. Esta forma de actuación da la impresión de que lo relevante es la garantía y lo secundario es el objeto de garantía. En las modificaciones en materia de derechos humanos (10 junio 2011) no hay cambio normativo al artículo 103, fracción I, esta fracción se reforma en el paquete de modificaciones en materia de juicio de amparo (6 junio 2011).

³²¹ Véase Silva Meza, Juan N., “El impacto de la reforma constitucional en materia de derechos humanos en la labor jurisdiccional en México”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año XVIII, 2012, Bogotá, Colombia, pp. 151-172. En este artículo el otrora Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación expone los puntos más relevantes de las modificaciones constitucionales en materia de derechos humanos publicada en el Diario Oficial de la Federación del 10 de junio de 2011 (cuya vigencia comenzó el día siguiente), y en lo que respecta a los cambios normativos del primer párrafo del artículo 1º (principalmente la modificación semántica al pasar de la referencia de garantías individuales a la de derechos humanos), señala: “No más garantías individuales, sino que ahora se acoge la expresión derechos humanos...se busca homologar el lenguaje del texto constitucional con el de los principales cuerpos normativos de fuente internacional, aunque en el interior todavía no se lo uniforme. Segundo, se acepta la figura de derechos humanos como una de derecho positivo. Por bastante tiempo se ha intentado demeritar la expresión identificándola como un término perteneciente más al ámbito de la moral o la política que al campo del derecho. En demasiadas ocasiones se ha querido reducir a los derechos humanos como pretensiones sociales basadas en una idea de justicia, pero sin sustento jurídico. No más de eso. Hoy, apelar a los derechos humanos como fundamento de exigencias sociales, con una argumentación adecuada, encontrará el máximo soporte dentro del sistema jurídico, con fuerza normativa constitucional...además del cambio lingüístico y del cambio teórico jurídico indicados, en el primer párrafo del artículo primero constitucional se sustituye la concepción de que los derechos se otorgan a las personas, para postular que los derechos humanos se les reconocen por el ordenamiento jurídico. Ello solo supone que el fundamento de los derechos no puede hallarse dentro del derecho, pero de ninguna forma debe pretextarse para sostener que los derechos humanos no son derechos positivos. No cambia la naturaleza jurídica de los derechos, sino el estatismo del derecho.

En palabras simples, lo que implica esta transformación en el modo de concebir los derechos, desde un punto de vista extrajurídico, es que las personas no le deben pleitesía, reverencia, acatamiento, sumisión, sometimiento u obediencia alguna al Estado porque les concede graciosamente sus derechos, sino que se sirven de las instituciones estatales y del derecho que las crea, organiza y norma, para que se les reconozcan los derechos por los que históricamente han luchado. Visto así,

forman parte de las acciones básicas de control frente a los derechos humanos; así, tenemos cuatro acciones básicas para el control de la constitucionalidad y de la convencionalidad en materia de derechos humanos: promover, respetar, proteger y garantizar³²².

Aquella forma de ver primordialmente las garantías en lugar de privilegiar los derechos tiene que ver con las tesis que sostienen que no hay derechos si no hay garantías.

ese cambio de concepción puede contribuir al más ambicioso cambio cultural de compromiso democrático que se persigue con la reforma constitucional... distinguir entre los derechos humanos y sus garantías [implica reconocer que]... [t]radicionalmente, tanto en el plano teórico como sobre todo en la práctica jurisdiccional, se asoció tan estrechamente a los derechos con sus garantías que se instituyó como creencia generalizada que en ausencia de las segundas no se contaba con los primeros. No existía en realidad un derecho si a la par no se establecía una disposición que incorporara por expreso obligaciones correlativas atribuidas a sujetos bien identificados, y más aún si ante el eventual incumplimiento de aquellas se regulaban mecanismos para revertir su infracción.

Solo si las personas tenían a la mano dispositivos para exigir que se sancionara y reparara la inobservancia de las obligaciones aparejadas a sus derechos podía hablarse con propiedad de que eran titulares de tales derechos. Por supuesto, una visión como la descrita dejaba tambaleante la fuerza normativa de nuestra Constitución Política, así como la de los tratados internacionales que reconocían derechos. Ello era así, aunque por lo general se guardaba silencio al respecto, por cuanto únicamente se necesitaba de la omisión de legislación ordinaria que desarrollara dichas obligaciones y garantías para hacer de papel a los derechos.

Exactamente eso fue lo que les sucedió a los derechos sociales por décadas. Cuando las personas volteaban al texto constitucional y ahí leían que gozaban del derecho a un salario digno, del derecho a la vivienda, del derecho a la salud o del derecho a un medioambiente adecuado, al demandar su respeto ante las autoridades encontraban como respuesta a sus exigencias que en realidad esos derechos no eran tal cosa, sino que se trataban como normas programáticas que esas mismas autoridades buscaban alcanzar, pero según criterios de oportunismo. De ahí que el establecimiento de los derechos sociales en la Constitución tomara exclusivamente un valor simbólico, pero no exigible y mucho menos justiciable. De ahí que derechos que buscaban apuntalar la libertad se tomaran en herramientas del clientelismo político. De ahí que el derecho en su conjunto perdiera credibilidad y fuerza normativa a la sombra de intereses políticos coyunturales. Afortunadamente, no más de eso, pues con la distinción expresa entre derechos y garantías para su protección, como hoy se lee desde el artículo inaugural del texto constitucional, aunque falten las segundas no pueden desconocerse los primeros.”, pp. 154-156.

³²² Artículo 1º, párrafo tercero, primera parte, constitucional: “Todas las autoridades en el ámbito de sus competencias tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad...”.

Estas tesis han sido superadas teórica y prácticamente de diversas formas³²³, principalmente considerando que en la definición de los derechos no se incluye su garantía judicial/jurisdiccional, pues ésta es diferente de aquél. Así, el problema de la garantía es diferenciable del derecho en sí y, además, responde más a la problemática de los diseños normativos e institucionales. Pero hemos señalado que esta diferenciación no ha sido resuelta del todo, pues ha faltado a la ponderación de la relación entre el derecho y su garantía equilibrar sus vínculos, y de allí que acudamos al principio de antiformalismo en el punto siguiente.

³²³ Cruz Parceró, Juan Antonio, *El lenguaje...*, Op. Cit. En esta obra se muestra la tesis kelsenista de que no hay derechos si éstos no tienen acción procesal para exigirlos, es decir, garantía. En palabras del autor: "...teorías como la de Kelsen han confundido lo que es un derecho con la protección de éste. Robert Alexy ha sostenido que es posible distinguir tres cuestiones sobre los derechos: a) las razones para los derechos, b) los derechos como relaciones o posiciones jurídicas y c) la <<imponibilidad>> jurídica de los derechos. Los polos sobre los que gira la polémica son formulados por Lhering: 'dos son los elementos que constituyen el concepto de derecho (subjetivo), uno sustancial, en el que reside el fin práctico del mismo, es decir, la utilidad, ventaja, ganancia, que ha de ser proporcionada por el derecho, y otro formal que se comporta con respecto a aquel fin meramente como medio, es decir, la protección del derecho, la demanda'. Podemos ver, entonces, a partir de la discusión de Alexy, de qué manera se suelen confundir los distintos elementos...Como sostiene Alexy, aquí subyace el problema más profundo que afecta la estructura del orden jurídico: ¿pertenece a un orden jurídico sólo aquello que en cada caso es susceptible de imposición judicial, o pueden pertenecer a él posiciones que no sean susceptibles de imposición judicial porque, por ejemplo, su *imponibilidad* es inconciliable con el papel que juegan en el orden jurídico o dicha imponibilidad no es reconocida pero puede ser exigida desde el punto de vista del orden jurídico? La respuesta a esta pregunta depende del concepto de norma jurídica válida que se tenga, pero podemos decir con Alexy que del hecho de que un sistema jurídico deba contar con normas que contienen sanciones estatales no se puede inferir sin más que todas las normas jurídicas tengan que estar dotadas con sanciones estatales. Lo anterior nos lleva a tener que distinguir claramente entre enunciados sobre derechos de enunciados sobre protección de los derechos...La confusión entre estos dos tipos de enunciados lleva a cometer errores de muchos tipos. Uno, el de Kelsen de reducir la noción de derecho subjetivo a la de acción procesal, y otro de signo inverso, que Ferrajoli ha llamado la *falacia garantista*, que consiste en creer que basta con buenas razones para un derecho y que éste sea reconocido jurídicamente en la ley o en la Constitución, para que, por ese mero hecho, quede garantizado, es decir, protegido. La protección de un derecho, su garantía, es una cuestión gradual, nunca se garantiza todo o nada, sino que hay grados de garantía y, por tanto, nunca hay un sistema perfecto de garantías, ni garantías perfectas. Las garantías de un derecho dependen de muchos factores sociales y culturales, y por lo que hace a las garantías jurídicas éstas dependen del sistema constitucional, del funcionamiento adecuado de un sistema judicial y otros factores institucionales que pueden afectar, promover o asegurar niveles de protección." (pp. 32-33)

2. Principio de antiformalismo

La referencia al formalismo debe hacerse con cuidado, pues su significado varía de acuerdo con el contexto en el que se utilice. Así, Manuel Atienza señala que el formalismo no es ajeno al Derecho si se entiende que éste es un fenómeno autoritativo y, por ende, las razones formales ven a la autoridad y no al contenido, lo que no sucede con la moral³²⁴, pero apunta que hay un sentido de formalismo que debe ser rechazado:

“...el formalismo al que me estoy refiriendo aquí es otra cosa. Es una manera de entender el Derecho en la que el juez se siente vinculado únicamente por el texto de las normas jurídicas vigentes, y no, también, por las razones en las que ellas se fundamentan. Implica por ello un comportamiento ritualista, una forma de desviación que, en consecuencia (cuando se es consciente de ello), tiende a ocultarse...”³²⁵

³²⁴ Atienza, Manuel, “Cómo desenmascarar a un formalista”, en [Revista] *Isonomía*, N° 34, abril 2011, México, pp. 199-201.

³²⁵ *Idem*, p. 199. Atienza proporciona una “guía” para desenmascarar a un formalista: “1. El empleo de un lenguaje oscuro y evasivo. Una resolución formalista suele estar redactada de manera que un lector culto, incluso un profesional del Derecho, no la entienda, o al menos no la entienda con facilidad. La utilización (sin necesidad) de términos “técnicos” o la omisión de indispensables referencias contextuales son estrategias adecuadas para ello. 2. La apelación abusiva, injustificada, a valores como la seguridad jurídica o el debido proceso. El abuso proviene de que se trata de valores fundamentales, pero instrumentales y que, en consecuencia, no pueden separarse de los valores sustantivos que les dotan, en último término, de sentido: digamos que nadie querría tener la “seguridad” de que le van a discriminar, sino la seguridad de que le van a tratar con la misma consideración y respeto que a los demás. 3. *El énfasis en las cuestiones procesales y la tendencia a considerarlas haciendo abstracción del fondo del asunto. El lector tiene un indicio claro de que se razona de manera formalista cuando, después de haber leído la motivación de una sentencia, ni siquiera puede saber cuál era el problema sustantivo que ahí se debatía.* 4. La pasión por el rigor lógico, que muchas veces resulta ser una pasión no correspondida; quiere decirse con ello que el formalista suele tener una idea equivocada de lo que significa la lógica. Lo que él ama es más bien una quimera, pues la lógica (formal) no impone nunca una solución, o no lo hace de manera incondicionada: la conclusión depende de cuáles sean las premisas de las que se parta. El verdadero amor por la lógica, en definitiva, no tiene por qué llevar a nadie al formalismo jurídico. 5. La apelación frecuente a la profesionalidad, a la neutralidad, a la objetividad, etc. como virtudes fundamentales del juzgador. Ocurre, sin embargo, que, en no pocas ocasiones, ese recurso se utiliza para ocultar la falta de profesionalidad, de independencia y de imparcialidad de quien las invoca. 6. La preferencia por las interpretaciones literales y descontextualizadas de las normas, en lugar de atender a las razones

Ahora bien, ¿las modificaciones constitucionales del 6 de junio de 2011 en materia adjetiva -control constitucional judicial jurisdiccional- realmente abonan para mejorar la justiciabilidad de los derechos humanos? Nos parece que la respuesta es relativamente negativa, pues si bien se pretendió mejorar algunas modalidades de control constitucional judicial jurisdiccional, en realidad se siguió la línea de continuar sofisticando y tecnificando innecesariamente las modalidades respectivas sobre las cuales cobra una especial relevancia el juicio de amparo.

Al juicio de amparo se agregó, entre otras cuestiones y sólo por citar un ejemplo, el interés legítimo como exigencia previa para su admisibilidad, lo que en realidad no contribuye a mejorar la tramitación del amparo. Más adelante analizamos con mayor detalle el interés jurídico y el interés legítimo (apartado F), por lo que en este punto consideramos pertinente fijar nuestra atención en la exigencia de contar con recursos efectivos, es decir, garantías judiciales o no judiciales jurisdiccionales efectivas, sencillas, de rápido trámite, que permitan ir al meollo del asunto y no perderse en el laberinto de las formalidades procedimentales.

subyacentes de las mismas y a las consecuencias de las decisiones. 7. El uso de un lenguaje enfático y dirigido (retóricamente) a descartar cualquier tipo de duda en cuanto a la corrección de la decisión: "ha quedado meridianamente claro", "resulta incontrovertible de todo punto", etcétera. 8. Las referencias, en ocasiones, a ciertos símbolos de la cultura antiformalista...siempre y cuando resulten inocuas, esto es, no pongan en cuestión la solución formalista que se pretende justificar. El formalista de nuestros días, podríamos decir, es un jurista con mala conciencia. 9. La disociación entre los motivos reales (ideológicos, psicológicos, etc.) que le han llevado a la decisión y las razones_ que esgrime para justificar esa decisión. En el caso de las decisiones formalistas, es frecuente que la explicación de lo que ha ocurrido y la "justificación" que puede leerse en la resolución vayan por caminos muy separados. 10. La tendencia a incurrir en contradicción, especialmente si se examina un número significativo de resoluciones del juzgador. Al parecer, no es fácil, y seguramente tampoco resulta conveniente, ser formalista todo el tiempo.", pp. 200-201. Hemos resaltado con cursivas el rasgo 3, por su evidente importancia.

Con las modificaciones constitucionales en materia de derechos humanos del 10 de junio de 2011, es clara la dirección de ajuste: adecuar el marco normativo a la realidad y propiciar un entendimiento integral u omnicomprendivo, es decir, en cualquier actividad estatal, incluso la de particulares, se debe promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, pero la dirección de ajuste respecto de la justiciabilidad (control judicial jurisdiccional) va por el lado de tecnificar sus modalidades, en especial el juicio de amparo.

¿Qué faltó a la reforma constitucional adjetiva del 6 de junio de 2011?: una exhaustiva revisión de las modalidades de control a la luz del derecho de acceso a recursos efectivos en el que el principio de antiformalismo juega un papel primordial. La reforma sustantiva en materia de derechos humanos para que realmente impacte dentro de los parámetros de la justiciabilidad y, al lado de ésta, de los mecanismos de promoción, respeto, protección y garantía que operan órganos no judiciales que desarrollan procedimientos jurisdiccionales, requiere realizarse bajo los parámetros de la exigencia y procesos que impliquen recursos efectivos, sencillos, rápidos, con plazos razonables.

Justamente el complemento se da mediante la reforma constitucional del 15 de septiembre de 2017, y que impacta el mundo adjetivo judicial y no judicial, y que tiene que ver con la actividad estatal que incide en los derechos humanos. Con dicha reforma se busca dar mayor atención a las cuestiones sustantivas que a las adjetivas/procedimentales.

En efecto, mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación, se adicionó un párrafo tercero al artículo 17 constitucional, en el que se prescribe:

“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.”

De este enunciado se deriva el principio de antiformalismo. De acuerdo con la exposición de motivos de la iniciativa de modificación constitucional³²⁶ dicho principio se vincula estrechamente con la exigencia de acceder, en caso de que alguien considere que se ha violado alguno de sus derechos humanos, a recursos efectivos, sencillos y rápidos por los que se resuelva lo conducente.³²⁷

Observar el principio de antiformalismo es uno de los puntos torales que falta a la modalidad de control judicial jurisdiccional que se identifica como juicio de amparo, pues las modificaciones constitucionales adjetivas que acompañaron a la reforma constitucional en materia de derechos humanos (y que podemos calificar, en general, como modificación sustantiva), nos parece que no tuvieron en cuenta el principio de antiformalismo.

³²⁶ Cámara de Diputados, Expediente del “Proceso Legislativo” de la reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación del 15 de septiembre de 2017, consultable en: https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_crono.htm.

³²⁷ Se señala en la exposición de motivos: “El artículo 17, segundo párrafo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reconoce el derecho que tiene toda persona ‘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.’

Por su parte, el artículo 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, del que el Estado mexicano es parte, reconoce el derecho de toda persona cuyos derechos o libertades hayan sido violados a ‘interponer un recurso efectivo’.

Asimismo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de la que México es Parte, reconoce en el artículo 25.1 el derecho de toda persona ‘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’”. *Idem*, p. 6.

Afortunadamente se constitucionalizó dicho principio³²⁸, pero nos parece que los operadores jurídicos consideran que sólo cabe aplicar el principio de antiformalismo por parte de autoridades no judiciales jurisdiccionales a pesar de que se indica expresamente que debe observarse en juicios o procedimientos seguidos en forma de juicio, y juicios o procedimientos en forma de juicio refiere la actividad o función jurisdiccional³²⁹, por lo que dicho principio debe aplicarse tanto por autoridades judiciales federales o locales y por autoridades no judiciales federales y locales que desarrollen funciones jurisdiccionales.

Si la modalidad de control constitucional que denominamos juicio de amparo es un procedimiento jurisdiccional (o sea, un juicio), entonces debe ser un recurso apto para proteger a las personas cuando sus derechos humanos, sean individuales o sociales, hayan sido vulnerados. Aquí está la calve del asunto: el juicio de amparo debe tener características que lo hagan un medio idóneo para cumplir el fin para el que está pensado: proteger a las personas de la actividad estatal o de particulares que vulneran sus derechos humanos. Así, se lee en la exposición de motivos de la reforma constitucional que:

“Para hacer efectivo este derecho no basta con garantizar el acceso formal a un recurso, ni que en el proceso se produzca una decisión judicial definitiva. Un recurso sólo se considera efectivo si es idóneo para proteger una situación jurídica infringida y da resultados o respuestas.”³³⁰

³²⁸ Aunque de ello no se sigue que sólo desde su constitucionalización se deba observar.

³²⁹ En el Capítulo III, apartado A, punto 3, inciso j, pp. 607 y ss., abordamos con mayor detalle los binomios: judicial/no judicial y jurisdiccional/no jurisdiccional.

³³⁰ Cámara de Diputados, Expediente del “Proceso Legislativo” de la reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación del 15 de septiembre de 2017, *Op. Cit.*, p. 6.

En la exposición de motivos se da cuenta de que mediante foros denominados “Diálogos por la Justicia Cotidiana”, se identificaron dos obstáculos: (a) excesivas formalidades e (b) inadecuada interpretación y aplicación de las normas³³¹, y, paradójicamente, se señala que esos obstáculos han sido evidenciados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

“... [identificar esos obstáculos, como conclusión,] es consistente con lo establecido por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver el amparo directo en revisión 1080/2014, en el sentido de que la obligación del Estado de desarrollar la posibilidad del recurso judicial es dual, por un lado, la ley no debe imponer límites, salvo las formalidades esenciales para su trámite y resolución; por otro lado, los órganos que imparten justicia deben asumir una actitud de facilitadores para ese fin.”³³²

En la exposición de motivos a que se hace alusión, se señala claramente cómo se considera que una norma adjetiva es formalista:

“Las normas vulneran el derecho a la tutela judicial si impone requisitos que impiden u obstaculizan el acceso a la justicia, cuando éstos resultan innecesarios, excesivos o carecen de razonabilidad o proporcionalidad respecto de los fines que legítimamente puede perseguir el legislador. La Suprema Corte de Justicia de la Nación en Pleno ha establecido que la potestad del legislador derivada del artículo 17 de la Constitución Federal para fijar los plazos y términos conforme a los cuales se administrará justicia, no es ilimitada, los presupuestos procesales deben sustentarse en los principios y derechos contenidos en la propia Constitución.

Por ello, en los Diálogos por la justicia se indicó que el aspecto normativo de este problema requiere de una revisión profunda del orden jurídico en todos los niveles para identificar y ajustar aquellas disposiciones contenidas en las leyes generales, federales y de las entidades federativas que *per se* impide el acceso a la justicia o

³³¹ *Idem*, p. 7.

³³² *Ib.*

que fomentan que se atiendan aspectos formales o de proceso en detrimento de la resolución de la controversia.”³³³

Estos aspectos son retomados en el dictamen de la Cámara de Senadores, abundando en otros puntos relacionados con el principio de antiformalismo y resaltando que lo importante es la solución de fondo de los conflictos:

“...se plantea la necesidad de introducir en el artículo 17 constitucional el principio de que las autoridades de impartición de justicia privilegiarán la solución del conflicto por encima de los formalismos procedimentales, siempre que no se afecten la igualdad de las partes, el debido proceso u otros derechos de los justiciables. Desde luego que no se trata de suprimir las formalidades de un juicio o de un procedimiento seguido en forma de juicio, sino que con apego a los principios que norman la función judicial, se afirme la atención y solución de la cuestión de fondo planteada.”³³⁴

Como podemos observar, si bien quedan diferenciados los derechos y sus garantías, respecto de éstas, si se trata de actividades jurisdiccionales (juicios o procedimientos desarrollados en forma de juicio), no basta la sola previsión del mecanismo de garantía sino que la garantía debe ser efectiva y en ello juega un papel de primer orden el principio de antiformalismo, tal y como se señala en la iniciativa, por lo que, nos parece, todavía queda en la agenda pendiente revisar las garantías jurisdiccionales para eliminar excesos formalistas que impiden realizar controles constitucionales y convencionales de fondo.

³³³ *Idem*, pp. 7-8.

³³⁴ “Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales; de Justicia; y de Estudios Legislativos, Segunda, con relación a las iniciativas con proyectos de decreto que proponen modificaciones a diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de justicia cotidiana (solución de fondo del conflicto y competencia legislativa sobre procedimientos civiles y familiares)”, en *Idem*, p. 24. Como se puede observar, la Cámara de Senadores fue cámara de origen, por lo que la Cámara de Diputados, en su dictamen, básicamente reprodujo diversos argumentos de la iniciativa original y del dictamen de los senadores (dictamen de los diputados, pp. 64 y ss.)

D. Distorsión jurisprudencial del parámetro de regularidad constitucional

El parámetro de control de la actividad estatal está conformado por dos sistemas: uno por la pauta constitucional y otro por la pauta convencional, y cada uno opera con lógicas diferentes, aunque comparten su objetivo o finalidad: es común a ambos parámetros la promoción, respeto, protección y garantía de los derechos humanos.

Si no se tiene presente que se trata de dos sistemas claramente diferenciados, se pueden generar confusiones. Así, por ejemplo, se puede manejar la tesis de la incorporación³³⁵ de derechos humanos contenidos en tratados internacionales reconocidos por nuestro sistema jurídico, con lo que se considera que al texto constitucional se han incorporado³³⁶ los derechos

³³⁵ Sobre lo que llamamos la tesis de la incorporación, véase: Cervantes Alcayde, Magdalena, “La Constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos y la limitación de su alcance vía interpretación constitucional en México”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLX, núm. Extraordinario, 2019, pp. 19-41. Para esta autora: “...a partir de una reforma constitucional ocurrida en 2011, a la que se le llamó ‘en materia de derechos humanos’, por la centralidad que tuvo este tema en la misma, se planteó la constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos, y de esta forma, su incorporación al marco jurídico mexicano. No obstante, el reconocimiento constitucional del DIDH no hay sido la única vía a través de la cual se llevó a cabo la incorporación de éste al derecho interno.” Es importante destacar que el término incorporación, de acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española, tiene como acepción “Unir una persona o una cosa a otra u otras para que haga un todo con ellas”, Real Academia Española, *Diccionario... Op. Cit.*, voces: incorporación, incorporar. Así, incorporar refiere unir o agregar algo a otra cosa para que se haga un todo. Para nosotros no se trata de una incorporación sino de un reconocimiento. En todo caso, se puede utilizar el término incorporación en un sentido muy amplio, pero estrictamente se trata de un *reconocimiento* de fuentes entre las que no hay relaciones de jerarquía.

³³⁶ Los que sostienen la tesis de la incorporación implican la operación lógica siguiente: el elemento A se incorpora al elemento B, generando sólo la existencia de AB, el cual no es A ni es B sino AB; bajo lenguaje figurado podemos ejemplificar con la mezcla de pinturas de colores: a la pintura color X se le incorpora (agrega) pintura color Y, el resultado de la incorporación –mezcla- si bien es XY, XY es algo nuevo diferente a X y a Y; sin embargo, hay elementos que no se pueden mezclar, por tanto, pretender que con juntarlos se han mezclado y se ha generado algo nuevo que no es ninguno de los elementos mezclados es un equívoco, tal y como ocurre con la supuesta mezcla o fusión del parámetro convencional dentro del parámetro constitucional y señalar que solamente existe el segundo en el que coexiste -mezclado- el primero.

humanos convencionales y se vea que el derecho convencional de derechos humanos es equivalente³³⁷ al derecho constitucional, pero no a la inversa³³⁸: el derecho constitucional está integrado o conformado por los derechos humanos que regula el propio texto constitucional y por el texto de los tratados internacionales que contengan derechos humanos. Consecuentemente (como inevitable falaz conclusión), al ejercer control constitucional se está ejerciendo control convencional.

Esta posición desdibuja la operatividad de los dos sistemas de control, constitucional y convencional, y confunde (realmente fusiona, indebidamente) en un solo parámetro dos referentes de contraste, con el efecto de condicionar uno de ellos al otro, es decir, el parámetro de convencionalidad deja de funcionar como parámetro independiente y autónomo (aunque complementario) para formar parte del parámetro de constitucionalidad como único referente de control de regularidad de la

³³⁷ De acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española, *equivaler* tiene como acepción “Dicho de una persona o de una cosa: Ser igual a otra en la estimación, valor, potencia o eficacia.”, Real Academia Española, *Diccionario... Op. Cit.*, voz: *equivaler*. Decir que algo es equivalente a otro algo es utilizar un adjetivo para expresar que algo tiene igual valor, estimación, potencia o significado que otro algo. La palabra equivalente cuando es utilizada para describir una cosa hace referencia que la misma puede substituir a la otra debido a que posee las mismas características o significado.

³³⁸ De que se considere (desde luego, erróneamente) que el derecho convencional en materia de derechos humanos es equivalente al derecho constitucional de derechos humanos, no se sigue lo inverso: es equívoco considerar que el derecho constitucional de derechos humanos es equivalente al derecho convencional en materia de derechos humanos. De acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española, *equivaler* tiene como acepción “Dicho de una persona o de una cosa: Ser igual a otra en la estimación, valor, potencia o eficacia.”, Real Academia Española, *Diccionario... Op. Cit.*, voz: *equivaler*. Decir que algo es equivalente a otro algo es utilizar un adjetivo para expresar que algo tiene igual valor, estimación, potencia o significado que otro algo. La palabra equivalente cuando es utilizada para describir una cosa implica que la misma puede substituir a la otra debido a que posee las mismas características o significado. Bajo un ejercicio mental podríamos plantear que si quitáramos del texto constitucional todo enunciado alusivo a derechos humanos e indicáramos que en materia de derechos humanos se estará a lo establecido convencionalmente, no crearíamos un vacío, pero si se rechazará la pauta convencional en materia de derechos humanos y solamente nos atuviéramos a nuestro texto constitucional éste mostraría graves deficiencias.

actividad estatal entre la que se encuentra el control de la constitucionalidad en materia de derechos humanos.³³⁹

La distorsión referida aparece en la tesis de jurisprudencia: P./J. 20/2014 (10a.). Esta tesis deriva de la Contradicción de Tesis 293/2011, resuelta el 3 de septiembre de 2013:

“DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL. El primer párrafo del artículo 1o. constitucional reconoce un conjunto de derechos humanos cuyas fuentes son la Constitución y los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano sea parte. De la interpretación literal, sistemática y originalista del contenido de las reformas constitucionales de seis y diez de junio de dos mil once, se desprende que las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, entendiendo que, derivado de la parte final del primer párrafo del citado artículo 1o., cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que

³³⁹ Nos parece que esta distorsión tiene su origen en la resolución del expediente Varios 912/2010, en el que, en el párrafo 30, se señala: “De este modo, el mecanismo para el control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos debe ser acorde con el modelo general de control establecido constitucionalmente, pues no podría entenderse un control como el que se indica en la *sentencia* que analizamos [sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos] si el mismo no parte de un control de constitucionalidad general que se desprende del análisis sistemático de los artículos 1o. y 133 de la Constitución y es parte de la esencia de la función judicial.” Para la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la gran clasificación del control constitucional está dada por el control concentrado y por el control difuso, tal y como se indica en el párrafo 34 de la resolución mencionada: “Actualmente existen dos grandes vertientes dentro del modelo de control de constitucionalidad en el orden jurídico mexicano que son acordes con un modelo de control de convencionalidad en los términos apuntados. En primer término, el control concentrado en los órganos del Poder Judicial de la Federación con vías directas de control: acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y amparo directo e indirecto; en segundo término, el control por parte del resto de los jueces del país en forma incidental durante los procesos ordinarios en los que son competentes, esto es, sin necesidad de abrir un expediente por cuerda separada.” No obstante que la SCJN hace alusión a un <<modelo general de control establecido constitucionalmente>>, al graficarlo en el párrafo 36, lo refiere como “Modelo general de control de constitucionalidad y convencionalidad”.

le brinda supremacía comporta el encumbramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano, lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma, tanto en un sentido formal como material, circunstancia que no ha cambiado; lo que sí ha evolucionado a raíz de las reformas constitucionales en comento es la configuración del conjunto de normas jurídicas respecto de las cuales puede predicarse dicha supremacía en el orden jurídico mexicano. Esta transformación se explica por la ampliación del catálogo de derechos humanos previsto dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual evidentemente puede calificarse como parte del conjunto normativo que goza de esta supremacía constitucional. En este sentido, los derechos humanos, en su conjunto, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano.”³⁴⁰

En efecto, al señalarse en esta Jurisprudencia, entre otros aspectos, que “...los derechos humanos, *en su conjunto* [es decir los regulados en el texto constitucional y en los tratados internacionales], *constituyen* el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano”, se desvirtúa y margina el control convencional, incluso la imagen del auténtico control constitucional también se distorsiona.

A decir de Alberto Herrera Pérez, esta Jurisprudencia “limita el contenido y alcance de [los] instrumentos supranacionales”³⁴¹. Para este autor:

“El control de regularidad constitucional tiene por finalidad mantener la vigencia del orden jurídico establecido por la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano, existiendo para este efecto mecanismos constitucionales (juicio de

³⁴⁰ Tesis: P./J. 20/2014 (10a.); Décima Época; Núm. de Registro: 2006224; Instancia: Pleno Jurisprudencia; Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación; Libro 5, Abril de 2014, Tomo I; Materia(s): Constitucional; Página: 202. Tesis aprobada por el Pleno el dieciocho de marzo de 2014.

³⁴¹ Herrera Pérez, Alberto, “El control de convencionalidad en materia de derechos humanos y la regularidad constitucional. Comentarios a la Jurisprudencia 20/2014 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación”, en *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, Núm. 35, julio-diciembre 2016, México, pp. 277-288.

amparo, acción de inconstitucionalidad, controversia constitucional, etcétera) en estos procedimientos, el parámetro para analizar la regularidad constitucional de normas, actos o leyes lo constituye la propia Constitución. Por su parte, el control de convencionalidad *lato sensu* verifica la conformidad de las normas y prácticas nacionales, constituyendo el parámetro para este efecto el instrumento convencional.

La declaración de regularidad constitucional de un acto o norma no puede verificarse con fundamento en un tratado internacional, habría un contrasentido, una incongruencia respecto del parámetro normativo utilizado para este fin, la fijación de la exacta observancia de la Constitución sólo puede tener como medida la propia ley fundamental la propia ley fundamental... En otras palabras, el control de regularidad constitucional se verifica bajo el parámetro normativo constitucional, mientras que en el control de convencionalidad, el parámetro normativo es el instrumento jurídico internacional.”³⁴²

E. Focalización en el órgano judicial/jurisdiccional

Este sesgo cognitivo gira en torno a la interrogante de quién³⁴³ es el responsable del control de la constitucionalidad y de la convencionalidad de la actividad estatal.

El sesgo comienza desde la pregunta en singular, pues se piensa que sólo hay un responsable cuando realmente son varios los responsables. La pregunta pertinente es en plural ¿quiénes son los responsables del control de los derechos humanos, en especial de los derechos sociales, y la respuesta es, básicamente, las autoridades, la sociedad y los organismos internacionales.

³⁴² *Idem*, p. 283.

³⁴³ La pregunta se hace, en el ámbito jurídico (sobre todo en el espacio judicial), recurrentemente en singular y muestra la mentalidad y aire de familia con el debate clásico Kelsen-Smith sobre quién debe ser el defensor de la Constitución, pues el debate está en singular, cuando la pregunta debería realizarse en plural, pues como veremos más adelante los responsables de la defensa de la Constitución son diversas instancias. Sería mucho decir que este es el origen de este sesgo, pero vale la pena tenerlo en cuenta.

El sesgo provoca que el control de la actividad estatal opere privilegiadamente en modo judicial, es decir, ver que la autoridad competente para ejercer dicho control es la autoridad judicial y lo hace mediante procedimientos jurisdiccionales.

De inicio hay que diferenciar tres criterios, entre otros, de clasificación del control de la actividad estatal que están interrelacionados:

- (i) La forma de adscripción de la regla de competencia para ejercer control puede ser vista como una adscripción exclusiva o no exclusiva y de acuerdo con este criterio el control se identifica como concentrado o difuso;
- (ii) Del criterio anterior se deriva una clasificación que se corresponde con controles a cargo de depositarios del poder judicial o depositarios que no pertenecen al poder judicial, y
- (iii) El criterio relativo a los procedimientos de control que pueden tratarse de procedimientos jurisdiccionales (en sentido amplio) o procedimientos no jurisdiccionales (como, por ejemplo, un procedimiento de investigación de violaciones graves de derechos humanos ante la Comisión Nacional de Derechos Humanos).

En la práctica lo que refiere la dogmática y los operadores jurídicos son combinaciones de esos tres criterios, por lo que no hay que perder de vista que si se habla, por ejemplo, de control concentrado en materia de controversias constitucionales (básicamente se trata de una problemática de reglas de competencia), se están involucrando -combinando- varios criterios entre los que destacan el inherente a la adscripción de la regla de competencia en forma exclusiva a un órgano y si éste es depositario del poder judicial entonces se opera el criterio de adscripción de la regla de

competencia a un órgano judicial, es decir, depositario del poder judicial, y además aparece un tercer criterio: el inherente al procedimiento de control, es decir, se trata de un procedimiento jurisdiccional.

Para ejemplificar tomemos el caso de nuestro insigne juicio de amparo (garantía): se trata de la adscripción de la regla de competencia de control en forma exclusiva a un conjunto de órganos judiciales bajo unidad funcional y, por ende, es concentrado, al ser adscrita la regla de competencia a un órgano judicial se trata de un control judicial y el procedimiento de control es jurisdiccional.

Así, el sesgo consiste en ver solamente controles judiciales de índole jurisdiccional, y marginar que pueden darse -y de hecho se han dado y se dan- controles no exclusivos, no judiciales jurisdiccionales o no jurisdiccionales, incluso controles judiciales no jurisdiccionales como el caso, ya histórico, de la facultad de investigación de violaciones graves de derechos humanos que tenía en su nómina competencial la Suprema Corte de Justicia de la Nación (podríamos incluir la intervención del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el proceso de consulta popular).

Nos interesa destacar, dado nuestro objeto de estudio, que este sesgo se proyecta de manera muy especial en el caso de los derechos sociales, pues ante la batalla de su justiciabilidad, la cual consideramos relativamente ganada, se soslaya que hay otros mecanismos de control que no pasan por la justiciabilidad, y ésta es necesariamente judicial/jurisdiccional.

De esta manera, por ejemplo, está la labor de las comisiones de protección de derechos humanos que no son judiciales y no operan procedimientos jurisdiccionales, sin embargo, llevan a cabo control de la constitucionalidad

y de la convencionalidad de la actividad estatal que incide en los derechos humanos, sean individuales o sociales.

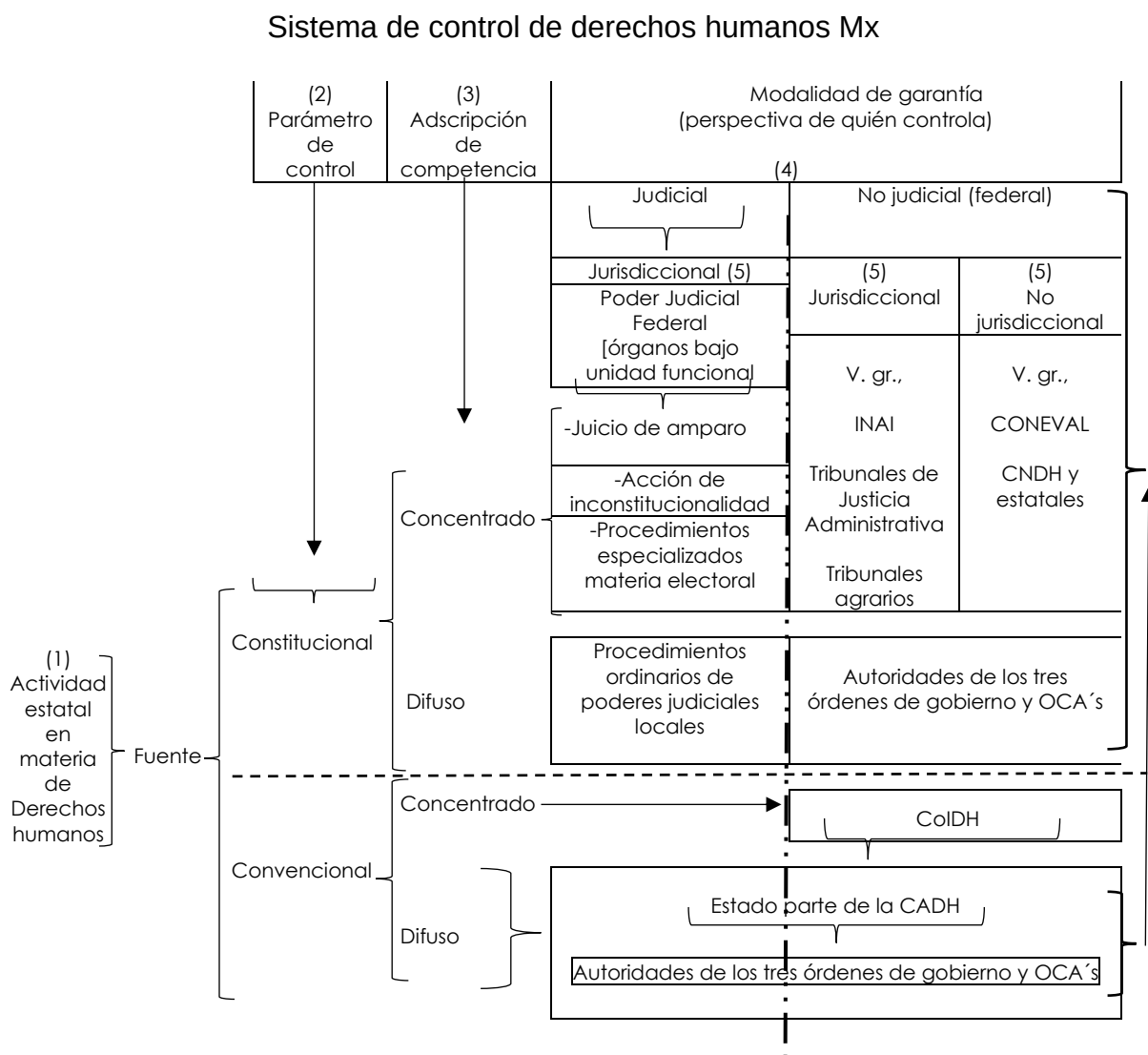
También está el caso muy importante del Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (CONEVAL), que es una institución no judicial y no jurisdiccional, y que no tiene adscrita una regla de competencia de control en forma exclusiva, pues existen otras instituciones que también evalúan -controlan- derechos sociales involucrados en la política de desarrollo social, aunque pudiera considerarse exclusiva en cuanto a la evaluación de la política social en perspectiva nacional.

Se trata de ver como coexisten controles judiciales y controles no judiciales y que apuntan, bajo diversos mecanismos de protección, a la eficacia, eficiencia y efectividad de la promoción, respeto, protección y garantía de los derechos humanos.

Este es uno de los sentidos de la noción de control omnicompreensivo de los derechos humanos, y resuelve el sesgo cognitivo de focalizar el control constitucional y convencional a una cuestión meramente judicial jurisdiccional; asimismo, abre un campo de posibilidades al desarrollo de la justibilidad en su proyección no justiciable, en especial en la materia de los derechos sociales que requieren para su pleno desarrollo de programas de política pública, en especial, en el ámbito de las políticas sociales.

Con base en los tres criterios a que hemos hecho alusión, y si consideramos además como criterios el objeto de control y el parámetro de control, nuestra primera aproximación a un sistema de control (omnicomprensivo) de la actividad estatal que incide (directa o indirectamente) en la práctica de los derechos humanos, es, presentado esquemáticamente, el siguiente:

Esquema 38. Sistema de Control de Derechos Humanos en México



Como podemos observar, la atención de la actividad estatal en materia de derechos humanos no solamente se evalúa por vía de la justiciabilidad sino también, y en forma muy relevante, por mecanismos, procedimientos e instituciones de índole no judicial, sean jurisdiccionales o no jurisdiccionales. Así, el sesgo de considerar que la responsabilidad (casi) exclusiva de la atención de las actividades estatales los derechos humanos es un problema de los depositarios del poder judicial, y que no es otra cosa que privilegiar la

justiciabilidad, descompone la imagen de las tareas enfocadas a la promoción, respeto, protección y garantía de los derechos humanos, en especial de los derechos sociales.

Este esquema (o modelo, esquema 38) todavía es precario porque faltan criterios de análisis y llegar a una mejor clasificación de clases de controles y sus características. Faltan, entre otros, los criterios siguientes: efectos del control, momento del control, cómo opera el principio de no ser juez y parte de la propia causa en los controles (circuitos de control), si el control se ejerce a petición de parte o es *ex officio*, etc. En el capítulo III nos damos a la tarea del análisis del control y de diversos criterios de clasificación.

F. Interés jurídico e interés legítimo en el juicio de amparo tratándose de derechos sociales

En relación con este sesgo, y los siguientes tres, la balanza analítica está del lado de los derechos sociales. En este apartado nos guían las preguntas siguientes: ¿está justificada la exigencia formal procedimental de procedencia -admisión a trámite- del juicio de amparo en materia de derechos sociales consistente en que el solicitante de amparo debe acreditar -probar- contar con interés jurídico o interés legítimo?, si está justificada, ¿se trata de una justificación fuerte?, ¿es importante el interés jurídico o el interés legítimo en la promoción, respeto, protección y garantía de los derechos humanos, en especial de los derechos sociales?; si tales conceptos tienen importancia, ¿cuál es su importancia?

Sostenemos que la exigencia procedimental, como si fuera un presupuesto procesal, para admitir a trámite la demanda de juicio de amparo consistente en acreditar por parte del quejoso tener interés jurídico o interés legítimo en materia de derechos sociales es injustificada o, en el mejor de

los casos, se trata de una justificación débil que termina distorsionando el análisis de afectación que se hace valer en un juicio de amparo indirecto y, consecuentemente, desdibuja el objetivo primario que persigue dicho juicio, pues su operatividad como garantía de la eficiencia, efectividad y eficacia de los derechos sociales se ve mermada.

En la noción de los derechos sociales que proponemos³⁴⁴, es importante destacar que el elemento inherente a la persona (o individuo) en situación social, es decir, no ver al individuo en forma aislada sino a la persona en posición o situación social (a la que subyace intencionalidad colectiva), nos lleva a la problemática de las formas de las garantías judiciales y no judiciales, jurisdiccionales y no jurisdiccionales, específicamente la garantía que conforma el juicio de amparo indirecto, pues en éste se exige que el quejoso acredite, es decir, pruebe, contar con interés jurídico o con interés legítimo.

1. Evolución normativa del interés jurídico y del interés legítimo a nivel constitucional y a nivel ley

En la Constitución de 1857 y en las tres leyes que regularon el juicio de amparo bajo su vigencia, nunca se reguló el interés jurídico ni el interés legítimo. Quizá deba hacerse referencia al artículo 2 de la ley de amparo de 1861 en la que se prescribe que cualquier habitante que “en su persona o interés crea violadas las garantías que le otorga la Constitución o sus leyes orgánicas” puede solicitar amparo y protección.

Constitución de 1857

³⁴⁴ Véase el Esquema 18. Derechos fundamentales con propuesta de nueva definición del concepto de derechos sociales fundamentales, p. 153.

Esquema 39. Constitución de 1857, sus leyes de amparo y el interés jurídico

Constitución 1857 Artículos 101 y 102	Configuración normativa nivel ley	
Artículo 101. Los tribunales de la federación resolverán toda controversia que se suscite: I. Por leyes ó actos de cualquiera autoridad que violen las garantías individuales. II. Por leyes ó actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados. III. Por leyes ó actos de las autoridades de estos, que invadan la esfera de la autoridad federal. Artículo 102. Todos los juicios de que habla el artículo anterior se seguirán á petición de parte agraviada, por medio de procedimientos y formas del orden jurídico que determinará una ley. La sentencia será siempre tal, que solo se ocupe de individuos particulares, limitándose á protegerlos y ampararlos en el caso especial sobre que verse el proceso, sin hacer ninguna declaración general respecto de la ley ó acto que la motivare. Reforma al artículo 102, 12 noviembre de 1908, por la que se adiciona un segundo párrafo (al primer párrafo se le hacen mejoras ortográficas): Artículo 102. ... [Adición de un segundo párrafo] Cuando la controversia se suscite con motivo de violación de garantías individuales en asuntos judiciales del orden civil, solamente podrá ocurrirse a los Tribunales de la Federación, después de pronunciada la sentencia que ponga fin al litigio y contra la cual no conceda la ley ningún recurso, cuyo efeto pueda ser la revocación.	Ley Orgánica Reglamentaria de los artículos 101 y 102 de la Constitución del 30 de noviembre de 1861	Artículo 2. Todo habitante de la república que en su persona o interés crea violadas las garantías que le otorga la Constitución ó sus leyes orgánicas, tiene derecho de ocurrir a la justicia federal, en la forma que le prescribe esta Ley, solicitando amparo y protección
	Ley Orgánica Constitucional sobre el recurso de amparo del 20 de enero de 1869	Los artículos 1 y 2 repiten el contenido de los artículos 101 y 102 originales de la Constitución de 1857
	Ley Orgánica de los artículos 101 y 102 de la Constitución Federal del 5 de febrero de 1857 del 14 de diciembre de 1882	Los artículos 1 y 2 repiten, con mínimas variantes de redacción, el contenido de los artículos 101 y 102 de la Constitución de 1857

Bajo la vigencia de la Constitución de 1917, se han expedido tres leyes reglamentarias en materia de amparo: 1919, 1936 y 2013.

Es en la ley de 1919 cuando por primera vez se regulan causales de improcedencia, y en la ley de 1936 se regula por primera ocasión la causal de improcedencia cuando se carezca de interés jurídico (no se prueba por parte del agraviado o quejoso), e igualmente en la tercera ley reglamentaria expedida en 2013.

Constitución de 1917

Esquema 40. Constitución de 1917, sus leyes de amparo y el interés jurídico, así como la incorporación del interés legítimo

Constitución 1917	Configuración normativa	Notas
ARTÍCULO 107, primer párrafo: Todas las controversias de que habla el artículo 103, se seguirán a instancia de la parte agraviada, por medio de procedimientos y formas del orden jurídico que determinará una la ley que se ajustará a las bases siguientes:		
	Ley de amparo de 1919	Se regulan causales de improcedencia, pero no está la de no afectación al interés jurídico del quejoso
	Ley de amparo de 1936	Improcedencia artículo 73 fracción VI: "Contra actos que no afecten los intereses jurídicos del quejoso."
Modificaciones		
1ª Reforma DOF 19-02-1951 <i>Fe de erratas</i> DOF 14-03-1951		Se crean las "bases" de operatividad del juicio de amparo, y en la fracción I se establece: "El juicio de amparo se seguirá siempre a instancia de parte agraviada"
2ª Reforma DOF 02-11-1962		
3ª Reforma DOF 25-10-1967		
4ª Reforma DOF 20-03-1974		
5ª Reforma DOF 08-10-1974		
6ª Reforma DOF 17-02-1975		
7ª Reforma DOF 06-08-1979		
8ª Reforma DOF 07-04-1986		
9ª Reforma DOF 10-08-1987		
10ª Reforma DOF 03-09-1993 <i>Fe de erratas</i> DOF 06-09-1993		
11ª Reforma DOF 25-10-1993		
12ª Reforma DOF 31-12-1994		
13ª Reforma DOF 11-06-1999		
14ª Reforma DOF 06-06-2011 Artículo 107, fracción I: I. El juicio de amparo se seguirá siempre a instancia de parte agraviada, teniendo tal		Se incorpora al texto constitucional el interés jurídico y el interés legítimo

carácter quien aduce ser titular de un derecho o de un interés legítimo individual o colectivo, siempre que alegue que el acto reclamado viola los derechos reconocidos por esta Constitución y con ello se afecte su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico. Tratándose de actos o resoluciones provenientes de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, el quejoso deberá aducir ser titular de un derecho subjetivo que se afecte de manera personal y directa;		
	Ley Amparo de 2013	Improcedencia: no afectación de interés jurídico o interés legítimo. Art. 61 XII
15ª Reforma DOF 10-02-2014		
16ª Reforma DOF 29-01-2016		
17ª Reforma DOF 24-02-2017		

Como se puede observar, la exigencia de acreditar (probar) contar con interés jurídico, nace en la ley de amparo de 1936 como causal de improcedencia y así queda regulada hasta la fecha, pues con la nueva ley de amparo, expedida en 2013 con motivo de las modificaciones constitucionales del 6 de junio de 2011, se reitera que se debe contar con interés jurídico o con interés legítimo. Este último, antes de las modificaciones constitucionales del 6 de junio de 2011, tenía algún desarrollo en criterios judiciales y, sobre todo, en criterios no judiciales jurisdiccionales en materia administrativa, pero se incorpora al texto constitucional, junto con el interés jurídico, como requisitos de procedibilidad del juicio de amparo, sea directo o indirecto.

Así, durante alrededor de 75 años (1936-2011), se ha regulado la exigencia de contar con interés jurídico en leyes reglamentarias en materia de

amparo, y a partir del 4 de septiembre de 2011³⁴⁵, está regulado, a la fecha, en el texto constitucional el interés jurídico y, además, el interés legítimo, es decir, se constitucionalizó tal exigencia.

En la ley de amparo del 2 de abril de 2013 (DOF), y que entró en vigor al día siguiente de su publicación, se regula la falta de interés jurídico o de interés legítimo como causal de improcedencia, por lo que, para que se admita el juicio de amparo, el agraviado o quejoso debe acreditar o probar que cuenta con alguno de esos intereses, sobre todo en el juicio de amparo indirecto, pues en el directo, en la casi totalidad de asuntos, subyace ser titular del derecho subjetivo respectivo (además de que, básicamente, se trata de amparos de legalidad en los que juegan los principios del debido proceso y que el acto de molestia o privativo es de autoridad competente).

En suma, desde la ley de amparo de 1936 a la fecha, no probar contar con interés jurídico o interés legítimo cuenta como causal de improcedencia y, por ende, no ha lugar a admitir el juicio de amparo (en especial el amparo indirecto).

2. Incorporación al juicio de amparo del requisito de procedibilidad consistente en acreditar (probar) contar con interés jurídico: la teoría del derecho subjetivo como interés jurídicamente protegido de Rudolf von Ihering

No es objeto de nuestro estudio analizar las teorías del derecho subjetivo, sin embargo, es indispensable hacer alguna referencia a las teorías de

³⁴⁵ Las modificaciones constitucionales del 6 de junio de 2011 (genéricamente calificadas en materia de juicio de amparo) entraron en vigor, conforme al artículo primero transitorio del decreto correspondiente, a los 120 días de su publicación en el Diario Oficial de la Federación, por lo que, si contamos como día uno el 7 de junio de 2011 y como día 120 el día 4 de septiembre de 2011, dichas modificaciones entraron en vigor el mencionado día 4 de septiembre de 2011.

Ihering³⁴⁶ y de Kelsen³⁴⁷, ya que éstas son dos de las teorías del derecho subjetivo que más influencia han tenido en nuestro sistema jurídico. La primera, y en lo que al juicio de amparo atañe, al ser retomada para introducir el interés jurídico como requisito de procedencia del juicio de amparo y la segunda al identificar el derecho subjetivo con la acción procesal, lo cual impactó el tratamiento de ciertos derechos subjetivos

³⁴⁶ Ihering, en su obra *Del interés en los contratos*, señala: “25. Noción del interés. - La primer cuestión que debemos resolver es ésta: ¿qué es el interés? Sin comprometerme, por el momento, a dar una explicación detenida de esta noción, cosa que reservo para otro lugar, [El fin en el derecho, tomo II] me limitaré a reproducir el resultado de mis investigaciones anteriores. El interés, en el sentido subjetivo, designa el sentimiento que se tiene de las condiciones de la vida. Si me intereso por una persona, por un objeto, por una situación, es porque yo siento que dependo de ella, desde el punto de vista de mi existencia o mi bienestar, de mi satisfacción o de mi felicidad. Los intereses son, pues, las condiciones de la vida en su sentido lato. El sentido en el cual tomamos aquí la noción de la condición de la vida, es completamente relativo; lo que para uno constituye parte de la vida en su plenitud, es decir, el bienestar, está desprovisto de todo valor para otro. Y es esto verdad, tanto para los pueblos como para los individuos, y hasta para las diversas fases de la civilización de un mismo pueblo. Con los intereses del pueblo se modifica también el derecho, cuya misión consiste precisamente en asegurar por la coacción exterior las condiciones indispensables de la vida en la sociedad. La medida de los intereses es, por tanto, variable, y sería realmente desconocer por completo la importancia del asunto, el pretender tratar abstractamente la cuestión de los intereses que se deben proteger jurídicamente, como si fuera posible llegar a la misma solución para todos los pueblos y para todos los tiempos.”, Ihering, Rudolf von, *3 Estudios jurídicos. Del Interés en los Contratos. La Posesión. La Lucha por el Derecho*, Editorial Atalaya, Buenos Aires, Arg., 1947, pp. 67-68. En *La Lucha por el Derecho* apunta: “Aprovecharse del derecho, servirse de él y hacerlo valer, no son, cuando se trata de una injusticia objetiva, más que verdaderas cuestiones de intereses, y el derecho no es, según la definición que damos en otro lugar, más que un interés protegido por la ley.”, Ihering, Rudolf von, *La Lucha por el Derecho*, versión española de Adolfo Posada y Biesca con prólogo de D. Leopoldo Alas, 2ª ed., facsimilar, Porrúa, México, 1989, p. 52.

³⁴⁷ Kelsen señala: “El derecho subjetivo es, para nosotros, la norma jurídica en su relación con aquella persona de cuyo poder de disposición se hace depender la realización de la voluntad del Estado en cuanto a la sanción, tal como en la norma jurídica se proclama. Con esto se asienta, sin más la posibilidad de un derecho tanto al comportamiento conforme a derecho de la parte contraria obligada como a la realización de la sanción correspondiente por parte del Estado, este derecho subjetivo no aguarda, para existir, a que haya -como dicen los romanistas- una *actio nata* sino que existe ya antes. Por ejemplo, el derecho a la restitución de la cantidad dada en préstamo nace en el momento mismo en que dicha cantidad se entrega, y no en el momento del vencimiento, pues tener derecho a la restitución de lo prestado significa, simplemente, que si, llegado el momento, no se hace efectiva la devolución, el interesado puede hacer efectiva la sanción correspondiente por medio del ejercicio de la acción judicial que le asiste.”, Kelsen, Hans, *Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado (Desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica)*, Porrúa, México, 1987 [Traducción de la segunda edición del alemán de 1923; obra original de 1911], p. 545.

regulados como normas programáticas o directrices carentes, aparentemente, de acción judicial y, por ende, no ser objeto de justiciabilidad, y sin perjuicios de confundir el derecho con su garantía (su exigibilidad judicial)³⁴⁸.

Se sigue discutiendo mucho sobre qué es un derecho subjetivo (cuál es su núcleo intensional), pero, como ya señalamos, nos distrae de nuestro objeto de investigación realizar un análisis detallado al respecto, ya que lo que nos interesa en este momento destacar es que en la configuración normativa del juicio de amparo se estableció la exigencia procedimental de que sólo procede si el quejoso o parte agraviada acredita o prueba contar con interés jurídico, siendo evidente la influencia de la teoría de Rudolf von Ihering sobre el derecho subjetivo como un interés jurídicamente protegido.

Se le atribuye a Ignacio L. Vallarta el haber introducido tal exigencia cuando fue Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación entre 1877 y 1882³⁴⁹, pero la evidencia normativa muestra que si bien en la ley de amparo de 1861 (Ley Orgánica Reglamentaria de los artículos 101 y 102 de la Constitución del 30 de noviembre de 1861) en el artículo 2 se señala que “Todo habitante de la república que en su persona o interés crea violadas las garantías que le otorga la Constitución ó sus leyes orgánicas, tiene derecho de ocurrir a la justicia federal, en la forma que le prescribe esta Ley, solicitando amparo y protección”, es hasta la ley de amparo de 1936 en la que se establece la improcedencia del juicio de amparo cuando no se afecten los intereses jurídicos del quejos o agraviado (artículo 73 fracción VI).

³⁴⁸ Sobre las diferencias entre el derecho y su garantía remitimos al apartado F, del capítulo II, pp. 282 y ss.

³⁴⁹ Cruz Parceró refiere: “Arturo Zaldivar sostiene que dicha causal fue introducida por Ignacio Vallarta al llegar a la presidencia de la Suprema Corte en 1878.”, Cruz Parceró, J. A., *El lenguaje... Op. Cit.*, p. 192.

Quizá entre 1861 y 1936, tal causa de improcedencia operó bajo criterios judiciales o algún lineamiento de política judicial y conforme a los cuales se empezó a exigir que el quejoso probase contar con interés jurídico y que en la presidencia de Ignacio L. Vallarta se intensificó tal exigencia, pero lo cierto es que en la ley reglamentaria del juicio de amparo de 1936 se reguló dicha causal por primera vez.

Una revisión de la teoría del interés de Rudolf von Ihering muestra que el interés es algo subjetivo y que trasciende al ámbito jurídico cuando la acción u omisión respecto a la cual se relaciona cierto interés supone un beneficio para una persona o respecto de otra persona, por lo que la afectación del interés genera la necesidad de su protección jurídica. Si no hay beneficio se está en presencia de un interés simple, pues esta noción se obtiene por exclusión, ya que el interés jurídico importa beneficio y si éste falta no se está ante interés jurídico sino ante un interés simple.

De Ihering heredamos la noción de que el derecho subjetivo es la protección de un interés y de Kelsen, al criticar a Ihering, entre otros, que el derecho subjetivo sólo lo es si tiene aparejada una acción procesal.

Así, convencidos, pero equivocados, se ha tomado de la teoría de Ihering el elemento del interés jurídicamente protegido, el cual conforma lo que es el derecho subjetivo, y constituirlo en un requisito de procedibilidad del juicio de amparo: el quejoso o parte agraviada debe probar contar con interés jurídico; y de la teoría de Kelsen se tomó la idea de que sólo hay derecho subjetivo si normativa y objetivamente se establece (positivamente) la acción judicial para exigir la prestación debida. Quizá en materia civil (en sentido amplio) la teoría del interés jurídico de Ihering opere adecuadamente y con cierta normalidad, pero en materia de juicio de

amparo en el que se exige probar tener interés jurídico para que proceda la demanda de amparo, ha sido un despropósito, pues lo importante es la afectación en la esfera jurídica, es decir, entrar al estudio de la afectación planteada (lo que implica fijar su existencia) y, si existe, determinar de cuál manera o forma se afecta la esfera jurídica del peticionario, pero lo que no vale es exigir como requisito de procedibilidad que se demuestre (pruebe) contar con interés jurídico cuando existen indicios suficientes de afectación una vez que se ha requerido a la autoridad responsable se pronuncie sobre la existencia de la norma, acto, omisión o estado de cosas que afecta la esfera jurídica del peticionario de amparo.

Hay un contrasentido en exigir haya interés jurídico respecto de un derecho humano, como si se tratase de un derecho subjetivo de índole privada, ya que, si bien los derechos humanos se pueden significar como derechos subjetivos, los derechos humanos están, *in abstracto*, reconocidos a todas las personas. En la esfera jurídica de cada persona están los derechos humanos y si éstos son derechos subjetivos existe el interés de cada persona en que sean respetados.

Lo que se hace valer en acciones de amparo o tutela de derechos humanos es que se considera que se ha dado una vulneración o violación a determinado derecho y, por ende, se estima que hay una afectación. Consecuentemente, subyace interés del titular del derecho humano de que sea respetado y garantizado, exigir que se pruebe que tiene interés jurídico no es consistente.

El punto está en la afectación y no en si el peticionario de tutela tiene interés en que sea protegido y garantizado su derecho humano violado. Es un despropósito exigir que se “pruebe” contar con interés, cualquiera que

“jurídico”, sea cual sea su calificativo y significado, antes de que se analice si hay afectación, ésta sí, real y actual,

Subsistieron las tesis del derecho subjetivo como protección de un interés de Ihering, y la tesis kelsenista de que si no hay acción procesal no hay derecho subjetivo. La tesis de Kelsen consideramos que ha sido superada, sobre todo en lo que a los derechos sociales se refiere, pero la tesis del interés jurídico sigue estando vigente con lo que se desplaza el problema de analizar la afectación por la violación o vulneración de un derecho humano.

3. Constitucionalización del interés jurídico y del interés legítimo: las modificaciones constitucionales en materia de juicio de amparo de 2011

En el juicio de amparo, como sabemos, tradicionalmente la legitimación activa había estado dada solamente por el interés jurídico que se conforma cuando una persona es titular de un derecho (derecho subjetivo) y éste, formando parte de su esfera jurídica, es violado o vulnerado con lo que se le afecta en forma personal y directa, así como de manera real y actual³⁵⁰.

La consideración del juez constitucional respecto de que no se ha acreditado o probado el interés jurídico ha impedido, bajo ciertas interpretaciones (muy formalistas) la imponibilidad o justiciabilidad de los derechos sociales (y en muchos casos de derechos individuales) al no atenderse la petición de amparo porque el juzgador <<aprecia>> que no se acreditó o probó el interés jurídico del quejoso, y si había algún interés jurídico, el juzgador constitucional no pocas veces estimaba que no había

³⁵⁰ Considérese la vigente Ley de Amparo, que en su artículo 5º, fracción I (primer párrafo), dispone: “Artículo 5o. Son partes en el juicio de amparo: I. El quejoso, teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho subjetivo o de un interés legítimo individual o colectivo, siempre que alegue que la norma, acto u omisión reclamados violan los derechos previstos en el artículo 1o de la presente Ley y con ello se produzca una afectación real y actual a su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico.”

afectación personal, directa, real y actual, al interés jurídico marginando la afectación del derecho humano del cual se alegaba su violación o vulneración.

Ante el incremento de cuestionamientos sobre la operatividad de acreditar o probar el interés jurídico como único parámetro relativo a un interés no simple, y en función de reconocer que se vulneran derechos humanos sin que exista interés jurídico “exclusivamente individual” sino otra clase de intereses que se sitúan en un espacio entre lo que no es estricta y exclusivamente individual hasta el extremo de los intereses sociales e intereses colectivos, se hizo necesario bordar un concepto de interés que no sólo fuera correlativo de intereses individuales (en sentido exclusivo) sino de otras clases de intereses.

Así fue construyéndose el concepto de interés legítimo en la doctrina administrativista, el cual fue trasladado al juicio de amparo en el que se atienden intereses no exclusivamente individuales sino también intereses sociales y colectivos y, por ende, ya en la perspectiva del juicio de amparo, se evidencia que las vulneraciones a derechos sociales tienen que ver con intereses sociales y no exclusivamente individuales, con lo que la atención de sujetos que no son titulares de algún derecho fundamental individual -

interés jurídico- pueden accionar el juicio de amparo indirecto, pero con base en su interés legítimo.^{351, 352}

La vulneración de derechos fundamentales, entonces, va desde la protección de intereses estricta y exclusivamente individuales hasta intereses sociales o colectivos, pasando por intereses intermedios entre lo individual y

³⁵¹ Respecto de los antecedentes históricos del concepto de interés jurídico, Cruz Parceró señala: “La historia de la aparición de la idea de interés legítimo en el derecho europeo del siglo XIX muestra con claridad el objeto y fin de haber introducido dicha noción. La historia en resumidas cuentas consiste en que las decisiones administrativas de órganos del Poder Ejecutivo (el Consejo de Estado en Francia y sus equivalentes en Italia, Alemania y España), en uso de facultades (muchas de ellas discrecionales), terminaban afectando a personas y grupos. En aquella época la noción de derechos (subjetivos) era muy limitada y comprendía básicamente derechos contractuales (propiedad, crédito, etc.) y algunos derechos civiles y políticos (libertad de expresión, de conciencia, derechos a debido proceso, etc.), de modo que había muchos “intereses” de las personas que no estaban conceptualizados ni reconocidos todavía como derechos. Sin embargo, el impacto que tenían las decisiones administrativas que afectaban de manera arbitraria esos intereses no protegidos jurídicamente (esos no derechos), hizo surgir la necesidad de crear algún mecanismo de protección que tuviera como objeto el control y supervisión de las decisiones administrativas que afectaban a las personas. Surgió así el concepto de interés legítimo, que sirvió para que los ciudadanos afectados por decisiones administrativas pudieran tener la capacidad o poder jurídico de exigir a través de un nuevo recurso (acción) el control y legalidad de los actos de la administración. Estos intereses estaban ahora protegidos por el derecho y podían reclamarse aunque no estuvieran conceptualizados como derechos subjetivos.”, Cruz Parceró, Juan Antonio, “El concepto de interés legítimo y su relación con los derechos humanos. Observaciones críticas a Ulises Schmill y Carlos de Silva”, en *Isonomía, O. Cit.*, p. 190.

³⁵² Por su parte Tron Petit señala: “[Respecto del concepto de interés legítimo, cabe señalar que:] Semánticamente tiene dos acepciones; por un lado, el interés de una persona reconocido por el derecho y, por el otro, la situación jurídica que se ostenta en relación con la actuación del Estado, que conlleva la facultad de exigirle, a través de un procedimiento administrativo o judicial, un comportamiento ajustado a derecho. El fin es que ninguna conducta (acción u omisión) de la administración, y en especial sus consecuencias, quede al margen o exenta de un auténtico y efectivo control judicial. La institución es de cuño jurisprudencial, tendente a la tutela de actos, en especial, aquéllos basados en facultades discrecionales y omisiones de la autoridad administrativa, donde destaca la indebida prestación de servicios públicos que, siendo contrarias al orden jurídico, impliquen un perjuicio cualificado a cierto o algunos sujetos en cualquiera de sus intereses. Por esa razón se confiere un poder de exigencia respecto a la legitimidad en el actuar administrativo...”, Tron Petit, Jean Claude, “Interés legítimo”, en VV. AA. *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, Poder Judicial de la Federación, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, (coordinadores: Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Fabiola Martínez Ramírez y Giovanni A. Figueroa Mejía, México, 2014, Tomo II, pp. 711-714.

lo social como muchos casos en materia administrativa en los que la discrecionalidad juega un papel relevante.

La línea argumental apunta a la consideración de que, si la vulneración de derechos sociales no siempre conlleva -exclusivamente- la afectación de un derecho subjetivo de índole individual en el que el interés jurídico está, en principio, implicado, entonces hay casos en los que se afecta un interés diferente al interés jurídico.

Ese interés, diferente al interés jurídico, se le ha denominado interés legítimo, (incluso hay otras clases de intereses como los difusos), respecto del cual, en materia de garantía judicial/jurisdiccional, específicamente en materia de juicio de amparo, sobre todo en amparo indirecto, se da, en apreciación de casi la totalidad de tratadistas, un paso de la mayor relevancia en 2011³⁵³ al incluirlo como forma de legitimación procesal en el juicio de amparo (en especial en el juicio de amparo indirecto y, muy específicamente, en relación con los derechos sociales).

El interés legítimo, entonces, puede derivarse de la titularidad de un derecho fundamental de naturaleza individual o de un derecho social o colectivo, pero, y aquí está uno de los problemas, también el interés legítimo tiene que ser acreditado o probado por el solicitante de amparo para que esté sea admitido a trámite.

³⁵³ Modificaciones constitucionales en materia de juicio de amparo (y algo más) publicadas en el Diario Oficial de la Federación del 6 de junio de 2011, específicamente artículo 107, fracción I: “El juicio de amparo se seguirá siempre a instancia de parte agraviada, teniendo tal carácter *quien aduce ser titular de un derecho o de un interés legítimo individual o colectivo, siempre que alegue que el acto reclamado viola los derechos reconocidos por esta Constitución y con ello se afecte su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico.* [2° párrafo] Tratándose de actos o resoluciones provenientes de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, el quejoso deberá aducir ser titular de un derecho subjetivo que se afecte de manera personal y directa; ... (las cursivas son nuestras)

El interés legítimo, tanto en la construcción doctrinal, jurisprudencial y normativa, en materia de derechos humanos (legitimación en juicio de amparo) parte de reconocer que hay ocasiones en las que hay un interés que deriva de la especial situación de la persona respecto del orden jurídico, es decir, existe un interés de que se proteja a una persona o colectividad porque hay un interés como persona en situación o posicionamiento social en el ordenamiento jurídico, lo que implica, entre otras cuestiones, que el orden jurídico reconoce que hay derechos humanos que operan no solamente en clave individual sino en algo más, y de aquí que sea posible derivar que hay derechos que operan en clave social (como lo es el caso de derechos sociales)³⁵⁴ o en algo que conforma un interés que no es estrictamente individual (V. gr., interés legítimo en materia administrativa que no versa, exclusivamente, sobre derechos fundamentales).

Hasta aquí hemos dado por sentado la necesidad de las nociones de interés jurídico y de interés legítimo, pero, vistos como elementos de ciertos presupuestos procesales en el juicio de amparo, ¿realmente son indispensables?

³⁵⁴ Un ejemplo ilustrativo es el de los vecinos de una colonia o barrio que consideran serían afectados de instalarse una gasolinera. En principio no hay interés jurídico, pues no hay titularidad “objetiva” de derecho individual alguno y, por ende, no hay afectación personal y directa a la esfera jurídica de cada vecino visto en lo individual, pero en su dimensión social cada vecino está situado como parte de una colectividad (“los vecinos”), y ésta o algunos vecinos por separado (es decir, individualmente), pueden acudir al juicio de amparo y, con base en un interés legítimo, o sea por su especial situación de intencionalidad colectiva frente al orden jurídico, oponerse al acto de autoridad por el que se autoriza la respectiva gasolinera porque se afectan sus derechos humanos (entre ellos el derecho a un medio ambiente sano, la seguridad física, y otros aspectos no necesariamente de derechos humanos como lo sería el de saturación urbanística, cercanía de escuelas, etc.) La persona o personas que invoquen interés legítimo lo hacen porque están inmersos en una lógica de intencionalidad colectiva, pues es evidente que la resolución, en su caso, favorable, beneficiaría a todos los vecinos, es decir, a la colectividad.

Para una respuesta satisfactoria, hagamos un breve repaso de esas nociones y su vinculación con los derechos humanos como derechos subjetivos o regulados bajo otras formas jurídicas entre las que destacan las normas programáticas (directrices) y las reglas de fin.

4. Dispositivo constitucional vigente sobre interés jurídico e interés legítimo y su configuración normativa de nivel ley

Empecemos por revisar los artículos 103 y 107, fracción I, de nuestra Constitución:

Artículo 107, fracción I, CPEUM

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

- I. Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por esta Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte;
- II. Por normas generales o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados o la autonomía de la Ciudad de México, y
- III. Por normas generales o actos de las autoridades de las entidades federativas que invadan la esfera de competencia de la autoridad federal.

Artículo 107. Las controversias de que habla el artículo 103 de esta Constitución, con excepción de aquellas en materia electoral, se sujetarán a los procedimientos que determine la ley reglamentaria, de acuerdo con las bases siguientes:

- I. El juicio de amparo se seguirá siempre a instancia de parte agraviada, teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho o de un interés legítimo individual o colectivo, siempre que alegue que el acto reclamado viola los derechos reconocidos por esta Constitución y con ello se afecte su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico.

Tratándose de actos o resoluciones provenientes de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, el quejoso deberá aducir ser titular de un derecho subjetivo que se afecte de manera personal y directa;

Ahora comparemos el artículo 107 fracción I constitucional y lo dispuesto en la Ley de Amparo, artículo 5º, fracción I, primer párrafo:

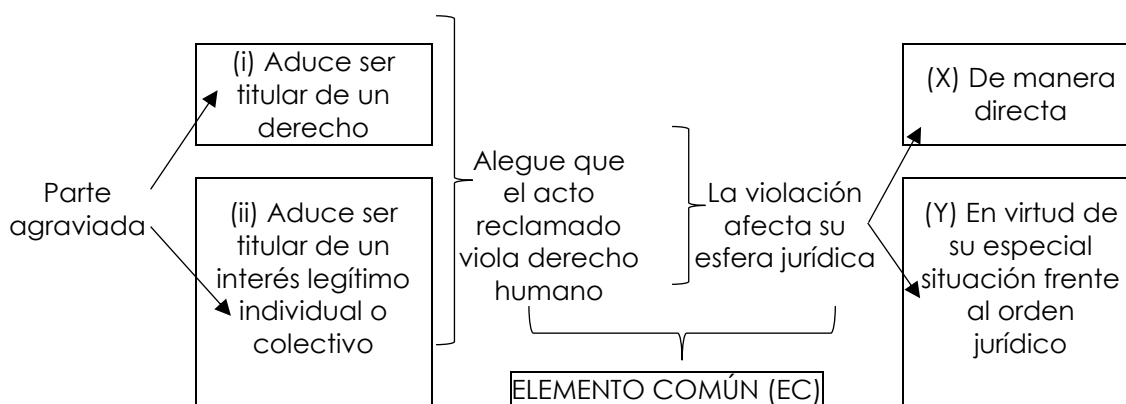
Esquema 41. Texto constitucional y texto de la ley de amparo sobre interés legítimo

CPEUM	Ley de Amparo
Art. 107... I. El juicio de amparo se seguirá siempre a instancia de parte agraviada, teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho o de un interés legítimo individual o colectivo, siempre que alegue que el acto reclamado viola los derechos reconocidos por esta Constitución y con ello se afecte su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico.	Artículo 5o. Son partes en el juicio de amparo: I. El quejoso, teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho subjetivo o de un interés legítimo individual o colectivo, siempre que alegue que la norma, acto u omisión reclamados violan los derechos previstos en el artículo 1o de la presente Ley y con ello se produzca una afectación real y actual a su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico. El interés simple, en ningún caso, podrá invocarse como interés legítimo. La autoridad pública no podrá invocar interés legítimo. El juicio de amparo podrá promoverse conjuntamente por dos o más quejosos cuando resientan una afectación común en sus derechos o intereses, aun en el supuesto de que dicha afectación derive de actos distintos, si éstos les causan un perjuicio análogo y provienen de las mismas autoridades. Tratándose de actos o resoluciones provenientes de tribunales judiciales, administrativos, agrarios o del trabajo, el quejoso deberá aducir ser titular de un derecho subjetivo que se afecte de manera personal y directa; ...”
	Artículo 61. El juicio de amparo es improcedente: ... XII. Contra actos que no afecten los intereses jurídicos o legítimos del quejoso, en los términos establecidos en la fracción I del artículo 5o de la presente Ley, y contra normas generales que requieran de un acto de aplicación posterior al inicio de su vigencia; ...

Con base en las diferencias de redacción del artículo 107, fracción I, constitucional y 5º fracción I de la Ley de Amparo, es pertinente realizar un análisis lingüístico de los enunciados jurídicos correspondientes.

La descomposición lingüística del enunciado del artículo 107, fracción I, es la siguiente:

Esquema 42. Análisis lingüístico del artículo la fracción I, artículo 107 constitucional



Una lectura de estos elementos nos lleva a considerar que la parte agraviada se descompone en dos clases:

- (i) parte agraviada como titular de un derecho, y
- (ii) (ii) parte agraviada como titular de un interés legítimo.,

A cada una se puede atribuir el elemento común, EC, el cual, a su vez, está compuesto por dos ingredientes: (ECA) alegar violación de derecho humano y (ECB) que tal violación afecta su esfera jurídica; a cada combinación se le adjudica el predicado sobre la forma en que se afecta,

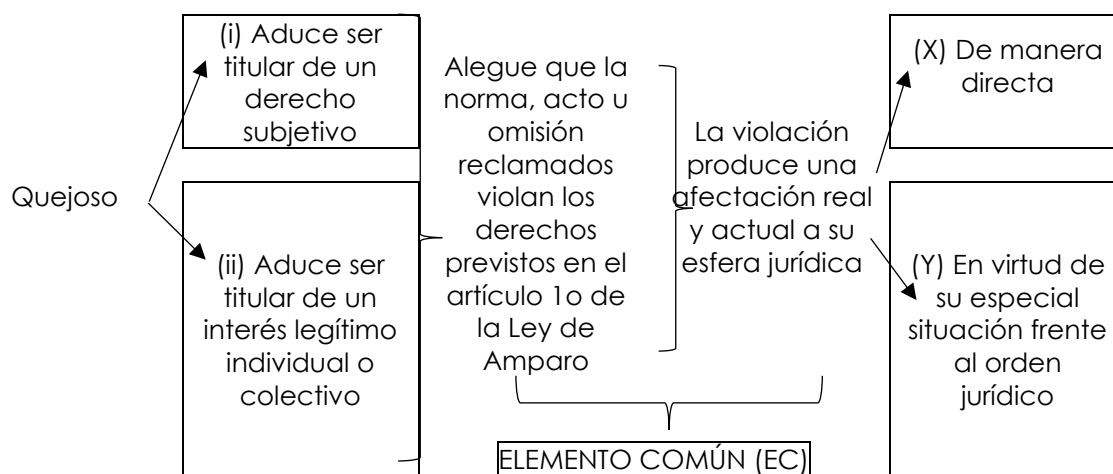
es decir, (X) de manera directa y (Y) en virtud de su especial situación frente al orden jurídico. Así obtenemos las combinaciones siguientes:

Esquema 43. Combinatorias de variantes lingüísticas implícitas en el artículo 107, fracción I.

iECX	Parte agraviada como titular de un derecho que alega violación de un derecho humano y tal violación afecta su esfera jurídica de manera directa
iECY	Parte agraviada como titular de un derecho que alega violación de un derecho humano y tal violación afecta su esfera jurídica en virtud de su especial situación frente al orden jurídico
iiECX	Parte agraviada como titular de un interés legítimo que alega violación de un derecho humano y tal violación afecta su esfera jurídica de manera directa
iiECY	Parte agraviada como titular de un interés legítimo que alega violación de un derecho humano y tal violación afecta su esfera jurídica en virtud de su especial situación frente al orden jurídico

Conforme al primer párrafo de la fracción I del artículo 5° de la Ley de Amparo, aunque básicamente reproduce la estructura del enunciado del artículo 107 fracción I, constitucional, presenta algunas variantes lingüísticas que vale la pena evidenciar:

Esquema 44. Análisis lingüístico del primer párrafo del artículo 5°, fracción I, de la Ley de Amparo.



Las combinaciones son las siguientes:

Esquema 45. Combinatorias de variantes lingüísticas implícitas en el artículo 5º, fracción I de la Ley de Amparo.

iECX	Parte agraviada como titular de un derecho subjetivo alega que una norma, acto u omisión viola un derecho humano y tal violación produce una afectación real y actual a su esfera jurídica de manera directa
iECY	Parte agraviada como titular de un derecho subjetivo alega que una norma, acto u omisión viola un derecho humano y tal violación produce una afectación real y actual a su esfera jurídica en virtud de su especial situación frente al orden jurídico
iiECX	Parte agraviada como titular de un interés legítimo individual o colectivo alega que una norma, acto u omisión viola un derecho humano y tal violación produce una afectación real y actual a su esfera jurídica de manera directa
iiECY	Parte agraviada como titular de un interés legítimo individual o colectivo alega que una norma, acto u omisión viola un derecho humano y tal violación produce una afectación real y actual a su esfera jurídica en virtud de su especial situación frente al orden jurídico

Como podemos observar los componentes son similares a los del texto constitucional. Quizá semánticamente, es decir, en cuanto a significación, se pueda considerar que refieren lo mismo, pero, por ejemplo, reparemos en el elemento de la afectación: en el dispositivo constitucional la afectación es a la esfera jurídica, en cambio en la prescripción de la Ley de Amparo la afectación debe ser real y actual a la esfera jurídica. En el nivel constitucional basta la afectación a la esfera jurídica, pero en el nivel de ley la afectación a la esfera jurídica debe ser real y actual.

Así, independientemente de lo que signifique afectar³⁵⁵ la esfera jurídica de una persona, en el segundo nivel normativo -ley-, además de afectarse la esfera jurídica, la afectación tiene que ser real y actual, sin menoscabo de

³⁵⁵ Léxicamente afectar significa “producir [una cosa] cierto efecto sobre algo o alguien, y en este contexto (afectar la esfera jurídica de alguien) tiene, además, una connotación negativa, es decir, “producir daño u otro efecto negativo”, Real Academia Española, *Diccionario...*, Op. Cit, www.rae.es; voz: afectar.

cuál es el significado de real³⁵⁶ y actual³⁵⁷, términos que sin mayor significación se repiten en las resoluciones de amparo y, de alguna manera, en los criterios judiciales³⁵⁸.

De acuerdo con estas combinaciones, tanto del texto constitucional como de la Ley de Amparo, habría afectaciones a esferas jurídicas de manera directa por virtud de la especial situación frente al orden jurídico del agraviado, y habría afectaciones a esferas jurídicas a titulares de interés legítimo, individual o colectivo, de forma directa, lo cual no caza con la <<doctrina>> que se ha construido con base en los criterios judiciales (más adelante se abordan tales criterios, véase el anexo III de este trabajo), pues el interés jurídico se ha empatado con la titularidad de un derecho subjetivo y su afectación debe ser directa; en cambio el interés legítimo puede prescindir de la titularidad de un derecho subjetivo y tal interés afectarse por virtud de la especial situación frente al orden jurídico. Además, se debe tomar en cuenta la lógica con la que opera el juicio de amparo directo y la lógica bajo la cual se desarrolla el juicio de amparo indirecto.

La regla general en el amparo directo es contar con la titularidad de un derecho subjetivo que es afectado por un acto de autoridad concreto; en cambio, en el amparo indirecto, cuando no se está dentro de un procedimiento seguido en forma de juicio, se cuestiona si se cuenta con la titularidad de un derecho subjetivo y, por ende, se ha volcado la procedencia del amparo indirecto a la exigencia procedimental, formal y previa, de que el quejoso acredite que se afecta su interés jurídico o, en su

³⁵⁶ Real, léxicamente, significa que tiene existencia objetiva. *Idem*, voz: real.

³⁵⁷ Actual, léxicamente significa, dicho del tiempo en que se está, presente. *Idem*, voz: actual.

³⁵⁸ Utilizamos la noción de criterio judicial en sentido amplio para referir tesis aisladas y jurisprudencia de los depositarios del poder judicial autorizados para emitirlos.

caso, su interés legítimo, y si este se considera afectado, entonces procede el amparo, pero procede no porque sea titular de un derecho subjetivo sino porque se ha considerado que se afecta su esfera jurídica, y justamente este embrollo cuasiconceptual (por decirlo eufemísticamente, pues más bien deberíamos decir pseudoconceptual) llevó a la creación del concepto de interés legítimo para eliminar la exigencia de ser titular de un derecho subjetivo.

Por tanto, si no está claro que se afecta un derecho subjetivo y la afectación jurídica que ello implica, entonces, más allá de la titularidad de un derecho subjetivo lo que se *debe acreditar previamente* es la afectación del interés legítimo “en virtud de [la] especial situación frente al orden jurídico”.

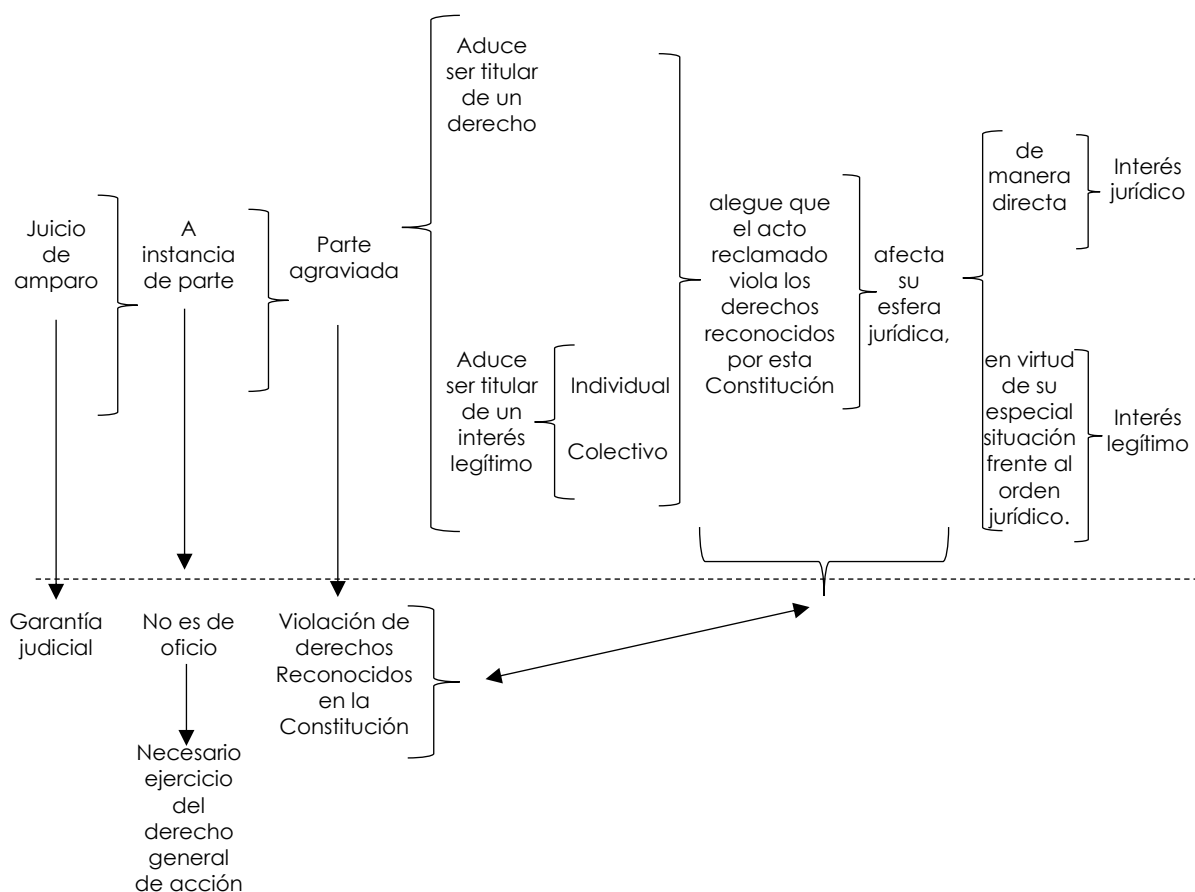
Sin perjuicio de las consideraciones anteriores, apuntemos al núcleo del problema que inicialmente hemos planteado: ¿está justificada, en sentido fuerte, la exigencia procesal de procedencia del juicio de amparo que consiste en que el quejoso acredite o pruebe tener interés jurídico o de interés legítimo?

En el nivel de ley, el interés jurídico o interés legítimo es regulado como requisito de procedibilidad del juicio de amparo. Cabe señalar que se trata de un requisito común a las clases de juicios de amparo, indirecto y directo. Está establecido que el quejoso debe contar con interés jurídico o con interés legítimo. En efecto, en la Ley de Amparo, artículo 61, fracción XII, ubicado en el Título Primero, Reglas Generales, Capítulo VII, Improcedencia, y, por ende, aplicable a cualquier juicio de amparo, se establece que éste es improcedente cuando se haga valer “Contra actos que no afecten los intereses jurídicos o legítimos del quejoso, en los términos establecidos en la

fracción I del artículo 5° de la presente Ley...". De lo regulado en el artículo 5°, fracción I, no interesan los primeros cuatro párrafos.

La construcción es la siguiente:

Esquema 46. Construcción del interés jurídico y del interés legítimo conforme a la interpretación judicial del artículo 107 fracción I constitucional



La causa de improcedencia por falta de interés jurídico o de interés legítimo, como las demás causas de improcedencia, son motivo de examen de oficio por parte del juzgador una vez que se haya presentado la demanda de amparo (artículo 62 de la Ley de Amparo), incluso si realizado dicho examen

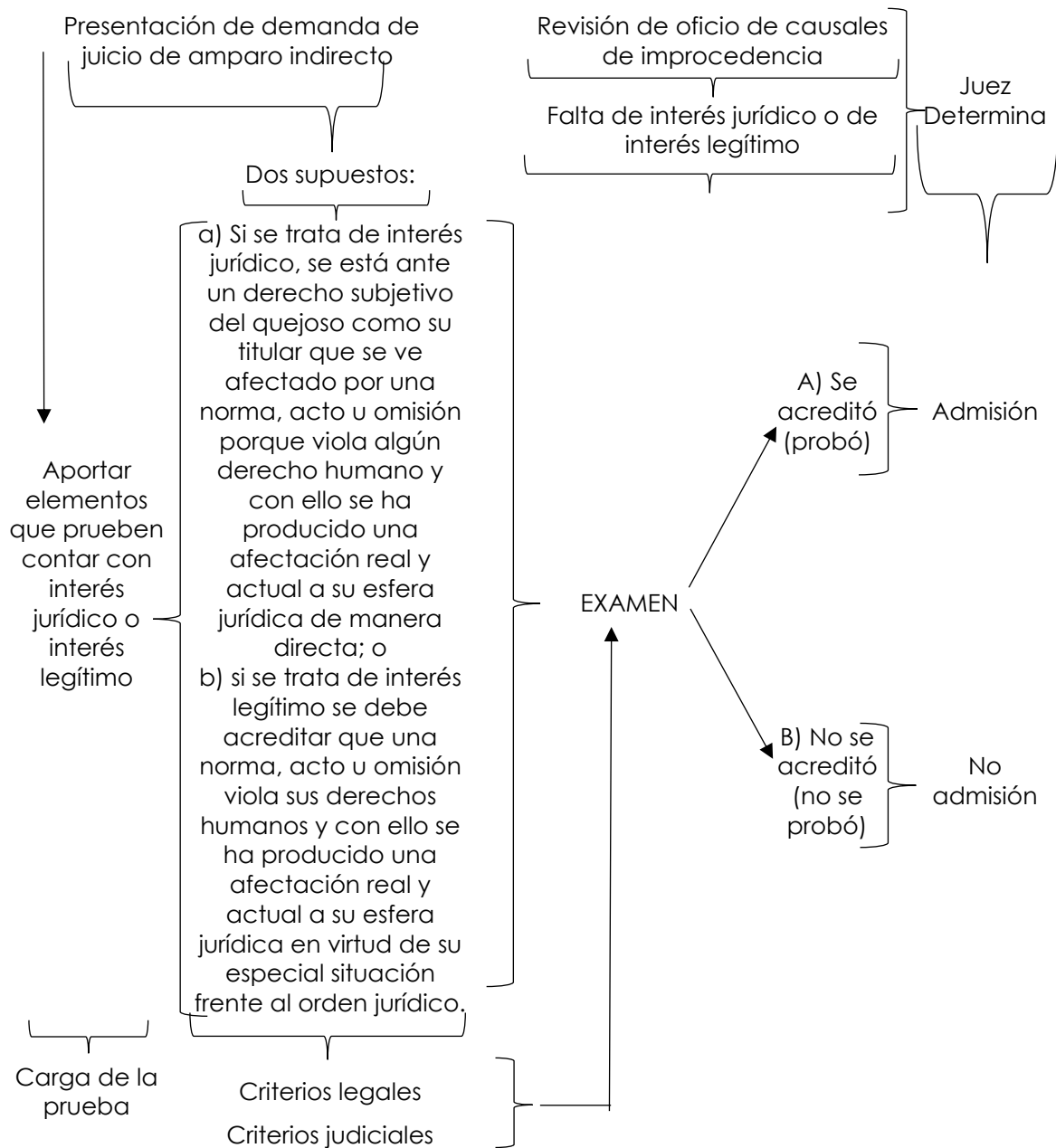
posteriormente aparece una causa de improcedencia el juicio de amparo debe sobreseerse (artículo 63, fracción V, de la Ley de Amparo).

Nos interesa la tramitación del juicio de amparo indirecto. En éste el plazo para determinar si la demanda de amparo debe admitirse o desecharse, o, incluso, antes de admitir o rechazar, puede prevenirse al quejoso para que aclare algún punto de su demanda, es de veinticuatro horas, las cuales se cuentan a partir del momento en el que se presentó la demanda de amparo, es decir, el plazo corre de momento a momento (artículo 112 de la ley de Amparo).

La prueba del interés jurídico en el juicio de amparo indirecto es relativamente problemática, pues está correlacionada con (i) la titularidad de un derecho subjetivo, caso en el que la problemática se minimiza o (ii) cuando se produzca una afectación de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico, situación en la que tratándose de derechos sociales la correlación es mucho más problemática, ya que la regulación genérica de estos derechos se reconduce a las características de las normas programáticas o directrices o, incluso, como normas de fin (formas bajo las que se positivizan primordialmente), y por ello el punto está en que no se trata de acreditar un derecho subjetivo respecto del cual la titularidad no está en entredicho sino un derecho fundamental que está regulado constitucionalmente como norma programática o directriz o como norma de fin y, por ende, la titularidad es problemática.

Con base en la regulación a que se hace alusión, y considerando la existencia de diversos criterios judiciales, el curso de acción para evaluar si el quejoso en un juicio de amparo indirecto cuenta con interés jurídico o interés legítimo es el siguiente:

Esquema 47. Curso de acción del interés jurídico o del interés legítimo en el juicio de amparo indirecto.



Ante el planteamiento de alguna norma, acto, omisión o estado de cosas inconstitucional, el punto está en el análisis de la afectación del derecho fundamental, pues éste (todos los derechos fundamentales) está reconocido a las personas *in abstracto*, y solamente cuando una persona por su situación fáctica realiza la posición normativa a que se refiere el derecho fundamental, y ésta es afectada, entonces se lesiona el derecho fundamental.

En este sentido, si bien la noción de interés legítimo se ha considerado un gran avance en materia de protección de los derechos fundamentales sociales se sigue bordando sobre exigencias probatorias previas que los quejosos deben desahogar y que son una proyección de la tesis del derecho subjetivo como un interés jurídico protegido bajo el desarrollo teórico de Rudolf von Ihering³⁵⁹.

Si atendemos al espacio del interés legítimo como afectación real y actual a la esfera jurídica de una persona <<en virtud de su especial situación frente al orden jurídico>>, lo importante no es acreditar que se tiene interés legítimo sino que hay una afectación a un derecho social y, por ende, la prioridad es la comprobación de la afectación y no desvincular los elementos en dos cosas diferentes: por un lado acreditar previamente a la admisión de la demanda de amparo indirecto que se cuenta con interés jurídico o legítimo, en especial este último, y, por otro lado, probar posteriormente que se sufre una afectación en un derecho fundamental social.

Si con la rendición del informe previo se deriva la existencia del acto reclamado (incluso bajo la presunción de su existencia cuando no se rinde el informe previo o el informe justificado), se debe analizar si ha sido o se

³⁵⁹ Ihering, Rudolf von, 3 *Estudios Jurídicos... Op. Cit.*

afecta la esfera jurídica de la persona, y tratándose de derechos sociales existe, implícitamente, un interés social legítimo del quejoso en el planteamiento de su demanda de amparo.

El interés social legítimo no hay que acreditarlo (probarlo) previamente al análisis de afectación, pues al tener en nuestra esfera jurídica el derecho fundamental respectivo, lo que hay que evidenciar es que hay una afectación real y actual al derecho fundamental de que se trate, pues la exigencia de que la afectación se dé “en virtud de su especial situación frente al orden jurídico”, en materia de derechos sociales, está implícita en los derechos sociales. >

No hay justificación fuerte para exigir como requisito de procedibilidad del juicio de amparo, es decir, antes de dar entrada a la demanda de amparo indirecto, que se acredite o pruebe contar con interés jurídico o interés legítimo en materia de derechos sociales, pues lo importante es acreditar que hay una afectación real y actual. Se exige probar cuestiones subjetivas rodeadas de una nube de terminología ambigua y vaga de la que se ha servido el juzgador para, discrecionalmente, y no en pocas ocasiones de manera arbitraria, no admitir a trámite demandas de amparo porque el quejoso no acreditó tener interés jurídico o interés legítimo, pues, insistimos, ejemplificando, ¿cuál es el significado de que se ha producido una afectación real y actual a la esfera jurídica de una persona en virtud de su especial situación frente al orden jurídico?

Es suficiente que el juez constitucional señale que él no advierte que el quejoso haya sido afectado en su esfera jurídica en virtud de su especial situación frente al orden jurídico o ha bastado señalar que el quejoso no

guarda una especial situación frente al orden jurídico, y, como sea, se termina no admitiendo a trámite la demanda de amparo.³⁶⁰

Es tal la falta de consistencia regulativa de la Ley de Amparo que en ésta se establece que la determinación de sobreseimiento por sobrevenir alguna improcedencia, en el análisis que nos ocupa la falta de interés jurídico o de interés legítimo, no implica prejuzgar sobre la constitucionalidad del acto reclamado.

Así se dispone en el artículo 65 de la Ley de Amparo: “El sobreseimiento no prejuzga sobre la constitucionalidad o legalidad del acto reclamado, ni sobre la responsabilidad de la autoridad responsable al ordenarlo o ejecutarlo y solo podrá decretarse cuando no exista duda de su actualización.”, es decir, puede ser que el vicio de inconstitucionalidad prevalezca, pero si el quejoso no demostró (él tiene la carga de la prueba) tener interés jurídico o interés legítimo, el juicio o no es admitido (es rechazado) o durante su tramitación se sobresee, quedando al margen el estudio de afectación del derecho fundamental.

5. Significaciones judiciales sobre interés jurídico e interés legítimo

Con base en el análisis de los criterios judiciales más relevantes sobre interés jurídico e interés legítimo que relacionamos en el anexo III de este trabajo, nuestro corolario es el siguiente.

A. INTERÉS LEGÍTIMO EN EL AMPARO. SU DIFERENCIA CON EL INTERÉS SIMPLE. Décima Época. Núm. de Registro: 2012364. Instancia: Primera Sala. Jurisprudencia. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación.

³⁶⁰ Quizá lo más grave es que el juez constitucional repite “sacramentalmente” las palabras constitucionales y de la ley de amparo sin proporcionar argumentos al respecto.

Libro 33, Agosto de 2016, Tomo II. Materia(s): Común. Tesis: 1a./J. 38/2016 (10a.). Página: 690

En esta tesis se hace referencia al interés simple y al interés legítimo. Nuestro análisis es el siguiente:

1. Se señala que el interés legítimo “sustituye” al interés jurídico, lo cual es erróneo, pues no hay tal sustitución sino coexistencia del interés jurídico y del interés legítimo.

2. Se señala que en la reforma constitucional de junio de 2011 “se exige al quejoso demuestre algo más que un interés simple o jurídicamente irrelevante”.

Esta afirmación es equívoca porque del texto constitucional no se desprende que la carga de la prueba de un interés que no es simple o jurídicamente irrelevante recaiga en el quejoso, es decir, que en el texto constitucional se imponga la carga al quejoso de demostrar que esta accionando el juicio de amparo con base en un interés que no es simple o jurídicamente irrelevantes y que acciona dicho juicio con base en un interés jurídico o en un interés legítimo, lo cual, además de así manifestarlo, debe demostrarlo.

Obviamente el problema no se soluciona con la manifestación de contar con interés jurídico o con interés legítimo sino que hay que demostrarlo (o probarlo), y aquí reside uno de los puntos problemáticos por excelencia: cuáles son los parámetros de prueba de esos intereses, pues en muchas ocasiones el interés jurídico o el interés legítimo pende de aspectos abstractos y con alta subjetividad con lo que se termina operando un

espacio de alta discrecionalidad y en no pocas ocasiones de arbitrariedad por parte del juez constitucional, pues éste es el que califica si “el interés” del quejoso es simple, jurídico o legítimo. Además, los jueces no consideran pautas probatorias, sino que razonan por exclusión: al considerar que el quejoso no acredita tener interés jurídico o interés legítimo, consideran que el interés del accionante del juicio de amparo es simple o jurídicamente irrelevante. Salvo los casos de indudable titularidad de un derecho humano y ser manifiesta la afectación de un derecho humano, los casos en que a pesar de tal afectación el juez pone en duda la titularidad de un derecho, en especial tratándose de derechos sociales, se concluye sin mayor argumentación que el quejoso “tiene” un interés simple o jurídicamente irrelevante, y no se estudia la afectación al derecho humano.

Por otra parte, hay que considerar que hay derechos humanos como, por ejemplo, el derecho de acceso a la información pública que no requieren demostrar interés alguno: basta hacer la solicitud de información pública para que, salvo información confidencial o casos de reserva de información, sea proporcionada. No cabe, en el ejercicio del derecho de acceso a la información, exigir por parte de la autoridad que el interesado pruebe alguna clase de interés. Así, de manera similar se debería operar en el caso de los derechos sociales y en su exigibilidad solamente constatar que hay afectación.

3. El interés simple o jurídicamente irrelevante es el “que puede tener cualquier persona por alguna acción u omisión del Estado pero que, en caso de satisfacerse, no se traducirá en un beneficio personal para el interesado, pues no supone afectación a su esfera jurídica en algún sentido.”.

De esta aseveración se infiere que:

- a) Se trata de un interés respecto de una acción u omisión del Estado;
- b) En caso de satisfacerse, es decir, realizarse la acción o superar la omisión, no se traduciría en un beneficio personal para el interesado; y
- c) La satisfacción -concesión del amparo-, al no traducirse en un beneficio personal, no supondría afectación a su esfera jurídica en algún sentido.

Esta (especie de) definición explicativa presenta varios problemas. Por una parte, envuelve una petición de principio: suponiendo que, si se satisficiera la acción u omisión reclamada, pero no se tradujera en un beneficio personal para el interesado entonces no habría afectación a su esfera jurídica “en algún sentido”. Si hay que satisfacer lo demandado es porque hay afectación: ¿cómo sabría el juez constitucional que de conceder el amparo y, por ende, satisfacer al interesado, no le reporta beneficio personal alguno al quejoso? Y, además, si no hay beneficio personal no se supone afectación a su esfera jurídica: ¿cómo sabría el juez constitucional que no hay beneficio personal y, consecuentemente, al no darse beneficio personal no hay afectación a la esfera jurídica?

Esta definición explicativa supone que el juez habrá de suponer una serie de cuestiones en cadena: si se satisface lo reclamado no habrá beneficio personal y si no hay beneficio personal no hay afectación a la esfera jurídica del accionante del juicio de amparo.

De acuerdo con esta definición explicativa los amparos que promueven organizaciones civiles (ONG's) que en su objeto social está la promoción, respeto, protección y garantía de derechos humanos de determinado tipo, estarían basados en un interés simple o, como se señala en el criterio judicial, jurídicamente irrelevante, ya que, al concedérseles el amparo, la ONG, en sí, no obtiene beneficio personal alguno y esto supone que no se le afecta

su esfera jurídica. Si examinamos el Amparo en Revisión 1359/2015³⁶¹, se verá que se está en la frontera conformada por un espacio brumoso, pues tanto se puede hacer valer que el accionante del amparo tenía un interés simple dada la definición explicativa de éste como afirmar que cuenta con interés legítimo dada su “especial interés en la defensa y promoción de la libertad de expresión, al tiempo que la omisión que reclama afecta su capacidad de cumplir con el objeto para el que fue constituida”, tal y como se señala en la sentencia respectiva.

4. Se señala que “cuando el quejoso acredita únicamente el interés simple, mas no el legítimo, se actualiza la causal de improcedencia” respectiva y, por ende, el juicio se sobresee. Ya se señaló en el punto 2, la problemática de la carga de la prueba.

5. El interés legítimo “se define como aquel interés personal, individual o colectivo, cualificado, actual, real y jurídicamente relevante, que puede traducirse, en caso de concederse el amparo, en un beneficio jurídico en favor del quejoso derivado de una afectación a su esfera jurídica en sentido amplio, que puede ser de índole económica, profesional, de salud pública, o de cualquier otra”.

De esta definición se colige que el interés legítimo:

a) Se trata de un interés que presenta los elementos siguientes:

- (i) En cuanto al quejoso: personal, individual o colectivo;
- (ii) Cualificado;
- (iii) Actual;

³⁶¹ Véase más adelante la nota de pie de página número 398 en la que hacemos alusión a dicho amparo.

- (iv) Real, y
- (v) Jurídicamente relevante

b) Puede traducirse, en caso de concederse el amparo, en un beneficio jurídico a favor del quejoso, que puede ser de cualquier índole, V. gr., económica, profesional, de salud pública, etc.

c) La afectación a su esfera jurídica lo es en sentido amplio (y por el uso de la coma entre "...en sentido amplio, que puede...", podría aplicarse a la afectación la frase: "... de índole económica, profesional, de salud pública, o de cualquier otra.")

Respecto del elemento a) (i), hay que precisar que si es personal es individual, por tanto, bastaría con señalar que el interés puede ser individual o colectivo, en el entendido que se consideran equivalentes personal e individual.

Por lo que hace al elemento "cualificado", a) (ii), se requiere señalar el parámetro de cualificación, es decir, cualificado respecto de qué.

El elemento "actual", a) (iii), también requiere algún tipo de referencia temporal.

En cuanto al elemento de que el interés sea real, a) (iv) se podría entender por oposición a imaginario, pues algo no real, en el mundo real, no existe.

La exigencia de que sea jurídicamente relevante, a) (iv), implica una apreciación que poco se puede anclar objetivamente y más bien se trata de una apreciación subjetiva y, además, se requeriría algún parámetro de lo que se considera relevante.

Por lo que respecta al elemento b), se señala que si se concede el amparo “puede” traducirse” en un beneficio jurídico para el quejoso, por lo que pudiera ocurrir lo contrario, es decir, que si se concede el amparo no se traduce en beneficio alguno para el interesado.

Finalmente se señala que el beneficio puede ser de cualquier índole, lo cual puede llevar a equívocos si se considera que el objeto de un derecho humano está determinado por su especificidad (podríamos hablar del núcleo esencial) y, por tanto, la concesión de amparo implica una correlación entre la violación alegada y el objeto del derecho fundamental, de tal manera que el beneficio pende directamente de la clase de derecho humano vulnerado. Así, el beneficio no es otra cosa que la vigencia del derecho humano respectivo. Aquí es importante no perder de vista lo establecido en el artículo 77 de la Ley de Amparo:

“Artículo 77. Los efectos de la concesión del amparo serán:

- I. Cuando el acto reclamado sea de carácter positivo se restituirá al quejoso en el pleno goce del derecho violado, restableciendo las cosas al estado que guardaban antes de la violación; y
 - II. Cuando el acto reclamado sea de carácter negativo o implique una omisión, obligar a la autoridad responsable a respetar el derecho de que se trate y a cumplir lo que el mismo exija.
- ...”

El beneficio, básicamente y visto en forma genérica, consistiría en:

- a) Restituir al quejoso en el goce del derecho violado, restableciendo las cosas al estado que guardaban antes de la violación, o
- b) Ante actos negativos -omisiones fácticas o normativas- obligar a la autoridad a actuar en los términos en que debe hacerlo.

Con base en estos señalamientos, de esta jurisprudencia vale contrastar los elementos del interés simple y del interés legítimo:

Esquema 48. Interés simple e interés legítimo según Jurisprudencia INTERÉS LEGÍTIMO EN EL AMPARO. SU DIFERENCIA CON EL INTERÉS SIMPLE, Tesis: 1a./J. 38/2016 (10a.)

Interés simple	Interés legítimo
a) Se trata de un interés respecto de una acción u omisión del estado;	a) Se trata de un interés que presenta los componentes siguientes: (i) En cuanto al quejoso: personal, individual o colectivo; (ii) Cualificado; (iii) Actual; (iv) Real, y (v) Jurídicamente relevante
b) Si se concede el amparo entonces no hay beneficio personal para el interesado;	b) Si se concede el amparo entonces hay un beneficio jurídico para el interesado;
c) Si no hay beneficio personal entonces no hay afectación a la esfera jurídica del interesado; y	c) Si hay beneficio personal (de cualquier índole, V. gr., económica, profesional, de salud pública, etc.) entonces hay afectación a la esfera jurídica del interesado
d) La no afectación a la esfera jurídica lo es en algún sentido (V. gr., económica, profesional, de salud pública, etc.)	d) La afectación a la esfera jurídica puede ser de cualquier índole (V. gr., económica, profesional, de salud pública, etc.)

B. INTERÉS LEGÍTIMO. ALCANCE DE ESTE CONCEPTO EN EL JUICIO DE AMPARO. Décima Época. Núm. de Registro: 2003067. Instancia: Segunda Sala. Tesis Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XVIII, Marzo de 2013, Tomo 2. Materia(s): Común. Tesis: 2a. XVIII/2013 (10a.). Página: 1736.

Esta tesis se basa en las características de parte agraviada para derivar de allí algunos elementos del interés jurídico y del interés legítimo.

1. Parte agraviada es la que:

- a. Aduce ser titular de un derecho o de un interés legítimo individual o colectivo;
- b. Alega que el acto reclamado viola los derechos reconocidos por la propia Constitución;
- c. Demuestra una afectación a su esfera jurídica de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico;
- d. En resoluciones provenientes de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, aduce la titularidad de un derecho subjetivo que se afecte de manera personal y directa.

2. El interés jurídico supone existe una tutela jurídica del interés en que se apoya la pretensión del promovente porque la ley o acto que reclama le causa agravio jurídico.

3. El interés legítimo supone existe una tutela jurídica del interés en que se apoya la pretensión del promovente porque la ley o acto que reclama le causa agravio jurídico.

4. El interés simple no cuenta con la tutela jurídica del interés en que se apoya la pretensión del promovente porque la ley o acto que reclama no le causa agravio jurídico, aunque le cause alguno de diversa naturaleza como, puede ser, por ejemplo, uno meramente económico.

5. La afectación a la que se refiere la fracción I del artículo 107 constitucional, lo es a un derecho del que es titular el agraviado, lo cual se confirma con la idea de que en materia de actos de tribunales necesariamente se requiere que cuente con un derecho subjetivo, es decir, tenga interés jurídico.

6. Del punto 5 se deriva que el interés legítimo no supone la existencia de un derecho subjetivo.

7. El interés legítimo supone que la necesaria tutela jurídica corresponda a su "especial situación frente al orden jurídico".

8. En relación con la especial situación frente al orden jurídico, se deben considerar los aspectos siguientes:

- a) La especial situación no supone ni un derecho subjetivo ni la ausencia de tutela jurídica.
- b) La especial situación frente al orden jurídico supone alguna norma que establezca un interés difuso en beneficio de una colectividad, identificada e identificable.

- c). El quejoso debe demostrar que pertenece a una colectividad respecto de la cual una norma establezca un interés difuso en beneficio de la colectividad.

Esta tesis aislada tiene relativa importancia en cuanto a que la afectación jurídica en materia de actos de tribunales necesariamente requiere que se cuente con un derecho subjetivo, es decir, al ser titular del derecho se tiene interés jurídico.

C. INTERÉS LEGÍTIMO E INTERÉS JURÍDICO. SUS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS COMO REQUISITOS PARA PROMOVER EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO, CONFORME AL ARTÍCULO 107, FRACCIÓN I, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Décima Época. Núm. de Registro: 2019456. Instancia: Segunda Sala. Jurisprudencia. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 64, Marzo de 2019, Tomo II Materia(s): Común. Tesis: 2a./J. 51/2019 (10a.). Página: 1598

1. El juicio de amparo indirecto se seguirá siempre a instancia de parte agraviada, "teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho o de un interés legítimo individual o colectivo".

2. El quejoso en el juicio de amparo debe acreditar fehacientemente el interés, jurídico o legítimo, que le asiste para ello y no inferirse con base en presunciones.

3. Los elementos constitutivos del interés jurídico consisten en demostrar:

- a) La existencia del derecho subjetivo que se dice vulnerado; y,

- b) Que el acto de autoridad afecta ese derecho, de donde deriva el agravio correspondiente.

Estos elementos son concurrentes, por tanto, basta la ausencia de alguno de ellos para que el medio de defensa intentado sea improcedente.

4. Para probar el interés legítimo, deberá acreditarse que:

- a) Existe una norma constitucional en la que se establezca o tutele algún interés difuso en beneficio de una colectividad determinada;
- b) el acto reclamado transgreda ese interés difuso, ya sea de manera individual o colectiva; y,
- c) el promovente pertenezca a esa colectividad.

Estos elementos son concurrentes, es decir, exhaustivos, por tanto, basta la ausencia de alguno de ellos para que el medio de defensa intentado sea improcedente.

5. Si el interés legítimo supone una afectación jurídica al quejoso, éste debe demostrar su pertenencia al grupo que en específico sufrió o sufre el agravio que se aduce en la demanda de amparo.

D. INTERÉS LEGÍTIMO. CONTENIDO Y ALCANCE PARA EFECTOS DE LA PROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 107, FRACCIÓN I, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS). Décima Época. Núm. de Registro: 2007921. Instancia: Pleno Jurisprudencia. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación.

1. Tratándose de la procedencia del amparo indirecto -en los supuestos en que no se combatan actos o resoluciones de tribunales-, quien comparezca a un juicio deberá ubicarse en alguno de los siguientes dos supuestos:

- a) Contar con interés jurídico, es decir, ser titular de un derecho subjetivo, es decir, alegar una afectación inmediata y directa en la esfera jurídica, producida en virtud de tal titularidad; o
- b) En caso de que no se cuente con interés jurídico, la Constitución ahora establece la posibilidad de solamente aducir un interés legítimo, que será suficiente para comparecer en el juicio.

2. Interés legítimo:

- a) Se refiere a la existencia de un vínculo entre ciertos derechos fundamentales y una persona que comparece en el proceso;
- b) Sin que dicha persona requiera de una facultad otorgada expresamente por el orden jurídico;
- c) La persona que cuenta con ese interés (legítimo) se encuentra en aptitud de expresar un agravio diferenciado al resto de los demás integrantes de la sociedad;
- d) Se trata de un interés cualificado, actual, real y jurídicamente relevante, de tal forma que la anulación del acto que se

reclama produce un beneficio o efecto positivo en su esfera jurídica, ya sea actual o futuro pero cierto.

3. Para que exista un interés legítimo, se requiere de la existencia de una afectación en cierta esfera jurídica -no exclusivamente en una cuestión patrimonial-;

4. La afectación es apreciada bajo un parámetro de razonabilidad, y no sólo como una simple posibilidad, esto es, una lógica que debe guardar el vínculo entre la persona y la afectación aducida;

5. Bajo interés legítimo, una eventual sentencia de protección constitucional, implicaría la obtención de un beneficio determinado, el que no puede ser lejanamente derivado, sino resultado inmediato de la resolución que en su caso llegue a dictarse.

6. El interés legítimo consiste en una categoría diferenciada y más amplia que el interés jurídico;

7. El interés legítimo no se trata del interés genérico de la sociedad como ocurre con el interés simple, esto es, no se trata de la generalización de una acción popular, sino del acceso a los tribunales competentes ante posibles lesiones jurídicas a intereses jurídicamente relevantes y, por ende, protegidos;

8. Mediante el interés legítimo, el demandante se encuentra en una situación jurídica identificable;

9. La situación jurídica identificable surge de una relación específica con el objeto de la pretensión que aduce;

10. La relación específica con el objeto de la pretensión puede darse por:

a) una circunstancia personal o

b) por una regulación:

i) sectorial o

ii) grupal.

11. En una situación jurídica concreta pueden concurrir el interés colectivo o difuso y el interés legítimo; tal concurrencia no es absoluta e indefectible

12. Es factible que un juzgador se encuentre con un caso en el cual exista un interés legítimo individual en virtud de que, la afectación o posición especial frente al ordenamiento jurídico, sea una situación no sólo compartida por un grupo formalmente identificable, sino que redunde también en una persona determinada que no pertenezca a dicho grupo.

13. Podría darse el supuesto de que la afectación redunde de forma exclusiva en la esfera jurídica de una persona determinada, en razón de sus circunstancias específicas.

14. Debido a su configuración normativa, la categorización de todas las posibles situaciones y supuestos del interés legítimo, deberá ser producto de la labor cotidiana de los diversos juzgadores de amparo al aplicar dicha figura jurídica, ello a la luz de los lineamientos emitidos por esta Suprema Corte, debiendo interpretarse acorde a la naturaleza y funciones del juicio

de amparo, esto es, buscando la mayor protección de los derechos fundamentales de las personas.

E. DERECHO DE ACCESO A BIENES Y SERVICIOS CULTURALES. REQUISITOS PARA TENER POR ACREDITADO EL INTERÉS LEGÍTIMO EN EL AMPARO INDIRECTO, PARA ALEGAR SU VIOLACIÓN. Décima Época. Núm. de Registro: 2015235. Instancia: Primera Sala. Tesis Aislada. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 47, Octubre de 2017, Tomo I. Materia(s): Común. Tesis: 1a. CXLVI/2017 (10a.). Página: 490

En esta tesis aislada se señala lo siguiente:

Para que exista interés legítimo en materia de acceso a bienes y servicios culturales se requiere:

- a) Esté garantizado por un derecho objetivo (es decir, positivizado);
- b) Que el acto reclamado produzca una afectación en la esfera jurídica entendida en sentido amplio, ya sea directa o indirecta por la situación especial del reclamante frente al ordenamiento;
- c) La existencia de un vínculo entre una persona y la pretensión, de tal forma que la anulación del acto produzca un beneficio actual o futuro pero cierto;
- d) Que la afectación sea apreciada bajo un parámetro de razonabilidad; y,
- e) Que dicho interés resulte armónico con la dinámica y alcances del juicio de amparo.

F. SENTENCIAS DE AMPARO. EL PRINCIPIO DE RELATIVIDAD ADMITE MODULACIONES CUANDO SE ACUDE AL JUICIO CON UN INTERÉS LEGÍTIMO DE NATURALEZA COLECTIVA. Décima Época. Núm. de Registro: 2017955. Instancia: Segunda Sala. Tesis Aislada. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 58, Septiembre de 2018, Tomo I. Materia(s): Común. Tesis: 2a. LXXXIV/2018 (10a.). Página: 1217

1. Los intereses legítimos y colectivos, que son aquellos que atañen a "un grupo, categoría o clase en conjunto".

2. Tanto el interés colectivo como el legítimo, comparten como nota distintiva su indivisibilidad, es decir, no pueden segmentarse.

3. Si en los intereses colectivos o legítimos la afectación trasciende a la esfera jurídica subjetiva o individual de quien promovió un juicio de amparo, sería inadmisibile suponer que por esa cuestión se niegue la procedencia del medio de control constitucional, pretextándose la violación al principio de relatividad de las sentencias.

4. El principio de relatividad debe interpretarse de la manera más favorable a la persona, por lo cual, lejos de invocarse una concepción restringida del principio referido, será menester maximizar tanto el derecho humano de acceso a la tutela jurisdiccional efectiva, como el principio de supremacía constitucional.

G. INTERÉS LEGÍTIMO PARA PROMOVER UN JUICIO DE AMPARO EN MATERIA AMBIENTAL. OBLIGACIÓN DE LOS JUZGADORES EN SU ANÁLISIS. Décima Época. Núm. de Registro: 2018694. Instancia: Primera Sala. Tesis Aislada. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 61, Diciembre

de 2018, Tomo I. Materia(s): Común, Administrativa. Tesis: 1a. CCXC/2018 (10a.). Página: 335

1. El interés legítimo en juicios ambientales también se rige por los principios que norman la materia ambiental.
2. Destacan los principios de participación ciudadana y el de iniciativa pública.
3. El Estado tiene la obligación de fomentar la participación del ciudadano en la defensa del medio ambiente y crear entornos propicios para este efecto.
4. los juzgadores tienen la obligación de hacer una interpretación amplia en relación con la legitimación activa en el juicio de amparo en materia ambiental.
5. La interpretación amplia no significa que sea ilimitada, pues quien acude a este juicio debe acreditar ser beneficiario de los servicios ambientales que presta el ecosistema que se estima afectado.

H. INTERÉS LEGÍTIMO. NO PUEDE ADUCIRSE PARA IDENTIFICAR AL TERCERO INTERESADO EN EL JUICIO DE AMPARO. Décima Época. Núm. de Registro: 2021419. Instancia: Pleno. Jurisprudencia. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 74, Enero de 2020, Tomo I. Materia(s): Común. Tesis: P./J. 17/2019 (10a.). Página: 9

En esta Jurisprudencia enfáticamente se establece que el interés legítimo no se puede aducir por parte de terceros interesados en el juicio de amparo.

1. No puede aducirse el interés legítimo para identificar al tercero interesado.
2. El tercero interesado que pretenda la subsistencia del acto reclamado debe contar con "interés jurídico".
3. El "interés legítimo", sólo está previsto para el quejoso.
4. Considerar que puede aducirse el interés legítimo para identificar al tercero interesado en el juicio de amparo, implicaría imponer al quejoso cargas procesales imposibles de cumplir (obligarlo a señalar en su demanda a todos aquellos terceros que pudieran tener interés legítimo en la subsistencia del acto reclamado e implicaría, entre otras cuestiones, que al juzgador se le obligaría a dictar todas las medidas que estime pertinentes con el fin de que se investigue el domicilio de dichos terceros interesados, lo que retrasaría la tramitación del juicio en perjuicio de la pronta impartición de justicia prevista en el artículo 17 constitucional.).

Ahora bien, del análisis de los criterios judiciales, es pertinente exponer una serie de consideraciones sobre los mismos. Así, del análisis de los criterios judiciales (tesis aisladas y jurisprudencias), sobre los conceptos de interés simple, interés jurídico e interés legítimo, lo primero que nos salta a la vista es su diversidad deficional (por llamarle de alguna manera), siendo pertinente referirnos brevemente a la ambigüedad y a la vaguedad.

a) Ambigüedad y vaguedad de las nociones de interés simple, jurídico y legítimo

En general, no es claro ni preciso cuál es el significado de cada concepto de interés. Así, por ejemplo, se define una clase de interés en relación con lo contrario de otra clase: si el interés jurídico es jurídicamente relevante el

interés simple no es jurídicamente relevante, pero qué significa “jurídicamente relevante”, y aquí, como veremos más adelante, “relevante” es un término que peca de vaguedad intensional (sin perjuicio de la vinculación de la vaguedad con la subjetividad relativa, es decir, tantas significaciones del término como usuarios del mismo).

Parte del problema con los conceptos, en general, es su ambigüedad y su vaguedad. Los conceptos de interés simple, interés jurídico es interés legítimo, no escapan a esta dolencia metodológica³⁶².

Para empezar, se debe señalar que la ambigüedad y la vaguedad no son equivalentes, aunque pragmáticamente se asimilen, pues es muy común hacer alusión a ellos como si sus causas y efectos fueran los mismos y, asimismo, se debe considerar que existen diversas clases de una y otra.

i) Ambigüedades de los conceptos de interés simple, jurídico y legítimo

El origen de la ambigüedad, en sentido general, es la polisemia del lenguaje. Por su parte la vaguedad si bien es también tributaria de esa polisemia, es más profunda pues se vincula con la construcción de conceptos tanto en su dimensión intensional o connotativa como extensional o denotativa.

Existe gran diversidad de ambigüedades, pero podemos reducirla a tres tipos básicos: léxica, sintáctica y semántica.

³⁶² Mario Bunge señala: “Hay tres dolencias que afectan, y quizá afecten siempre, a nuestro equipo conceptual: falta de conceptos ricos, abundancia de conceptos pobres y vaguedad de todos los conceptos, excepto los formales.”, Bunge, Mario, *La investigación científica*, 2ª ed., actualizada, Ariel, Barcelona, España, 1983, p. 118.

La ambigüedad léxica es la relación equívoca existente, principalmente, entre palabras homófonas u homógrafas. El léxico o vocabulario de una lengua natural está compuesto por unidades léxicas o lexemas propios de cada lengua y que, en conjunto, constituyen los diccionarios de cada lengua. El lexema es un morfema que constituye la base léxica de la palabra y contiene su idea principal y su elemento constante (V. gr., árbol-edas). Las palabras tienen una significación que muestra la correlación entre el significado y el significante. El significado es la idea evocada por quien percibe el significante, y éste es un signo lingüístico (en especial la palabra). La ambigüedad sintáctica es la que deriva de las construcciones gramaticales de cada lengua, sobre todo cuando son deficientes. Se trata de construcciones gramaticales en las que no aparecen claramente las funciones gramaticales ni, por ello mismo, los significados contextuales de las palabras. La sintáctica o sintaxis es la parte de la gramática que establece las reglas que rigen lo referente a la disposición, ordenación y subordinación de los elementos de las construcciones lingüísticas o gramaticales. Hay ambigüedad sintáctica cuando en las construcciones gramaticales las funciones gramaticales no están correctamente utilizadas ni, por ello mismo, los significados contextuales de las palabras. La función gramatical es un tipo especial de relación. Los elementos lingüísticos representan un determinado papel en las construcciones lingüísticas (enunciado, oración, frase) y para que su relación con otros elementos sea adecuada se deben reunir los requisitos y cumplir las condiciones sintácticas correspondientes.

La ambigüedad semántica implica la unión, en un significado, de dos o más significados, que también ofrecen alternativas, ya sea que se presenten como desconectados, como opuestos y aparentemente contradictorios, o como fingida confusión del emisor que el receptor resuelve.

La ambigüedad semántica tiene un efecto positivo porque marca deliberadamente usos literarios para lenguajes figurados posibilitando comunicaciones bajo varios diferentes géneros literarios como la novela de suspenso y de incertidumbre (novela policiaca), de poesía en la que la utilización de tropos es fundamental (sinécdoque, metonimia, metáfora, y otros), de cuento, de fábula, etc.

Pero en el lenguaje práctico técnico especializado constituye uno de los defectos más comunes que produce confusión y obstaculiza la comunicación como, por ejemplo, no precisar significados de términos o palabras en el contexto en el que se utilizan. Así, por ejemplo, en discursos argumentativos es común cometer falacias de anfibología respecto del significado del término medio al utilizarlo en un doble sentido o significación.

ii) Vaguedades de las nociones de interés simple, jurídico y legítimo

Por su parte, la vaguedad, nos parece, es más compleja que la ambigüedad y se vincula más estrechamente con la dimensión de los conceptos. Éstos presentan tres elementos: intensión, referencia y extensión. La intensión es el conjunto de propiedades que caracterizan algo o una cosa; la referencia es la colección de cosas presentes, pasadas o futuras de algo o de una cosa que responde al conjunto de propiedades que caracterizan algo o una cosa; la extensión es el conjunto de cosas a las que se aplican el conjunto de propiedades que las caracterizan. Es muy común que la referencia y la extensión coincidan por lo que es suficiente hacer alusión a la intensión y a la extensión de los conceptos (de las cosas).

Si bien la intensión o connotación de un concepto es el conjunto de todas las propiedades peculiares de algo o de una cosa, en la construcción de la intensión de un concepto no es necesario que todo concepto tenga una

intensión o connotación exactamente determinada. Así, basta con construir un núcleo intensional en el que aparezcan las notas inequívocas de las peculiares propiedades que permitan un manejo adecuado del concepto.

Básicamente a partir de la observación y de la diferenciación entre cosas vamos determinando y afinando el núcleo intensional de alguna cosa y ese núcleo de propiedades peculiares debe hacer referencia o denotar ciertas cosas.

Ahora bien, como en la construcción de la intención utilizamos indefectiblemente lenguaje natural, y éste, de suyo, es polisémico, es muy posible que algunas características no sean, en cuanto a su significado, claras y, por ende, se genere una vaguedad intensional; pero, también puede ocurrir que un núcleo intensional aceptable, razonable, no se aplique en forma cómoda a una cosa, existiendo la incertidumbre de si esa cosa o algo responde a ese núcleo intensional caso en el que se presenta una vaguedad extensional o denotativa (o de referencia): no sabemos con certeza si determinada cosa u objeto tiene las propiedades peculiares del núcleo intensional respectivo. La vaguedad intensional (connotativa) y la vaguedad extensional (denotativa) pueden coexistir dando lugar a una vaguedad mixta.

De acuerdo con lo anterior hay tres tipos de vaguedad: intensional, extensional (o de referencia) y mixta en la que aparecen las dos anteriores. Considerando lo señalado respecto de la ambigüedad y de la vaguedad en el campo de las clases de intereses que se han desarrollado en el ámbito constitucional y legal, así como en el plano de los criterios judiciales, es evidente que “interés simple”, “interés jurídico” e “interés legítimo”, son tres

conceptos cuyas definiciones presentan problemas de ambigüedad y de vaguedad.

iii) Minimizar la ambigüedad y evitar, en lo posible, la vaguedad

En el caso de la ambigüedad el intérprete judicial ha intentado minimizarla proporcionando explicaciones, ejemplificando y creando significaciones, lo cual es consistente con la labor hermenéutica a cargo de los depositarios del poder judicial, sin embargo, el problema no está tanto en las cuestiones deficionales, las explicaciones y las significaciones sino en que en éstas la(s) ambigüedad(es) y la(s) vaguedad(es) no resuelven mucho, al contrario, lo complican (en el sentido de confundir), pues es evidente que los tres conceptos (o locuciones) de interés presentan problemas en su núcleo intensional y con ello se problematiza la denotación, sobre todo que ésta gira en torno a una cosa u objeto que está en el plano subjetivo de las personas o grupos y no es fácil atribuir alguna clase de interés por referirse a algo que está en el dominio subjetivo de las personas vistas individual o colectivamente. La denotación pende de la connotación y si en ésta no hay claridad, no la habrá en la calificación de cosas que se pudieran o no considerar que son la reproducción del núcleo intensional respectivo.

b) El interés de alguien en algo es un rasgo de la conciencia (un estado mental)

Un interés, cualquiera que sea, es un rasgo de la conciencia y, por ende, se trata de un estado mental neurobiológico (los estados mentales son rasgos intrínsecos de la realidad), pero este rasgo es ontológicamente subjetivo porque no puede haber interés de alguien en algo que no dependa del sujeto.

Los estados mentales son rasgos intrínsecos de la realidad, pero ontológicamente subjetivos, pues su modo de existencia es que sean sentidos por las personas. Las montañas son ontológicamente objetivas porque su modo de existencia es independiente de cualquier perceptor o de cualquier estado mental.

El interés es algo que pertenece a las personas y se mueve bidireccionalmente, pues yo puedo decir que alguien tiene determinado interés y alguien puede decir que tiene determinado interés, pero en ambos casos -bidireccional- alguien, puede contradecir que yo señale que tiene determinado interés si él señala que tiene otro tipo de interés. Y esto es lo que ocurre en el juicio de amparo: no importa qué clase de interés invoque alguien, lo que importa es la calificación externa del juez. Además, está el problema probatorio: ¿cómo acreditar -probar- algo, es decir, el interés, de alguien cuando éste es subjetivo? Por cada clase de interés opera una demostración diferente, la cual está condicionada por los requisitos y elementos de cada clase de interés. Sin embargo, en el caso del interés simple se maniobra, en realidad, por exclusión, es decir, si no se “prueba” tener interés jurídico o, en su caso, interés legítimo, entonces lo que hay es un interés simple.

El interés de alguien respecto de algo implica que señalar que alguien tiene interés es un predicado atribuido a alguien. La estructura lógica sería:

X (persona) tiene I (interés) en A (algo): “X tiene I en A” (“XIA”). Así, en sentido negativo sería: “X no tiene I en A” (“X-IA”).

¿Por qué alguien (X) tiene I (interés) en A (algo)? Porque A (algo) tiene propiedades (p^n) que le reportan valor, utilidad, beneficio o provecho

(VUBP) a X (persona). Es decir, "A ($p^n = \text{VUBP}$) = I (X)" ("X tiene I en A ($p^n = \text{VUBP}$)")

Al negar alguien no tener interés en algo o que alguien niegue que una persona no tiene interés en algo, implica que X, no tiene interés en algo, es decir, que las propiedades de algo no le reportan valor, utilidad, beneficio o provecho, es negar que A no le reporta valor, utilidad beneficio o provecho. ("X - I en A (implica que $p^n \neq \text{VUBP}$)"). Ahora bien, aquí es de suma importancia diferenciar con precisión el origen de la negación, pues no es lo mismo que alguien afirme que no tiene interés en algo a que un tercero niegue que alguien no tiene interés en algo. Esta diferenciación va a jugar un papel primordial en la significación del interés de alguien en algo, pues se presentan varios escenarios:

- (i) Alguien que niegue expresamente, mediante el acto de habla respectivo, tener interés en algo implica la pretensión de mostrar que las propiedades de algo no le son valiosas, útiles, benéficas o provechosas, cuestión sólo verificable por un acto de habla expreso de quien manifiesta no tener interés en algo;
- (ii) Alguien afirma expresamente tener interés en algo. Aquí el problema es que un tercero ante alguien que ha expresado tener cierto interés en algo señale que no tiene tal interés. Por tanto, los terceros pueden evaluar -para ellos- si realmente tiene el interés respectivo. Esta situación es extraña, pues alguien niega lo que yo siento o expreso. Claro, puede haber insinceridad en quien manifiesta tener cierto interés en algo y contar con pocos medios para constatar si realmente tiene el interés respectivo como sería la referencia a una serie de actos que debería realizar quien dice tener un interés para constatar que realmente existe o no el interés

correspondiente. Así, el problema estaría en el medio probatoria, el cual, además, podría estar en la esfera de influencia de la persona que dice tener cierto interés o estar en la esfera de evaluación de terceros, caso en el que tendría que haber necesariamente referencia a ciertos actos; pero los casos en que el interés no conlleva nada más que la expresión del interesado, los destinatarios no tienen más que creer que existe interés de alguien en algo aun cuando sea insincera tal manifestación de interés en algo. Por tanto, habría una pretensión subyacente a la manifestación de interés de alguien en algo: la pretensión formal de interés, salvo que se demostrara por terceros que no es así.

- (iii) Alguien no manifiesta expresamente (acto de habla) nada sobre si tiene interés en algo, pero si muestra cierta actitud, mediante la realización de ciertos actos, o al ser requerido manifieste si tiene o no interés en algo permanece sin proferir acto de habla alguno, situación de la que podemos inferir que una persona tiene interés en algo, caso en el que se trataría de una manifestación de interés implícita o tácita, es decir, que la persona si bien no dice nada se dan ciertos actos que nos permiten presumir que tiene interés en algo, La adjudicación de interés es relativa a terceros que suponen o sobreentienden que alguien tiene interés en algo, lo cual no está exento de ciertos problemas. Un punto problemático reside en que la consideración de que una persona tiene interés en algo es puesta -determinada- por terceros³⁶³. Así puede ocurrir que al señalar por un tercero que una persona tiene interés en algo, esta

³⁶³ Pongamos un ejemplo: todas las mañanas una persona riega el árbol que está frente a su casa y nunca ha manifestado que tiene interés en cuidar el árbol; sin embargo, los vecinos que lo han observado presumen que le interesa cuidar el árbol. Sería inconsistente que, a pregunta expresa de algún vecino, la persona que cuida el árbol dijera que no tiene interés alguno en el árbol. En la vida normal realizamos cualquier cantidad de cosas que implican diversos intereses, y no andamos por el mundo profiriendo a quien sea que lo que hacemos es porque tenemos determinado interés.

persona niegue expresamente tener tal interés, o que la persona a la que un tercero “atribuye” tener cierto interés en algo, permanezca sin manifestarse. Aquí el problema es continuar determinado curso de acción en un sentido tácito, es decir, que, al no manifestarse en contra de la atribución de interés, se continúe considerando que una persona tiene interés en algo o concluir el curso de acción porque la persona no se ha pronunciado sobre si realmente tiene o no tiene interés en algo. En estas variantes es clave si se debe interrogar expresamente o no a la persona en relación con si tiene o no interés. Al respecto, se puede operar bajo cierta analogía respecto del consentimiento tácito en materia obligacional/contractual, incluso algunas analogías en relación con algunas clases de presunciones, pero sin perder de vista que no hay regulación alguna en el caso del interés de una persona por algo.

Algo que no pertenece al mundo de los hechos físicos (brutos, diría Searle) sino al mundo social/institucional, requiere elucidar su estatus ontológico y su estatus epistemológico.

c) Estatus ontológico y estatus epistemológico del interés de alguien en algo

Ahora bien, ¿cuál es el estatus ontológico y epistemológico del interés de alguien en algo?

Al parecer la clave está en si las propiedades de algo significan VUBP para alguien, y esto es subjetivo. Así, el problema radica en la forma de conocimiento de un aspecto subjetivo, pues quien determina que algo significa VUBP es la persona que se relaciona con ese algo.

De los criterios judiciales (tesis aisladas y jurisprudencias) se puede reconstruir qué es cada clase de interés.

Respecto del Interés simple, la reconstrucción intensional es la siguiente:

- a) Lo puede tener cualquier persona;
- b) Es respecto de alguna acción u omisión del Estado;
- c) Si se satisface, no se traduciría en un beneficio personal para el interesado (nótese que se trata de una prospectiva, es decir, de algo que pudiera ocurrir en el futuro);
- d) No supone afectación de la esfera jurídica (en algún sentido) porque no se traduce en un beneficio personal.

Los elementos c) y d) operan de manera circular: si no hay beneficio personal es porque no hay afectación a la esfera jurídica; si no hay afectación a la esfera jurídica es porque no hay beneficio personal. Así, el supuesto problema probatorio es un falso problema porque, en primer lugar, se trata de algo subjetivo, y, en segundo lugar, cómo probar un estado subjetivo -tener interés, el cual, por la circularidad señalada no es jurídico y, por ende, se le califica como simple. Tomemos el ejemplo de Searle sobre el dolor de muelas: si yo no digo que tengo dolor de muelas nadie va a saber que tengo dolor de muelas. Este dolor es objetivo ontológicamente, pero epistemológicamente es subjetivo: éste es el problema, es un problema de conocimiento no de existencia. Si alguien afirma que tiene interés porque tiene un beneficio personal respecto de algo, y que negar externamente que tiene tal interés conlleva que se niega su subjetividad ontológica (sería negar por un tercero que alguien tiene dolor porque no hay forma de conocer que tiene dolor, salvo el propio dicho de quien manifiesta que tiene

dolor, pero a esta manifestación no se le da valor probatorio alguno, pues lo que cuenta es la percepción de terceros (externalidad).

Así, en el campo jurídico, aunque alguien manifiesta que tiene interés jurídico respecto de algo, lo cual está en su esfera subjetiva, pero el único medio de acreditarlo (probarlo) es su propio dicho, al no dar valor probatorio a su manifestación, entonces el tercero niega epistemológicamente el interés lo que se traduce en la negativa ontológica del interés, y ésta implica considerar que no se afecta su esfera jurídica ni hay beneficio alguno.

El problema no es ontológico, pues, aunque externamente neguemos que tiene interés, el problema es cómo conocer que algo objetivo (objetividad ontológica) existe si solamente existe si la persona respectiva dice que tiene interés (subjetividad epistemológica).

El interés simple es una clase de interés, por lo que previamente a la formulación de una definición del concepto de interés simple, es indispensable dilucidar qué es un interés.

El término interés es polisémico, pues presenta diversas acepciones de entre las cuales nos interesa la que se vincula con beneficio, utilidad, provecho; es la inclinación del ánimo hacia un objeto³⁶⁴.

Ahora bien, con base en este análisis del interés y su proyección jurídica como interés jurídico e interés legítimo, veamos enseguida si en el sistema jurídico colombiano juega algún papel relevante.

³⁶⁴ Léxicamente “Del lat. *interesse* 'importar'. 1. m. Provecho, utilidad, ganancia. 2. m. Valor de algo. 3. m. Lucro producido por el capital. 4. m. Inclinación del ánimo hacia un objeto, una persona, una narración, etc. 5. m. pl. bienes. 6. m. pl. Conveniencia o beneficio en el orden moral o material.”, Real Academia Española, *Diccionario... Op. Cit.*; voz: interés.

6. La Acción de Tutela en la Constitución colombiana y su configuración normativa

En la Constitución Política de Colombia se regula la protección de los derechos fundamentales a través de un mecanismo, entre otros, llamado Acción de Tutela. Al respecto se establece:

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

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

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

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

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

Este dispositivo constitucional colombiano está desarrollado normativamente por el Decreto 2591 de 1991, expedido por el Presidente de la República de Colombia. En este decreto se reglamenta la acción de tutela prevista en el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia de

1991. Los dispositivos que nos interesan para los efectos de este estudio son los siguientes³⁶⁵:

CAPITULO I.

DISPOSICIONES GENERALES Y PROCEDIMIENTO

ARTICULO 1o. OBJETO. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en las casos que señale este Decreto. Todos los días y horas son hábiles para interponer la acción de tutela.

La acción de tutela procederá aún bajo los estados de excepción. Cuando la medida excepcional se refiera a derechos, la tutela se podrá ejercer por lo menos para defender su contenido esencial, sin perjuicio de las limitaciones que la Constitución autorice y de lo que establezca la correspondiente ley estatutaria de los estados de excepción.³⁶⁶

ARTICULO 2o. DERECHOS PROTEGIDOS POR LA TUTELA. La acción de tutela garantiza los derechos constitucionales fundamentales. Cuando una decisión de tutela se refiere a un derecho no señalado expresamente por la Constitución como fundamental, pero cuya naturaleza permita su tutela para casos concretos, la Corte Constitucional le dará prelación en la revisión a esta decisión.³⁶⁷

ARTICULO 3o. PRINCIPIOS. El trámite de la acción de tutela se desarrollará con arreglo a los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia.

ARTICULO 5o. PROCEDENCIA DE LA ACCION DE TUTELA. La acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2 de esta ley. También procede contra acciones u omisiones de particulares, de

³⁶⁵ Fuente: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_2591_1991.html#top; (consulta: 4 febrero 2020)]. En esta versión del Senado colombiano se incluyen anotaciones por las que se delimitan varios dispositivos por parte de varias autoridades, principalmente de la Corte Constitucional colombiana.

³⁶⁶ En la versión consultada: Jurisprudencia Vigencia. Corte Constitucional: Apartes subrayados declarados EXEQUIBLES** por la Corte Constitucional, mediante Sentencia No. C-018-93, del 25 de enero de 1993, Magistrado Ponente Dr. Alejandr (sic) Martínez Martínez.

³⁶⁷ En la versión consultada: Jurisprudencia Vigencia. Corte Constitucional. Aparte subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia No. C-018-93, del 25 de enero de 1993, Magistrado Ponente Dr. Alejandr (sic) Martínez Martínez.

conformidad con lo establecido en el Capítulo III de este Decreto. La procedencia de la tutela en ningún caso está sujeta a que la acción de la autoridad o del particular se haya manifestado en un acto jurídico escrito.

ARTICULO 6o. CAUSALES DE IMPROCEDENCIA DE LA TUTELA. La acción de tutela no procederá:

1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante.

<Inciso 2o. INEXEQUIBLE>³⁶⁸

2. Cuando para proteger el derecho se pueda invocar el recurso de habeas corpus.

3. Cuando se pretenda proteger derechos colectivos, tales como la paz y los demás mencionados en el artículo 88 de la Constitución Política. Lo anterior no obsta, para que el titular solicite la tutela de sus derechos amenazados o violados en situaciones que comprometan intereses o derechos colectivos siempre que se trate de impedir un perjuicio irremediable.³⁶⁹

4. Cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado, salvo cuando continúe la acción u omisión violatoria del derecho.

³⁶⁸ En la versión consultada: Jurisprudencia Vigencia. Corte Constitucional: - Inciso 2o. declarado INEXEQUIBLE*** por la Corte Constitucional, mediante Sentencia No. C-531-93 del 11 de noviembre de 1993, Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. La Corte aduce: '... si bien el numeral 1o. del artículo 6o. del Decreto 2591 de 1991, fue declarado exequible por esta Corte en Sentencia C-018-93, allí se restringió el pronunciamiento a los apartes y motivos expresados en su oportunidad. La existencia de la cosa juzgada relativa, permite que los cargos del demandante, de suyo nuevos respecto de los anteriores, sean objeto de estudio y decisión'. Según el actor, 'el campo de la tutela - protección inmediata de los derechos fundamentales- es diferente del propio de las acciones indemnizatorias'. Menciona la corporación: '... la Corte... se identifica con el matiz predominantemente preventivo de esta especie de acción de tutela que corresponde a la imagen de un riesgo de lesión de un derecho fundamental que, abandonado a su inercia, podría adoptar una trayectoria que conduciría a su indefectible actualización y subsiguiente agravamiento'. Agrega la Corte: 'La acción de tutela, en sus dos modalidades, encarna el principio de efectividad (C.P. artículo 2o.) que, en el campo de los derechos fundamentales, supone que éstos no se reducen a su proclamación formal, sino que demandan eficacia real. ... A la luz de esta consideración... carece de razonabilidad constitucional instituir una condición de procedibilidad de la acción de tutela que desnaturalice su esencia...'. - Numeral 1. declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia No. C-018-93, del 25 de enero de 1993, Magistrado Ponente Dr. Alejandr (sic) Martínez Martínez. Legislación anterior: Texto original del Decreto 2591 de 1991: ARTICULO 6. 1. <INCISO 2o.> Se entiende por irremediable el perjuicio que solo pueda ser reparado en su integridad mediante una indemnización.

³⁶⁹ En la versión consultada: Jurisprudencia Vigencia. Corte Constitucional: - Numeral 3. declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia No. C-018-93, del 25 de enero de 1993, Magistrado Ponente Dr. Alejandr (sic) Martínez Martínez.

5. Cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto.³⁷⁰

ARTICULO 7o. MEDIDAS PROVISIONALES PARA PROTEGER UN DERECHO. Desde la presentación de la solicitud, cuando el juez expresamente lo considere necesario y urgente para proteger el derecho, suspenderá la aplicación del acto concreto que lo amenace o vulnere.

Sin embargo, a petición de parte o de oficio, se podrá disponer la ejecución o la continuidad de la ejecución, para evitar perjuicios ciertos e inminentes al interés público. En todo caso el juez podrá ordenar lo que considere procedente para proteger los derechos y no hacer ilusorio el efecto de un eventual fallo a favor del solicitante. La suspensión de la aplicación se notificará inmediatamente a aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud por el medio más expedito posible.

El juez también podrá, de oficio o a petición de parte, dictar cualquier medida de conservación o seguridad encaminada a proteger el derecho o a evitar que se produzcan otros daños como consecuencia de los hechos realizados, todo de conformidad con las circunstancias del caso.

El juez podrá, de oficio o a petición de parte, por resolución debidamente fundada, hacer cesar en cualquier momento la autorización de ejecución o las otras medidas cautelares que hubiere dictado.

ARTICULO 8o. LA TUTELA COMO MECANISMO TRANSITORIO. Aun cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial, la acción de tutela procederá cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En el caso del inciso anterior, el juez señalará expresamente en la sentencia que su orden permanecerá vigente sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado.

³⁷⁰ En la versión consultada: Jurisprudencia Vigencia. Corte Constitucional - Numeral 5 declarado EXEQUIBLE, por el cargo analizado, por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-132-18 de 28 de noviembre de 2018, Magistrado Ponente Dr. Alberto Rojas Ríos. Destaca el editor: '(...) Para la Corte la acción de tutela resulta excepcionalmente procedente como mecanismo subsidiario, siempre que se demuestre la amenaza o vulneración a un derecho fundamental, en cuanto, a pesar del contenido impersonal de la actuación administrativa, resulte posible determinar quién es el titular del derecho conculcado. Recordó la Sala que la acción de tutela puede ser ejercida contra actos administrativos generales (i) cuando la persona afectada carece de medios ordinarios para procurar la defensa de sus derechos fundamentales, dado que no tiene legitimación para cuestionar esa clase de decisiones de la administración, o el asunto objeto de debate es de naturaleza constitucional; y (ii) cuando la aplicación del acto administrativo general amenace o vulnere los derechos fundamentales de una persona. Además, reiteró que la acción de tutela es procedente contra las determinaciones de orden general en el evento que éstas causen daños a los derechos fundamentales de las personas y que devengan en perjuicios irremediables.'

En todo caso el afectado deberá ejercer dicha acción en un término máximo de cuatro (4) meses a partir del fallo de tutela.

Si no la instaura, cesarán los efectos de éste.

Cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un daño irreparable, la acción de tutela también podrá ejercerse conjuntamente con la acción de nulidad y de las demás procedentes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En estos casos, el juez si lo estima procedente podrá ordenar que no se aplique el acto particular respecto de la situación jurídica concreta cuya protección se solicita, mientras dure el proceso.³⁷¹

ARTICULO 9o. AGOTAMIENTO DE LA VIA GUBERNATIVA. No será necesario interponer previamente la reposición u otro recurso administrativo para presentar la solicitud de tutela. El interesado podrá interponer los recursos administrativos, sin perjuicio de que ejerza directamente en cualquier momento la acción de tutela.

El ejercicio de la acción de tutela no exime de la obligación de agotar la vía gubernativa para acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

ARTICULO 10. LEGITIMIDAD E INTERES. La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos.

También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud.

También podrá ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales.

ARTICULO 13. PERSONAS CONTRA QUIEN SE DIRIGE LA ACCION E INTERVINIENTES. La acción se dirigirá contra la autoridad pública o el representante del órgano que presuntamente violó o amenazó el derecho fundamental. Si uno u otro hubiesen actuado en cumplimiento de órdenes o instrucciones impartidas por un superior, o con su autorización o aprobación, la acción se entenderá dirigida contra ambos, sin perjuicio de lo que se decida en el fallo. De ignorarse la identidad de la autoridad pública, la acción se tendrá por ejercida contra el superior.

Quien tuviere un interés legítimo en el resultado del proceso podrá intervenir en él como coadyuvante del actor o de la persona o autoridad pública contra quien se hubiere hecho la solicitud.

ARTICULO 14. CONTENIDO DE LA SOLICITUD. Informalidad. En la solicitud de tutela se expresará, con la mayor claridad posible, la

³⁷¹ En la versión consultada: Jurisprudencia Vigencia. Corte Constitucional: - Artículo declarado EXEQUIBLES (sic) por la Corte Constitucional, mediante Sentencia No. C-018-93, del 25 de enero de 1993, Magistrado Ponente Dr. Alejandr (sic) Martínez Martínez.

acción o la omisión que la motiva, el derecho que se considera violado o amenazado, el nombre de la autoridad pública, si fuere posible, o del órgano autor de la amenaza o del agravio, y la descripción de las demás circunstancias relevantes para decidir la solicitud. También contendrá el nombre y el lugar de residencia del solicitante.

No será indispensable citar la norma constitucional infringida, siempre que se determine claramente el derecho violado o amenazado. La acción podrá ser ejercida, sin ninguna formalidad o autenticación, por memorial, telegrama u otro medio de comunicación que se manifieste por escrito, para lo cual se gozará de franquicia. No será necesario actuar por medio de apoderado.

En caso de urgencia o cuando el solicitante no sepa escribir o sea menor de edad, la acción podrá ser ejercida verbalmente. El juez deberá atender inmediatamente al solicitante, pero, sin poner en peligro el goce efectivo del derecho, podrá exigir su posterior presentación personal para recoger una declaración que facilite proceder con el trámite de la solicitud, u ordenar al secretario levantar el acta correspondiente sin formalismo alguno.

ARTICULO 15. TRAMITE PREFERENCIAL. La tramitación de la tutela estará a cargo del juez, del presidente de la sala o magistrado a quien éste designe, en turno riguroso, y será sustanciada con prelación para lo cual se pospondrá cualquier asunto de naturaleza diferente, salvo el de hábeas corpus.

Los plazos son perentorios o improrrogables.

ARTICULO 18. RESTABLECIMIENTO INMEDIATO. El juez que conozca de la solicitud podrá tutelar el derecho, prescindiendo de cualquier consideración formal y sin ninguna averiguación previa, siempre y cuando el fallo se funde en un medio de prueba del cual se pueda deducir una grave e inminente violación o amenaza del derecho.

ARTICULO 23. PROTECCION DEL DERECHO TUTELADO. Cuando la solicitud se dirija contra una acción de la autoridad el fallo que conceda la tutela tendrá por objeto garantizar al agraviado el pleno goce de su derecho, y volver al estado anterior a la violación, cuando fuere posible.

Cuando lo impugnado hubiere sido la denegación de un acto o una omisión, el fallo ordenará realizarlo o desarrollar la acción adecuada, para lo cual se otorgará un plazo prudencial perentorio. Si la autoridad no expide el acto administrativo de alcance particular u lo remite al juez en el término de 48 horas, éste podrá disponer lo necesario para que el derecho sea libremente ejercido sin más requisitos. Si se hubiere tratado de una mera conducta o actuación material, o de una amenaza, se ordenará su inmediata cesación, así como evitar toda nueva violación o amenaza, perturbación o restricción.

En todo caso, el juez establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto.

ARTICULO 27. CUMPLIMIENTO DEL FALLO. Proferido el fallo que conceda la tutela, la autoridad responsable del agravio deberá cumplirla sin demora.

Si no lo hiciere dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, el juez se dirigirá al superior del responsable y le requerirá para que lo haga cumplir y abra el correspondiente procedimiento disciplinario contra aquél. Pasadas otras cuarenta y ocho horas, ordenará abrir proceso contra el superior que no hubiere procedido conforme a lo ordenado y adoptará directamente todas las medidas para el cabal cumplimiento del mismo. El juez podrá sancionar por desacato al responsable y al superior hasta que cumplan su sentencia.

Lo anterior sin perjuicio de la responsabilidad del funcionario en su caso.

En todo caso, el juez establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto y mantendrá la competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza.

ARTICULO 28. ALCANCES DEL FALLO. El cumplimiento del fallo de tutela no impedirá que se proceda contra la autoridad pública, si las acciones u omisiones en que incurrió generaren responsabilidad.

La denegación de la tutela no puede invocarse para excusar las responsabilidades en que haya podido incurrir el autor del agravio.

ARTICULO 29. CONTENIDO DEL FALLO. Dentro de los diez días siguientes a la presentación de la solicitud el juez dictará fallo, el cual deberá contener:

1. La identificación del solicitante.
2. La identificación del sujeto o sujetos de quien provenga la amenaza o vulneración.³⁷²
3. La determinación del derecho tutelado.
4. La orden y la definición precisa de la conducta a cumplir con el fin de hacer efectiva la tutela.
5. El plazo perentorio para el cumplimiento de lo resuelto, que en ningún caso podrá exceder de 48 horas.
6. Cuando la violación o amenaza de violación derive de la aplicación de una norma incompatible con los derechos fundamentales, la providencia judicial que resuelva la acción

³⁷² En la versión consultada: Jurisprudencia Vigencia: Corte Constitucional: - Este inciso fue demandado y sobre el mismo la Corte Constitucional falló mediante Sentencia C-054-93 del 18 de febrero de 1993, Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero, indicando: 'Estése a lo resuelto por la Corte Constitucional respecto de los artículos... 29... del Decreto 2591 de 1991'. No obstante, los compiladores de esta norma no encontraron sentencia alguna anterior en la cual se fallara sobre este numeral de este artículo.

interpuesta deberá además ordenar la inaplicación de la norma impugnada en el caso concreto.

PARAGRAFO. El contenido del fallo no podrá ser inhibitorio.

Con base en estos dispositivos y los criterios interpretativos de la Corte Constitucional colombiana, es evidente que los conceptos de interés jurídico y de interés legítimo de la doctrina constitucional mexicana³⁷³, específicamente en materia de juicio de amparo, no han presentado mayor relevancia en la Acción de Tutela del sistema jurídico colombiano.

En efecto, la única mención de la locución <<interés legítimo>> que se hace en el Decreto 2591 de 1991, aparece en el artículo 13 (cuyo epígrafe es “PERSONAS CONTRA QUIEN SE DIRIGE LA ACCION E INTERVINIENTES³⁷⁴”), segundo párrafo [“Quien tuviere un *interés legítimo* en el resultado del proceso podrá intervenir en él como coadyuvante del actor o de la persona o autoridad contra quien se hubiere hecho la solicitud.” (las cursivas son nuestras)], dispositivo del que se infiere que terceros interesados en coadyuvar con el accionante o con la autoridad o persona contra la que se ha ejercitado la Acción de Tutela, pueden coadyuvar y su interés en hacerlo muestra (y se aprecia como) un interés legítimo calificado exclusivamente como coadyuvancia, es decir, se trata de <<interés legítimo de coadyuvancia>>.

³⁷³ Y no solamente de la doctrina jurídica mexicana sino de algunos otros sistemas como el de España.

³⁷⁴ Los epígrafes permiten construir argumentos denominados *a rubrica*. Se trata de una de las especies de la directriz de interpretación jurídica sobre el contexto. A decir de Rogelio Larios Velasco y Lucila Caballero Gutiérrez, las directivas de interpretación jurídica *a rúbrica*, citando a Kalinowski, es un argumento muy débil y “se basa en el título de un texto legislativo y como tal título no es una norma jurídica, no tiene el carácter de derecho... Por su parte Esquiaga nos dice que el *a rubrica* consiste en atribuir a un enunciado jurídico un significado sugerido por el título o rúbrica del grupo de artículos en el que se encuentra. En relación con este argumento, afirma, se presume que el legislador comunica sus intenciones en los títulos de las leyes y de las divisiones que realiza en su actividad legislativa. El concepto de la directiva *a rubrica* resulta de la siguiente manera: si existe un título del ordenamiento jurídico, sea de su conjunto o de cualquiera de sus divisiones o subdivisiones, que oriente sobre el significado de la norma, entonces debe atribuirse a ésta un significado basado en tal título.”, Larios Velasco, Rogelio y Caballero Gutiérrez, Lucila *Las directivas de interpretación jurídica*, Fontamara, México, 2011, p. 115. Lo señalado, consideramos, es aplicable a los epígrafes.

7. Doctrina colombiana y los conceptos de interés jurídico e interés legítimo

No obstante, esta interpretación, no encontramos en la doctrina colombiana desarrollos dogmáticos sobre interés jurídico ni sobre interés legítimo (por el contrario, como veremos más adelante, la doctrina colombiana es indiferente al interés jurídico). Sin embargo, Francisco Vázquez Gómez Bisogno³⁷⁵, doctrinario mexicano, señala que el interés legítimo en la Acción de Tutela está relacionado con lo prescrito en el artículo 10, segundo párrafo, del Decreto 2591 de 1991 (cuyo epígrafe es "LEGITIMIDAD E INTERES): "También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de éstos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud)"³⁷⁶, es decir, el interés legítimo en la Acción de Tutela, de acuerdo con Francisco Vázquez Gómez Bisogno, se identifica con la figura denominada "agencia oficiosa de tutela". Observemos que, además, en el contenido de dicho dispositivo, nunca se hace referencia a interés alguno, valga recalcar, mucho menos a interés legítimo.

³⁷⁵ Vázquez Gómez Bisogno, Francisco, "El proceso al servicio de los derechos. Alcance del interés legítimo en el derecho comparado", en *Cuestiones Constitucionales*, Revista de Derecho Constitucional, Núm. 26, enero-junio 2012; Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México. pp. 415-466. En este artículo, Francisco Vázquez Gómez Bisogno analiza el interés legítimo en los sistemas español y colombiano. Respecto del primero, da cuenta de varios casos en los que el Tribunal Constitucional español va construyendo el concepto de interés legítimo a partir de lo dispuesto en los artículos 24.1 y 162.1 de la Constitución española, destacando casos en los que organizaciones o colectivos (en sentido amplio, V. gr., 14 profesores, familiares de una persona fallecida, un sindicato, una asociación) han demandado amparo alegando tener interés legítimo, a lo que el Tribunal Constitucional español ha diferenciado dos niveles: a) una capacidad genérica consistente en el reconocimiento abstracto o general de la legitimación para impugnar decisiones que afecten al colectivo o miembros de la asociación y b) una exigencia de concreción de dicha capacidad genérica en el asunto específico de que se trate, lo que lleva a analizar caso por caso la legitimación. Por lo que hace al sistema jurídico colombiano, Francisco Vázquez Gómez Bisogno identifica el interés legítimo con la agencia oficiosa de tutela.

³⁷⁶ *Idem*, p. 456.

Nos parece que la identificación del interés legítimo como “agencia oficiosa de tutela”³⁷⁷, dista mucho, por decir lo menos, de un entendimiento de la construcción doctrinal del interés legítimo que ha hecho la doctrina constitucionalista de México, tal y como se infiere del artículo de Francisco Vázquez Gómez Bisogno, pues cuando examina el sistema jurídico colombiano, reduce el interés legítimo a la mencionada agencia oficiosa de tutela prevista en el segundo párrafo del artículo 10 del Decreto 2591 de 1991.

La agencia oficiosa de tutela, a la cual Vázquez Gómez identifica con el interés legítimo, tiene una significación propia pragmática en el sistema jurídico colombiano, y que no es otro que el de promover una acción de tutela cuando el titular de los derechos no esté en condiciones de promover su propia defensa, es decir, bajo los parámetros de la Teoría General del Proceso, se trata de una legitimación *ad procesum*³⁷⁸. Por otra parte, tampoco es procedente identificar el “interés legítimo” en la significación de las doctrinas mexicana (y , quizá, española), con el <<interés legítimo de coadyuvancia>> a que se refiere el segundo párrafo del artículo 13 del Decreto 2591 de 1991 (reglamentación legal de la Acción de Tutela).

³⁷⁷ Figura que, a decir de la Corte Colombiana, cita Francisco Vázquez Gómez Bisogno: “...[s]e puede invocar el amparo de los derechos fundamentales, amenazados o vulnerados, personalmente o a través de representante, porque (...) el legislador consideró que para estos eventos es más importante el fondo que la forma y que más importante para el estado social de derecho y para la persona que la protección real, eficiente y oportuna de sus derechos fundamentales. Cuando se prevé la oportunidad de agenciamiento de derechos ajenos para el ejercicio de esta acción, se reafirma la voluntad de la ley de hacer prevalecer el respecto esencialísimo de los derechos fundamentales por encima de cualquier consideración formal”, Vázquez Gómez Bisogno, Francisco, “El proceso al servicio...”, Op. Cit, pp. 456-457; es decir, el interés legítimo solamente opera bajo los cánones de la “agencia oficiosa de tutela”, prevista, como ya se indicó, en el segundo párrafo del artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, el cual reglamenta la Acción de Tutela.

³⁷⁸ La *legitimatío ad proccesum* es la capacidad que se necesita para ser parte en un proceso y la *legitimatío ad causam* es la capacidad que consiste en el reconocimiento de que sólo puede actuar en juicio quien es titular del derecho substantivo hecho valer o quien válidamente puede contradecirlo. Estos conceptos de *legitimatío* son construcciones eminentemente civilistas, pero con las debidas matizaciones aplican al juicio de amparo. Véase: Becerra Bautista, José, *El Proceso Civil en México*, 6ª ed., Porrúa, México, 1977, pp. 21-22.

El interés de coadyuvancia de un tercero en contribuir (colaborar, cooperar) con el actor de la acción de tutela o respecto de la persona o autoridad contra la cual se ha ejercitado la Acción de Tutela, nada tiene que ver con el interés legítimo de las doctrinas mexicana (y española).

8. Contrastación entre la regulación constitucional de la acción de tutela y el juicio de amparo

De acuerdo con lo anterior, los dispositivos del segundo párrafo del artículo 10 y del segundo párrafo del artículo 13, del Decreto 2591 de 1991, por el que se reglamenta la acción de tutela no significan interés legítimo en el sentido doctrinal que éste tiene en México y en España. Al efecto, contrastemos los textos constitucionales y las configuraciones normativas de nivel ley de los sistemas jurídicos colombiano y mexicano para constatar que en Colombia no hay exigencia procedimental alguna por la que el accionante de tutela o de amparo tenga la obligación de probar que cuenta con interés jurídico o interés legítimo.

Esquema 49. Regulación colombiana (acción de tutela) y mexicana (juicio de amparo)

Constitución Política de Colombia	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
Artículo 86, primer párrafo	Artículo 107, fracción I
“Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.	“El juicio de amparo se seguirá siempre a instancia de parte agraviada, teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho o de un interés legítimo individual o colectivo, siempre que alegue que el acto reclamado viola los derechos reconocidos por esta Constitución y con ello se afecte su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico.”

Decreto 2591 de 1991		Ley de Amparo
Artículo 10, segundo párrafo	Artículo 13, segundo párrafo	Artículo 5o., fracción I
“También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud.”	“Quien tuviere un interés legítimo en el resultado del proceso podrá intervenir en él como coadyuvante del actor o de la persona o autoridad pública contra quien se hubiere hecho la solicitud.”	Son partes en el juicio de amparo: I. El quejoso, teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho subjetivo o de un interés legítimo individual o colectivo, siempre que alegue que la norma, acto u omisión reclamados violan los derechos previstos en el artículo 1o de la presente Ley y con ello se produzca una afectación real y actual a su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico. ...
Agencia Oficiosa de Tutela	Interés Legítimo de <i>Coadyuvancia</i>	Interés legítimo como requisito para accionar juicio de amparo
Dos requisitos: (i) que el titular de los derechos no esté en condiciones de defenderlos y, (ii) que en la tutela se manifieste esa circunstancia.	Requisito: tener un interés legítimo en el resultado del proceso	El requisito de procedencia del amparo es ser titular de un interés legítimo Elementos: La titularidad puede ser individual o colectiva Que el acto objeto del interés legítimo sea violatoria de derechos constitucionales (incluye derechos humanos) Que la violación afecta esfera jurídica, es decir, sólo si dentro de la esfera jurídica del titular del interés legítimo está éste La afectación se da “en virtud de su especial situación frente al orden jurídico.”
Legitimación <i>ad procesum</i>	Legitimidad de coadyuvancia	Interés jurídico Interés legítimo

9. Principios que rigen la acción de tutela

Como podemos observar, se trata de cosas muy diferentes, y la problemática en la que está entrampada la doctrina mexicana acerca del interés legítimo atrae la atención y minimiza lo que realmente es importante, pues nuestras baterías doctrinales y prácticas (práctica judicial y no judicial, jurisdiccional y no jurisdiccional) deben enfocarse a la vigencia de los principios siguientes³⁷⁹:

- (i) Primacía del derecho sustantivo sobre el derecho adjetivo;
- (ii) Eficacia de los derechos fundamentales³⁸⁰, y
- (iii) Informalidad de la acción de tutela o juicio de amparo³⁸¹.

En otras palabras, los ríos de tinta que han corrido acerca del interés jurídico y del interés legítimo en la doctrina mexicana³⁸² (y en la española), no tienen

³⁷⁹ Estos principios son reseñados por Francisco Vázquez Gómez Bisogno, “El proceso al servicio...”, *Op. Cit.*, p. 460. Este autor, cuando se refiere al sistema jurídico colombiano y analizar la Acción de Tutela, no obstante que el interés legítimo lo identifica con la “agencia oficiosa de Tutela”, lo cual, como lo hemos demostrado, es un despropósito, nos muestra que esos principios son el parámetro razonable de operatividad de las garantías de protección de los derechos fundamentales. Lo importante es ver las cosas como son: la eficacia, efectividad y eficiencia de los derechos fundamentales, así como su promoción, respeto, protección y garantía, y, por ende, las garantías de protección deben responder a los mencionados principios. Una de las consecuencias es replantear los principios o supuestos principios bajo los que actualmente opera el juicio de amparo.

³⁸⁰ Este principio está vinculado con lo dispuesto en el artículo 1º, tercer párrafo, constitucional: “Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.”

³⁸¹ Recientemente incorporamos el principio de informalidad a nuestro texto constitucional mediante las modificaciones publicadas en el Diario Oficial de la Federación del 15 de septiembre de 2017: Artículo 17, tercer párrafo: “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.*” (las cursivas son nuestras)

³⁸² Un recorrido doctrinal histórico sobre el interés jurídico y el interés legítimo puede examinarse en los estudios de Juan Antonio Cruz Parceró: en 1999 se publica su obra *El concepto de derecho subjetivo*, Fontamara, México, 1999, obra en la que analiza cuatro autores: Kelsen, Hohfeld, Hart y Dworkin, y concluye que: “El uso del concepto de derecho subjetivo en sentido amplio es de enorme

relevancia en el Derecho objetivo; de hecho, es así como suele emplearse con más frecuencia esta noción. En el Derecho público es particularmente relevante cuando se habla de derechos fundamentales o de derechos humanos, como el derecho a la vida, la libre expresión, etc., pero también el Derecho privado cuando se habla del derecho de propiedad. Lo que he sostenido en esta tesis es que, en sentido amplio, los términos 'derecho' y 'deber' no son necesariamente correlativos. El verbo del modo contrario ha dado origen a muchas confusiones y a muchas disputas tratando de encontrar el 'verdadero' deber correlativo de este tipo de derechos en sentido amplio, y se ha llegado a postular que existe un deber general de no interferir correlativo de estos derechos. Si estamos de acuerdo en que este tipo de derechos en sentido amplio son la conjunción de dos o más pretensiones, privilegio, poderes o inmunidades, entonces a este conjunto de posiciones le corresponderán sus correlativos deberes, no derechos, sujeciones e incompetencias [Hohfeld]. En este sentido podemos decir que el derecho (en sentido amplio) no es necesariamente correlativo de *una* obligación, aunque necesariamente será correlativo bien de obligaciones, o bien de no-derechos, sujeciones o incompetencias. Una vez que hemos aclarado este punto, podremos entender coherentemente que decir que *siempre que hay un derecho hay un deber* tiene sentido sólo si nos referimos al derecho en sentido estricto o pretensión, es decir, si nos estamos refiriendo a una determinada relación (jurídica). Así, también, tendrá sentido decir que *puede haber derechos sin deberes*, si hacemos referencia a un derecho en sentido amplio que esté formado de privilegios, poderes o inmunidades.", p. 298; Otra conclusión importante a la que llega Cruz Parcer o sobre la prioridad de los derechos o los deberes es la siguiente: "...hay una confusión entre quienes sostienen que los derechos son anteriores justificativamente a los deberes. Lo que es 'lógicamente' anterior tanto a los deberes como a los derechos son los valores o los bienes que se intenta proteger. El error de estos autores consiste en identificar a los derechos con los valores o bienes.", p. 299; para 2007, publica su obra *El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos*, Trotta, Madrid, Es., 2012, en la que, con base en sus estudios precedentes, abunda el estudio del concepto de derecho subjetivo adoptando como matriz las aportaciones de Hohfeld, y, entre otros aspectos, revisa la jurisprudencia mexicana a la luz de los conceptos jurídicos de derecho subjetivo y de interés jurídico. Su crítica es puntual: la noción de derecho subjetivo como un interés jurídicamente protegido, la cual se debe a Ihering, y de este la ecuación es "Derecho subjetivo es un interés jurídicamente protegido, Ds es Ij, pero la jurisprudencia mexicana invirtió indebidamente tal ecuación: Interés jurídico es un derecho subjetivo, Ij es Ds, y este error ha tenido consecuencias terribles que muestra mediante jurisprudencias contradictorias e inconsistentes que impactan la garantía de protección de los derechos fundamentales; en 2013, se publica un artículo titulado "El concepto de interés legítimo y su relación con los derechos humanos. Observaciones críticas a Ulises Schmill y Carlos de Silva, *Isonomía, Op. Cit.*, en el que, entre otros puntos, pone de manifiesto que el entendimiento de derecho subjetivo en sentido kelseniano impide la justiciabilidad de los derechos sociales, ya que para la tesis de Kelsen no hay derecho subjetivo sino va acompañado de la acción judicial respectiva, y esto impacta negativamente a los derechos sociales pues sólo son vistos como normas programáticas; para 2017, publica una obra titulada *Hacia una Teoría Constitucional de los Derechos Humanos*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2017, en la que de forma más extensa aborda el impacto de las modificaciones constitucionales del 10 de junio de 2011 en materia de derechos humanos, sin perjuicio de referencias a las modificaciones en materia de juicio de amparo (o en general de control constitucional y convencional), y, en específico, dedica el capítulo 4, al estudio del interés legítimo y derechos humanos, tema respecto del que concluye que hay que rechazar la doctrina kelseniana de los derechos subjetivos y las teorías de los intereses por su inconsistencia respecto de la forma en que la Constitución nos exige proteger derechos humanos.

ningún sentido en la doctrina jurídica colombiana, específicamente en materia de acción de tutela (acción que, en cierto sentido, es equivalente a nuestro juicio de amparo). Lo relevante en Colombia, vía la Acción de Tutela, es la primacía de lo sustantivo respecto de lo adjetivo, y, por tanto, el proceso, sea cual sea, está al servicio de los derechos humanos.

Hagamos un experimento mental: digamos a los colombianos que, a su acción de tutela, para que funcione mejor, agreguen la exigencia formal procedimental de que el accionante de la tutela pruebe contar con interés jurídico o interés legítimo como requisito de procedencia de la acción de tutela, tal y como los entendemos en México. ¿Qué nos dirían los colombianos?³⁸³

10. Un mundo posible: la modificación del texto constitucional mexicano para eliminar las referencias al interés jurídico y al interés legítimo como requisito de procedibilidad del juicio de amparo: en materia de derechos sociales se presupone interés social legítimo

Si tenemos en cuenta el sistema colombiano –Acción de Tutela– ¿Qué pasaría si se modificase el artículo 107, fracción I y se estableciera que (siguiendo la

³⁸³ Hacia una respuesta podemos considerar el estudio de Tania Giovanna Vivas Barrera, “El Amparo mexicano y la Acción de Tutela colombiana. Un ejercicio de derechos constitucional comparado en Latinoamérica”, en *Revista Pensamiento Jurídico* N° 33, 2012, Universidad Nacional de Colombia. Fuente: https://revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/37883/pdf_183; autora que señala: “Respecto de los intervinientes, (el accionante en la Tutela y quejosos o agraviados en el Amparo). En el caso del amparo debe mencionarse una particularidad, antes de la reforma de junio de 2011 se requería la demostración de un interés jurídico para poder ser reconocido como parte agraviada lo que reducía la capacidad de intervención pues debía demostrarse una afectación jurídica en el proceso judicial que se atacaba con el Amparo, luego de la reforma el interés jurídico se convirtió en un “interés legítimo que vea afectada su esfera jurídica”¹³⁰, en una revisión del contenido deóntico de la norma, se evidencia que efectivamente hay un cambio de exigir un interés que no ha restringido al jurídico pero si legítimo, es decir, un interés en las resultas del proceso sobre el que se solicita el Amparo, sin duda, tal discusión refiere a una *cuestión procesalista ajena a una acción que persigue la protección de derechos humanos, a la inversa la Tutela mucho más moderna en su diseño no exige tales requisitos de interés exigiendo solo la afectación de los derechos fundamentales de la persona que solicita se tutele.*”, p. 40 (las cursivas son nuestras). En el mismo sentido Rodrigo Uprimny (aunque sus señalamientos van dirigidos, en general, al juicio de amparo), véase parte de su conferencia en las páginas 43 a 45 de este estudio.

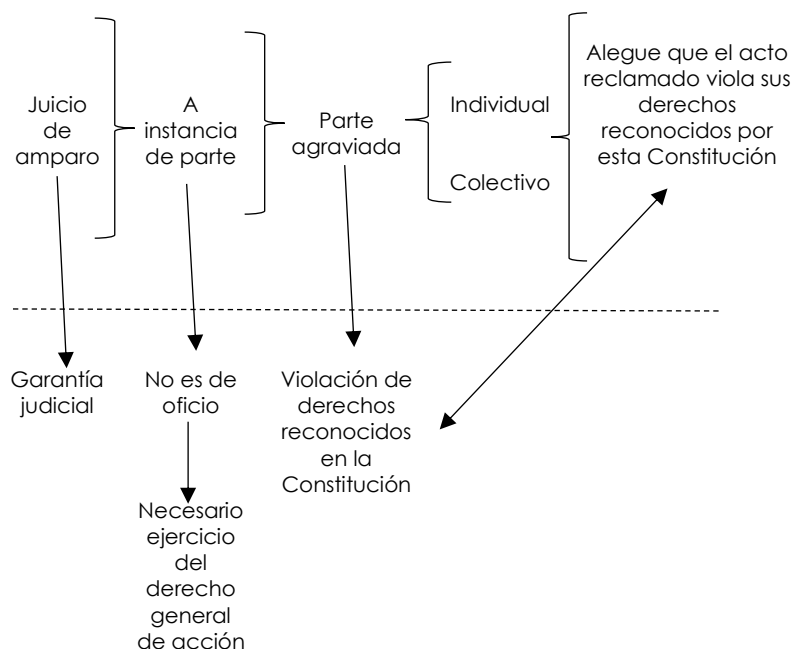
redacción normativa de la constitución colombiana) “el juicio de amparo procede para para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”, es decir, eliminamos cualquier referencia a interés jurídico o interés legítimo?

Aparte de generar un archivo inmenso sobre documentos cuya temática fue el interés legítimo, la promoción, respeto, protección y garantía de los derechos humanos, vía el juicio de amparo, comenzaría por actualizar y hacer efectivo los principios (i) de Primacía del derecho sustantivo sobre el derecho adjetivo; (ii) de Eficacia de los derechos fundamentales, y (iii) de Informalidad de la acción de tutela o juicio de amparo.

Hay que decirlo con todas sus letras: el juicio de amparo, hasta ahora, se ha destacado por ser un motor primordial de la defensa de los derechos humanos, sobre todo en los derechos fundamentales individuales (civiles y políticos), pues en materia de derechos sociales apenas se vislumbra un entendimiento para su mejor operatividad, que, si bien se da un impulso, *prima facie*, al contemplar el interés legítimo en las modificaciones constitucionales de 2011 (6 de junio) para una mejor protección de los derechos sociales e intereses colectivos, los jueces constitucionales siguen dedicando tiempo a las cuestiones adjetivas sobre las cuestiones sustantivas, más cuando es evidente la violación de un derecho humano, pues no obstante constatar que hay violación, se pierden en cuestiones adjetivas. Es importante insistir en la necesidad de considerar que la clave está en el análisis de la violación de un derecho humano y que tal análisis no debe marginarse por un supuesto análisis de lesión a un interés que debe ser jurídico o legítimo

Bajo estas consideraciones, nuestro esquema quedaría de la forma siguiente:

Esquema 50. Elementos básicos para la procedencia del juicio de amparo (exclusión de cualquier clase de interés)



Como podemos observar, la clave está en la afectación, es decir, en la violación de un derecho fundamental. La afectación supone que el accionante de la garantía es titular del derecho humano de que se trate y si éste implica una posición jurídica, basada en una posición fáctica, entonces lo que hay que revisar, por efecto de la afectación/violación, es cuál prestación o derecho a algo hay que llevar a cabo, sea una acción o una omisión. Claro, habrá reclamaciones que aparentemente no estén vinculadas con un derecho humano en cuanto éste implica una adscripción a todas las personas – universalidad y generalidad-, pero, sí de la posición fáctica en su relación con una posición jurídica, hay afectación/violación, entonces existe una pretensión o derecho a una prestación concreta debida (correlativa)³⁸⁴.

³⁸⁴ Al respecto, es muy ilustrativa la tesis aislada siguiente: INTERÉS LEGÍTIMO PARA PROMOVER UN JUICIO DE AMPARO EN MATERIA AMBIENTAL. OBLIGACIÓN DE LOS JUZGADORES EN SU ANÁLISIS. El análisis en relación con la actualización del interés legítimo en juicios ambientales

La cuestión del interés sea jurídico, legítimo o de cualquier otra índole, es intrascendente, pues lo que importa primordialmente es constatar si el derecho que se alega vulnerado realmente ha sido vulnerado, es decir, que se ha afectado la esfera jurídica de una persona dentro de la que se encuentra el derecho vulnerado. Si esto va por el camino correcto, entonces no tiene caso reclamar la afectación de un derecho constitucional, principalmente si se trata de derechos humanos, alegando que no se tiene un derecho sino un interés legítimo precisamente porque lo que se afecta/vulnera es un derecho humano y no un interés jurídico o un interés legítimo. Si se trata de una afectación/violación de un derecho humano, lo que se arguye es que ha sido violado y no que hay alguna clase de interés como el legítimo que ha sido afectado. La Acción de Tutela opera en este sentido.

En el modelo que se deriva de lo establecido en el artículo 107, fracción I, de la Constitución mexicana, el problema se presenta cuando la afectación de la esfera jurídica se condiciona a que (i) si se es titular del derecho humano, tiene que darse afectación de manera directa, es decir, se afecta el interés jurídico porque éste, según la doctrina del interés basada en Ihering, deriva de lo que es un derecho subjetivo o (ii) que no siendo titular de derecho constitucional alguno (incluyendo los derechos humanos, lo cual implica un contrasentido) haya un interés legítimo, individual o colectivo, y que la afectación a ese interés

también se rige por los principios que norman esta materia; en este tenor, a la luz del principio de participación ciudadana y el correlativo de iniciativa pública, el Estado tiene la obligación de fomentar la participación del ciudadano en la defensa del medio ambiente y crear entornos propicios para este efecto. Específicamente, los juzgadores tienen la obligación de hacer una interpretación amplia en relación con la legitimación activa en el juicio de amparo en materia ambiental, lo cual no significa que sea ilimitada, pues *quien acude a este juicio debe acreditar ser beneficiario de los servicios ambientales que presta el ecosistema que estima afectado*. (Las cursivas son nuestras). Derivada del Amparo en Revisión 307/2016. Esta tesis se publicó el viernes 07 de diciembre de 2018 a las 10:19 horas en el Semanario Judicial de la Federación. Décima Época; Núm. de Registro: 2018694; Instancia: Primera Sala; Tesis Aislada; Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación; Libro 61, Diciembre de 2018, Tomo I; Materia(s): Común, Administrativa; Tesis: 1a. CCXC/2018 (10a.); Página: 335.

se deba por la especial situación frente al orden jurídico, pero se exige que el acto reclamado viole los derechos reconocido constitucionalmente, muestra contradicción, pues, según el texto constitucional, si hay interés legítimo es que no hay titularidad de derecho alguno sino titularidad de interés legítimo, no obstante ello, tiene que darse un acto (acto reclamado) violatorio de uno o varios derechos constitucionales. Todo este enredo³⁸⁵ se evita si dejamos de lado, de plano, el interés jurídico y el interés legítimo, como lo hacen los colombianos³⁸⁶.

Para comenzar a reconstruir con nuevos bríos y con una nueva perspectiva los elementos y requisitos de una de las garantías más importantes de nuestro sistema procesal constitucional, es decir, del juicio de amparo, tenemos que partir de varias consideraciones.

Si la esfera jurídica de las personas está conformada por los derechos que le son reconocidos y adscritos entonces cualquier violación a tales derechos comporta una afectación a la esfera jurídica.

Si la afectación de la esfera jurídica de una persona es la negación de la posición jurídica de una persona de cualquiera de sus derechos reconocidos o adscritos, entonces lo que el juez constitucional tiene que verificar es que se ha

³⁸⁵ Para una muestra de malabarismo doctrinal, basta un botón: véase Tron Petit, Jean Claude, “¿Qué hay del interés legítimo?”, documento digital consultable en la página de internet de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, fuente:

https://www.sitios.scjn.gob.mx/reformasconstitucionales/sites/default/files/material_lectura/Jean%20Claude%20Tron%20Inter%C3%A9s%20Leg%C3%ADtimo.pdf.

³⁸⁶ De acuerdo con Cruz Parceró: “Fue Rudolf von Ihering, otro de los representantes más importantes [de la escuela de *jurisprudencia de intereses*], quien definió el concepto de derecho subjetivo como un <<interés jurídicamente protegido>>, pero nótese que los jueces en México lo hicieron al contrario. Por ponerlo de forma más clara: Ihering: derecho subjetivo es un interés jurídicamente protegido (Ds es Ij), y no: Jurisprudencia [mexicana]: Interés jurídico es un derecho subjetivo (Ij es Ds).”, Cruz Parceró, *El lenguaje de los Derechos... Op. Cit.*, p. 182.

dado una violación que afecta la esfera jurídica de una persona o de un colectivo³⁸⁷.

La persona es titular de derechos reconocidos constitucionalmente. Este reconocimiento opera *in abstracto*, pero si una posición fáctica actualiza la posición jurídica *in concreto*, principalmente la exigencia del objeto de la prestación que conlleva el derecho fundamental, entonces hay una exigencia de prestación o derecho a algo si se ha constado que hay una violación al derecho humano, es decir, que no se ha satisfecho el objeto de la prestación, lo que no es otra cosa que la fórmula tetraédrica: Da[apf]b1ób2G (para Alexy es una relación triádica: "a tiene frente a b un derecho a G -DabG-")

11. Superación de la teoría(s) del interés jurídico y del interés legítimo

Así, la exigencia procedimental de tener interés jurídico o interés legítimo (éste sin conexión con derecho alguno) para admitir a trámite el juicio de amparo, es un despropósito. Lo mejor es superar esos conceptos como <<requisitos de procedencia>> del juicio de amparo y centrarnos en lo relevante en un juicio de amparo: constatar si hay o no violación de un derecho humano, y si la hay, proceder a restituir al quejoso en el goce del derecho violado si se trata de un acto positivo y en caso de un acto negativo u omisión obligar a la autoridad a emitir el acto o realizar determinada acción.³⁸⁸

³⁸⁷ Se le atribuye a Hegel el señalamiento de que la pena es la negación de la negación, es decir, el Estado niega que alguien pueda negar el derecho. Cuando alguien comete un delito niega el derecho y el Estado al castigar el delito niega que alguien pueda negar el derecho: quien comete homicidio doloso niega la prohibición de matar dolosamente y, por tanto, cuando el Estado juzga a alguien que ha cometido homicidio doloso, lo que hace es negar que alguien pueda negar la prohibición de cometer homicidio doloso. Así, por analogía, el juicio de amparo es la negación de que alguien niegue una posición jurídica de un derecho fundamental.

³⁸⁸ En el artículo 77 de la vigente Ley de Amparo se establece lo siguiente: "Artículo 77. Los efectos de la concesión del amparo serán: I. Cuando el acto reclamado sea de carácter positivo se restituirá al quejoso en el pleno goce del derecho violado, restableciendo las cosas al estado que guardaban antes de la violación; y II. Cuando el acto reclamado sea de carácter negativo o implique una omisión, obligar a la autoridad responsable a respetar el derecho de que se trate y a cumplir lo que el mismo exija..."

Desde que Rudolf von Ihering señaló que un derecho subjetivo no es otra cosa que un interés jurídicamente protegido y esta idea se traslada al juicio de amparo (pero de forma invertida³⁸⁹) en cuanto a exigencia para su procedibilidad, se desató a Ulises y sucumbió al canto de las sirenas. No es objeto de nuestro estudio fijar cuándo se incorporó al juicio de amparo la exigencia de comprobar contar con interés jurídico, precisando que no basta la manifestación del quejoso de que tiene interés jurídico, pues los jueces aprecian, de manera muy libre, por no decir, arbitraria, si el actor cuenta o no con interés jurídico o interés legítimo.

Durante décadas se han sobreesido cualquier cantidad de amparos bajo el (cuasi) argumento de que el juez no veía interés jurídico en el solicitante de amparo³⁹⁰.

³⁸⁹ Véase la nota 386.

³⁹⁰ Juan Antonio Cruz Parceró denuncia a los fans de las causales de improcedencia: “Para muchos jueces de amparo la <<válvula de escape>> a su carga de trabajo es el artículo 73 de la Ley de Amparo, que algunos llaman el <<fan del 73>>. Este artículo se refiere a las causas de improcedencia y su fracción V se refiere a la falta de interés jurídico. Arturo Zaldivar sostiene que dicha causal fue introducida por Ignacio Vallarta al llegar a la presidencia de la Suprema Corte en 1878: ‘[...] no es extraño que esa idea del interés jurídico haya sido establecida por Vallarta dentro de la dictadura de Díaz y después la hayan mantenido las cortes que actuaron en los años de la homogeneidad priísta, pues de esa forma era posible que la Corte subordinara su actuación frente al poder político a partir de la idea de que la cuestión discutida era puramente técnica y, por lo mismo, totalmente ajena a las propias cuestiones políticas’. No estoy seguro [señala Cruz Parceró] de que la mera introducción de la figura del interés jurídico haya sido la causa del mal que nos ocupa; quizá es cierto que la actitud política cambió desde entonces y permitió frenar una serie de criterios vanguardistas ... Sin embargo, como he sostenido, pienso que fue la identificación del concepto de interés jurídico con el derecho subjetivo (cuando este último había pasado a entenderse en términos kelsenianos) lo que vino a hacer del concepto de interés jurídico un verdadero embudo en nuestro sistema de administración de justicia. Muchos juristas, al comentar esta causal de improcedencia, adoptan en sus manuales, sin ninguna reflexión crítica, las tesis de la Corte sobre la identificación del interés jurídico con el derecho subjetivo y realizan un repaso del concepto de derecho subjetivo y, si bien no citan explícitamente a Kelsen, es bastante claro que es la concepción del jurista austriaco la que adoptan. Lo mismo ocurre en textos del Derecho administrativo. Lo que sorprende es que se siga manteniendo hoy día la concepción kelseniana, pero esto se debe a un problema más profundo de la dogmática en nuestro país que sigue anclada a teorías ya superadas, que obstaculizan el desarrollo tanto teórico como práctico. Como mencione ante, Alfonso Noriega Cantú relacionó las causales de improcedencia del amparo con la teoría procesal civil de la improcedencia que requiere la existencia y comprobación de derechos

Si revisamos la primera sentencia de amparo de nuestro sistema jurídico³⁹¹, se infieren varios mundos de posibilidades: (i) no había ley reglamentaria en materia de amparo y, por ende, se operó directamente una norma constitucional^{392,393} ; (ii) en ningún punto el juez analiza nada parecido a algún interés del accionante de amparo; (iii) se constata la existencia del acto arbitrario violatorio de derechos fundamentales y, consecuentemente, se concede el amparo³⁹⁴.

subjetivos. Derechos subjetivos, como son los surgidos de todo tipo de contratos, de la propiedad y la posesión. Con esta identificación de la procedencia administrativo-constitucional con la civil se <<desnaturalizó>>...la distinción entre interés jurídico y derecho subjetivo que proviene de la doctrina procesal administrativa del siglo XIX.”, Cruz Parceró, Juan Antonio, *El lenguaje de los Derechos... Op. Cit.*, pp. 192-193. La referencia al artículo 73 de la anterior ley en materia de amparo (del año de 1936 y con múltiples modificaciones) es equivalente, con algunos cambios, al actual artículo 61 de la vigente ley en materia de amparo (publicada en el Diario Oficial de la Federación el 2 de abril de 2013), en especial lo establecido en la fracción XII, en la que se prescribe que “[El juicio de amparo es improcedente] Contra actos que no afecten los intereses jurídicos o legítimos del quejoso, en los términos establecidos en la fracción I del artículo 5o de la presente Ley, y...”.

³⁹¹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *La primera sentencia de amparo*, México, 2012.

³⁹² Lo que no es otra cosa que el valor normativo de la Constitución. Artículo 25 del “Acta Constitutiva y de Reformas sancionada por el Congreso extraordinario constituyente de los Estados Unidos Mexicanos el 18 de mayo de 1847, jurada y promulgada el 21 del mismo”: “Artículo 25.- Los Tribunales de la Federación ampararán a cualquier habitante de la República, en el ejercicio y conservación de los derechos que le concedan esta Constitución y las leyes constitucionales, contra todo ataque de los poderes Legislativo y Ejecutivo, ya de la Federación, ya de los Estados, limitándose dichos tribunales a impartir su protección en el caso particular sobre que verse el proceso, sin hacer ninguna declaración general respecto de la ley o del acto que lo motivare.”, Soberanes Fernández, José Luis y Martínez Martínez, Faustino José, *Fuentes para la historia del juicio de amparo*, Senado de la República. México, 2004, p. 152.

³⁹³ Del fallo: “...que la circunstancia de no haberse reglamentado el modo y términos en que tal protección debe dispensarse, no es ni puede ser un obstáculo para cumplir con ese sagrado deber, porque a nadie puede ocultarse el modo de sustanciar un expediente y que, de no dar cumplimiento al citado artículo [artículo 25 del Acta de Reformas], resultaría una contravención del objeto y fin que los legisladores se propusieron, no menos que una muy notable infracción, que inconcusamente haría responsable al que la cometiera; que una ley desde el momento en que se publica debe ser obligatoria...” , Soberanes Fernández, José Luis y Martínez Martínez, Faustino José, *Fuentes para la historia... Op. Cit.*, 47.

³⁹⁴ Del fallo: “...se declara que este juzgado dispensa a D. Manuel Verástegui la protección que solicita, en conformidad de lo dispuesto en el repetido artículo 25 del Acta de Reformas para que no pueda ser desterrado del Estado [San Luis Potosí], ...; debiendo quedar entre tanto en el pleno uso de los derechos y libertad que la misma Carta fundamental le concede como ciudadano mexicano...” , Soberanes Fernández, José Luis y Martínez Martínez, Faustino José, *Fuentes para la historia... Op. Cit.*, 47.

La teoría del interés jurídico y del interés legítimo (varias teorías según cada autor, incluyendo la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación) no es una teoría útil en relación con la promoción, respeto, protección y garantía de los derechos humanos, en especial de los derechos sociales. Debe ser dejada de lado, pues, como señala Cruz Parceró: “Dejar de lado la tradición cuando es para objetivos legítimos, como lo es el buscar una protección amplia e incluyente de los derechos humanos, no debe ser un precio que los juristas tengamos que escatimar. Como hemos sostenido, al final las doctrinas y las teorías jurídicas o son útiles o no los son, y ese es el parámetro –no el único, pero quizá sí el más importante– para evaluar el valor de una teoría en el derecho.”^{395,396}

12. Elementos básicos para la construcción de un nuevo concepto: el <<interés social legítimo>> de los derechos sociales

De que haya que superar la(s) teoría(s) del interés jurídico y del interés legítimo, tal y como actualmente se nos presentan, no se sigue que tengamos que prescindir de contar con un concepto por el que se legitimen procesalmente ciertos actores sociales para la defensa y protección de los derechos sociales.

³⁹⁵ Cruz Parceró, Juan Antonio, *Hacia una Teoría Constitucional... Op. Cit.*, p.118. No obstante, es importante precisar que no seguir una determinada teoría del derecho subjetivo como interés jurídicamente protegido no se sigue que no haya que abundar en el tema de los intereses humanos que requieren protección jurídica, pues siguiendo a Robert Alexy, hay enunciados relativos a los derechos subjetivos que refieren problemas empíricos, es decir, a situaciones reales y concretas, verificables empíricamente y que dan lugar a comprender las causas de una situación que, como posición fáctica, realiza una posición jurídica inherente a determinado derecho humano. Alexy, Robert, *Teoría de los derechos... Op. Cit.*, pp. 154-155.

³⁹⁶ En la línea de la nota anterior, probablemente en otras materias, sobre todo del derecho administrativo, sea adecuado manejar los conceptos de interés jurídico y de interés legítimo y, quizá, algunos otros conceptos relacionados como el concepto de interés difuso. Véase: Tron Petit, Jean Claude, “¿Qué hay del interés legítimo?”, *Op. Cit.*

Así, hay que sustituir el concepto de interés legítimo por otro concepto cuya intensión esté dada por la conexión entre derechos sociales y algunos bienes colectivos, pues éstos pueden ser objeto de aquellos en cuanto se trata de bienes tangibles e intangibles relacionados con las precondiciones materiales de vida que comportan la libertad fáctica, y esto justifica, en parte, que en el ejercicio de la acción de amparo tratándose de derechos sociales, el accionante sólo requiera algo muy parecido al concepto colombiano de “agencia oficiosa de tutela”³⁹⁷.

³⁹⁷ Algunos casos del sistema jurídico colombiano referidos por Francisco Vázquez Gómez Bisogno, “El proceso al servicio de los derechos...”, *Op. Cit.*, pp. 455-465, de agencia oficiosa de tutela (la cual, como hemos señalado, equipara al interés legítimo) en los que actúan organizaciones a las que directamente no se les puede atribuir un interés jurídico (conforme a los parámetros doctrinales constitucionales mexicano y español), manejan en sentido amplio el concepto de agencia oficiosa de tutela: (i) en el caso Pueblo Embera-Katío vs. Gobierno Nacional, Sentencia T-652/98 (10 de noviembre de 1998), la Corte Constitucional colombiana reconoce a una organización creada para la defensa de los derechos indígenas “agencia oficiosa [de tutela]”; (ii); caso Corporación Hospitalaria Juan Ciudad vs. Ana Susana Barragán Ortiz y otros. Sentencia T-595/09 (28 de agosto de 2009), en la que se reconoce al hospital “agencia oficiosa en materia de tutela”; (iii) caso Comité Comunitario para el Desarrollo Integral del Adulto Mayor vs. Alcalde de Montería. Sentencia T-961/09 (18 de diciembre de 2009), en el que al mencionado comité se le reconoce “agencia oficiosa [de tutela]”; (iv) caso Corporación Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo vs. Presidente de la República. Sentencia T-1062/05 (20 de octubre de 2005), en la que se reconoce implícitamente la agencia oficiosa de tutela al señalarse que la referida corporación “se encuentra legitimada para incoar la acción de tutela...toda vez que los miembros de dicha organización cuyos derechos fundamentales se dicen vulnerados, tienen en la Corporación a un representante legítimo de sus intereses...”; (v) caso Jobar Otero Cruz vs. Fondo Nacional de Vivienda. Sentencia T-177/10 (12 de marzo de 2010), en este caso hay una mención expresa a un interés legítimo y actual para promover la acción de tutela: “...el accionante, Jobar Otero Cruz, forma parte del núcleo familiar de la señora Cruz Trochez [quien presentó los documentos para acceder a la convocatoria de subsidios de vivienda para desplazados del año 2007]. Así las cosas, la negación del subsidio de vivienda puede afectar de manera directa sus derechos fundamentales, máxime teniendo en cuenta que comparte con su núcleo familiar la condición de desplazados y no posee una solución de vivienda diferente, Esto significa que tiene un interés legítimo y actual para promover la tutela.”; (vi) caso Ana Paulina Guevara Morantes en representación del menor Cristián Parra Garzón vs. Compensar E.P.S. (régimen contributivo de salud) Sentencia T-1199/05 (23 de noviembre de 2005), en el que se señala que “Cualquier persona está legitimada para interponer acción de tutela en nombre de un menor, siempre y cuando en el escrito o petición verbal conste la inminencia de la violación a los derechos fundamentales del niño, o la ausencia de representante legal”. Cabe precisar que en este caso se le da plena efectividad a lo establecido en el artículo 44 de la Constitución Política colombiana, dispositivo que se refiere a los derechos de la niñez, operando la agencia oficiosa de tutela que implícitamente hace valer la abuela del menor.

¿Cuál es la relación entre bienes colectivos y derechos sociales?, Si hay relación, ¿cuáles bienes colectivos están vinculados con los derechos sociales? Para ir respondiendo lo primero que hay que considerar es que todo derecho social implica algún bien colectivo, pero no todo bien colectivo conlleva un derecho social.

La competencia de las autoridades con base en las cuales proporcionan bienes colectivos está vinculada con el concepto de actividad estatal, y si ésta debe observar ciertos parámetros de regularidad constitucional, entonces la exigencia de que la autoridad aplique la regla de competencia por la que, objetivamente, ha de proporcionar bienes colectivos que son objeto de derechos sociales implica para las personas situadas socialmente un interés social legítimo.

Así, se está en presencia de un interés social legítimo en materia de derechos sociales cuando la prestación objeto del derecho social de que se trate implica algunas clases de bienes colectivos que se proporcionan, básicamente, mediante la actividad estatal y que conforman el estándar de bienes que configuran, en considerable medida, la libertad fáctica. El interés social legítimo referido a los derechos sociales lo es en sentido estricto, y cuando dicho interés se refiere a derechos fundamentales que no son catalogados como derechos sociales se trata de un interés social legítimo en sentido amplio.³⁹⁸

³⁹⁸ Así, por ejemplo, en el Amparo en Revisión 1359/2015, lo que hay realmente es un interés social legítimo en sentido amplio, pues la accionante del juicio de amparo, Campaña Global por la Libertad de Expresión A19, Asociación Civil, opera más cercanamente a la noción de “agencia oficiosa de tutela”, en el sentido doctrinal y jurisprudencial colombiano, es decir, es una organización que está interesada en que el derecho a la libertad de expresión en su vertiente de libertad de prensa e información sea eficaz, efectivo y eficiente. La organización hace valer como acto reclamado principal “La omisión de expedir la ley reglamentaria del párrafo octavo del artículo 134 de la Constitución...”, y respecto de su legitimación para accionar el juicio de amparo, señala: “La asociación civil Artículo 19

La noción de bienes colectivos no es muy clara en Alexy. La referencia más amplia que de ellos hace es cuando analiza la tercera objeción en contra del concepto de principio³⁹⁹ y que consiste en el señalamiento de que dicho concepto es demasiado amplio y, por ende, “inútil porque abarcaría todos los intereses que pueden ser tomados en cuenta en las ponderaciones”⁴⁰⁰.

Alexy, al analizar la tercera objeción, señala:

“Los principios pueden referirse tanto a derechos individuales como a bienes colectivos...en la Sentencia sobre la incapacidad procesal, entran en colisión el derecho a la vida y a la integridad física, y el principio de la garantía de una aplicación funcional del derecho penal. Este último principio se refiere a un bien colectivo. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal ofrece una variedad de ejemplos de bienes colectivos que constituyen el objeto de algunos principios. *La escala comienza con la salud pública, el*

cuenta con interés legítimo para impugnar la omisión del Poder Legislativo de expedir la ley reglamentaria del párrafo octavo del artículo 134 constitucional, toda vez que dificulta el *cumplimiento de su objeto social* y le impide contar con las herramientas legislativas necesarias para investigar, analizar, enseñar y *defender los derechos a la libertad de expresión, prensa e información.*” (las cursivas son nuestras), legitimación al que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, vía Primera Sala, señala, no sin antes aludir a varios precedentes en los que se ha resuelto la procedencia del juicio de amparo por estar acreditado el interés legítimo: “De acuerdo con lo anterior, en el caso concreto esta Primera Sala entiende que Artículo 19 acreditó tener un especial interés en la defensa y promoción de la libertad de expresión, al tiempo que la omisión que reclama *afecta su capacidad de cumplir con el objeto para el que fue constituida*, de tal manera que la eventual emisión la emisión de la legislación omitida le reportaría un beneficio determinado, actual y cierto para la quejosa: estar en la posibilidad de cumplir de manera cabal con el objeto social para el que la asociación fue constituida.” (las cursivas son nuestras), es decir, si en el objeto de la quejosa está la defensa de los derechos humanos, en especial el derecho a la libertad de expresión, y libertad de prensa e información, entonces ha acreditado su interés legítimo, lo que, en realidad, no es otra cosa que <<interés social legítimo>> en sentido amplio y que configura en buena parte lo que en la doctrina colombiana es la “*agencia oficiosa de tutela*”.

³⁹⁹ Las dos primeras objeciones son (i) la colisión de principios se solucionaría declarando inválido uno de los principios, y (ii) existirían principios absolutos que nunca entrarían en una relación de preferencia con otros principios (analiza el caso del principio de dignidad humana señalando que no es absoluto, pero que respecto de él “...existe un amplio grupo de condiciones de precedencia en las cuales existe un alto grado de seguridad acerca de que bajo ellas el principio de la dignidad humana tiene precedencia sobre los principios opuestos.”), (p. 87), Alexy, *Teoría de los derechos... Op. Cit.*, pp. 85-89)

⁴⁰⁰ *Idem*, p. 85

abastecimiento energético y el aseguramiento alimenticio, pasa por la lucha contra el desempleo, y llega hasta el afianzamiento de la estructura interna de las Fuerzas Armadas, la seguridad de la República Federal de Alemania y la protección del orden democrático en libertad. El hecho de que un principio se refiera a este tipo de bienes colectivos significa que ordena la creación o mantenimiento de situaciones que satisfagan, en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas, ciertos criterios que van más allá de la validez o la satisfacción de los derechos individuales.”⁴⁰¹ (las cursivas son nuestras)

Así, en nota de pie de página⁴⁰², Alexy expone cuatro relaciones entre derechos individuales y bienes colectivos, las cuales presentamos esquemáticamente:

⁴⁰¹ *Idem*, pp. 89-90

⁴⁰² *Idem*, nota de pie de página número 79, pp. 90-91. Un desarrollo más amplio sobre las relaciones entre derechos individuales y bienes colectivos puede verse en Alexy, Robert “*El concepto y la validez del Derecho*”, Gedisa, 1994, Barcelona, España, Alexy, Capítulo 4, apartado sobre Derechos individuales y bienes colectivos, pp. 179-208. Importa destacar que la definición del concepto de bien colectivo para Alexy es: “X es un bien colectivo si X es *no distributivo* y la creación o conservación de X está ordenada *prima facie* o definitivamente. Esta definición vale para cualquier sistema normativo. Si se la quiere referir exclusivamente a sistemas jurídicos, hay entonces que completarla de la siguiente manera: X es para el sistema jurídico S un bien colectivo si X es no-distributivo y la creación o conservación de X está ordenada *prima facie* o definitivamente por S. La recepción en esta definición de la dicotomía *definitivo/prima facie* pone de manifiesto que los bienes colectivos, al igual que los derechos individuales, pueden tener carácter de regla o de principio.”, p. 188. Respecto de la estructura no distributiva de los bienes colectivos, Alexy señala: “Para distinguir los derechos individuales de los bienes colectivos, se requiere un concepto de bien colectivo que constituya una contrapartida apta de los derechos individuales. Un concepto tal de bien colectivo puede construirse con la ayuda del concepto de lo no-distributivo. Un bien es un bien colectivo de una clase de individuos cuando conceptualmente, fáctica o jurídicamente, es imposible dividirlo en partes y otorgárselo a los individuos. Cuando tal es el caso, el bien tiene un carácter no-distributivo. Los bienes colectivos son bienes no-distributivos.”, p. 186-187. De lo señalado por Alexy, observamos que su examen solamente lo sitúa en relación con los derechos individuales y nuestra intención es ampliar esa óptica y relacionar los bienes colectivos con los derechos sociales, pues, precisamente del carácter no-distributivo de los bienes colectivos se da una relación entre de estos con los derechos sociales que implica un interés social legítimo, el cual no es necesario demostrar en algún juicio como garantía del derecho social de que se trate, pues la vinculación entre el objeto del derecho social y su constitución como bien colectivo ya está implícita en el reclamo de vulneración del derecho social.

Esquema 51. Relaciones entre derechos individuales y bienes colectivos⁴⁰³

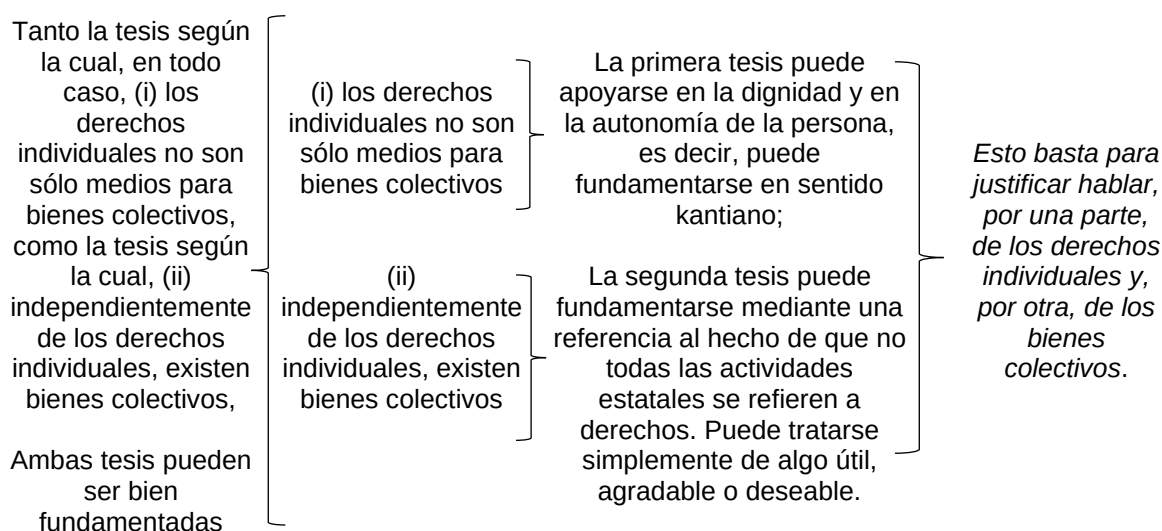
Clases de relaciones			
(1)	(2)	(3)	(4)
Un derecho individual es exclusivamente un medio para un bien colectivo.	Un bien colectivo es exclusivamente un medio para los derechos.	Un bien colectivo es una situación en la que tienen validez o se satisfacen normas que confieren derechos individuales.	Entre los derechos individuales y los bienes colectivos no existen ni las relaciones medio/fin (1) o (2) ni la relación de identidad (3).
Una colisión entre el derecho y el bien colectivo queda excluida, pues, cuando el derecho pierde su carácter de medio o hasta impide la productividad, ya no existe ninguna razón para mantenerlo.	De una relación semejante parte quien dice que la garantía de una aplicación eficaz del derecho penal vale tan sólo para asegurar derechos individuales. Un principio que tiene por objeto un bien colectivo vale tan sólo para asegurar derechos individuales	Si esto valiera para todos los bienes colectivos, no haría falta hablar de bienes colectivos.	Si los derechos individuales no tienen ningún carácter absoluto, entonces, frente a los bienes colectivos, bajo el presupuesto (4), las colisiones entre derechos individuales y bienes colectivos son colisiones entre objetos diferentes desde el punto de vista de las categorías.
Si todos los derechos individuales fueran sólo medios para los bienes colectivos, ya no podrían existir colisiones entre derechos individuales y bienes colectivos.	la colisión entre un derecho individual con el principio de la garantía de una aplicación eficaz del derecho penal es, en verdad, una colisión entre derechos individuales (es decir, de los principios que lo garantizan). La colisión entre un derecho individual con un bien colectivo es, en realidad, una colisión entre derechos individuales, pues estos garantizan el bien colectivo		Las relaciones del cuarto tipo pueden coexistir con relaciones que sean del primero, segundo o tercer tipo.
En este sentido, los derechos, en cuanto	Si todos los bienes colectivos fueran		Qué relaciones existan, es algo que depende

⁴⁰³ Se sigue textualmente lo señalado por Alexy en la anterior nota de pie de página.

medios para los bienes colectivos, no tendrían fuerza propia	exclusivamente medios para los derechos, habría tan sólo colisiones entre derechos.		de las tesis sobre el contenido y el carácter de los derechos individuales y los bienes colectivos.

Como corolario, en palabras de Alexy, pero que esquematizamos para efectos expositivos:

Esquema 52. Tesis de Alexy sobre relaciones entre derechos individuales y bienes colectivos



Sin perder de vista la conclusión de Alexy de que está justificado referir como cosas diferentes a los derechos individuales y a los bienes colectivos, su análisis se complementa si ampliamos las relaciones de los bienes colectivos respecto del objeto (prestaciones) de los derechos sociales. Así, observamos que hay bienes colectivos que son el objeto de prestaciones de los derechos sociales, pero hay bienes colectivos que no son objeto de derechos sociales, sin embargo, los bienes colectivos, tangibles⁴⁰⁴ e intangibles⁴⁰⁵, en general,

⁴⁰⁴ Los bienes tangibles, en general, son cosas físicas.

⁴⁰⁵ Los bienes intangibles, en general, son objetos no físicos, pero que se pueden conformar por un conjunto de actividades como, por ejemplo, la seguridad pública.

conforman un conjunto objetivo de deberes estatales cuyo propósito es procurar un razonable funcionamiento y estabilidad de la sociedad, sin que de ello se siga que en algunos casos nace un derecho subjetivo en el sentido de darse una posición jurídica justiciable dentro de la relación triádica de los derechos a algo. Ejemplificando:

Esquema 53. Ejemplo de relaciones entre bienes colectivos y derechos sociales

Bien colectivo	Derecho social	Interés social Legítimo justiciable (sentido estricto)
Agua (recursos hídricos)	Derecho al agua	
Medio ambiente Clima adecuado (impactos negativos del cambio climático)	Derecho a un medio ambiente sano	
Infraestructura para la producción de alimentos agrícola, pecuaria, porcina y pesquera Seguridad en la tenencia de la tierra Abastecimiento energético	Derecho a la alimentación	
Infraestructura en materia de salud Abastecimiento energético	Derecho a la salud	
Infraestructura en materia educativa Abastecimiento energético	Derecho a la educación	
Infraestructura urbana: alumbrado, drenaje, seguridad pública, vialidades de acceso a la vivienda. Abastecimiento energético	Derecho a la vivienda	
Vialidades de acceso a centros de trabajo Seguridad pública durante el traslado Transporte público Lucha contra el desempleo	Derecho laboral	
Seguridad de la República	Razonable funcionamiento y estabilidad de la sociedad	Interés social legítimo no justiciable (<i>prima facie</i>), pero exigible socialmente a través de la verificación de aplicación de la normativa objetiva respectiva que genera deberes objetivos del Estado
Orden democrático en libertad		
Afianzamiento de la estructura interna de las Fuerzas Armadas		
Actividad estatal que tiene como objetivo la <<procura existencial>>		

Algunas prestaciones objeto del derecho social, es decir, de la posición jurídica que el derecho social implica, se identifican con un bien colectivo. Por tanto, hay bienes colectivos que, a su vez, son precondiciones del buen funcionamiento de algunos derechos sociales.

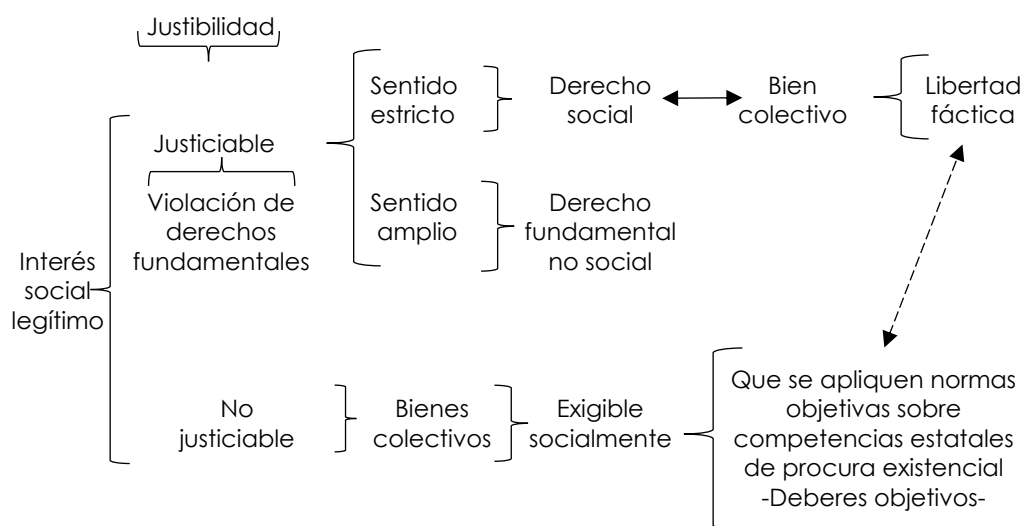
Es importante destacar que en varias ocasiones Alexy identifica los bienes colectivos con la locución “intereses de la comunidad”, la cual es muy atinente tratándose de derechos colectivos como los de los pueblos indígenas que, en no pocas ocasiones, están vinculados con bienes colectivos intangibles como lo son sus “formas internas de convivencia y organización social, económica, política y cultural” (artículo 2º, A, I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos).

Si la noción de “interés social legítimo”, tanto en sentido estricto como en sentido amplio, implica una conexión fuerte con los parámetros del concepto de <<agencia oficiosa de tutela>> de la doctrina colombiana, abandonaríamos las tesis doctrinales y jurisprudenciales sobre el interés legítimo, poco claras y, sobre todo, conceptualmente débiles, ambiguas y vagas⁴⁰⁶. Además, bajaríamos varias gradas la discrecionalidad del juez

⁴⁰⁶ Para muestra contundente de ello el ya citado Amparo en Revisión 1359/2015 (nota de pie de página número 398 de este trabajo), en el que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación presenta los precedentes, tesis, jurisprudencias y criterios que conforman su construcción del concepto jurídico de interés legítimo, recorrido en el que se constata la prevalencia de altos grados de ambigüedad y vaguedad y, sobre todo, la falta de argumentación coherente y sólida, pues las alegaciones, en suma, son utilizadas para admitir o no admitir discrecionalmente que hay o no interés legítimo por parte del accionante de amparo. Al respecto, destaca la referencia como precedente del Amparo en Revisión 366/2012, por el que se alegó la omisión legislativa para expedir la ley de amparo, y en el que no se tuvo por acreditado el requisito de que el accionante estaba en una *especial situación frente al orden jurídico* como uno de los elementos del interés legítimo, resultando que si se aplican varios de los criterios en los que si se consideró había interés jurídico, los mismos aplicarían al amparo 366/2012, lo que muestra que, en muchas ocasiones, tener acreditado el interés legítimo no se basa en criterios objetivos coherentes sino en una apreciación subjetiva/discrecional del juzgador, dejando de lado lo importante: si se constata una violación de un derecho fundamental debe concederse el

constitucional, que en ocasiones ha disfrazado arbitrariedad. Lo que está en juego son el conjunto de principios a los que se ha hecho referencia: (i) Primacía del derecho sustantivo sobre el derecho adjetivo; (ii) Eficacia de los derechos fundamentales, y (iii) Informalidad de la acción de tutela o juicio de amparo.

Esquema 54. Interés social legítimo, justibilidad y justiciabilidad



amparo aunque esté tenga pragmáticamente efectos más allá del principio de relatividad del juicio de amparo. En el citado Amparo en Revisión 366/2012 se señala: parágrafo 49: “49. El interés legítimo puede definirse, pues, como aquel interés personal —individual o colectivo—, cualificado, actual, real y jurídicamente relevante, que pueda traducirse, si llegara a concederse el amparo, en un beneficio jurídico en favor del quejoso. Dicho interés deberá estar garantizado por un derecho objetivo, sin que dé lugar a un derecho subjetivo; debe haber una afectación a la esfera jurídica del quejoso en sentido amplio, que puede ser de índole económica, profesional, de salud pública, o de cualquier otra índole.”; parágrafo 51 y 52: “51. En el caso concreto, el interés mostrado por el quejoso no llega a calificarse como legítimo sino como simple, por las siguientes razones: 52. En primer lugar, ***** no se encuentra en una situación tal en la que el acto reclamado —la omisión de emitir una nueva Ley de Amparo de acuerdo con las reformas constitucionales del *****— permita considerarlo como “parte agraviada”, en los términos que establece el artículo 107, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Ello es así, porque el quejoso no llegó a demostrar un interés legítimo en que se emita la nueva Ley de Amparo, ya que no demostró que dicha omisión lesionara, en sentido amplio, su esfera jurídica. En términos prácticos, no obtuvo una negativa de alguna autoridad en ese sentido que permitiera a esta Sala considerar que se cumpliera con el principio de parte agraviada.”. Como se puede observar, el juez constitucional nunca señala por qué el quejoso no está en una especial situación frente al orden jurídico, pues lo único que dice es que <<el quejoso no demostró tener interés legítimo>>.

Ahora bien, para no caer en el torbellino de un nuevo interés jurídico que proponemos denominar como <<interés social legítimo>> al que se le incorporen los elementos doctrinales del interés legítimo, lo que hace falta es insistir en que si alguien acciona el juicio de amparo es porque considera que se han violado sus derechos fundamentales o se han violado derechos fundamentales en los que, si bien existe interés social legítimo de que se repare la violación, de ello no se sigue que hay que exigir procedimentalmente que se acredite tener tal interés social legítimo (ni ningún tipo de interés llámese como se llame), pues volveríamos al estado de cosas actual.

De lo que se trata es que el juez constitucional no evite de inicio, por un prurito adjetivo y formalista, entrar al análisis del caso, es decir, al estudio de fondo respecto de la violación planteada, pues *lo relevante es que el juez constitucional examine los planteamientos de inconstitucionalidad y, si es procedente, otorgar la protección judicial que corresponda.*

Lo que no vale es descalificar antes del diálogo constitucional, por cuestiones técnicas/procedimentales, al accionante del juicio de amparo porque se considera (unilateralmente) que no tiene algún tipo de interés (jurídico o legítimo) que se exige indebidamente para reclamar la violación de un derecho fundamental.

Si se plantea la violación de un derecho fundamental debe entrarse al examen de los planteamientos de inconstitucionalidad, siempre y cuando se constate la existencia del acto reclamado, y no vale que no ha lugar a dicho examen porque “no se acreditó” algún elemento adjetivo de altísima apreciación subjetiva/discrecional que en muchas ocasiones es auténtica arbitrariedad: el proceso debe estar al servicio de los derechos y no a la

inversa (como actualmente ocurre al exigir que se acredite algo que pertenece a la Nebulosa de Orión como lo es el interés legítimo).

El tema de la afectación está conectado con el tema del interés, y este se ha descompuesto, básicamente, en tres conceptos: interés simple, interés jurídico e interés legítimo. El interés simple se maneja por exclusión: si no se considera acreditado el interés jurídico ni el interés legítimo entonces lo que la persona tiene es un interés simple⁴⁰⁷.

El interés jurídico supone la titularidad del derecho fundamental. Por su parte el interés legítimo es el que deriva, sin necesariamente ser titular de derecho fundamental alguno, de la especial situación o posición frente al orden jurídico.

El <<interés social legítimo>> no requiere probarse en materia de derechos sociales, pues como lo hemos indicado, está implícito al reclamar la violación de un derecho social fundamental, pero de ello no se sigue que no opere en algún tramo argumentativo en materia de los llamados derechos individuales, pues por más que pertenezcan al individuo éste es tal por su situación o posicionamiento social: todo derecho fundamental, sea individual o social, tiene razón de ser en el espacio social.

En el caso de los derechos sociales podrían presentarse situaciones en las que se alegue la violación de uno de ellos, pero la afectación no conlleve la atención del órgano de control constitucional o convencional porque la afectación es poco vinculante como en los casos de violaciones de

⁴⁰⁷ O, como decía un juez, cuando no me queda claro que hay interés jurídico (o, en su caso, interés legítimo), señalo que la persona accionante del juicio de amparo lo que tiene, sin necesidad de demostrarlo, es un interés simple.

derechos ambientales en una zona en la que no se impacta a poblaciones muy lejanas, entonces la clave está en la evaluación de la posición fáctica, pues a partir de ésta se determina la actualización real y concreta de la posición jurídica que todo derecho fundamental implica.

G. Las limitaciones de los derechos humanos en su modalidad de derechos sociales no solamente son normativas sino, sobre todo, fáctico/contextuales

1. Aspectos generales sobre la limitación de derechos fundamentales

De la misma manera que en el sesgo anterior, este sesgo va por el lado de los derechos sociales, aunque de ello no se sigue que no opere para el caso de los derechos individuales. Nuestro análisis sobre las limitaciones a los derechos humanos se desarrolla en dos planos: (i) uno relativo a la exploración de los elementos básicos para desarrollar una tipología normativa de ciertas limitaciones o restricciones y (ii) otro relativo a las limitaciones contextuales⁴⁰⁸.

⁴⁰⁸ La significación de contexto conlleva considerar el “entorno físico o de situación, político, histórico, cultural o de cualquier otra índole, en el que se considera un hecho”. Real Academia Española, *Diccionario...*, *Op. Cit.*, voz: contexto. También las podríamos calificar como limitaciones o restricciones <fácticas>. Alexy, al abordar el tema de la posibilidad de la existencia de principios absolutos señala que, suponiendo sin conceder, hubiera solamente principios absolutos, únicamente existirían “límites fácticos” y el teorema de la colisión de principios no sería aplicable. Véase: Alexy, Robert, *Teoría de los derechos...* *Op. Cit.*, p. 86. Por su parte Brage Camazano señala que el concepto de límites a los derechos fundamentales “...[La limitación] ha de tratarse de una exclusión ‘jurídica’ (en el sentido de que no se refiere a los llamados límites que, de hecho, se derivan de la desigualdad económica o cultural entre los ciudadanos, por ejemplo), se trata de exclusiones que pueden expresarse o encauzarse tanto a través de una norma, como de una resolución o actuación formalmente judicial o administrativa, con, en fin, de una actuación puramente fáctica.”, Brage Camazano, Joaquín, *Los límites a los derechos...* *Op. Cit.*, p. 58. El término de exclusión es también utilizado por Alexy cuando señala que las restricciones a los derechos fundamentales son “...aquello que conduce a una exclusión de la protección de derecho fundamental y que, en este sentido, representa la parte negativa de la norma de derecho fundamental... [pero también] hay que ocuparse del lado positivo de la garantía de derecho fundamental. Aquí se trata de dos conceptos: el del supuesto de hecho de los derechos fundamentales y el del ámbito de protección de derecho fundamental.”, Alexy, Robert, *Teoría de los derechos...* *Op. Cit.*, pp. 262-263.

Las limitaciones o restricciones de los derechos fundamentales de carácter normativo derivan, primordialmente, de la característica relacional de los derechos fundamentales, es decir, al ser entidades relacionales muestran que no operan de manera absoluta sino de forma relativa e interdependiente.⁴⁰⁹

Ciertas cosas tienen carácter absoluto⁴¹⁰, los derechos fundamentales no tienen esta propiedad. De acuerdo con la acepción léxica del término

⁴⁰⁹ No entramos al análisis de conceptos vinculados con el de las limitaciones o restricciones como lo son la delimitación y la configuración normativa de los derechos fundamentales. Sobre estos conceptos, Joaquín Brage Camazano, señala: "...ha de partirse de un concepto amplio de la imitación y de un concepto estrecho de delimitación (o configuración o concretización en sentido estricto), entendiéndose por delimitación del derecho fundamental la determinación de los linderos conceptuales del derecho (que, estos sí, han de interpretarse ampliamente, como luego se verá, lo que es cosa distinta) que no tenga ningún contenido restrictivo del derecho o gravoso para sus titulares, pues tan pronto como haya una restricción o recortamiento del ámbito protegido del derecho estaremos ante una limitación y no ante una delimitación del derecho...si hay una regulación que opera con un sentido restrictivo de algún modo del contenido del derecho fundamental, tal regulación habrá de valorarse como una restricción, con la consecuencia de que habrá de someterse a una rigurosa justificación constitucional y a las garantías constitucionales que operan frente a toda restricción. Y por ello mismo, el concepto de configuración en sentido estricto, como contrapuesta a la limitación del derecho fundamental, ha de definirse negativamente o por exclusión, entendiéndose que estaremos ante una configuración del derecho fundamental cuando se trata de una regulación del derecho fundamental que no recorta o restringe el ámbito normativo del derecho fundamental, sino que más bien lo que hace es hacerlo practicable a su titular, abrirle posibilidades concretas de ejercicio, facilitar o promover tal ejercicio libre sin recortar las posibilidades de actuación que el ámbito (inicialmente) protegido del derecho fundamental (el tipo iusfundamental) permite, para lo cual debe tenerse presente, por otra parte, que ese tipo iusfundamental o ámbito normativo no tiene en la praxis constitucional un contenido estático ni puede tenerlo...", Brage Camazano, Joaquín, *Los límites a los derechos... Op. Cit.*, p. 53.

⁴¹⁰ Alexy señala que no hay principios absolutos: "Es fácil argumentar en contra de la validez de los principios absolutos en un ordenamiento que reconoce derechos fundamentales. Los principios pueden referirse a bienes colectivos o a derechos individuales. Cuando un principio se refiere a bienes colectivos y es absoluto, las normas de derechos fundamental no pueden fijarle ningún límite jurídico. Por lo tanto, dentro del alcance del principio absoluto, no puede haber derechos fundamentales. Cuando el principio absoluto se refiere a derechos individuales, su falta de limitación jurídica conduce a la conclusión de que, en caso de colisión, los derechos fundamentados mediante el principio, de todos los individuos, tienen que ceder frente al derecho fundamentado en el principio, perteneciente a cada individuo, lo que es contradictorio. Por lo tanto, vale el enunciado según el cual los principios absolutos o bien no son conciliables con los derechos individuales o bien sólo lo son cuando los derechos individuales fundamentados por ellos no corresponden a más de un solo sujeto jurídico.",

absoluto, éste connota que algo es “independiente, ilimitado”⁴¹¹; un segundo significado, vinculado con el anterior, indica que algo es absoluto cuando “excluye cualquier relación”⁴¹². Los derechos fundamentales no son absolutos porque están sujetos a relaciones de varios tipos destacando las que se dan entre ellos mismos. No operan aisladamente sino en conexión con otras cosas. Guardan, entre ellos, relaciones, sea complementándose, ampliándose, contraponiéndose, pero, además de estas relaciones entre los derechos humanos, éstos se relacionan, en perspectiva contextual, con autoridades, con particulares, son organismos internacionales, con organizaciones de la sociedad civil (sean nacionales o internacionales), con estados de cosas institucionales o reales, etc., que implican y determinan limitaciones (o restricciones) no estrictamente normativas. Además de esta razón, priva también la consideración de que las personas, como titulares de los derechos fundamentales, se proyectan en relación con otras personas. En palabras de Joaquín Brage Camazano:

“...los derechos fundamentales no son, ni pueden ni han podido nunca ser, derechos ilimitados, sino que todos en su conjunto y cualquiera de ellos considerado en particular están irremediabilmente sujetos a limitaciones y ello es así en cuanto que el titular de derechos fundamentales no es un individuo aislado y soberano, sino un individuo que necesariamente ha de vivir, convivir y relacionarse en sociedad, debiendo por consiguiente cohonestarse el ejercicio de sus libertades con las de los demás y con la convivencia ordenada en el Estado.”⁴¹³

Alexy, Robert, *Teoría de los derechos...* Op. Cit., p. 86. Incluso, Alexy, al analizar el principio de la dignidad humana concluye que para este principio “existe una amplia gama grupo de condiciones de precedencia en las cuales existe un alto grado de seguridad acerca de que bajo ellas el principio de la dignidad humana tiene precedencia sobre los principios opuestos.”, p. 87, en otras palabras, cuando se trata de la dignidad humana la probabilidad de que prevalezca es muy alta, pero de ello no se sigue que se trate de un principio absoluto. No hay principios, derechos humanos, absolutos.

⁴¹¹ Real Academia Española, *Diccionario...* Op. Cit., voz: absoluto.

⁴¹² *Idem*.

⁴¹³ Brage Camazano, Joaquín, *Los límites a los derechos...* Op. Cit., p.11

Por otro lado, además de la relatividad, es importante considerar que la formulación de los derechos fundamentales se expresa necesariamente a través de enunciados que se formulan en algún lenguaje natural⁴¹⁴ el cual, de suyo, presenta polisemia⁴¹⁵ y, por ende, es indispensable significarlos con lo que se van delimitando sus contenidos y alcances, a través, principalmente, de configuraciones normativas e interpretaciones jurisprudenciales. Junto con esta labor configurativa e interpretativa, se desarrolla una tarea que implica, además de significaciones, establecer expresamente limitaciones o restricciones, sea normativa o jurisprudencialmente. En estas actividades el papel de la dogmática jurídica en materia de derechos fundamentales juega un papel muy importante.⁴¹⁶ De las relaciones existentes respecto de los derechos humanos hay relaciones que son especiales precisamente por su carácter

⁴¹⁴ Es ya clásica la referencia a Hart respecto de la textura abierta del Derecho: “Cualquiera sea la técnica, precedente o legislación, que se escoja para comunicar pautas o criterios de conducta, y por mucho que éstos operen son dificultades respecto de la gran masa de casos ordinarios, en algún punto en que su aplicación se cuestione las pautas resultarán ser indeterminadas; tendrán lo que se ha dado en llamar una ‘textura abierta’. Hasta aquí hemos presentado esto, en el caso de la legislación, como una característica general del lenguaje humano; la falta de certeza en la zona marginal es el precio que hay que pagar por el uso de términos clasificatorios generales en cualquier forma de comunicación relativa a cuestiones de hecho. Los lenguajes naturales -tal como el idioma inglés- muestran, cuando se los usa así, una irreducible textura abierta.”, Hart, H. L. A., *El concepto de Derecho*, 2ª ed., tr. De Genaro R. Carrio, Editora Nacional, México, 1963, pp. 159-160. Sobre la génesis del concepto <<textura abierta>> véase: Bix, Brian H. *Obligación y significado. Derecho, lenguaje y normatividad*, Fontamara, Biblioteca de ética, Filosofía del Derecho y Política, núm. 130, México, 2015. Bix señala: “...Hart tomó prestado el término ‘textura abierta’ de Waismann [también de Ludwig Josef Johann Wittgenstein] para hacer una observación sobre la indeterminación parcial del lenguaje y (por consiguiente) de las normas (jurídicas), su propio uso de los términos indica un significado más amplio y flexible del que tenía para Waismann.”, p. 44

⁴¹⁵ La polisemia es connatural a los lenguajes naturales u ordinarios y genera fenómenos, entre otros, de ambigüedad y de vaguedad. La ambigüedad es un efecto semántico que se minimiza agregando más signos para acotar la significación, pero la vaguedad es más compleja pues puede ser intensional o connotativa, denotativa o extensional, o presentar ambas, es decir, mixta. Por ejemplo, <<vivienda digna>>, presenta ambigüedad en el entendimiento del término <<vivienda>> y se puede minimizar estableciendo criterios objetivos de qué es una vivienda, pero el término <<digna>> es un término vago tanto intensional como extensional.

⁴¹⁶ En estos aspectos, la lingüística nos refiere los planos del lenguaje objeto, el metalenguaje y metametalenguajes, y así sucesivamente.

interdependiente (relacional) como las que se dan en función de las relaciones entre medio y fin y entre medio y valores⁴¹⁷.

En esta perspectiva de persecución de fines o valores, los derechos humanos se interrelacionan en función de asumirse unos como medios y otros como fines o valores, incluso opera un fenómeno de intercambiabilidad de un fin o valor como medio y de éste como fin (sea un fin propiamente dicho o un valor), es decir, unas veces el fin adquiere carácter medial respecto de otro fin⁴¹⁸.

Por ello, también consideramos que los derechos humanos no son absolutos en cuanto fines en sí mismos, pues en su interdependencia asumen la calidad de medios para realizar otros derechos humanos vistos como fines, incluso algunos derechos constitucionales que no son derechos humanos.

En efecto, en no pocas ocasiones ciertos derechos humanos asumen el carácter de medio o medios para la realización de otro u otros derechos humanos que se asumen como fines, es decir, unos derechos humanos asumen la calidad de precondition o de medios⁴¹⁹ para la realización de otros derechos humanos vistos como fines. Hay que resaltar que la

⁴¹⁷ La referencia a las relaciones entre medio y fin y medio y valores tiene como parámetro estandarizado a Max Weber: "La acción social, como toda acción, puede ser: 1) *racional con arreglo a fines*: determinada por expectativas en el comportamiento tanto de objetos del mundo exterior como de otros hombres, y utilizando esas expectativas como 'condiciones' o 'medios' para el logro de *fines* propios racionalmente sopesados y perseguidos. 2) *racional con arreglo a valores*: determinada por la creencia consciente en el valor -ético, estético, religioso o de cualquier otra forma como se le interprete- propio y absoluto de una determinada conducta, sin relación alguna con el resultado, o sea puramente en méritos de ese valor. 3) *afectiva*, especialmente emotiva, determinada por afectos y estados sentimentales actuales, y 4) *tradicional*: determinada por una costumbre arraigada.", Weber, Max, *Economía y Sociedad*, 4ª ed., Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1964, p. 20

⁴¹⁸ García Máynez, Eduardo, *Filosofía del Derecho*, 5a ed., Porrúa, México, 1985, pp. 29-32.

⁴¹⁹ Incluso, concurren con otros elementos estructurales del discurso como lo es la formación de autonomía. Véase: Vázquez, Rodolfo, *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria...*, Op. Cit., pp. 2-3.

relatividad de los derechos fundamentales no se agota en las relaciones entre ellos ni en las limitaciones o restricciones que, como normas, se establecen para su adecuada operatividad. Los derechos fundamentales no solamente están relacionados entre sí (como normas, como fines, como valores), sino que comprenden relaciones con otros derechos constitucionales (a los cuales, a su vez, subyacen fines y valores), o con bienes colectivos, o con otras entidades como los son las autoridades, los particulares, organismos internacionales, estados de cosas (V. gr., pobreza), etc. Es en las relaciones con otras entidades que no son normas, aunque pueden estar regidas por normas, en las que centraremos nuestra atención para analizar las limitaciones contextuales.

En los siguientes incisos abordamos las peculiaridades de cada plano de análisis comenzando por las limitaciones normativas y, enseguida, las limitaciones contextuales.

a) Limitaciones en perspectiva normativa

En la perspectiva normativa se ubican desarrollos filosóficos y teóricos como los de Robert Alexy⁴²⁰ y de Joaquín Brage Camazano⁴²¹, ya que las limitaciones o restricciones son analizadas a partir de considerarlas como normas⁴²².

⁴²⁰ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos...* Op. Cit., Capítulo Sexto, "El derecho fundamental y sus restricciones", pp. 239-297.

⁴²¹ Brage Camazano, Joaquín, *Los límites a los derechos...* Op. Cit. En torno a los estudios de Alexy, y en general de la doctrina alemana y española, así como de los parámetros internacionales europeos, nos parece que el estudio sobre las limitaciones a los derechos fundamentales desarrollado por Joaquín Brage Camazano es muy completo y actual, pero su análisis también parte de considerar a las limitaciones o restricciones como normas.

⁴²² Respecto del estado del arte en México acerca del tema de las limitaciones o restricciones de derechos humanos, consideramos que el estudio de Alejandra Medina Mora, Pedro Salazar Ugarte y Daniel Vázquez, al que ya se ha hecho referencia, es pionero en el tema a partir de la resolución de

Para Alexy:

“...a la pregunta: qué son las restricciones a los derechos fundamentales, se ofrece una respuesta simple: las restricciones a los derechos fundamentales son normas que restringen las posiciones *prima facie* de derecho fundamental. Desde luego, esta respuesta tiene carácter circular por cuanto para la definición del concepto de restricción de un derecho fundamental utiliza el concepto de restricción. Sin embargo, permite avanzar un tramo porque con ella se dice que las restricciones de derechos fundamentales son normas.”⁴²³

Para este señalamiento, Alexy parte de la “teoría externa”:

“El concepto de restricción de un derecho sugiere que existen dos cosas: el derecho y sus restricciones, entre las cuales existe una relación de tipo especial, a saber, la de la restricción o limitación. Si la relación entre el derecho y las restricciones ha de definirse de esta manera, entonces primero existe el derecho en sí, que no está

la Contradicción de Tesis 293/2011, pero falta mucho por bordar. En nuestra perspectiva, dicho estudio está basado en el tratamiento de las limitaciones o restricciones como normas y, por tanto, es un análisis jurídico interno desarrollado a partir de identificar (describir) las restricciones contenidas en el texto constitucional. El estudio es: Medina Mora, Alejandra, Salazar Ugarte, Pedro y Vázquez Daniel, *Derechos Humanos y Restricciones. Los dilemas de la Justicia*, Porrúa, México, 2015. Observaciones críticas, entre otras, a este trabajo vienen de Juan Antonio Cruz Parceró, que señala: “Una teoría constitucional tendría que dar cuenta del tema de las restricciones constitucionales y establecer los criterios para diferenciarlas de meras violaciones a derechos o de restricciones no legítimas. Un estudio reciente de Alejandra Medina Mora, Pedro Salazar y Daniel Vázquez (2015) contribuye mucho en esta tarea. Estos autores hacen un recuento de restricciones constitucionales y encuentran 89 restricciones a 21 derechos.²⁶ El estudio, pese a ser un gran aporte, pues hace algo que nadie había hecho antes y que justo ahora viene a llenar un hueco importante, pasa por alto la distinción entre derechos humanos y derechos constitucionales... Si partimos entonces de que no todo derecho constitucional es un derecho humano, y de que la tesis jurisprudencial a que nos referimos alude a las restricciones a derechos humanos, dentro de las 89 restricciones que ellos contabilizan se encuentran algunas que no son restricciones a derechos humanos, sino a otros derechos. En caso de ser restricciones a otros derechos no vale, no les es aplicable la jurisprudencia que sostiene que prevalecerá la restricción constitucional sobre un derecho humano de origen internacional. Simple y sencillamente, la restricción no prevalece sobre el derecho humano porque no es una restricción de un derecho humano. Si de alguna forma llegara a darse un conflicto entre un derecho humano y una restricción a otro derecho constitucional —que no sea un derecho humano— debe prevalecer el derecho humano.”, Cruz Parceró, Juan Antonio, *Hacia una Teoría Constitucional de los Derechos Humanos...* Op. Cit., pp. 62-63.

⁴²³ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos...* Op. Cit. p. 244.

restringido o limitado, y, segundo, lo que queda del derecho cuando se le introducen las restricciones, es decir el el derecho restringido. Esta es la teoría que suele denominarse -por lo general, con intención crítica- <<teoría externa>>...Una imagen totalmente distinta subyace a la llamada teoría interna. Según esta teoría, no existen dos cosas, el derecho y sus restricciones, sino sólo una: el derecho con un determinado contenido. El concepto de restricción es sustituido por el de límite. Las dudas acerca de los límites del derecho no son dudas acerca de si el derecho debe a no ser limitado sino acerca de cuál es su contenido. Cuando se habla de <<restricciones>> en lugar de <<límites>>, se habla de <<restricciones inmanentes>>."⁴²⁴

En general, las limitaciones normativas tienen que ver con el contenido y alcance del derecho humano considerando otros derechos humanos con los que con más frecuencia se relacionan. Una norma que limita o restringe el contenido y alcance lato que en principio presenta cualquier derecho humano puede estar o no justificado.

Bajo el plano normativo, las limitaciones a los derechos humanos pueden ser de diversas clases y pueden estar o no justificadas ¿Cuáles son las clases de limitaciones normativas que pueden tener los derechos humanos?, ¿bajo cuáles circunstancias las limitaciones normativas están justificadas?, ¿cómo opera la resolución normativa del choque de derechos humanos?, ¿cómo unos prevalecen respecto de otros?, ¿uno anula a otro o solamente lo restringe?, ¿cómo se determina cuál debe prevalecer; cuál se anula o niega?

Para efectos metodológicos, y considerando que se requiere afinar los instrumentos de análisis de las limitaciones normativas, es importante revisar las principales clases de limitaciones o restricciones normativas. Conviene establecer que utilizaremos el concepto de limitación normativa como

⁴²⁴ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos...* Op. Cit., pp. 240-241.

género e indagaremos cuáles podrían ser sus especies, ya que se habla de restricciones, suspensiones, negaciones y anulaciones. ¿Realmente existen estas modalidades de limitación de derechos fundamentales?, y si existen ¿cuáles son sus diferencias y características?

En una primera aproximación, identificar cualquier clase de limitación como tal parece no generar problema, pero el costo, nos parece, es ocultar ciertas propiedades de algunas clases de limitación, si es que existen, que al no explicitarse su conocimiento y tratamiento no es diferenciado y conduce a equívocos.

Acercarnos a cada clase (o especie, sus diferencias específicas) y analizar sus propiedades permite observar sus similitudes y diferencias y, sobre todo, nos lleva a revisar los parámetros de justificación de la limitación de que se trate.

Así, por ejemplo, la limitación en modalidad de suspensión de derechos humanos no opera igual que la limitación en modalidad de negación (o privación) de derechos humanos.

Incluso hay casos en los que no es fácil determinar ante cuál clase de limitación estamos como, por ejemplo, la regla contenida en la Constitución en el artículo 123, apartado B, fracción XIII⁴²⁵, por la que, a primera vista, se

⁴²⁵ Artículo 123, B, fracción XIII, segundo párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: "... Los agentes del Ministerio Público, los peritos y los miembros de las instituciones policiales de la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios, podrán ser separados de sus cargos si no cumplen con los requisitos que las leyes vigentes en el momento del acto señalen para permanecer en dichas instituciones, o removidos por incurrir en responsabilidad en el desempeño de sus funciones. Si la autoridad jurisdiccional resolviere que la separación, remoción, baja, cese o cualquier otra forma de terminación del servicio fue injustificada, el Estado sólo estará obligado a pagar la indemnización y demás prestaciones a que tenga derecho, *sin que en ningún caso proceda su*

niega un derecho humano a trabajadores de los sectores policiaco, pericial o ministerial, pero, ¿qué clase de limitación es: una restricción, una suspensión, una negación o una anulación?, ¿es una negación de derecho, esto es, implícitamente se establece que las personas con esas cualidades no tienen adscrito el derecho o, más bien, no lo pueden ejercer; o se trata de una anulación, es decir, se tiene el derecho, pero éste ya no se puede ejercer a partir de la resolución que les impida la reinstalación; o se trata de una restricción (en sentido estricto), es decir, se puede ejercer, pero observando ciertos requisitos y cumpliendo determinadas condiciones?, ¿son equivalentes el no ejercicio y un no-derecho?, ¿un no derecho es una negación de un derecho fundamental?

b) Limitaciones en perspectiva contextual

La perspectiva normativa de las limitaciones o restricciones de los derechos fundamentales, es decir, como normas, no es la única mirada que se puede hacer respecto de qué es lo que los limita o restringe además de la propia normatividad.

Hay otro sentido de limitación o restricción de los derechos fundamentales que no es estrictamente normativa y que implica preguntarse ¿qué, de hecho, empíricamente, limita o restringe un derecho fundamental?, ¿cuáles son los obstáculos fácticos que impiden la plena eficacia, efectividad o eficiencia de los derechos fundamentales, o que afectan negativamente su promoción, respeto, protección o garantía?

reincorporación al servicio, cualquiera que sea el resultado del juicio o medio de defensa que se hubiere promovido..." (Las cursivas son nuestras)

El término *limitar* lo utilizamos pragmáticamente, es decir, ante preguntas como ¿en qué consiste la situación X, real y concreta, por la que se limita la promoción, respeto, protección y garantía del derecho fundamental Y?, ¿cuáles son las causas fácticas que limitan determinado derecho fundamental?, ¿X limitación es de una autoridad o proviene de un particular?, ¿X limitación la generó una autoridad judicial?, ¿la negación de X derecho deriva de una posición fáctica inmersa en un estado de cosas inconstitucional?, e interrogantes similares.

Las respuestas a estas preguntas no se deben abordar solamente desde una perspectiva normativa sino a partir de una mirada contextual. Al lado de la cara normativa hay una cara real (una moneda, dos caras). En la perspectiva contextual se visualiza cuáles son los impedimentos, las exclusiones fácticas, que impiden la plena vigencia de los derechos fundamentales.

No es cosa nada extraña sino cotidiana observar que hay situaciones fácticas que limitan o restringen los derechos fundamentales que no son estrictamente de carácter normativo (normas que establecen limitaciones o restricciones e interpretaciones jurisprudencial que los limitan o restringen). Las limitaciones o restricciones no estrictamente normativas son limitaciones o restricciones contextuales.

Habrà quien señale que las limitaciones o restricciones a los derechos fundamentales solamente son de índole normativa, es decir, lo único que puede limitar o restringir un derecho fundamental es una norma y, por tanto, lo que llamemos limitación o restricción que no sea normativa no es una limitación o restricción. Hay que precisar que una cosa es que la doctrina de los derechos fundamentales se ocupe de las limitaciones o restricciones

primordialmente bajo un análisis normativo y otra es que el tema de las limitaciones o restricciones (en sentido *lato*) se agote en dicho análisis.

Si parte del problema de la vigencia real y concreta de los derechos fundamentales está en el conocimiento de los obstáculos que impiden esa vigencia, es evidente que no sólo hay limitaciones normativas sino otra clase de limitaciones que no están estrictamente vinculadas con el mundo normativo sino con la realidad cotidiana, y conocer sus causas permite instrumentar cursos de acción para remover los obstáculos fácticos que impiden estén vigentes los derechos fundamentales.

Términos que pudieran dar cuenta de estas limitaciones contextuales podrían ser “impedimentos fácticos”, “obstáculos fácticos”, “afectaciones negativas fácticas”, “vulnerabilidades”⁴²⁶, y similares, pero preferimos la de limitaciones contextuales⁴²⁷ porque, precisamente, se desprenden del tejido del mundo humano y del mundo físico que, en suma, conforman el contexto que, como ya se señaló, es dependiente del entorno físico, de la situación social, de la situación política, de los avatares históricos, de la situación cultural, de la situación económica, del ambiente moral, de la globalización, y situaciones similares, que condicionan la vigencia de los derechos fundamentales.

⁴²⁶ Para Alexy se pueden confundir restricciones con vulnerabilidades, y la forma de distinguirlas es atendiendo a la circunstancia de que las restricciones que no son formal o materialmente conformes con la Constitución no son restricciones sino vulneraciones de un derecho fundamental. En sus palabras: “...no podría presentarse una restricción si las normas no fuesen formal o materialmente conformes con la Constitución. Vulnerarían entonces el mencionado derecho abstracto y, por lo tanto, serían inconstitucionales.”, Alexy, Robert, *Teoría de los derechos... Op. Cit.*, p. 242. Obsérvese que la vulneración que refiere Alexy es de una norma (que se hace pasar por restricción) respecto de la Constitución (derecho fundamental). Nuestra propuesta es contextual, no estrictamente normativa.

⁴²⁷ Véase la nota 435 de este trabajo.

En una posición estrictamente normativa, y de alguna manera reduccionista, sería válido pensar que sólo cabe hablar de limitaciones o restricciones si éstas son prescriptivas, pero esta postura nos lleva a marginar el problema real (fáctico/empírico) de los derechos fundamentales: su vigencia no pende totalmente de cuestiones normativas sino del contexto que genera su falta de vigencia. Conocer el contexto, su saber, también forma parte del tema de las limitaciones o restricciones de los derechos fundamentales.

Hemos creado el mundo del deber ser para que el mundo del ser sea mejor, sea más justo, pero si el mundo del ser resiste responder al ideal que encierra el deber ser, algo está pasando, algo no marcha bien, ¿por qué el ser no se adecua al deber ser?, ¿por qué el deber ser fracasa como guía de conducta?, ¿qué pasa en el mundo del ser que no se conforma al deber ser? Las limitaciones normativas y las limitaciones contextuales generan diversas clases de relaciones.

En nuestro sistema jurídico algunas limitaciones o restricciones constitucionales que, en principio, se encuentran, salvadas⁴²⁸, pueden tener un efecto demoledor en la actuación de las autoridades, ya que

⁴²⁸ A salvo de escrutinio constitucional y convencional, hasta ahora, porque están en el texto constitucional. En efecto, vía la jurisprudencia derivada de la Contradicción de Tesis 293/2011, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha determinado, según nuestra lectura, que las restricciones contenidas en el texto constitucional prevalecen sobre alguna posible contradicción de la propia Constitución o de las pautas convencionales. Tesis: P./J. 20/2014 (10a.); Décima Época; Núm. de Registro: 2006224; Instancia: Pleno Jurisprudencia; Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación; Libro 5, Abril de 2014, Tomo I; Materia(s): Constitucional; Página: 202. Tesis aprobada por el Pleno el dieciocho de marzo de 2014. En esta jurisprudencia se señala: "...las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, entendiendo que, derivado de la parte final del primer párrafo del citado artículo 1o., cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encumbramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano..."

contribuyen a profundizar limitaciones contextuales que van más allá de la propia restricción.

Examinemos dos casos: (i) el arraigo⁴²⁹, en el que la actuación de las autoridades se flexibiliza, a la luz de los principios que rigen la privación de la libertad personal justificada, por efecto tanto de la restricción como por prácticas de las autoridades que implican limitaciones contextuales. La restricción constitucional (normativa) y las limitaciones contextuales, no propician que las autoridades lleven a cabo su labor en forma adecuada, es decir, deberían observar, sin más, el debido proceso.

Supongamos que se elimina el arraigo, consideramos que continuarían limitándose contextualmente los derechos fundamentales del debido proceso, ¿cuántas actuaciones ministeriales y judiciales representan realmente limitaciones no normativas a los derechos fundamentales?

El punto es que, aun eliminado el arraigo, persistirían limitaciones que no son estrictamente normativas sino contextuales, las cuales se conectan con actuaciones no objetivas, no independientes y parciales que en conjunto conforman limitaciones contextuales que en gran medida son cuestiones de hecho⁴³⁰, y cuyo efecto en la vigencia de los derechos fundamentales es negativa al limitar su despliegue.

⁴²⁹ Artículo 16 constitucional, octavo párrafo: “La autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y tratándose de delitos de delincuencia organizada, podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculcado se sustraiga a la acción de la justicia. Este plazo podrá prorrogarse, siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen. En todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder los ochenta días.”

⁴³⁰ Véase. Como ejemplo: Azaola Garrido, Elena y Ruiz Torres, Miquel Ángel, *Investigadores de papel. Poder y derechos humanos entre la policía judicial de la Ciudad de México*, Fontamara, México, 2009.

El otro caso para ejemplificar es el de las (ii) limitaciones laborales de los trabajadores que sean ministerios públicos, peritos y miembros de las instituciones policiales, respecto de los cuales se establece que cuando sean despedidos sin causa justificada no tienen derecho a ser reincorporados al servicio, sin importar que en juicio hayan demostrado que el despido fue injustificado⁴³¹. Nuevamente encontramos una restricción de derechos fundamentales tanto por vía normativa como por vía contextual, e igual que en el caso del arraigo, aun desapareciendo la restricción normativa constitucional que limita derechos laborales, la actuación de las autoridades que asumen el papel de patrones (superiores jerárquicos) no cambiaría mucho, pues hay limitaciones contextuales en las corporaciones ministeriales, periciales y corporaciones policiales que muestran inestabilidad en su trabajo por efecto de los bajos salarios, la falta de medios para investigar o para realizar peritajes, por citar algunos factores.

Las limitaciones referidas son injustificadas a la luz de criterios constitucionales y, sobre todo, convencionales, por lo que, confiamos, tarde o temprano serán eliminadas, pero hay limitaciones justificadas cuya eliminación no es de esperarse. Así, por ejemplo, la restricción del voto pasivo de los sacerdotes no conlleva limitación contextual injustificada alguna, aunque hay toda una explicación y justificación histórica

En esta obra se da cuenta de cómo realmente investiga la policía judicial de la Ciudad de México, situación que se reproduce en todo el país.

⁴³¹ Artículo 123 constitucional, apartado B, fracción XIII, segundo párrafo: “Los agentes del Ministerio Público, los peritos y los miembros de las instituciones policiales de la Federación, las entidades federativas y los Municipios, podrán ser separados de sus cargos si no cumplen con los requisitos que las leyes vigentes en el momento del acto señalen para permanecer en dichas instituciones, o removidos por incurrir en responsabilidad en el desempeño de sus funciones. Si la autoridad jurisdiccional resolviere que la separación, remoción, baja, cese o cualquier otra forma de terminación del servicio fue injustificada, el Estado sólo estará obligado a pagar la indemnización y demás prestaciones a que tenga derecho, sin que en ningún caso proceda su reincorporación al servicio, cualquiera que sea el resultado del juicio o medio de defensa que se hubiere promovido.”

relacionada con la adopción del laicismo del Estado mexicano (sencillamente contextual).

En la investigación sobre restricciones normativas de los derechos humanos de nivel constitucional realizada por Alejandra Medina Mora F., Pedro Salazar Ugarte y Daniel Vázquez⁴³², no hay reporte sobre alguna restricción a los derechos sociales⁴³³.

Así, nos surge la duda sobre si hay, estrictamente hablando, restricciones constitucionales en materia de derechos sociales. Al parecer, la respuesta va por el camino de diferenciar entre restricción, regulación y requisitos en relación con los derechos humanos. Al respecto, los autores referidos proponen un criterio o regla con base en la cual diferenciar esas categorías:

“Se suele aceptar, equivocadamente y casi siempre de forma automática, que la regulación de un derecho supone siempre una restricción. Como observa Ariel Dulitzky, los Estados suelen argumentar la necesidad de regular o reglamentar los derechos para restringirlos. Éste es un error en el que no se debe caer. Restricción y regulación no son sinónimos. Más aún, el principal objetivo de la regulación de un derecho no es su restricción, todo lo contrario, es hacer efectivo el ejercicio del derecho por medio de leyes secundarias, políticas públicas y presupuestos... Parece que habrá casos en que la regulación de un derecho suponga: a) un proceso integrado por un número determinado de etapas que se deben cumplir para lograr el ejercicio del derecho [o] b) una serie de requisitos, características o cualidades que la persona debe tener para poder ejercer efectivamente determinados derechos. ¿En todos los casos estos procesos o requisitos suponen una restricción de derechos? No. La regla que proponemos para poder

⁴³² Medina Mora, Alejandra, Salazar Ugarte, Pedro y Vázquez Daniel, *Derechos Humanos...Op. Cit.*

⁴³³ De los derechos sociales solamente hacen referencia (i) al artículo 3° constitucional -derecho a la educación- en relación con la educación que pueden impartir los particulares (escuelas privadas); y (ii) al artículo 2° en relación con el uso y disfrute preferente de los recursos naturales de los lugares que habitan y ocupan las comunidades indígenas, salvo aquellos que corresponden a áreas estratégicas -derecho a la propiedad-. *Idem*, Anexo, Las restricciones constitucionales, restricciones números 7 y 14. No hacemos alusión a las restricciones en materia de derecho del trabajo.

diferenciar regulación y requisito de restricción es la siguiente: cuando el proceso [o] el requisito es superable, entonces no sería propiamente una restricción.”⁴³⁴

Una lectura de los enunciados del texto constitucional sobre los derechos sociales primordiales muestra que, técnicamente, no tienen limitaciones o restricciones normativas constitucionales⁴³⁵, con lo que el problema de su contenido y alcance queda en manos de las interpretaciones jurisprudencial y dogmática, en las que, en lo inherente a los derechos sociales, las interpretaciones, contenidos, alcances y vinculaciones con otros derechos, que llevan a cabo las instituciones internacionales juegan un

⁴³⁴ Medina Mora, Alejandra, Salazar Ugarte, Pedro y Vázquez Daniel, *Derechos Humanos...Op. Cit.*, pp. 69; 72. Los autores están conscientes de que la regla no está exenta de problemas y ponen el caso, entre otros, de los ministros de culto a los que se les aplica la restricción de no poder ser votados, pero si un ministro de culto deja de serlo con el objetivo de que puedan votarlo, entonces removi6 la restricción, pero como pudo superarse sería un requisito dado lo que señala la regla; sin embargo, más que una superación de requisito, pues se trataría de un cambio de estatus. Consideramos que la regla, como regla general (y, por ende, presentaría excepciones), es una buena guía para distinguir las restricciones de los requisitos.

⁴³⁵ Si bien la referencia la hacemos al texto constitucional, no debemos perder de vista que vía leyes generales (es decir, leyes marco) y leyes ordinarias (federales y locales), sin perjuicio de normatividad reglamentaria, la regulación es abundante y no exenta de requisitos y condiciones que en su operatividad integral llegan a generar limitaciones contextuales en el sentido que damos a la locución. Asimismo, debe considerarse que la normatividad secundaria en materia de derechos sociales no siempre esta formulada en modo de derechos fundamentales como, por ejemplo, la Ley General de Salud, respecto de la cual, apunta Rodrigo Gutiérrez Rivas, que:: “Frente a lo anterior [lo escueto del enunciado constitucional: “toda persona tiene derecho a la protección de la salud”, artículo 4º, párrafo cuarto, primera parte], el siguiente paso sería acudir a la Ley General de Salud que, como garantía primaria, debería identificar el contenido del derecho a las obligaciones estatales; sin embargo, en tanto que dicha norma no parece haber sido elaborada desde un enfoque de los derechos humanos, su orientación es más bien de carácter orgánico, y si bien permite identificar a las autoridades que deben prestar los servicios de salud -y algunas de sus obligaciones- no así el contenido del derecho que podrían reclamar los ciudadanos. Como sucede con la mayor parte de la legislación secundaria que regula los derechos sociales en México -en tanto todas ellas fueron diseñadas y aprobadas antes de la reforma de 2011, bajo la ideología de los derechos sociales como normas programáticas- la Ley General de Salud no configura con claridad prerrogativas que puedan ser exigibles por los ciudadanos hacia los poderes públicos.”, Gutiérrez Rivas, Rodrigo, “La justiciabilidad del derecho a la salud en México y en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Año III, número 5, Julio-diciembre, 2017, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, pp. 521-522.

papel de primer orden, sin menoscabo de las significaciones que han desarrollado algunas instituciones nacionales de manera destacada y en pleno diálogo con aquellas como los representativos casos del Consejo Nacional para la Evaluación de la Política Social y de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos

Esquema 55. Derechos sociales y su regulación en el texto constitucional

Materia	Enunciado constitucional
Medio ambiente	Toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar. El Estado garantizará el respeto a este derecho.
Agua	Toda persona tiene derecho al acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible. El Estado garantizará este derecho y la ley definirá las bases, apoyos y modalidades para el acceso y uso equitativo y sustentable de los recursos hídricos, estableciendo la participación de la Federación, las entidades federativas y los municipios, así como la participación de la ciudadanía para la consecución de dichos fines. 4°
Salud	Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud... 4°
Vivienda	Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La Ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo. 4°
Alimentación	Toda persona tiene derecho a la alimentación nutritiva, suficiente y de calidad. El Estado lo garantizará. 4°
Educación	Toda persona tiene derecho a la educación. 3°
Trabajo	A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos. 5°
	Toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil; al efecto, se promoverán la creación de empleos y la organización social de trabajo, conforme a la ley. 123

Lo que queda realmente, sin perjuicio de las regulaciones secundarias y reglamentarias (configuraciones normativas), son limitaciones o restricciones contextuales de cada derecho social, aun suponiendo que hubiera

limitaciones normativas, incluso las que se van fijando al resolver casos por parte del poder judicial⁴³⁶.

⁴³⁶ En este punto es muy importante traer a colación el hecho de que, en la resolución de los casos litigiosos concretos, el depositario del Poder Judicial competente puede llegar a establecer limitaciones o restricciones de índole normativa las cuales deben examinarse a la luz del principio de universalidad, es decir, si para casos futuros análogos podría aplicarse la limitación normativa creada vía actividad judicial; sin embargo, si el juez establece una restricción de índole contextual que no ha de operar bajo el principio de universalidad, entonces no estamos en presencia de una restricción normativa sino del reconocimiento de una limitante contextual como, por ejemplo, observar gradualmente la asignación de recursos presupuestarios que el mismo caso real exige para su resolución adecuada, pero aún en este caso estaría implícita la norma que ordena que en futuros casos similares se deberán tomar en cuenta las limitaciones contextuales presupuestales. Sobre el principio de universalidad Josep Aguiló Regla señala: “En el contexto de aplicación del Derecho —aunque no sólo en él— justificar una decisión requiere la utilización de una norma universal (es decir, una norma formulable mediante un cuantificador universal en la forma de «para todo x, tal que x reúna las propiedades a, b, c...»). [...] Afirmar de una decisión que satisface el requisito de la universalidad (esto es, que es universalizable porque se funda en una norma universal) supone reconocer que esa decisión tiene implicaciones hacia el futuro. O dicho en otros términos, la universalidad presupone el compromiso de resolver del mismo modo todos los casos iguales al que se ha decidido. Para explicar este compromiso hacia el futuro puede recurrirse a dos expedientes distintos, aunque íntimamente relacionados entre sí. El primero de ellos supone ver la universalidad como condición de posibilidad de cualquier discurso racional, sea éste teórico o práctico. El segundo supone ver la universalidad como condición de la igualdad formal en el ámbito normativo. En efecto, desde la primera perspectiva, el compromiso representado por la universalidad puede expresarse recurriendo a las palabras de Robert Alexy: «Si se aplica un predicado F a un hecho (objeto u evento) a se debe estar dispuesto a aplicar F a cualquier otro hecho igual a a en todos los aspectos relevantes». Así, por ejemplo, puede decirse que una proposición como «X es rojo» implica la proposición «todo lo que es como X en los aspectos relevantes es rojo», porque, en otro caso, «rojo» no significaría nada y la comunicación devendría imposible. Desde la segunda perspectiva, la valorativa, el requisito de la universalidad se nos presenta como una condición de la igualdad formal. La igualdad formal supone que todos los que se hallen en las mismas circunstancias relevantes deben ser tratados de la misma manera. En este contexto, el compromiso que supone hacia el futuro la universalidad es el de la igualdad de trato. Si desde la primera perspectiva vulnerar las implicaciones de la universalidad desemboca en la irracionalidad, desde la segunda desemboca en la arbitrariedad (la arbitrariedad no es otra cosa que la violación del principio de universalidad en el ámbito normativo). Si para justificar una decisión el juez debe invocar una norma universal y ello supone un compromiso hacia el futuro, entonces una vez que el juez ha resuelto un caso, ha adquirido un compromiso de resolver del mismo modo los casos futuros iguales al caso ya decidido. Y si no lo ha adquirido es que no ha justificado (todo lo más habrá simulado que justificaba). Justificar no es sólo una cuestión de palabras. Por ello, puede decirse que, en la medida en que el Derecho objetivo haya permanecido estable (no haya cambiado), un juez que tiene que resolver un caso semejante a otro caso anterior ya resuelto se encuentra, so pena de incurrir en irracionalidad o arbitrariedad, exclusivamente ante las siguientes tres alternativas aceptables: a) resolver el nuevo caso de la misma forma que el caso anterior; b) mostrar que el nuevo caso, a pesar de sus semejanzas con el caso anterior, presenta alguna propiedad relevante que lo hace diferente del anterior y que, por tanto,

Entre las limitaciones contextuales destacan las de índole presupuestal, la cual es, en general, endémica y común a los derechos sociales (y, en general, a cualquier derecho humano). No obstante, esta limitante común, se debe determinar, en un momento y lugar determinados, cuáles son las limitantes que por cada derecho existen, y en esta actividad de determinación juega un papel primordial el conocimiento de la situación fáctica.

Además de las limitaciones o restricciones normativas y contextuales, debemos considerar que junto a ellas se han generado prácticas sociales por las que se da contenido y alcance a cada derecho, y aquí juega un papel de primer orden la labor hermenéutica por la que se significa cada derecho.

Esas prácticas sociales son tanto autoritativas como dogmáticas. En el caso de autoridades el papel que cumplen las opiniones e informes de organismos internacionales como, por ejemplo, las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por las que fija el contenido y alcance de algunos derechos fundamentales⁴³⁷, en especial en materia de derechos sociales, y la jurisprudencia, son de suma a relevancia.

Como corolario de lo dicho, es importante diferenciar las limitaciones normativas de las limitaciones contextuales. Así, por lo que hace a las limitaciones contextuales, las abordamos en sentido amplio y desde una perspectiva más sociológica que jurídica. Las limitaciones contextuales

requiere una solución distinta; y c) mostrar que el caso anterior estuvo mal resuelto y que, en consecuencia, la norma universal aplicable no es la que allí se establecía, sino otra alternativa.”, citado por Atienza, Manuel, *Curso de Argumentación Op. Cit.*, pp. 334-335

⁴³⁷ V. gr., Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-23/17* de 15 de noviembre de 2017, solicitada por la República de Colombia, Medio Ambiente y Derechos Humanos.

están vinculadas con situaciones fácticas en las que se tiene como parámetro fines y valores constitucionales y convencionales relativos a los derechos fundamentales. Las limitaciones contextuales requieren, antes que nada, de su adecuado conocimiento para, en su caso, elegir los medios idóneos para remover, modificar o eliminar la situación que de hecho impide la plena vigencia de los derechos fundamentales.

Con base en lo apuntado sobre las limitaciones normativas y las limitaciones contextuales, procederemos en el siguiente punto a establecer una serie de criterios que consideramos relevantes y que tienen que ver con ambas clases de limitaciones, es decir, normativas y contextuales, y que nos permita mostrar su nexo sea con una u otro tipo de limitación.

2. Criterios operativos de las limitaciones normativas y contextuales

Sin perjuicio de la diferenciación analítica entre limitaciones normativas y limitaciones contextuales, establecer una clasificación requiere necesariamente tomar en cuenta criterios con base en los cuales se lleven a cabo distinciones. Así, convengamos en varios criterios de carácter operativo, es decir, que miran a la producción del efecto esperado⁴³⁸.

a) Criterios operativos generales

1. Por su fuente:

- (i) Medida normativa (V. gr., Artículo 9º, constitucional: ninguna reunión armada tiene derecho a deliberar).

⁴³⁸ Operativo significa que algo produce el efecto esperado. Real Academia Española, *Diccionario...Op. Cit.*; voz: operativo.

- (ii) Medida jurisdiccional: fundada en la resolución jurisdiccional de un caso concreto: hay una evaluación que se realiza en un momento determinado, la cual se basa en medida normativa o no está basada en medida normativa, pero ambas requieren exista la regla de competencia por la que un órgano jurisdiccional (formal y material o sólo materialmente) pondera si ha lugar o no a limitar un derecho humano (V. gr., sentencia de divorcio en la que se limita el derecho de convivencia del padre o madre con su hijo por prevalencia de interés superior del menor; resolución sobre la constitucionalidad del aborto en el Distrito Federal, en la que se determina prevalencia del derecho de autonomía de la mujer a decidir libre e informadamente sobre su cuerpo respecto del derecho a la vida del feto).
- (iii) Medida convencional⁴³⁹ (V. gr., Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –PIDCP-, artículo 19, parágrafo 3, inciso b, en el que se limita el derecho a la libertad de expresión –derecho de acceso a información pública- por cuestiones de seguridad nacional, el orden o la salud o la moral públicos).
- (iv) Medida ejecutiva/administrativa (programas de política pública en cuanto a planificación de acciones que implican cursos de acción a seguir para obtener un

⁴³⁹ Puede verse como especie de medida normativa de carácter internacional, por lo que habría medidas normativas nacionales y, dentro éstas, en texto constitucional o en texto de ley.

resultado). La limitación puede darse en el propio programa, durante su instrumentación o en los resultados de tal instrumentación.

(v) Medida (acción) de particular.

(vi) Derivada de una medida fáctica, sea una situación particular o un estado de cosas generalizado.

2. Si es generada o no por autoridad:

(i) Autoritativa (V. gr., negativa injustificada del juez de otorgar el beneficio de la libertad provisional bajo caución, artículo 20, A, I, constitucional)

(ii) No autoritativa (V. gr., limitaciones por parte de particulares de índole discriminatoria)

3. Si es temporal o indefinida (V. gr., suspensión del ejercicio del derecho de tránsito por causa de desastre natural –“toque de queda”, para evitar rapiña, robos, etc.; los ministros de culto religioso no tienen el derecho político electoral de ser electos diputados, artículo 55, VI, constitucional))

4. Determinada (i) *ex ante* e *in abstracto* como medida normativa (V. gr., Artículo 130, inciso d): “En los términos de la ley reglamentaria, los ministros de cultos no podrán desempeñar cargos públicos. Como ciudadanos tendrán derecho a votar, pero no a ser votados. Quienes hubieren dejado de ser ministros de cultos con la anticipación y en la forma que establezca la ley, podrán ser votados.”), o determinada (ii) con posterioridad (V. gr.,

Artículo 5º, 1er párrafo, constitucional: “A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos. El ejercicio de esta libertad sólo podrá vedarse por determinación judicial, cuando se ataquen los derechos de tercero, o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad.”).

5. Por su posibilidad de limitarse o no limitarse (en el artículo 29 constitucional se señalan los derechos que no pueden suspenderse en los supuestos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, segundo párrafo: “...no podrá restringirse ni suspenderse el ejercicio de los derechos a la no discriminación, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la protección a la familia, al nombre, a la nacionalidad; los derechos de la niñez; los derechos políticos; las libertades de pensamiento, conciencia y de profesar creencia religiosa alguna; el principio de legalidad y retroactividad; la prohibición de la pena de muerte; la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; la prohibición de la desaparición forzada y la tortura; ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.”, por lo que, a *contrario sensu*, los demás derechos humanos pueden limitarse mediante su suspensión temporal)

6. Si es una limitación absoluta o relativa, es decir, si el derecho humano no se reconoce a determinadas personas (las cuales presentan ciertas cualidades, como, por ejemplo, ser extranjeros, ministros de culto), caso en el que la identificaremos como negación de derecho humano (quizá un no derecho) o cuando el ejercicio de un derecho humano exige ciertos requisitos o condiciones, caso en el diríamos que hay una limitación relativa,

es decir, se puede ejercer el derecho humano, pero observando el requisito(s) o cumpliendo la condición(es) de que se trate.

7. Considerar si la limitación es legítima (justa/equitativa) o es ilegítima (injusta/inequitativa). Con base en determinadas pautas se determina si una limitación es legítima o ilegítima, y las pautas dependen de criterios de corrección para evaluar si una limitación está justificada o es injustificada.

8. Por el sujeto que la genera:

- i) órganos legislativos (formal y materialmente);
- ii) órganos jurisdiccionales formal y materialmente o sólo materialmente;
- iii) organismo internacional;
- iv) órganos ejecutivos/administrativos y organismos estatales con reconocimiento constitucional de autonomía;
- v) particulares, y
- vi) en relación con el criterio anterior, cabría considerar los casos en los cuales se desconoce el sujeto que genera la limitación.

Esquema 56. Criterios operativos de las limitaciones normativas y contextuales de los derechos fundamentales

Criterios de clasificación de limitaciones contextuales de derechos humanos		
Criterio	Clases	
Si es generada por autoridad o no	- Autoritativa - No autoritativa	
Temporalidad	- Transitoria (determinado lapso) - Indefinida	
Determinada normativamente <i>ex ante</i> e <i>in abstracto</i> o con posterioridad	- Medida normativa <i>ex ante</i> e <i>in abstracto</i> (constitucional, legal o convencional) que restringe <i>ipso iure</i> - Medida posterior (básicamente jurisdiccional) que restringe basándose en reglas preestablecidas o implícitas	
Posibilidad de limitarse	- Puede limitarse - No puede limitarse	
Absoluta o relativa	- Absoluta: (i) normativamente por no reconocimiento o adscripción total o (ii) fácticamente se impide totalmente el ejercicio - Relativa	- Por su operatividad intersubjetiva - Restricción de su ejercicio: (i) normativamente: (a) estableciendo requisitos; (b) condiciones para su ejercicio; o (ii) por efecto de situación fáctica
Legítima	- Legítima - Illegítima	
Sujeto que la genera	- Órgano legislativo - Órganos jurisdiccional - Organismo internacional - Órganos ejecutivos/administrativos y órganos estatales - Particulares - Organismo internacional - Sin determinación de sujeto	
Sujeto afectado	- Individual/determinado - Grupo, colectividad, sector social	
Origen fáctico o normativo (fuente)	- Fáctica - Normativa (fuente normativa)	- Individual - Estado de cosas inconstitucional - Medida normativa - Medida jurisdiccional - Medida convencional - Medida ejecutiva (administrativa)

De estos criterios cabe señalar que algunos son exhaustivos y excluyentes y otros no lo son.

Así, por ejemplo, una limitación o es determinada *ex ante* e *in abstracto* como medida normativa (constitucional o de ley) o determinada con posterioridad como resultado de un procedimiento jurisdiccional; una limitación o es transitoria o tiene efecto indefinido a partir de su aplicación; una limitación o es autoritativa o no lo es, esto es, o proviene de acto de autoridad o no proviene de acto de autoridad sino de particulares que, para efectos prácticos, realizan actos que limitan derechos humanos.

Asimismo, puede determinarse que algunas limitaciones son necesariamente normativas, pero otras no, aunque puede darse el caso de limitaciones de carácter mixto como, por ejemplo, que un estado de cosas inconstitucional generalizado se deba a omisiones de autoridades (fácticas o normativas) y de particulares (meramente fácticas).

b) Criterios sobre sujetos

Por lo que hace al criterio referido a los sujetos, considerando la clase de medida y su origen, cabe desagregar estos elementos (medida y origen) preguntando cuál es el sujeto o sujetos que se vincula con ellos. El análisis tiene carácter preliminar, no obstante, consideramos apunta por el camino adecuado pues la intención es mostrar que no solamente la autoridad es la que limita los derechos fundamentales. Justo a partir de este examen se inicia el proceso de refinamiento de categorías de análisis o, en el caso de su irrelevancia probada, no invertir más tiempo en su estudio.

El desagregado es el siguiente:

Esquema 57. Sujetos que generan limitaciones

Medida	Origen	Sujetos
Normativa (conocida como medida legislativa*)	-Texto constitucional	-Depositario del Poder Reformador
	-Texto de ley	-Depositarios del poder legislativo
	-Texto normativo (reglamentación)	-Cualquier autoridad con facultades de producción normativa
Jurisdiccional**	-Judicial: actividad jurisdiccional de órgano depositario de Poder Judicial	Depositarios del poder judicial
	-No Judicial: actividad jurisdiccional de órgano no depositario del Poder Judicial	Instituciones que no son depositarias del Poder Judicial dotadas de poder jurisdiccional
	Internacional	-Corte Interamericana de Derechos Humanos -Corte Penal Internacional
Medida convencional	Convencional: instrumento internacional (tratado, convención, protocolo, etc.)	Organismos internacionales
Medida ejecutiva (administrativa)	-Poder ejecutivo: administración pública	-Depositario del Poder Ejecutivo (y su administración pública) y otros organismos del Estado, caso en el que hablamos de depositarios de actividad, en general, ejecutiva/administrativa
	-Organismos ejecutivos internacionales	-Oficina del Alto Comisionado de la ONU en Derechos Humanos, UNESCO, UNICEF, otros
Medida de particular (fáctica)	Acciones de particulares	Particulares (identificable)
Medida(s) fáctica(s) (indirectas)	Cualquier estado de cosas	Indeterminado (desconocido)

* En general, se trata de medidas normativas, sin importar el órgano emisor.

** Nos referimos a la actividad/función jurisdiccional en sentido material.

Por nuestro objeto de estudio, nos interesan las actividades del depositario del poder ejecutivo y otros organismos del Estado, así como ciertas actividades de los particulares que limitan derechos humanos en la modalidad de anulación, mediante acciones “ejecutivas/administrativas”, así como los casos en los que no está determinado el sujeto, pero existe un estado de cosas fáctico complejo que limita contextualmente un derecho fundamental.

Si vamos por el camino adecuado, entonces hay destacar que no solamente mediante medida normativa o medida jurisdiccional se dan limitaciones de derechos humanos, y ampliar nuestra perspectiva a partir de ver que en la realidad social/institucional los derechos humanos también se limitan con motivo de la actividad ejecutiva/administrativa (primordialmente a través de políticas públicas) y de la actividad de los particulares.

No está de más resaltar el lado positivo de la conexión de los derechos humanos, sean civiles y políticos o económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA o, en general, derechos sociales), con las políticas públicas que tienen como objetivo, entre otros, promoverlos, respetarlos, protegerlos y garantizarlos.

Asimismo, cabe destacar la vinculación de los derechos humanos con las actividades de los particulares que se dedican, en general, a protegerlos, hacer que se respeten, fomentarlos, promoverlos y desarrollarlos y que se identifican con las actividades de organizaciones de la sociedad civil, incluso destacar las labores de monitoreo para la verificación del cumplimiento o no cumplimiento de ciertos derechos humanos, debiéndose

destacar el importante papel que juegan ciertas organizaciones internacionales “no oficiales” (Greenpeace, capítulo México).

3. Las limitaciones de derechos fundamentales, ¿niegan, suspenden, restringen, anulan?

Las limitaciones normativas⁴⁴⁰ y contextuales conllevan, en general, una exclusión de la protección del derecho fundamental, por lo que a la pregunta de cuáles son los efectos de una limitación la respuesta es sencilla: el efecto es la exclusión de una persona para obtener el objeto del derecho fundamental.

Ahora bien, a partir de la diferencia de los derechos fundamentales a acciones negativas y a acciones positivas -derechos a algo-, y considerando que, si la exclusión jurídica no lo es al derecho fundamental, entonces la exclusión de protección del objeto del derecho fundamental tiene dos variantes según estemos en presencia de derechos a acciones negativas o derechos a acciones positivas y, consecuentemente, estamos en presencia de la exclusión de exigibilidad o de exclusión de ejercicio según se trate de acciones negativas o de acciones positivas.

Así, podemos convenir que, a partir de los significados de los términos <<ejercicio>> y <<exigibilidad>>⁴⁴¹, cuando estamos en presencia de

⁴⁴⁰ Recuérdese que la limitación en sentido normativo es la exclusión jurídica de la protección de un derecho fundamental.

⁴⁴¹ La exigibilidad, cualidad de exigible, implica que algo se puede exigir, es decir, pedir imperiosamente algo a lo que se tiene derecho. Real Academia Española, *Diccionario...Op. Cit.*; voces: exigible, exigir. Ejercicio viene a significar acción de ejercitar (también ejercer), es decir, acción y efecto de ejercer. Ejercer es hacer uso de un derecho. Real Academia Española, *Diccionario...Op. Cit.*; voces: ejercicio, ejercitar, ejercer. Con base en estas significaciones, entendemos que la exclusión de la obtención de la prestación positiva -derechos a algo- objeto del derecho fundamental, puede referirse como la exclusión de exigibilidad, es decir, no se puede pedir algo a lo que, *prima facie*, se tiene derecho, sea vía justiciabilidad u otros mecanismos de justibilidad (más adelante desarrollamos

acciones negativas la exclusión de <<protección>> significa que lo es al ejercicio del derecho fundamental de que se trate. En cambio, ante acciones positivas la exclusión de <<protección>> tiene sentido si lo que se excluye es la exigibilidad.

La limitación de no ejercicio (exclusión de ejercicio) refiere más al uso cotidiano de un derecho que implica acciones de índole negativa. En cambio, entendemos que la no exigibilidad (exclusión de exigibilidad) excluye jurídicamente la obtención de la prestación positiva -derechos a algo- objeto del derecho fundamental, es decir, no se puede pedir algo a lo que, *prima facie*, se tiene derecho, sea vía justiciabilidad u otros mecanismos de justibilidad⁴⁴².

La diferenciación entre exigibilidad y ejercicio es analítica por lo que la exigibilidad y el ejercicio conforman una unidad funcional que al final refiere la exclusión jurídica de protección, entendiendo ésta en sentido amplio. Para efectos prácticos cabe diferenciar si se considera, como se ha señalado, que los derechos a acciones negativas se proyectan más por el lado de su ejercicio y que los derechos a acciones positivas se forjan más por el lado de exigibilidad.

Además, no debe perderse de vista la interdependencia de los derechos fundamentales. Así, si lo que se trastoca es la protección (en sentido *lato*) del objeto del derecho fundamental quedo excluido jurídicamente para poder exigir el derecho fundamental o puede ser que no lo pueda ejercitar, o ambos. Recordemos que el objeto del derecho fundamental no

este concepto) en cambio, el ejercicio refiere más al uso cotidiano de un derecho que implica acciones de índole negativa.

⁴⁴² En el capítulo IV, apartado A (p. 751 y ss), nos ocupamos de la noción de justibilidad.

solamente implica ejercer un derecho en el sentido de realizarlo por su mero ejercicio porque no me es impedido hacerlo, sino que también puede implicar obtener una prestación.

Vamos a examinar varias formas (o modalidades) de referirse a las limitaciones normativas, y de alguna manera a las limitaciones contextuales. Para ello, nos servimos de los términos que utilizan los operadores jurídicos en diversas situaciones, desde la actividad legislativa, judicial y ejecutiva, incluyendo organismos constitucionalmente autónomos, entidades internacionales y sociedad civil, hasta la dogmática.

Así, por ejemplo, los operadores jurídicos se refieren a limitaciones de los derechos humanos; a la restricción de los derechos humanos; a que los derechos humanos pueden ser suspendidos en ciertos supuestos; que determinados derechos humanos nunca podrán ser suspendidos; que un juez ha negado un derecho fundamental o que lo ha anulado, etc.

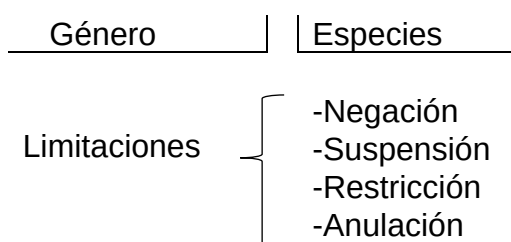
Estos usos pueden indicar que existen diferentes formas de limitar los derechos fundamentales. ¿Realmente son diferentes la negación, la suspensión, la restricción y la anulación de derechos fundamentales? Si estas categorías existen, si es que existen, de poco sirven si no se caracterizan. Tratar estas formas como equivalentes lleva a confusión y no permite esclarecer los supuestos que cada forma de limitar derechos humanos implica (presupuestos, requisitos, condiciones, etc.)

Desbrozar el camino lleva a un mejor entendimiento del funcionamiento de los derechos humanos y, por ende, a mejorar su promoción, respeto, protección y garantía.

a) Terminología que se utiliza para referir las clases de limitaciones normativas

Así, terminológicamente (y en perspectiva operativo-metodológica), hay varias formas de referirse a las limitaciones de los derechos humanos: la negación, suspensión, la restricción y la anulación, las cuales combinan varios criterios, elementos y características. Si estos tipos (modalidades) los tomamos como especies y la referencia a limitación como género, llegamos a una primera clasificación:

Esquema 58. Clases de limitaciones normativas



Antes de identificar por cada clase cuáles son los criterios, elementos y características en que cada una se basa, parece pertinente, como primer paso, realizar un análisis léxico, basándonos en el Diccionario de la Lengua Española⁴⁴³:

- a) Limitar: 1. tr. Poner límites a algo; 2. tr. Acortar, ceñir. U. t. c. prnl; 3. tr. Fijar la extensión que pueden tener la autoridad o los derechos y facultades de alguien; 6. prnl. Imponerse límites en lo que se dice o se hace, con renuncia voluntaria o forzada a otras cosas posibles o deseables. [Límite: límite: 1. m. Línea real

⁴⁴³ Real Academia Española, *Diccionario...Op. Cit.*, voces: limitar, suspender, negar, anular y restringir, así como límite. Utilizamos las significaciones (o explicaciones) pertinentes a este estudio.

o imaginaria que separa dos terrenos, dos países, dos territorios;
2. m. Fin, término. 4. m. Extremo que pueden alcanzar lo físico y lo anímico.]

- b) Negar: 1. tr. Decir que algo no existe, no es verdad o no es como alguien cree o afirma; 2. tr. Dejar de reconocer algo, no admitir su existencia; 3. tr. Decir que no a lo que se pretende o se pide, o no concederlo; 4. tr. Prohibir o vedar, impedir o estorbar; 7. tr. Desdeñar, esquivar algo o no reconocerlo como propio; 8. tr. Ocultar, disimular; 9. prnl. Excusarse de hacer algo, o rehusar el introducirse o mezclarse en ello.
- c) Suspende: 2. tr. Detener o diferir por algún tiempo una acción u obra. U. t. c. prnl; 4. tr. Privar temporalmente a alguien del sueldo o empleo que tiene.
- d) Restringir: 1. tr. Ceñir, circunscribir, reducir a menores límites; 2. tr. Apretar, constreñir, restringir.
- e) Anular (2): De nulo. 1. tr. Dejar sin efecto una norma, un acto o un contrato. U. t. c. prnl; 2. tr. Suspende algo previamente anunciado o proyectado. U. t. c. prnl; 3. tr. Incapacitar, desautorizar a alguien. U. t. c. prnl.

Como podemos observar, existe circularidad (interdefinibilidad) entre estos términos, destacando las significaciones privar, dejar sin efecto, reducir, negar. Lo común a ellos, en general, parece ser que es la propiedad de limitar: poner límites⁴⁴⁴, es decir, separar. Así, por ejemplo, al negar separo el predicado del sujeto, no hay unión del sujeto con el predicado (se niega la conjunción); así también ocurre con privar, anular, restringir, suspender. En la acción de limitar se da el resultado del establecimiento de un límite, es decir, algo se separa de algo y se señala que no opere o disponiendo requisitos o

⁴⁴⁴ *Idem*; voz: límite.

condiciones para que opere. Si se suspende algo implica que por algún tiempo “estará separado”.

b) Significación de la limitación del derecho fundamental como negación

Comencemos por la negación. ¿De cuál forma, bajo negación de un derecho fundamental, se da la exclusión de la protección o de la prestación?, ¿realmente una negación limita el ejercicio de un derecho humano? La cuestión acerca de qué es la negación de un derecho humano, me parece, la podemos ver en dos formas:

i) La tesis de la no adscripción positiva del derecho fundamental⁴⁴⁵.

Hemos agregado a la adscripción el calificativo de positiva porque nos parece que sólo podemos hablar de adscripción si nos situamos en un plano de análisis positivista, es decir, la adscripción se da por parte del Estado (sea a través de una asamblea constituyente o del Poder reformador), incluso desde el orden internacional con las declaraciones en materia de derechos humanos⁴⁴⁶. Más adelante veremos que adscripción u otorgamiento, para

⁴⁴⁵ Para algunos autores como Francisco Laporta, al cual aludiremos más adelante, los derechos fundamentales implican un acto de adscripción. Laporta, Francisco, “El concepto de derechos humanos”, en *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Núm. 4, Universidad de Alicante, Es., 1987.

⁴⁴⁶ Señala Carlos Santiago Nino, refiriéndose a los derechos humanos como derechos morales: “A primera vista, parece obvio que cuando hablamos de derechos humanos aludimos a situaciones normativas que están estipuladas en disposiciones de derecho positivo nacional e internacional, como los arts. 14 y 18 de la Constitución Nacional Argentina, o en el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales de 1966. Con esta interpretación los derechos humanos serían primordialmente *derechos jurídicos*, tanto como, por ejemplo, el derecho que tiene en la Argentina un locador para desalojar de un inmueble al locatario que debe dos meses de alquiler. No hay duda de que en muchos contextos, por ejemplo en referencias históricas, cuando se habla de derechos humanos se hace mención a estos derechos jurídicos. Pero en los contextos en que la alusión a derechos humanos adquiere una importancia radical para cuestionar leyes, instituciones, medidas o acciones, esos derechos no se identifican con los que surgen de normas de derecho positivo sino que, en todo caso, se entiende que los derechos jurídicos así creados constituyen sólo una consagración,

efectos de este plano de análisis, podemos utilizarlos, en perspectiva, semántica, como equivalentes. El otro plano de análisis se sitúa en los parámetros metaéticos del constructivismo ético, en especial el epistemológico⁴⁴⁷, y, en éste, los derechos humanos se derivan, dentro del discurso, de los principios morales fundamentales (principios de inviolabilidad de la persona, autonomía personal y dignidad de la persona).⁴⁴⁸

Carlos Santiago Nino, después de criticar la tesis de la (i) persona moral como la caracterización del concepto de hombre a partir de propiedades que se presentan como moralmente relevantes, llegando a la conclusión de que hay hombres que los son en menor grado que otros, ya que las propiedades son graduables; y la tesis por la que (ii) se caracteriza el concepto de hombre a partir de rasgos biológicos, pero sin quedar claro cómo esos rasgos, los cuales están desvinculados de los derechos humanos, pueden constituir el fundamento para esos derechos⁴⁴⁹, señala:

“Creo que debemos tomar en cuenta que, como dice Bruce Ackerman, la ciudadanía moral no es una cuestión de teoría biológica (ni de ningún tipo de teoría descriptiva), sino de teoría política, o sea de teoría moral en un sentido amplio. Esto significa que necesitamos producir un cambio radical de estrategia filosófica: tenemos que determinar primero cuáles son los principios morales

reconocimiento o medio de implementación de aquellos derechos que son lógicamente independientes de esta recepción jurídica. Se reclama el respeto de los derechos humanos aun frente a sistemas jurídicos que no los reconocen y *precisamente porque no los reconocen*. Por ejemplo, frente a una protesta por el hecho de que en la Unión Soviética no se reconoce el derecho a formar asociaciones políticas distintas del partido comunista, no cabe la réplica de que el orden jurídico soviético no admite tal disenso, ya que ella, de ser cierto, abonaría precisamente la protesta.”, Nino, Carlos Santiago, *Ética y derechos humanos*, 2ª ed., ampliada y revisada, Astrea, Argentina, 1989, pp. 14-15.

⁴⁴⁷ Con algunos matices, nos adherimos al constructivismo epistemológico de Carlos Santiago Nino expuesto en su obra *Ética y derechos humanos*, *Op. Cit.* En síntesis, los derechos humanos son un constructo humano y se infieren de los principios de justicia dentro del discurso (liberal igualitario).

⁴⁴⁸ *Idem*, p. 46.

⁴⁴⁹ *Idem*, pp. 45-46.

de los que los derechos básicos derivan y sólo después podemos definir a las personas morales como la clase de todos aquellos individuos (o entidades) que poseen las propiedades que son factualmente necesarias para gozar o ejercer tales derechos. Esto quiere decir que los principios fundamentales de los que los derechos humanos derivan son categóricos, en el sentido de que ellos no condicional la titularidad de tales derechos a la posesión de una u otra característica. Estos principios son erga omnes, o sea se aplican a todos y a todo. Es simplemente una cuestión de hecho que sólo ciertos individuos o entidades pueden gozar o ejercitar en cierto grado los derechos generados por estos principios. Esto presupone, naturalmente, la distinción entre ser titular de un derecho y estar capacitado para ejercerlo...La idea es que la personalidad moral es un concepto relacionado no con el hecho de ser titular de derechos morales fundamentales sino con el hecho de poseer las condiciones para ejercerlos o gozar de ellos. Quienes son personales morales dependerá entonces de quiénes pueden gozar de los derechos generados por los principios morales básicos.”⁴⁵⁰

La tesis de la no adscripción positivista presenta, básicamente, dos problemas. Por un lado, dice que la negación de un derecho humano implica que no ha sido adscrito u otorgado positivamente a determinadas personas en atención a ciertas cualidades que presentan. Esta clase de personas, al no serles adscrito u otorgado positivamente por la autoridad el derecho X, no lo tienen en su esfera jurídica (V. gr., ministros de culto, extranjeros, personas que por su cualidad no les ha sido adscrito u otorgado el derecho fundamental X).

Pero si el derecho fundamental se considera no adscrito u otorgado a cierta clase de personas, se enfrenta el problema de la universalidad de los derechos fundamentales⁴⁵¹, pero este problema es aparente ya que hay

⁴⁵⁰ *Idem*, pp. 45-46.

⁴⁵¹ Sobre el principio de universalidad, relacionado con la positivización de los derechos humanos, señala Rodolfo Vázquez: “Si la universalidad de los derechos significa que éstos se adscriben a *a todos* los seres humanos, entonces hay que sacar los derechos humanos del ámbito del sistema jurídicos positivo. La razón parece clara: hay una imposibilidad conceptual de afirmar que los derechos

que prestar suma atención al hecho de que la universalidad no se predica de la adscripción u otorgamiento positivo y autoritativo de los derechos humanos, sino que la universalidad deriva -se infiere- de la proyección de la autonomía de la persona como persona moral en el discurso y en el que, aceptados los principios de justicia, primordialmente el de autonomía, el de inviolabilidad de la persona (dignidad humana) y el de igualdad, y bajo ciertas condiciones estructurales del discurso, de esos principios se infieren los derechos humanos y sus características de universalidad, interdependencia, pluralismo, imparcialidad, indivisibilidad y progresividad.

Así, se puede no tener adscrito u otorgado positivamente un derecho, pero de ello no se sigue que no se tenga en la esfera normativa el derecho humano respectivo, porque los derechos humanos no son dependientes de su adscripción u otorgamiento positivo autoritativo.

Si la tesis de la no adscripción positiva fuera cierta estaríamos ante una aparente paradoja: todas las personas tenemos los derechos humanos formando parte de nuestra nómina normativa, pero no son universales porque positivamente no nos han sido adscritos o reconocidos autoritativamente. La disolución de la paradoja se da por el entendimiento de que la universalidad de los derechos sociales no deriva de su positivización sino de que tal característica proyecta una de las condiciones

humanos son universales y al mismo tiempo que son producto de un orden jurídico positivo determinado. Este último se concibe siempre como un ámbito de validez espacial y temporal determinado, acotado. Para ser más precisos, puesto que los valores, intereses o necesidades son anteriores a las protecciones normativas, entonces la universalidad debe predicarse de tales bienes, pero no de los sistemas institucionales de protección entre los que incluimos el sistema jurídico. La exigencia de satisfacción de tales bienes por parte de terceros puede ser una exigencia oral no institucionalizada jurídicamente por lo que es posible hablar de 'derechos morales' y distinguirlos de los 'derechos jurídicos'. Si alguna universalidad puede ser predicable de los derechos jurídicos es una puramente lógica y no substantiva.", Vázquez, Rodolfo, *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*, Op. Cit., p. XIII.

del discurso: el que cada persona pueda hacer valer su autonomía ante los demás (lo primero que es universal es la autonomía), sin exclusión alguna, y de aquí se permea la universalidad a los derechos humanos y, por ende, éstos también son universales.

Diferenciados estos dos planos de análisis, es evidente que, si la no adscripción o no otorgamiento positivo de derechos humanos por parte de la autoridad no impacta su universalidad, entonces su no positividad no quiebra el principio de universalidad.

Por tanto, la negación no podría consistir en que X derecho fundamental no ha sido adscrito u otorgado a una persona, es decir, que ese derecho no está en su esfera normativa⁴⁵². Bajo esta perspectiva, si las personas a las que se les niega un derecho fundamental, bajo la tesis de la no adscripción u otorgamiento positivo de un derecho fundamental, entonces tendrían un no-derecho (no en el sentido Hohfeldiano⁴⁵³), es decir, no fueron sujetos objeto de adscripción u otorgamiento, lo cual es inconsistente con la universalidad de los derechos humanos. Por la condición metaética a que

⁴⁵² Por la vía de la realidad social/constitucional (Searle, John, *La Construcción de la Realidad Social*, Op. Cit, prólogo de Antoni Doménech, Paidós, España, 1997), es evidente que el ser humano ha ido conformando sistemas de normatividad (de moralidad positiva y de moralidad crítica con pretensiones de universalidad) y, por tanto, se auto reconoce una esfera individual y una esfera social de normatividad la cual, en una medida considerable, se proyecta, en su esfera jurídica.

⁴⁵³ Es preciso señalar que en el sistema Hohfeldiano un no-derecho siempre se presenta relacionalmente, sea en oposición con un derecho subjetivo o en correlación con un privilegio, además, esas relaciones se dan entre personas singularmente distintas: en la relación de oposición la persona A tiene un derecho subjetivo y la persona B tiene un no-derecho; en la relación de correlación la persona A tiene un privilegio y la persona B un no-derecho. Véase el esquema 10. Cuadro de opuestos y correlativos de Hohfeld (p. 103). En el planteamiento de la tesis de la no adscripción, no hay más relación que la de la persona con el sistema moral en el que los derechos fundamentales tienen su último sustento filosófico: se le reconocen porque están en su esfera normativa y hablar de no-derecho, conforme a la tesis de la no adscripción, sencillamente implica que una persona no tiene adscrito un derecho, lo cual, como se apunta, no es consistente con la universalidad de los derechos fundamentales.

hemos hecho alusión se da la universalidad de los derechos humanos y no por efecto de que estén adscritos u otorgados por la autoridad, pues la positivización no marca la existencia de los derechos humanos, aunque es muy importante su regulación jurídica.

Por otro lado, se presenta el problema semántico (no meramente terminológico), pues adscribir implica, en algún sentido, que alguien lo adscribe⁴⁵⁴, y ello conlleva pensar que es otorgado. Además, lleva a tomar en cuenta que si algo se adscribe a algo es que éste algo no lo tenía. Positivamente los derechos humanos son reconocidos por la Asamblea Constituyente o por el Poder Reformar mediante procesos de regulación autoritativa. Así, parece ser que un mejor término es el de reconocimiento⁴⁵⁵, siempre y cuando el reconocimiento se derive en el sentido metaético al que se ha hecho referencia, es decir, la autoridad “reconoce” que los derechos humanos, como constructo humano, derivan de los principios de justicia (autonomía, inviolabilidad de la persona e igualdad).

Además, en perspectiva filosófica (metaética), los derechos fundamentales, como constructo humano, se vinculan con una moral universalista reflexiva (crítica e ideal) en la que los derechos humanos al ser derechos morales juegan en el discurso, pues son inferidos -derivados- de los principios de justicia, y pueden -de hecho, así sucede- configurarse positivamente como

⁴⁵⁴ Adscribir significa, léxicamente, hacer figurar algo entre lo que corresponde a una persona o a una cosa, sin perjuicio de que implica asignar. Real Academia Española, *Diccionario...Op. Cit.*; voz: adscribir. Adscribir implica que algo no está en algo y precisamente por ello se le adscribe.

⁴⁵⁵ Reconocer significa, léxicamente, examinar algo o a alguien para conocer su identidad, naturaleza y circunstancias. Real Academia Española, *Diccionario...Op. Cit.*; voz: reconocer. Reconocer implica conocer algo que ya está en algo. Por otro lado, el prefijo “re” unido a un verbo denota repetición, por lo que reconocer vendría a ser volver a conocer.

derechos fundamentales en los órdenes jurídicos⁴⁵⁶, incluso sin marginar la dimensión antropológica normativa del ser humano⁴⁵⁷.

⁴⁵⁶ Véase: Vázquez, Rodolfo, *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*, Op. Cit.

⁴⁵⁷ Viene a colación esta acotación porque una crítica al iusnaturalismo desde los fundamentos filosóficos del liberalismo igualitario señala que los iusnaturalistas, a decir, de Rodolfo Vázquez, argumentan así: "...primero tengo una antropología que me dice cómo es la persona, a partir de esta persona y, de una manera, muy rara, infiero los derechos violando o cometiendo la falacia naturalista y trascendiendo al deber ser desde el ser con una mayor alegría bárbara...de la naturaleza humana infiero los derechos y finalmente todos esos derechos los fundamento en principios generales que, por lo general, son entendidos con algo metafísico...Bueno, [bajo el discurso filosófico liberal igualitario] se da el proceso inverso. Es de algo tan empírico y tan a la mano como es el discurso que infiero los principios, construyo los derechos a partir de los principios [de justicia, por ejemplo] e infiero finalmente el tipo de persona que pueda hacer valer esos derechos. Pero la persona se construye a partir de hacer valer esos derechos." Vázquez, Rodolfo, Conferencia "¿Qué es el liberalismo del siglo XXI?", dictada en FLACSO, el 18 de junio de 2013; consultable en: <https://www.youtube.com/watch?v=dA1PUCWCvA4&t=466s>. Así, viene a colación no dejar de considerar el papel de los estudios de antropología filosófica (la cual se basa, en gran parte, en estudios de la antropología científica). Es oportuno precisar que como está hecha la referencia de Rodolfo Vázquez a cuestiones antropológicas, podría llevar a pensar que no hay que tomar en cuenta, para nada, cuestiones antropológicas, y esto, nos parece, no es exacto. En efecto, importancia de la antropología filosófica no debe ser marginada, pues analiza el tema, entre otros, de las bases, biológicas y culturales, de la eticidad del ser humano. Véase al respecto Choza, Jacinto, *Manual de Antropología Filosófica*, 2ª ed., Thémata, Sevilla, España, 2016, en especial el Capítulo IX, "Instintos y tendencias. Bases de la Ética, pp. 265-282. Este autor señala: "Como quiera que la ética es la ciencia de los fines y de los medios que a ellos conducen, se puede hablar de una ética animal y de los fundamentos biológicos o genéticos de la ética humana. Y, efectivamente, así lo han hecho Dobzhansky y Ayala en el campo de la genética, K. Lorenz en el de la etología y E. O. Wilson en el de la sociobiología, aunque frecuentemente incurren en reduccionismos biologistas. En los tres casos, la pregunta acerca de cómo y por qué surgen y se consolidan, a lo largo del proceso evolutivo, lo que conocemos como normas éticas humanas es respondida de la misma manera: surgen porque tienen ventajas adaptativas y se consolidan porque solo los animales que las cumplen sobreviven y dejan descendencia (o sea, solo los animales que cumplen las funciones de autoconservación y reproducción perduran como especie). Así pues, según K. Lorenz, el decálogo está inscrito en el código genético de los animales, que lo observan escrupulosamente, y según E.O. Wilson, está en la base de las sociedades animales, cuya estabilidad viene precisamente de la observancia de tales normas. El problema de la inmoralidad humana surge porque la programación genética que regula el comportamiento animal está rota en el hombre, de manera que su comportamiento puede ser y es depravado: en concreto, con excepción de algunos roedores que se aniquilan masivamente entre ellos, el hombre parece ser el único animal que manifiesta una agresividad intraespecífica incontrolable y devastadora. En relación con esta tesis etológica, los estudios y *symposia* biológicos realizados en los últimos años en búsqueda de las bases genéticas y neurofisiológicas que hay que encontrar y corregir para reducir la agresividad humana, han sido muy numerosos.

Desde el lado de las ciencias sociales, más concretamente desde el de la antropología sociocultural, se sostiene que las configuraciones socioculturales humanas surgen en virtud de normas que no

Para sortear estos dos problemas (universalidad y reconocimiento), parece que el camino va por el lado de una fórmula que (i) considere el principio

tienen ni pueden tener una base biológica y cuya función es, precisamente, reprimir los instintos incontrolados y organizar la vida culturalmente, lo que equivale a organizar la vida humanamente. Desde esta perspectiva, la aparición de la norma ética marca justamente la frontera entre el animal y el hombre, considerándose la primera de todas esas normas la prohibición del incesto, que constituye la familia humana como tal, base de la sociedad humana. Con matizaciones diversas, esta es la tesis de Lowie, B. Malinowski y C. Lévi-Strauss²⁰, entre otros. En realidad, como frecuentemente sucede, ambas posiciones tienen su parte de razón, pero la polémica no está de ninguna manera resuelta.”, pp. 280-281. Bajo un sistema diferente al de la antropología filosófica, pero, nos parece, llega a conclusiones esencialmente similares, está la posición de John Searle. Este tratadista explica la realidad social a partir de un sistema que se integra básicamente por cuatro componentes: la asignación de función, la intencionalidad colectiva, las reglas constitutivas y la capacidad humana de lidiar con su entorno. Combinados dan lugar a la realidad social/institucional. Nos interesa en este punto destacar la asignación de función. Conforme a este rasgo de la intencionalidad humana, imponemos o asignamos funciones a las cosas como, por ejemplo, a partir de criterios de evaluación, asignamos funciones a fenómenos naturales como los ríos y los evaluamos como buenos o malos para, por ejemplo, bañarnos. Así también asignamos funciones a artefactos creados por el ser humano como el dinero. Las asignaciones de funciones no son intrínsecas a las cosas sino relativas al observador, es decir, al ser humano. A partir de la asignación de funciones asignamos funciones de *status*, es decir, imponemos o asignamos poderes. Señala Searle: “[y la cuestión evoluciona hasta] [t]ener poderes deónticos [que] sirve[n] para regular las relaciones entre la gente. En esta categoría, imponemos derechos, responsabilidades, obligaciones, deberes, privilegios, habilitaciones, castigos, autorizaciones, permisos y otros fenómenos deónticos por el estilo. De acuerdo con nuestra sugerencia anterior [regla constitutiva “X vale o cuenta como Y en C], según la cual, en general, el *status* Y confiere (o niega) poder, la hipótesis obvia sería que hay dos categorías amplias de tales funciones de *status*. La primera se da cuando el agente es dotado con algún poder, certificado, autorización, habilitación, derecho, permiso o cualificación nuevos que le capacitan para hacer algo que no podría hacer de otro modo; y la segunda se da cuando el agente es o está requerido, obligado, ligado por el deber, castigado, prescrito o forzado de algún otro modo a hacer algo que de otro modo no sería factible. Hablando laxamente, las dos grandes categorías son las de los poderes positivo y negativo. Para tener un rótulo, digamos que todas las funciones de *status* deónticas son asuntos de *poder convencional* [p. 112]...Acaso la forma más enigmática de función de *status* se da en la creación de los derechos *humanos*. Antes de la Ilustración europea, el concepto de derechos sólo tenía aplicación en el marco de alguna estructura institucional -derechos de propiedad, derechos maritales, *droit de seigneur*, etc. Pero, de uno u otro modo, acabó siendo colectivamente aceptada por la idea de que uno podía tener una función de *status* solamente por ser un ser humano, la idea, esto es, de que el término X era «humano» y el término Y era «poseedor de derechos inalienables». No es por azar que la aceptación colectiva de este paso estuviera asistida por la idea de la autoridad divina: «están dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables, entre los cuales se hallan la Vida, la Libertad y la búsqueda de la Felicidad». La idea de los derechos humanos ha sobrevivido al declive de la fe religiosa, y se ha llegado incluso a internacionalizar. A menudo se apela a la Declaración de Derechos Humanos de Helsinki, con distintos grados de eficacia, contra los regímenes dictatoriales [p. 106]...”, Searle, John, *La Construcción de la Realidad Social... Op. Cit.*

de universalidad de los derechos fundamentales y que (ii) no implique que los derechos fundamentales son concesión graciosa de nadie, es decir, ni son adscritos ni otorgados, sino reconocidos en el sentido metaético referido.

Ahora bien, hay que analizar detalladamente el cambio normativo constitucional relativo al “reconocimiento” de los derechos humanos que se dio en 2011 con motivo de las modificaciones constitucionales al artículo 1º constitucional, pues se dejó atrás el que se otorgaban las garantías individuales por la prescripción de que se reconocían los derechos humanos, lo que fue motivo de gran beneplácito, pues, se dice, se superó (i) la referencia a garantías individuales por la de derechos humanos, distinguiendo éstos de sus garantías y (ii) que los derechos humanos no se otorgan sino que se reconocían, con lo que, se señala, se ha superado el positivismo, es decir, si la Constitución no otorgaba un derecho humano, o sea, una garantía individual, pues sencillamente no existía, pero al establecerse que se reconocen el problema está salvado. Sin embargo, si hacemos una lectura “literal” del texto constitucional nos percatamos que continuamos en una especie de positivismo, pues sólo podemos gozar de los derechos humanos que se reconocen en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, y aquí está el inconveniente: ¿si un derecho humano no está “reconocido” en dichas pautas normativas, en México no se puede “gozar” de él? La lectura que se ha hecho del primer párrafo del artículo 1º constitucional va en el sentido de que el reconocimiento es respecto de la nómina de derechos humanos de la que es titular la persona. Así, por ejemplo, Francisco Vázquez Gómez Bisogno señala:

“...lo verdaderamente trascendente es que los derechos humanos —léanse como sustantivo— estén guiados por el verbo

rector reconocer. Eso hace entendible que "...la positivización de contenidos morales afirmados por el derecho natural que se opera en el máximo nivel del ordenamiento jurídico sólo es una circunstancia históricamente contingente que en el futuro podría —y quizá debería— ser sustituida...".⁷ Y podría sustituirse esa realidad —la de la positivización de los derechos humanos— porque es contingente."

... No hay duda de que formalizar algunos derechos a través de cláusulas constitucionales es útil, pero definitivamente no es lo sustancial. Sólo una reflexión al respecto: ¿por qué textualizar ciertos derechos y otros más dejarlos en el olvido?

Por ejemplo, siempre me ha parecido un tanto absurdo que las Constituciones latinoamericanas formalicen, por ejemplo, los derechos de los pueblos indígenas, a decidir sus formas internas de convivencia y organización social, económica, política y cultural, pero líneas después establezcan que sus sistemas normativos deben sujetarse a "los" principios generales de "la" Constitución y respetar "los" derechos humanos en ella establecidos. Como si fuera imposible que los pueblos indígenas tuvieran una práctica de los derechos más allá que la configurada por el Estado moderno. Es más, pareciera que

'La posibilidad no cupiera, como si no fuera pensable otra justicia que la constituida por el Estado para la aplicación además de sus normas, como si esta concepción no quedara en entredicho desde el momento preciso en que el propio Estado ha reconocido derechos y unos derechos además colectivos que [habría] de implicar jurisdicción. Dicho de otra forma... no se concibe otra determinación ulterior del propio reconocimiento que la que pasa... por ley del Estado, y que se asegura consiguientemente por su justicia, por justicia de Estado' [Clavero, Bartolomé, *Happy Constitution*, Madrid, Trotta, 1997, p. 259.]"

En razón de ello es que deseo compartir algunas reflexiones sobre la transformación sustantiva que debería experimentar el Estado y su derecho —ese que produce el Leviatán— y que podamos diferenciar lo sustancial-esencial de lo accidental-no esencial de lo que implica reconocer tales derechos humanos. Seamos directos desde ahora: se trata de reconocer y no sólo de textualizar; se trata de mucho más; se trata de un cambio que

a todos nos exige la mejor versión de nosotros como operadores jurídicos.”⁴⁵⁸

La solución, posible y viable, está en la utilización adecuada del lenguaje. El primer párrafo del artículo 1º constitucional necesariamente tiene que explicitar que las personas son titulares de los derechos humanos y que éstos son protegidos y garantizados no sólo en los términos que se establecen en la propia Constitución y en los tratados internacionales respectivos, sino que la actividad estatal debe ser conforme, además de los parámetros normativos mencionados, es decir, acordes con la Constitución y los tratados internacionales, con los principios de justicia, de equidad, de libertad, de igualdad y de la democracia. La clave, nos parece, va por el camino de referir que respecto de los derechos humanos, *de los cuales las personas son titulares (universalidad)*, las autoridades nacionales y supranacionales tienen la responsabilidad de protegerlos (acciones positivas y acciones negativas) y garantizarlos mediante una red, compleja, pero eficiente, eficaz y efectiva de mecanismos, procedimientos e instituciones judiciales jurisdiccionales, judiciales no jurisdiccionales, no judiciales jurisdiccionales, no judiciales no jurisdiccionales, nacionales o internacionales.⁴⁵⁹

⁴⁵⁸ Vázquez Gómez Bisogno, Francisco, “La transformación del Estado de Derecho a partir del reconocimiento de los derechos humanos. Apuntes para (re) pensar el Estado mexicano a diez años de la reforma de junio de 2011”, en VV. AA., *El artículo 1º constitucional. Una teoría de los derechos humanos*, coordinadores Hugo S. Ramírez García y José María Soberanes Díez, UNAM-ILJ, Serie Doctrina Jurídica, Núm. 917, México, 2021, pp. 42-43. Por lo demás, Francisco Vázquez Gómez Bisogno, da al término reconocimiento la significación de que los derechos humanos son prepositivos

⁴⁵⁹ El primer párrafo del artículo 1º constitucional podría redactarse en los términos siguientes: “El Estado, y sus autoridades, así como los particulares en los términos que se establezca en las leyes, tienen la responsabilidad de promover, proteger, respetar y garantizar los derechos humanos de los que las personas son titulares, y lo harán con base en los principios de justicia, de equidad, de libertad, de igualdad y de la democracia y atendiendo a la normatividad de esta Constitución y de los tratados internacionales en los que México sea parte, así como de la jurisprudencia derivada de organismos internacionales de los que México sea parte.”, o “Los derechos humanos de los que son titulares las personas serán promovidos, respetados, protegidos y garantizados por el Estado, y sus autoridades,

En suma, no se trata de otorgar, reconocer o adscribir, sino de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de los que ya somos titulares, sea cual sea el fundamento filosófico al que nos adhiramos (V. gr., iusnaturalismo, no positivismo, ética discursiva epistémica). ⁴⁶⁰

ii) Reconocimiento positivo de los derechos humanos

Conviene comenzar con las implicaciones semánticas de las modificaciones constitucionales en materia de derechos humanos del 10 de junio de 2011, interesándonos por ahora el enunciado del artículo 1º constitucional, primer párrafo.

El cambio semántico es de gran profundidad, pues de “otorgar” se pasa como lo hemos señalado, a “reconocer” los derechos humanos, con lo que se apunta por el camino correcto, y, como hemos señalado, reconocer se debe ver en primer término desde una perspectiva de positivización de los derechos humanos, pues desde el punto del constructivismo ético, primordialmente epistemológico⁴⁶¹, ese reconocimiento va de la mano de la construcción de la persona moral capaz de ser titular de esos derechos, pues en el discurso los principios y valores de justicia operan como condiciones estructurales del propio discurso y a partir de ellos se infieren los

bajo los principios de justicia, de equidad, de libertad, de igualdad y de la democracia, y atendiendo a la normatividad de esta Constitución y de los tratados internacionales en los que México sea parte, así como de la jurisprudencia derivada de organismos internacionales de los que México sea parte.”. Como se puede observar, el punto es partir de que las personas son titulares de derechos humanos y que no es necesario reconocerlos o adscribirlos sino de protegerlos con base en 3 dimensiones: (a) principios; (b) la normatividad establecida en la Constitución; y (c) la normatividad establecida en los tratados internacionales (y jurisprudencia). Respecto de las limitaciones de índole normativa establecidas en la Constitución la clave está en exigir su justificación fuerte, estricta, de acuerdo con los parámetros mencionados. No abundamos en el tema por no ser objeto de nuestro estudio.

⁴⁶⁰ Francisco Vázquez Gómez Bisogno, da al término reconocimiento la significación de que los derechos humanos son prepositivos, es decir, entendemos que no importa si están positivizados o no. Vázquez Gómez Bisogno, Francisco, “La transformación del Estado...”, *Op. Cit.*, pp. 42-43.

⁴⁶¹ Nino, Carlos Santiago, *Ética y derechos humanos*, *Op. Cit.*

derechos humanos y, también, se construye la clase de persona moral capaz de su titularidad.⁴⁶²

Si se hubiera sustituido otorgar por adscribir, la significación sería casi la misma; en cambio, haber construido el enunciado con el término “reconocidos” tiene un profundo significado con relación a la terminología anterior por la que se señalaba que las garantías individuales (léase, los derechos fundamentales), eran otorgados⁴⁶³. Estamos conscientes que <<reconocer>> los derechos fundamentales pueden llevar a tesis iusnaturalistas, pero ello queda salvado a través de una fundamentación de los derechos fundamentales como derechos morales que sea post

⁴⁶² Vázquez, Rodolfo, Conferencia “¿Qué es el liberalismo del siglo XXI?”, *Op. Cit.*

⁴⁶³ A reserva de que más adelante se aborda una breve referencia a la evolución normativa de la regulación constitucional de los derechos fundamentales, aquí cabe señalar que la concepción positivista del Derecho está detrás de la terminología original (1916-1917) del artículo 1° constitucional en el sentido de que las garantías individuales eran <<otorgadas>> por la Constitución: no hay más derecho que el que impone el soberano. Un ejemplo de positivismo “puro” actual nos lo brinda el análisis de Tamayo y Salmorán, Rolando, *Costumbre o eficacia. Condición necesaria y suficiente de existencia del derecho*, Fontamara, colección Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, núm. 128, México, 2015. Para este tratadista las teorías jurídicas “son formas del positivismo. Éstas dan cuenta del derecho histórico, que existe o existió; *i.e.*, de derecho puesto, no supuesto. El derecho no se me revela ni me es congénito; no viene con la lluvia ácida, con la marea roja. Me intereso por el derecho, el único que hay, que es puesto por acto de voluntad que lo crean, aplican y derogan.”, p. 12. En la lectura de esta obra no se encuentra alusión alguna a valores. Simplemente se basa en el señalamiento de que siendo la eficacia los actos de aplicación de las normas, la eficacia funciona como condición necesaria y suficiente de validez del Derecho.

positivista⁴⁶⁴, basada en un objetivismo mínimo moral y a la luz de una moral crítica universalista⁴⁶⁵.

El reconocimiento de los derechos fundamentales proyecta el acto social/institucional por el que los seres humanos, a partir de una práctica social, consideran que en su dimensión normativa hay un conjunto de derechos morales que tienen su fundamento en la autonomía de la persona, la que, junto con la dignidad humana (que en sí es un derecho humano, quizá el más básico), constituyen el núcleo elemental de los derechos fundamentales: autonomía y dignidad de la persona.⁴⁶⁶

⁴⁶⁴ Lo que implica un punto más para superar el positivismo y la versión del iusnaturalismo clásico de raíces aristotélico-tomistas, el cual, es caracterizado por Rodolfo L. Vigo en los términos siguientes (no sin antes dar cuenta de la gran variedad de iusnaturalismos): “Dejando de lado fuentes y autoridades, consideramos que las notas identificatorias raigales del iusnaturalismo clásico pueden sintetizarse en las siguientes: 1. Tesis de la no positividad de todo el derecho: hay ‘algo’ jurídico que vale como tal no obstante que sea rechazado o ignorado por la sociedad o sus autoridades; 2. Cognitivism ético-jurídico: la razón puede conocer dimensiones valiosas o exigencias ética-jurídicas implicadas en las conductas humanas; 3. Tesis epistemológica: rechazo en la materia de la praxis humana a un descriptivismo absolutamente desvinculado de los justificativo o prescriptivo; 4. Gnoseología realista: no hay ideas innatas sino que el conocimiento empieza en los sentidos, y en el plano de las conductas humanas esa referencia a lo concreto es necesaria e insoslayable y 5. Tesis ontológica: el fundamento de la juridicidad natural o indisponible remite a dimensiones o posibilidades intrínsecas al ser humano y a la naturaleza de las cosas en general. Las tres primeras tesis son las que normalmente se esgrimen en el debate jurídico, pero las otras dos -y en especial la última- resultan explicativas y justificatorias de las anteriores.”, Vigo, Rodolfo L., *El iusnaturalismo actual. De M. Villey a J. Finnis*, Fontamara, Biblioteca de ética, Filosofía del Derecho y Política, Número 95, México, 2003, pp. 162-163. Nuestro señalamiento de que no haya una referencia no esencialmente naturalista no lleva a marginar que en las concepciones post positivistas como, por ejemplo, la de Alexy, se descarten, principalmente, las tesis 2 y 3.

⁴⁶⁵ Sobre la fundamentación de los derechos fundamentales como derechos morales: Nino, Carlos Santiago, *Ética y derechos humanos... Op. Cit.*; Cruz Parceró, Juan Antonio, *Hacia una Teoría...Op. Cit.*, pp. 32-36; Cruz Parceró, Juan Antonio, *El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos*, *Op. Cit.*, pp. 43-66.

⁴⁶⁶ A decir de Juan Antonio Cruz Parceró, contrastando los derechos institucionales y los derechos morales: “Los derechos institucionales son creaciones humanas, creaciones sociales. Al ser creados, en principio, no importa su contenido, podría decirse que son independientes del contenido. Los *derechos morales* son aquellos cuya existencia no se deriva de ningún acto de promulgación y no son susceptibles de ser alterados por la voluntad humana, son aquellos que son reconocidos más que inventados o creados. En este sentido son también un producto social, es decir, su reconocimiento

Pero, además de este reconocimiento antropológico/moral, anclado en nuestra realidad social/institucional, hay otro reconocimiento relativo a la positivización internacional y constitucional de los derechos fundamentales. En palabras de Carlos Santiago Nino:

“Es indudable que los derechos humanos son uno de los grandes inventos de nuestra civilización. Con esta afirmación quiero destacar varias cosas: en primer lugar, que el reconocimiento efectivo de los derechos humanos podría parangonarse al desarrollo de los modernos recursos tecnológicos aplicados, por ejemplo, a la medicina, a las comunicaciones o a los transportes en cuanto al profundo impacto que produce en el curso de la vida humana en una sociedad; en segundo término, que tales derechos son, en cierto sentido, “artificiales”, o sea que son, como el avión o la computadora, producto del ingenio humano, por más que, como aquellos artefactos, ellos dependan de ciertos hechos “naturales”; en tercer lugar, que, al contrario de lo que generalmente se piensa, la circunstancia de que los derechos humanos consistan en instrumentos creados por el hombre no es incompatible con su trascendencia para la vida social.

Esta importancia de los derechos humanos está dada como es evidente, por el hecho de que ellos constituyen una herramienta imprescindible para evitar un tipo de catástrofe que con frecuencia amenaza a la vida humana. Sabemos, aunque preferimos no recordarlo todo el tiempo, que nuestra vida está permanentemente acechada por infortunios que pueden aniquilar nuestros planes más firmes, nuestras aspiraciones de mayor aliento, el objeto de nuestros afectos más profundos. No por ser obvio deja de ser motivo de perplejidad el hecho de que este carácter trágico de la condición humana esté dado, además de por la fragilidad de nuestra constitución biológica y por la inestabilidad de nuestro entorno ecológico, por obra de nosotros mismos. Para un observador externo debe ser realmente patético el espectáculo de estos pobres seres cuya conciencia se prolonga por apenas unas décadas y cuyos penosos intentos de dar sentido a su vida durante ese breve lapso se ven muchas veces frustrados por interferencias mutuas. Estas colisiones se producen no sólo por la escasez de recursos externos para satisfacer intereses sino también por la

depende de nosotros; pero su existencia, en cuanto razones, no depende de un acuerdo o convención social. El hecho de estar necesariamente relacionados con prácticas sociales o con ciertos roles sociales...no significa que su existencia depende exclusivamente de tales prácticas o en tales roles porque hay razones morales (principios o reglas) que aparecen como especialmente relevantes en tales situaciones.” Cruz Parceró, Juan Antonio, *El lenguaje de los derechos... Op. Cit.*, pp. 53-54.

práctica de muchos de utilizar a sus congéneres como otro tipo de recursos, sea para asegurar su propio bienestar, sea para materializar alguna visión peculiar del bien absoluto. Esta práctica de usar a los hombres como instrumentos es, por supuesto, mucho más desastrosa cuando, como suele suceder, es llevada a cabo por los poderosos, por quienes tienen acceso a las armas o a otros medios para someter a sus semejantes en gran escala.

El antídoto que han inventado los hombres para neutralizar esta fuente de desgracias es precisamente la idea de los derechos humanos. no obstante antecedentes tan remotos como los fueros españoles, las cartas inglesas, las declaraciones norteamericanas, etc., es con la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789 que se hace completamente explícito que la mera voluntad de los fuertes no es una justificación última de acciones que comprometen intereses vitales de los individuos, y que la sola cualidad de ser un hombre constituye un título suficiente para gozar de ciertos bienes que son indispensables para que cada uno elija su propio destino con independencia del arbitrio de otros. Todavía resulta impresionante la sentencia del prólogo de la Declaración de la Asamblea francesa que dice: 'la ignorancia, el olvido o el desprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de los males públicos y de la corrupción de los gobiernos'. A partir de allí el reconocimiento de los derechos humanos se fue expandiendo a través de las constituciones de prácticamente todos los Estados nacionales y de normas internacionales como la Declaración universal de derechos humanos, sancionada por las Naciones Unidas en 1948, y los pactos subsiguientes, propiciados por el mismo organismo, sobre derechos civiles y políticos y sobre derechos económicos, sociales y culturales."⁴⁶⁷

⁴⁶⁷ Santiago Nino, Carlos, *Ética y derechos humanos, Op. Cit.*, pp. 1-2 (Introducción). Véase también: Bobbio, Norberto, *El tiempo de los derechos*, Editorial Sistema, Madrid, España, 1991. Bobbio señala: "El problema [de los derechos humanos] está estrechamente conectado con el de la democracia y el de la paz...El reconocimiento y la protección de los derechos humanos están en la base de las Constituciones democráticas modernas. La paz es, a su vez, el presupuesto necesario para el reconocimiento y la efectiva protección de los derechos humanos, tanto en los Estados como en el sistema internacional. Al mismo tiempo, el proceso de democratización del sistema internacional, que es el camino obligado para la realización del ideal de la <<paz perpetua>>, en el sentido kantiano de la palabra, no puede avanzar sin una extensión gradual del reconocimiento y protección de los derechos humanos por encima de los Estados. Derechos humanos, democracia y paz son tres elementos necesarios del mismo movimiento histórico: sin derecho humanos reconocidos y protegidos no hay democracia; son democracia no existen las condiciones mínimas para la solución pacífica de los conflictos. Con otras palabras, la democracia es la sociedad de los ciudadanos, y los súbditos se convierten en ciudadanos cuando se les reconoce algunos derechos fundaméntales; habrá una paz estable, una paz que no tenga la guerra como alternativa, sólo cuando seamos ciudadanos no ya solamente de este o aquel Estado, sino del mundo.", pp. 13-14 (Introducción).

La tesis del reconocimiento universal también parte de considerar que los derechos fundamentales se relacionan entre ellos y con otros derechos constitucionales, incluso con entidades como autoridades, particulares, etc., pero hay otra relación de los derechos fundamentales que no debemos marginar cuando se considera la relación del titular del derecho fundamental con la pauta normativa que los regula, sea constitucional o convencional.

La efectividad, eficiencia y eficacia de un orden jurídico se debe, en gran parte, a la sujeción de los sujetos destinatarios a la pauta normativa, por lo que la observancia (sujeción o sometimiento voluntario) de los titulares de los derechos fundamentales condiciona las relaciones de los titulares entre sí.⁴⁶⁸

Así, hay que diferenciar dos clases de relaciones: (i) la que se da por la sujeción de las personas al sistema normativo (como conjunto de normas), y la (ii) relación que se da entre las personas. La primera relación condiciona la segunda clase de relaciones. Aquí, por ahora, nos interesa resaltar que las personas generan relaciones con la pauta normativa.

Veamos un ejemplo, el caso de los ministros de culto. Éstos no pueden ser votados a un cargo de elección popular⁴⁶⁹ porque sus cualidades son

⁴⁶⁸ Para estos señalamientos nos basamos en la Teoría del Orden Jurídico de Eduardo García Máynez, quien apunta: "Cuando por 'orden' se entiende no sólo el conjunto de reglas constitutivas o derivables de la pauta ordenadora, sino la resultante del sometimiento -libre o impuesto- de los objetos ordenados a esas reglas, tal situación necesariamente se traduce en una urdimbre de relaciones: por una parte, de los objetos con las reglas de ordenación; por otra, de esos objetos entre sí. Las segundas, como es obvio, dependen de las primeras, en cuanto el sometimiento al criterio ordenador condiciona la existencia de una serie de nexos entre los objetos del orden.", García Máynez, Eduardo, *Filosofía del Derecho, Op. Cit.*, pp. 27-28.

⁴⁶⁹ En el artículo 130, inciso d), constitucional, se establece: "d) En los términos de la ley reglamentaria, los ministros de cultos no podrán desempeñar cargos públicos. Como ciudadanos tendrán derecho a

calificadas por el parámetro normativo como características que no lo hacen apto para exigir el ejercicio de su derecho fundamental a ser votado. Las relaciones de los ministros de culto con otras personas están condicionadas por su relación particular con la pauta normativa como, por ejemplo, en las relaciones con los partidos políticos, éstos no pueden nominarlos a puestos de elección popular. Esta exclusión no deriva del no reconocimiento de un derecho fundamental a ser votado, pues este derecho está en su nómina normativa, sino que no lo puede exigir o ejercer por su especial relación con la pauta ordenadora: por ser ministro de culto queda excluido el ejercicio de tal derecho, y el día que dejase de ser ministro de culto podrá ejercerlo plenamente porque el derecho fundamental ya estaba en su esfera normativa y ya no tiene las cualidades que lo excluían de su exigencia o ejercicio.

iii) Un derecho fundamental no se niega; se niega su exigibilidad o su ejercicio

Con base en lo señalado, queda claro que lo que se niega no es el reconocimiento del derecho fundamental sino su exigencia o ejercicio y, así, mediante una limitación, se excluye la protección o la obtención de la prestación según el derecho fundamental de que se trate.

La limitación de un derecho fundamental visto como modalidad de negación no se refiere a negar que en la nómina normativa de una persona no se encuentre determinado derecho, pues el derecho fundamental es reconocido por estar en esa nómina (derivado de su autonomía y dignidad), reconocimiento que es reforzado positivamente al reconocerse en instrumentos jurídicos nacionales e internacionales los derechos

votar, pero no a ser votados. Quienes hubieren dejado de ser ministros de cultos con la anticipación y en la forma que establezca la ley, podrán ser votados.”

fundamentales y, por ende, hay un reconocimiento universal en ese doble sentido, y en el caso de no estar positivizado determinado derecho humano, aun así está en esa nómina normativa (ámbito moral) como derecho moral. Si esto es correcto, la negación de un derecho fundamental no es una fórmula afortunada porque lo que se niega no es que una persona no tenga en su nómina normativa determinado derecho humano, sino que, positivizado, es decir, estando en su esfera jurídica de manera explícita, le es normativamente negada la exigibilidad o el ejercicio del objeto de la protección específica del derecho fundamental (sea una acción negativa o una acción positiva) por su específica relación con la pauta normativa que regula el derecho fundamental respectivo.

c. Significación de la limitación de un derecho fundamental mediante suspensión

La suspensión de los derechos fundamentales participa, *mutatis mutandi*, de la misma argumentación expuesta para el caso de la negación. No obstante, hay elementos de regulación que la hacen normativamente menos problemática, pero no por ello deja de ser compleja⁴⁷⁰. En primer

⁴⁷⁰ En México solamente se ha aplicado en una ocasión: en junio de 1942, con motivo de la Segunda Guerra Mundial en la que se declaró la guerra a México por parte de las potencias del Eje. Para la suspensión se expidió la Ley de Prevenciones Generales, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 13 de junio de 1942, la cual, en su artículo 2, establecía que la suspensión duraría el tiempo que México permaneciera en estado de guerra con Alemania, Italia y Japón, o con cualquiera de esos países. Asimismo, se señalaba que la suspensión podría prorrogarse a criterio del Ejecutivo hasta 30 días después de la fecha de cese de las hostilidades. No obstante que dicha ley quedó sin efectos por causa de la terminación de la guerra, hubo legislación secundaria que se expidió que continuó vigente por varias décadas como el caso de la congelación de rentas y que a la larga desincentivó la inversión en el sector, sin perjuicio de que los juicios en materia inquilinaria se volvieron una auténtica denegación de justicia. Sobre la problemática de las rentas congeladas véase: García Gómez, María José, “El impacto de la Ley de la Renta Congelada en la Ciudad de México (1942-2001)”, en *El mundo del derecho II. Instituciones, justicia y cultura jurídica*, Coordinadores: Andrés Lira y Elisa Speckman Guerra, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM-Escuela Libre de Derecho, Serie Doctrina Jurídica, núm. 813, México, 2017, pp. 487-511. Señala esta autora: “Si en el pasado pre-bélico el inquilino estaba en franca indefensión frente al propietario, este decreto cambió

lugar, está relativamente regulada suficientemente desde las modificaciones constitucionales de 2011 en materia de derechos fundamentales. En efecto, basta la lectura del artículo 1º y del artículo 29, constitucionales para constatarlo.

Si algo es suspendido, se presupone que existe y, además, que su ejercicio o exigibilidad se interrumpe por un lapso. El tiempo de suspensión puede ser previamente determinado si se conoce el momento en que cesara el supuesto en el que se basa la suspensión, o indefinido, pero condicionado a que una vez terminado el supuesto con base en el cual se ha decidido suspender.

Lo que se suspende es el ejercicio o la exigencia de determinado derecho fundamental. No es muy exacto decir que un derecho fundamental se ha suspendido, lo que se interrumpe es su exigencia o ejercicio. Los derechos fundamentales objeto de la suspensión continúan en la esfera jurídica de las personas, pero su exigencia o ejercicio se ha interrumpido. El ejemplo más evidente en caso de emergencia es la libertad de libre tránsito, la cual se

las cosas de manera tajante. Las rentas no sólo eran fijas, sino que terminar los contratos de arrendamiento se volvía prácticamente imposible en muchos casos. En teoría, la prórroga máxima era de dos años, si se estaba al corriente en el pago de las rentas. En algunos estados se previó que el propietario podría recuperar su propiedad en menos tiempo si demostraba que deseaba utilizar ésta para un fin distinto al habitacional o si deseaba habitarla para sí mismo. Pero esto supuso otros problemas, como el no contar con los permisos propios de un inmueble destinado a fines comerciales. Una propiedad podía estar en juicio por lo menos tres años, pues si el inquilino no pagaba la renta y decidía volver a hacerlo, esto se entendía como reconducción tácita: “cuando el arrendatario, una vez que ha terminado el arrendamiento y su prórroga, si la hubo, continúa en el uso o goce de la cosa, y el arrendador acepta el pago de la renta, tiene lugar la tácita reconducción, por la manifestación tácita de la voluntad”. A veces, la manera de hacer que este pago “se aceptara” era el depósito de la renta en una cuenta bancaria del arrendador o en el juzgado. Esta fue la situación por más de cincuenta años hasta la abolición del decreto en 2001.”, pp. 493-494. Sólo cabe acotar que los juicios se tardaban entre cinco y ocho años (en el mejor de los casos).

afecta mediante el conocido “toque de queda”⁴⁷¹, es decir, que, por ejemplo, en cierto tiempo las personas no pueden transitar en un lugar determinado.

Los casos de suspensión están previstos, así como la finalidad que se persigue con la suspensión. Por lo demás, se establece el procedimiento para llevar a cabo la suspensión, en el que participan diversas autoridades de los tres poderes públicos. Los puntos de regulación contenidos en el artículo 29 constitucional⁴⁷² son los siguientes:

⁴⁷¹ “El toque de queda es la prohibición o restricción, establecida por instituciones gubernamentales, de circular libremente por las calles de una ciudad y/o permanecer en lugares públicos, permaneciendo los habitantes únicamente en sus hogares salvo excepciones de necesidad o urgencia. Puede abarcar horarios nocturnos, así como el resto del día, dependiendo de las circunstancias. Es, por tanto, una limitación o restricción legal de la libertad de circulación, considerada internacionalmente un derecho humano y por muchas legislaciones como un derecho constitucional.” Tomado de *Wikipedia*, https://es.wikipedia.org/wiki/Toque_de_queda. Nos distrae de nuestra investigación abordar el conocido Plan DN III-E, de la Secretaría de la Defensa Nacional, ya que es evidente que presenta vínculos reales y concretos con el ejercicio de ciertos derechos fundamentales como la libertad de tránsito, pero se sugiere consultar la página web de dicha secretaría, así como la crítica de la organización civil “Mexicanos contra la Corrupción y la Impunidad” que aparece en <https://contralacorrupcion.mx/lado-oculto-plan-dn-iii-sedena/>, en la que esbozan los antecedentes del mencionado plan y el papel que ha jugado en los movimientos sociales.

⁴⁷² “Artículo 29. En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, solamente el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, con la aprobación del Congreso de la Unión o de la Comisión Permanente cuando aquel no estuviere reunido, podrá restringir o suspender en todo el país o en lugar determinado el ejercicio de los derechos y las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación; pero deberá hacerlo por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la restricción o suspensión se contraiga a determinada persona. Si la restricción o suspensión tuviese lugar hallándose el Congreso reunido, éste concederá las autorizaciones que estime necesarias para que el Ejecutivo haga frente a la situación; pero si se verificase en tiempo de receso, se convocará de inmediato al Congreso para que las acuerde.

En los decretos que se expidan, no podrá restringirse ni suspenderse el ejercicio de los derechos a la no discriminación, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la protección a la familia, al nombre, a la nacionalidad; los derechos de la niñez; los derechos políticos; las libertades de pensamiento, conciencia y de profesar creencia religiosa alguna; el principio de legalidad y retroactividad; la prohibición de la pena de muerte; la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; la prohibición de la desaparición forzada y la tortura; ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

1. Supuestos en los que procede la suspensión⁴⁷³;
2. Cuál autoridad decreta la suspensión (el depositario por Poder Ejecutivo);
3. La suspensión es por un tiempo limitado;
4. La suspensión debe hacerse mediante prevenciones generales y no puede ceñirse a determinada persona;
5. Procedimiento para decretar la suspensión en el que hay que diferenciar distintos escenarios según esté o no reunido el Congreso de la Unión:
 - a) Si el Congreso general está reunido, es decir en periodo de sesiones ordinarias o extraordinarias, concederá las autorizaciones necesarias para que el Presidente haga frente a la situación.
 - b) Si no está sesionando el Congreso general, la Comisión permanente o el Presidente deberá convocar de inmediato al Congreso general para que acuerde las autorizaciones necesarias para que el Presidente haga frente a la situación.
6. Cuáles derechos no pueden ser materia de la suspensión. No puede suspenderse el ejercicio de:
 - a) los derechos:

La restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías debe estar fundada y motivada en los términos establecidos por esta Constitución y ser proporcional al peligro a que se hace frente, observando en todo momento los principios de legalidad, racionalidad, proclamación, publicidad y no discriminación.

Cuando se ponga fin a la restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías, bien sea por cumplirse el plazo o porque así lo decrete el Congreso, todas las medidas legales y administrativas adoptadas durante su vigencia quedarán sin efecto de forma inmediata. El Ejecutivo no podrá hacer observaciones al decreto mediante el cual el Congreso revoque la restricción o suspensión.

Los decretos expedidos por el Ejecutivo durante la restricción o suspensión, serán revisados de oficio e inmediatamente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la que deberá pronunciarse con la mayor prontitud sobre su constitucionalidad y validez.”

⁴⁷³ El punto problemático de los supuestos (invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto) es que están redactados con términos ambiguos y vagos.

- (i) a la no discriminación;
 - (ii) al reconocimiento de la personalidad jurídica;
 - (iii) a la vida,
 - (iv) a la integridad personal,
 - (v) a la protección a la familia,
 - (vi) al nombre,
 - (vii) a la nacionalidad;
 - (viii) de la niñez;
 - (ix) políticos.
- b) las libertades de pensamiento, conciencia y de profesar creencia religiosa alguna;
 - c) el principio de legalidad y retroactividad;
 - d) la prohibición de la pena de muerte;
 - e) la prohibición de la esclavitud y la servidumbre;
 - f) la prohibición de la desaparición forzada y la tortura;
 - g) las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.
7. La suspensión del ejercicio de los derechos y garantías debe estar fundada y motivada en los términos establecidos constitucionalmente.
 8. Las medidas deben ser proporcionales al peligro a que se hace frente, observando en todo momento los principios de legalidad, racionalidad, proclamación, publicidad y no discriminación.
 9. Concluida la suspensión, las medidas legales y administrativas, y de cualquier índole derivadas del decreto de suspensión y de las autorizaciones del Congreso general, quedarán sin efecto de forma inmediata.

10. El Congreso general puede revocar la suspensión decretada por el Presidente, y éste no podrá hacer observaciones al decreto mediante el cual el Congreso la revoque.
11. La Suprema Corte de Justicia de la Nación deberá revisar, de oficio e inmediatamente, los decretos expedidos por el Ejecutivo, y pronunciarse sobre su constitucionalidad y validez con la mayor prontitud posible.

La suspensión, como se ha indicado, al igual que la negación, lo es respecto de la exigencia o ejercicio de un derecho fundamental, pero se diferencia en que se trata de una interrupción temporal basada en hechos y razones que lo justifican. Además, presenta la ventaja de una regulación más completa de nivel constitucional, pero no exenta de problemas a partir de la ambigüedad y vaguedad de los supuestos en que debe necesariamente basarse una suspensión de la exigencia o ejercicio de derechos fundamentales y en la que intervienen los tres depositarios de los poderes públicos.

Un punto importante que debemos analizar es la utilización del término restricción en la regulación constitucional de la suspensión. En el artículo 29 constitucional en ocho ocasiones se utilizan los dos términos, en siete de ellas bajo la locución “restringir o suspender” (o “restricción o suspensión”), lo que implica que se utilizan pragmáticamente como equivalentes.

En el segundo párrafo se utiliza la locución “no podrá restringirse ni suspenderse”, con lo que podría pensarse que son cosas diferentes. En realidad, nos parece, que hablar de restricción o suspensión da lo mismo porque a final de cuentas lo que se restringe o suspende, bajo los supuestos analizados del propio artículo 29 constitucional, son el ejercicio o la

exigencia de ciertos derechos para hacer frente al caso extraordinario de emergencia. En adelante utilizaremos la fórmula suspensión/restricción para referirnos a la suspensión.

d) Significación de la limitación de un derecho fundamental por medio de restricción

La restricción presenta varios puntos problemáticos. En primer lugar, es uno de los términos que utiliza el texto constitucional para referirse a una de las formas de limitación de los derechos fundamentales, el otro término es el de suspensión. Otro problema que presenta la utilización del término restricción es que se utiliza normativamente a nivel constitucional al regularse la suspensión como equivalente; pero, en el artículo 1º constitucional, primer párrafo, parece ser que la restricción y la suspensión son dos cosas distintas, Aquí el problema deriva de que la letra “o” en español tiene dos funciones: puede tener función de inclusión o función de exclusión⁴⁷⁴.

Así, la ambigüedad genera paradojas. En caso de inclusión se tiende a la equivalencia (o identidad, pues da lo mismo utilizar uno u otro término); en caso de que la “o” sea excluyente se implica que son cosas distintas (una o la otra, pero no ambas a la vez, lo que conlleva no equivalencia o identidad).

Para el término <<restricción>> que se utiliza en el artículo 1º constitucional, primer párrafo, se debe considerar lo señalado respecto de la negación. Por tanto, da lo mismo, pragmáticamente, hablar de negación o restricción.

⁴⁷⁴ La conjunción “o” expresa diferencia, separación o alternativa entre dos o más personas, cosas o ideas. Puede tener valor exclusivo (es decir, si se dan dos opciones solo puede ser una y no las dos a la vez) o inclusivo (puede ser solo una o podrían ser ambas). Real Academia Española, *Diccionario...Op. Cit.*, voz: o.

En la negación o restricción y en la suspensión/restricción, se excluye la exigencia o ejercicio del objeto del derecho fundamental, sea la protección o la obtención de una prestación.

La diferencia entre la negación respecto de la suspensión/restricción radica en que ésta lo es por un tiempo determinable o determinado y pasada la emergencia queda sin efecto la suspensión (o restricción) de la exigencia o ejercicio de los derechos fundamentales materia de la suspensión (o restricción).

e) Significación de la limitación de un derecho fundamental mediante anulación

Siguiendo lo señalado y considerando que lo que se trastoca es el ejercicio o la exigencia de un derecho fundamental, la anulación también se refiere a la exclusión de ejercicio o de la exigencia de un derecho fundamental (sea una protección o la obtención de una prestación, objeto del derecho fundamental); sin embargo, la anulación presenta varias diferencias respecto de la negación o restricción y de la suspensión/restricción.

La anulación de la exigencia o ejercicio de un derecho fundamental puede ser el efecto, o resultado, de:

- i) Una resolución derivada de un procedimiento jurisdiccional por la que se anula el ejercicio o la exigencia de un derecho fundamental⁴⁷⁵;

⁴⁷⁵ Por ejemplo, conforme a la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública (DOF 4 mayo 2015)), la determinación de reserva de información pública debe corresponderse con alguna de las causales de reserva (supuesto genérico) e implica realizar el análisis de la prueba de daño; para el caso de datos personales, dejar sin efecto la confidencialidad requiere prueba de interés público, y, en su caso, de determinarse que procede, lo es hacia el futuro. Eliminar la confidencialidad

- ii) Un acto gubernamental (V. gr., programa de política pública) que genera un estado de cosas inconstitucional que anula la exigencia o el ejercicio de un derecho fundamental; o
- iii) Un acto de particular.

En los supuesto i) y ii), hay que diferenciar la fundamentación formal de la resolución o acto gubernamental y el efecto de la resolución (jurisdiccional o administrativa), pues ésta es la que anula la protección del derecho fundamental, sea que excluya de la protección o excluya la obtención de la prestación respectiva. En el supuesto iii) puede ser que el acto del particular esté basado en una norma, pero la actuación puede no estarlo y, por ende, ser arbitraria.

En todo caso, la anulación no opera *ex ante* ni *in abstracto*, como la negación o restricción o la suspensión/restricción, ya que no requiere medida normativa, es decir, no es puesta en texto normativo constitucional o de ley, sino que se da, principalmente, a partir del planteamiento de un caso concreto y sus efectos operan hacia el futuro respecto de ese caso⁴⁷⁶. Es importante insistir que la anulación no se ciñe a cuestiones jurisdiccionales (en sentido material), sino que también se presenta en ámbitos no

de datos personales implica anular (limitar) el derecho de una persona a la protección de sus datos personales.

⁴⁷⁶ No hay que confundir la resolución que anula la exigibilidad o el ejercicio de un derecho fundamental con resoluciones judiciales/jurisdiccionales derivadas del mecanismo de control abstracto de constitucionalidad mediante el cual un texto normativo es sometido a revisión constitucional y las negaciones o restricciones son anuladas por inconstitucionales. V. gr., Acción de Inconstitucionalidad 33/2015, en la que se analiza la Ley General para la Atención y Protección a Personas con la Condición del Espectro Autista, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 30 de abril de 2015. Conforme al resolutivo tercero se declara la invalidez de los artículos 3, fracción III, 10, fracción VI – únicamente en la porción normativa que señala: “al igual que de los certificados de habilitación de su condición”–, 16, fracción VI – sólo en la porción normativa que señala: “Los certificados de habilitación”– y 17, fracción VIII, de la Ley General para la Atención y Protección a Personas con la Condición del Espectro Autista.

jurisdiccionales, sean judiciales o no judiciales. Evidentemente, hay limitaciones de derechos humanos que, por vía de anulación, no derivan de la actividad jurisdiccional como, por ejemplo, la actividad administrativa o la actividad de particulares.

Por tanto, se debe considerar que la anulación no solamente se da por efecto jurisdiccional, sino que puede darse como resultado de la actividad de particulares o de la actividad ejecutiva/administrativa, es decir, primordialmente la que realiza el titular del Poder Ejecutivo, y su instrumento de apoyo: la administración pública, y otros organismos del Estado. ¿Y cuál es el medio recurrente de anulación de derechos humanos por vía ejecutiva/administrativa?: las políticas públicas⁴⁷⁷.

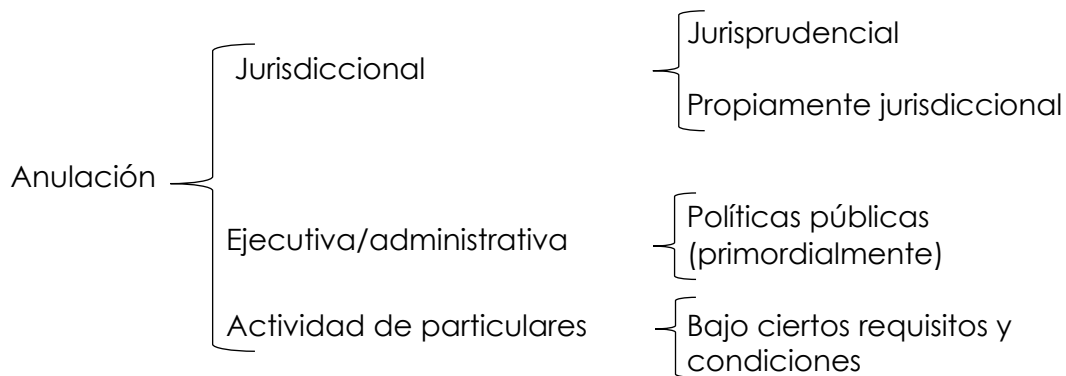
Asimismo, hay que destacar que las anulaciones de derechos humanos que derivan de las actividades de particulares, sobre las cuales nuestro sistema jurídico ya contempla, bajo ciertos requisitos y condiciones, someterlas a escrutinio jurisdiccional mediante lo que se empieza a conocer como amparo contra particulares. Algunas actividades de particulares pueden ser sometidas a un juez constitucional.⁴⁷⁸, pero hay muchos actos de particulares que no caen en los supuestos del amparo contra particulares que anulan derechos fundamentales.

⁴⁷⁷ Hay otros medios por los que la administración pública anula la exigibilidad o el ejercicio de un derecho fundamental de una persona cuando a través de una resolución administrativa anula la exigibilidad o el ejercicio de determinado derecho humano, como lo son, recurrentemente, las resoluciones administrativas. En estos casos está expedito el juicio de amparo, pero que el acto que anula sea justiciable no quita que ha anulado un derecho fundamental.

⁴⁷⁸ En la Ley de Amparo, artículo 5°, fracción II, segundo párrafo, se establece que “Para los efectos de esta Ley, los particulares tendrán la calidad de autoridad responsable cuando realicen actos equivalentes a los de autoridad, que afecten derechos en los términos de esta fracción, y cuyas funciones estén determinadas por una norma general”.

Ahora bien, la anulación, como modalidad de limitación de los derechos humanos, tiene, entonces, varias formas:

Esquema 59. La anulación y sus formas



Hay que destacar que en la anulación se excluye la exigibilidad o ejercicio de un derecho con posterioridad en el sentido de que tal privación no está prevista con antelación y de manera particular (o singular). Dese luego, hay una norma o regla de competencia por la que se autoriza que se anule mediante una resolución la exigibilidad o ejercicio de un derecho fundamental.

En el caso de actos de particulares, como ya se indicó, su actuación puede anular la exigibilidad o ejercicio de un derecho fundamental y tal anulación puede estar o no basada en una norma substantiva o de competencia. Si solamente se fundamenta en una norma sustantiva, la competencia está implícita. El problema es cuando no se basa en norma alguna, caso en el que la arbitrariedad es patente. No olvidemos que la actividad de los particulares se conecta con el tema del efecto horizontal de los derechos fundamentales.

En la actuación de la administración pública se debe considerar que ésta, al desarrollar cursos de acción, a partir de actos administrativos que deben persiguen objetivos valiosos (entre los que sobresalen los programas de política pública), en principio, se debió observar el principio de programatividad general⁴⁷⁹, es decir, promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos (en especial los sociales). Por lo que, si al desarrollar cursos de acción se afecta la exigibilidad o el ejercicio de derechos fundamentales, lo que está operando es una anulación.

Las políticas públicas no son inmunes a la anulación de derechos fundamentales, ya que las limitaciones contextuales se pueden ver como limitaciones de carácter estructural/institucional. Las políticas públicas, en general, versan sobre estados de cosas complejos, y desde su concepción, pasando por su instrumentación y conclusión (resultados), pueden trastocar derechos fundamentales.

La anulación normativa en el caso de políticas públicas (los programas de política pública son textos normativos) refleja, en muchas ocasiones, limitaciones de carácter estructural/institucional, las cuales no se agotan en la actividad de las instituciones públicas, sino que también se extiende a las instituciones privadas.

Así, por ejemplo una institución pública como el Instituto Mexicano del Seguro Social solamente atiende, en general, a derechohabientes y sus dependientes; un hospital privado de primerísimo nivel (cuenta con alta y última tecnología, por ejemplo, para el tratamiento de algún tipo de cáncer muy específico) solamente atiende a quienes cuentan con los recursos para pagar los altos costos de los tratamientos; en contraste están los hospitales

⁴⁷⁹ Sobre el principio de programatividad véase el apartado H del capítulo II.

públicos y los de asistencia social de la sociedad civil que atienden a las personas que no son atendidas por los anteriores, y en éstos el problema es de suficiencia tanto en capacidad tecnológica instalada como en capacidad de respuesta ante la cantidad de personas que deben ser atendidas, y que, además, son pocos y dispersos.

No pasa por alto matizar el señalamiento de que la anulación priva de un derecho por efecto de la ocurrencia del estado de cosas en el que un derecho humano se limita o entra en estado de riesgo de no ser "promovido, respetado, protegido y garantizado de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad", ya que hay estados de cosas en los que determinados derechos sociales están excluidos permanentemente (V. gr, pobreza, en los que el derecho a la salud, por mencionar uno de los derechos sociales -prestacional-programático-, está excluido recurrentemente para las personas en situación de pobreza).

Por otra parte, no hay que confundir el acto administrativo que anula la exigibilidad o ejercicio de un derecho fundamental con la necesidad de configuración normativa de ciertos derechos fundamentales en la que se norman ciertos presupuestos, condiciones y requisitos para la exigibilidad o el ejercicio de un derecho humano.

Ante configuraciones normativas, un derecho fundamental se puede exigir o ejercitar sólo si se dan los presupuestos, se cumplen las condiciones y se reúnen los requisitos previstos normativamente. Otra cuestión, como ya se señaló, es que las normatividades, legal y reglamentaria, sean en sí mismas obstáculos para la vigencia de algún derecho fundamental.

f) Elementos característicos -relevantes- de cada clase de limitación normativa

No obstante que, respecto del efecto de una negación o restricción, una suspensión/restricción o una anulación es el mismo: excluir a las personas del objeto del derecho fundamental, es decir, del ejercicio o de la exigibilidad del objeto del derecho fundamental, es posible construir un mapa de elementos de cada "modalidad", así, si vinculamos cada una de ellas con los criterios operativos de las limitaciones (basándonos en el esquema 56, p. 39), el resultado muestra los elementos relevantes de cada clase de limitación y evidencia las diferencias entre una y otra clase.

Todas las limitaciones, en cualquiera de sus modalidades, trastocan la exigibilidad o el ejercicio de un derecho humano, pero no lo hacen de igual manera ni implican los mismos presupuestos, requisitos y condiciones de operatividad y de aplicación.

Los elementos y características son las siguientes:

Esquema 60. Elementos y características de las modalidades de limitación de derechos fundamentales: Negación o restricción, suspensión/restricción y anulación

Clase de limitación	Criterios en que se basa
Negación o restricción	Medida normativa, se prevén los supuestos en texto constitucional o de ley en los que se niega o restringe la exigibilidad o el ejercicio de un derecho fundamental Medida autoritativa de poder reformador o legislador ordinario Medida definitiva en sentido normativo Medida <i>ex ante</i> e <i>in abstracto</i> Hay derechos que no es posible negar o restringir su exigibilidad o ejercicio Medida absoluta, no hay gradualidad se excluye, negando o restringiendo, la totalidad del objeto del derecho fundamental.

Suspensión /restricción	Medida normativa en cuanto a que los supuestos de suspensión/restricción están establecidos en norma constitucional Medida <i>ex ante</i> e <i>in abstracto</i> en cuanto a los supuestos para suspender/restringir Medidas concretas para afrontar la emergencia son posteriores Las medidas o prevenciones deben ser generales y no pueden referirse o contraerse a determinada persona. Las medidas que sean particulares, abstractas o concretas, están proscritas en atención al mandato contenido en el artículo 29: “[la suspensión/restricción será]...por medio de prevenciones generales y sin que la restricción o suspensión se contraiga a determinada persona.”, es decir, solamente pueden ser prevenciones generales/abstractas o generales/concretas.⁴⁸⁰ Medida ejecutiva/administrativa a cargo del titular del Poder Ejecutivo para expedir el decreto de restricción o suspensión respectivo, pero con intervención del depositario del Poder Legislativo para autorizar medidas y, al quedar sin efectos la suspensión/restricción, el decreto y las medidas adoptadas deben ser revisadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Medida autoritativa Medida temporal (condición indispensable) Efectos con posterioridad, en cuanto a que, si se dan los supuestos para suspender/restringir, procede limitar ciertos derechos humanos Hay derechos humanos que no es posible suspender/restringir La suspensión/restricción puede ser absoluta, es decir, negarse la exigibilidad o el ejercicio total de un derecho humano o sólo establecer suspensión/restricción parcial (V. gr., sobre la libertad de tránsito no se puede ejercer en cierto horario o en ciertos días)
Anulación	Medida jurisdiccional Medida ejecutiva/administrativa (no jurisdiccional) Medida de particular (legal o ilegal/arbitraria) Medida autoritativa o no autoritativa (particulares) Definitiva a partir de la determinación Hay derechos que no es posible anular La anulación puede ser absoluta, es decir, excluirse la exigibilidad o el ejercicio de un derecho humano o sólo establecer condiciones o requisitos para su exigibilidad o ejercicio (V. gr., Convivencia del padre o de la madre con sus hijos si se sujetan a tratamiento psicológico)

⁴⁸⁰ Bobbio, Norberto, *Teoría General del Derecho*, Op. Cit., pp. 143-146. Las nomas, en este caso las prevenciones o medidas, pueden ser de cuatro clases: (i) generales/abstractas; (ii) generales/concretas; (iii) particulares/abstractas; y (iv) Particulares/concretas.

H. Los derechos humanos requieren de políticas públicas, en especial los derechos sociales: Principio de Programatividad General

La línea argumentativa por la que se señala que los derechos sociales son meramente normas programáticas y, por ende, que no son justiciables, maneja diversas razones.

1. Breve referencia histórica de los derechos sociales vistos sólo como normas programáticas

Un recuento histórico de los derechos sociales nos lleva al tema de las normas programáticas bajo las cuales se conceptualizaba a los derechos sociales. José Ramón Cossío Díaz señala:

“La visión general...acerca del Estado social, no era autónoma de los derechos sociales sino, más bien, resultaba de estos últimos. De este modo, la concepción general de los derechos sociales no era del todo acabada. Si atendemos al sentido que los constituyentes le confirieron a ciertos preceptos [artículos 3°, 5°, 27 y 123 constitucionales] y a las funciones normativas que esos derechos podían realizar en términos del texto original de la Constitución, tenemos que por derechos sociales se entendían aquellas normas constitucionales que: primero, se hubieren elaborado en contraposición a los contenidos de la Constitución de 1857; segundo, que fueran la expresión directa de los postulados de la Revolución de 1910; tercero, que le confirieran atribuciones a los órganos del Estado para imponer obligaciones a cierto tipo de particulares; cuarto, que no le imponían obligaciones directas de carácter patrimonial a los propios órganos estatales”⁴⁸¹.

Esta afirmación, Cossío la deriva de considerar que los artículos 3° (educación), 5° (trabajo), 27 (propiedad) y 123 (trabajo), del texto original de la Constitución de 1917, junto con los debates respectivos, conforman las

⁴⁸¹ Cossío Díaz, José Ramón, “Los derechos sociales como normas programáticas y la comprensión política de la Constitución”, en VV. AA., *Ochenta años de vida constitucional en México*, Cámara de Diputados LXII Legislatura, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 1998, p. 309.

referencias de los derechos sociales, lo que consideramos debe matizarse⁴⁸², pues si bien muestra que la Constitución de 1917 sería vista como documento político (aspiracional), resultado de una Revolución social, sin valor normativo, esos dispositivos, junto con los debates a que dieron lugar, si bien tienen que ver con cuestiones sociales, el constituyente nunca se refirió a ellos como derechos sociales por la obvia razón de que el concepto se construye a partir de los años 50's, como el mismo Cossío muestra al referir que una de las primeras obras sobre el tema de los derechos sociales es la de José Campillo del año de 1952, el cual alude a los derechos sociales como “exigencias que la persona pueden hacer valer ante la sociedad para que ésta proporcione los medios necesarios para poder atender el cumplimiento de sus fines y le asegure un máximo de bienestar que le permita conducir una existencia decorosa y digna de su calidad de hombre”⁴⁸³. Lo que nos parece destacable son los dos periodos que refiere Cossío: (i) uno sobre los derechos sociales y (ii) otro acerca de los derechos sociales como normas programáticas.

⁴⁸² Referido al contexto europeo, Antonio Baldassarre señala: “En efecto, si bien muchos ‘derechos sociales’ habían sido ampliamente reconocidos y de alguna manera garantizados por leyes ordinarias específicas, en vigor desde finales del siglo XIX y la primera mitad del siglo XX, su constitucionalización generalizada en los Estados de origen liberal (con la excepción breve pero fundamental de la experiencia de la Constitución de Weimar de 1919, retomada por la Constitución española de 1931 y por la irlandesa de 1937) se produce sólo con las cartas constitucionales emanadas en Europa (Francia, Italia y Alemania Occidental, y más tarde España), en seguida después de la Segunda Guerra Mundial. De otra parte, si se atiende a su racionalización jurídica, ésta se produce aún más tarde, alrededor de los años 60 del siglo XX. Las constituciones mencionadas en efecto, dejan generalmente indeterminados múltiples aspectos relativos a los derechos que nos ocupan y, ente todo, abundan en ‘ambigüedades’ (que derivan, por ejemplo, de su diferente ubicación y, a veces, de su diferente cualificación respecto de los tradicionales derechos de libertad), precisamente en relación con la definición sustancial de los mismos ‘derechos sociales’, de tal manera que es preciso aguardar la obra de la jurisprudencia (en especial de la constitucional) para poder reconocer a los derechos en cuestión un estatuto conceptual apropiado o, en todo caso, de las incertidumbres definitorias en que hasta entonces se movían.”, Baldassarre, Antonio, *Los derechos sociales*, Op. Cit., pp. 30-31.

⁴⁸³ Citado por Cossío Díaz, José Ramón, “Los derechos sociales como normas programáticas...”, Op. Cit., p. 314.

El primer lapso va de los 50's a los 70's en el que el mencionado José Campillo (obra de 1952, *Derechos fundamentales de la persona humana. Derechos sociales*⁴⁸⁴), Ignacio Burgoa (obra de 1963, *Las garantías individuales*⁴⁸⁵), Trueba Urbina (obra de 1971, *La primera Constitución político-social del mundo*; quien ya apunta que el amparo no es medio para lograr su protección⁴⁸⁶) entre otros, se refieren ya a los derechos sociales.

El segundo periodo se da a finales desde los 70's (década en la que es fundamental tomar en cuenta el auge e inicio de la crisis del Estado de Bienestar), y ya claramente en los 80's, en el que autores como Jorge Carpizo, José Francisco Ruíz Massieu (para quien el castigo de su incumplimiento se da en las urnas y, por ello, son normas impropias⁴⁸⁷, Diego Valadés, Jorge Madrazo, Alfonso Noriega (para quien, refiere Cossío, los derechos sociales eran normas de carácter prestacional y que su sentido - naturaleza jurídica- es "general-programático"⁴⁸⁸), entre otros, califican a los derechos sociales como normas programáticas. Así, a partir de la década de los 80's se consolida la concepción de los derechos sociales *meramente* como normas programáticas.

2. Línea argumentativa sobre la calificación de los derechos sociales como meras normas programáticas

Un ejemplo reciente y representativo de la línea argumentativa que marca que los derechos sociales no son genuinos derechos humanos y, por tanto,

⁴⁸⁴ *Idem*, pp. 313-14

⁴⁸⁵ *Idem*, p. 313.

⁴⁸⁶ *Idem*, p. 315

⁴⁸⁷ *Idem*, p. 327

⁴⁸⁸ *Idem*, p. 326

no son justiciables,⁴⁸⁹ que nos es cercana y que muestra las razones que se esbozan para afirmar que los derechos sociales son meras normas programáticas, es el alegato de Ulises Schmill Ordoñez y Carlos de Silva Nava siguiente:

“Existe otro tipo de normas a las que se ha llamado programáticas pues, como su nombre indica, establecen programas tendientes a que el Estado alcance a futuro determinadas metas, alcance que no puede ser actual o inmediato por diversas circunstancias entre las cuales destacan las limitaciones presupuestales, las limitaciones tecnológicas, etc. Por ejemplo, mediante el llamado derecho a la vivienda se pretende lograr que toda familia goce de una que pueda ser considerada digna, pero en las actuales circunstancias resulta materialmente imposible lograr esa meta tanto por las limitaciones presupuestales del Estado como por la situación económica de un gran número de los propios gobernados. La norma programática obliga al Estado a llevar a cabo acciones tendientes a lograr determinados fines, como puede ser en el caso del ejemplo, establecer programas como los que realiza el Instituto Nacional de Fomento a la Vivienda, pero no tutelan intereses individuales (jurídicos) o difusos (legítimos).

Las normas programáticas no pueden hacerse efectivas mediante decisiones de carácter jurisdiccional, específicamente de amparo, ya sea por imposibilidad fáctica (caso del llamado derecho a la vivienda), o por exceder el dictado de la resolución las facultades del órgano jurisdiccional, como acontece en los supuestos de los artículos 25 y 26 constitucionales (rectoría económica del Estado y planeación económica del desarrollo), pues no es propio de los

⁴⁸⁹ Las líneas argumentativas sobre la justiciabilidad o no de los derechos sociales son diversas, pero, en general, todas presentan puntos comunes. Así, por ejemplo, Liborio L. Hierro señala que las características diferenciadas sobre los argumentos de si los derechos sociales son o no auténticos derechos humanos “...pueden reducirse a las cinco siguientes: 1) los derechos económico-sociales no son universales, sino particulares de cierto tipo de sujetos; 2) los derechos económico-sociales no son absolutos (*erga omnes*) sino relativos a cierto tipo de relación social; 3) los derechos económico-sociales no son definitivos sino que requieren para su actualización la mediación de una cierta organización de las instituciones públicas; 4) los derechos económico-sociales no son gratuitos ni baratos sino que son derechos caros cuya satisfacción requiere llevar a cabo cuantiosas inversiones públicas; 5) los derechos económico-sociales no son, en consecuencia, justiciables. De ello derivan los que así piensan que en los derechos económico-sociales predomina la denominada dimensión objetiva frente a la dimensión subjetiva o, dicho en términos más claros: que los llamados derechos económico-sociales son buenas guías para el legislador pero son derechos subjetivos.”, Hierro, Liborio L., “Los derechos económico-sociales...”, *Op. Cit.*, p. 253.

órganos jurisdiccionales, mediante el dictado de sentencias, sustituirse en facultades discrecionales de otras autoridades.”⁴⁹⁰

La cadena argumentativa, bajo silogismo clásico, primera figura, modo FERIO, y utilizando el epiquerema, es la siguiente:

Esquema 61. Cadena argumentativa de los derechos sociales como meras normas programáticas

Premisa/proposiciones	Razones de lo que se afirma o niega (Epiquerema)
Premisa mayor: proposición universal negativa (Tipo E) Sujeto-verbo-complemento directo	Complemento indirecto: proposición que muestra (prueba) la proposición universal negativa
Las normas programáticas no son justiciables [es decir, no pueden hacerse efectivas mediante decisiones de carácter judicial/jurisdiccional] (Otra forma lingüística: Ninguna norma programática es justiciable)	porque implicaría que el juez se sustituiría en las facultades discrecionales de otras autoridades
	porque es imposible fácticamente realizarlas
	porque hay limitaciones presupuestales, también hay limitaciones tecnológicas
	porque no tutelan intereses individuales (jurídicos) o difusos (legítimos).
	porque su dimensión no es jurídica sino política, la cual se proyecta, básicamente, mediante programas de política pública.
Premisa menor: proposición particular afirmativa (Tipo I) Sujeto-verbo-complemento directo	Razones de lo que se afirma o niega (Epiquerema)
Estos derechos sociales (x ⁿ) son, única y exclusivamente, normas programáticas	es decir, normas que solamente obligan al Estado llevar a cabo acciones tendientes a lograr determinados fines -mediante programas de política pública-
Proposición Particular negativa (Tipo O) Sujeto-verbo-complemento directo	Razones de lo que se afirma o niega (Epiquerema)
Por tanto, los derechos sociales no son justiciables	porque...
Premisa/proposiciones	Razones de lo que se afirma o niega (Epiquerema)

⁴⁹⁰ Schmill Ordoñez, Ulises y De Silva Nava, Carlos, “El interés legítimo como elemento de la acción de amparo”, en *Isonomía, Op. Cit.*, p. 263.

Premisa mayor: proposición universal negativa (Tipo E) Sujeto-verbo-complemento directo	Complemento indirecto: proposición que muestra (prueba) la proposición universal negativa
Las normas programáticas no son genuinos derechos (no son verdaderos derechos) (Otra forma lingüística: Ninguna norma programática es norma genuina)	porque su justiciabilidad implicaría que el juez se sustituya en las facultades discrecionales de otras autoridades
	porque son imposibles fácticamente, en especial por el costo presupuestal que conllevan
	porque hay limitaciones presupuestales, las limitaciones tecnológicas
	porque no tutelan intereses individuales (jurídicos) o difusos (legítimos).
	porque su dimensión no es jurídica sino política, la cual se proyecta, básicamente, mediante programas de política pública.
	porque son diferentes estructuralmente en relación con los derechos civiles y políticos (individuales clásicos)
Premisa menor: proposición particular afirmativa (Tipo I) Sujeto-verbo-complemento directo	Razones de lo que se afirma o niega (Epiquerema)
Estos derechos sociales (x ⁿ) son, única y exclusivamente, normas programáticas	es decir, normas que solamente obligan al Estado llevar a cabo acciones tendientes a lograr determinados fines -mediante programas de política pública-
Proposición Particular negativa (Tipo O) Sujeto-verbo-complemento directo	Razones de lo que se afirma o niega (Epiquerema)
Por tanto, los derechos (x ⁿ) sociales no son genuinos derechos (no son verdaderos derechos)	porque...

Siguiendo estas argumentaciones, calificar los derechos sociales como normas programáticas implica:

- (i) negar que sean derechos humanos genuinos, y

- (ii) que respecto de ellos no opera la justiciabilidad⁴⁹¹.

Esas argumentaciones han sido superadas y actualmente se acepta por la mayoría de la doctrina y las prácticas nacional e internacional que los derechos sociales son derechos humanos⁴⁹², y, porque lo son, son justiciables⁴⁹³.

El argumento de que la justiciabilidad de los derechos sociales implica que el juez se sustituye en las facultades discrecionales del titular del Poder Ejecutivo, además de ser improcedente porque no es cierto que una sentencia judicial que verse sobre derechos sociales conlleve que el juez se

⁴⁹¹ De los elementos de análisis de las cadenas argumentativas, la no justiciabilidad se predica de una dimensión fáctica y de una dimensión normativa: la primera se debe a la imposibilidad fáctica de realización plena por insuficiencia de recursos presupuestales; la segunda porque si hubiera resoluciones del Poder Judicial se invadiría la competencia discrecional del Poder Ejecutivo, además se presenta la problemática de la legitimación activa (sólo interés jurídico antes de las modificaciones constitucionales al juicio de amparo del 6 de junio de 2011) para hacer valer violaciones mediante juicio de amparo.

⁴⁹² No obstante, este considerable consenso, existen autores que niegan que los derechos sociales sean auténticos derechos fundamentales, como por ejemplo la postura de Haba, Enrique Pedro. “Magia verbal, realidades y sentido fermental de los, así llamados, derechos» económicos”, en: *Criterio Jurídico*, Santiago de Cali, Vol. 4, 2004, pp. 7-30. Haba señala: “Al ocuparme aquí de los llamados «derechos económicos, sociales y culturales», me interesa sobre todo examinar qué alcances REALES ellos tienen, o puedan tener, por catalogarlos como derechos. Adelanto ya lo esencial de mi pensamiento al respecto: a) son prácticamente inocuas, y además engañosas, las enunciaciones de tales «derechos» en instrumentos jurídicos como las Constituciones y el Pacto Internacional de 1966; b) no obstante, pueden revestir cierto valor «fermental», heurístico, algunas ideas de ese tipo, siempre y cuando quede ahí planteado con toda franqueza que se trata propiamente de unos ideales” (p. 8), y en el apartado 3 manifiesta: “3. CARÁCTER «PROGRAMÁTICO» (EXHORTATIVO) Los derechos económicos consignados en el Pacto de 1966, en términos generales no llevan consigo formas jurídicas de protección. Ese Pacto no establece garantías para ellos: como es natural, no se pueden hacer efectivos sino en la medida en que haya recursos disponibles (Cf. art. 2, inc. 1, de dicho Pacto). La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, 1969) tiene la franqueza de señalar eso concisamente: «Desarrollo progresivo. Los Estados partes se comprometen a adoptar providencias... en la medida de los recursos disponibles...» (art. 26).”, p. 13

⁴⁹³ De los estudios más acabados sobre la justiciabilidad de los derechos sociales está la obra de Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, 2ª ed., Trotta, Colección Estructuras y Procesos, Serie Derecho, Madrid, España., 2004.

ha sustituido en sus facultades a autoridades ejecutivas, merece tomar en cuenta el señalamiento de Ferrajoli siguiente:

“La tarea de la jurisdicción [de un órgano judicial], en realidad, consiste esencialmente en señalar las violaciones -ciertamente, el Poder Judicial no puede sustituir al Poder Legislativo y al Ejecutivo en la formulación de políticas sociales, tanto menos si se trata de políticas de gran escala o de largo alcance temporal-. Y de todos modos, este mismo carácter cognitivo de la jurisdicción sugiere...una rigurosa *actio finium regundorum* entre Poder Judicial y Poder Político, como fundamento de su clásica separación: de aquello que el Poder Judicial no puede hacer, por motivo justamente de su naturaleza cognitiva, pero también de aquello que, debido a esa misma naturaleza cognitiva, *debe hacer*, es decir, señalar todas las violaciones de los derechos sociales cometidos por la Administración pública. Está claro que esta denuncia, que se extiende también a las violaciones de los principios y de otros derechos a los que los derechos sociales sirven como presupuesto, siempre produce efectos jurídicos, que pueden ir desde la imposición de la obligación de la concreta prestación, cuando ésta está predeterminada por la ley, pasando por la puesta en mora de los órganos incumplidores, hasta la simple requisitoria, en una suerte de diálogo institucional idóneo cuanto menos para deslegitimar la inercia y estimular la intervención. El resultado es un amplio abanico de intervenciones y estrategias garantistas que representa la mejor refutación de las hipótesis escépticas acerca de la no justiciabilidad de los derechos sociales.”⁴⁹⁴

⁴⁹⁴ Ferrajoli, Luigi, “Prólogo” al libro Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Op. Cit., p. 13. En esta obra, ya un clásico contemporáneo del tema de la justiciabilidad de los derechos sociales, Abramovich y Courtis no obstante mostrar, con base en sólida evidencia de las prácticas nacionales (constitucional/convencional) e internacionales (convencional), que la batalla teórica -argumentativa, de que los derechos sociales (DESCA) son justiciables, está “técnicamente” ganada, están conscientes del apunte de Ferrajoli, pues al referirse a las políticas sociales (Ejecutivo) frente a la Justicia (Judicial) señalan: “...uno de los obstáculos centrales para exigir judicialmente derechos sociales es la amplia deferencia judicial hacia el poder administrador en aquellas cuestiones que revisten mayor complejidad técnica o que ponen en juego decisiones de diseño y ejecución de políticas públicas. Es dable reconocer que, por sus propias características institucionales, la judicatura no es el poder estatal llamado a desempeñar atribuciones centrales para adoptar decisiones complejas en materia de políticas sociales. De allí que se reconozca a los poderes políticos del Estado un amplio margen de actuación en el diseño y ejecución de esas políticas.”, pp. 249-250.

3. Derechos sociales y programas de política pública: componente programático

Ahora bien, en las argumentaciones en las que se señala que los derechos sociales son normas programáticas hay una razón inherente al medio privilegiado de efectividad de los derechos sociales (vistos meramente como normas programáticas) y que consiste en que requieren, en la gran mayoría de casos, sino es que, en todos, de programas de política pública para su adecuado y mejor despliegue.

Así, hay que señalar que, en el argumento de que los derechos sociales son meramente normas programáticas, el requerimiento de programas de política pública adquiere carácter de elemento estructural, y como tales políticas caen en el ámbito político, es decir, se señala, son de absoluta discrecionalidad de la autoridad administrativa, entonces no son genuinas normas, y al no serlo no son justiciables. Esta noción del concepto de norma programática seguirá siendo utilizada por algunos operadores jurídicos para alegar que los derechos sociales no son justiciables.

Así, una de las principales razones para negar que los derechos sociales son genuinos derechos humanos (en una dimensión social en sentido fuerte), consiste en calificarlos como normas programáticas, es decir, derechos que para su realización requieren de programas de política pública con todas las implicaciones que ello conlleva (competencias ejecutivas, programaciones presupuestarias por parte del legislador, disposiciones presupuestarias que lleva a cabo el ejecutivo, etc.).

Pasar de la argumentación tradicional que niega que los derechos sociales no son genuinos y, por ende, no justiciables a la argumentación de que si son derechos genuinos y, por tanto, justiciables, es transitar de una

argumentación negativa a una argumentación positiva. En ese paso se tienen que considerar, por lo menos, dos elementos: derecho genuino y justiciabilidad. En la tesis negativa se niegan tales elementos y en la tesis positiva se afirman.

En la tesis negativa se identifica a los derechos sociales como normas programáticas porque éstas no son genuinas normas y no son, por ello, justiciables; en cambio, en la tesis positiva se dan razones (contrarias a las que se sostienen en la tesis negativa) de porque son genuinas normas y, por ende justiciables, pero en el paso de una tesis a la otra se sacrifica uno de los elementos de la tesis negativa y que consiste en la razón inherente a la calificación de que los derechos sociales son normas programáticas.

En efecto, para pasar de un argumento negativo a un argumento positivo en cuanto a que los derechos sociales son auténticos derechos humanos y, por ende, justiciables, se margina el elemento programático: si se considera que los derechos sociales son meras normas programáticas y éstas no configuran derechos genuinos y ello impide su justiciabilidad, entonces al pasar de una tesis negativa a una tesis positiva hay que negar que los derechos sociales sean *meras* normas programáticas, pero el elemento programático desaparece y aquí está parte del problema que se necesita evidenciar.

El error de índole conceptual-metodológico consiste en que el argumento de que los derechos sociales son genuinas normas y, por ende, son justiciables, ya no contempla el carácter programático privilegiado de los derechos sociales, pues al afirmar que no son meramente normas programáticas se da por sentado que son derechos genuinos y, por ende, justiciables, pero que no implican programatividad alguna.

La clave está en entender que los derechos sociales nunca han dejado de tener un elemento programático, pero de ello no se sigue que meramente (única y exclusivamente) sean normas programáticas: la realidad nos muestra, cada vez con más insistencia, que los derechos sociales tienen un fuerte componente programático.

Los derechos sociales son auténticos derechos humanos no porque no sean normas programáticas sino porque la garantía judicial/jurisdiccional se les negó sistemáticamente. Ahora, ganada, relativamente, la batalla de la justiciabilidad se observa, en la teoría y en la práctica, que los derechos sociales nunca dejaron de tener un componente programático, es decir, una vía de realización a través de programas de política pública.

Vemos en la doctrina, en la práctica y en la jurisprudencia un redireccionamiento u orientación que reclama atender más los programas de política pública que tienen como objeto de actividad los derechos sociales. Así, lo correcto habría sido señalar que los derechos sociales no se consideraban derechos humanos genuinos-auténticos- porque se les consideraba una cuestión política exclusiva discrecional del Poder Ejecutivo, y que, si éste los atendía a través de programas de política pública, no había forma de hacer justiciables tales políticas públicas porque se consideraba que un juez, vía justiciabilidad, se sustituía en las facultades discrecionales de otra autoridad. Al negar que los derechos sociales son normas programáticas se pasó por alto que no dejan de tener un componente fundamental y primordial programático y, por ende, los derechos sociales no solamente son normas programáticas sino algo más, es decir, no son *meramente* normas programáticas.

Los derechos sociales nunca dejaron de realizarse, bien o mal, a través de programas de política pública. ¿Se podrían realizar los derechos sociales sin programas de política pública?, y la respuesta es que para su realización los programas de política pública son condición necesaria, pero no suficiente. En el núcleo intensional del concepto de derechos sociales está como característica peculiar el que, al requerir primordialmente de programas de política pública, son, además, de auténticos derechos, derechos que se rigen de manera especial por el principio de programatividad, esto es, todo derecho humano sigue dicho principio, pero en el caso de los derechos sociales conforma una cobertura imprescindible para su eficacia, efectividad y eficiencia y conseguir su promoción, respeto, protección y garantía.

Los derechos sociales son una cuestión de política social económica compleja que corresponde primariamente atender al Poder Ejecutivo mediante programas de política pública, y esta actividad estatal es justiciable porque se trata de derechos humanos. Así, no solamente los derechos sociales tienen un componente primordial de programas de política pública, sino todos los derechos humanos, sean individuales o sociales. Y todos los derechos humanos tienen costos presupuestales.⁴⁹⁵

⁴⁹⁵ Holmes, Stephen y Sunstein, Cass R., *El Costo de los Derechos. Porque la libertad depende de los impuestos*, Siglo XXI, colección derecho y política, Buenos Aires, Arg., 2011. Véase Primera parte, Capítulo 1. "Todos los derechos son positivos", pp. 55-69. Los autores muestran -demuestran- que todos los derechos cuestan e implican actividad estatal compleja, por lo que más allá de la división teórica entre derechos negativos y derechos positivos y su utilización política: "Donde hay un derecho, hay un remedio", es una máxima legal clásica. Los individuos gozan de derechos, no en sentido moral sino legal, sólo si su propio gobierno repara en forma justa y predecible las ofensas que sufren. Este punto tiene un efecto importante, dado que revela lo inadecuado de la distinción entre derechos negativos y positivos. Lo que muestra es que todos los derechos que se exigen en forma legal son necesariamente positivos. Los derechos son costosos porque los remedios lo son. La imposición de leyes es costosa, sobre todo si ha de ser uniforme y justa; y los derechos legales son vacíos si no existe una fuerza que los haga cumplir. Dicho de otro modo, casi todos los derechos implican un deber correlativo, y los deberes sólo se toman en serio cuando su descuido es castigado por el poder público

4. ¿Cuál es la denominación adecuada? (Ya no te llamaremos Pedro sino Peter)

Cossío Díaz propone sustituir el término derechos sociales por el de derechos prestacionales, pero nuestra lectura es que subyace la problemática de considerar a los derechos sociales como normas programáticas y, por ende, es mejor la denominación de derechos prestacionales:

“La trayectoria de la locución <<derechos sociales>> ha sido larga y mediante ella se han planteado reivindicaciones sociales o descrito situaciones normativas...[vamos] a citar algunos significados que sectores doctrinales representativos le han dado en los últimos años. Para un grupo de autores, los derechos sociales se caracterizan por ser derechos de titularidad colectiva. Así, para Aubert, estos derechos son sociales <<porque tienen por objeto principal mejorar la situación social de los grupos de personas más débiles>>, mientras que Pergolesi, de manera más enfática, señala que por ellos debe entenderse a <<aquellos que

con recursos del erario público. No hay derechos legalmente exigibles allí donde no hay deberes legalmente exigibles, y por esta razón, la ley sólo puede ser permisiva si al mismo tiempo es obligatoria. Lo que equivale a decir que no se puede obtener la libertad personal limitando la interferencia del gobierno en la libertad de acción y de asociación. Ningún derecho es simplemente el derecho a que los funcionarios públicos no lo molesten a uno. Todos son reclamos de una respuesta gubernamental afirmativa. En términos descriptivos, todos los derechos son definidos y protegidos por la ley. Una orden de restricción emitida por un juez cuyos requerimientos normalmente se obedecen es buen ejemplo de ‘intrusión’ gubernamental en defensa de la libertad individual. Pero el gobierno se involucra en un nivel aún más fundamental cuando las legislaturas y los tribunales definen los derechos que los jueces habrán de proteger. Toda orden de hacer o no hacer, a quienquiera que vaya dirigida, implica tanto una concesión afirmativa de un derecho por una parte del Estado como un legítimo pedido de ayuda dirigido a uno de sus agentes. Si los derechos fueran meras inmunidades a la interferencia pública, la virtud suprema del gobierno (en relación con el ejercicio de los derechos) sería la parálisis o la invalidez. Pero un Estado incapacitado no puede proteger las libertades individuales, ni siquiera las que parecen totalmente ‘negativas’, como el derecho a no ser torturado por agentes de la policía o guardias penitenciarios. Un Estado que no es capaz de organizar visitas regulares a las cárceles y penitenciarias por parte de médicos pagados por los contribuyentes y dispuestos a presentar pruebas creíbles ante un tribunal no puede proteger de modo eficaz a los presos de padecer torturas y palizas. Todos los derechos son costosos porque todos presuponen una maquinaria eficaz de supervisión, pagada por los contribuyentes, para monitorear y controlar.”, pp. 63-65; la conclusión es terminante al señalar que “La financiación de derechos básicos a través de ingresos derivados de los impuestos nos ayuda a ver con claridad que los derechos son bienes públicos: servicios sociales financiados por los contribuyentes y administrados por el Estado para mejorar el bienestar colectivo e individual. Todos los derechos son, entonces, derechos positivos”, p. 69.

tienen por finalidad preeminente o más inmediata la satisfacción de intereses colectivos>>, ejercitables de la misma forma.

Para otro conjunto de autores, probablemente el más numeroso, los derechos sociales son tales por imponer al Estado la obligación de otorgar prestaciones tendentes al mejoramiento social. Hay quien opina que este elemento prestacional es suficiente para terminar con la distinción entre intereses individuales y colectivos; o quien entiende que por el modo en que se conceden, todo interés es individual, independientemente de la pertenencia del sujeto a un grupo. La mayoría considera, sin embargo, que su peculiaridad consiste, lisa y llanamente, en obligar al Estado a conferir prestaciones en favor de grupos y personas.

De la variedad de elementos referidos con el término <<derechos sociales>> (de los cuales sólo resaltamos los más significativos) parece posible separar dos constantes: el reconocimiento de prestaciones a cargo del Estado y la aceptación del valor igualdad como finalidad. En la exposición que de ellos hace la doctrina española y extranjera encontramos la invariable presencia del valor igualdad, aun cuando no se haya formulado explícitamente. La igualdad, lo hemos señalado ya, no pretende realizarse en el ordenamiento de cualquier manera, sino garantizando ciertas condiciones mínimas para la población. Si admitimos que el modo tradicional (y único posible dentro de nuestra economía) de realización de ese valor es a través de prestaciones estatales, podremos concluir diciendo que los <<derechos sociales>> se resuelven en prestaciones a cargo del Estado encaminadas a satisfacer los llamados <<mínimos vitales>>. Más que de derechos sociales, creemos posible hablar de derechos de igualdad cuando aludamos a la significación axiológica (o teleológica) del tema, y de derechos a prestaciones cuando nos refiramos a su dimensión activa o material...el que corrientemente se proclamen también estos derechos como de prestación [igualdad] o de abstención [libertad] (siempre con el Estado como obligado primario), contribuye a apoyar la designación que pretendemos introducir.”⁴⁹⁶

Sin mayor abundamiento sobre la reducción de los derechos prestacionales al valor igualdad⁴⁹⁷, reduccionismo que distorsiona las relaciones entre todos

⁴⁹⁶ Cossío Díaz, José Ramón, *Estado social y derechos de prestación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, Es., 1989, pp. 45-46.

⁴⁹⁷ Del texto de Cossío se infiere que los derechos civiles y políticos realizan el valor libertad, lo que representa también una reducción que desdibuja la operatividad de todos los derechos humanos. Este autor señala: “Criticada la expresión derechos sociales y fijada otra que enuncia más adecuadamente

los derechos humanos (principio de interdependencia), sean civiles, políticos o sociales (derechos civiles y políticos entre sí, derechos sociales entre sí; y derechos civiles y políticos y derechos sociales entre sí), no hay que perder de vista la operatividad del principio de interdependencia que rige a los derechos humanos, principio que cobra plenitud en su dinámica relación con los principios de universalidad, indivisibilidad y progresividad, lo cual conlleva la convergencia de los derechos humanos en la realización de diversos valores de manera simultánea (libertad, justicia, igualdad, democracia, pluralismo, etc.).

Al final, con el cambio semántico propuesto por Cossío, es decir, en lugar de referirnos a derechos sociales mejor aludir a derechos prestacionales, quedamos prácticamente igual porque lo prestacional a cargo del Estado en materia de derechos sociales sigue implicando el componente programático de los derechos humanos, en especial de los derechos sociales, y éstos, llámense derechos sociales, derechos prestacionales, derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA), reclaman de manera primordial la atención estatal basada deliberadamente en programas de política pública. De tal manera que el componente programático, válido para cualquier derecho humano, adquiere carácter prioritario de mayor peso en materia de derechos sociales.

los contenidos referidos, resulta necesario determinar lo que por derechos prestacionales cabe entender en la Constitución española. Una opción de acercamiento la posibilitan los propios valores constitucionales, toda vez que a estas alturas pueden distinguirse dos tipos de derechos constitucionales por el valor que desarrollan. Así, podemos hablar de derechos de libertad o de igualdad, e intentar caracterizar la gama de derechos constitucionales adscribibles a uno u otro, existiendo, en todo caso, factores históricos, doctrinales, jurisprudenciales y comparativos en que apoyarse”, *Idem.*, p. 47. El valor igualdad, el valor libertad, el valor justicia, los valores democráticos (pluralismo político), etc., se pretenden realizar a través de la actividad estatal que incide en los derechos humanos, la cual debe observar el deber de promoverlos, respetarlos, protegerlos y garantizarlos.

Por otro lado, el cambio semántico de derechos sociales a derechos prestacionales implica que al hablar de prestaciones se está en presencia de cosas que hay que obtener o proporcionar a las personas, con lo que se tiende a pensar que los derechos sociales sólo denotan proporcionar u obtener cosas, es decir, prestaciones de dar con lo que se margina que los derechos sociales se proyectan en derechos a algo, como lo indica Alexy, que puede consistir en acciones positivas tanto fácticas como normativas, incluyendo la exigencia de eliminar una omisión fáctica o normativa, es decir, que se actúe haciendo algo o expidiendo normatividad respecto de la cual hay omisión, sin dejar de lado que los derechos sociales, dependiendo de la posición fáctica, pueden implicar una acción negativa (sea el no impedimento de acción, la no afectación de propiedades o situaciones o la no eliminación de posiciones jurídicas).

Por tanto, la terminología de los derechos sociales como una especie de derechos a algo es preferible a la de derechos prestacionales, incluso cargando con la emotividad semántica que la denominación de derechos sociales conlleva.

5. Principio de Programatividad General

Podemos afirmar que los derechos sociales, dado su alto componente prestacional –prestaciones a cargo del Estado que debe (obligadamente) proporcionar - tiene una vía privilegiada de atención por parte de la actividad estatal que consiste en los programas de política pública. De ello no se sigue que basta que existan programas de política pública, sino que habiéndolos hay que evaluar si tales programas están siendo efectivos, eficaces y eficientes en la realización de los derechos sociales, es decir, si los programas de política pública promueven, respetan, protegen y garantizan los derechos humanos que son su objeto de atención.

Asimismo, se infiere de lo dicho que la concepción tradicional de los derechos sociales que los calificaba *única y exclusivamente* como normas programáticas e implicaba la connotación de éstas bajo las propiedades que hemos identificado (principalmente la discrecionalidad de la autoridad ejecutiva/administrativa) como las razones para no considerarlos como derechos genuinos y, por ende, no justiciables.

Podemos decir que aquella tradicional connotación o intensión⁴⁹⁸ de norma programática se modifica o cede al considerar que los derechos sociales tienen una vinculación importante, y natural, con las normas programáticas en el sentido de que casi la mayoría de los derechos sociales (por no decir que todos) requieren de programas de política pública para su realización efectiva, eficiente y eficaz, pero de ello no se sigue que terminen identificándose *solamente* como normas programáticas en el sentido que a éstas se les daba tradicionalmente, pues los derechos sociales implican prestaciones a cargo del Estado y éste atiende (obligatoriamente) esas prestaciones primordialmente a través de programas de política pública, pero no como único y exclusivo medio para realizar los derechos sociales.

El cambio de narrativa consiste en considerar que los derechos sociales, si bien no son meramente (única y exclusivamente) normas programáticas, nunca han dejado, paradójicamente, de presentar un componente programático: los derechos sociales históricamente se han servido de programas de política pública. El punto es que, si bien son normas prestacionales, las prestaciones concretas de cada clase de derecho social

⁴⁹⁸ Recordemos que en perspectiva metodológica los conceptos, básicamente, presentan una denotación y una connotación o intensión (con “s”). La intensión es el conjunto de propiedades peculiares de algo con el que fijamos su núcleo intensional, el cual nos permite construir un concepto y, observando las reglas de definiciones, lo que se comunica es la definición de un concepto. Véase Bunge, Mario, *La investigación científica*, 2ª ed., actualizada, Ariel, Barcelona, España, 1983, pp. 84-92 (véase, en especial, el tema del núcleo intensional).

a cargo del Estado se han atendido *primordialmente* a través de programas de política pública.

Así, para evitar alguna confusión es pertinente identificar y visibilizar la peculiaridad de los derechos sociales que consiste en servirse primordialmente de programas de política pública (la evidencia histórica es abrumadora) para promoverlos, protegerlos, respetarlos y garantizarlos. Lo importante de esa peculiaridad, es decir, la utilización primordial de tales programas es que está conectada con las cuatro dimensiones básicas que configuran las obligaciones generales de las autoridades (actividad estatal en sentido amplio) en relación con los derechos humanos: promoción, respeto, protección y garantía; incluso, en caso de violaciones de derechos humanos, las obligaciones de prevenir, investigar, sancionar y reparar.

Esa peculiaridad impacta en la intensión del concepto de derecho social, por lo que los programas de política pública implican, al ser un medio primordial de atención de los derechos humanos, un componente estructural de los mismos y que se constituye como característica intensional que identificamos como *principio de programatividad*⁴⁹⁹ *general* que cada derecho social conlleva.

Con la calificación de que la programatividad es primordial significamos la referencia a una actividad estatal programada que genera programas de política pública que de ninguna manera implica exclusividad y, por ende, que hay otros medios, mecanismos o herramientas, por los que se atienden los derechos sociales como, por ejemplo, la justiciabilidad.

⁴⁹⁹ El sufijo “idad” significa “cualidad de”, “relacionado con”, por tanto, de programático (relativo a un programa), se compone el término programatividad, es decir, lo relacionado con un programa.

Así, los derechos sociales son derechos humanos en los que el elemento de “programatividad primordial” es de tal importancia que podríamos decir que es definitorio y, por tanto, tendría que formar parte de su núcleo intensional. Incluso, esta característica peculiar, al verla como principio, refiere un valor específico de ordenación y sistematización que implica la exigencia al poder público que, al promover, respetar, proteger y garantizar derechos humanos, en especial, derechos sociales, debe operar programas de política pública de manera deliberadamente planeada, siguiendo los estándares de la adecuada hechura de programas de política pública.⁵⁰⁰

⁵⁰⁰ El carácter programático de los derechos sociales está vinculado estrechamente con el señalamiento de su necesidad de configuración normativa para hacerlos efectivos. Al respecto, el tratadista Juan Manuel Acuña al referirse al señalamiento de que los derechos individuales y sociales son derechos de configuración social, introduce una importante aclaración en relación con el carácter programático de los derechos sociales: “...todos son derechos de configuración legal...Llegados a este punto es preciso realizar una aclaración adicional: el carácter programático no es algo que pueda predicarse de los derechos sociales en general, puesto que la programaticidad depende de una variable exógena a los propios derechos consistente en la voluntad del constituyente plasmada en un enunciado constitucional. Así, en ciertos sistemas jurídicos como por ejemplo el español, algunos de los denominados derechos sociales fueron recogidos en el texto constitucional bajo la forma de ‘principios rectores de la política social y económica’ contemplados en los artículos 39 a 52 de la Constitución. Por tal razón fueron excluidos del listado de derechos fundamentales y por ende, del espectro tuitivo de la acción de amparo. Pero como señala Ignacio de Otto, aun en tal caso, dichos principios imponen restricciones al legislador, puesto que son normas jurídicas que obligan a todos los poderes públicos...existen constituciones en las cuales no siquiera se contemplan normas programáticas que adscriban derechos sociales y estos derechos han sido adscritos interpretativamente. Tal es el caso de Alemania...De acuerdo con lo dicho, aun en aquellos sistemas en los cuales expresamente se ha optado por considerar a estos derechos como programáticos, o no han sido siquiera contemplados en tal carácter, resulta posible articular reclamaciones ante las instancias jurisdiccionales...Para concluir lo dicho hasta aquí, la programaticidad no es una característica que pueda predicarse en general de los derechos sociales, como si fuera esta una característica inherente a ellos. Se trata en todo caso, de una decisión constituyente, adoptada en sistemas como los mencionados pero aun en ellos, la enunciación programática no ha sido obstáculo para dotar a los derechos sociales de un cierto grado de eficacia...Por tanto, la programaticidad reviste el carácter de una opción sistémica constituyente y no se trata de una característica inherente de los derechos sociales.” Acuña, Juan Manuel, *Justicia constitucional y políticas públicas. El control de las políticas públicas sociales a partir de la articulación jurisdiccional de los derechos sociales fundamentales*, Porrúa-Universidad Panamericana, [Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, núm. 61], México, 2012, pp. 33-35. Por nuestra parte, es importante destacar que el Principio de Programatividad General lo construimos a partir del enunciado del tercer párrafo del

Vale la pena insistir que el principio de programatividad general está implícito en el desarrollo normal de la actividad estatal. La ordenación y sistematización de la actividad estatal se asume como valor instrumental/institucional, es decir, es un medio para la consecución de los fines propios de cada derecho humano, en especial los derechos sociales y de estos para la realización de los valores de libertad, justicia e igualdad (en especial de este último).

Con estos señalamientos no queremos decir que otros derechos humanos, básicamente los civiles y políticos, no compartan ese elemento de programatividad primordial, también en ellos concurre, pero en intensidad diferente convirtiéndose en una cuestión de grado. Cualquier derecho humano está sujeto al principio de programatividad general. Incluso, puede ocurrir que el principio de programatividad, en sentido general, de algún derecho humano, por el momento histórico y el contexto peculiar, exija de manera especial la formulación de una política pública⁵⁰¹.

Ningún derecho humano es, en sí, norma programática, pero todo derecho humano tiene estructuralmente un componente programático que identificamos como principio de programatividad general. Éste está

artículo 1° de la Constitución mexicana, pero aun si no existiera tal enunciado existiría tal principio porque los derechos fundamentales, en especial los derechos sociales, requieren para su efectividad tanto de configuraciones normativas como de una actividad programada estatal. Que se haya positivizado el deber de todas las autoridades de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos fundamentales no significa que antes no tuvieran esa obligación, tanto convencionalmente como de manera implícita en las tareas básicas estatales y, por ende, permeada en toda la actividad estatal.

⁵⁰¹ Por ejemplo, del derecho al voto en época de elección presidencial hace que el Instituto Nacional Electoral, organismo constitucionalmente autónomo, formule e instrumente políticas públicas para promover el voto. Esta actividad estatal se basa en el principio de programatividad de un derecho de índole eminentemente política y que proyecta la exigencia de promoción como una de las cuatro principales acciones inherentes a los derechos humanos (Artículo 1°, párrafo tres, constitucional: “Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos...”)

fuertemente vinculado con la actividad estatal para promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos (se trata de un mandato objetivo dirigido a todas las autoridades, artículo 1º, tercer párrafo, pero de ello no se sigue que no se pueda exigir judicialmente su cumplimiento)

Recordemos que si bien el desiderátum de la justiciabilidad se inició en el campo de las garantías judiciales/jurisdiccionales (principalmente el control constitucional a cargo de los depositarios del Poder Judicial, bajo, privilegiadamente, el juicio de amparo) y en el campo de las garantías no judiciales/jurisdiccionales (principalmente en el control convencional concentrado a cargo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos), y que podemos considerar que la victoria de la justiciabilidad de los derechos sociales es ya una realidad, aunque incipiente, gradual e inédita, de ello no se sigue que en materia de derechos humanos sociales no sea necesario que la actividad estatal deba ser ordenada y sistemática, es decir, planeada, principalmente a través de programas de política pública. Éstos, ahora más que nunca, juegan un papel fundamental en la promoción, respeto, protección y garantía de los derechos humanos, en especial de los derechos sociales. En el futuro, dada la complejidad de la actividad estatal, inmersa en los vaivenes de la globalización, el fortalecimiento de la planeación/programatividad, será un elemento decisivo en el avance y consolidación de los derechos sociales.

De lo anterior se infiere que los derechos sociales son una cosa, otra el principio de programatividad general, y otra muy distinta las normas programáticas, sin embargo, pueden estar vinculadas. Si vamos por el camino correcto entonces hay normas que establecen que determinado derecho, si pasa la prueba de lo que es un derecho humano, será

considerado derecho humano, sea individual o social, y estará regido, entre otros principios, por el principio de programatividad general.

Siguiendo a Francisco Laporta, en la construcción del concepto de derecho humano aparecen los elementos analíticos siguientes:

- a) La adscripción a todos y cada uno de los miembros individuales de la clase “ser humano” de...
- b) ... una posición, situación, aspecto, estado de cosas, etc...
- c) ... que se considera moralmente un bien tal que constituya una razón fuerte...
- d) ... para articular una protección normativa en su favor a través de la imposición de deberes u obligaciones, la atribución de poderes e inmunidades y la puesta a disposición de técnicas reclamatorias, etc...

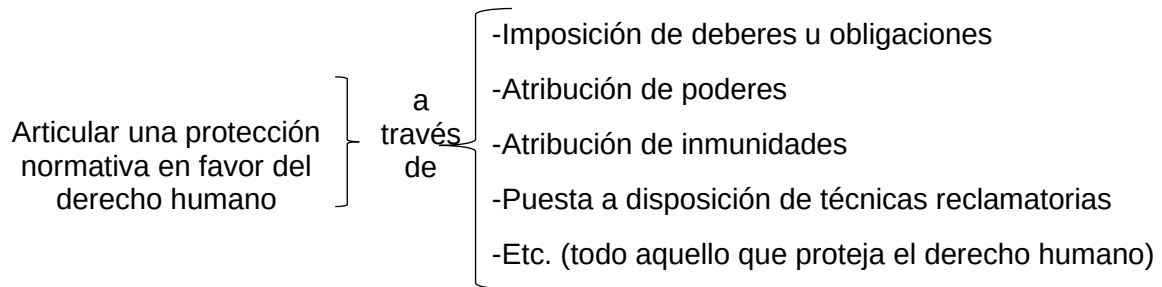
Naturalmente esta propuesta de noción se refiere únicamente a lo que tomando a préstamo una distinción conocida (Raz, 1984 [*The nature of Rights*, Mind, 93, 1984]) llamaré <<derechos-núcleo>> que son aquellos derechos <<constituidos>> por el sistema normativo, como diferenciables de los <<derechos-derivados>> que son aquellos que se pueden considerar <<implicados>> por los <<derechos-núcleo>> y que, por tanto, son susceptibles de ser obtenidos deductivamente a partir de éstos. Todo sistema normativo que crea un derecho iniciará así con ello una cadena de derechos derivados”⁵⁰²

Sin perjuicio de cada componente⁵⁰³ nos interesa el del apartado d), en especial la alusión a “técnicas reclamatorias”, porque, a su vez, se puede desagregar en varios elementos:

⁵⁰² Laporta, Francisco, “El concepto de derechos humanos”, *Op. Cit.*, p. 31.

⁵⁰³ Respecto del primer elemento en el que se señala que hay una “adscripción”, remitimos al análisis del Capítulo II, apartado G, punto 3, inciso b), subinciso i), pp. 407 y ss., al revisar la tesis de la no adscripción positiva de los derechos humanos.

Esquema 62. Medios a través de los cuales se articula la protección normativa de un derecho humano (elaboración propia basada en señalamientos de Francisco Laporta)



De estas características deficionales destaca el de tener a disposición "técnicas reclamatorias", pues está relacionado con las garantías (procedimientos, mecanismos e instituciones) por los que se puedan reclamar los deberes u obligaciones que se impongan a alguien, básicamente a las autoridades.

Por lo que hace al señalamiento de Laporta de "derechos núcleo" y "derechos derivados", aplica complementariamente, nos parece, la tesis alexiana de normas iusfundamentales directamente estatuidas y normas iusfundamentalmente adscritas⁵⁰⁴, y que para nuestros efectos los señalamientos de Laporta y de Alexy tienen gran relevancia porque bajo una argumentación iusfundamental, a partir de la obligación general de las autoridades de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, es posible, también, derivar el principio de programatividad general, pues éste está implícito en la actividad estatal.

Sobre esta noción de derechos humanos y sus componentes analíticos, Rodolfo Vázquez, señala:

⁵⁰⁴ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos...* Op. Cit., pp. 46-55.

“De esta conceptualización [de los derechos humanos que hace Laporta] se desprende que existe una precedencia de los derechos sobre el sistema de protección de los mismos. Los derechos son anteriores a las pretensiones normativas con las que se procura satisfacerlos: acciones, poderes, libertades e inmunidades, en la terminología de Hohfeld. Los derechos son títulos o, si se prefiere, razones fuertes o relevantes debido al especial valor que se atribuye a ciertos bienes, intereses, necesidades que, por lo mismo, se desea respetar, proteger y garantizar. Asimismo, los derechos se adscriben a todos y cada uno de los integrantes de una clase, individuales o colectivos, pero entendiendo que la titularidad de los mismos sólo es patrimonio de cada individuo: el colectivo como tal no es titular de derechos.”⁵⁰⁵

Ahora bien, en este punto es oportuno referirnos a los principios primarios que rigen los derechos humanos: universales, absolutos e inalienables. Sobre el principio de universalidad ya dimos cuenta con anterioridad⁵⁰⁶, por lo que aquí sólo aludiremos al carácter absoluto e inalienable de los derechos humanos. Al respecto, Rodolfo Vázquez refiere lo siguiente:

“El carácter de absoluto de los derechos humanos alude a la fuerza que tienen los derechos. Si la fuerza consistiera en las obligaciones jurídicas que protegen los derechos caeríamos en la tesis de la correlatividad, muy discutida y objetada. En realidad, la fuerza de los derechos le viene dada no porque sus obligaciones reflejas lo sean sino, por el contrario, las obligaciones son fuertes porque los derechos humanos poseen una relevancia constitutiva obtenida por los mismos bienes que protegen. Así, el carácter de absoluto debe predicarse de esos mismos bienes y no de los derechos juridificados.

Con el carácter de inalienabilidad sucede otro tanto. Es falso que no pueda renunciarse a los derechos por la propia voluntad del titular. Cualquier jurista sabe que los derechos pueden ser desplazados justificadamente. A este respecto, Cruz Parcero introduce, siguiendo a Feinberg, algunas distinciones muy oportunas. Inalienable puede entenderse como no renunciable o bien como no abandonable. El individuo que renuncia deja de ejercer un “derecho discrecional” que, sin embargo, sigue poseyendo. Por ejemplo, puedo renunciar al derecho a la vida o a

⁵⁰⁵ Vázquez, Rodolfo, *Derechos humanos... Op. Cit.*, pp. XII-XIII

⁵⁰⁶ Capítulo II, apartado G, punto 3, inciso b), subinciso i), pp. 407 y ss., al revisar la tesis de la no adscripción positiva de los derechos humanos.

la libertad — pensemos históricamente, por ejemplo, en el contrato de esclavitud para obtener más seguridad por parte del amo— pero, a diferencia de renunciar, abandonar significa que lo que se aliena es el derecho en cuanto tal. Por lo tanto, un derecho inalienable es aquél al que se puede renunciar pero no abandonar. Traducido a nuestros términos, significaría que no pueden abandonarse los bienes o necesidades, pero se puede renunciar a los derechos jurídicos. De nueva cuenta, el carácter de inalienable debe predicarse de tales bienes y necesidades.”⁵⁰⁷

Por lo que hace al principio de progresividad la idea guía es que cada derecho humano tiene su ritmo para ser plenamente vigente, efectivo, eficaz y eficiente, sobre todo respecto de los derechos sociales, por lo que la actividad estatal debe siempre tender a maximizarlos y evitar regresiones injustificadas, y, desde luego, considerar el momento histórico, económico, cultural, político en el que se exige la vigencia de los derechos sociales.

Retomando los avatares de la postura tradicional que identifica los derechos humanos meramente como normas programáticas, y que conforme a la cual se trasladan las propiedades de las normas programáticas a los derechos sociales, y por ello se consideran normas no genuinas y normas no justiciables, es importante, entonces, distinguir tres dimensiones (i) el derecho humano en sí; que éste se rige, entre otros principios, por (ii) el principio de programatividad, y que algunos derechos humanos presentan regulación expresa bajo la forma de (iii) normas programáticas. Con esta distinción se desvanecen diversas confusiones.

Un ejemplo en el que nítidamente se pueden diferenciar esos tres elementos es el del enunciado del artículo 4º, segundo párrafo, constitucional, en el que se señala: “Toda persona tiene derecho a la alimentación nutritiva, suficiente y de calidad. El Estado lo garantizará.” La primera parte se refiere

⁵⁰⁷ Vázquez, Rodolfo, *Derechos humanos... Op. Cit.*, pp. XIII-XIV.

al derecho humano a la alimentación y no implica norma programática alguna; pero, la segunda parte constituye un mandato de programatividad: el derecho humano a la alimentación, nutritiva, suficiente y de calidad lo debe garantizar el Estado, y este mandato se configura como norma programática.

Así, en relación con lo dispuesto en el artículo 1º, tercer párrafo, y dado el principio de programatividad general que todo derecho humano conlleva, el Estado, para atender la promoción, respeto, protección y garantía del derecho humano a la alimentación, nutritiva, suficiente y de calidad, (i) debe observar dicho principio y, además, (ii) se le adscribe una regla de competencia para que en el desarrollo de la actividad estatal que se relacione con los derechos humanos lo haga en forma programática, es decir, de forma deliberada, planteándose medios idóneos y fines alcanzables, formule programas (en sentido amplio) para que esa actividad tienda a promover, respetar, proteger y garantizar el derecho humano a la alimentación.

Un ejemplo de un enunciado jurídico que no refiere un derecho humano (pero de ello no se sigue que no tenga incidencia en algunos derechos humanos como el de la educación, acceso a la información, etc.), y que se trata como norma programática es la que deriva de lo establecido en el artículo 6º, apartado B, fracción I, constitucional: “El Estado garantizará a la población su integración a la sociedad de la información y el conocimiento, mediante una política de inclusión digital universal con metas anuales y sexenales.”⁵⁰⁸

⁵⁰⁸ Vemos este enunciado como norma programática *prima facie* porque, sin embargo, puede verse como regla de fin. El punto está en considerar si las condiciones de aplicación son abiertas o cerradas. Si son abiertas estamos ante una norma programática, pero si se consideran cerradas se está en

Un ejemplo de derecho humano que no tiene referencia directa y expresa de normas programáticas es el enunciado en el artículo 4º, segundo párrafo, constitucional: "Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos.", sin embargo, a partir de la obligación general que tienen todas las autoridades de promover, respetar, proteger y garantizar cualquier derecho humano, está implicado, para tal derecho, el principio de programatividad general.

Nuestro texto constitucional no presenta una adecuada ordenación ni sistematización, y en lo que corresponde a la redacción de los enunciados jurídicos la racionalidad lingüística⁵⁰⁹ deja mucho que desear en cuanto a los estándares comunicativos.

presencia de una regla de fin. Así, las normas programáticas se parecen a las reglas de fin, pero en éstas el estado de cosas y el fin están configurados en forma cerrada, sean reglas de fin de mandato (prohibición u obligación) o permisivas. Además, en las normas programáticas de mandato se ordena procurar alcanzar un fin y en la regla de fin de mandato se ordena alcanzar el fin; bajo la permisiva, la norma programática se establece que alguien puede procurar alcanzar el fin, en cambio en la regla de fin permisiva, solamente se prescribe que alguien puede alcanzar el fin. Hay más diferencias en relación al papel de cada tipo de norma según se considere como operan como razones para la acción, su función justificativa y su función social, pero por lo que hace a las condiciones de aplicación en cuanto a si son abiertas o cerradas, la frontera entre una u otra consideración no está exenta de ambigüedad, vaguedad y subjetividad. El Dispositivo del artículo 6º, apartado B, fracción I, constitucional, puede ser considerado como norma programática o como regla de fin. Nos basamos en Atienza, Manuel y Ruíz Manero, Juan, *Las piezas del Derecho... Op. Cit.*; véase el apartado 2, del Capítulo I, pp. 28-43, y el cuadro 2. "Análisis comparativo de los diversos tipos de enunciados", 202-209, Directrices de mandato, Directrices permisivas, Reglas de fin de mandato y reglas de fin permisivas, y compárese las columnas de características (estructura), razones para la acción y conexión con poderes e intereses. Valga resaltar una diferencia notable entre normas programáticas y reglas de fin, pues, además de que las condiciones de aplicación en las primeras son abiertas y en las segundas cerradas, en cuanto a función social, las normas programáticas promueven la satisfacción de intereses sociales, en cambio las reglas de fin limitan la persecución de intereses individuales o sociales (en las reglas de fin de mandato, imponiendo deberes positivos y negativos generando restricciones recíprocas y en las reglas de fin permisivas garantizando una esfera de no interferencia)

⁵⁰⁹ Bajo los cánones de la Teoría de la Legislación, la racionalidad del legislador, de acuerdo con Manuel Atienza, es vista en cinco niveles: lingüística, pragmática, jurídico formal, teleológica y ética.

Respecto de los enunciados sobre derechos humanos las expresiones son muy variadas, y, por efecto de la utilización de lenguaje natural, las construcciones lingüísticas no minimizan utilizar términos, frases, oraciones, ambiguas y, en no pocas ocasiones, vagas. Así, si solamente se enunciara el derecho humano, bastaría con su vinculación a lo establecido en el artículo 1º para derivar el principio de programatividad general, pues el que todas las autoridades estén obligadas a promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de fuente constitucional y de fuente convencional, es una exigencia que se impone al Estado respecto de la actividad que despliegue que tenga relación con los derechos humanos y deba hacerlo en forma programada, planeada, es decir, los derechos humanos requieren como condición necesaria aunque no suficiente de programas de política pública.

De lo señalado, y de los ejemplos referidos, se infiere:

- Todo derecho humano se rige por el principio de programatividad general (es decir, su reconducción a las obligaciones generales de promoción, respeto, protección y garantía de los derechos humanos).

El nivel más básico, es la racionalidad lingüística conforme a la cual se ve al sistema jurídico como un sistema de información que el emisor pretende sea comprendido por el destinatario o receptor y señala que si el mensaje no es entendido se puede hablar de irracionalidad lingüística. Véase: Atienza, Manuel, *Contribución a una Teoría de la Legislación*, Civitas, Madrid, España, 1997. Capítulo Segundo: La racionalidad legislativa, pp. 27-40. Como lo hemos señalado en varios estudios, por nuestra parte consideramos que se trata de planos o dimensiones de análisis y que la racionalidad lingüística opera, siguiendo el *iter* legislativo real, en el tramo final de la elaboración de un texto normativo, Véase: Gutiérrez Parada, Oscar, *Técnicas normativas. Modelos de análisis lingüístico y lógico de enunciados jurídicos aplicables durante su elaboración (estudios de caso)*, Universidad Pontificia de México-Asesoría de Diseños Normativos, México, 2006.

- Hay derechos humanos que se acompañan o, si se prefiere, asumen la forma, de normas programáticas, pero no toda norma programática está vinculada (o acompaña) a un derecho humano.
- Hay derechos humanos que no presentan regulación como normas programáticas, pero de ello no se sigue que el derecho humano respectivo no opere bajo el principio general de programatividad en cuanto a promoción, respeto, protección y garantía de los derechos humanos.
- Toda norma programática implica el principio de programatividad en sentido específico, es decir, en la materia a que la norma se refiera.

6. Discurso jurisprudencial sobre derechos sociales y derechos programáticos

Ahora bien, hay una línea argumentativa por la que se niega que los derechos sociales son normas programáticas, es decir, se afirma que no son derechos programáticos porque, realmente, son derechos prestacionales. Esta clase de argumentación, a la cual calificamos como semántica, lo que hace es sustituir la locución derechos sociales por la de derechos prestacionales, borrando del mapa conceptual toda referencia a que los derechos sociales siguen el principio de programatividad general y, con ello, se elimina el sentido programático de los derechos sociales. La importancia de esta argumentación es que es la que se manejó por el Pleno de la

Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la Controversia Constitucional 41/2006⁵¹⁰, en la cual se señala lo siguiente:

“Con esto no quiere decirse en ningún sentido que los derechos sociales son derechos programáticos, ya que sí establecen una obligación específica al Estado”.⁵¹¹

Es decir, no se afirma que los derechos sociales son derechos programáticos, pero se afirma que establecen una obligación específica a cargo del Estado, o sea los derechos sociales establecen una obligación específica a cargo del Estado: prestaciones estatales, pero esto no los hace derechos programáticos.

Los señalado en la mencionada controversia constitucional recoge la significación de las normas programáticas tradicional con la que se ha

⁵¹⁰ Controversia constitucional 41/2006. Cámara de Diputados del Congreso de la Unión. 3 de marzo de 2008. Unanimidad de diez votos. Ausente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Raúl Manuel Mejía Garza y Laura Patricia Rojas Zamudio. Engrose consultable en:

<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=81135>.

Esta controversia constitucional es de suma relevancia para los derechos sociales pues trata el estado de cosas que identificamos como pobreza, y es contundente en señalar que la actividad estatal para combatirla debe desarrollarse a través de políticas sociales (planeación/programas de política pública).

⁵¹¹ *Idem*, página 195 del engrose de la sentencia. Una forma de leer esta oración es afirmar que los derechos sociales no son derechos programáticos porque son derechos prestacionales: no afirmo que A (derechos sociales) son B (derechos programáticos) porque A es C (derechos prestacionales), que no es otra cosa que la tesis semántica de Cossío Díaz. En efecto, el ponente fue el ministro Cossío Díaz que en su libro *Estado social...Op. Cit.*, sostiene, como ya se señaló líneas arriba, que hay que sustituir la locución derechos sociales por la de derechos prestacionales (o derechos de igualdad), y en el párrafo de la sentencia de la controversia mencionada es lo que parece querer dar a entender cuando se indica que los derechos sociales “*si establecen una obligación específica al Estado*”, y esto no es otra cosa que aludir a que se trata de derechos prestacionales y, entonces no hay consistencia pues no son derechos programáticos, pero si prestacionales, y la jurisprudencia derivada de tal controversia se reconduce a que la actividad estatal en materia de combate a la pobreza básicamente se debe llevar a cabo a través de políticas sociales, es decir, programas de política pública que se basan en normas programáticas (o como los llama el Pleno de la SCJN, en voz de Cossío Díaz, derechos programáticos).

basado el argumento de que los derechos sociales son meras normas programáticas, pero, como lo hemos señalado, en la tesis por la que se afirma que los derechos sociales no son otra cosa que normas programáticas se anuló la programatividad que todos los derechos humanos tienen de suyo, ya que ver los derechos sociales únicamente como derechos prestacionales implica necesariamente atenderlos mediante programas de política pública, es decir, que la actividad estatal que incide en los derechos humanos debe ser programada en cuanto a ciertos cánones de ordenación y sistematización. Analicemos el señalamiento del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

Variantes

A) Afirmación, A es B: El derecho social es derecho programático

B) Negación, A no es B: El Derecho social no es derecho programático (o no es el caso que el derecho social es derecho programático)

Para que un enunciado sea realmente la negación de otro no debe pasar que puedan ser ambos verdaderos, ni tampoco que puedan ser ambos falsos. Realmente estamos frente a un enunciado y su negación, cuando y sólo cuando únicamente uno de los enunciados es falso y únicamente uno de ellos es verdadero.⁵¹²

Al afirmar que los derechos sociales son derechos programáticos, se niega que los derechos sociales no son derechos programáticos: -(A no es B), es decir, no es el caso que los derechos sociales no sean normas

⁵¹² Pazos María Alicia y Ramírez, Sandra Lucía, *Conectivas y usos del lenguaje: hacia un discurso argumentativo*, Universidad de la Ciudad de México, Academia de Filosofía, coordinadora Gabriela Guevara, México, 2003, p. 49

programáticas: son normas programáticas (tienen que seguir el principio de programatividad general).

Si $\neg(A \text{ no es } B)$ entonces $A \text{ es } B$. En la nueva narrativa, implicando el uso primordial de programas de política pública para la aplicación de los derechos sociales, es decir, que éstos tienen un componente llamado principio de programatividad (el cual deriva del carácter prestacional de los derechos sociales), se afirma que $A(PP)$ no es B , negándose que $A(PP)$ es B : $\neg(A(PP) \text{ es } B)$.

Si $\neg(A(PP) \text{ es } B)$ entonces $A(PP)$ no es B . En efecto, los derechos sociales no son normas programáticas, pero de ello no se sigue que los derechos humanos no se vinculen con normas programáticas, y aquí la clave está en la nueva narrativa de las normas programáticas pues éstas pueden establecerse para la atención de un derecho humano, en especial de los derechos sociales.

Si bien es correcto el señalamiento por el que se niega que los derechos sociales son normas programáticas, ya que son dos cosas diferentes, éstas están presentes en la dinámica y operatividad de los derechos sociales.

Con el objetivo de mostrar la dinámica y operatividad del principio de programatividad general de los derechos sociales, nada tan oportuno como considerar las 16 tesis⁵¹³ derivadas de la Controversia constitucional 41/2006, y que no obstante haber sido un litigio sobre un conflicto competencial, reviste una trascendente importancia para los derechos sociales por tratarse de un asunto estrechamente vinculado con el tema de la pobreza y las políticas sociales que desarrolla el Estado para combatirla.

⁵¹³ Las tesis fueron aprobadas, por el Tribunal Pleno, el primero de julio de 2009.

El texto de las tesis mencionadas las mostramos en el anexo I de este reporte de investigación y, con base en su análisis, el corolario es el siguiente.

Las 16 tesis de jurisprudencia derivadas de la Controversia Constitucional 41/2006, se reconducen a normas programáticas que se vinculan con los derechos sociales conformando una unidad funcional entre éstos y aquellas para combatir la pobreza. La actividad estatal para combatir la pobreza presenta un primer plano de atención por parte del Estado y éste lo hace a través de políticas sociales (planeación), indispensables, aunque no suficientes, y que, además, son uno más de los mecanismos de realización de los derechos humanos.

Estas tesis jurisprudenciales son razones abrumadoras sobre la dinámica y operatividad del Principio de Programatividad General de los derechos humanos sociales. Éstos requieren, como el caso de la materia de pobreza, vulnerabilidad y marginación, de programas de política pública social. A manera de síntesis, siguiendo el orden de las tesis, sobresalen los aspectos siguientes:

- Existe la materia de planeación del desarrollo económico y social, la cual se califica como una pieza central del proceso de planeación del desarrollo nacional en general;
- La rectoría económica del Estado implica diversas acciones;
- Es responsabilidad del estado organizar y conducir el desarrollo nacional con la participación de la sociedad;
- La planeación es un medio para el eficaz desempeño de la responsabilidad del Estado sobre el desarrollo integral y sustentable del país y debe atender a la consecución de

los fines y objetivos políticos, sociales, culturales y económicos contenidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;

- Existe la materia de desarrollo social, la cual es coordinada mediante diversos mecanismos (previstos en la Ley General de Desarrollo Social);
- El papel de la división de poderes como principio que implica coordinación y colaboración entre poderes y demás autoridades, y que tiene una dimensión funcional más que rígida;
- La importancia y rol que tiene la facultad reglamentaria en la materia de desarrollo social;
- El proceso de integración del proyecto de presupuesto en materia de desarrollo social es complejo;
- La importancia del papel de la Comisión Intersectorial de Derecho Social;
- El papel de los padrones de beneficiarios de política de desarrollo social y la participación de los órdenes de gobierno;
- La referencia al desarrollo social estatal y municipal;
- La dimensión de los lineamientos y criterios para la definición, identificación y medición de la pobreza (a cargo del Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social -CONEVAL-);
- Regulación de los conceptos de pobreza, marginación y vulnerabilidad;
- Diferencias entre pobreza y marginación;
- Evaluación de la Política de Desarrollo Social;

- Competencia en materia de consultas públicas en materia de desarrollo social;
- La materia de derechos sociales implica obligaciones prestacionales; y
- No hay un modelo específico para atender las necesidades de la población.

Como se puede observar, la complejidad de la materia de desarrollo social, enfocada al combate de la desigualdad real -de hecho- y de la pobreza, involucra la operatividad de los derechos humanos, en especial de los derechos sociales, y conlleva que la actividad estatal necesariamente cuente con normatividad (diseño normativo), adscripción de competencias a órganos (diseño institucional), sistemas, programas de política social, entre otras herramientas.

De acuerdo con lo que hemos visto, algunos derechos sociales presentan, además de la positivización del mismo derecho humano, regulación (configuración normativa) bajo normas programáticas para promoverlo, respetarlo, protegerlo y garantizarlo, ordenándose (mandato) procurar alcanzar determinado fin o estableciéndose se pueda (permisión) procurar alcanzar cierto fin. En las normas programáticas o directrices el estado de cosas y el fin se configuran en forma abierta.

Si los derechos fundamentales, en especial los derechos sociales, siguen el principio general de programatividad ¿por qué su eficiencia, su efectividad y su efectividad, así como su promoción, respeto, protección y garantía sigue siendo precaria? Consideramos que parte importante de la respuesta corre por el camino de las limitaciones o restricciones contextuales.

Revisar, replantear y redimensionar los canales de evaluación de la actividad estatal en materia de derechos humanos que se dan paralelamente a la justiciabilidad, es decir, los canales de la justibilidad estricta, es una tarea impostergable, pues los niveles de desigualdad y pobreza exigen que esa actividad a la cual, preferentemente, recurren las personas en posiciones fácticas deplorables, responda al principio de programatividad general inherente a todos los derechos humanos, muy en especial de los derechos sociales, por lo que es importante destacar que este principio no navega solo sino que lo hace junto con los principios rectores de la política de desarrollo social, los cuales abordamos en el punto siguiente.

7. El Principio de Programatividad General y los Principios Rectores de la Política de Desarrollo Social

a) La política de desarrollo social en México

En México los derechos sociales están vinculados con la materia de desarrollo social, y ésta, a su vez, forma parte de la materia de planeación democrática del desarrollo nacional, la cual genera, por mandato constitucional el Sistema Nacional de Planeación Democrática.⁵¹⁴

⁵¹⁴ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), artículo 26, apartado A: “El Estado organizará un sistema de planeación democrática del desarrollo nacional que imprima solidez, dinamismo, competitividad, permanencia y equidad al crecimiento de la economía para la independencia y la democratización política, social y cultural de la nación.

Los fines del proyecto nacional contenidos en esta Constitución determinarán los objetivos de la planeación. La planeación será democrática y deliberativa. Mediante los mecanismos de participación que establezca la ley, recogerá las aspiraciones y demandas de la sociedad para incorporarlas al plan y los programas de desarrollo. Habrá un plan nacional de desarrollo al que se sujetarán obligatoriamente los programas de la Administración Pública Federal.

La ley facultará al Ejecutivo para que establezca los procedimientos de participación y consulta popular en el sistema nacional de planeación democrática, y los criterios para la formulación, instrumentación, control y evaluación del plan y los programas de desarrollo. Asimismo, determinará los órganos responsables del proceso de planeación y las bases para que el Ejecutivo Federal coordine mediante

De conformidad con el texto constitucional, la materia de desarrollo social en cuanto al control de la actividad estatal en esa materia se encarga primordialmente a un órgano constitucionalmente autónomo: el Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social -CONEVAL⁵¹⁵, el cual tiene la obligación de informar anualmente, a través de su Presidente, sobre sus actividades a los depositarios de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial.⁵¹⁶

En 2004, se expidió la Ley General de Desarrollo Social⁵¹⁷. Este ordenamiento tiene diversos objetos de regulación que giran en torno a los derechos sociales: garantizar el pleno ejercicio de los derechos sociales; regular las

convenios con los gobiernos de las entidades federativas e induzca y concierte con los particulares las acciones a realizar para su elaboración y ejecución. El plan nacional de desarrollo considerará la continuidad y adaptaciones necesarias de la política nacional para el desarrollo industrial, con vertientes sectoriales y regionales.

En el sistema de planeación democrática y deliberativa, el Congreso de la Unión tendrá la intervención que señale la ley.”

⁵¹⁵ CPEUM, artículo 26, apartado C, primer párrafo: “El Estado contará con un Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, que será un órgano autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propios, a cargo de la medición de la pobreza y de la evaluación de los programas, objetivos, metas y acciones de la política de desarrollo social, así como de emitir recomendaciones en los términos que disponga la ley, la cual establecerá las formas de coordinación del órgano con las autoridades federales, locales y municipales para el ejercicio de sus funciones.”

⁵¹⁶ CPEUM, artículo 26, apartado C, último párrafo “El Presidente del Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social presentará anualmente a los Poderes de la Unión un informe de actividades. Comparecerá ante las Cámaras del Congreso en los términos que disponga la ley.”

⁵¹⁷ Esta ley se publicó en el Diario Oficial de la Federación del 20 de enero de 2004 y entró en vigor el día siguiente de su publicación. Como se puede observar en el título de la ley, la misma tiene carácter de ley general en el sentido de ley marco, es decir, que distribuye competencias entre los órdenes de gobierno en materia de desarrollo social nacional, y aquí hay que hacer notar que la materia de desarrollo social no ha sido calificada por el Poder Reformador como concurrente y, por ende, la mencionada ley es inconstitucional, en especial la distribución de competencias. Véase: Gutiérrez Parada, Oscar, *Sistema Federal. Tendencia actual. Federalismo normativo centralmente dirigido*, Porrúa-Escuela Libre de Derecho, México, 2016, obra en la que demostramos que las materias concurrentes deben ser estrictamente expresas por implicar una excepción a lo establecido en el artículo 124 constitucional.

obligaciones estatales, las instituciones responsables y establecer los principios a los que debe sujetarse la política nacional de desarrollo social; normar el Sistema Nacional de Desarrollo Social; distribuir competencias entre los órdenes de gobierno en materia de desarrollo social; fomentar el sector social de la economía; regular y garantizar la prestación de bienes y servicios de los programas sociales; determinar las bases y fomentar la participación social y privada; establecer los mecanismos de evaluación y seguimiento de los programas y acciones de la política nacional de desarrollo social y promover el establecimiento de instrumentos de acceso a la justicia.⁵¹⁸

En la mencionada ley se refieren los principios que rigen la materia de desarrollo social. Por su importancia los presentamos textualmente:

“Artículo 3. La Política de Desarrollo Social se sujetará a los siguientes principios:

- I. Libertad: Capacidad de las personas para elegir los medios para su desarrollo personal así como para participar en el desarrollo social;
- II. Justicia distributiva: Garantiza que toda persona reciba de manera equitativa los beneficios del desarrollo conforme a sus méritos, sus necesidades, sus posibilidades y las de las demás personas;
- III. Solidaridad: Colaboración entre personas, grupos sociales y órdenes de gobierno, de manera corresponsable para el mejoramiento de la calidad de vida de la sociedad;
- IV. Integralidad: Articulación y complementariedad de programas y acciones que conjunten los diferentes beneficios sociales, en el marco de la Política Nacional de Desarrollo Social;
- V. Participación social: Derecho de las personas y organizaciones a intervenir e integrarse, individual o colectivamente en la formulación, ejecución y evaluación de las políticas, programas y acciones del desarrollo social;
- VI. Sustentabilidad: Preservación del equilibrio ecológico, protección del ambiente y aprovechamiento de recursos naturales,

⁵¹⁸ Ley General de Desarrollo Social, artículo 1.

para mejorar la calidad de vida y la productividad de las personas, sin comprometer la satisfacción de las necesidades de las generaciones futuras;

VII. Respeto a la diversidad: Reconocimiento en términos de origen étnico, género, edad, discapacidad, condición social, condiciones de salud, religión, las opiniones, preferencias, estado civil o cualquier otra, para superar toda condición de discriminación y promover un desarrollo con equidad y respeto a las diferencias;

VIII. Libre determinación y autonomía de los pueblos indígenas y sus comunidades: Reconocimiento en el marco constitucional a las formas internas de convivencia y de organización; ámbito de aplicación de sus propios sistemas normativos; elección de sus autoridades o representantes; medios para preservar y enriquecer sus lenguas y cultura; medios para conservar y mejorar su hábitat; acceso preferente a sus recursos naturales; elección de representantes ante los ayuntamientos y acceso pleno a la jurisdicción del Estado;

IX. Transparencia: La información relativa al desarrollo social es pública en los términos de las leyes en la materia. Las autoridades del país garantizarán que la información gubernamental sea objetiva, oportuna, sistemática y veraz;

X. Perspectiva de género: Una visión científica, analítica y política sobre las mujeres y los hombres que se propone eliminar las causas de la opresión de género, como la desigualdad, la injusticia y la jerarquización de las personas basada en el género; que se plantea la equidad de género en el diseño y ejecución de las políticas públicas de desarrollo social, y

XI. Interés superior de la niñez: De conformidad con lo establecido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes y en los tratados internacionales aplicables de los que el Estado Mexicano sea parte.”

Los derechos sociales que son referidos expresamente en la Ley General de Desarrollo social son los siguientes: educación, la salud, la alimentación nutritiva y de calidad, la vivienda digna y decorosa, el disfrute de un medio ambiente sano, el trabajo y la seguridad social y los relativos a la no discriminación.⁵¹⁹

⁵¹⁹ Ley General de Desarrollo Social, artículo 6.

Los destinatarios de la Ley de Desarrollo Social son todas las persona o grupos sociales en situación de vulnerabilidad, y tienen derecho a participar y beneficiarse de los programas de desarrollo social y a recibir acciones y apoyos mediante los cuales se disminuyan sus desventajas⁵²⁰, lo que significa considerar como uno de los objetivos en materia de desarrollo social la igualdad material.

La política en materia de desarrollo social forma parte del desarrollo nacional, el cual requiere, como se señala en las tesis de jurisprudencia a las que hemos hechos alusión, se observe el principio de programatividad general.⁵²¹

Los objetivos de la planeación del desarrollo nacional, dentro de la cual está el desarrollo social, es decir, la atención de los derechos sociales, están determinados por los fines del proyecto nacional, los cuales se contienen en la Constitución.⁵²²

Por lo que hace al principio de presupuestación para la atención de los derechos sociales -política de desarrollo social- en la Ley General de

⁵²⁰ Ley General de Desarrollo Social, artículos 7 y 8: “Artículo 7. Toda persona tiene derecho a participar y a beneficiarse de los programas de desarrollo social, de acuerdo con los principios rectores de la Política de Desarrollo Social, en los términos que establezca la normatividad de cada programa. Artículo 8. Toda persona o grupo social en situación de vulnerabilidad tiene derecho a recibir acciones y apoyos tendientes a disminuir su desventaja.”

⁵²¹ En el artículo 26, apartado A, párrafo 1, se prescribe: “El Estado organizará un sistema de planeación democrática del desarrollo nacional que imprima solidez, dinamismo, competitividad, permanencia y equidad al crecimiento de la economía para la independencia y la democratización política, social y cultural de la nación.”

⁵²² En el artículo 26, apartado A, párrafo 2, se dispone: “Los fines del proyecto nacional contenidos en esta Constitución determinarán los objetivos de la planeación. La planeación será democrática y deliberativa. Mediante los mecanismos de participación que establezca la ley, recogerá las aspiraciones y demandas de la sociedad para incorporarlas al plan y los programas de desarrollo. Habrá un plan nacional de desarrollo al que se sujetarán obligatoriamente los programas de la Administración Pública Federal.”

Desarrollo Social se determina que los recursos adquieren el carácter de prioritarios y, además, se concreta el principio de no regresión al señalarse que los recursos no pueden ser disminuidos, salvo lo que establezca el legislador.⁵²³ Este dispositivo general se concreta en diversas materias que son expresamente señaladas en la ley en comento como lo son la educación obligatoria, prevención y control de enfermedades transmisibles y los programas de atención médica, pobreza, situaciones de vulnerabilidad y marginación, zonas de atención prioritaria, alimentación (en especial la nutrición materno-infantil), abasto social de productos básicos, vivienda, agua potable, drenaje, electrificación, caminos, saneamiento ambiental y equipamiento urbano.⁵²⁴ El principio de equidad se relaciona con la distribución de fondos de los programas de educación, salud, alimentación, infraestructura social y generación de empleos productivos y mejoramiento del ingreso.⁵²⁵

Respecto del gasto social, y vinculado con la no disminución injustificada de recursos para el desarrollo social, se establece que no podrá ser inferior al

⁵²³ Ley General de Desarrollo Social, artículo 18: “Los programas, fondos y recursos destinados al desarrollo social son prioritarios y de interés público, por lo cual serán objeto de seguimiento y evaluación de acuerdo con esta Ley; y no podrán sufrir disminuciones en sus montos presupuestales, excepto en los casos y términos que establezca la Cámara de Diputados al aprobar el Presupuesto de Egresos de la Federación.” Nos parece que la salvedad a favor del legislador, en México exclusivamente de la Cámara de Diputados federal, única que aprueba anualmente el presupuesto de egresos, requiere, en caso de disminución, plena justificación reforzada.

⁵²⁴ Ley General de Desarrollo Social, artículo 19. Las zonas de atención prioritaria se definen en el artículo 29: “Se consideran zonas de atención prioritaria las áreas o regiones, sean de carácter predominantemente rural o urbano, cuya población registra índices de pobreza, marginación indicativos de la existencia de marcadas insuficiencias y rezagos en el ejercicio de los derechos para el desarrollo social establecidos en esta Ley. Su determinación se orientará por los criterios de resultados que para el efecto defina el Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social que esta Ley señala y deberá, en todo tiempo, promover la eficacia cuantitativa y cualitativa de los ejecutores de la Política Social.”

⁵²⁵ Ley general de Desarrollo Social, artículo 21: “La distribución de los fondos de aportaciones federales y de los ramos generales relativos a los programas sociales de educación, salud, alimentación, infraestructura social y generación de empleos productivos y mejoramiento del ingreso se hará con criterios de equidad y transparencia, conforme a la normatividad aplicable.”

del año fiscal anterior y, además, se prescribe que dicho gasto social debe incrementarse en la misma proporción en la que se prevea el crecimiento del producto interno bruto.⁵²⁶

La política de desarrollo social sin evaluación sirve de poco, por ello, en el arreglo institucional, se prevé en el texto constitucional, como ya se mencionó, una institución responsable de la evaluación de la política de desarrollo social: el CONEVAL. Este tiene a su cargo la evaluación de la política de desarrollo social.⁵²⁷, la cual se lleva a cabo en el ámbito federal, primordialmente, por la Secretaría de Bienestar⁵²⁸, otrora Secretaría de Desarrollo Social. El CONEVAL da a conocer los resultados de sus evaluaciones periódicamente y puede emitir sugerencias y recomendaciones que considere pertinentes al Ejecutivo Federal y, de considerarlo conveniente, hacerlas públicas.⁵²⁹

⁵²⁶ Ley General de Desarrollo Social, artículo 20: “El presupuesto federal destinado al gasto social no podrá ser inferior, en términos reales, al del año fiscal anterior. Este gasto se deberá incrementar cuando menos en la misma proporción en que se prevea el crecimiento del producto interno bruto en los Criterios Generales de Política Económica y en congruencia con la disponibilidad de recursos a partir de los ingresos que autorice el Congreso al Gobierno Federal.”

⁵²⁷ El artículo 72 de la Ley General de Desarrollo Social, prácticamente reproduce el texto del artículo 26, apartado C, párrafo 1: “Artículo 72. La evaluación de la Política de Desarrollo Social estará a cargo del Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, que podrá realizarla por sí mismo o a través de uno o varios organismos independientes del ejecutor del programa, y tiene por objeto, revisar periódicamente el cumplimiento del objetivo social de los programas, metas y acciones de la Política de Desarrollo Social, para corregirlos, modificarlos, adicionarlos, reorientarlos o suspenderlos total o parcialmente.” Es muy importante señalar que la labor de evaluación de CONEVAL es dependiente de los datos que construye el Instituto Nacional de Estadística y Geografía, el cual es también un organismo constitucionalmente autónomo, y que está previsto en el artículo 26, apartado B, constitucional.

⁵²⁸ Actualmente esta dependencia desarrolla los programas prioritarios siguientes: Bienestar de las Personas Adultas Mayores; Bienestar de las Personas con Discapacidad; Sembrando Vida (atacar dos problemáticas: pobreza rural y la degradación ambiental) ; Bienestar de Niños y Niñas. Hijos de Madres Trabajadoras

⁵²⁹ Ley General de Desarrollo Social, artículo 80: “Artículo 80. De acuerdo con los resultados de las evaluaciones, el Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social podrá emitir las sugerencias y recomendaciones que considere pertinentes al Ejecutivo Federal y hacerlas del

b) Principios rectores de la política social y económica, los derechos sociales y la administración pública en España

En relación con los principios rectores de la política de desarrollo social nos parece importante referir el caso español. Por una circunstancia constitucional positiva deliberadamente planeada y que se constituye como una situación eventual⁵³⁰, pues pudo haber sido diferente, en la Constitución Española de 1978, se establecieron los principios rectores de la política social y económica en franca alusión eufemística a los derechos sociales, los cuales no son justiciables mediante el juicio de amparo, ya que solamente se garantizan mediante la jurisdicción ordinaria de conformidad como dispongan las leyes que desarrollen los principios rectores de la política social y económica.

En el artículo 53, 3., de la Constitución Española se dispone que “El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la

conocimiento público.” La facultad de CONEVAL de emitir recomendaciones está prevista en el primer párrafo del apartado C del artículo 26 constitucional (“...emitir recomendaciones en los términos que disponga la ley...”)

⁵³⁰ Así lo señala Orbegoso: “Los derechos sociales pueden ser regulados por cada ordenamiento jurídico de distintas formas, en algunos casos serán considerados verdaderos derechos fundamentales, como el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 de la Constitución española) o el derecho a la educación (art. 27 de la Constitución española); o como ha optado el constituyente español para la mayoría de casos como principios rectores, lo cual tiene un significado concreto. Esta opción lejos de ser una decisión arbitraria ha sido tomada por el constituyente debido a todos los problemas que se asocian a estos derechos y que dificultan sean reconocidos como derechos subjetivos, esto es, como derechos directamente exigibles ante los Tribunales. Lo cual, señala ya la posición que estos principios tienen en el ordenamiento jurídico español y la forma en que vincularán a la Administración Pública Prestadora, la cual deberá esperar en todo momento una ley previa que los desarrolle. La Constitución española en su Capítulo III denominado de los Principios Rectores de la Política Social y Económica recoge preceptos de distinta naturaleza (derechos sociales, mandatos de regulación al legislador, reservas de ley, garantías institucionales) dentro de los que podemos encontrar referencias al patrimonio cultural, la salud, la seguridad social, la protección de la familia y el derecho a un medio ambiente adecuado, entre otros”, Orbegoso Silva, Miluska Fiorella, *La protección de los derechos fundamentales...*, Op. Cit., pp. 79-80.

actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.”, con lo que este dispositivo, señala Orbegoso:

“...impone dos reglas de interpretación. Se impide, de un lado, dar reconocimiento de derecho subjetivo a cualquiera de los principios enunciados en el capítulo III del Título I; y en segundo lugar, se les atribuye la función propia de los principios (informar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos). Por ello, los derechos sociales del Capítulo III no son derechos, en definitiva, porque así lo dice el art. 53.3 in fine, al señalar que ‘el derecho nacerá, en su caso, de la ley y esto no significa otra cosa, sino que en el Capítulo III no hay ‘derechos’ que se impongan ya, a partir de la sola Constitución, frente al legislador’.

Un derecho subjetivo que necesita de la ley para ser invocable ante los tribunales es un derecho legal (aunque ello no signifique libertad absoluta del legislador) y los derechos constitucionales ‘aquellos que, aun dependientes de desarrollo o integración legal, pueden ser defendidos incluso contra *legem* y a veces, también, extra *legem*’. Así, el Tribunal Constitucional confirmando esta postura ha señalado que ‘los principios reconocidos en el Capítulo III del Título I, aunque deben orientar la actuación de los poderes públicos, no generan por sí mismos derechos judicialmente actuables’.

Lo importante al respecto es analizar la eficacia de los principios, que es lo que en definitiva nos interesa. En ese sentido, hay dos grandes posturas que se dividen según se niegue o acepte su eficacia como derechos subjetivos, las cuales toman como referencia también el artículo 53.3 de la Constitución, el cual, señala que ‘el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo III, informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las Leyes que los desarrollen’.

Una tesis minoritaria, que ya ha sido ampliamente superada, niega eficacia a los principios recogidos en el Capítulo III del Título I y fundamenta su postura en que estos principios no pueden ser invocados ante los tribunales y que por tanto, no vinculan a los poderes públicos siendo su *status* meramente retórico, el cual perderán al ser desarrollados por el legislador, es decir, fuera de la Constitución...

Una segunda postura o tesis, que es mayoritaria y que es la que compartimos, admite la eficacia jurídica de los principios rectores y se fundamenta en que el art. 9.1 de la Constitución claramente señala la vinculación de los poderes públicos y de los ciudadanos

hacia todos los preceptos constitucionales. De esta forma, se reconoce que los denominados principios rectores sí producen efectos jurídicos y vinculan a los poderes: al legislador, sobre todo, pues en su manos recae la labor de desarrollarlos a través de la leyes, para que así puedan ser exigibles judicialmente, y a quien también le sirven como parámetros de actuación, e incluso suponen para él una 'línea de conducta de la que no pueden apartarse' pues estos derechos concretan el carácter social del Estado; al Gobierno, al ejercer también funciones normativas y asimismo, en la mera aplicación del ordenamiento, teniendo en cuenta su sometimiento al principio de legalidad; al Poder Judicial, al administrar justicia e interpretar las leyes conforme a la Constitución; y al Tribunal Constitucional, al interpretar la Constitución y al analizar la constitucionalidad de las normas."

Con base en lo señalado por Orbegoso, nos parece que hay que diferenciar varias categorías y planos de análisis. Un primer punto es diferenciar entre derechos sociales, garantías para su protección y los principios rectores de la política social y económica. En segundo término, traer a colación la tesis de que sólo son derechos subjetivos los derechos que están dotados de garantía judicial jurisdiccional para su protección.

De la negativa meramente positiva de justiciabilidad de los derechos sociales no se sigue que no sean derechos, y en este punto se oculta la tesis kelsenista de que sólo son derechos los que cuentan con acción judicial, tesis superada al diferenciar entre el derecho y la garantía. Por tanto, de que positivamente se niegue justiciabilidad a ciertos derechos no se sigue que los derechos no justiciables pierdan el carácter de derechos.⁵³¹ Así, diferenciados derecho y garantía judicial jurisdiccional, queda por distinguir los principios que rigen a determinados derechos.

⁵³¹ Hacemos alusión a la tesis de Kelsen en el punto 8, apartado B, del capítulo I, p. 233, nota 290, y que para efectos expositivos reproducimos en la parte conducente: Kelsen señala: "*El derecho subjetivo es, para nosotros, la norma jurídica en su relación con aquella persona de cuyo poder de disposición se hace depender la realización de la voluntad del Estado en cuanto a la sanción, tal como en la norma jurídica se proclama...*"

El texto constitucional español⁵³², Título I, capítulo Tercero, De los principios rectores de la política social y económica, contiene la referencia a ciertos (i) principios (V. gr., equidad: Art. 40.1, primera parte, "Los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica."); ciertas (ii) entidades que tienen que ser protegidas (la familia, los hijos, la niñez, trabajadores); (iii) derechos que se identifican como derechos sociales (V. gr., salud, educación, vivienda, etc.); (iv) deberes a los poderes públicos respecto de esos derechos o entidades (V. gr., los poderes públicos promoverán, organizarán, tutelarán, etc.); y (v) algunos lineamientos que se deben observar en el diseño de políticas públicas (V. gr., Artículo 42: "El Estado velará especialmente por la salvaguardia de los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero y orientará su política hacia su retorno."; Artículo 49: "Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos.") . no son derechos, y que es lo que priva en los señalamientos de cierta parte de la doctrina española al señalar que al negarse su justiciabilidad se niega que sean derechos humanos genuinos.

⁵³² La ordenación y sistematización de la Constitución Española muestra que presenta un título preliminar y diez títulos, más disposiciones adicionales, transitorias, derogatorias y finales. En el Título I, De los derechos y deberes fundamentales, Capítulo segundo, Derechos y libertades, mismo que se divide en dos secciones, sección 1ª, De los derechos fundamentales y de las libertades públicas, sección 2ª, De los derechos y deberes de los ciudadanos, se regulan las pautas relacionadas con los derechos que se califican genéricamente como civiles y políticos. Respecto de los derechos sociales, vistos como principios rectores de la política social y económica, se regulan sus pautas normativas en el Capítulo Tercero, De los principios rectores de la política social y económica, del mencionado Título I.

Toda esa regulación es lo que cabe bajo el rótulo de “Principios Rectores de la Política Social y Económica”, sin embargo, respecto de los derechos sociales, esas pautas de regulación que hemos diferenciado, necesariamente se complementan con otros dispositivos constitucionales, pues si los derechos sociales son derechos humanos genuinos, independientemente que se les dote de justiciabilidad (distinción entre derecho y garantía), están sujetos a otros parámetros para su adecuada operatividad como lo dispuesto en el artículo 10 de la Constitución Española en el que se establece que “La dignidad de la persona, los derechos que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás, son el fundamento del orden político y de la paz social.”

El avatar de los derechos sociales en la dogmática de derechos humanos española, identificados *prima facie*, como “Principios Rectores de la Política Social y Económica”, es una problemática singular que se detonó desde la promulgación y entrada en vigor de la Constitución Española, es decir, desde 1978 se ha generado doctrina sobre el entendimiento de los derechos sociales como principios rectores de la política social, lo cual, junto con el examen de la cláusula social del Estado Español, derivada del artículo 1.1. de su texto constitucional (Artículo 1. 1. España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.), le ha permitido a España redimensionar el tratamiento de los derechos sociales como problemas cuyo tratamiento primordial exige una adecuada organización y procedimientos idóneos de parte de las administraciones públicas, tal y como señala Orbegoso, pero de ello no se

sigue que por vías indirectas de litigio, es decir, mediante justiciabilidad, se exija su pleno respeto⁵³³.

No obstante que nuestra narrativa (México) es diferente: desde la Constitución de 1917, el tratamiento de lo que ahora identificamos como derechos sociales como normas programáticas y su atención desde 2004 como el foco central de la política de desarrollo social conforme a la Ley General de Desarrollo Social, y muy recientemente su protección, directa e indirecta, por la vía de la justiciabilidad. Que cada país tenga su propia narrativa en materia de derechos humanos, específicamente en materia de derechos sociales, de ello no se sigue que no consideremos ejemplos de éxito, o de fracaso, de otras latitudes como el del caso español en el que ante la negativa positiva constitucional de justiciabilidad directa de los derechos sociales, se ha generado todo un entramado institucional para hacer operativos los derechos sociales (o, si se prefiere, en su terminología, los principios rectores de la política social y económica). Así, estudios como el de Orbegoso nos muestran la imperiosa necesidad de redimensionar nuestro tratamiento de los derechos sociales y su indispensable correlación con las administraciones públicas:

“La Administración Pública realiza una actuación prestadora general que se concreta en dos encargos o tareas específicas, la

⁵³³ Abramovich y Courtis dan cuenta de diversos casos en los que el Tribunal Constitucional Español ha resuelto diversos asuntos en los que se protegen derechos sociales vía indirecta. Estos autores señalan: “En España, el Tribunal Constitucional ha considerado violatorias del principio de igualdad - y ha extendido la aplicación de los derechos sociales a la categoría discriminada-, entre otros casos: la limitación del otorgamiento de una pensión a las viudas, en detrimento de los viudos [sentencia 103/83, 22 noviembre 1983, BOE n° 298, 14 noviembre 1983], la limitación del otorgamiento de una subvención a las <<organizaciones sindicales más representativas>> en detrimento de otras organizaciones [sentencia 20/85, 14 febrero 1985, BOE n° 55,5 marzo 1985], y la diferencia de tratamiento previsional de los militares republicanos ingresados al servicio después del 18 de julio de 1936 frente a los ingresados antes de esa fecha [sentencia 116/87, 9 julio 1987, BOE n° 180, 29 julio 1987]...”, Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles...*, Op. Cit. p. 174.

primera, que resulta un tanto evidente y más conocida, consiste en ejecutar materialmente los derechos sociales a través de prestaciones una vez que éstos han sido desarrollados por el legislador. Pero a su vez, existe una segunda función, que es previa a la primera, de más trascendencia y que a veces se pierde de vista; pues sobre la Administración Pública Prestadora recae también una nueva función llamada de diseño social. Es decir, que la Administración Pública no sólo es una ejecutora material de aquello que el legislador ha dispuesto en lo que a derechos prestacionales se refiere, sino que también tiene un encargo específico desde la Constitución y que se encuentra implícitamente contenido en la cláusula social y en la forma de un Estado Administrativo o Estado Prestador...

En suma, se podría afirmar que la función prestadora que recae sobre la nueva Administración Pública se divide en dos tareas concretas, la primera relacionada con la ejecución material de los llamados Principios Rectores de la Política Social y Económica; y la segunda, más profunda, que tiene que ver con la organización y procedimiento previos que se deberán prever a fin de que la Administración Pública Prestadora pueda ejecutar las prestaciones reguladas por el legislador, conforme a lo que manda la Constitución.”,⁵³⁴

I. Los derechos sociales entre sí no colisionan en el sentido de la ley de la colisión, y, por ende, no hay ponderación en sentido estricto

1. Conflictos normativos

La ponderación presupone, entre otras teorías, la teoría de los conflictos normativos. Por tanto, antes de entrar a la materia de la ponderación es pertinente hacer una breve referencia al tópico de los conflictos normativos.

Los conflictos normativos⁵³⁵ implican una relación entre normas a partir de concebir el derecho como sistema, pues al conformarse éste como un conjunto de normas, sean, genéricamente, principios, directrices, reglas de

⁵³⁴ Orbegoso Silva, Miluska Fiorella, *La protección de los derechos fundamentales...*, Op. Cit., pp. 74-75.

⁵³⁵ Huerta Ochoa, Carla, *Conflictos Normativos*, 2ª ed., UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, núm. 142, México, 2007.

acción, reglas de fin y reglas de competencia, conlleva necesariamente que sus componentes se relacionen entre sí.⁵³⁶

El tratamiento del derecho como sistema es uno de los puntos primordiales para explicar y comprender los conflictos normativos, pues las propiedades de los sistemas jurídicos: coherente, completo e independiente, determinan las diversas formas en que se relacionan las normas que lo integran. Por lo que hace a la unidad que implican los sistemas jurídicos, Carla Huerta señala que la unidad hay que concebirla más como principio funcional del sistema que como propiedad⁵³⁷, y que, además, permite que las normas se relacionen entre sí.⁵³⁸

Así, la operatividad de los sistemas jurídicos se explica desde la perspectiva dinámica:

“La concepción dinámica del derecho como sistema jurídico implica en primera instancia que sus elementos se relacionan formando una unidad, esto determina el funcionamiento del sistema al establecer una estructura que explica la forma en que las normas jurídicas operan. Esta unidad no solamente permite entender la complejidad del sistema jurídico y la forma en que las normas se relacionan, sino que se mantiene a pesar de los cambios que se produzcan en el sistema jurídico. Las principales formas en que las normas se relacionan son la complementación, la coordinación, la oposición y la superposición. Estas formas relacionales

⁵³⁶ *Idem.* Señala Carla Huerta: “La concepción dinámica del derecho como sistema jurídico implica en primera instancia que sus elementos se relacionan formando una unidad, esto determina el funcionamiento del sistema al establecer una estructura que explica la forma en que las normas jurídicas operan. Esta unidad no solamente permite entender la complejidad del sistema jurídico y la forma en que las normas se relacionan, sino que se mantiene a pesar de los cambios que se produzcan en el sistema jurídico. Las principales formas en que las normas se relacionan son la complementación, la coordinación, la oposición y la superposición. Estas formas relacionales corresponden o se derivan de la presencia o ausencia de las denominadas propiedades formales del sistema jurídico, es decir, la completitud, la coherencia, la inconsistencia y la redundancia respectivamente.”, p. 27.

⁵³⁷ *Idem.*, p. 5

⁵³⁸ *Idem.*, p. 14

corresponden o se derivan de la presencia o ausencia de las denominadas propiedades formales del sistema jurídico, es decir, la completitud, la coherencia, la inconsistencia y la redundancia respectivamente. La complementación se puede observar en la relación que existe entre ciertos enunciados normativos que requieren unos de otros para producir efectos, o en los mecanismos de control de las normas; la coordinación en las instituciones jurídicas por ejemplo; la oposición en los conflictos normativos (en el sentido amplio del término) y la superposición en la repetición de las normas en diversos enunciados jurídicos.”⁵³⁹

La propiedad más relevante para el tratamiento de los conflictos normativos es la coherencia. Para Neil MacCormick, “predicar la coherencia de un sistema jurídico significa que un conjunto de normas no se contradice, y que en su totalidad implican la persecución de valores o políticas inteligibles o que hagan sentido, lo cual describe una cierta idea de racionalidad.”⁵⁴⁰

Es importante señalar que los conflictos normativos son referidos utilizando diversos términos o locuciones: colisión entre normas, antinomia, contradicción, vulneración, infracción, inconsistencia formal, inconsistencia material, contrariedad normativa, incompatibilidad normativa, etc. Para este estudio, siguiendo a Carla Huerta, utilizamos la locución conflicto normativo⁵⁴¹.

El concepto de conflicto normativo se plantea a partir de “la duda sobre si existe la posibilidad de que en un orden jurídico sean simultáneamente aplicables a un mismo caso dos o más normas, y que entre éstas pueda producirse una contradicción, en virtud de lo cual solamente una de ellas puede ser aplicada.”⁵⁴², lo que implica un espacio normativo relacional.

⁵³⁹ *Idem*, p. 27

⁵⁴⁰ Citado por Huerta Ochoa, Carla, *Conflictos Normativos*, *Op. Cit.*, p. 49, nota pie de página núm. 10 [MacCormick, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1978, p. 106.]

⁵⁴¹ Huerta Ochoa, Carla, *Conflictos Normativos*, *Op. Cit.*, p. 51-52.

⁵⁴² *Idem*, p. 50.

Para Carla Huerta Ochoa, un conflicto normativo, en sentido amplio, “se presenta cuando dos o más normas son formal o materialmente incompatibles, es decir, en virtud de los procedimientos de su creación o de sus contenidos respectivamente; en este último tipo de conflictos puede o no presentarse una ‘contradicción normativa’”⁵⁴³

Puede darse un conflicto normativo, pero no contradicción normativa, cuando se está ante un problema formal generado por la inobservancia de las normas que regulan el procedimiento de producción normativa, caso en el que es más apropiado hablar de “infracción” en lugar de conflicto normativo, destacando que, estrictamente, no hay contradicción normativa.⁵⁴⁴

De acuerdo con Carla Huerta:

“[e]n el caso de una *contradicción normativa* estamos ante un conflicto normativo auténtico, porque se configura como una contradicción material, y esto se presenta cuando dos o más normas tienen el mismo ámbito de aplicación y sus “contenidos normativos” son incompatibles, es decir, que las normas en conflicto no pueden ser satisfechas al mismo tiempo, dado que el cumplimiento de una produce necesariamente la desobediencia de la otra. En estas situaciones el juez debe decidir cuál de las normas es aplicable al caso y debe ser satisfecha. Al hablar de una ‘contradicción normativa’ se presume que dos normas válidas siendo potencialmente aplicables, son incompatibles...”⁵⁴⁵

Así, toda contradicción normativa es un conflicto normativo, pero no todo conflicto normativo es (o implica) una contradicción normativa.

⁵⁴³ *Idem*, p. 52.

⁵⁴⁴ *Idem*. Señala Carla Huerta: “La nueva norma es producto de una incompatibilidad de hecho con las normas que regulan el procedimiento previsto que se verifica durante su creación.”, es decir, la norma es producto de un proceso de producción defectuoso sea por inaplicación total de las normas adjetivas sobre la producción normativa o por inaplicación parcial.

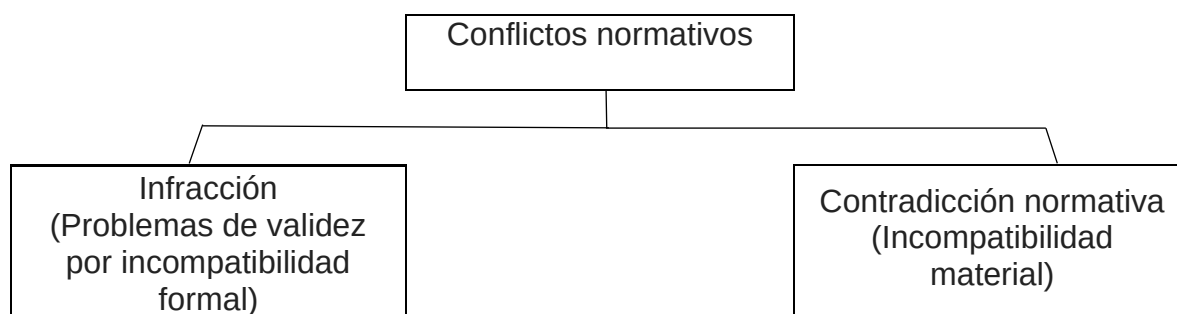
⁵⁴⁵ *Idem*, p. 52.

De acuerdo con Carla Huerta, es correcto afirmar que solamente los conflictos normativos auténticos implican una contradicción normativa porque ésta solamente puede ser material, sin embargo, esta aseveración debe ser matizada.

La clasificación de Huerta la elabora a partir del criterio de incompatibilidad formal o material, y al ceñir el criterio formal solamente a la no aplicación (observancia) de las normas sobre la producción normativa (actos de aplicación y creación), caso en el que no hay estrictamente un conflicto normativo sino inaplicación de normas que reglan el proceso de producción normativa, señala, por tanto, que no hay conflicto ni contradicción normativa alguna, y tal circunstancia la denomina "infracción".

Carla Huerta presenta el esquema siguiente⁵⁴⁶:

Esquema 63. Conflictos normativos según Carla Huerta



Conforme a este esquema se deja fuera conflictos normativos que no conllevan incompatibilidad formal bajo la significación que proporciona Huerta ni incompatibilidad material, ya que pueden darse conflictos normativos en los que no se presenta contradicción normativa alguna, pero

⁵⁴⁶ *Idem*, p. 55.

tampoco hay inaplicación de las normas que regulan el proceso de producción normativa respectivo.

En efecto, parece ser que hay casos de incompatibilidad formal en un sentido diferente al señalado por Carla Huerta como, por ejemplo, en el caso de reglas de competencia puede darse un conflicto normativo de carácter no material y que no conlleve inaplicación de reglas sobre la producción normativa sino otra clase de conflictos.

Para no desvirtuar los señalamientos de Carla Huerta debemos referir que para ella los conflictos normativos formales son de dos clases: los que derivan de la (i) inaplicación de normas sobre la producción normativa y los que se generan con motivo de (ii) vicios de competencia:

“Los problemas formales se dan cuando en la elaboración de una norma se comete un error en el procedimiento o existen vicios de competencia; su solución no es problemática dado que la conformidad de la norma al ordenamiento jurídico puede ser comprobada por el órgano competente y la norma defectuosa podría ser declarada inválida o inaplicable. Por eso, los casos de conflictos formales entre una norma y la norma jerárquicamente subordinada a ella no constituyen una contradicción, sino un defecto procedimental. El conflicto, si es que puede ser llamado así, se produce entre las normas que establecen el procedimiento de creación y los hechos que se verificaron al no ser conformes a derecho. Sin lugar a dudas esto constituye una infracción al orden jurídico, ya que las condiciones de su elaboración no fueron debidamente cumplidas, pero no implica la existencia de una “contradicción formal”, aun cuando puede producir la invalidez de una norma como consecuencia del incumplimiento de las normas procedimentales. Por lo tanto, hablar de un “conflicto” entre estas normas es metafórico, ya que el sujeto de la infracción es el órgano productor de la norma, y no la norma misma, en consecuencia, tampoco es correcto hablar de una contradicción entre normas en estos casos.”⁵⁴⁷

⁵⁴⁷ *Idem*, pp. 56-57. Más adelante señala: “Así, resulta necesario distinguir entre los problemas de constitucionalidad por contravención de sus contenidos o de las normas que regulan los procesos de

No obstante, es importante destacar que solamente desarrolla el análisis de conflictos normativos formales del primer tipo, es decir, los que derivan de la inaplicación de normas que regulan el procedimiento de creación, y respecto de los conflictos por vicios de competencia únicamente refiere que se trata de falta de competencia de la autoridad que produce la norma. Si éstos implican la inaplicación de reglas sobre el proceso de producción entonces son conflictos normativos de índole formal en el sentido de que se dio dicha inaplicación, caso en el que tales vicios de competencia son un subtipo de los conflictos normativos formales, pero pueden darse conflictos normativos de naturaleza competencial que no impliquen una infracción de las reglas sobre su proceso de creación, y si existen tales conflictos entonces hay conflictos normativos formales de otra naturaleza, es decir, distinta a las meras infracciones y que propiamente son conflictos normativos competenciales.

Veamos un ejemplo a partir de una materia concurrente⁵⁴⁸: una ley general establece que un organismo nacional tiene competencia para X, y en la ley local se establece que el organismo local tiene competencia para X, las dos normas, una adscrita a la autoridad A y otra adscrita a la autoridad B, comparten el mismo antecedente y el mismo consecuente, es decir, formalmente la misma norma, pero la diferencia está en el ámbito espacial:

creación normativa, ya que en este segundo caso no existe una contradicción normativa, pues se trata más bien del incumplimiento de la norma procedimental por parte de la autoridad, o de la falta de competencia de ésta, que de una contradicción. Como se puede observar, cuando el origen del conflicto es de orden procedimental se trata de un problema de validez, ya que las normas constitucionales relativas al proceso de creación normativa no son acatadas. En la clasificación propuesta anteriormente se ubicaría bajo el rubro de “infracción”, cuya solución depende del sistema correspondiente, la cual puede ser la inaplicación.”, pp. 60-61 (Las ideas del párrafo citado se repiten en las pp. 137, 149, 150, 189, 218, 238 y 244)

⁵⁴⁸ Las materias concurrentes son de especial importancia en materia de derechos sociales: la educación, la salud, el agua (recursos hídricos), el medio ambiente, la vivienda (incluyendo las materias de centros urbanos y de asentamientos humanos), entre otras materias, son concurrentes.

una norma rige en un ámbito nacional y la otra sólo rige localmente; de ambas normas los ámbitos temporal, material y personal son idénticos, ¿cuál de las normas debe aplicarse?, ¿hay una preeminencia de la nacional sobre la local?, si en la distribución de competencias no está claro que ante determinado estado de cosas (X) corresponde a una u otra autoridad, pero no a ambas simultáneamente ¿con base en cuál criterio resolver el conflicto normativo?.

Un caso concreto es el siguiente:

Ley General de Archivos	Ley de Archivos del Estado de Colima
Artículo 75, párrafos 3 y 4: “[3] Se considera de interés público los documentos o archivos cuyo contenido resulte de importancia o de relevancia para el conocimiento de la historia nacional, de conformidad con los criterios que establezca el Consejo Nacional, considerando los elementos característicos del patrimonio documental de la Nación. [4] El Archivo General [de la Nación] convendrá con los particulares o con quien legalmente los represente, las bases, procedimientos, condicionantes y garantías para realizar una versión facsimilar o digital de los documentos o archivos de interés público que se encuentren en posesión de particulares.”	Artículo 84, párrafos 2 y 3: “2. Se consideran de interés público los documentos o archivos cuyo contenido resulte de importancia o de relevancia para el conocimiento de la historia de la Nación o el Estado, de conformidad con los criterios que establezca el Consejo Nacional o en su caso el Estatal, considerando los elementos característicos del patrimonio documental Nacional o Estatal. 3. El Archivo General del Estado convendrá con los particulares o con quien legalmente los represente, las bases, procedimientos, condicionantes y garantías para realizar una versión facsimilar o digital de los documentos o archivos de interés público que se encuentren en posesión de particulares.”

El conflicto competencial derivaría del segundo párrafo del artículo 84 de la legislación de Colima en lo relativo a documentos de relevancia estatal sobre los que el Archivo General de la Nación los califique como de relevancia para la historia nacional y simultáneamente el Archivo General del Estado de Colima los califique, pero de manera relativa, como de relevancia para la historia del Estado. Respecto del primer párrafo, es importante precisar que la norma local se extralimita al contemplar la

posibilidad de comprender documentos de relevancia para la historia de la Nación, por lo que solamente comprendería la relevancia estatal.

Así, en relación con el segundo párrafo, obsérvese que los enunciados son prácticamente idénticos e implican la competencia para un ente nacional y, simultáneamente, para otro ente local de convenir con particulares lo pertinente. ¿La calificación nacional inhibe la calificación estatal o a la inversa?

Un criterio de solución podría darse a partir de la calificación de relevancia nacional que podría incluir la relevancia estatal, pero no es una inclusión necesaria ni operaría a la inversa, pues una relevancia estatal no necesariamente conlleva relevancia nacional; incluso, en puridad, de la calificación nacional no se sigue que también sea de relevancia estatal, sin embargo, podría justificarse que la relevancia nacional es de mayor entidad que la relevancia estatal.

El párrafo 2 de la ley local al incluir lo nacional invade la competencia del Archivo General de la Nación, y esto es una invasión competencial lo cual es diferenciable de lo que constituye un conflicto competencial como el que se genera del párrafo 3 y párrafo 3 de cada ley, respectivamente.

Aun problematizando más, cabría señalar que el particular puede decidir convenir con una autoridad y no convenir con la otra, incluso convenir con ambas con lo que la “resolución” del conflicto competencial sería “resuelto” por un particular y no por la autoridad, y quizá, en este sentido, no se trate de un conflicto competencial sino de un poder negocial otorgado al particular y ante la disyuntiva nacional o local, el particular elige con cuál autoridad convenir.

El ejemplo muestra que hay conflicto normativo en sentido amplio, pero ¿es un conflicto formal o material? No es conflicto material porque no son incompatibles ni el antecedente ni el consecuente, sólo hay diferenciación (discrepancia) en el ámbito espacial de validez, lo que no constituye una contradicción material pues los contenidos de cada norma, prácticamente, son idénticos.

No se trata de un conflicto normativo formal si por éste sólo entendemos atender las reglas del proceso de creación de la norma y respecto de alguna de las normas no se aplicaron las reglas del proceso legislativo (como lo señala Carla Huerta). El caso se presenta más como una redundancia -repetición-, pero lo es de manera aparente porque en realidad si hay conflicto normativo si por éste entendemos que en un caso dos normas compiten para ser aplicadas, pero ambas no pueden ser aplicadas simultáneamente y, por ende, el caso sólo puede subsumirse en una de las dos normas, excluyendo la aplicación de la otra.

Así, tendríamos una tercera clase de conflicto normativo: conflicto normativo de naturaleza competencial, pero ¿en qué consiste un conflicto normativo de índole competencial? Esta cuestión nos hace ampliar el espectro de conflictos normativos en sentido amplio (infracción como los denomina Carla Huerta) y en sentido restringido (como el caso expuesto por nosotros).

Primero construyamos el concepto de conflicto competencial determinando inicialmente si es un conflicto normativo. Si todo conflicto normativo implica que dos o más normas potencialmente se aplican al caso concreto, o un caso planteado *in abstracto*, entonces puede darse el caso de dos o más normas de competencia que pugnen por aplicarse

simultáneamente a un caso. Si esto es correcto, consecuentemente los conflictos competenciales son conflictos normativos (en sentido amplio)

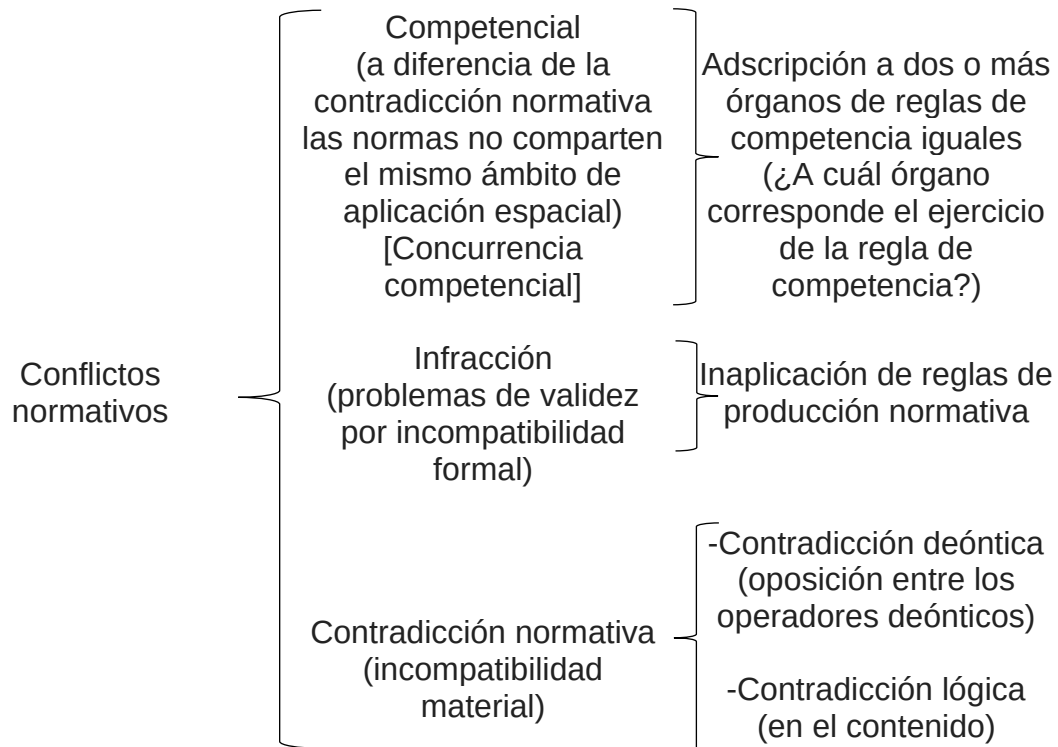
El siguiente punto es dilucidar si los conflictos normativos competenciales solamente se ciñen a la inaplicación de las normas de producción normativa, como los entiende Carla Huerta y a los cuales denomina infracciones. Hemos demostrado que además de las “infracciones” hay conflictos competenciales que no derivan de la inobservancia de las reglas que rigen su creación.

Así, el conflicto competencial puede deberse a (i) una infracción de las reglas que rigen su producción (infracción) o (ii) el conflicto normativo deriva del contenido de dos normas de competencia que, *prima facie*, son válidas, aunque su validez no coincida en el aspecto espacial, y que pugnan por aplicarse a un caso, y, además, técnicamente no es conflicto normativo auténtico porque no hay una contradicción normativa (incompatibilidad material, es decir, que los contenidos sean diferentes).

De acuerdo con lo señalado, habría tres clases de conflictos normativos y, por tanto, los esquemas de Carla Huerta pueden ser complementados en la forma siguiente⁵⁴⁹: competencial, infracción (conflicto impropio) y contradicción normativa.

⁵⁴⁹ Huerta Ochoa, Carla, *Conflictos Normativos*, Op. Cit., cuadro de la p. 55 y cuadro de la p. 56.

Esquema 64. Clases de conflictos normativos



a) Conflicto de reglas y colisión de principios

Dentro de las contradicciones normativas Carla Huerta señala que, además de la contradicción lógica, están otras dos formas de contradicción normativa si se toma en cuenta los tipos de normas “de conformidad con su forma de aplicación en caso de conflicto. Una es como ‘*conflicto de reglas*’, y la otra como ‘*colisión de principios*’, las cuales se distinguen en función de la operatividad de las normas que se encuentran en situación de enfrentamiento.”⁵⁵⁰ Sobre este señalamiento hay que apuntar que respecto

⁵⁵⁰ *Idem*, p. 54. Señala Carla Huerta: “Los conflictos de reglas surgen del enfrentamiento entre dos reglas cuya forma de aplicación es absoluta, por lo que se puede decir que, genéricamente, existen dos formas de solucionar este tipo de conflictos. La primera es que se prevea una cláusula de excepción para una de las dos reglas, en cuyo caso no se puede decir que existe un conflicto cuando

de la colisión de principios y considerando la definición que de contradicción normativa proporciona Carla Huerta, habría que matizar si realmente hay contradicción normativa cuando colisionan principios, pues la ley de la colisión⁵⁵¹ que se presupone necesariamente en dicha colisión no implica estrictamente una contradicción normativa a la manera en que la ve Carla Huerta.

Así, por ejemplo, el derecho de acceso a la información puede ser desplazado por motivos de seguridad nacional, lo que implica que el principio de máxima publicidad de la información pública cede respecto del principio de reserva con motivo del interés de seguridad nacional. Los contenidos materiales de las normas basadas en los principios mencionados son totalmente diferentes y no hay contradicción normativa en el sentido señalado por Carla Huerta. Justamente lo que hay es un conflicto normativo que opera bajo los cánones de la ley de la colisión.

Por lo que corresponde a los escenarios básicos de conflictos normativos, recurrentemente se identifican los conflictos entre reglas y los conflictos entre principios; sin embargo, hay que incluir un tercer tipo: el conflicto entre principio y regla (o entre regla y principio). Así, los escenarios básicos son tres: Sintéticamente, los escenarios de conflictos normativos son tres:

la cláusula de excepción es prevista de antemano por el legislador, sino solamente cuando ésta debe ser introducida por el juez mediante sus facultades de interpretación o integración; la otra es que una de las dos reglas sea declarada no válida. La colisión de principios deriva del choque entre dos principios que pueden poseer un peso diferenciado y cuyos contenidos son incompatibles. La solución se encuentra en la ponderación de ambos principios, la posición de los mismos se determina en la valoración del caso concreto, ya que el peso o fuerza de los principios varía dependiendo de cuáles se encuentran en una situación de colisión en un caso determinado.”, p. 55.

⁵⁵¹ Dos principios compiten por aplicarse al caso, y uno de ellos tendrá preminencia sin que ello implique necesariamente contradicción normativa.

i) Regla Vs., Regla: puede ser una antinomia o contradicción en la que hay que determinar cuál regla aplicar. Dos reglas compiten por ver cuál es procedente y cual no se aplica al caso concreto.

ii) Principio Vs., Regla: o gana principio o gana regla. La doctrina analiza el caso en el que prevalece principio sobre regla, pero no hay que olvidar los casos en que gana regla en perjuicio de un principio como, por ejemplo, el arraigo. En algunos casos en los que prevalece una regla sobre un principio, en general, estamos en presencia de una limitación (restricción)⁵⁵².

iii) Principio Vs., Principio: se pondera y se satisface un principio en detrimento de otro, el cual es desplazado.

i) Conflicto entre reglas (contradicción deóntica)

Partimos, por cuestiones de acomodo lingüístico y lógico, de la distinción entre formulación normativa o disposiciones jurídicas, normas y proposiciones normativas, así como de la consideración de que vía interpretación establecemos normas.

Los conflictos normativos de tipo antinómico se pueden dar cuando dos normas simultáneamente, es decir, en el mismo lugar y tiempo, regulan cada

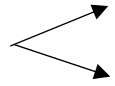
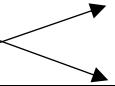
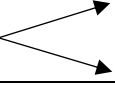
⁵⁵² Más adelante analizamos las limitaciones de derechos fundamentales (la restricción aparece como una modalidad de limitación)

una la misma conducta, pero cada norma modaliza la conducta de manera diferente generando una relación contradictoria.

A partir de los operadores deónticos prohibido “*Ph*”, obligatoria “*O*” y permitido “*P*”, dos proposiciones normativas se contradicen porque

- (i) una proposición afirma que una conducta está prohibida y otra proposición niega que la misma conducta esté prohibida porque es obligatoria o está permitida;
- (ii) que una proposición afirma que una conducta es obligatoria y otra proposición niega que la misma conducta sea obligatoria porque está prohibida o está permitida; o
- (iii) una proposición afirma que una conducta está permitida y otra proposición niega que la misma conducta esté permitida porque está prohibida o es obligatoria.

Esquema 65. Relaciones deónticas

Misma conducta Condición de simultaneidad: en el mismo espacio y tiempo, y respecto de los mismos sujetos (o clase de sujetos)		
Proposición acerca de N1		Proposición acerca de N2
Ph 		O ó P
O 		Ph ó P
P 		Ph ó O

Así, resultan seis posibilidades:

Esquema 66. Posibilidades combinatorias deónticas

	Proposición acerca de N1	Proposición acerca de N2	
1	Ph	O	
2	PH	P	
3	O	PH	Es equivalente a la 1
4	O	P	
5	P	PH	Es equivalente a la 2
6	P	O	Es equivalente a la 4

De estas seis combinaciones, aparecen tres tautologías porque no importa el orden de las normas, por tanto, las posibilidades se reducen a tres, sea el conjunto A o el conjunto B.

Esquema 67. Interdefinibilidad deóntica (tautologías)

A		equivalencia	B	
Proposición acerca de N1	Proposición acerca de N2		Proposición acerca de N1	Proposición acerca de N2
Ph	O	≡	O	PH
Ph	P	≡	P	Ph
O	P	≡	P	O

La interdefinibilidad deóntica es más compleja. En el esquema 66 solamente mostramos las relaciones entre dos normas, cada una con un operador deóntico contrario. Una forma de obtener las interdefinibilidades (o equivalencias) es considerar cada operador deóntico (Ph, O, P), la variable verbal (que representamos con la "p") y el signo de negación (-) en el operador deóntico o en la variable verbal de forma combinada:

Esquema 68. Equivalencias deónticas⁵⁵³

Op	≡	Ph-p	≡	-P-p
O-p	≡	Php	≡	-Pp
-O-p	≡	-Php	≡	Pp
-Op	≡	-Ph-p	≡	P-p

Esta colisión, generalmente identificada como conflicto normativo, meramente deóntico, implica:

- Se trata de la misma conducta regulada, incluso en la construcción semántica del enunciado jurídico la significación es la misma.
- la conducta de cada enunciado jurídico está deónticamente calificada en forma diferente.
- Los enunciados jurídicos -sus normas- tienen el mismo nivel jerárquico, lo que implica que el criterio de solución jerárquico no aplica para solucionar la antinomia. El choque de reglas de diferente nivel jerárquico se soluciona dando preferencia a la superior sobre la inferior y ésta, al contradecir a la superior, se elimina del sistema jurídico.

⁵⁵³ Si por ejemplo la variable verbal “p” es pagar impuestos, la primera línea se lee así: obligatorio pagar impuestos, es equivalente a prohibido no pagar impuestos, y es equivalente a no está permitido no pagar impuestos. Gutiérrez Parada, Oscar, *Técnicas legislativas/Técnicas normativas. Hacia una mejor hechura de las leyes: operadores deónticos y alotropía lingüística*, Asesoría de Diseños Normativos, S.C., México, 2015.

En el proceso de solución de la antinomia normativa se deben considerar las cuestiones siguientes: ¿cuáles son las razones que subyacen a la regla?, ¿qué razón motivo al legislador para establecer cada norma? Si se trata de una prohibición, es pertinente analizar si la razón subyacente de la regla justifica que respecto de determinada acción ésta no se realice, es decir, se prohíba; que la acción se realice (precisamente imponiendo una obligación respecto de realizar la acción); o si es indiferente se realice o no, y se establezca que las personas pueden o no realizar la acción, es decir, se trata de una norma permisiva –en sentido fuerte–.

Otro punto para considerar es que $R\ Ph\ Vs., R\ P$, prevalece $R\ P$ porque la opción que implica P si no se decide hacer la acción, implica aceptar PH , pero si se decide hacer la acción, es porque se opta por hacerla no por violar una prohibición, aunque al realizar la acción se esté infringiendo la $R\ PH$. En todo caso, hay que considerar que clase de acción se está simultáneamente PH , O ó P .

Por otra parte, P según la opción que se elija implica Ph u O , por tanto, el problema de relevancia está en la relación entre $R\ Ph\ Vs., P$ y en la relación $R\ O\ Vs., P$.

En la relación $R\ Ph\ Vs., R\ O$, o si se prefiere $R\ O\ Vs., R\ Ph$, sólo que aplique el criterio jerárquico o cronológico, se soluciona el problema, pero si las normas están al mismo nivel jerárquico y fueron expedidas simultáneamente, el problema sólo tiene solución acudiendo a: (i) el criterio de especialidad o (ii) analizar las razones subyacentes de cada regla para determinar cuál valor de ellas tiene preferencia, lo que significa ponderar.

En el caso de dos normas expedidas al mismo tiempo no se puede aplicar el criterio cronológico. Si no opera este criterio, habría que razonar *a fortiori*: en el caso de prohibición, verificar si subyace una prohibición de mayor entidad o si se trata de una obligación o de una permisión y verificar si subyace una autorización más incluyente respecto de la referida en la norma.

ii) Conflicto entre principio y regla

Normalmente cuando se enfrentan un principio y una regla, prevalece el principio⁵⁵⁴, pero puede ocurrir que no prevalezca el principio sino la regla, caso en el que, en general, estamos en presencia de una limitación (restricción).

Sobre la restricción de la realización o satisfacción de principios por medio de reglas, Alexy señala que hay que distinguir dos casos:

“(1) La reglas *R* que restringe el principio *P* vale estrictamente. Esto significa que tiene validez una *regla* de validez *R'* que dice que *R* precede a *P*, sin que importe cuán importante sea la satisfacción de *P* y cuán poco importante se la satisfacción de *R*. Puede suponerse que en los ordenamientos jurídicos modernos, en todo caso, no todas las reglas se encuentran bajo una regla de validez

⁵⁵⁴ El caso más conocido en el que triunfa un principio sobre una regla es el caso *Riggs v. Palmer*, referido por Ronald Dworkin: “En 1899 un tribunal de Nueva York tuvo que decidir...si un heredero designado en el testamento de su abuelo podía heredar en virtud de ese testamento aunque para hacerlo hubiera asesinado a su abuelo. El razonamiento del tribunal empezaba por advertir que: <<Es bien cierto que las leyes que regulan la preparación, prueba y efecto de los testamentos, y la entrega de la propiedad al heredero, si se interpreta literalmente, y si su fuerza y efecto no pueden en modo alguno ni en ninguna circunstancia ser verificados ni modificados, conceden esta propiedad al asesino>>. Pero el tribunal continuaba señalando que <<todas las leyes, lo mismo que todos los contratos, pueden ser controlados en su operación y efecto por máximas generales y fundamentales del derecho consuetudinario. A nadie se le permitirá aprovecharse de su propio fraude o sacar partido de su propia injusticia, o fundar demanda alguna sobre su propia iniquidad o adquirir propiedad por su propio crimen>>. El asesino no recibió su herencia.”, Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel, España, 1984, p. 73.

de este tipo. (2) *R* no tiene validez estricta, esto significa que es válido un *principio* de validez *P'* que, bajo determinadas circunstancias permite que *P* desplace o restrinja a *R*. Estas condiciones no pueden ya estar satisfechas cuando en el caso concreto la satisfacción de *P* es más importante que la del *P_R* que, apoya *materialmente* a *R*, pues entonces *P'* no jugaría ningún papel. Se trataría sólo de saber cuál es la relación entre *P* y *P_R*. *P'* juega un papel cuando para la precedencia de *P* se exige no sólo que *P* preceda al principio *P_R* que apoya materialmente a *R* sino que *P* es más fuerte que *P_R* junto con el principio *P'*, que exige el cumplimiento de las reglas y, en este sentido, apoya formalmente a *R*.”⁵⁵⁵

iii) Principio contra principio

En la colisión entre principios en sentido estricto aplica la ley de ponderación⁵⁵⁶. Ésta es una herramienta para resolver cuál de los principios en colisión tiene precedencia sobre el otro, aunque nada excluye que puedan colisionar más de dos, es decir, tres o más principios.

En la ley de ponderación se siguen tres subprincipios: (i) idoneidad; (ii) necesidad; y (iii) proporcionalidad en sentido estricto.

Los principios de idoneidad y de necesidad expresan la pretensión de alcanzar la mayor realización posible de acuerdo con las posibilidades fácticas.

En cambio, el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto se relaciona con posibilidades jurídicas porque éstas se determinan

⁵⁵⁵ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos... Op. Cit.*, p. 60, nota de pie de página número 24.

⁵⁵⁶ En este punto seguimos a Alexy, Robert, “La fórmula del peso”, <Addenda> de la obra del mismo autor, *Teoría de la argumentación jurídica*, 2ª ed., tr. Manuel Atienza e Isabel Espejo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España, 2007, pp. 349-374 [nota bene: el texto original de “La fórmula del peso”, es de 2003]; Alexy, Robert, *Teoría de los derechos... Op. Cit.*, “Epílogo”, pp. 511-562.

fundamentalmente por el principio o principios que juegan en sentido contrario. Así, la optimización es relativa a los principios que juegan en sentido contrario.

El procedimiento de aplicación de la ley de ponderación se desarrolla, analíticamente, conforme a los pasos siguientes:

i) Subprincipio de idoneidad:

Consiste en identificar la medida restrictiva o medidas restrictivas, y verlas como medios para alcanzar un fin legítimo.

Como primer paso se debe determinar si existe una sola medida restrictiva o existen varias medidas restrictivas.

(a) Si es una sola medida restrictiva se debe analizar si es realmente medio para alcanzar el fin legítimo consistente en maximizar uno de los derechos. Si se determina que la medida restrictiva única si es medio idóneo, se pasa a operar el subprincipio de necesidad.

(b) En caso de que sean varias medidas restrictivas, se evalúa si realmente son medios para alcanzar el fin legítimo.

Aquí el principio de idoneidad opera como criterio en sentido negativo, es decir, se detecta qué medios no son idóneos para alcanzar determinado fin legítimo. Su función consiste en excluir lo no idóneo. Si aparecen varias medidas restrictivas o medios, este subprincipio exige que de dos medios igualmente idóneos sea escogido el más idóneo. Así, de entre las diversas medidas que queden después de excluir las que no son medios idóneos, se

debe determinar cuál de ellas es más adecuada o propicia para alcanzar el fin legítimo (maximizar u optimizar alguno de los derechos en colisión).

ii) Subprincipio de necesidad: consiste en que la limitación (medida o medio restrictivo) de cierto derecho sea estrictamente necesaria e indispensable.

(a) Si de acuerdo con lo realizado en el subprincipio de idoneidad solamente se determinó que existe una medida restrictiva idónea, se explicita que por sí sola es lesiva.

(b) Si conforme con lo realizado en el subprincipio de idoneidad se detectaron varios medios o medidas restrictivas idóneos, de entre ellos se debe analizar cuál es el menos lesivo. En este punto se debe determinar que la medida restrictiva más idónea es también la menos lesiva.

iii) Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto: consiste en considerar que cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los derechos, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro, e implica tres pasos:

a) El primer paso requiere definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los derechos. En este paso, se califica la afectación como leve, media o grave, y así estar en aptitud de operar la regla que rige la proporcionalidad;

b) El segundo paso consiste en definir la importancia de la satisfacción del derecho que juega en sentido contrario;

(a) El tercer paso requiere determinar si la importancia de la satisfacción del derecho contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro.

Así, cuando procede *optimizar* un derecho en detrimento de otro derecho, se deben dar razones de por qué la medida restrictiva o la intensidad de la intervención en el derecho afectado, se justifica porque la satisfacción del derecho del otro derecho es más relevante. De acuerdo con Roberto Aexy, la optimización de los principios se lleva a cabo al aplicar la ley de ponderación.

Para ilustrar cómo la Suprema Corte de justicia de la Nación (SCJN) ha realizado el test de ponderación, presentamos, esquemáticamente, la sentencia dictada en el Amparo en Revisión 237/2014, sobre el consumo lúdico o recreativo de marihuana, en el que la Primera Sala resolvió, a partir del análisis de ponderación -proporcionalidad- que determinada normatividad es inconstitucional por tratarse de disposiciones desproporcionadas en relación con el derecho al libre desarrollo de la personalidad (el cual, como derecho humanos, no está positivizado en nuestro texto constitucional, se trata de una construcción jurisprudencial).

Esquema 69. Elementos de la sentencia dictada en el Amparo en Revisión 237/2014⁵⁵⁷ (consumo de marihuana para fines lúdicos)

	Asunto	Resolución administrativa: razón por la que se niega	Test de proporcionalidad realizado por Juez de Distrito Juicio de Amparo Indirecto 844/2013	Conclusión	Consecuencia	
S E C U E N C I A ↓	Resoluciones COFEPRIS, antes del 4 noviembre de 2015: negativa de autorización para consumo personal y regular con fines lúdicos o recreativos de la marihuana	Existe un sistema de prohibiciones administrativas por el que no es posible llevar a cabo la siembra, cultivo, cosecha, elaboración, preparación, acondicionamiento, adquisición, posesión, comercio, transporte en cualquier forma, prescripción médica, suministro, empleo, uso, consumo, entre otras sustancias, de la cannabis sativa, índica y americana o marihuana.	(i) los artículos reclamados actualizan una restricción constitucionalmente válida consistente en evitar la afectación de derechos de terceros, a través de un objetivo expresamente contenido en la Constitución, es decir, proteger el derecho a la salud de las personas; (ii) la medida legislativa impugnada es instrumentalmente adecuada e idónea para cumplir con el objetivo señalado; y (iii) la medida impugnada es proporcional, ya que no se trata de prohibiciones de consumo de marihuana, sino que simplemente se establecen condiciones de ejercicio, lo cual se traduce en un impacto mínimo en los derechos. (Sentencia del 30 dic 2013)	El acto de autoridad es constitucional	Es válido el sistema de prohibiciones administrativas	
		IMPUGNACIÓN mediante recurso de revisión				
	Conoce Primera Sala de la SCJN					
	Competencia originaria: problema de constitucionalidad y no existe Jurisprudencia					
			NUEVO TEST DE PROPORCIONALIDAD			

⁵⁵⁷ A partir de este amparo se han sucedido varios amparos más relativamente iguales, los cuales se han resuelto de la misma manera. Estos amparos generaron jurisprudencia y dieron lugar a la Declaratoria General de Inconstitucionalidad 1/2018 por la que el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (junio 2021) ha declarado inconstitucional el sistema de prohibiciones administrativas por las que se impide el consumo lúdico o recreativo de la marihuana, y fijado el contenido, alcance y efectos de tal declaratoria general.

METODOLOGÍA DE ANÁLISIS PARA EL EXAMEN DE CONSTITUCIONALIDAD

(i) Explicar el marco regulatorio de los estupefacientes y psicotrópicos previsto en la Ley General de Salud; (ii) Establecer la incidencia de la medida legislativa impugnada en el contenido *prima facie* del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad; y (iii) Determinar si la medida impugnada supera las cuatro gradas del test de proporcionalidad: (1) constitucionalidad de los fines perseguidos medida; (2) idoneidad; (3) necesidad; y (4) proporcionalidad en sentido estricto. Finalmente, (iv) se expondrán las conclusiones del estudio de constitucionalidad de los artículos impugnados y (v) se precisarán los efectos de la concesión del amparo.

TEST DE PROPORCIONALIDAD

- (1) El marco regulatorio para el control de estupefacientes y sustancias psicotrópicas previsto en la Ley General de Salud tiene una finalidad constitucionalmente válida.
- (2) El “sistema de prohibiciones administrativas” conformado por los artículos impugnados efectivamente es una medida idónea para proteger la salud de las personas.
- (3) El “sistema de prohibiciones administrativas” configurado por los artículos impugnados constituye una medida innecesaria, toda vez que existen medidas alternativas igualmente idóneas para proteger la salud y el orden público que intervienen el derecho fundamental en un grado menor. Así, esta Primera Sala considera que la prohibición del consumo personal de marihuana con fines lúdicos es inconstitucional al no superar esta grada del test de proporcionalidad.
- (4) Es desproporcionada en estricto sentido, toda vez que genera una protección mínima a la salud y orden público frente a la intensa intervención al derecho de las personas a decidir qué actividades lúdicas desean realizar.

Así, a pesar de que el “sistema de prohibiciones administrativas” conformado por los artículos de la Ley General de Salud impugnados por los quejosos supera las dos primeras gradas del examen de proporcionalidad, al haberse establecido que se trata de una medida que busca proteger la salud y el orden público y resulta idónea para alcanzar dichos objetivos, esta Primera Sala considera que se trata de una medida que no sólo innecesaria, al existir medios alternativos igualmente idóneos que afectan en un menor grado el **derecho al libre desarrollo de la personalidad**, sino que además es desproporcionada en estricto sentido, toda vez que genera una protección mínima a la salud y orden público frente a la intensa intervención al derecho de las personas a decidir qué actividades lúdicas desean realizar.

DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

Resultan inconstitucionales los artículos 235, 237, 245, 247 y 248, todos de la Ley General de Salud, en las porciones que establecen una prohibición para que la Secretaría de Salud emita autorizaciones para la realización de los actos relacionados con el consumo personal con fines recreativos (sembrar, cultivar, cosechar, preparar, poseer, transportar), en relación únicamente y exclusivamente con el estupefaciente “cannabis” (sativa, índica y americana o mariguana, su resina, preparados y semillas) y el psicotrópico “THC” (tetrahidrocannabinol, los siguientes isómeros: $\Delta 6a$ (10a), $\Delta 6a$ (7), $\Delta 7$, $\Delta 8$, $\Delta 9$, $\Delta 10$, $\Delta 9$ (11) y sus variantes estereoquímicas), en conjunto conocidos como “marihuana”, declaratoria de inconstitucionalidad que no supone en ningún caso autorización para realizar actos de comercio, suministro o cualquier otro que se refiera a la enajenación y/o distribución de las sustancias antes aludidas.*

* Es importante resaltar que el amparo se concede única y exclusivamente para que la autoridad administrativa emita autorizaciones para la realización de los actos relacionados con el consumo personal con fines recreativos (sembrar, cultivar, cosechar, preparar, poseer, transportar), sin que se incluya la importación o adquisición de las semillas de marihuana.

Hasta aquí hemos visto que el análisis recurrente de los conflictos normativos se desarrolla en los escenarios de (a) regla contra regla y de (b) principio contra principio. A este análisis hemos agregado el conflicto entre (c) principio contra regla, en el que normalmente triunfa el principio sobre la regla, pero de ello no se sigue que haya casos en los que prevalezca la regla sobre el principio (V. gr., limitaciones/restricciones de derechos fundamentales como, por ejemplo, el arraigo en nuestro sistema jurídico).

No obstante, estos tres escenarios, hay otros en los que, *prima facie*, se podrían considerar como conflictos normativos, pero en los que (i) propiamente no colisionan ciertas clases de normas (principios bajo la forma de directrices o normas programáticas), es decir, no opera la ley de la colisión con base en la cual se da lugar a la ponderación que aplica al choque de principios en sentido estricto, y (ii) en ciertas normas vistas singularmente se da una clase de ponderación que no se basa en la ley de la colisión. Estos casos también exigen optimización.

Para dilucidar estos “nuevos” escenarios es de suma importancia replantear las clases de conflictos normativos a partir de considerar la tipología de enunciados jurídicos (clases de normas) y con ello diferenciar entre principios en sentido estricto y directrices o normas programáticas, así como considerar las reglas de acción, las reglas de fin y las reglas de competencia, y ampliar nuestra visión de los conflictos normativos como un campo en el que hay desacuerdo en cómo optimizar las normas respectivas, sean varias concurriendo o vistas singularmente.

Bajo el esquema de Alexy, en el que solamente hay reglas y principios, dentro de los principios se deben incluir los derechos sociales bajo la forma de directrices o normas programáticas, por lo que éstos también serían

objeto de ponderación bajo los cánones de la ley de la colisión. En el modelo de Alexy, la línea argumentativa silogística (1ª figura, modo DARII) sería la siguiente: La colisión de principios requiere ponderación; los derechos sociales son principios; por tanto, (la colisión de) los derechos sociales requieren ponderación.

El problema es que se comete una anfibología en el término medio, pues la significación de “principio” no es la misma en la primera y segunda premisas. En la premisa mayor principio quiere decir principio objeto de la ley de la colisión y al que Atienza y Ruíz Manero califican como principios en sentido estricto; en cambio, en la premisa menor principio es visto como directriz o norma programática y éstas no necesariamente implican cumplir la ley de la colisión, pues no colisiona en sentido estricto, sino que, por el contrario, concurren.

Así, cabe cuestionar si realmente los derechos sociales son materia de ponderación bajo la ley de la colisión. La interrogante es pertinente porque, como se ha señalado, visto un derecho social en forma singular se tiene que analizar cuál es el medio idóneo para optimizarlo, proceso que requiere <<ponderar>> entre varios medios para elegir el que se considere cuál de ellos es el que permite la máxima optimización, pero esta ponderación no supone colisión alguna entre principios sino entre medios en una relación medio-fin; y, por otro lado, cuando concurren entre sí dos o más derechos sociales, esto es, varias directrices o normas programáticas, no se está en presencia de colisión alguna bajo el sistema de la ley de la colisión de principios.

El problema se resuelve cuando se distingue entre principios en sentido estricto y directrices o normas programáticas, tal y como lo hacen Manuel Atienza y Juan Ruíz Manero, dentro de una tipología de enunciados jurídicos.

b) Otras clases de conflictos normativos de acuerdo con la tipología de enunciados jurídicos

Un criterio de clasificación de los conflictos normativos en sentido genuino es inherente a la tipología de enunciados jurídicos, y con base en tal tipología observamos que pueden generarse conflictos entre normas que en su estructura canónica presentan operador deóntico y conflictos entre reglas que no tienen operador deóntico como el caso de las reglas constitutivas, y dentro de éstas aparecen los conflictos normativos entre reglas de competencia.

Con base en la teoría de los enunciados jurídicos elaborada por Juan Ruíz Manero y Manuel Atienza⁵⁵⁸, solamente daremos atención genérica a cinco tipos de normas: (i) principios en sentido estricto, (ii) directrices (normas programáticas), (iii) reglas de acción, (iv) reglas de fin y (v) reglas de competencia⁵⁵⁹. De estos enunciados solamente los primeros cuatro tienen operador deóntico; en cambio las reglas de competencia no presentan operador deóntico.

⁵⁵⁸ Atienza, Manuel y Ruíz Manero, Juan, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 2ª ed., Ariel, Madrid, España, 2006.

⁵⁵⁹ En este punto de nuestro análisis no desagregamos, en cada tipo de norma de las que necesariamente tienen operador deóntico, si es de mandato o permisiva, incluso dentro de las de mandato diferenciar entre normas que obligan y normas que prohíben. Así, por ejemplo, una regla de acción puede obligar, prohibir o permitir, por lo que tendríamos que referir tres categorías de reglas de acción, y así por cada clase de norma que en su estructura canónica necesariamente presentan operador deóntico. Respecto de las reglas de competencia (las cuales analíticamente no presentan operador deóntico) tampoco desagregamos entre las de ejercicio obligatorio o de ejercicio facultativo (o potestativo).

Para obtener las combinaciones posibles (hipotéticamente posibles), entre los enunciados jurídicos referidos, tenemos que llevar a cabo dos operaciones: primero por cada categoría generando dos elementos de la misma categoría, ya que entre sí pueden entrar en conflicto, y en segundo lugar entre las categorías. Combinaciones de dos elementos de cada categoría:

Esquema 70. Clases de normas y relación de dos elementos de la clase de norma de que se trate

Clase de norma	Relación			
Principio	P1	Vs.,	P2	1
Directriz	D1	Vs.,	D2	2
Regla de acción	RA1	Vs.,	RA2	3
Regla de fin	RF1	Vs.,	RF2	4
Regla de competencia	RC1	Vs.,	RC2	5

Combinaciones de categorías entre sí, hipotéticamente 31 combinaciones:

Esquema 71. Combinaciones entre clases de normas

							a	b	c	d	e
							Principio	Directriz	Regla de acción	Regla de fin	Regla de competencia
							P1	D	RA	RF	RC
1		P	D	RA	RF	RC					
2		P	D	RA	RF	-					
3		P	D	RA	-	-					
4		P	D	-	-	-					
5		P	D	-	RF	RC					
6		P	D	-	RF	-					
7		P	D	-	-	RC					
8		P	D	RA	-	RC					
9		P	-	RA	RF	RC					
10		P	-	RA	RF	-					
11		P	-	RA	-	RC					
12		P	-	RA	-	-					
13		P	-	-	RF	RC					
14		P	-	-	RF	-					
15		P	-	-	-	RC					
16		P	-	-	-	-					
17		-	D	RA	RF	RC					
18		-	D	RA	RF	-					
19		-	D	RA	-	-					
20		-	D	RA	-	RC					
21		-	D	-	RF	RC					

22	-	D	-	RF	-					
23	-	D	-	-	RC					
24	-	D	-	-	-					
25	-	-	RA	RF	RC					
26	-	-	RA	RF	-					
27	-	-	RA	-	RC					
28	-	-	RA	-	-					
29	-	-	-	RF	RC					
30	-	-	-	RF	-					
31	-	-	-	-	RC					

Fuente: Elaboración propia

De estas combinatorias eliminamos las individuales (16, 24, 28, 30 y 31), asimismo no consideraremos las combinaciones no binarias, es decir, las combinaciones que presentes tres o más elementos por lo que las eliminamos (1, 2, 3, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 13, 17, 18, 20, 21, 25); así, con lo que trabajaremos es con las combinatorias binarias 4, 12, 14, 15, 19, 22, 23, 26, 27 y 29, las cuales, sumadas a las cinco relaciones de elementos de cada categoría nos da un total de 15 combinaciones, pero si a estas combinaciones agregamos que sólo uno de los elementos termina aplicándose entonces hay que considerar más variantes, pues en cada relación puede vencer uno u otro elemento. Así, por ejemplo, en el conflicto entre principios si se aplica P1 es una variante, pero si se aplica P2 es otra variante, y así por cada combinatoria; en el caso de principio contra regla de acción, si se aplica regla de acción sería la variante dos de la relación entre principio y regla de acción, pues la variante uno en tal relación es cuando se aplica principio y no se aplica regla de acción. En total tenemos 30 posibles resultados de aplicación⁵⁶⁰:

⁵⁶⁰ En sentido estricto lógico no es necesario desagregar cada combinación, pues no es trascendente el contenido. No obstante, deseamos mostrar el posible comportamiento de cada combinatoria.

Esquema 72. Combinaciones posibles entre clases de normas (entre sí), y considerando dos elementos respecto de cada clase de norma

	Relación de precedencia		
1	P1 Principio	Vs.,	P2 Principio
1.1	Aplica		No aplica
1.2	No aplica		Aplica
2	D1 Directriz	Vs.,	D2 Directriz
2.1	Aplica		No aplica
2.2	No aplica		Aplica
3	RA1 Regla de acción	Vs.,	RA2 Regla de acción
3.1	Aplica		No aplica
3.2	No aplica		Aplica
4	RF1 Regla de fin	Vs.,	RF2 Regla de fin
4.1	Aplica		No aplica
4.2	No aplica		Aplica
5	RC1 Regla de competencia	Vs.,	RC2 Regla de competencia
5.1	Aplica		No aplica
5.2	No aplica		Aplica
6	P Principio	Vs.,	D Directriz
6.1	Aplica		No aplica
6.2	No aplica		Aplica
7	P Principio	Vs.,	RA Regla de acción
7.1	Aplica		No aplica
7.2	No aplica		Aplica
8	P Principio	Vs.,	RF Regla de fin
8.1	Aplica		No aplica
8.2	No aplica		Aplica
9	P Principio	Vs.,	RC Regla de competencia
9.1	Aplica		No aplica
9.2	No aplica		Aplica
10	D Directriz	Vs.,	RA Regla de acción
10.1	Aplica		No aplica
10.2	No aplica		Aplica
11	D Directriz	Vs.,	RF Regla de fin
11.1	Aplica		No aplica
11.2	No aplica		Aplica
12	D Directriz	Vs.,	RC Regla de competencia
12.1	Aplica		No aplica
12.2	No aplica		Aplica
13	RA Regla de acción	Vs.,	RF Regla de fin
13.1	Aplica		No aplica
13.2	No aplica		Aplica
14	RA Regla de acción	Vs.,	RC Regla de competencia
14.1	Aplica		No aplica
14.2	No aplica		Aplica
15	RF Regla de fin	Vs.,	RC Regla de competencia
15.1	Aplica		No aplica
15.2	No aplica		Aplica

Acorde con nuestro estudio analizaremos las directrices o normas programáticas, las cuales es indispensable, también, optimizarlas, es decir, hacer que su ejercicio sea lo más pleno posible.

Las directrices se pueden (i) tratar singularmente o en (ii) concurrencia de dos o más de ellas. Ambos casos los reconducimos, en general, a los derechos sociales, pues éstos requieren de (a) cursos de acción (planes, programas) para crear las condiciones de su ejercicio (principio general de Programatividad) y de (b) recursos presupuestales para realizar los cursos de acción, sin detrimento de la participación de organizaciones de la sociedad civil que mediante acciones concretas inciden en la promoción, respeto, protección y garantía de derechos sociales.

2. Ponderación y derechos sociales

Ante esta problemática, y como ya se ha adelantado, es indispensable retomar una discusión entre Robert Alexy, por un lado, y Manuel Atienza y Juan Ruíz Manero, por otro lado, en la que éstos diferencian entre principios en sentido estricto y las directrices o normas programáticas, y muestran que el tratamiento no diferenciado entre principios y directrices distorsiona la imagen de los derechos sociales vistos bajo la forma de directrices o normas programáticas:

“Robert Alexy, desarrollando, por lo demás, algo que ya estaba presente en Dworkin, ha escrito que «el punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son, por consiguiente, mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. El campo de las posibilidades jurídicas está determinado

a través de principios y reglas que juegan en sentido contrario. En cambio, las reglas son normas que exigen un cumplimiento pleno y, en esa medida, pueden siempre ser sólo cumplidas o incumplidas. Si una regla es válida, entonces es obligatorio hacer precisamente lo que ordena, ni más ni menos» (Alexy, 1988, pp. 143-144; cfr. también Alexy, 1993, p. 86). A nuestro juicio, que los principios puedan ser cumplidos en diversos grados es verdadero por lo que se refiere a las directrices o normas programáticas, pero no lo es en el caso de los principios en sentido estricto.”⁵⁶¹

Atienza y Ruíz Manero, caracterizan a las directrices o normas programáticas de la manera siguiente:

“Si de los principios en sentido estricto pasamos a las directrices o normas programáticas, las cosas parecen ser algo distintas. Lo característico de las directrices se halla en que este tipo de pautas configuran de forma abierta tanto sus condiciones de aplicación como el modelo de conducta prescrito... Cuáles sean las acciones (o los cursos de acción) causalmente idóneas para lograr este objetivo no se encuentra constitucionalmente determinado. y el propio objetivo cuya consecución se ordena -que la seguridad, salud o legítimos intereses económicos de los consumidores y usuarios se encuentren eficazmente protegidos- no es, por su parte, como es obvio, el único objetivo constitucionalmente ordenado. Importa aquí destacar dos cosas: en primer lugar, qué cursos de acción idóneos para maximizar un cierto objetivo constitucionalmente ordenado...Y, en segundo lugar, que estos objetivos constitucionalmente ordenados resultan, en muchos casos, interdependientes... De ahí que, a diferencia de lo que ocurre con los principios en sentido estricto, en la conducta gobernada por directrices no se trata de determinar la prevalencia de una u otra en relación con un determinado caso, sino de articular políticas capaces de lograr, en el mayor grado posible, la consecución conjunta de todos estos objetivos. La teoría de Robert Alexy de los principios como mandatos de optimización resulta, a nuestro juicio, distorsionadora, por lo antes dicho, en relación con los principios jurídicos en sentido estricto, pero perfectamente adecuada para dar cuenta de las directrices.”⁵⁶²

En la relación entre directrices y reglas de fin, Atienza y Ruíz Manero, señalan:

⁵⁶¹ Atienza, Manuel y Ruíz Manero, Juan, *Las piezas del Derecho... Op. Cit.*, p. 31.

⁵⁶² *Idem*, pp. 33-34.

“Las directrices vendrían a ser, en el terreno de los principios (en sentido amplio), el *pendant* de las reglas de fin. La diferencia entre reglas de fin y directrices se halla en que las primeras configuran de forma cerrada sus condiciones de aplicación, mientras que las segundas lo hacen de forma abierta, y, sobre todo, en que las primeras establecen un fin que debe cumplirse en forma plena y no, como es el caso de las segundas, en la mayor medida posible teniendo en cuenta su concurrencia con otros fines y los medios disponibles.”⁵⁶³

En materia de derechos sociales, los principios que los implican se optimizan sin seguir los subprincipios de la ley de ponderación, en especial el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, pues la optimización no se realiza respecto de otro u otros principios que juegan en sentido contrario (oponiéndose) pretendiendo desplazarlo.

Para diferenciar la relación en que se encuentran los derechos civiles y políticos cuando, en un caso concreto, compiten entre ellos pretendiendo uno de ellos aplicarse y desplazar al otro, configuran una relación de colisión de principios.

En los derechos sociales no hay, para su optimización en sentido general, una colisión de principios sino una concurrencia de derechos sociales (directrices) que implica priorizar el grado de atención hacía cada uno mediante la (a) elaboración de programas de política social y la (b) asignación de recursos presupuestales. El punto, entonces, es contar con criterios con base en los cuales priorizar derechos sociales en cuanto a la asignación de recursos para remover los obstáculos que impiden su ejercicio y desarrollo.

⁵⁶³ *Idem*, p. 34.

De esta manera, es importante señalar que, entre principios, cuando se relacionan, podemos distinguir dos clases de relaciones derivadas de conflictos que pueden presentarse entre ellos, sean fácticos o normativos, o ambos.

Una relación de colisión de principios y que se da cuando dos o más principios pugnan por aplicarse a un caso concreto planteado judicialmente, pretendiendo inicialmente cada uno aplicarse. En estos casos se da una relación en la que los principios están puestos uno contra el otro, de manera que entre ellos se impide que el otro se aplique y surta sus efectos. Los principios no pueden aplicarse simultáneamente, uno tendrá que desplazar al otro. La herramienta para determinar cuál principio procede razonablemente aplicar es la ley de ponderación.

Una segunda relación que llamaremos de concurrencia de principios bajo la forma de directrices o normas programáticas en materia de derechos sociales. (e insistimos: también son principios, pero no en sentido estricto de acuerdo con la clasificación de la tipología de enunciados jurídicos). En esta relación concurren dos o más directrices en materia de derechos sociales (normalmente todos), e inicialmente cada uno pretende obtener la mayor cantidad de recursos presupuestales de política social para promover, respetar, proteger y garantizar su ejercicio.

Los principios sociales o directrices (normas programáticas) compiten, pero por parámetros de justicia distributiva y del principio de diferencia. La competencia es sustituida por mecanismos de priorización basados en requerimientos de promoción y desarrollo diseñados de acuerdo con esos parámetros y el principio de la diferencia.

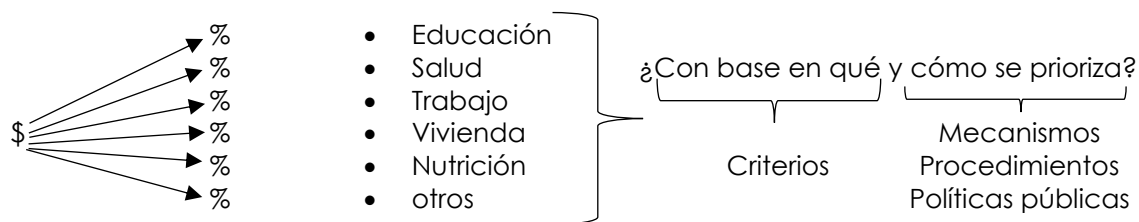
No hay desplazamiento de uno o varios principios por preeminencia de uno de ellos sino relaciones de equilibrio entre ellos. Fácticamente se constata preeminencia de atención de uno de ellos al considerar el porcentaje de recursos presupuestales asignados a cada derecho social, pero este resultado, fácticamente numérico en el sentido de cuál tiene más recursos asignados, es resultado de una priorización ordenada de acuerdo con diagnósticos de problematización cualitativos de cada principio social en los que se muestran las correlaciones entre ellos, su interdependencia.

Así, en el plano jurídico-valorativo se equilibran las asignaciones de recursos presupuestales de acuerdo con los requerimientos de necesidades de promoción y desarrollo. La asignación de recursos presupuestales es de las primeras garantías de operatividad de los derechos sociales.

El análisis y debate para establecer equilibrio no es una discusión sobre la visión global e *in abstracto* del costo de los derechos. Si bien la promoción, respeto, protección y garantía de los derechos sociales tienen un costo gubernamental y social, la asignación de recursos presupuestales para la “atención” de los derechos sociales implica la acción concreta compleja – anual- de asignación de recursos presupuestales.

Esta asignación presupuestal de recursos viene a ser de las primeras garantías primarias con la que se inicia el proceso de ejercicio de los derechos sociales. Otra garantía primaria, de carácter eminentemente institucional, se conforma por el adecuado diseño normativo y el diseño institucional del sistema federal y del condicionamiento de éstos respecto de las administraciones públicas.

Esquema 73. Concurrencia de derechos sociales por recursos presupuestales



Lo primero que hay que destacar es que los derechos sociales concurren⁵⁶⁴ y compiten entre ellos por recursos por atención prioritaria de programas de política social. No se trata de determinar cuál de los derechos sociales que concurren prevalece sobre otros sino de atender simultáneamente a todos, pero de manera prioritaria según la situación fáctica que se pretende atender.

El campo natural en el que concurren los derechos sociales, y en el que no se optimizan en relación con otros principios como en el caso de los principios en sentido estricto, es el de las políticas públicas sociales vinculadas con la planeación y programación de cursos de acción para atender la problemática social. En la planeación y programación se dan cita los derechos sociales, en especial los que tienen que ver con la salud (y seguridad social), trabajo, educación, vivienda, nutrición, en suma, los que conforman el espectro del mínimo vital, y su forma de “optimización” no es llevada a cabo primordialmente en sede judicial.

Si quisiéramos reconstruir el curso de acción que se sigue para llevar a cabo la “optimización” de los derechos sociales, analíticamente diríamos que el

⁵⁶⁴ Concurrir. Del lat. concurrere. 1. intr. Dicho de diferentes personas, sucesos o cosas: Juntarse en un mismo lugar o tiempo. Real Academia Española, *Diccionario...Op. Cit*, voz: concurrir.

proceso empieza en la asignación o reparto de recursos presupuestales relacionados con los rubros de las políticas sociales. Utilizando la terminología alexiana, lo que juega en contra de los derechos sociales, entre otros aspectos, es el principio de provisión de recursos presupuestales. Éstos son escasos en relación con las carencias que hay que abatir para conformar un mínimo vital.

Quienes diseñan las políticas sociales (planes, programas) no optimizan en relación con algún principio que juegue en contra del principio que se quiere –pretende– optimizar. Ellos enfrentan el requerimiento –urgente en miras de la justicia social dentro de los parámetros, *prima facie*, de la justicia distributiva– de atender los derechos sociales, es decir, no solamente un derecho social sino todos a la vez, de manera que sean removidos los obstáculos que impiden el ejercicio relativamente pleno de los derechos sociales. Los recursos presupuestales, no obstante, son insuficientes, incluso cierta infraestructura que algunos derechos reclaman para su adecuado ejercicio es inexistente o si la hay es precaria (hospitales, drenaje, vivienda)

¿Qué hacer? Entran en tensión los derechos sociales, ¿cuáles son más relevantes, si es que entre ellos existe alguna relevancia, y qué significaríamos por relevante?, ¿sería correcto un criterio que los ordenara y clasificara jerárquicamente?, ¿si no se pueden jerarquizar, hay que repartir los recursos de manera proporcionalmente igual?, ¿qué es primero, tener vivienda digna o comer o tener trabajo o tener salud o educarse?, ¿cuál es el piso de arranque para conformar un mínimo vital? Ahora bien, si las directrices o normas programáticas operan de manera muy diferente a como lo hacen los principios en sentido estricto, es evidente que las formas para argumentar decisiones en materia de directrices o normas

programáticas, esto es, en materia de derechos sociales, son también diferenciables.

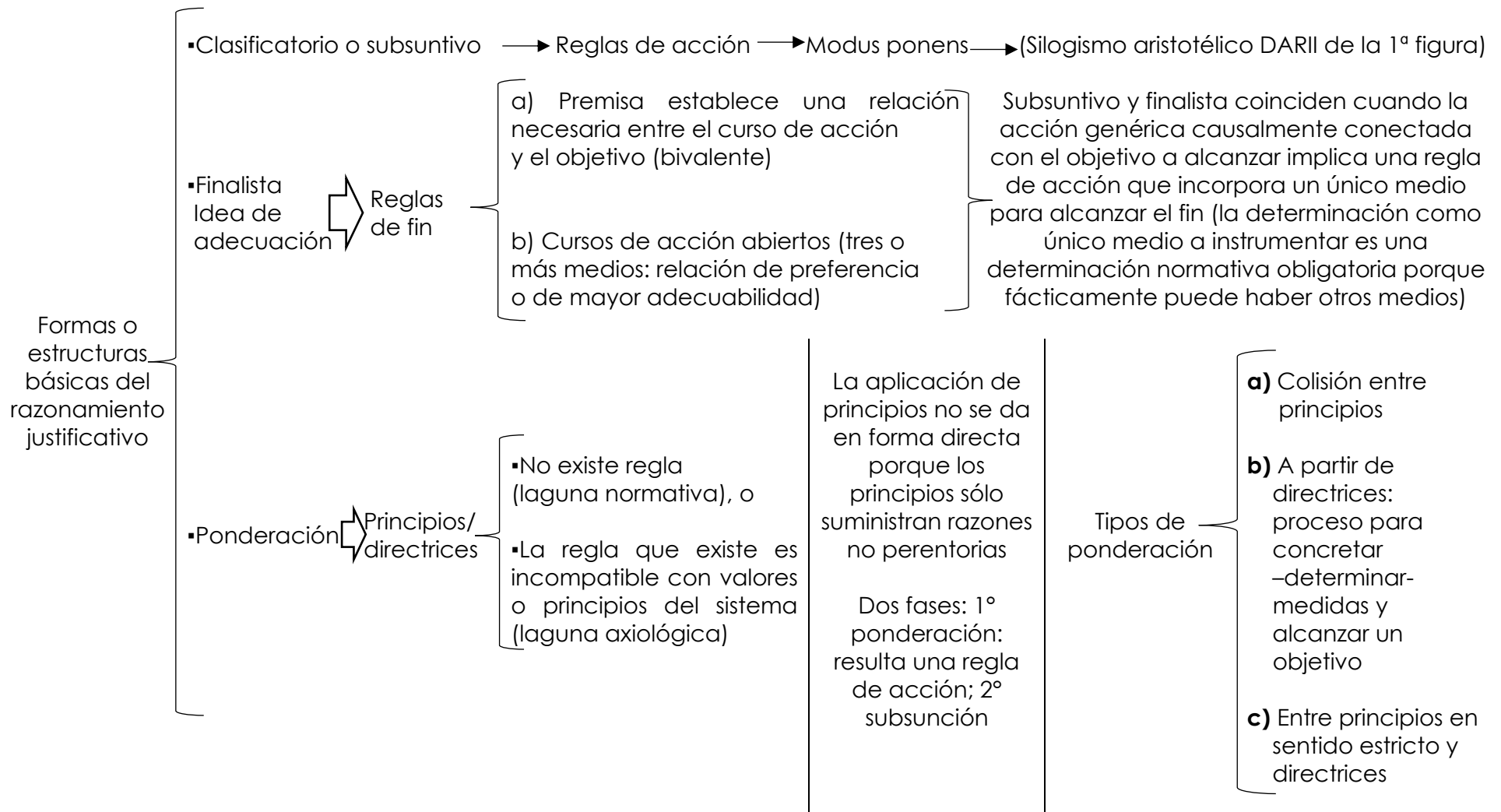
En el siguiente inciso mostramos las diversas formas argumentativas con base en las cuales se da cuenta de las justificaciones de las decisiones en el ámbito jurídico con la finalidad de evidenciar que en materia de derechos sociales vistos como directrices o normas programáticas los cánones argumentativos son diferentes.

3. Esquemas argumentativos: subsunción, ponderación simple y ponderación/colisión

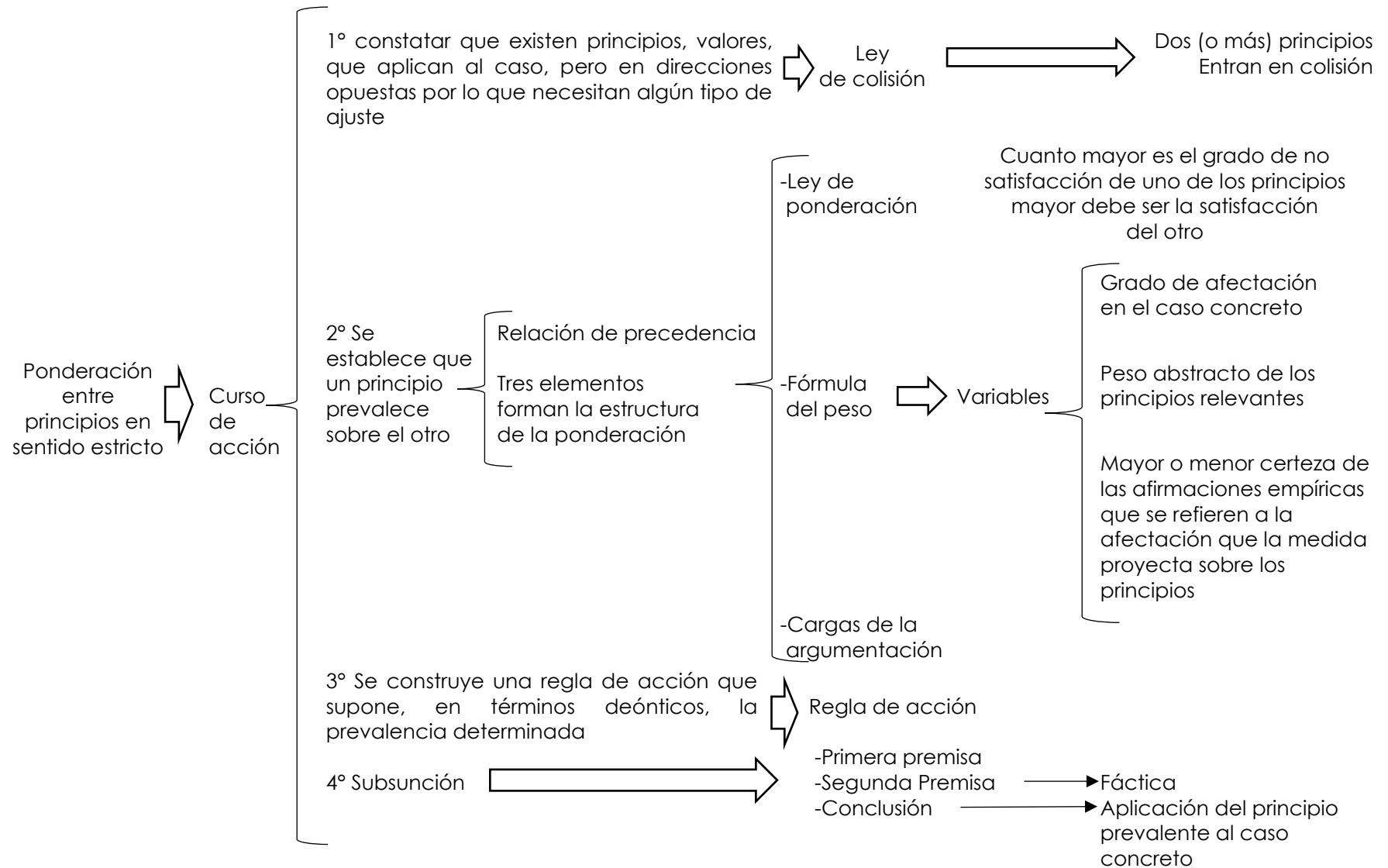
En la teoría de la argumentación desarrollada por Manuel Atienza, encontramos las formas o estructuras básicas del razonamiento justificativo. Hemos resumido en mapas conceptuales esas formas argumentativas basándonos en su obra *El Derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*.⁵⁶⁵

⁵⁶⁵ Atienza, Manuel, *El Derecho como argumentación. Concepciones de la Argumentación*, Ariel, España, 2006. Los esquemas los elaboramos a partir del estudio del Capítulo 3, La concepción formal, apartado 8, Subsunción, adecuación (razonamiento finalista: medio-fin) y ponderación, pp. 163-180.

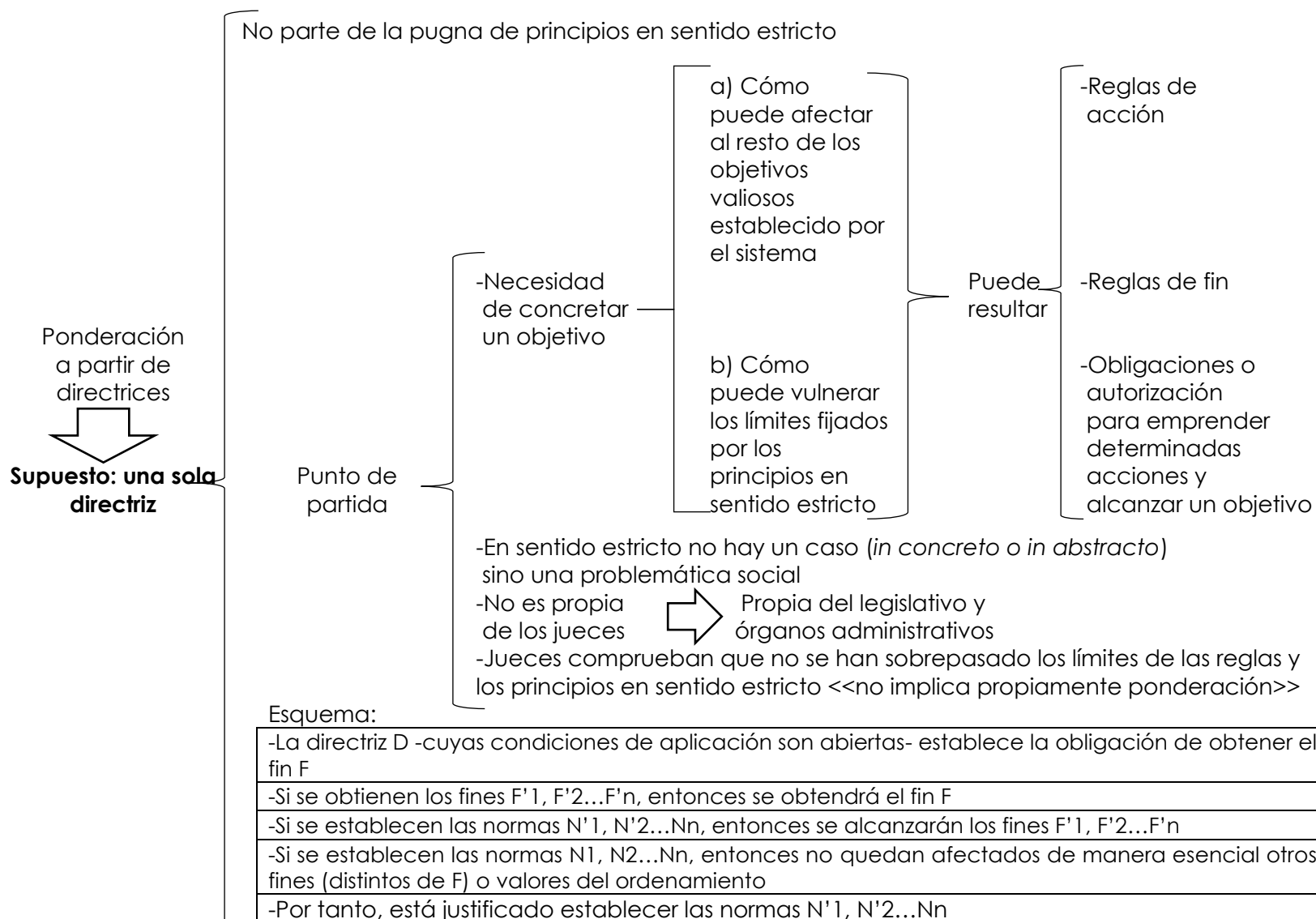
Esquema 74. Formas básicas de razonamiento justificativo



Esquema 75. Ponderación entre principios en sentido estricto (basada en ley de la colisión)



Esquema 76. Ponderación a partir de directrices



De acuerdo con los análisis de Atienza, la ponderación solamente se da cuando hay (i) colisión entre principios; (ii) a partir de directrices; y (iii) cuando colisionan principios en sentido estricto y directrices.

El esquema que utiliza Atienza refiere como medios a las normas N'1, N'2...Nⁿ, las cuales podrían ser reglas de acción o reglas de fin. Sin embargo, no debe perderse de vista que el resultado podría ser establecer obligaciones o autorizaciones para que determinado sujeto realice o lleve a cabo determinadas acciones. Respecto de este último supuesto se ubicarían las políticas públicas, las cuales, a su vez, pueden estar incluidas en textos cuasi normativos o textos normativos atípicos que normalmente se identifican como programas de política pública. Estos programas significan un paso importante para concretar el objetivo previsto en la directriz y en ellos es posible encontrar combinaciones de reglas de acción, reglas de fin y competencias, incluso definiciones, para realizar determinadas acciones.

Por otra parte, desde la perspectiva material (concepción material de la argumentación), es importante considerar el peso de las razones que juegan en materia de principios y de directrices y, sobre todo, la prioridad de los principios en sentido estricto respecto de las directrices o normas programáticas. Al respecto Atienza señala:

“...al menos *prima facie*, parece estar justificado decir que los principios en sentido estricto tienen prioridad sobre las directrices, las razones de corrección sobre las razones de fin. Esa prioridad, además, no tiene por qué apoyarse (al menos, no exclusivamente) en una teoría moral de base deontológica, que considera que las acciones humanas son buenas o malas con independencia (o relativa independencia) de sus consecuencias o, por lo menos, que las consecuencias no son el criterio último de evaluación de las acciones. Esa concepción deontológica de la moral es la que parece subyacer a una concepción como la de Dworkin, de acuerdo con la cual, los derechos (basados en principios en sentido estricto) funcionarían como triunfos que prevalecen sobre los objetivos colectivos (sobre las directrices). Un inconveniente de esa postura

es que parece dar cuenta bien de los derechos individuales de libertad, pero no tan bien de los derechos de igualdad (prestacionales) de contenido económico y social. La prioridad de los principios en sentido estricto sobre las directrices podría apoyarse más bien en razones de tipo pragmático, vinculadas a las peculiaridades institucionales del Derecho (o de cierto tipo de Derecho): 1) Un sistema jurídico, dadas las condiciones sociales existentes, no parece que pudiera funcionar sobre una base distinta: por ejemplo, una orientación marcada hacia las consecuencias del razonamiento justificativo judicial supondría también una mayor complejidad y exigiría que se dispusiera de medios de los que de hecho no dispone el subsistema judicial, etc....; 2) Los sistemas jurídicos -incluidos los del Estado constitucional- no funcionan de hecho así; no consideran (o solo lo hacen muy excepcionalmente) como valores últimos del sistema el logro de ciertos estados de cosas, sino la realización (o no realización) de ciertas acciones, cuando se dan determinadas circunstancias, haciendo relativa abstracción de cuáles puedan ser las consecuencias de las acciones. Naturalmente, lo anterior no quiere decir que las cosas hayan de ser así siempre. Dar prioridad a los principios en sentido estricto sobre las directrices es una tesis teórica básicamente correcta en relación con una teoría que pretende reconstruir la práctica presente de la justificación judicial. Pero también es cierto que la teoría no tiene por qué renunciar a jugar un papel de guía de la práctica; y, en esos sentido, es posible que nuestros derechos pudieran permitir, sin erosionar el sistema, una decidida orientación, mayor de lo que a veces se piensa, hacia objetivos sociales y económicos.”⁵⁶⁶

Con base en lo visto, podemos señalar válidamente que cuando concurren directrices o normas programáticas en materia de derechos sociales, hay que diferenciar si se está tratando singularmente la directriz o derecho social, caso en el que hay una especie de ponderación, pero que no se basa en la ley de la colisión que da lugar a la ponderación entre principios; y el otro caso, de suma complejidad y que en no pocas ocasiones se desarrolla en espacios complicados, es decir, confusos, aparece cuando concurren - como de hecho acontece en la realidad- los derechos sociales reclamando

⁵⁶⁶ Atienza, Manuel, *El Derecho como argumentación...Op. Cit.*, pp. 238-239.

recursos presupuestarios y adecuadas políticas sociales, lo que implica niveles de planificación razonables.

Si bien hipotéticamente pueden colisionar dos o más directrices, vimos que lo que realmente acontece es una concurrencia de directrices o normas programáticas en materia de derechos sociales. No obstante demostrar que prácticamente no hay ponderación estricta, es decir, entre principios en sentido estricto basada en la ley de la colisión, no pocos operadores jurídicos comprenden (incluyen) dentro de la ponderación estricta la ponderación de derechos sociales. Contribuye a esta confusión el libro cuyo título es el de "Derechos sociales y ponderación"⁵⁶⁷. En esta obra colectiva se compilan las intervenciones de varios tratadistas en el Seminario "La teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy", organizado por la Fundación Coloquio Jurídico Europeo, celebrado en Madrid los días 8 y 9 de noviembre de 2004.

De acuerdo con la presentación de Ricardo García Manrique, los profesores Bastida Garzón, Hierro y Peces-Barba, tratan el tema de los derechos sociales, y los profesores García Amado, García Figueroa, Moreso y Pardo se ocupan de la ponderación.

De acuerdo con el título del libro y lo señalado por su presentador, se trata de un conjunto de estudios que analizan la ponderación en materia de derechos sociales, sin embargo, no es así: ninguno de las intervenciones examina la ponderación en materia de derechos sociales y, por tanto, el título del libro, prometedor y sugestivo, no se corresponde con el contenido.

⁵⁶⁷ VV. AA., *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007, p. 13.

En efecto, ningún artículo trata la ponderación en materia de derechos sociales.

El libro que comentamos, cuyo encantador título nos hizo tener la ilusión de que su contenido versaba sobre la ponderación en materia de derechos sociales, abre con la conferencia inaugural de Robert Alexy titulada "Sobre los derechos constitucionales a protección", en la cual el autor es claro y preciso en señalar que se refiere a los derechos a protección, es decir, los derechos a protección frente al Estado de intervenciones de terceros y, por tanto, Alexy no analiza los derechos a prestaciones en sentido estricto, es decir, los derechos sociales. Éstos para Alexy son, como ya se apuntó, "Derechos del individuo frente al estado a algo que –si el individuo poseyera medios financieros suficientes- podría obtenerlo también de particulares"⁵⁶⁸.

Así, la conferencia de Robert Alexy no se refiere a los derechos sociales (prestaciones en sentido estricto) sino a los derechos a protección, es decir, a los derechos a algo que tengan como objeto acciones positivas, fácticas o normativas, y que impliquen la *protección* frente al Estado de intervenciones de terceros.

Los derechos de protección "tienen como objeto la delimitación de las esferas de sujetos jurídicos de igual jerarquía, así como la exigibilidad judicial y la implementación de esta delimitación"⁵⁶⁹, esto implica, señala Alexy, "una de las tareas clásicas del orden jurídico. A ella apunta la famosa formulación de Kant: 'El derecho es, pues, el concepto propiamente dicho de las condiciones en las cuales es posible conciliar el arbitrio de uno con el arbitrio del otro, de acuerdo con una ley general de libertad'. Los derechos

⁵⁶⁸ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos...Op. Cit.*, p. 443.

⁵⁶⁹ *Idem*, p. 399.

a protección son, pues, derechos constitucionales a que el Estado organice y maneje el orden jurídico de una determinada manera, en que se refiere a la relación recíproca de sujetos jurídicos de igual jerarquía."⁵⁷⁰.

Si la noción de los derechos sociales que proponemos va por el camino correcto, y aun bajo la definición deficitaria de Alexy, en el libro que se comenta no hay análisis alguno acerca de la ponderación en materia de derechos sociales y, en todo caso, lo que bajo ponderación se analiza son los derechos a protección que, si bien forman parte de los derechos a prestaciones en sentido amplio, los derechos a protección no conforman derecho social alguno, aunque pueden incidir en su efectividad de manera indirecta.

De esto no se sigue que los derechos sociales, bajo la perspectiva de los derechos fundamentales como un todo, es decir, considerando las diversas posiciones en las que una persona en situación social -en realidad todas las personas lo están-, no puedan implicar acciones positivas fácticas y normativas, sean derechos a protección frente al Estado de intervenciones de terceros o derechos a organización y procedimiento, incluso derechos a acciones negativas en sus diferentes vertientes.

No está de más señalar que las decisiones en materia de derechos sociales deben basarse en argumentaciones por las que se den las mejores razones conforme a las cuales justificar las decisiones correspondientes, y que los campos de argumentación en los que se mueven las decisiones presupuestales (legislativas y administrativas) y de los programas de política social (cuya hechura es, básicamente, responsabilidad administrativa), son campos deficitarios de la teoría de la argumentación jurídica, pues ésta se

⁵⁷⁰ *Idem.* p. 399.

ha desarrollado primordialmente en sede judicial/jurisdiccional por efecto de la justiciabilidad de los derechos fundamentales (privilegiándose los derechos individuales), marginándose las sedes legislativa y la administrativa en las que si bien el componente político juega un papel determinante no por ello se elimina la exigencia de buenas razones -razonabilidad- para la toma de decisiones.

J. Corolario sobre los sesgos, obstáculos y limitaciones

Nuestro corolario respecto de los sesgos, obstáculos y limitaciones analizados es el siguiente:

- (i) Superar la visión extremadamente normativista (en la que está incluido el análisis de actos administrativos en cuanto al cumplimiento de la motivación y fundamentación y que sea expedido por autoridad competente) y considerar que el objeto de control es la actividad estatal que directa o indirectamente incide en los derechos humanos;
- (ii) Vinculado con el punto anterior, tener en cuenta que en materia de derechos sociales tienen un peso significativo las omisiones fácticas y no sólo las omisiones normativas (respecto de éstas se debe considerar que pueden impedir el pleno goce de derechos humanos);
- (iii) Tener muy claro que una cosa es el derecho y otra cosa la garantía, pues si bien aparentemente se ha superado tal confusión subyace la preferencia por cuestiones adjetivas en detrimento de lo sustantivo, lo que implica un excesivo formalismo, y que el principio de antiformalismo está pendiente de instrumentación;

- (iv) Tener muy claro que la regularidad constitucional es diferente de la regularidad convencional, y que la primera no incluye a la segunda, aunque se complementen, pues operan con lógicas diferentes;
- (v) En el sesgo sobre preeminencia de atención del control judicial jurisdiccional, no entender que existen otras formas, mecanismos, procedimientos e instituciones por medio de los cuales se ejerce control constitucional y convencional lleva a la creencia deficiente de que la justiciabilidad es el todo como respuesta casi exclusiva del control de la actividad estatal en materia de derechos humanos, en especial de los derechos sociales;
- (vi) El sesgo sobre la exigencia de probar o acreditar contar con interés jurídicos o legítimo para exigir el respeto de derechos humanos sociales es excesivo e injustificado, pues opera implícitamente un interés social legítimo tratándose de derechos sociales. La incorporación en el texto constitucional del interés legítimo referido a los derechos sociales no es un avance normativo sino una regresión, ya que no hay justificación fuerte para exigir que el quejoso pruebe contar con dicho interés para que su demanda de amparo sea admitida en perjuicio del análisis de la violación del derecho social del cual se alega su violación, sin perjuicio de que la exigencia procedimental -adjetiva- proyecta el sesgo de preferencia por la garantía -formalismo- por la atención de lo sustantivo;
- (vii) Entender que las limitaciones primordiales de los derechos sociales no solamente son normativas sino, básicamente, fáctico/contextuales y, consecuentemente, la problemática se traslada a la hechura de políticas públicas en las que el principio de

provisión presupuestaria juega un papel primordial junto con los principios de división de poderes y de la democracia;

- (viii) Reconceptualizar la programatividad de los derechos humanos, en especial de los derechos sociales, pues éstos nunca perdieron su ingrediente programático. Esto es, considerar que en la operatividad de los derechos humanos -individuales y sociales- las políticas públicas son fundamentales para su promoción, respeto, protección y garantía: el Principio de Programatividad General es consustancial a los derechos humanos, pero muy en especial de los sociales; y
- (ix) Hay que ser cautos en relación con la ponderación entre derechos (principios en sentido estricto), pues una cosa es la colisión entre un derecho individual y un derecho social, caso realmente extraordinario, y otra cosa es la ponderación de medios idóneos para realizar un derecho social, supuesto en el que no se está bajo los cánones de la ley de la colisión, y otra cosa muy distinta es la aparente colisión de derechos sociales, pues no se da tampoco bajo la mencionada ley sino que hay una concurrencia de derechos sociales en los que indefectiblemente hay que priorizar, sobre todo con base en el principio de provisión presupuestaria.

Si vemos en conjunto los sesgos, obstáculos y limitaciones examinados, nos daremos cuenta de que la concepción del control de la actividad estatal es un control omnicomprendivo cuya matriz generativa se despliega, mediante prácticas sociales, constituyendo subsistemas de control (judicial y no judicial) de la constitucionalidad y de la convencionalidad.

Bajo el enfoque omnicomprensivo hay que distinguir varios escenarios. En primer lugar, si se mira desde la óptica del sujeto controlado y solamente se observa que se trata de una autoridad en sentido formal estamos en presencia de una clase de control omnicomprensivo autoritativo, pero si junto a la autoridad también consideramos que los particulares pueden ser sujetos de control, tenemos otro escenario.⁵⁷¹

Si vemos el control desde la perspectiva del sujeto que controla, sea una autoridad a la que se le ha adscrito la regla de competencia de control o particulares que pueden exigir rendición de cuentas a la autoridad (ejercicio del derecho a la información/transparencia gubernamental), observamos que hay dos modalidades desde la visión de quien controla.

Así, entre autoridades existe un entramado competencial, pero las autoridades, paradójicamente, pueden ser evaluadas, y de hecho lo son, por los particulares, incluyendo organizaciones privadas internacionales. Incluso hay modalidades en la que la autoridad es controlada (evaluada) por autoridades internacionales oficiales como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos o la Organización de las Naciones Unidas (a través de la Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos -ONU-DH-).

⁵⁷¹ Una materia que ilustra casos de autoridades y de particulares es la inherente a la protección de datos personales. Para las autoridades aplica la Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados (autoridades), pues esta materia es concurrente y su atención corresponde al Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales (INAI) y a los organismos garantes estatales, en cambio para los particulares aplica la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares, ya que ésta materia es exclusiva federal adscrita al INAI. Paradójicamente la autoridad que controla, en primera instancia, ambos supuestos es el, organismo constitucionalmente autónomo. Sobre la nómina competencial de estos organismos véase: Gutiérrez Parada, Oscar, *Los organismos constitucionalmente autónomos y su... Op. Cit.* Sobre las clases de facultades (reglas de competencia), véase: Gutiérrez Parada Oscar, *Sistema Federal... Op. Cit.*

Los sesgos, obstáculos y limitaciones que operan en contra de los derechos sociales y de su justiciabilidad impiden ver que el control de la actividad estatal es omnicomprensivo en varios aspectos: no solamente se evalúan, en cuanto a su constitucionalidad y convencionalidad, normas, sino, también, actos gubernamentales dentro de los que habría que incluir actos materiales de ejecución; actos negativos (omisiones fácticas y omisiones normativas); el control comprende tanto el parámetro constitucional como el parámetro convencional; el control no sólo es judicial sino no judicial, además puede ser jurisdiccional o no jurisdiccional; comprende no solamente limitaciones normativas sino también limitaciones contextuales/fácticas.

En fin, la noción de control omnicomprensivo no se ciñe a las cuestiones de justiciabilidad, sino que comprende varios mundos posibles mediante los campos de acción que se generan a partir de entender que hay control de constitucionalidad y de la convencionalidad no judicial jurisdiccional y no jurisdiccional.

La justiciabilidad, aun con sus limitaciones, es básicamente una forma de control del poder político, pero de ello no se sigue que no implique el control de otras clases de poder como los son el poder ideológico (principalmente el que ejercen las iglesias) y el poder económico (que se manifiesta mediante diversos medios que van desde las actividades de las empresas transnacionales -alimentos, tecnologías de la información y la comunicación, energías- hasta organismos internacionales monetarios y financieros -bajo lógicas de la globalización) , sin perjuicio de cierto control del poder privado (que básicamente se manifiesta ideológicamente o económicamente).

Ahora bien, la interrogante, obligada, pertinente y oportuna, es qué pasaría si removemos o superamos los sesgos, obstáculos y limitaciones de la justiciabilidad que hemos analizado, ¿sería suficiente para la garantía de los derechos humanos, en especial de los derechos sociales?

Supongamos que cada sesgo es superado, ¿qué queda?: una justiciabilidad más operativa que se erigiría de manera contundente como uno de los mecanismos de evaluación de constitucionalidad y convencionalidad más fuertes y vigoroso de los resultados de la actividad estatal proyectada en normas, acciones, omisiones y estados de cosas, y que inciden en la promoción, respeto, protección y garantía de los derechos humanos, en especial de los derechos sociales, pero nada más y nada menos, ya que valga resaltar que se trata primordialmente de una actividad /resultado, es decir, se trata de una evaluación posterior, incluso en el caso de la acción de inconstitucionalidad en la que si bien se trata de un control abstracto, es decir, no hay un <<caso concreto>>, la norma que se somete a escrutinio constitucional y, en su caso, convencional, es un resultado de la actividad estatal legislativa, pues sólo hasta que es publicada puede impugnarse. Así, por excelencia es un control posterior (o, como decimos en México, “a toro pasado”).

La problemática del trinomio derechos-sociales/desigualdad/pobreza requiere acciones de gobierno efectivas, eficientes y eficaces que sean promotoras, respetuosas, protectoras y que garanticen los derechos humanos, básicamente los derechos sociales. Así, el primer camino a seguir no es esperar que opere, en su momento -*a posteriori*- la justiciabilidad, sino atacar desde la concepción de la planeación y programación de las actividades estatales que inciden directa e indirectamente en los derechos humanos, sobre todo de los derechos sociales. Por tanto, prestar mayor

atención al espacio no judicial es impostergable debiendo comenzar por el entendimiento de los derechos sociales como las bases de la libertad fáctica.

Ese camino, además, no debe recorrerse sin el indispensable acompañamiento de la justiciabilidad, pues ésta sería el componente evaluador privilegiado de que la actividad estatal es justa y de no serlo la justiciabilidad ejerce la pretensión de corrección y opera como elemento corrector y guía sobre lo que debe ser de acuerdo con los fines y valores constitucionales y convencionales que subyacen a los derechos humanos.

La no justiciabilidad, es decir, la justibilidad, debe dejarse acompañar por la justiciabilidad y ésta asumir su papel como elemento corrector e insistirle a la no justiciabilidad que ella también debe ejercer la pretensión de corrección. He aquí el diálogo entre poderes y demás organismos públicos nacionales e internacionales, así como de la sociedad civil. El diálogo no se agota entre el judicial y el legislativo y el ejecutivo, sino que en él participan todos los que, activa o pasivamente, tienen que ver con la promoción, respeto, protección y garantía de los derechos humanos, más tratándose de derechos sociales. Por ello, es pertinente y oportuno revisar el control y reconstruir las pautas de su operatividad teniendo en consideración la actividad estatal que incide en los derechos humanos. Hay que dar cuenta cabal del control constitucional y convencional de la actividad estatal a partir de un examen lo más exhaustivo posible de los criterios de análisis del control. Así, en el capítulo siguiente nos abocamos al examen del control para su más completa, adecuada y correcta dilucidación.

Capítulo III. Componentes de un control omnicompreensivo de la actividad estatal

A. El control de la actividad estatal

1. La Teoría Constitucional del Control

Manuel Aragón Reyes, teórico constitucionalista, desarrolla puntualmente los componentes básicos de la teoría constitucional del control⁵⁷², de la cual presentamos una síntesis, apoyándonos, a su vez, en los estudios de Carla Huerta sobre el tema de los mecanismos constitucionales para el control del poder político⁵⁷³.

Para Manuel Aragón, el Estado Constitucional democrático conforma una red de controles como uno de sus elementos indispensables, y que las deficiencias de esa red se deben remediar en la práctica y en la teoría para afinar los instrumentos de conocimiento y comprender y hacer operativos los controles constitucionales. Señala enfáticamente que la ignorancia sobre la significación de los controles constitucionales produce efectos no deseados de diversa índole. Para Aragón existen tres clases de control: social, político y jurídico. Señala como ejemplo paradigmático del control jurídico el control jurisdiccional y del control político el control parlamentario⁵⁷⁴.

El objetivo del control constitucional es el control del poder político. El poder, sin calificativos, para Max Weber es “la posibilidad de imponer la propia

⁵⁷² Aragón Reyes, Manuel, *Constitución y control del poder. Introducción a una teoría constitucional del control*, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 1999.

⁵⁷³ Huerta Ochoa, Carla, *Mecanismos constitucionales para el control del poder político*, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídica, Serie Estudios Jurídicos, Núm. 1, México, 2001.

⁵⁷⁴ *Idem*, prólogo, pp. 11-13.

voluntad sobre la conducta ajena"⁵⁷⁵. Así, derivado de esta noción de poder, existen varias clases de poder: filial, económico, ideológico, jurídico, político, religioso, etc. En el caso del poder político lo importante es visualizar que "se institucionaliza con la generación y organización del Estado, esto es, a través, de normas jurídicas",⁵⁷⁶ de hecho, el Estado es la forma de organización política moderna por excelencia, por lo que el poder que deriva de esta forma de organización es el poder político.

Aquí, nos parece, es importante diferenciar entre legitimidad y legalidad, ya que no hay que confundir el título del poder, el cual debe obtenerse legítimamente y, una vez legitimado, ejercerlo conforme a la ley, es decir, bajo legalidad. Norberto Bobbio, al respecto, precisa que actualmente la legitimidad se resuelve en legalidad:

"El debate secular sobre los principios de legitimación sólo toma un aspecto del complejo problema de la relación entre poder y derecho. Existe otro aspecto de la relación entre poder y derecho que ha suscitado un debate no menos secular y que merece ser considerado; se trata del problema de la legalidad del poder. Entre legitimidad y legalidad existe la siguiente diferencia: la legitimidad se refiere al título del poder, la legalidad al ejercicio. Cuando se exige que el poder sea legítimo se pide que quien lo detenta tenga el derecho de tenerlo (no sea un usurpador). Cuando se hace referencia a la legalidad del poder, se pide que quien lo detenta lo ejerza no con base en el propio capricho, sino de conformidad con reglas establecidas (no sea un tirano). Desde el punto de vista del soberano, la legitimidad es lo que fundamenta su derecho; la legalidad es lo que establece su deber. Desde el punto de vista del súbdito, al contrario, la legitimidad es el fundamento de su deber de obedecer; la legalidad es la garantía de su derecho de no ser oprimido. Todavía más: lo contrario del poder legítimo es el poder de hecho; lo contrario del poder legal es el poder arbitrario."⁵⁷⁷

⁵⁷⁵ Citado por Carla Huerta, *Idem.*, p. 15.

⁵⁷⁶ *Idem.*, p. 15.

⁵⁷⁷ Bobbio, Norberto, "El Poder y el Derecho", en Bobbio, Norberto y Bovero, Michelangelo, *Origen y Fundamentos del Poder Político*, Grijalvo, México, 1984, p. 30.

Después de estas palabras, Bobbio resalta el primordial papel del principio de legalidad, ya que con base en él se distingue un buen gobierno de un mal gobierno, y, citando a Solón (el cual refería que un buen legislador no es sólo quien da buenas leyes a su pueblo, sino también quien respeta las leyes que él mismo dio), alude, a partir de Aristóteles, al clásico tema del gobierno de los hombres y el gobierno de las leyes, y señala:

“La idea del gobierno de las leyes está tan arraigada en la teoría política y jurídica del occidente y en la conciencia de los ciudadanos de las sociedades democráticas que ha tenido un efecto sorprendente sobre la misma doctrina de la legitimidad del poder, que es el tema sobre el cual deseo detenerme brevemente a manera de conclusión. El efecto al que me refiero ha consistido en la resolución del principio de legitimidad en el principio de legalidad, en otras palabras en la eliminación de los dos diferentes niveles sobre los que se ha puesto tradicionalmente el problema de la relación entre poder y derecho, el nivel del título justo y el del ejercicio correcto de ese poder, dos niveles con base en los cuales se podía concebir un poder legítimo que no respetara la legalidad (el tirano *ex parte eencitii*) y un poder respetuoso de la legalidad pero no legítimo (el tirano *ex defectu tituli*), es decir, en el supuesto de que un poder es legítimo en cuanto y en la medida en que es legal, y por lo tanto en la afirmación de que la legalidad no es solamente el criterio para distinguir el buen gobierno del mal gobierno sino también el criterio para distinguir el gobierno legítimo del ilegítimo.”⁵⁷⁸

Esta distinción es de suma relevancia para nuestro estudio, pues la actividad estatal -poder político- que incide directa o indirectamente en los derechos sociales, la llevan a cabo autoridades, *prima facie*, legítimas y la realizan conforme al texto constitucional (“conforme a la ley”/principio de legalidad), y de no ser así (sea por tratarse de autoridad ilegítima o una autoridad legítima que contravenga la ley), vía control constitucional o, en su caso, convencional, se invalida el acto, se corrige, se repara o se ordena actuar.

⁵⁷⁸ *Ídem.*, p. 33.

Sobre la necesidad de limitar y controlar el poder político, Carla Huerta señala:

“... es una tendencia natural en la persona que ostenta el poder el desear acrecentarlo, cada vez más, hasta sobre- pasar los límites establecidos por la sociedad e incluso los correspondientes a la misma naturaleza humana, como son la vida y la libertad. Lord Acton sostiene, refiriéndose a la naturaleza maligna del poder, que: ‘*Power tends to corrupt and absolute power corrupts absolutely.*’ [4Acton, John E., *Essays on Freedom and Power*, Boston, *The Beacon Press*, 1949, p. 364.]

Ante la arbitrariedad y el exceso de quien ejercita el poder, sería absurdo negar el derecho o facultad de los gobernados a poner por la vía jurídica un límite a dichos abusos o incluso a ponerles un fin.”⁵⁷⁹

De manera que es necesario limitar y controlar el poder político porque éste tiene una proclividad natural a desbordarse; quien lo ejerce tiende, naturalmente, a abusar del poder. En palabras de Carla Huerta:

“En consecuencia, es necesario para el buen funcionamiento de un Estado, que el poder sea controlado. A través de la historia se han buscado formas de limitar el ejercicio del poder y evitar la posibilidad de su incremento arbitrario, hasta llegar a la época contemporánea en que se han establecido en las Constituciones un conjunto de disposiciones encaminadas a limitar las esferas de competencia de los detentadores del poder, y a asegurar ciertos

⁵⁷⁹ Huerta Ochoa, Carla, *Mecanismos constitucionales...* Op. Cit., p. 18-19. Y señala: “Es verdad que hay diversidad de medios, unos más drásticos que otros, como reconocer el derecho legítimo de un pueblo a la rebelión, tal como afirmaban los teólogos juristas: “ Y si el rey cambiase en tiranía su potestad justa abusando de ella para daño manifiesto de la ciudad, podría el pueblo usar de su potestad natural para defenderse” ,5 afirma Francisco Suárez; mientras que el padre De Mariana⁶ afirmaba que el pueblo puede y debe levantar- se contra la tiranía, sustituyéndola por el orden verdadero, por lo tanto que el pueblo tiene derecho a la revolución.

Empero, lo ideal sería recurrir a medios no violentos, racionales: la reforma antes que la revolución. Para evitar que el pueblo se levante en armas se debe buscar la manera de limitar el ejercicio del poder mediante el establecimiento de controles que garanticen el correcto funcionamiento de las limitaciones pro- puestas, impidiendo así la posibilidad de volver a incurrir en nuevos abusos del poder.”, p. 19

derechos a los ciudadanos. Esto no significa que la Constitución sea el único medio de controlar el poder, sino que por ser ley suprema es el instrumento idóneo para articular sistemas de control. Es debido a la tendencia de quien ostenta el poder político a aumentarlo que surge la necesidad de restringirlo, de limitar a los detentadores de poder y sujetarlos a medios de control, pues el poder político que no es controlado degenera, no sólo a los hombres, sino también a las formas de gobierno ⁵⁸⁰

Recordemos que, a decir de Maurizio Fioravanti:

“[El constitucionalismo moderno es una] técnica específica de la limitación del poder con la finalidad de garantía, [el cual] nace no con las Declaraciones de derechos de la revolución francesa, sino más bien con la Constitución federal americana de 1787. La afirmación sorprenderá, seguramente, a quien está habituado a reconocer en la revolución francesa el origen de nuestros sistemas políticos orientados en sentido liberal democrático. El hecho es que en esta opción a favor de la revolución americana ocupa un lugar determinante una cultura de derechos y libertades esencialmente distinta de la afirmada con la revolución francesa. Vuelven aquí en primer plano los modelos que hemos individualizado [historicista, individual y estatista]... Si la revolución francesa tiende a combinar...el modelo individualista con el estatista, definiéndose por oposición con el pasado de antiguo régimen y excluyendo totalmente la componente historicista, la revolución americana, por su parte, tiende a combinar individualismo e historicismo, excluyendo de sus propios horizontes las filosofías estatistas europeas de la soberanía política. Y precisamente en esta combinación algunos ven la mejor expresión posible del constitucionalismo moderno en materia de derechos y libertades.”⁵⁸¹

⁵⁸⁰ *Idem.*, p. 20. Y apunta: “El poder es una fuerza, que se manifiesta en una capacidad de dominación, misma que puede transformarse en una pasión negativa y peligrosa. El poder político es una fuerza que se traduce en la posibilidad de decidir por terceros, de sustituir su voluntad, de ordenar y ser obedecido en relación con cuestiones fundamentales para un Estado en virtud de una relación jerárquica de supra subordinación. Es por lo anteriormente expuesto y por los numerosos ejemplos que nos ha dado la historia, que se hace patente la necesidad de limitar el ejercicio del poder político y de convertirlo en objeto de un sistema de control. Las Constituciones modernas positivizan el ejercicio del poder y establecen medios de acceso a él, así como límites y controles para su ejercicio.”, p. 21.

⁵⁸¹ Fioravanti, Maurizio, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, Trotta, 2ª ed., Es., 1998, p. 77.

La Constitución genera su teorización, y de los temas imprescindibles para su adecuado conocimiento están el de los límites y control del poder político. Así, desde sus planteamientos teóricos, Manuel Aragón marca que la teoría constitucional del control:

“...ha de ser, al mismo tiempo, una teoría del control ‘constitucionalmente adecuada...no porque sea entendida como teoría de una Constitución concreta, sino porque debe plantearse como teoría de un tipo concreto de Constitución...Hacer hoy teoría general en el Derecho Constitucional sigue teniendo sentido, pero únicamente si se la concibe como teoría general de una forma política específica o, en términos jurídicos, de una específica forma de Estado, porque justamente es dentro de esa especificidad donde cabe el uso ‘comprensivo’ de los términos comunes, es decir, el empleo válido de categorías generales. Sólo es Constitución ‘normativa’ la Constitución democrática y sólo a partir de ella puede configurarse el Estado constitucional como forma política o el Estado de Derecho como Estado constitucional. De ahí que sólo en el Estado constitucional así concebida la teoría del control se presente como parte inseparable de la teoría de la Constitución, precisamente porque ambos términos, control y Constitución, se encuentran allí indisolublemente enlazados.”⁵⁸²

Con base en el hecho de que la teoría constitucional del control cobra pleno sentido en el Estado Constitucional democrático, Manuel Aragón parte de la hipótesis, que corrobora ampliamente, de que el control es un elemento inseparable del concepto de Constitución⁵⁸³. Señala que en la tradición del Derecho Público Europeo se han confundido excesivamente limitación y control, y considera que ningún autor niega radicalmente el vínculo entre Constitución y limitación del poder, pero una cosa es la erradicación de la arbitrariedad (cita a Gerber y a Kelsen, positivistas) y otra cuestión es la de “...asentar la Constitución en la idea de control, supuesto

⁵⁸² Aragón Reyes, Manuel, *Constitución... Op. Cit.*, pp. 16-17.

⁵⁸³ *Idem.*

que invalida, frontalmente, por ejemplo, la tesis positivista de la 'autolimitación'"⁵⁸⁴.

En la comprobación de la hipótesis mencionada, Manuel Aragón hace un recorrido histórico y señala que la teoría británica en el siglo XVIII hace referencia a una "Constitución bien equilibrada" a partir de diferenciar los campos de actuación del poder del Estado⁵⁸⁵, y que desde la *Carta Magna Libertatum* de 1215, los poderes reales no han disminuido. Lo importante no es sólo la limitación del poder sino el modo en que se limita. Lo modos son básicamente dos: la concepción de la ley como regla general y la concepción plural del poder⁵⁸⁶. Respecto de esta última apunta la idea de la "forma mixta de gobierno"⁵⁸⁷:

"La concepción plural del poder en la 'forma mixta' no significa división de poderes sino 'participación' en el poder de los distintos estamentos y, a la vez, confusión y no separación de competencias: cada órgano realiza varias funciones y cada función es realizada por varios órganos. En verdad, más que concepción de un poder plural, lo que existe es una concepción plural del ejercicio del poder. Lo importante es que la participación y confusión generan, irremisiblemente, una serie de controles, de muy variada naturaleza, sí, pero de inescusable observancia. La 'forma mixta', sin embargo, como institución de raíces medievales, se transformará poco a poco, en el siglo XVIII, con el cambio de la sociedad estamental a la sociedad burguesa, a la nación de 'ciudadanos, en otro modelo: el de la 'Constitución bien equilibrada', el del *balance of Powers*."⁵⁸⁸

⁵⁸⁴ *Idem*, p. 17.

⁵⁸⁵ *Idem*, pp. 17-21.

⁵⁸⁶ *Idem*, p. 18

⁵⁸⁷ Señala Manuel Aragón: "...mientras que el *rule of law*, cada vez más fortalecido, continuaría de modo casi invariable hasta nuestros días, el otro medio a través del cual se articula la limitación, el de la concepción plural del poder, experimentará notables modificaciones. Hasta el siglo XVII adoptaría el modelo de la 'forma mixta de gobierno', ya apuntado por Fortescue, que no hacía más que recoger la vieja de Aristóteles, Polibio y Santo Tomás," p. 19.

⁵⁸⁸ *Idem*, pp. 19-20.

Un punto relevante que destaca Manuel Aragón es el inherente a la libertad civil, refiriendo que las aportaciones de Locke, más dirigidas a la división de poderes que al equilibrio de poderes, impactarían en la construcción teórica y en la práctica de los *checks and balances*. Al respecto señala que:

“...el modelo de los *checks and balances* es ante todo empírico y funcional, no casual...el equilibrio tiene como finalidad la libertad...El equilibrio, en suma, no es consecuencia de las relaciones humanas ‘naturalmente libres’, sino, por el contrario, requisito para que en esas relaciones humanas exista libertad. El sistema de frenos y contrapesos, de controles mutuos, se presentará así, para Blackstone, como un delicado artificio producido, poco a poco, por la historia de la teoría y de la práctica constitucional británica; la Constitución inglesa, dirá (en sus famosos *Commentaries on the Law of England*), está calculada para mantener la libertad civil.”

Respecto de Montesquieu, señala Manuel Aragón que no capta en toda su dimensión la complejidad de controles y fiscalizaciones que forman el delicado equilibrio de la Constitución inglesa: “Por supuesto que Montesquieu se plantea el problema de la necesidad de colaboración entre los poderes, pero lo hace de una forma relativamente simple: ‘Estos poderes deberían conducir a una situación de reposo o a una inacción (por los frenos mutuos); pero, dado el movimiento necesario de las cosas, esos poderes se verán forzados a moverse, y se verán forzados a concertarse’. El gobierno bien equilibrado es más complejo y su funcionamiento está regido más por ‘artificios’ jurídicos-políticos que por ‘el movimiento necesario de las cosas’.”.⁵⁸⁹

Por lo que hace al constitucionalismo francés, apunta Manuel Aragón que en la segunda mitad del siglo XIX estaría influido por las teorías de Locke y Montesquieu en mayor medida que las ideas del gobierno bien equilibrado,

⁵⁸⁹ *Idem*, p. 23.

y que ello se debía a la concepción rousseauniana de la democracia y de la ley⁵⁹⁰. La ausencia del equilibrio llevaría, señala Aragón, al establecimiento de una división de poderes con muy pocos controles o, negando dicha división a un régimen de asamblea, pues lo que teóricamente imperaba era la noción de “autolimitación” derivado del dogma de la voluntad de la mayoría⁵⁹¹.

Por su parte, en el constitucionalismo norteamericano, apunta Aragón, se instalaría un gobierno bien equilibrado importando la teoría inglesa de los *checks and balances*⁵⁹²:

“La Constitución federal [norteamericana] será fiel a la idea de frenos y contrapesos, a la interconexión de funciones, es decir, al sistema de ‘gobierno bien equilibrado’, estableciendo un veto presidencial, así como la intervención del Senado en los nombramientos de altos funcionarios (incluidos los jueces del Tribunal Supremo) y en las decisiones sobre política exterior, entre otros casos; obligando, en suma, a la colaboración entre poderes y poniendo en marcha una serie efectiva de controles, reforzados, desde la famosa sentencia de Marshall de 1803, con el propio control judicial de la constitucionalidad de las leyes. Por supuesto que no se organizaba un régimen parlamentario, sino que se inauguraba lo que después se llamaría régimen presidencialista, con la consiguiente independencia política del jefe de Estado, resultado de la legitimidad popular de su mandato, pero la idea que servía de base al edificio constitucional era, indudablemente, la consideración del *balance of powers* y de los controles recíprocos como elemento fundamental del ‘Estado libre o constitucional’ (Hamilton)”⁵⁹³.

Manuel Aragón, cierra la referencia a Norteamérica con las palabras siguientes:

⁵⁹⁰ *Idem*, pp. 23-24.

⁵⁹¹ *Idem*, pp. 24.25.

⁵⁹² *Idem*, p. 26.

⁵⁹³ *Idem*, p. 27.

“La institucionalización de una diversidad de controles, la concepción pluralista del poder y de la propia democracia y el enlace de ésta con la existencia de una fuerte opinión pública (constatada en Gran Brttaña por Dicey en su *Law and public opinión in England*, y en los Estados Unidos por Bryce en su *American Commonwealth*) vendrán a negar, justamente, la veracidad de la conocida frase de Rousseau de que ‘los ingleses se creen que son libres y se equivocan, porque sólo lo son en el momento de votar’. La frase valdría, en verdad, para la propia democracia rousseauiniana (una democracia sin controles), pero no para la democracia anglosajona (una democracia con controles). Para el constitucionalismo norteamericano, hasta hoy...el control es un elemento inseparable del concepto de Constitución”.⁵⁹⁴

Para el siglo XIX la situación en Europa, refiere Manuel Aragón, es de debilidad de los instrumentos de control, pero para el siglo XX, se da una recuperación de la idea de la Constitución bien equilibrada en el siglo XX.⁵⁹⁵

Aragón, concluye que la evolución histórica de las relaciones entre Constitución y control del poder muestra que, actualmente, el control es un elemento imprescindible del Estado de Derecho democrático y social⁵⁹⁶:

“...No es concebible, pues, la Constitución como norma, y menos la Constitución del Estado social y democrático de Derecho, si no descansa en la existencia y efectividad de los controles. De ahí que éstos se hayan ampliado y enriquecido en la teoría y en la práctica constitucional de nuestro tiempo, como garantías de una compleja división y limitación del poder, o, si se quiere, de un complicado sistema pluralista al que la Constitución, preservando y regulando su equilibrio, es capaz de dotar de unidad. La creación de tribunales constitucionales, la aplicación de la Constitución por los jueces, en suma, es sólo una faceta, aunque sea la más relevante de este sistema. Junto al control de constitucionalidad de las leyes, de los reglamentos y de otros actos del poder público e incluso del poder

⁵⁹⁴ *Idem*, p. 28.

⁵⁹⁵ *Idem*, Manuel Aragón desarrolla estas afirmaciones en el subapartado titulado: “1.5. La situación en Europa: debilidad de los instrumentos de control en el siglo XIX y recuperación de la idea de la Constitución bien equilibrada en el siglo XX.”, pp. 28-34.

⁵⁹⁶ *Idem*, Manuel Aragón llega a tal afirmación en el subapartado titulado: “1.6. El control como elemento clave en la Constitución del Estado de Derecho democrático y social.”, pp. 34-37.

social o de los particulares (*drittwirkung*), o a la resolución jurisdiccional de los conflictos de atribuciones o de competencias, la ampliación y eficacia de los controles se manifiesta en la completa sumisión de la Administración a la ley, con la desaparición de ámbitos exentos, en el establecimiento de nuevas instituciones de fiscalización (como la figura del *ombudsman*), en la extensión del control parlamentario a actividades o entidades de carácter administrativo, en la multiplicación, por vías formales, de otros medios de control del poder a cargo de asociaciones, sindicatos o grupos de interés e incluso la creación (para determinados ámbitos: Consejo de Europa, Comunidades Europeas) de instrumentos supranacionales, políticos y jurídicos de control.”⁵⁹⁷

Enseguida, Manuel Aragón, analiza la contraposición entre concebir la Constitución como norma abierta o como sistema material de valores⁵⁹⁸, y señala que es una falsa contraposición⁵⁹⁹, pues realmente coexisten ambas concepciones, las cuales tienen en común la concepción de la Constitución democrática.

La primera posición implica que “la democracia consiste en el reconocimiento y la garantía del pluralismo político y, en consecuencia, la Constitución debe ser concebida como una norma ‘abierta’ capaz de asegurar la libertad de todas las alternativas”⁶⁰⁰.

En cambio, en la segunda posición están los que sostienen que la Constitución implica un sistema material de valores, “la democracia no puede identificarse sólo con el pluralismo, sino que descansa en una serie de valores (libertad, igualdad, participación, dignidad de la persona, etc.) sin los cuales la democracia resulta inconcebible e irrealizable y, por ello, la

⁵⁹⁷ *Idem*, pp. 36-37.

⁵⁹⁸ Contraposición que no hay que confundir con la ya superada discusión entre el concepto positivista y el concepto principialista de Constitución.

⁵⁹⁹ Esta contraposición está íntimamente ligada con el debate en el que se contraponen la democracia procedimental y la democracia sustantiva. *Idem*, p. 41

⁶⁰⁰ *Idem*, p. 41-42

Constitución ha de ser una norma que exprese y garantice ese 'sistema material de valores'""⁶⁰¹, y precisa que la primera posición surgió como reacción a la segunda.

Respecto de la posición por la que se considera a la Constitución como un sistema material de valores, Manuel Aragón señala:

“Lo que se ha llamado ‘el nuevo iusnaturalismo’ o la concepción ‘sustancial’ de la democracia, florece, como se sabe, en Europa después de la II Guerra Mundial como reacción teórica frente al positivismo y como reacción práctica frente a las pasadas experiencias del nacional-socialismo y el fascismo. En el Campo del Derecho Constitucional ello no significará, por supuesto, la asunción pura y simple de los ‘derechos naturales’ como fuente, aunque en el constitucionalismo norteamericano así fue hasta hace pocas décadas, y no hay más que repasar la jurisprudencia del Tribunal Supremo federal para comprobarlo, sino la concepción de los derechos fundamentales como núcleo sustancial de la propia Constitución.”⁶⁰²

Como reacción a esta posición dada la indeterminación de los valores (materiales) se origina la mencionada primera posición que ve a la Constitución como un orden abierto de valores, es decir, un pluralismo valorativo permitiéndose el libre juego de ellos. A decir de Manuel Aragón “[s]e trata, pues, de abandonar los valores ‘materiales’ y sustituirlos por los valores ‘procedimentales’, únicos que garantizan...una verdadera libertad y, en consecuencia, una auténtica democracia.”⁶⁰³

Considera Manuel Aragón, como se ha señalado, que se trata de una falsa contraposición:

⁶⁰¹ *Idem*, p. 42.

⁶⁰² *Ib.*

⁶⁰³ *Idem*, p. 45.

“...el problema más delicado de esta polémica, o si se quiere lo que constituye la raíz más profunda y atractiva de este enfrentamiento entre el ‘sustancialismo’ y el ‘procedimentalismo’, radica en la imposibilidad que existe, a mi juicio, de que ambas puedan negarse enteramente. Se trata, pues, de un falso enfrentamiento...Al partir ambas teorías de un supuesto común (la Constitución tiene por objeto la garantía de la libertad), la discrepancia en los medios, cuando se da la coincidencia en ‘ese’ fin, está abocada, casi necesariamente, a no ser irreductible. ... Sin embargo, la solución no está en el establecimiento de un promedio ‘cuantitativo’...Las tesis de los valores ‘materiales’ incluyen dentro de ellos... a las cláusulas que determinan la forma de Estado, es decir, que establecen la titularidad y el ejercicio democrático y controlado del poder; las tesis de los valores ‘adjetivos’ incluyen dentro de ellos...a los derechos fundamentales (como ‘garantías’ de la libertad); defensores de la tesis de los valores ‘materiales’ aceptan, en su mayoría, que en la Constitución hay cláusulas ‘abiertas’, además de cláusulas ‘cerradas’; los defensores de los valores ‘adjetivos’, aunque sostienen que todas las normas constitucionales son ‘abiertas’, cuando conciben como cláusula ‘fundamental’ la del poder representativo...están admitiendo, tácitamente, que esa cláusula es ‘cerrada’ (es decir, caracterizada por un significado unívoco) puede funcionar como cláusula permanente de ‘apertura’ del sistema constitucional...”⁶⁰⁴

Para Manuel Aragón, el control es la bisagra entre la Constitución instrumental y la Constitución finalista, pues este doble carácter se manifiesta en la Constitución cuando en ella se establecen los fines del poder y la regulación de su estructura de acuerdo con los fines que determina alcanzar.⁶⁰⁵

Concluye Manuel Aragón:

“Para una teoría constitucional adecuada a la única Constitución ‘normativa’ posible, que es la Constitución democrática, el control es el elemento que, al poner en conexión precisamente el doble carácter instrumental y legitimador de la Constitución, impide que ambos caracteres puedan disociarse. El control pasa a ser así un

⁶⁰⁴ *Idem*, p. 46.

⁶⁰⁵ *Idem*, p. 54.

elemento inseparable de la Constitución, del concepto mismo de Constitución. Cuando no hay control, no ocurre sólo que la Constitución vea debilitadas o anuladas sus garantías, o que se haga difícil o imposible su ‘realización’, ocurre, simplemente, que no hay Constitución.”⁶⁰⁶

Después de la referencia a la evolución histórica del control constitucional y señalar que la Constitución tanto es norma abierta como sistema material de valores y que también conjuga una proyección instrumental y una proyección finalista, Manuel Aragón pasa a analizar algunos aspectos conceptuales del control.

En síntesis, señala que si bien el término control tiene varias acepciones desde la perspectiva constitucional presenta un sentido unívoco: “considerar al control como el vehículo a través del cual se hacen efectivas las limitaciones del poder”.⁶⁰⁷ Señala que bajo las diversas modalidades de control, básicamente, parlamentario, jurídico, social, y considerando sus diversas acepciones (freno, vigilancia, dominio, revisión), la idea común es “hacer efectivo el principio de limitación del poder”⁶⁰⁸, y, así los medios de control tienen como fin único “fiscalizar la actividad del poder para evitar sus abusos.”⁶⁰⁹.

Manifiesta Manuel Aragón que, por la pluralidad de medios de control, la diversidad de objetos de control y los institutos en que se manifiesta el control no es posible presentar un concepto único de control⁶¹⁰. Lo que hay es una heterogeneidad de medios o instrumentos de control, pues éste se manifiesta de múltiples formas cuyas características son diferentes.

⁶⁰⁶ *Idem*, p. 54.

⁶⁰⁷ *Idem*, p. 55.

⁶⁰⁸ *Idem*, p. 57.

⁶⁰⁹ *Idem*, p. 57.

⁶¹⁰ *Id.* Apunta que la heterogeneidad de medios de control es tal que obliga a pluralidad conceptual.

El dato empírico de tal heterogeneidad viene dada por los objetos de control: normas jurídicas, actos de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial; por quienes ejercen control respecto de los cuales también la variedad es basta e incluye órganos estatales y no estatales; momento de ejercer control: previo y posterior, y en fin otros criterios: control de legalidad, de constitucionalidad, de oportunidad, de eficacia, controles en los que hay absoluta libertad de evaluación como en el caso del auténtico control político⁶¹¹.

Todo ello, insiste Manuel Aragón, lleva a que sea poco fructífero construir un concepto único de control, por lo que es mejor tener en cuenta que lo que hay es una pluralidad conceptual del control, es decir, "...la teoría constitucional del control ha de abarcar a éste a través de una pluralidad conceptual que permita distinguir las diversas modalidades que adopta el control..."⁶¹². Ante esta propuesta debe considerarse diferenciar entre limitación y control, pues a decir del autor que seguimos en este punto, allí está la raíz del problema, además de analizar la diferencia entre control y garantía⁶¹³: "Limitación y control se presentan...como dos términos fuertes implicados, en cuanto que el segundo viene a garantizar, precisamente, la vigencia del primero. Poder limitado es, en consecuencia, poder controlado, pues limitación sin control significa, sencillamente un contrasentido..."⁶¹⁴.

En los actuales Estados Constitucionales de Derecho el poder político se distribuye funcionalmente en tres grandes poderes públicos: el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial y, además, si el Estado de que se trate asume el sistema

⁶¹¹ *Idem*, p. 58.

⁶¹² *Idem*, p. 63.

⁶¹³ *Idem*, p. 64.

⁶¹⁴ *Id.*

federal, el poder político se distribuye entre los órdenes de gobierno, los cuales, a su vez, lo distribuyen a sus poderes públicos. Así, señala Carla Huerta:

“Es mediante la distribución de competencias entre los órganos del Estado creados por la Constitución ... que el poder político queda determinado dentro del ámbito jurídico, establecido en el momento mismo de la creación de la norma fundamental. Por lo tanto, se circunscribe a las funciones previstas, y su ejercicio corresponde a los órganos constituidos conforme a los contenidos y procedimientos establecidos, en congruencia con la Constitución y el resto del orden jurídico.”⁶¹⁵

Esa determinación del poder político refleja la división de poderes que al consistir en mecanismos de distribución de competencias implica el principio de legalidad: la autoridad sólo puede hacer lo que se le autoriza, incluso el sistema federal al implicar distribución de competencias entre órdenes de gobierno también es una forma de limitación, y constituyen limitaciones muy importantes, pero hay otras que lo limitan al crear pautas de actuación, positivas o negativas, a las que debe sujetarse como lo son los derechos humanos.

Pero las limitaciones no son suficientes, pues se requiere medios de control que garanticen la efectividad de las limitaciones impuestas al poder políticos, es decir, a la actividad estatal.⁶¹⁶

⁶¹⁵ Huerta, Carla, *Mecanismos...*, Op. Cit., p. 24.

⁶¹⁶ *Idem*, p. 26. Señala Carla Huerta: “Las limitaciones establecidas en la Constitución, tales como los derechos fundamentales, el principio de legalidad, la división de poderes, el federalismo, etcétera, tienen como fin, garantizar la vigencia de la soberanía nacional al establecer jurídicamente patrones mínimos de comportamiento a los cuales deben adecuar su actuación los funcionarios públicos, que no es otra cosa sino el principio de legalidad.

Pero las limitaciones en sí no son suficientes, sino que requieren de medios de control que las garanticen, haciéndolas efectivas. Es preciso entonces establecer qué funciones corresponden a qué funcionarios, determinar quién será el responsable de efectuar qué competencia. Y para evitar la

El control en los sistemas jurídicos dado que éstos son altamente complejos, no es lineal sino que se proyecta en un conjunto de medio, mecanismos, procedimientos e instituciones abocadas a hacer efectivos los límites y equilibrios que se establecen para el adecuado funcionamiento de las actividades estatales y, así, garantizar los derechos fundamentales, la división de poderes, el sistema federal, el funcionamiento de la democracia, por mencionar los elementos fundamentales de un estado Constitucional de Derecho.⁶¹⁷ De ello deriva que hay que diferenciar entre control y garantía: el primero es un mecanismo de evaluación respecto de si algo cumple con los parámetros que le son impuestos, y la garantía es el mecanismo concreto por el cual se lleva a cabo la evaluación respectiva, de tal manera que control y garantía son correlativos y que sólo se trata de una diferenciación analítica, pues realmente conforman una unidad funcional a la que hay que agregar la noción de límites y así completar tal unidad funcional: límites/controles/garantía para que el ejercicio del poder público proyecte toda su potencialidad sin incurrir en abusos y arbitrariedades, pues prever controles cuyo objeto es el poder político -actividad estatal- es en sí un incentivo para el correcto ejercicio del poder y sólo cuando éste se desvíe entran a escena las garantías de control y que consisten en los mecanismos para verificar si hay un abuso de poder.

Por lo que hace a la diferencia entre limitación y control, así como de garantía, Carla Huerta señala:

arbitrariedad y el abuso, deben dejarse esas disposiciones escritas en un documento, así como darles fuerza legal para que sean obedecidas.

Para Konrad Hesse la Constitución tiene, entre otras funciones, la de limitar el poder estatal y preservarla de su abuso, ordenando el proceso de formación de unidad política, mediante la delimitación de las atribuciones a los poderes estatales, la regulación procesal de su ejercicio y el control de los mismos.”, p. 26

⁶¹⁷ *Idem.*, p. 36-37.

“Las limitaciones establecen las fronteras a las posibilidades de actuación de los órganos de gobierno. Pero el poder puede excederse, rebasar dichas fronteras y transformarse en un mandato arbitrario. La función del control es vigilar la observancia y respeto de las limitaciones. Una forma efectiva y permanente de establecer limitaciones es por medio del derecho, tanto en la Constitución como en la ley, los decretos o los reglamentos, en virtud de su fuerza obligatoria ... establecer limitaciones sin un medio de control es inefectivo y poco realista, pero no es válido pensar que los controles permiten asegurar que la conducta no deseada no se verificará. Por ello es oportuno diferenciar también los conceptos de control y garantía.

Las garantías son los medios que permiten asegurar los derechos y protegen la libertad de los abusos que la autoridad pudiera cometer. Las limitaciones son un tope al ejercicio del poder, pero no garantizan que no se incurrirá en tales abusos. Es únicamente a través de los diversos instrumentos de control como se logra garantizar la efectividad de las limitaciones establecidas.”⁶¹⁸

Las limitaciones propias del Estado constitucional se pueden diferenciar en limitaciones no institucionalizadas y limitaciones institucionalizadas, clasificación que se corresponde con controles generales y difusos (garantías sociales, opinión pública y medios no públicos de presión) y que suelen identificarse como controles sociales; las limitaciones institucionalizadas se vinculan con controles también institucionalizados y se clasifican en controles políticos y jurídicos. Los políticos tienen la peculiaridad de ser subjetivos y de ejercicio optativo o potestativo, en cambio los controles jurídicos están objetivados y su ejercicio, por regla general, es obligatorio. La estructura que expone Manuel Aragón es la siguiente⁶¹⁹:

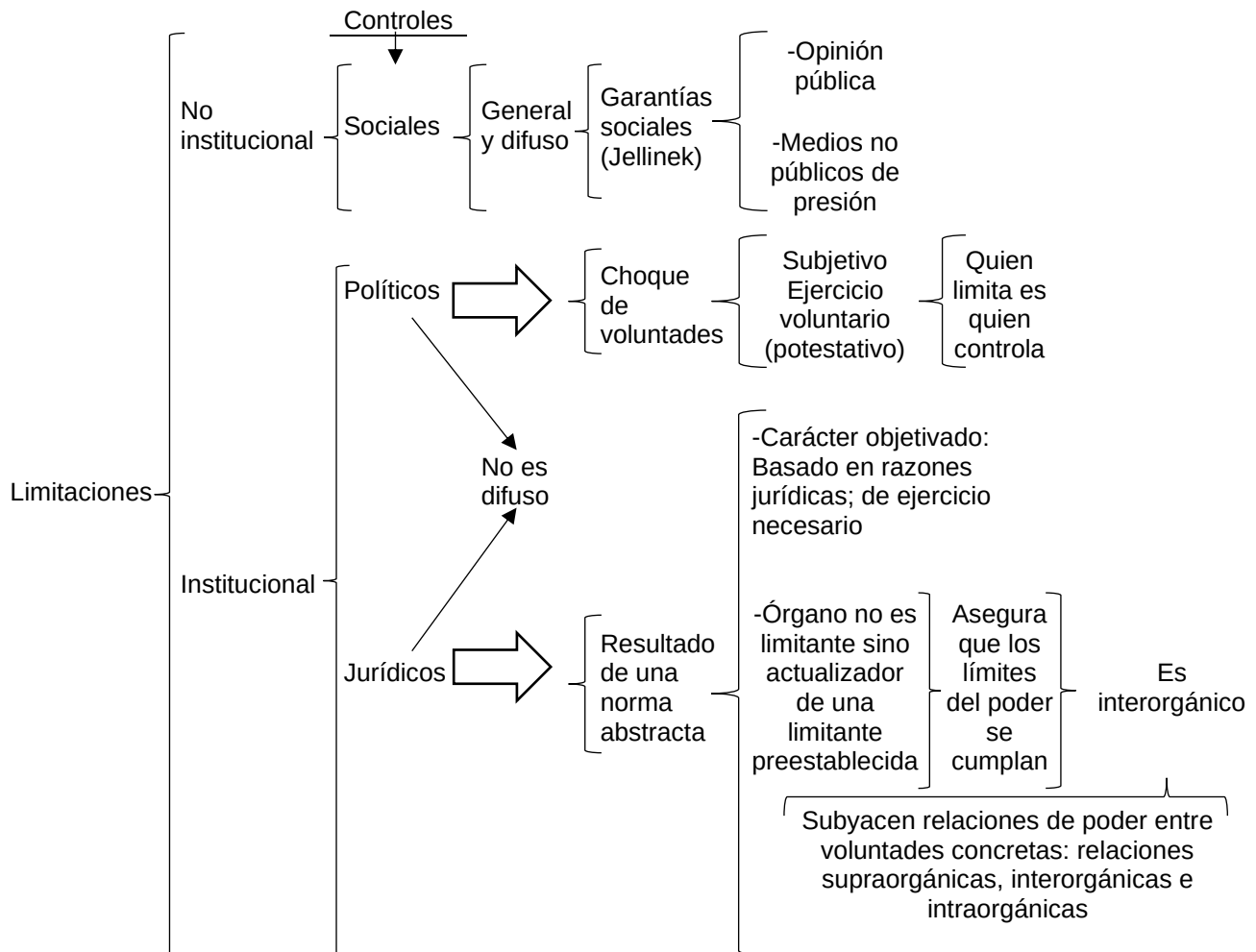
Así, los controles, básicamente, se clasifican en políticos, jurídicos y sociales, y a los que habría que agregar más diferenciación, como veremos más

⁶¹⁸ Huerta, Carla, *Mecanismos... Op. Cit.*, p. 53.

⁶¹⁹ *Idem*, pp. 63-67.

adelante, si se considera el espacio estatal y el espacio internacional, pues en este último también se dan controles políticos, jurídicos y sociales.

Esquema 77. Limitaciones y controles⁶²⁰



Una expresión de estos controles dentro de la dogmática de los derechos Humanos lo encontramos en Pisarello, Gerardo, autor que señala:

“...debería tratarse de una reconstrucción unitaria, es decir, debería partir de la interdependencia e indivisibilidad de todos los derechos civiles, políticos y sociales, tanto en términos axiológicos como

⁶²⁰ *Idem*, pp. 64-65

estructurales...debería tratarse de una reconstrucción compleja de las garantías de los derechos, tanto por lo que respecta a los sujetos encargados de protegerlos cuanto a las escalas en las que dicha tutela puede tener lugar. Una percepción de este tipo contribuiría, ante todo, a escapar a la tentación de reducir la cuestión de la exigibilidad de los derechos sociales a la de su justiciabilidad. De lo que se trataría, por el contrario, es de señalar la existencia de múltiples órganos e instituciones que pueden y deben intervenir en su protección, con prioridad incluso sobre aquellos de tipo jurisdiccional: desde los órganos legislativos y administrativos hasta las diversas variantes de órganos externos de control, como las defensorías del pueblo o los tribunales de cuentas. Paradójicamente, esta perspectiva más compleja de la exigibilidad de los derechos sociales posibilitaría presentar de manera menos escéptica la cuestión de la tutela jurisdiccional de los mismos. Una vez asumido, precisamente, que las vías jurisdiccionales no pueden ser ni la única ni la principal vía de satisfacción de los derechos sociales, sería posible mostrar de manera coherente que son, sin embargo, vías posibles y convenientes de protección, y que todos los derechos, de manera potencialmente equivalente, presentan facetas que pueden ser objeto de exigibilidad, control y reparación por parte de tribunales independientes... Finalmente, una reconstrucción democrática de las garantías de los derechos sociales debería ser más participativa y menos institucionalista.”, p. 112. Así, este autor refiere garantías políticas, garantías jurisdiccionales y garantías sociales, las cuales se combinan para integralmente proporcionar una mejor promoción, respeto, protección y garantía de los derechos sociales. (pp. 114-138) ⁶²¹

Respecto de la distinción entre control y garantía, el primero funciona como garantía de la limitación⁶²². No obstante, en la doctrina las relaciones y, por ende, las diferencias no son pacíficas, ya que al entrar en escena la locución garantías constitucionales se ha entendido, sobre todo en la doctrina italiana, que de lo que se trata es de la regularidad de la Constitución. Así,

⁶²¹ Pisarello, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías ...*, Op. Cit., Apartado 6, “Los derechos sociales y sus garantías: por una reconstrucción democrática, participativa y multinivel”, p. 112. Así, este autor refiere garantías políticas, garantías jurisdiccionales y garantías sociales, las cuales se combinan para integralmente proporcionar una mejor promoción, respeto, protección y garantía de los derechos sociales. (pp. 114-138)

⁶²² *Idem*, p. 67.

refiere Manuel Aragón, para autores como Romano, Salvi, Galeotti, De Fina, Ferrari, Lavagna y otros, el término garantía tiene mayor amplitud que el de control y, para casi todos, la garantía envuelve al control⁶²³; la excepción es Galeotti para quien el control está inmerso en la garantía solamente cuando se trata del control de constitucionalidad⁶²⁴.

Propone Manuel Aragón que lo primero que hay que hacer es diferenciar la noción general de garantía de la noción específica de garantía constitucional, y posteriormente diferenciarlas del control:

“Las garantías son los medios a través de los cuales se asegura el cumplimiento de las obligaciones (desde el punto de vista subjetivo) o de normas o principios (desde el punto de vista objetivo). Las ‘garantías constitucionales’ son, en consecuencia, los medios a través de los cuales se asegura el cumplimiento de la Constitución. Conviene no confundirlos con las ‘garantías institucionales’ que son sólo un grupo reducido de aquéllas. En definitiva, las ‘garantías constitucionales’ son un tipo de garantías no ‘subjetivas’ sino ‘objetivas’ y que aseguran no el cumplimiento de cualesquiera normas o principios sino sólo de las normas y principios constitucionales.”⁶²⁵.

En cuanto a las relaciones entre garantías y control, Manuel Aragón señala:

“Hay que decir, en principio, que el control es una garantía, pero que el control no es todas las garantías. Unas veces el control opera como única garantía, otras hacen efectivas garantías preexistentes y otras pone en marcha garantías subsiguientes que a su vez hacen efectivas a través de un también subsiguiente control. Y ello porque el término garantía es más amplio que el de control, aunque a veces pueda confundirse con él. La ausencia de una delimitación clara entre ambas categorías, que se arrastra desde Jellinek, ha sido, a mi juicio, el semillero de las ambigüedades doctrinales que sobre esta cuestión se manifiestan. Las limitaciones del poder se encuentran garantizadas a través de

⁶²³ *Idem*, p. 67.

⁶²⁴ *Idem*, p. 67.

⁶²⁵ *Idem*, pp. 68-69.

diversos instrumentos (reserva de ley, cláusulas de rigidez constitucional, contenido esencial de los derechos fundamentales, garantías institucionales, declaración de ámbitos inmunes a la acción del poder, procedimientos de control, etc.) pero, de entre ellos, sólo los instrumentos de control aseguran la efectividad de esas garantías. En resumen, las limitaciones del poder descansan en garantías que exceden el ámbito de las estrictas ‘garantías constitucionales’ y, a su vez, la efectividad de esas garantías sólo se asegura mediante los instrumentos de control.”⁶²⁶

Una síntesis/contraste de los controles jurídico, político y social, siguiendo a Manuel Aragón sería el siguiente⁶²⁷:

Esquema 78. Caracterización entre control jurídico, control político y control social.

Control Característica	Jurídico	Político	Social
Objetivo	X Objetivado		X
Subjetivo		X Criterios basados en oportunidad y conveniencia política	X
Razones jurídicas	X Interpretación jurídica de la Constitución		X Interpretación jurídica de la Constitución
Razones políticas		X Capacidad de imponerse Interpretación política de la Constitución	X
Necesario	X		
Voluntario		X	X
Órgano imparcial, independiente, dotado de especial	X		Al ser Al perseguir fines políticos (V. gr. orientar gasto

⁶²⁶ *Idem*, p. 69.

⁶²⁷ *Idem*. En la elaboración del esquema se consideran los apartados IV, El control jurisdiccional como paradigma del control jurídico; V. Características del control político. Sus diferencias con el control jurídico y el control social; y VI. A modo de ejemplo: el control parlamentario como control político.

conocimiento técnico			público) parcial y dependiente respecto de sus intereses
Órgano político		X Ejerce control bajo una situación de supremacía o jerarquía y, por ende, somete La situación autónoma del órgano controlado no es obstáculo para controlarlo (someterlo)	
Objeto	Actos de órganos o autoridades	Personas u órganos en sentido político	Acto de gobierno o personal públicas
Parámetro de control	Predeterminado (normas abstractas) Indisponible	Indeterminado o no necesariamente predeterminado Disponibile	Cualquier parámetro que se utilice para evaluar el acto gubernamental
Control institucionalizado	X La competencia para controlar debe estar reconocida jurídicamente y está basada en la función jurisdiccional	X La competencia para controlar debe estar reconocida jurídicamente	No está institucionalizado Derecho a ejercer control con base en libertades públicas Su finalidad es política, pero eso no lo convierte en control político No hay un procedimiento reglado y específico para controlar
Resultado positivo o negativo	X Desaprobatorio lleva a consecuencia jurídica: anulación acto	X Desaprobatorio puede producir efectos sancionatorios, pero <i>per se</i> no tiene esos efectos Efectos no vinculantes no significa que se eliminen efectos políticos	X El control social, cuando se echa a andar, generalmente implica la desaprobación de un acto de gobierno

Como se puede observar, algunas características pueden operar como criterios para clasificar las clases de control, pero como veremos más adelante, aun vistas esas características como criterios son insuficientes como más adelante veremos.

Por su parte Carla Huerta señala ocho criterios de clasificación del control en general: (1) modos de control (discrecional -político-, necesario -jurídico-; (2) objeto controlado (normas o actos); (3) órgano controlante (gobierno, Poder Legislativo, Poder Judicial, electorado); (4) Temporalidad (previo, posterior); (5) realización (conjunta: sucesiva o simultánea); (6) juridificación (extrasistémicos: generales y difusos y controles institucionalizados (jurídicos o políticos); (7) efectos: preventivos, de remediación, reparación y anulación; y (8) ámbito de actuación: verticales u horizontales (interorgánicos e intraorgánicos), los cuales, también, nos parecen insuficientes⁶²⁸.

En relación con el control de la constitucionalidad, Carla Huerta apunta nueve criterios: (1) modos de impugnación (control abstracto -independiente de la aplicación de la norma- y control concreto -con motivo de su aplicación a un caso-); (2) objeto controlado (normas, actos); (3) tipo de órgano controlante (político, jurisdiccional, neutro, mixto); (4) Temporalidad (previo, posterior); (5) Realización (conjunta: sucesiva o simultánea); (6) distribución competencial (difuso; varios órganos; concentrado: un órgano especializado); (7) efectos (preventivos -control *a priori*-; de remediación -control *a posteriori*-; reparación -control *a posteriori*;

⁶²⁸ Huerta, Carla, *Mecanismos... Op. Cit.*, p. 46.

anulación -control *a posteriori*-); (8) modo de accionarlos (a petición de parte, de oficio); y (9) modo de protección (total, parcial).⁶²⁹

Un punto relevante que se debe destacar es el inherente al papel que juega el derecho en los controles jurídico, político y social. Así, Manuel Aragón señala⁶³⁰:

a) En el control jurídico el derecho es imprescindible y cuando es negativo conlleva la sanción respectiva: “[s]u expresión más alta es la justicia constitucional, *pero no, desde luego, su expresión única*, en cuanto que a su través lo que se pone de manifiesto es el conjunto de garantías jurídicas que caracterizan el Estado de Derecho.”⁶³¹

b) En el control político el derecho juega un papel importante pero no total (como si lo hace en el control jurídico): “No caracteriza el canon de valoración, ni los agentes de control, ni muchas veces el propio resultado, pero regula su procedimiento, es decir, formaliza, institucionaliza jurídicamente los instrumentos a través de los cuales el control se efectúa...tiene normativizada su tramitación y, en ese sentido,

⁶²⁹ *Idem.*, p. 52. Con este tema Aragón cierra su estudio sobre la teoría constitucional del control (una introducción).

⁶³⁰ Aragón, Manuel, *Constitución... Op. Cit.*, Apartado VII, El papel del Derecho en las diversas clases de control. Pp. 143 y sig.

⁶³¹ *Idem.*, p. 146 (las cursivas son nuestras).

garantizado su ejercicio por el propio derecho."⁶³²

- c) En el control social el derecho tiene un rol menos extenso, pero importante, y si bien no presenta procedimientos regulados, opera de manera difusa. No obstante, el derecho garantiza su ejercicio: "...el control social es objeto del derecho y objeto del estudio por lo juristas, bien que siempre de manera indirecta, es decir, a través de los derechos fundamentales, que son, exactamente, el presupuesto de su ejercicio: sólo en una sociedad de hombres libres puede haber control social del poder."⁶³³

Procede ahora hacer una revisión de la caracterización de las bases de la Teoría Constitucional del Control expuesta por Manuel Aragón y de la cual hemos destacado sintéticamente los puntos que nos parecen más relevantes.

En contraste con la realidad, el modelo es básico (se trata de una introducción como el mismo Manuel Aragón lo señala), pero toca los aspectos relevantes de la Teoría Constitucional del Control, en especial los vínculos con las teorías de los pesos y contrapesos y de los frenos y balances del poder político, así como de su evolución histórica, pues son indispensables para comprender el actual estado del arte en la materia del control político.

⁶³² *Id.*

⁶³³ *Idem*, p. 147.

Asimismo, destaca la premisa consistente en considerar que el control es imprescindible en la teoría constitucional y, por ende, del texto constitucional del Estado Constitucional de Derecho.

La teoría expuesta por Manuel Aragón contiene los elementos consustanciales mínimos y, por ende, básicos, para la comprensión de la actividad constitucional del control, pero de ello no se sigue que allí se agote el tema.

En efecto, se requiere desarrollar aún más diversos aspectos e introducir varios matices respecto de los criterios o caracteres que resalta Aragón como, por ejemplo, el inherente al resultado del control jurídico en su modalidad de justicia constitucional, pues cuando el resultado es negativo el acto se anula entendiéndose que tal anulación es general, pero no siempre ocurre así en atención a los efectos entre partes y los efectos *erga omnes*.

Otro ejemplo es el relativo a la utilización de procedimientos reglados por parte de sujetos que ejercen control social, circunstancia que marca que si bien, genéricamente, el control social se considera control difuso no implica que no pueda servirse de procedimientos regulados jurídicamente y de ello no se sigue que deje de ser control social difuso por utilizar tales procedimientos aunque lo más visible es que el control social se sirva de mecanismos como el de la opinión pública a través de medios masivos de comunicación y, actualmente de forma relevante, de las tecnologías de la información y la comunicación en relación con las redes sociales y sí el calificativo de control social como control no institucionalizado no implica la exclusión de la utilización de procedimientos reglados.

Otro ejemplo es el correspondiente al parámetro de control que utiliza el control jurídico por antonomasia y que está referido al texto constitucional marginando otros parámetros como el convencional: el texto constitucional no agota el parámetro de control -evaluación- de la justicia constitucional. Parte del análisis pendiente que nos interesa por el objeto de nuestro estudio y que nos lleve a expandir las bases del modelo básico de la Teoría Constitucional del Control que hemos analizado, debe, entre otros puntos, basarse fundamentalmente en la premisa de que la justicia constitucional si bien es el paradigma del control jurídico, no es, como señala el mismo Manuel Aragón, su expresión única y, por tanto, se implica que existen otros medios o modalidades de control jurídico cuyo estudio ha marginado la propia Teoría Constitucional del Control.

Así, la pregunta es: ¿cuáles son los otros medios o modalidades de control jurídico diferentes a la justicia constitucional que juegan en la promoción, respeto, protección y garantía de los derechos humanos, en especial de los derechos sociales? Para aproximarnos a una respuesta, consideramos indispensable revisar la noción de control y desarrollar, explicitándolos, los elementos, características y criterios que estructuralmente subyacen a una teoría constitucional del control que tenga como núcleo dos ejes básicos:

- (a) La actividad estatal vista de manera integral, y
- (b) Como tal actividad se conecta con los derechos humanos, en especial de los derechos sociales.

2. Significación del término “control”: la actividad de control y sus elementos básicos

El término “control”⁶³⁴, conectado con el verbo controlar, significa ejercer la acción de controlar⁶³⁵ algo o a alguien⁶³⁶. Controlar refiere un proceso o

⁶³⁴ Señala Manuel Aragón Reyes: “El control sobre los poderes públicos es algo que ya se encuentra, aunque con otros nombres, en las formas políticas más antiguas, que reaparece, después de un cierto declive, en la organización medieval y que se expande con el Estado moderno. La noción de control es muy vieja; tanto, puede decirse, como la noción misma de organización. El nombre, en cambio, con el que se le designa es relativamente más joven, ya que arranca de hace solo seis o siete siglos. La palabra ‘control’ proviene del término latino-fiscal medieval *contra rotulum* y de ahí pasó al francés *contre-rôle* (*contrôle*), que significa, literalmente, ‘contra-libro’ es decir, ‘libro-registro’, que permite contrastar la veracidad de los asientos realizados en otros. El término se generalizó, poco a poco, hasta ampliar su significado al de ‘fiscalizar’, ‘someter’, ‘dominar’, etc. Aunque suele decirse que en el idioma inglés ‘control’ se refiere al dominio, a diferencia de lo que ocurre en francés, en el que el término se restringe más bien a ‘comprobación’, lo cierto es que la amplitud del significado se manifiesta en ambos idiomas, y en otros. En inglés significa ‘mando’, ‘gobierno’, ‘dirección’, pero también ‘freno’ y ‘comprobación’; en francés, ‘registro’, ‘inspección’, ‘verificación’, pero también ‘vigilancia’, ‘dominio’ y ‘revisión’; en alemán (*kontrolle*), ‘comprobación’, ‘registro’, ‘vigilancia’, pero también ‘intervención’, ‘dominio’ y ‘revisión’; en italiano (*controllo*), ‘revisión’, ‘inspección’, ‘verificación’, pero también ‘vigilancia’, ‘freno’ y ‘mando’. *El Diccionario de la Real Academia Española* otorga a la palabra los siguientes significados: ‘inspección’, ‘fiscalización’, ‘intervención’, ‘dominio’, ‘mando’, ‘preponderancia’. Si del análisis puramente lingüístico pasamos al examen de la utilización que de la palabra se hace en las normas jurídicas, la pluralidad de significados no desaparece, en cuanto que los ordenamientos suele encontrarse el término ‘control’ referido, como reconoce Galeotti, a fenómenos muy diversos (control parlamentario, judicial, administrativo, etc.) ...”, Aragón, Reyes, Manuel, *Constitución y control del poder...*, *Op. Cit.*, pp. 55-56. Para Carla Huerta, respecto del significado de control, “En el primer capítulo establecimos que el poder político, por virtud de la necesidad de limitar su ejercicio, se convierte en objeto de control. Conocemos el objeto y sus características, pero ¿qué es el control? En cualquier diccionario encontramos que la palabra “control” no se define como actividad, sino que se explica por medio de sinónimos; algunos de los cuales aluden a actividades tales como revisar, verificar, comprobar. Sin embargo, en el contexto jurídico la palabra control no se constriñe únicamente a supervisar las actividades de otros o las propias, sino que simultáneamente establece métodos que eviten el ejercicio abusivo del poder; es decir, que se acaten las limitaciones establecidas. Su función, pues, no es solamente vigilar el respeto a los límites, sino también evitar el abuso del poder, impidiendo que se lleven a cabo acciones que violen las normas que la establecen o, en su defecto, imponer sanciones a quienes se extralimiten en el ejercicio de sus funciones.”, Huerta, Carla, *Mecanismos...* *Op. Cit.*, p. 35.

⁶³⁵ Real Academia Española, *Diccionario...* *Op. Cit.*, voces: (i) *controlar*, léxicamente, refiere el verbo primordialmente transitivo que consiste en ejercer control sobre alguien o algo; (ii) *control* tienen como principales acepciones las actividades de comprobación, inspección, fiscalización e intervención.

⁶³⁶ *Ibid*, voces: algo, (1ª acepción) designa una realidad indeterminada cuya identidad no se conoce o no se especifica; alguien: (1ª acepción) Designa una o varias personas cuya identidad no se conoce o no se desvela.

actividad por la que se comprueba que algo reúne determinados requisitos o cumple ciertas condiciones. Bajo cierto nivel de análisis controlar es evaluar⁶³⁷.

El resultado de la actividad de control es una evaluación y ésta, como producto, determina si lo controlado cumple los parámetros de evaluación respectivos.

Controlar opera más como verbo transitivo⁶³⁸ que como intransitivo, pues casi siempre cabe la duda de qué es lo que se controla, es decir, para que la oración tenga sentido completo requerimos de información respecto de qué es lo que se controla, lo que normalmente se indica en el complemento o predicado directo, y se da sentido pleno a la oración (incluso la información requerida puede darse en el complemento o predicado indirecto).

Así, podemos decir que controlar es, primordialmente, un verbo transitivo por el que se refiere que se ejerce control sobre alguien o algo⁶³⁹. Hay que destacar, además, que la acción de control tiene un objetivo o una finalidad a partir de una razón, un motivo o una causa para controlar. La pregunta sobre (i) por qué se controla algo conlleva determinar el motivo o la causa del control; en cambio, la interrogante (ii) para qué se controla implica que se persigue un objetivo o finalidad.

⁶³⁷ *Ibid*, voz: evaluar, la cual implica, a su vez, 1. tr. Señalar el valor de algo. 2. tr. Estimar, apreciar, calcular el valor de algo.

⁶³⁸ Los verbos transitivos se construyen con complemento directo porque requieren de información adicional para que la acción (el verbo) tenga cabal sentido, pues se refieren a acciones que transitan desde el actor al objeto; en cambio, el verbo intransitivo no requiere de más información para su comprensión. Véase: Real Academia Española, *Diccionario...*, *Op. Cit.*, voz: verbo transitivo y verbo intransitivo.

⁶³⁹ La transitividad radica en responder la pregunta ¿control de qué o de cuál clase o tipo se lleva a cabo?

Un elemento relevante del control es que, a partir de una de sus acepciones, puede implicar dominio, mando o preponderancia. Quien controla, domina, y lo hace para comprobar que algo reúne determinados requisitos o cumple ciertas condiciones, incluso ambos, o, de plano. Se domina al verificar que el controlado -y el objeto de control-, siguen las pautas del controlador.

Para determinar cómo es posible llevar a cabo control de algo se requiere descomponer la actividad -acción- de control en sus dos primeros elementos constitutivos: por un lado, lo que es objeto de control (comprobación) y, por otro lado, el objeto que sirve de referente para el control (el parámetro de control).

La actividad de control exige que el objeto de control sea algo susceptible de control⁶⁴⁰: el control puede tener como objeto cualquier cosa susceptible de control, es decir, que pueda ser objeto de control. La relación lógica-formal implícita en la locución “control de X” es diádica en el sentido de que uno de sus términos se dirige al otro: el término desde el cual parte la relación se llama *referente* (control) y aquél hacia el cual se dirige es el *relatum* (X). Además, se trata de una relación de clases, ya que la relación implica, como ya se señaló, que el control de X es una clase de control. La relación está dada por “ser control de”; y permite construir dos enunciados simétricos conversos: “control de X” tiene como converso “X es controlado”.⁶⁴¹

⁶⁴⁰ Hay cosas o algos que no pueden ser objeto de control como, por ejemplo, desde la perspectiva teológica, Dios; en una perspectiva científica muchas cosas no pueden ser controladas como el movimiento de la luna, el cual puede ser observado y, por ende, descrito, pero no controlado. Téngase en cuenta las acepciones de cosa y de algo: cosa es lo que tiene entidad, ya sea corporal o espiritual, natural o artificial, concreta, abstracta o virtual; algo designa una realidad indeterminada cuya identidad no se conoce o no se especifica; Real Academia Española, *Diccionario...*, *Op. Cit.*, voces: cosa y algo.

⁶⁴¹ Cohen, Morris y Nagel, Ernest, *Introducción a la lógica y al método científico*, Amorrortu editores, Vol. 1, Argentina, 1993, pp. 136-137.

Hasta este punto queda claro que el control, además de operar prácticamente como verbo transitivo, oculta un elemento indispensable para realizar la actividad de control: el referente o parámetro de comprobación.

Así, el control implica, básicamente, tres componentes primarios que generan un circuito de control (comprobación): (i) la actividad de control, es decir, la comprobación como proceso; (ii) el objeto de control, es decir, lo que se comprueba⁶⁴²; y (iii) -el referente de control, es decir, de comprobación (criterio o parámetro).

Ahora bien, si miramos con detalle el segundo elemento observamos que el objeto de control, básicamente una norma, una acción, una omisión o un estado de cosas, ha sido realizado por alguien, es decir hay un sujeto de control, un responsable de la norma, la acción, la omisión o el estado de cosas.

Debe considerarse que el objeto de control está vinculado a alguien en cuanto a que, al tratarse de normas, de acciones, de omisiones o, incluso, de estados de cosas, hay alguien responsable de su emisión, de su realización o falta de realización, o de provocar o construir al estado de cosas.

Por otro lado, quien controla debe hacerlo conforme a algún procedimiento. Cómo se controla asume una o varias formas o modalidades para llevarse a cabo, es decir, se debe preguntar cómo se realiza la

⁶⁴² Comprobar implica una actividad por la que se confirma la veracidad o exactitud de algo. *Vide*: Real Academia Española, *Diccionario...*, *Op. Cit.*, voz: comprobar.

actividad de control (cuáles son los medios que se utilizan para realizar el control, es decir, los mecanismos, herramientas o procedimientos⁶⁴³).

De lo señalado se infiere que, hasta este momento, contamos con cinco elementos básicos de control. Cada elemento presenta variantes según el criterio que se utilice para construir cada variable.

- (i) Quién realiza la actividad de control;
- (ii) Cómo se realiza la actividad de control (medios);
- (iii) El objeto de control, es decir, lo que se controla (o comprueba);
- (iv) A quién se controla, es decir, el responsable de la acción, omisión o estado de cosas que es objeto de control, y
- (v) El referente de control, es decir, el parámetro conforme al cual se lleva a cabo el control (comprobación).

Identificados los elementos básicos de la actividad de control, en el apartado siguiente los ponemos en movimiento y analizamos otros elementos para tener una perspectiva lo más amplia posible a partir de tomar como objeto de control la actividad estatal, en especial la que incide en la promoción, respeto, protección y garantía de los derechos humanos, sea que se trate de normas, acciones, omisiones o estados de cosas.⁶⁴⁴

⁶⁴³ Más adelante se verán cuáles son esos procedimientos (sistemas o modalidades de control constitucional y convencional), baste por ahora señalar que en la modalidad judicial de control constitucional el juicio de amparo ha jugado un papel preponderante, pero no es la única modalidad.

⁶⁴⁴ Metodológicamente invertimos el procedimiento de análisis: en lugar de ir primero de las clases de control (político, jurídico y social, Manuel Aragón) y centrar el control jurídico en el control constitucional como única posibilidad de control de la actividad estatal, nosotros vemos primero el objeto de control: la actividad estatal que incide en la promoción, respeto, protección y garantía de los derechos humanos y posteriormente tomamos en cuenta si el control es de índole judicial o no judicial, sea jurisdiccional o no jurisdiccional. Dicho en otras palabras: del objeto de control vamos a las formas de

3. Criterios de clasificación del control de la actividad estatal

La estructura de control referida a la actividad estatal requiere criterios de ordenación y sistematización, por lo que revisaremos cuáles son los que operan en el control de la actividad estatal.⁶⁴⁵

a) [1] Criterio material: los objetos de control

El primer criterio es el inherente a la materia de la actividad de control, es decir, el objeto de control. La materia opera como criterio y, así, hay tantas clases de control como materias que puedan ser objeto de control.

Por tanto, el objeto de control está determinado por la materia que constituye el propio objeto de control dando lugar a diversas clases de control.

Considerando la materia de nuestro estudio, el objeto de control que nos interesa es el sector de la realidad que denominamos “actividad estatal”. Al referir <<actividad estatal>> incluimos tanto procesos como resultados, en especial estos últimos, es decir, productos de la actividad estatal (normas, actos, omisiones y estados de cosas).

La actividad estatal, en sentido amplio, es cualquier hecho, en sentido amplio, sea físico o social/institucional que realice el Estado susceptible, *prima facie*, de control. El control de la actividad estatal se constituye como género y desagregándola podemos identificar diversos sectores. La actividad estatal inherente a sectores de tal actividad puede adoptarse como actividad estatal en sentido estricto.

control construyendo éstas a partir de criterios en los que el objeto de control tiene primicia metodológica.

⁶⁴⁵

La actividad estatal es un concepto muy amplio, pero si lo acotamos a la actividad estatal que incide⁶⁴⁶ o que tiene por objeto los derechos humanos, nos permite dar un paso metodológico y precisar que si bien la actividad estatal es muy amplia y, por ende, comprende muchas cosas, si la ceñimos a la actividad estatal que incide o se relaciona de manera directa con la promoción, respeto, protección y garantía de los derechos humanos, es posible delimitar con mayor precisión cuáles actividades estatales específicas son objeto de nuestro interés.

Por lo pronto utilizaremos como género la actividad estatal y dentro de ésta diversas especies como, por ejemplo, el control de la actividad de los servidores públicos, el control de las adquisiciones materiales del sector público, las actividades estatales que indiquen en los derechos humanos (la cual, a su vez, es divisible en varias materias), las actividades de control político, las actividades de control presupuestario, actividades de fiscalización, etc.

Asimismo, consideramos cuatro categorías básicas en las que se puede proyectar la actividad estatal, sea la materia que sea, y que son: normas, actos, omisiones y estados de cosas. En general, cualquier actividad estatal se reconduce a cualquiera de estas categorías.

Para efectos de nuestro trabajo nos interesa el género, actividad estatal en sentido amplio, y, en especial, la actividad estatal que incide en los derechos humanos, y de forma muy especial los derechos humanos de índole social, en cuanto a su posibilidad de control constitucional y

⁶⁴⁶ Incidir lo utilizamos en sentido lato, por lo que también se pueden emplear términos como Influir, afectar, repercutir.

convencional, sin perjuicio del deber general de promoverlos, respetarlos, protegerlos y garantizarlos.

Es importante precisar que no toda actividad estatal es objeto de control. Las materias (el objeto material de control) sobre las que se desarrolla la actividad estatal que no son expresamente excluidas de control son susceptibles de control.

Así, por ejemplo, las modificaciones constitucionales (actividad estatal que realiza el Poder Reformador) en cuanto a su sustantividad no son objeto de control en México, así como las declaraciones y resoluciones de la Cámara de Diputados y de la Cámara de Senadores en cuestiones de juicio político (son inatacables, artículo 110, último párrafo, de la Constitución General).

Ahora bien, no sólo la actividad estatal es susceptible de control, pues también la actividad no estatal puede ser objeto de control. De las actividades no estatales nos interesa destacar el caso de actividades realizadas por particulares y que son equiparados a autoridades y, por ende, ciertas actividades que desarrollan se sujetan a control en cuanto a su constitucionalidad o convencionalidad vía el juicio de amparo. Así, en la Ley de Amparo vigente desde 2013, se regula el juicio de amparo contra particulares en los términos siguientes:

“Art 1, último párrafo: “El amparo protege a las personas frente a normas generales, actos u omisiones por parte de los poderes públicos o de particulares en los casos señalados en la presente Ley.”

“Artículo 5, II, segundo párrafo: “Para los efectos de esta Ley, los particulares tendrán la calidad de autoridad responsable cuando *realicen actos equivalentes a los de autoridad, que afecten derechos en los términos de esta fracción [II. La autoridad responsable, teniendo tal carácter, con independencia de su*

naturaleza formal, la que dicta, ordena, ejecuta o trata de ejecutar el acto que crea, modifica o extingue situaciones jurídicas en forma unilateral y obligatoria; u omite el acto que de realizarse crearía, modificaría o extinguiría dichas situaciones jurídicas.], y cuyas funciones estén determinadas por una norma general.”

“Artículo 9, último párrafo: “Cuando el responsable sea una o varias personas particulares, en los términos establecidos en la presente Ley, podrán comparecer por sí mismos, por conducto de un representante legal o por conducto de un apoderado.

Artículo 77, segundo párrafo: “Los efectos de la concesión del amparo serán: ...En el último considerando de la sentencia que conceda el amparo, el juzgador deberá determinar con precisión los efectos del mismo, especificando las medidas que las autoridades o particulares deban adoptar para asegurar su estricto cumplimiento y la restitución del quejoso en el goce del derecho.”

Nos distrae de nuestro objeto de estudio analizar el llamado amparo contra particulares⁶⁴⁷, pues solamente queremos resaltar que algunas actividades

⁶⁴⁷ Sobre el tema del amparo contra particulares véase: Mijangos y González, Javier, “El juicio de amparo contra particulares”, y Suárez Camacho, Humberto, “El juicio de amparo contra particulares”, ambos en VV. AA., *El juicio de amparo en el centenario de la Constitución Mexicana de 1917. Pasado, Presente y Futuro*, Tomo I, UNAM-IIJ, México, 2017, respectivamente, pp. 271-287 y 289-302. Mijangos y González señalan una serie de retos respecto del amparo contra particulares: “Por último, es necesario señalar qué retos presenta la nueva regulación en esta materia con la nueva Ley de Amparo. En primer término, los órganos del Poder Judicial Federal se verán obligados a responder a ciertas cuestiones que invariablemente serán planteadas por los litigantes en los juicios de amparo: 1. ¿El hecho de que en sede constitucional no se haya establecido la procedencia del juicio de amparo contra actos de ciertos particulares provoca algún vicio, en los artículos 1o. y 5o. de la Ley de Amparo, al no haberse ajustado a las bases constitucionales? 2. ¿Qué tipo de funciones tiene que realizar un particular para que sus actos puedan ser objeto del juicio?, ¿funciones que le corresponden al Estado y que hayan sido delegadas a los particulares?, ¿auxilio a las autoridades que no implique ejercicio de funciones? 3. ¿Basta que la función del particular esté consagrada de forma genérica o será necesario que los actos concretos sean detallados en la norma? 4. ¿En qué tipo de norma deben estar previstas las funciones del particular? En cualquier caso, a mi entender, el verdadero reto del Poder Judicial de la Federación es seguir construyendo una teoría de la vigencia de los derechos fundamentales que se centre en lo sustantivo. Al momento en que se escriben estas líneas, la Primera Sala de la Suprema Corte ha determinado que el secreto de las comunicaciones privadas, la libertad de expresión, el derecho al honor, el principio de igualdad, el derecho a la salud, el derecho a un medio ambiente sano, gozan de multidireccionalidad. Asimismo, ha señalado que tanto la propia Suprema Corte, como los tribunales colegiados, están obligados a analizar la influencia de estos derechos en los casos objeto de su estudio. El texto constitucional obliga a todos los tribunales mexicanos a

no estatales (de particulares) pueden ser objeto de control constitucional o control convencional mediante el juicio de amparo en virtud de la equiparación de particulares como autoridades.

La consideración de control de actividades no estatales, es decir actividades de particulares, no solamente se da en el juicio de amparo como mecanismos de control constitucional o convencional, pues existen otras actividades de particulares que son objeto de control constitucional o convencional que, independientemente de la procedencia del juicio de amparo, son atendidos por instancias no judiciales bajo procedimientos jurisdiccionales o no jurisdiccionales. Como ejemplos que inciden directamente en derechos humanos tenemos los actos de particulares en materia de discriminación que investiga el Consejo Nacional para Prevenir

interpretar y aplicar los derechos fundamentales en cualquier tipo de relación, ya sea que se configuren frente al Estado o entre particulares, ya sea que el pleito se suceda en un juicio ordinario o un juicio de amparo. Lo que está en juego no es la pureza de un instrumento procesal que se ha visto rebasado por la realidad, sino la posibilidad de que los derechos fundamentales se configuren como plenos en todos los ámbitos de la vida social.”, pp. 286-287. Por su parte, Suárez Camacho apunta que “La verticalidad de la tutela de derechos es un requisito indispensable en cualquier orden jurídico que se considere democrático; sin embargo, ello es insuficiente si se desconoce la obligación de proteger estos derechos de manera horizontal (particulares frente a particulares). Antes de la publicación de la Ley de Amparo vigente (abril de 2013), no se contemplaba expresamente la posibilidad de que dicho juicio fuera procedente contra particulares. Y actualmente, la ley vigente reconoce que el juicio procede contra particulares, siempre y cuando sus actos sean equiparados a los de una autoridad y cuyas funciones estén determinadas por una norma general. La interpretación sobre la procedencia del amparo contra particulares, debe ser flexible en los casos que pueda demostrarse que hubo violaciones de derechos fundamentales y/o humanos en forma horizontal, ya que puede acudir a principios de derechos humanos reconocidos en el orden jurídico nacional e internacional. La interpretación del artículo 5o., fracción II, de la Ley de Amparo, no debe ser limitativa, ya que puede demostrarse que las violaciones de derechos entre particulares, también deriva de actos que se emiten desde el ámbito privado. La exigencia del cumplimiento de las sentencias de amparo en contra de particulares deberá ajustarse a medidas que garanticen la plena reparación del derecho violado, a partir de procedimientos que a su vez respeten principios, como el debido proceso, aun en los casos en que el particular se equipare a una autoridad.”, p. 302

la Discriminación (CONAPRED)⁶⁴⁸ y la verificación de estándares de protección de datos personales en posesión de particulares que lleva a cabo el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI)⁶⁴⁹.

En el siguiente punto se verá la estrecha vinculación entre actividades estatales y no estatales y los sujetos objeto de control que, a partir de la diferenciación de actividades estatales y no estatales, dan lugar a control de sujetos que son autoridades y sujetos que no son autoridades, es decir, particulares.

⁶⁴⁸ Este consejo está regulado en la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación publicada en el Diario Oficial de la Federación del 21 de junio de 2018. En esta ley se establece, artículo 20 fracción XLIV: “Artículo 20.- Son atribuciones del Consejo: ... XLIV. Conocer e investigar los presuntos casos de discriminación que se presenten, cometidos por personas servidoras públicas, poderes públicos federales o particulares y velar porque se garantice el cumplimiento de todas las resoluciones del propio Consejo;”. Cabe destacar lo establecido en los artículos 6 y 7 de la mencionada ley: “Artículo 6.- La interpretación del contenido de esta Ley, así como la actuación de los poderes públicos federales se ajustará con los instrumentos internacionales aplicables de los que el Estado Mexicano sea parte en materia de derechos humanos, así como con la jurisprudencia emitida por los órganos jurisdiccionales internacionales, las recomendaciones y resoluciones adoptadas por los organismos multilaterales y regionales y demás legislación aplicable (Artículo reformado DOF 20-03-2014); y Artículo 7.- Para los efectos del artículo anterior, cuando se presenten diferentes interpretaciones, se deberá preferir aquella que proteja con mayor eficacia a las personas o a los grupos que sean afectados por conductas discriminatorias.”. Sugerimos consultar la página web del CONAPRED, www.conapred.org.mx, en la que se pueden consultar “Casos Emblemáticos derivados de la atención de Quejas contra personas particulares”.

⁶⁴⁹ La materia de protección de datos personales en posesión de particulares es exclusiva federal y está regulada en la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 5 de julio de 2010. Téngase presente que las materias de derecho de acceso a la información y de protección de datos personales en posesión de autoridades son concurrentes y están reguladas en sendas leyes generales (en sentido de leyes marco por las que se distribuyen competencias entre los órdenes de gobierno). Las tres materias son responsabilidad del INAI, precisando que la materia de protección de datos personales en posesión de los particulares se le encomienda al INAI por efecto del artículo transitorio séptimo del decreto de modificaciones constitucionales publicadas en el Diario Oficial de la Federación del 7 de febrero de 2014 (“SÉPTIMO. En tanto se determina la instancia responsable encargada de atender los temas en materia de protección de datos personales en posesión de particulares, el organismo garante que establece el artículo 6o. de esta Constitución [es decir, el INAI] ejercerá las atribuciones correspondientes.”)

b) [2] Criterio relativo a los sujetos objeto de control

De alguna manera este criterio complementa al anterior, pues el objeto de control de la actividad estatal implica la realización o desarrollo por parte de alguien. Así, los sujetos objeto de control son los que realizan actividades estatales o actividades no estatales susceptibles de control. Si determinada actividad está excluida de control, consecuentemente, la persona o el órgano que la desarrolla está exento de control como, por ejemplo, el Poder Reformador en relación con modificaciones constitucionales y las cámaras del Congreso General en materia de juicio político, y a la inversa: si un sujeto no es objeto de control, las actividades que desarrolle quedan al margen de control.

No obstante hay que considerar que si estamos en presencia de actividad estatal los sujetos que realizan el control son autoridades y, por ende, se trata de un criterio de índole autoritativa, el cual opera de manera primordial, pero no se debe perder de vista que puede haber sujetos que no son autoridades y que por su incidencia en materia de derechos humanos sean susceptibles de control como el caso de ciertos particulares que por la naturaleza de las actividades que desarrollan están estrechamente vinculados a esos derechos y, por ende, no deben escapar a ciertas clases de control. Así, en nuestro sistema jurídico, los sujetos objeto de control pueden ser autoridades o particulares, lo que no es otra cosa que reflejo del criterio de actividades estatales y actividades no estatales.

c) [3] Criterio normativo y no normativo

Si consideramos el criterio normativo, podemos dividir la actividad estatal en dos clases: actividad estatal normativa y actividad estatal no normativa. La actividad no normativa está, *prima facie*, basada en normas. Ambas

actividades conforman la actividad estatal, en perspectiva normativa, en sentido amplio.

La actividad estatal de naturaleza normativa la delimitamos a la que da como resultado o producto un texto normativo en sentido lato.

Por su parte, la actividad estatal que directamente no es de índole normativa, pero que, *prima facie*, basada en normatividad produce actos u omisiones, incluso estados de cosas, se ciñe a la actividad gubernamental de la administración pública puede desagregarse en subsectores ciñendo con ello el ámbito estricto de la actividad estatal. Las manifestaciones de la actividad estatal, tanto en sentido amplio como en sentido estricto, son de lo más variado (ejemplificando, va desde la elaboración y ejecución de una política pública social hasta actos materiales como la construcción de una escuela o la entrega de despensas en casos de desastres).

d) [4] Criterio normativo constitucional y normativo no constitucional

Con base en el criterio anterior y respecto de la actividad estatal normativa hay que distinguir entre la actividad estatal que produce reglas constitucionales y la actividad estatal que no produce reglas constitucionales. Este criterio implica el principio de jerarquía normativa.

Este criterio está emparentado con el anterior, pero aquí lo que cabe destacar es si la normatividad es constitucional o no es constitucional. Este criterio permite considerar las modificaciones constitucionales como objetos

susceptibles de revisión constitucional, tanto de manera adjetiva como de forma sustantiva⁶⁵⁰.

“Constitucional”, refiere que algo es constitutivo de algo o de otras cosas, es decir, implica lo relativo a la constitución de algo, es decir, el conjunto de caracteres por el que se establece (se compone, se funda o se conforma) algo; así, constitucional, como adjetivo, refiere lo relativo a la constitución de algo.

La expresión constitución, en el espacio jurídico, tiene varios significados, los cuales, a decir de Biscaretti⁶⁵¹, son, sintéticamente, los siguientes:

(i) *Sentido institucional*:

“Constitución significa *status*, orden, conformación, estructura esencial de un ente o de un organismo en general. Y así como se habla de la constitución especial de un ser vivo, también podrá referirse a la determinada constitución de un ordenamiento jurídico, aludiendo al esquema fundamental, determinado por el conjunto de

⁶⁵⁰ El tema de la revisión judicial de modificaciones constitucionales no es nada pacífico. En nuestro sistema jurídico la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha negado sistemáticamente que pueda examinar reformas de la Constitución federal. Sin embargo, en otros países, tribunales constitucionales, se han revisado sustancialmente reformas constitucionales como, por ejemplo, la Corte Constitucional colombiana. Véase de la obra VV. AA. *Diálogos constitucionales de Colombia con el mundo. VII Encuentro de la Jurisdicción Constitucional*, Editor Juan Carlos Henao, Universidad Externado de Colombia-Corte Constitucional de Colombia, Colombia, 2013: Colón-Ríos, Joel I., “Notas sobre la reforma constitucional y sus límites”, pp. 385-401; Bernal, Pulido, Carlos, “Fundamentación y significado de la doctrina de la sustitución de la Constitución. Un análisis del control de constitucionalidad de las reformas a la Constitución Colombiana”, pp. 405-431; Bertelsen Repetto, Raúl, Notas sobre el control a las reformas constitucionales en Chile, pp. 435-440; Palacio Palacio, Jorge Iván, “La reforma constitucional en Colombia”, pp. 443-452; Uprimny, Rodrigo (moderador), “Mesa de Discusión 5, Reforma constitucional”, pp. 455-469. Para una visión teórica: Ragone, Sabrina, *El control judicial de la reforma constitucional. Aspectos teóricos y comparativos*, Porrúa, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, núm. 63, México, 212.

⁶⁵¹ Biscaretti Di Rufia, Paolo, *Derecho Constitucional*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, España, 1987.

sus principales instituciones. Y Constitución se llamará, entonces, el ordenamiento supremo... del Estado.”⁶⁵²

(ii) *Sentido puramente sustancial.*

“El segundo sentido se aproxima notablemente al primero, ya que se obtiene cuando consideramos un ordenamiento jurídico sólo desde el punto de vista de su contenido normativo. Se entiende por Constitución, en sentido puramente sustancial: todo aquel complejo de normas jurídicas fundamentales, escritas o no escritas, capaz de trazar las líneas maestras del mismo ordenamiento.”⁶⁵³

De los sentidos institucional y sustancial, se colige, señala Biscaretti, que “...todo Estado tiene una Constitución...el Estado, en cualquiera de sus formas, ha de considerarse siempre comprendido dentro del derecho y compenetrado e identificado totalmente con él.”⁶⁵⁴

(iii) *Sentido formal.*

“... no siempre habrá una Constitución en sentido formal, o sea, un complejo de normas legislativas que se distinguen de las ordinarias por su más arduo y solemne proceso formativo... (procedimientos agravados...), produciendo, de este modo, una contraposición entre el Poder legislativo ordinario y el Poder constituyente o de revisión constitucional. Nótese que podrán darse así normas sólo formalmente constitucionales y no materialmente: y esto en todos aquellos casos en los cuales determinadas reglas jurídicas, por su naturaleza no sustancialmente constitucionales, hayan sido, en cambio, insertas en la Constitución en sentido formal para obtener aquella tutela especial y mayor que es típica de esta última.”⁶⁵⁵

(iv) *Sentido instrumental.*

⁶⁵² *Idem*, p. 139.

⁶⁵³ *Id.*

⁶⁵⁴ *Id.*

⁶⁵⁵ *Idem*, p. 140. Cuál debe ser (dimensión prescriptiva/normativa), no cuál es (plano descriptivo), el contenido material de una Constitución, vista como texto normativo, no es algo pacífico, incluso cabe señalar que, para efectos prácticos, no hay desarrollo doctrinal sobre la configuración normativa de un texto constitucional. El sentido formal de la Constitución –cuya característica definitoria es la modalidad agravada de producción de texto normativo por parte del Poder Reformador- empata con lo que Kelsen llama la “forma constitucional”.

“...otro significado que puede tener el vocablo Constitución (con mayúscula) cuando se toma en sentido instrumental (del latín *strumentum*: documento legal), indicándose entonces: el acto fundamental en el cual han sido formulados solemnemente la gran mayoría de las normas sustancialmente constitucionales. Tal acto adoptó, en el siglo pasado [XIX], más específicamente el nombre de Carta, cuando fue concedida (técnicamente otorgada, del francés *octroiée*, por obra de un soberano primero absoluto... o, por lo menos, redactada por una asamblea, pero luego aceptada por el monarca (asumiendo, por tanto, la naturaleza de un pacto entre el rey y el pueblo)...; y de Constitución (en sentido estricto) cuando es redactada y votada por una Asamblea Constituyente *ad hoc* (por lo general, elegida con sufragio universal, o, al menos, con sufragio muy extenso...)”⁶⁵⁶

Sobre los significados formal e instrumental señala Biscaretti que “aunque muy distintos, sin embargo, no coinciden...”⁶⁵⁷, y ejemplifica señalando que “En Italia, el Estatuto de 1848, acto solemne e históricamente bien diferenciado de las otras leyes del reino, representaba, ciertamente, una Constitución en sentido instrumental, pero, sin embargo, no daba origen a una Constitución en sentido formal... ya que sus artículos, desde el punto de vista del estricto derecho, podrían ser modificados o abrogados (como sucedió más de una vez) por los normales órganos legislativos.”⁶⁵⁸

Biscaretti señala que varios tratadistas, entre los que destaca Mortati, hacen referencia a una Constitución en sentido material, e indica que esta expresión es totalmente diversa del significado de la Constitución en sentido puramente sustancial. En el sentido material se alude a:

“...la convicción que reconoce peso jurídico también al elemento del fin político, ínsito en todo texto constitucional, y de las fuerzas políticas, que deben intervenir... Según la más autorizada

⁶⁵⁶ *Idem*, pp. 140-141. Recordemos que el procedimiento agravado de modificación constitucional es lo que Kelsen llama la forma constitucional.

⁶⁵⁷ *Idem*, p. 141.

⁶⁵⁸ *Id.*

concepción (Mortati), la Constitución en sentido material serviría, en realidad, para indicar el conjunto de los elementos organizadores necesarios para que subsista un determinado Estado, es decir, propiamente, la comunidad social subyacente en el orden normativo, en cuanto se le considere ordenada según un mínimo de elementos organizadores (*fuerza política*) capaces de presentarla dotada de una actividad dirigida hacia un fin determinado (*fin político*) la *fuerza política* y el *fin político* serían, por tanto, los elementos fundamentales (el primero instrumental y el segundo material) de la concepción en cuestión”⁶⁵⁹

Biscaretti refiere que la Constitución es el objeto de conocimiento del Derecho Constitucional, y precisa que, con base en estos significados, dicha rama del saber jurídico “...toma su contenido de la *Constitución en sentido institucional* más aún que de aquella *en sentido sustancial*, ya que se refiere no solamente a las *normas* que trazan las grandes líneas del ordenamientos estatal..., sino también las mismas *instituciones* que se mueven y operan, con ritmo continuo e incansable, para dar vida y acción al Estado...”⁶⁶⁰.

La expresión constitución tiene, en síntesis, cuatro significados propios “desde un punto de vista técnico-jurídico y, finalmente, un ulterior significado de valor puramente histórico”⁶⁶¹:

De los significados de Constitución referidos por Biscaretti, todos juegan en el conocimiento de la Constitución, y, por ende, indican en la orientación de la adecuada construcción de lo que es el control de la constitucionalidad. Sin embargo, hay que aludir a una característica fundamental de la Constitución: su propio valor normativo, característica que es definitoria para realizar la actividad de control de la constitucionalidad de algo. Si la Constitución no tuviera fuerza normativa por si misma estuviéramos en el entendimiento decimonónico en el que la

⁶⁵⁹ *Idem*, p. 142.

⁶⁶⁰ *Idem*, p. 143.

⁶⁶¹ *Idem*, p. 139.

Constitución era meramente un documento político sin mayor valor normativo en cuanto a su exigencia directa⁶⁶².

Hoy son pocos los tratadistas que sostienen que la Constitución solamente tiene un valor político. No obstante ello, hay que destacar que cierto sector continúa debatiéndose entre mero valor político (programático) y su valor normativo: me refiero a los derechos humanos de índole social, pues todavía, como lo vimos líneas antes, algunos tratadistas consideran que se trata de normas que no son genuinas porque única y exclusivamente son enunciados programáticos, y, por ende, no son justiciables al depender de programas de política pública, los cuales, a su vez, requieren de políticas presupuestarias, es decir, están condicionados a que haya recursos presupuestales, además de que las decisiones que sobre esos enunciados se tomen corresponden netamente al legislador o al ejecutivo y no al juez.

⁶⁶² Sobre los temas de la fuerza vinculante de la Constitución y la aplicación directa de las normas constitucionales, véase *Guastini, Riccardo, "La <<constitucionalización>> del ordenamiento jurídico: el caso italiano", en VV. AA. Neoconstitucionalismo(s), 2ª ed., Trotta, Madrid, España, 2005, pp. 51-52.* Este tratadista incluye esos temas, entre otros, como condiciones de constitucionalización: "...por <<constitucionalización del ordenamiento jurídico>> propongo [acogiendo una sugerencia de Louis Favoreu] entender un proceso de transformación de un ordenamiento al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente <<impregnado>> por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida (*pervasiva, invadente*), capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales...soy consciente de que este concepto es más sugestivo que preciso. Para precisarlo, trataré de presentar una lista de <<condiciones de constitucionalización>>, de forma que, cuando todas las condiciones de la lista estén satisfechas, el ordenamiento jurídico de que se trate estará totalmente <<impregnado>> por las normas constitucionales...sostengo que la constitucionalización es una cuestión de grado, en el sentido de que un ordenamiento puede estar más o menos constitucionalizado. Y esto depende de cuántas y cuáles condiciones de constitucionalización estén satisfechas en el seno de aquel ordenamiento.", pp. 49-50. Las condiciones de constitucionalización que analiza Guastini son: (i) Constitución rígida; (ii) garantía jurisdiccional de la Constitución; (iii) Fuerza vinculante de la Constitución; (iv) Sobreinterpretación de la Constitución; (v) Aplicación directa de las normas constitucionales; (vi) Interpretación conforme de las leyes; (vii) Influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas (de la obra citada, pp. 50-58)

e) [5] Criterio tipológico de reglas constitucionales y reglas no constitucionales

Dentro de la actividad estatal normativa que produce reglas constitucionales y no constitucionales, deben distinguirse las diferentes clases de enunciados, pues con base en su tipología se llegan a determinar clases de controles (y dentro de los mecanismos de control tratamientos diferenciados).

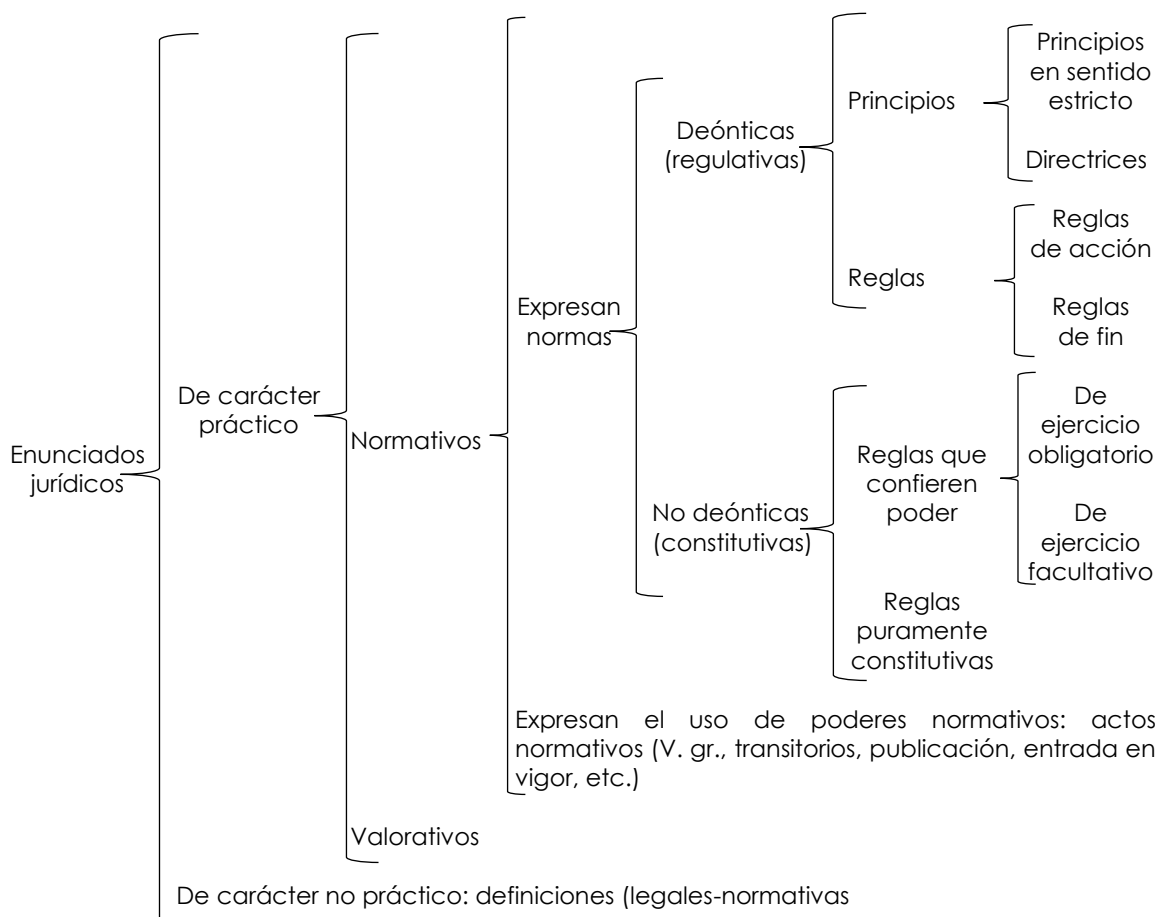
Los tipos o clases de enunciados jurídicos, de acuerdo con los estudios de Juan Ruíz Manero y Manuel Atienza⁶⁶³, como ya se analizó, son, *grosso modo*:

- (i) deónticos: principios, directrices (o normas programáticas), reglas de acción, reglas de fin, y
- (ii) no deónticos: reglas de competencia y reglas puramente constitutivas,
- (iii) así como reglas que expresan el uso de poderes normativos (V. gr., artículos transitorios) y las definiciones “legales”. Esquemáticamente⁶⁶⁴:

⁶⁶³ Atienza Manuel y Ruíz Manero Juan, *Las piezas del Derecho...Op. Cit.* Respecto de la segunda edición, a decir de los autores, se introducen en el capítulo primero las nuevas categorías de los principios y de las reglas institucionales; en el capítulo cuarto el papel de los valores institucionales y en el capítulo quinto se incluye un nuevo apartado en el que juega un papel destacado la distinción entre el sistema y la práctica jurídicos. Al respecto, se sugiere revisar el artículo de estos autores “La dimensión institucional del Derecho y la justificación jurídica”, en *DOXA*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Núm. 24, Universidad de Alicante, Es., 2001, pp. 115-130, con base en el cual hay que incluir en la tipología de enunciados jurídicos los principios y las directrices institucionales.

⁶⁶⁴ Elaborado con base en el cuadro sinóptico que aparece en la página 201 del libro Atienza Manuel y Ruíz Manero Juan, *Las piezas del Derecho... Op. Cit.*, 2ª edición. Lo que mostramos es una síntesis.

Esquema 79. Tipología de enunciados jurídicos



Considerar el tipo de enunciado que está en juego en una actividad de control es relevante porque, por ejemplo, un conflicto competencial en el que se enfrentan dos reglas de competencia o se alegue la inexistencia de competencia da lugar preferentemente a un control de su constitucionalidad vía controversia constitucional, pero un derecho de las víctimas (enunciado sobre un derecho humano como principio), si es violado, da lugar a un juicio de amparo. Además, el análisis de los planteamientos de inconstitucionalidad o inconvencionalidad varía según el enunciado jurídico que esté en juego.

Junto con la tipología de enunciados jurídicos es importante tomar en cuenta la clasificación de normas de Norberto Bobbio, a la que hicimos alusión anteriormente⁶⁶⁵. Para Bobbio la norma atiende a dos criterios: sujeto y acción; el sujeto puede ser general o particular y la acción puede ser abstracta o concreta.

Así, hay cuatro clases de normas: (i) general/abstracta; (ii) general/concreta; (iii) particular/abstracta; y (iv) particular/concreta. Esta tipología es relevante porque puede definir el curso de acción de una actividad de control de constitucionalidad como, por ejemplo, si se considera que el presupuesto es un acto administrativo porque contiene normas particulares concretas y se margina que realmente contiene normas o reglas de los cuatro tipos mencionados⁶⁶⁶.

En el espacio de la actividad estatal referida a reglas no constitucionales, en sentido formal, podemos distinguir la actividad estatal por la que se producen normas generales/abstractas (en sentido formal y material o solamente material), la actividad estatal normativa por la que se produce el reconocimiento de tratados internacionales en general y tratados internacionales en materia de derechos humanos en particular.

⁶⁶⁵ Véanse notas 435, p. 408 y 534, p. 507. Bobbio, Norberto, *Teoría General... Op. Cit.*, pp. 141-146.

⁶⁶⁶ Véase la Controversia Constitucional 109/2004, la cual versó sobre la facultad del Ejecutivo Federal para hacer observaciones (facultad de veto) al Presupuesto de Egresos 2005. La Cámara de Diputados sostuvo que el presupuesto de egresos es un acto administrativo particular concreto, en cambio el Ejecutivo Federal sostuvo que se trata de un documento normativo mixto, mostrando que contenía reglas particulares concretas y reglas generales abstractas (le faltó señalar que también contiene reglas particulares abstractas y reglas generales concretas).

f) [6] Criterio sobre quién es competente o está legitimado para controlar y a quién se controla: circuitos de control⁶⁶⁷ entre entes públicos y entes privados y principio de no ser juez y parte

En este punto partimos de la interrogante de quien puede llevar a cabo actividades de control ya quien se controla. La respuesta acerca de quién controla a quién toma camino a partir de considerar el contexto en el que se da la necesidad de llevar a cabo procesos de control. Así, en el ámbito público se adscriben reglas de competencia a instituciones para que, con base en el principio de legalidad, imprescindible y primordial en un Estado de Derecho, realicen actividades de control sea respecto de otras autoridades o respecto de particulares.

En el espacio no público, en general identificable como privado, también se dan actividades de control respecto de procesos y resultados que las entidades no públicas llevan a cabo o generan como, por ejemplo, las actividades de control en cadenas de producción, de distribución y de comercialización, las cuales requieren para un óptimo funcionamiento cumplir determinadas condiciones o reunir ciertos requisitos establecidos en parámetros que operan como referentes de control. De manera equivalente al principio de legalidad que impera en el espacio público, en el ámbito privado podemos hablar de legitimación de entes no públicos.

Entre el ámbito público y el ámbito no público (en sentido amplio, sector privado) existen relaciones de control. Hemos referido que, en el ámbito público, además de que la autoridad controla a otras autoridades, controla, también, ciertas actividades de particulares.

⁶⁶⁷ Anteriormente nos hemos referido a los “circuitos de control” al analizar las relaciones entre los poderes ejecutivo, legislativo y judicial. Véase el e), punto 3, apartado B, Capítulo I, pp. 74 y ss., así como el esquema 4, p. 77.

Desde la esfera no pública (en sentido general, ámbito privado) nada impide que instituciones no públicas, además de controlar espacios no públicos, lleven cabo actividades de control respecto de actividades de la esfera pública, es decir, estatales.

Así, instituciones no públicas nacionales o internacionales pueden controlar a las autoridades operando la referencia de determinados parámetros de evaluación.

Los efectos de las evaluaciones de instituciones no públicas, nacionales o internacionales, generalmente, son de índole recomendatoria, pero no quedan marginados otros efectos de carácter vinculatorio (V. gr., CorteIDH, vista desde la perspectiva nacional se trata de una institución no pública nacional sino (pública) internacional).

La fuerza de las evaluaciones, tanto de instituciones públicas (autoridades) como de instituciones no públicas, depende, entre otros factores como el de vinculatoriedad, del grado de credibilidad del evaluador (fuente de credibilidad), basado en su "autoridad moral". El impacto de las recomendaciones puede llegar a tener incidencia en las actividades objeto de control.

Las actividades de control, por regla general, deben respetar el principio de no ser juez y parte o de que nadie puede ser juez de su propia causa⁶⁶⁸, pero

⁶⁶⁸ Este principio es uno de los que Kelsen utiliza en su réplica a Carl Schmitt sobre quien debe ser el defensor de la Constitución. Señala Kelsen: "Sólo una cosa parece estar fuera de discusión, algo que es de una evidencia tan primaria, que casi parece innecesario destacarla en medio de la discusión de estos últimos años en torno al problema de la garantía constitucional: si debe ser creado absolutamente un instituto por medio del cual sea controlada la constitucionalidad de ciertos actos del Estado subordinado inmediatamente a la Constitución, en especial los actos del Parlamento o del

en ocasiones, tomándose en serio el control, puede no operarse con base en dicho principio y dentro de una organización institucionalizada pueden llevarse a cabo actividades de control respecto de ciertas actividades que la propia organización realiza. Estos mecanismos de autoevaluación son importantes desde la perspectiva organizacional, sobre todo si se consideran las pautas de las buenas prácticas que se van generando organizaciones en determinados temas hasta permear en la creación de conjuntos de pautas de evaluación para mejorar la realización de ciertas actividades.

No obstante, la práctica de autoevaluación, en la que no opera el principio de no ser juez y parte, pero que genera, según el contexto de que se trate, evaluaciones razonables que permiten mejorar las actividades objeto de autoevaluación, en el ámbito público es recomendable observar el principio de no ser juez y parte, pues las exigencias de imparcialidad, objetividad e independencia son mayores que en otros contextos.

Las posibles relaciones entre control de ente público y ente no público respecto de ente objeto de control público y no público, hipotéticamente son 8 combinaciones, pero si consideramos que entre ente público y ente privado, sea que se controle o sea controlado, se implica una relación excluyente o es control de ente público o es control de ente no público, por lo que ente público que controla a ente privado que es controlado de

Gobierno, de manera que dicho control no pueda ser transferido al órgano cuyos actos deben ser controlados. La función política de la Constitución es la de poner límites jurídicos al ejercicio del poder. Garantía constitucional significa generar la seguridad de que esos límites jurídicos no serán transgredidos. Si algo es indudable es que ninguna otra instancia es menos idónea para tal función que aquella, precisamente, a la que la Constitución confiere el ejercicio total o parcial del poder y que, por ello, tiene en primer lugar la ocasión jurídica y el impulso político para violarla. Pues sobre ningún otro principio jurídico se puede estar tan de acuerdo como que: nadie puede ser *juez de su propia causa*.”, Kelsen, Hans, *¿Quién debe... Op. Cit.*, pp. 4-5.

carácter interno no es factible y control de ente privado a ente público de carácter privado tampoco es factible y, por tanto, solamente quedan seis relaciones posibles:

Esquema 80. Relaciones entre ente público que controla a ente público o a ente privado, interna o externamente, y ente privado que controla a ente público o a ente privado, interna o externamente

	Controla		es controlado	Interno/ externo	Principio de no ser juez y parte	V. gr.,
1	Ente público	a	Ente público	Interno	Juez y parte	-CONAPRED* -Consejo de la Judicatura Federal
2	Ente público	a	Ente público	Externo	No juez y parte	-Poder judicial respecto de poder legislativo, Poder Ejecutivo CNDH respecto del Poder Ejecutivo
-	Ente público	a	Ente privado	Interno	-	
3	Ente público	a	Ente privado	Externo	No juez y parte	-INAI en materia de datos personales en posesión de particulares -Auditorías del SAT a empresas
-	Ente privado	a	Ente público	Interno	-	
4	Ente privado	a	Ente público	Externo	No juez y parte	Informes de control de la Organización no gubernamental (ONG) "Artículo 19"***
5	Ente privado	a	Ente privado	Interno	Juez y parte	Sistemas de control interno de empresas
6	Ente privado	a	Ente privado	Externo	No juez y parte	Auditoría contable externa practicada a una empres

*CONAPRED es un organismo descentralizado sectorizado a la Secretaría de Gobernación.

** El informe es consultable en la página web: https://articulo19.org/wp-content/uploads/2020/09/INFORME-A19-1_FINAL_v.pdf, publicado bajo el título "Ya nadie publica eso. Derecho a la verdad, violencia contra la prensa y afectaciones a comunidades y colegas", agosto 2020.⁶⁶⁹

⁶⁶⁹ En las conclusiones del informe se señala lo siguiente: "Desde 2012 se aprobó e implementó el Mecanismo de Protección a Personas Defensoras de Derechos Humanos y Periodistas. Rafael Murúa había sido incorporado a ese mecanismo, y Jorge Sánchez y su familia cuentan hasta el día de hoy

Para Karl Loewenstein, los controles pueden ser verticales u horizontales. Los primeros se dan entre los poderes públicos y la sociedad (federalismo, derechos humanos y la actuación plural de los actores sociales) y surgen cuando el Estado y la sociedad se enfrentan; los horizontales se ubican en el interior del aparato estatal en perspectiva integral y se dividen en controles intraorgánicos que operan dentro de los órganos y los interorgánicos previstos para operar entre los distintos órganos estatales. Estos se dan primordialmente del Ejecutivo al Legislativo, del Legislativo al Ejecutivo, del Judicial hacia el Legislativo y ejecutivo y del electorado hacia los tres poderes.⁶⁷⁰

Se puede enriquecer el esquema de tramos o circuitos de control si consideramos la dimensión internacional, pues existen organizaciones internacionales, digámoslo así, “públicas” u oficiales y privadas, que llevan a cabo control de convencionalidad respecto de actividades estatales en ciertas materias como, por ejemplo, trabajo, alimentación, niñez. Desde una perspectiva oficial, el caso de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos o el Comité contra la

con medidas de protección. Es evidente que en el caso de Rafael el mecanismo falló, mientras que para Jorge y su familia las medidas siguen presentando falencias. Además, estas serán insuficientes mientras la impunidad persista y los perpetradores sigan libres. El Mecanismo está rebasado y ha perdido la naturaleza con la que fue creado; de ser una medida emergente de carácter temporal, todo indica que llegó para quedarse. Si bien su presupuesto se incrementa año con año, la operación se encuentra comprometida por las deficiencias en los análisis de riesgos y las falencias en la implementación de medidas de seguridad. Un Estado que apuesta por brindar de manera indefinida botones de pánico, escoltas, cámaras y coches blindados a periodistas es un Estado que de antemano parece aceptar que fracasará en la protección de las comunicadoras y comunicadores. Además, es evidente que un mecanismo como única política de Estado es solo un paliativo insuficiente e ineficaz para atajar esta dinámica ascendente de violencia en contra de la prensa. En el primer año de gobierno de Andrés Manuel López Obrador, las agresiones a la prensa no solo no se han detenido sino que, entre 2018 y 2019, se reportó un incremento del 12%. Esta situación se perpetuará y multiplicará mientras la protección no se complementa con la justicia, y viceversa.”, p. 141.

⁶⁷⁰ Huerta, Carla, *Mecanismos... Op. Cit.*, p. 44-45. Precisa esta autora que en México el electorado no puede controlar al Poder Judicial. Asimismo, señala que los controles horizontales “necesitan completarse con los verticales”, p. 45

Desapariciones Forzadas de las Naciones Unidas (dependiente de la mencionada oficina) o, desde el lado no oficial, Amnistía Internacional y *Human Rights Watch*.

En la dimensión internacional los mecanismos de protección de los derechos sociales son de diferente tipo, y en lo que respecta al sistema regional interamericano⁶⁷¹ nos interesa destacar los aspectos siguientes:

- 1) Básicamente existen tres clases de mecanismos de protección: (i) sistema de informes periódicos; sistema de peticiones individuales; y sistema jurisdiccional vinculatorio.⁶⁷²
- 2) Cuenta con diversos instrumentos jurídicos. Entre los más relevantes están: Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (CADDH); Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH-Pacto de San José); Protocolo Adicional a la CADH en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador); Protocolo a la CADH relativo a la Abolición de la Pena de Muerte; Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; Convención Interamericana sobre

⁶⁷¹ Se clasifican otros sistemas: el sistema universal en el cual, en la materia que nos interesa, cobra gran relevancia el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC, 1966) y el Consejo Económico y Social (ECOSOC) y el Comité de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC); el sistema europeo en el que se manejan el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) y la Carta Social Europea que se ocupa de los derechos económicos, sociales y culturales, y el órgano ejecutivo es el Comité de Expertos Independientes (CEI); y el sistema africano está basado en la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos y su órgano ejecutivo es la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y depende de la Organización de la Unidad Africana (OUA). Rossi, Julieta, "Mecanismos internacionales de protección de los derechos económicos, sociales y culturales", en VV. AA. *Derechos Sociales. Instrucciones de uso*, compiladores V. Abramovich y C. Courtis, Fontamara, México, 2003, pp. 341-283.

⁶⁷² *Idem.*, p. 341.

Desaparición Forzada de Personas; Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará); y la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.

- 3) La Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene competencia jurisdiccional contenciosa y consultiva.⁶⁷³

g) [7] Criterio de adscripción de la regla de competencia: exclusiva-concentrada o no exclusiva-difusa

En el componente de quién es el responsable de llevar a cabo la actividad estatal de control debemos considerar varios aspectos que confluyen para determinar quién controla. Así, el primer punto a dilucidar es el atinente a la adscripción de la regla de competencia que confieren poder exclusivo o no exclusivo de llevar a cabo determinado control, por lo que el otorgamiento o adscripción de la regla de competencia puede ser de ejercicio exclusivo o de ejercicio no exclusivo.

El control de la actividad estatal podrá ser exclusivo si sólo respecto de ese control se adscribe poder a un solo órgano o conjunto de órganos bajo unidad funcional o la adscripción de la regla de competencia no tiene carácter exclusivo.

Este criterio no aplica en forma aislada, sino que tiene que combinarse con otros criterios para que funcione adecuadamente. Por tanto, el entendimiento de este criterio de adscripción de la regla para ejercer control exclusivo o no exclusivo está, a su vez, determinado, por (i) la clase

⁶⁷³ *Idem.*, pp. 355-356.

de control en cuanto al objeto materia de control, ya que hay objetos de control que lo conveniente es que únicamente lo ejerza un órgano como, por ejemplo, el control vía juicio político, y si (ii) la adscripción de regla de competencia en forma exclusiva o no exclusiva se hace a un órgano judicial o conjunto de órganos judiciales bajo unidad funcional o a autoridades no judiciales.

Por ahora es suficiente señalar que la adscripción de la regla de competencia exclusiva o no exclusiva a quien ejercerá control de la actividad estatal se denomina, por economía de lenguaje, control concentrado cuando es exclusiva, y en el supuesto de no exclusividad se le califica, genéricamente, como control difuso.

h) [8] Criterio de adscripción de la regla de competencia a órgano judicial o no judicial

Junto con el criterio de la adscripción de la regla de competencia de control de la actividad estatal, a su vez, opera un criterio sobre si la regla se adscribe a un órgano (o conjunto de órganos bajo unidad funcional) de naturaleza judicial, es decir, perteneciente a la judicatura⁶⁷⁴ o que no

⁶⁷⁴ Preferimos el término judicial porque es el calificativo del Poder Judicial, pero lo judicial es equivalente a la judicatura, por ello también utilizamos judicial y judicatura como intercambiables. Ruíz Manero y Atienza utilizan judicatura. Señalan estos autores: “Empleamos, aquí y en todo el texto, la expresión <<judicatura>> y otras similares (como <<jueces y tribunales>>, etc.) en un sentido amplio que engloba no sólo a los órganos jurisdiccionales encuadrados en el <<poder judicial>> sino a todos aquellos órganos que, por decirlo con Joseph Raz, <<se ocupan de la determinación autoritativa de las situaciones normativas de acuerdo con normas preexistentes>> (Raz, 1991, p. 155), como es el caso, por poner ejemplos heterogéneos, del Tribunal Constitucional o de los tribunales económico-administrativos.”, Ruíz Manero, Juan y Atienza Manuel, *Las Piezas del Derecho... Op. Cit.*, p. 170, nota de pie de página número 3. Nótese la ambigüedad de tratamiento de estos autores al referir órganos jurisdiccionales, pues la función jurisdiccional es la manera de cómo se resuelve un asunto, es decir, mediante juicio y, por ende, insistimos en diferenciar órgano (judicial/judicatura), por un lado, y procedimientos jurisdiccionales como forma en que se desarrolla el control.

pertenece a la misma. Así, el criterio permite determinar si la regla de competencia es adscrita a un órgano judicial o a un órgano no judicial.

Ahora bien, en cuanto a la adscripción o no de la regla de competencia a un órgano *ad hoc* (tribunal o corte constitucional) que forme parte o no de los depositarios del Poder Judicial tradicional surgen diversas variantes: adscripción a un (i) órgano *ad hoc* que forme parte de los depositarios del Poder Judicial o a un (ii) órgano *ad hoc* que no forme parte de los depositarios del Poder Judicial.

A esta clasificación hay que agregar una variante más: cuando la adscripción de las reglas de competencia para ejercer control se adscribe a los depositarios del Poder Judicial sin que se constituya órgano *ad hoc* diferente a los propios depositarios, es decir, (iii) se adscribe la competencia a los depositarios del Poder Judicial operando bajo unidad funcional, tenemos el mapa completo⁶⁷⁵:

Esquema 81. Variantes de adscripción de regla de competencia de control a órgano judicial o no judicial *ad hoc*

Regla de competencia de control general de constitucionalidad concentrado	Poder Judicial		Órgano <i>ad hoc</i> no depositario del Poder Judicial
Regla adscrita en forma exclusiva a un órgano o conjunto de órganos bajo unidad funcional	Depositarios	Depositarios y, uno de ellos, órgano (cuasi) <i>ad hoc</i>	Órgano <i>ad hoc</i> (en sentido estricto)

⁶⁷⁵ En el mismo sentido, Acuña, Juan Manuel, *Justicia constitucional y políticas públicas...Op. Cit.* Señala este tratadista: “Actualmente en América Latina, existen [i] Cortes o Tribunales Constitucionales fuera del poder judicial (Chile, Ecuador, Guatemala y Perú); [ii] Tribunales Constitucionales situados dentro del Poder Judicial (Bolivia y Colombia); Salas Constitucionales que forman parte de las Cortes Supremas (El Salvador, Costa Rica, Paraguay, Nicaragua, Honduras y Venezuela) y [iii] Cortes o Tribunales supremos que realizan funciones de Tribunales Constitucionales (Argentina, México, Panamá y Uruguay)...”, p. 161.

Como podemos observar pueden darse tres variantes o modalidades:

- a) Los depositarios del poder judicial asumen el control de constitucionalidad; uno de ellos asume el carácter de órgano terminal supremo. V. gr., México⁶⁷⁶ y Estados Unidos de América⁶⁷⁷
- b) Dentro del Poder Judicial hay un órgano *ad hoc* que asume el control de constitucionalidad en forma exclusiva. V. gr., Alemania⁶⁷⁸, Colombia⁶⁷⁹

⁶⁷⁶ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 94: “Se deposita el ejercicio del Poder Judicial de la Federación en una Suprema Corte de Justicia, en un Tribunal Electoral, en Tribunales Colegiados y Unitarios de Circuito y en Juzgados de Distrito.”

⁶⁷⁷ Constitución de los Estados Unidos de América: “Artículo tres. Primera Sección. 1. (primera parte) Se depositará el poder judicial de los Estados Unidos en un Tribunal Supremo y en los tribunales inferiores que el Congreso instituya y establezca en lo sucesivo.”

⁶⁷⁸ Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, “[Apartado] IX. El poder judicial. Artículo 92 [Organización judicial]. El Poder Judicial es confiado a los jueces; es ejercido por la Corte Constitucional Federal y por los tribunales federales previstos en la presente Ley Fundamental y por los tribunales de los Länder.” La Corte Constitucional Federal de Alemania forma parte del Poder Judicial, es decir, es uno de sus depositarios, lo que resulta paradójico ante la propuesta de Kelsen que se había proyectado en Austria: Tribunal Constitucional es un órgano *ad hoc* no depositario del Poder Judicial, pues a decir de Guillermo Gasió, “la Constitución de Austria organizaba un sistema «concentrado», de competencia directa y exclusiva asignada al Tribunal Constitucional, ya sea de oficio o a requerimiento del Gobierno federal sobre leyes y decretos del gobierno de un Territorio y reciprocamente, de los gobiernos de los Territorios sobre leyes y decretos del Gobierno federal. Por vía principal, esta acción se ejercía de manera autónoma, prescindiendo de un caso concreto. Los jueces ordinarios no estaban facultados ni para ejercer ni para solicitar la jurisdicción constitucional. De modo que el Tribunal Constitucional austríaco, en su carácter de órgano encargado del control de constitucionalidad de las leyes decretos y resoluciones, era independiente tanto del Parlamento como del Gobierno, que son los principales sujetos pasibles de control, y diferenciado de otros órganos Jurisdiccionales. Toda sentencia del Tribunal Constitucional tenía la fuerza de una ley posterior que deroga otra anterior, lo cual superaba la función estrictamente jurisdiccional, convirtiéndolo en una suerte de <<legislador negativo>>.”, p. XIX [Estudio preliminar a la obra *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* de Hans Kelsen, *Op. Cit.*]. Actualmente el Tribunal Constitucional austríaco tiene, básicamente, el mismo diseño institucional.

⁶⁷⁹ Constitución Política de Colombia, artículos 239 y 241, primer párrafo, ubicados en el Capítulo 4, del Título VIII “De la Rama Judicial”: “Artículo 239. “La Corte Constitucional tendrá el número impar de miembros que determine la ley. En su integración se atenderá el criterio de designación de

- c) Fuera del Poder Judicial se crea un órgano *ad hoc* al cual se adscribe la regla de competencia en forma exclusiva. V. gr., España⁶⁸⁰, Chile⁶⁸¹.

Dentro de este supuesto habría que ubicar al Consejo Constitucional francés, órgano responsable de controlar la validez constitucional de la legislación y de actos regulatorios, destacando que si bien está fuera de la esfera de competencia del Poder Judicial no es ajeno a los

magistrados pertenecientes a diversas especialidades del Derecho” y Artículo 241, primer párrafo, “Artículo 241. A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones: ...”

⁶⁸⁰ Constitución Española, Título IX, “Del Tribunal Constitucional”, artículos 159 al 165, destacándose lo dispuesto en el artículo 161: “1. El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer: a) Del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada. b) Del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53, 2, de esta Constitución, en los casos y formas que la ley establezca. c) De los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas o de los de éstas entre sí. d) De las demás materias que le atribuyan la Constitución o las leyes orgánicas. 2. El Gobierno podrá impugnar ante el Tribunal Constitucional las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas. La impugnación producirá la suspensión de la disposición o resolución recurrida, pero el Tribunal, en su caso, deberá ratificarla o levantarla en un plazo no superior a cinco meses.” El Poder Judicial está regulado en el Título VI, artículos 117 al 127. En el artículo 117, parágrafo 5, se establece el principio de unidad jurisdiccional: “5. El principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales. La ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución.”, por lo que resulta paradójico que el Tribunal Constitucional esté fuera del Poder Judicial, es decir, no forma parte de los depositarios de este. Para un análisis de las características y “naturaleza jurídica” del Tribunal Constitucional español, véase García Pelayo, Manuel, “El ‘status’ del Tribunal Constitucional”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 1, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, Es., 1981.

⁶⁸¹ El Tribunal Constitucional está regulado en forma independiente del Poder Judicial, es decir, es un órgano *ad hoc* que no es depositario del Poder Judicial, Constitución Política de la República de Chile, Capítulo VII, Tribunal Constitucional, artículos 81 al 83.

poderes clásicos, pues se le considera elemento integrante del Poder Legislativo.⁶⁸²

En el caso de órganos *ad hoc* que no forman parte del Poder Judicial (tribunales constitucionales que no son depositarios del Poder Judicial, es decir, que no forman parte de éste), no hay que perder de vista que se presenta la desventaja de la inevitable tensión con los depositarios del Poder Judicial.

En efecto, cuando coexisten un órgano *ad hoc* que no es depositario clásico del Poder Judicial y los depositarios de éste, se genera inevitablemente lo que se conoce coloquialmente como “La Guerra de las Cortes”, es decir, conflictos decisionales -interpretaciones- constitucionales entre dos órganos aparentemente terminales: el máximo tribunal de los depositarios del Poder Judicial “ordinario”, es decir, que directamente no ejerce control constitucional (jurisdicción constitucional directa) y el órgano *ad hoc* que tiene adscrita la competencia de control constitucional esté dentro del Poder Judicial o no, pues hay casos en los que la justicia ordinaria realiza una interpretación constitucional que puede diferir de la que establezca el tribunal constitucional *ad hoc*.⁶⁸³ En el esquema en el que la

⁶⁸² A decir de Neil MacCormick, refiriéndose al mundo francófono, “La concepción francesa de la división de poderes [dada su peculiar recepción de la doctrina del contrato social [Jean Jacques Rousseau] excluye la posibilidad de un control de la legislación para asegurar la conformidad con las restricciones constitucionales, pues esto constituiría una intrusión del poder judicial en la esfera reservada a la legislatura. El *Conseil Constitutionnel*, que tiene a su cargo la supervigilancia de la validez y de la conformidad de la legislación y de los actos regulatorios, es considerado como elemento integrante de la legislatura, no de la judicatura.”, MacCormick, Neil, *Instituciones del derecho*, Marcial Pons, Colección Filosofía y Derecho, Madrid, España, 2011, p. 245

⁶⁸³ Con el ánimo de ejemplificar esta “guerra” véase: Méndez López, Luis Ángel (Universidad Pontificia de Comillas, Madrid), “Los conflictos entre el Tribunal Constitucional y la jurisdicción ordinaria: a propósito del caso Bildu”, en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº 67/68, 2009, Universidad de Valencia, Departamento de Derecho Constitucional y Ciencia Política y de la Administración, España, pp. 153-166, España. Este autor señala que “Es claro que los problemas

regla de competencia de control constitucional se adscribe a los depositarios del Poder Judicial Federal no se da la mencionada guerra, pero de ello no se sigue que entre los depositarios no se den conflictos interpretativos, los cuales, una vez detectados, son resueltos en última instancia por el Pleno o las Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación⁶⁸⁴ o algún otro órgano como, por ejemplo, los Plenos de Circuito en nuestro sistema jurídico, aunque éstos tienen acotados sus pronunciamientos de “última instancia”.

Respecto de la tensión entre cortes constitucionales y los otros poderes (sus depositarios), estamos en presencia de uno de los temas más complejos de la teoría constitucional, muy en especial en la justificación de la llamada <<jurisdicción constitucional>> en materia de derechos sociales, sea judicial

actuales no pueden resolverse a través de una pretendida distinción entre legalidad ordinaria y legalidad constitucional. Es imposible trazar una frontera estricta entre constitucionalidad y legalidad ordinaria, puesto que el ordenamiento jurídico es un único sistema. El conflicto entre ambas jurisdicciones es, en buena parte, irresoluble. Aunque se redujese la cifra de recursos de amparo y se reforzasen los procedimientos para reparar en el seno del Poder Judicial las lesiones de derechos fundamentales causadas directamente por un órgano judicial, siempre existirá una resolución de un Tribunal no susceptible de recurso ordinario debido a la necesidad de no perpetuar los procesos mediante una sucesión indefinida de instancias procesales que podrá ser objeto de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional”, p. 165; y agrega “En definitiva, el conflicto entre jurisdicciones sería menos virulento si se fomentase el papel protector de los derechos fundamentales que ha de desempeñar la Jurisdicción ordinaria. Para ello, ha de agilizarse la resolución de las cuestiones de inconstitucionalidad, han de interpretarse restrictivamente los requisitos de admisión a trámite de los recursos de amparo y el Tribunal Constitucional habría de autolimitarse en aras de un mayor campo de actuación del Tribunal Supremo en su función constitucional como máximo intérprete de la legislación ordinaria, 23 de forma que el Constitucional no se configure como un órgano de segunda instancia que examina de nuevo los hechos y las pruebas del proceso judicial.”, p. 165-166.

⁶⁸⁴ La figura de la Contradicción de Tesis juega un papel primordial en la depuración del sistema interpretativo constitucional. A decir de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, “...por contradicción de tesis debe entenderse el sistema de integración jurisprudencial, cuya finalidad consiste en preservar la unidad de interpretación de las normas que conforman el orden jurídico nacional, decidiendo los criterios que deben prevalecer cuando existe oposición entre los que sustenten [diversos] órganos jurisdiccionales en torno a un mismo problema legal, sin que se afecten las situaciones jurídicas concretas derivadas de los juicios que hubieran originado dichos criterios.”, Suprema Corte de Justicia de la Nación, *La jurisprudencia. Su integración*, 2ª ed., [Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis], México, 2005, pp. 35-36

(órgano dentro del Poder Judicial o dentro de éste, pero diferenciado de la jurisdicción ordinaria) o no judicial (órgano fuera del Poder Judicial).

Lawrence G. Sager señala, entre otros puntos, que las cortes constitucionales “enfrentan numerosas dificultades en el proceso de permitir la exigibilidad judicial de los derechos sociales, hasta el punto de que en algunos momentos el mismo Tribunal puede verse amenazado”⁶⁸⁵, pues, haciendo alusión al derecho a la salud, el enfrentamiento con el Poder Ejecutivo y con el Poder Legislativo, genera severos problemas de índole presupuestal:

“...hasta aquí se han analizado las dos primeras afirmaciones que surgen al hablar de los derechos sociales: i. Que los derechos sociales reclaman de manera irresistible un amparo constitucional [justiciabilidad], y ii. Que las cortes son elementos centrales en la justificación y eficacia del proceso de constitucionalización de los derechos sociales. Pero al analizar la tercera afirmación surgen problemas, pues se apunta a las dificultades que deben enfrentar las cortes cuando optan por la exigibilidad de los derechos sociales. Las Cortes se encuentran en una evidente dificultad de base, esto es, que no en muchos, sino en todos los Estados en los cuales los derechos sociales son exigibles judicialmente, los recursos económicos disponibles para satisfacer tales pretensiones son reducidas...estamos ante una constante búsqueda de mecanismos para satisfacer las demandas apremiantes de los derechos sociales, en un mar de opciones que propenden vertiginosamente hacia las ramas ejecutiva y legislativa del poder. Cada una de las opciones posibles implica labores propias de estas ramas, entre otras, la recolección de impuestos, el desarrollo de la política fiscal, la estrategia económica escogida, y la creación y manejo de los programas necesarios para satisfacer las necesidades y expectativas de la población. Así, sin que sea de la esfera de su competencia, una de las opciones más trascendentales en la búsqueda de la satisfacción de las demandas de los derechos sociales consiste en acudir a las cortes constitucionales, las cuales se han comprometido en la tarea de hacerlos valer como intervinientes episódicos en el proceso de gobernar un Estado

⁶⁸⁵ Sager, Lawrence G., “Cortes constitucionales, derechos sociales, y el ‘espacio de colaboración’ entre el significado y la doctrina”, en VV. AA. *Diálogos constitucionales de Colombia...Op. Cit.*, p. 305

moderno que se enfrenta con condiciones de recursos limitados y, en algunos casos, de urgencias sociales.”⁶⁸⁶

La tensión y conflicto entre poderes no solamente se da en materia de derechos sociales, sino de cualquier derecho fundamental, incluso en otros temas que no son de derechos humanos.⁶⁸⁷

Como podemos colegir, la cuestión de la adscripción de la regla de competencia se reconduce a la problemática acerca de quién controla, pues éste requiere contar con la regla de competencia respectiva e, implica, de adecuados diseños institucionales⁶⁸⁸, los cuales, a su vez, se basan en arreglos políticos.

i) [9] Criterio considerando cómo se controla: procedimientos jurisdiccionales o no jurisdiccionales

De acuerdo con los dos criterios anteriores, es indispensable diferenciar (i) si la regla de competencia sobre control es adscrita para ser ejercida en forma exclusiva (concentrada) o no exclusiva (difusa) y (ii) si la regla de competencia es adscrita a un órgano o conjunto de órganos bajo unidad

⁶⁸⁶ *Idem*, pp. 308-311.

⁶⁸⁷ Sobre el tema en general del conflicto entre poderes y las cortes constitucionales, véase: Rousseau, Dominique, “Las relaciones conflictuales entre las cortes constitucionales y los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, expresión de una figura nueva de la democracia”, en VV. AA. *Diálogos constitucionales de Colombia...*, *Op. Cit.*, pp. 321-330. Este autor considera el caso francés en el que coexisten el Consejo de Estado, la Corte de Casación y la Corte Constitucional (Consejo Constitucional); Debré, Jean-Louis, “Las relaciones entre el Consejo Constitucional y los poderes públicos”, en VV. AA. *Diálogos constitucionales de Colombia...*, *Op. Cit.*, pp. 331-341. Este autor fue Presidente del Consejo de Estado Francés y hace una lectura del tema muy interesante en cuanto a la necesidad de la existencia de la jurisdicción constitucional a cargo de dicho Consejo; González Cuervo, Mauricio, “La tensión entre las cortes constitucionales y otros poderes del Estado”, en VV. AA. *Diálogos constitucionales de Colombia...*, *Op. Cit.*, pp. 343-365. Este autor fue Magistrado de la Corte Constitucional de Colombia y, obviamente de primera mano, analiza la Corte colombiana analizando los tipos de sentencias y las facultades atípicas de la misma.

⁶⁸⁸ Sobre los diseños institucionales, los cuales se basan en diseños normativos, véase: Gutiérrez Parada, Oscar, *Sistema Federal...Op. Cit.*, pp. 108-118.

funcional que pertenece al poder judicial o no, es decir, si forma parte o no del poder judicial. Junto con estos criterios es indispensable considerar otro criterio para completar aún más la visión sobre la pregunta de quién controla: se trata de la pregunta sobre cómo se lleva a cabo el control. Así, podemos referirnos al (iii) criterio que atiende a la forma en que se realiza el control a partir de considerar si se trata de procedimientos jurisdiccionales⁶⁸⁹ o procedimientos no jurisdiccionales.

Cuando el procedimiento de control es de índole jurisdiccional se le está considerando en sentido material, es decir, se atiende a la función jurisdiccional desarrollada por el órgano independientemente de que éste sea un órgano judicial o no judicial. Así, la función jurisdiccional, que normalmente la vemos vinculada a órganos judiciales, puede estar encomendada a órganos que no son formalmente judiciales, es decir, tratarse de un órgano no judicial que realiza una función jurisdiccional; incluso caben otros supuestos: órgano judicial con funciones no jurisdiccionales y órgano no judicial con funciones no jurisdiccionales. La combinación entre el criterio de órgano judicial o no judicial y el criterio de procedimiento jurisdiccional o no jurisdiccional da lugar a cuatro tipos:

- (i) judicial/jurisdiccional,
- (ii) judicial/no jurisdiccional,
- (iii) no judicial/jurisdiccional y

⁶⁸⁹ El lenguaje del texto constitucional y de la Ley de Amparo refiere lo jurisdiccional como “juicios y procedimientos seguidos en forma de juicio”, artículo 16 constitucional, primer párrafo, segunda parte, artículo 17 constitucional, tercer párrafo, terminología que se sigue en la Ley de Amparo, artículo 61, fracción XVII y 107, fracción III y último párrafo. Básicamente, la actividad jurisdiccional implica procedimientos en los que hay una controversia entre partes y debe resolverse “diciendo el derecho”, y al hacerlo se soluciona la controversia. La jurisdicción es antes que nada una actividad por la que, con base en la regla de competencia respectiva, una autoridad judicial o no judicial determina el derecho aplicable al caso planteado.

(iv) no judicial/no jurisdiccional.

Cuando estamos en presencia de control bajo procedimientos jurisdiccionales, se deben considerar los elementos siguientes:

- a) Adscripción de la regla de competencia, de manera concentrada o difusa, a un órgano judicial o no judicial, para que ejerza control bajo procedimientos jurisdiccionales;
- b) El tipo de poder, en perspectiva funcional, que se adscribe es de naturaleza jurisdiccional e implica desarrollar uno o varios procedimientos jurisdiccionales (cómo se ha de ejercer el control); y
- c) La materia genérica sobre la que versa el procedimiento jurisdiccional de control es la actividad estatal sea respecto de una norma, un acto, una omisión, un estado de cosas o un defecto de competencia.

Con base en estos señalamientos, vamos a desarrollar con mayor detalle lo correspondiente a la regla de competencia cuando estamos en presencia de órganos judiciales que tienen adscrita la regla de competencia en forma exclusiva (concentrada) y que desarrollan procedimientos jurisdiccionales.

Bajo esquema lógico condicional, la estructura canónica es la siguiente⁶⁹⁰:

Esquema 82. Estructura canónica de la regla de competencia de control concentrado adscrita a órgano judicial jurisdiccional.

Antecedente				→	consecuente
1	2	3	4		5
Si se da el estado de cosas consistente en ser una ocasión de plantear control de la actividad estatal	y el sujeto Z de naturaleza judicial: órgano, u órganos bajo unidad funcional, al que se <i>adscribe la regla de competencia de control</i> (la adscripción en este caso es exclusiva)	realiza la acción Y - controlar-, la cual consiste en un procedimiento jurisdiccional de contraste entre el referente de control y una actividad estatal (norma, acto, omisión, estado de cosas o defecto de competencia),	[dando lugar a una decisión de control, es decir, constatar si la actividad estatal es acorde con el referente de control]	entonces	se produce el resultado institucional R (resolución o sentencia) sobre control por el que se determina que cierta actividad estatal es o no es acorde con el referente de control

j) Digresión sobre lo judicial y lo jurisdiccional

Con base en los dos puntos anteriores, consideramos de suma importancia diferenciar lo judicial y lo jurisdiccional, ya que es muy común (más de lo que se pensaría) referir lo jurisdiccional como judicial y lo judicial como jurisdiccional como si fueran términos equivalentes, y no lo son.

Así, hay que insistir en que lo Judicial es lo perteneciente o relativo a la organización institucional de justicia, es decir, el diseño normativo e institucional de los órganos que integran la judicatura (los depositarios del

⁶⁹⁰ Nos basamos en Ruíz Manero, Juan y Atienza, Manuel, *Las piezas del derecho...Op. Cit.*, y en el estudio de Gutiérrez Parada Oscar, *Sistema Federal...Op. Cit.*, capítulo I, pp. 1-52. En el estudio de Gutiérrez Parada se desarrolla la regla de competencia por la que se adscribe poder normativo, pero la estructura canónica y los elementos son, paralelamente, los mismos para las reglas de índole jurisdiccional.

Poder Judicial). Lo judicial connota institución(es)/organización(es): específicamente los depositarios del poder judicial que desempeñan tareas o funciones primordialmente jurisdiccionales. Lo judicial, es decir, los órganos judiciales, por regla general, actúan, necesariamente dentro de esa generalidad, a partir de reglas de competencia y de reglas adjetivas de índole jurisdiccional.

Ahora bien, vistos los depositarios del Poder Judicial como un conjunto de órganos operando bajo unidad funcional, lo que significa <<judicial>> es convertible en un <<Sistema Judicial>> entiendo por tal, a decir de Alberto Marradi: “[U]n complejo de estructuras, procedimientos y funciones, mediante el cual el sistema político (del cual el sistema judicial es en realidad un subsistema) satisface una de las necesidades esenciales para la sobrevivencia, esto es la adjudicación de las controversias sobre la aplicación concreta de las normas reconocidas por la sociedad.”⁶⁹¹.

De acuerdo con Marradi, los aspectos fundamentales del sistema judicial que son reconocibles en la diversidad de formas de los sistemas judiciales son los siguientes:

- “a) [L]as disputas que surgen entre los individuos -o entre la colectividad y los individuos-, de acuerdo con la correcta aplicación de las normas reconocidas por la sociedad deben ser resueltas con la decisión de un individuo (juez único) o de un grupo de individuos (juez colegiado) institucionalmente propuestos y extraños a las partes y a sus intereses;
- b) [F]rente a tales individuos ambas partes o sus representantes (abogados, procuradores y similares) deben poder ilustrar sus versiones de los hechos, corrigiéndola eventualmente con la presentación de pruebas y testimonios, y con el reclamo a específicas normas, escritas o no escritas, con base en las cuales

⁶⁹¹ Marradi, Alberto, “Sistema judicial”, voz [locución], en Bobbio, Norberto, Matteucci, Nicola y Pasquino, Gianfranco, *Diccionario de Política*, 2ª ed., en español, corregida y aumentada, Siglo XXI editores, México, 1992, p. 1457.

debería ser decidida la disputa, o disputas más o menos análogas (los 'precedentes') resueltas en el modo deseado por los órganos judiciales más o menos análogos;

c] [E]l órgano judicial se debe limitar, de acuerdo con los principios, a tomar en consideración los hechos formalmente reclamados por la parte que los ha llevado a la disputa, y la prueba presentada por ambas (*secundum allegata et probata*);

d] [D]ebe incidir la contienda escogiendo, entre las normas reconocidas por la sociedad (comprendidos los precedentes allí donde ellas han tenido un reconocimiento, como en los sistemas judiciales anglosajones) aquellas que a su parecer son aplicables a los hechos como él considera, sobre la base de la confrontación, que se han desarrollado;

e] [E]sta elección de normas, y la decisión consiguiente, deben ser motivadas por el tribunal judicial en términos tales que no dejen traslucir ninguna intervención de consideraciones subjetivas, pero que también tiendan a presentar la decisión como la única correcta y compatible con la totalidad de las normas y de las decisiones precedentes -y por lo tanto, como tal, susceptible de ser entendida como la 'respuesta' de todo el sistema social antes que de un órgano judicial particular;

f] [L]a decisión debe ser obedecida por las partes, y los otros órganos públicos, dentro y fuera del sistema judicial, deben colaborar en su aplicación relativa a la disputa a que se refiere;

g] [E]lla, en cuanto interpretación 'competente' del complejo de normas de una sociedad respecto de una cierta categoría de hechos, debe además tener -por lo menos presumiblemente- una eficacia limitada a esa sola disputa, entrando también ella a formar parte (con un peso que varía de acuerdo con los valores atribuidos a los 'precedentes') del sistema normativo, y por lo tanto deviniendo susceptibles de reacciones imitativas o correctivas por parte de otros sectores del sistema judicial y del sistema político en general. Estos rasgos, cuya presencia ha sido definida como necesaria para el correcto cumplimiento de la función judicial [léase, jurisdiccional], han sido destacados sobre la base de la experiencia de los sistemas sociales que han afrontado con mayor atención y éxito el problema de la solución imparcial y racional de las disputas entre los propios miembros. Naturalmente que las instituciones con que se ha dado respuesta concreta a las exigencias arriba mencionadas varían mucho de un sistema social y de un periodo histórico a otro."⁶⁹²

⁶⁹² *Idem*, pp. 1457-1458

Estas características son aplicables, *mutatis mutandi*, a las funciones jurisdiccionales constitucional y convencional (difusa), que desarrollan órganos judiciales, además de que no debemos olvidar que en un sistema federal, el poder judicial federal lleva a cabo la función jurisdiccional ordinaria federal y la jurisdiccional constitucional y convencional (difusa) y, ahora, con la apertura de los controles constitucional y convencional difusos corresponde a todos los órganos judiciales, federales o locales, llevarlos a cabo.

Por lo que toca a lo jurisdiccional, debemos señalar que conlleva la referencia a una actividad (función) por la que se dice, o declara, cuál es el derecho aplicable en un asunto (esto es, hay una litis que, en procedimientos jurisdiccionales ordinarios, implica que una parte, el actor, alega que le asiste el derecho y la otra parte, el demandado, contradice aquel derecho con un mejor derecho o haciendo valer excepciones y defensas para neutralizar el derecho del actor)

Así, no debemos confundir ni hacer equivalentes lo judicial y lo jurisdiccional. Los mecanismos de protección de derechos humanos pueden ser judiciales o no judiciales y pueden ser jurisdiccionales y no jurisdiccionales, y los términos de cada pareja se combinan entre sí dando lugar a las combinaciones siguientes:

- (i) Judicial/jurisdiccional (V. gr., juicio de amparo, acción de inconstitucionalidad);
- (ii) Judicial/no jurisdiccional (supuesto en los que el órgano judicial resuelve un asunto de manera no jurisdiccional como lo sería un asunto administrativo del propio órgano

judicial; el punto es que la regla general es que el control judicial es genéricamente jurisdiccional; sin embargo, no hay que perder de vista que el Pleno de la SCJN tuvo adscrita la competencia acerca de la investigación de violaciones graves de derechos humanos, la cual, como la misma corte lo determinó, no era jurisdiccional sino de investigación. Esta facultad la ejerció desde 1994 hasta 2011. Con las modificaciones constitucionales del 6 de junio de 2011 dicha facultad se eliminó de su nómina competencial constitucional).

Con la eliminación de la facultad a favor de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) podría pensarse que la competencia de esta institución no contempla facultades judiciales no jurisdiccionales; sin embargo, podría considerarse que la competencia, en la intervención que corresponde al Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en materia de consultas populares se trata de un asunto Judicial no jurisdiccional.

En efecto, la competencia de la Corte, con fundamento en lo establecido en el artículo 35, fracción VIII, punto 3º, parte final, consiste en "La Suprema Corte de Justicia de la Nación resolverá, previo a la convocatoria que realice el Congreso de la Unión, sobre la constitucionalidad de la materia de la consulta."

La mencionada competencia fue adscrita a la SCJN mediante reforma constitucional publicada en el Diario

Oficial de la Federación (DOF) del 9 de agosto de 2012 y, a la fecha, ha sido objeto de una reforma (DOF del 20 de diciembre de 2019):

Reforma 9 agosto 2012	Texto vigente Reforma 20 diciembre 2019
3o. No podrán ser objeto de consulta popular la restricción de los derechos humanos reconocidos por esta Constitución; los principios consagrados en el artículo 40 de la misma; la materia electoral; los ingresos y gastos del Estado; la seguridad nacional y la organización, funcionamiento y disciplina de la Fuerza Armada permanente. La Suprema Corte de Justicia de la Nación resolverá, previo a la convocatoria que realice el Congreso de la Unión, sobre la constitucionalidad de la materia de la consulta;	3o. No podrán ser objeto de consulta popular la restricción de los derechos humanos reconocidos por esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, ni las garantías para su protección; los principios consagrados en el artículo 40 de la misma; la permanencia o continuidad en el cargo de los servidores públicos de elección popular; la materia electoral; el sistema financiero, ingresos, gastos y el Presupuesto de Egresos de la Federación; las obras de infraestructura en ejecución; la seguridad nacional y la organización, funcionamiento y disciplina de la Fuerza Armada permanente. La Suprema Corte de Justicia de la Nación resolverá, previo a la convocatoria que realice el Congreso de la Unión, sobre la constitucionalidad de la materia de la consulta;
	Nota: Con esta reforma se adicionaron materias que no pueden ser objeto de consulta popular

En el trámite más reciente⁶⁹³ de consulta popular, septiembre-octubre 2020, en la fase de intervención del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el

⁶⁹³ Como antecedentes de consulta popular, y en relación con la intervención de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, existen cuatro antecedentes de revisiones de la constitucionalidad de la materia de consulta popular 1/20141, 2/20142, 3/20143 y 4/20144, y en todos estos procedimientos judiciales no jurisdiccionales se declararon inconstitucionales con motivo de considerar que se trataba de temas no objeto de consulta popular. Véase el parágrafo 13 del Proyecto de resolución “REVISIÓN DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA MATERIA DE CONSULTA POPULAR 1/2020. PETICIONARIO: PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA, consultable en la página:

https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/proyectos_resolucion_scjn/documento/2020-09/Rev%20const%201-2020%20-%20PROYECTO.pdf.

proyecto del ministro ponente, se lee, en los párrafos 24 y 25:

- “24. ...la labor de la Suprema Corte de Justicia de la Nación con relación a la solicitud de consulta popular consiste en analizar dos cuestiones: primero ¿La materia de la consulta es constitucional?, es decir, debe revisar si el objeto de la consulta popular involucra un tema que puede ser consultado o si, por el contrario, el tema que se pretende consultar es uno de los prohibidos en el artículo 35 de la Constitución General. En segundo lugar, este Tribunal Constitucional deberá verificar si: ¿La pregunta propuesta está planteada en un lenguaje neutro, sencillo, comprensible y está formulada en forma que se pueda contestar con un “sí” o un “no” cuidando que no sea tendenciosa ni emita juicios de valor?;
25. En consecuencia, en las páginas siguientes, este Tribunal Pleno se ocupará de verificar el cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales antes señalados, lo que se hará abordando los siguientes puntos: I. Primero, se definirá, a través de la exposición de motivos y de la pregunta propuesta, cuál es el objeto o materia de la consulta que se revisará; II. En segundo lugar, se estudiará la constitucionalidad de la materia de la consulta popular (verificar que se trate de uno de los temas permitidos por la Constitución); y III. Finalmente, únicamente de resultar válido el objeto de la consulta, se estudiará la legalidad de la pregunta propuesta y, en su caso, se harán los ajustes necesarios para que sea conforme a derecho.”⁶⁹⁴;

⁶⁹⁴ *Idem*. Algunos comentarios sobre la reforma constitucional de 2012 en materia de consultas populares pueden consultarse en: Gutiérrez Parada, Oscar, *Modificaciones constitucionales de la reforma política del 9 de agosto de 2012*, Asesoría de Diseños Normativos, S.C., México, septiembre de 2012, pp. 47-56. Para un análisis crítico del papel del Pleno de la SCJN en esta consulta popular véase Salazar, Pedro, *Poder contra Derecho. El caso de la consulta popular para juzgar a los expresidentes*, UNAM-IIJ, Serie Estudios Jurídicos, Núm. 354, México, 2021. Más allá de coincidir con la crítica expuesta por Salazar (muy documentada), nos parece que no va a la raíz del problema; en efecto, hay que revisar el diseño normativo y el diseño institucional de las modificaciones constitucionales por las que se procedió a regular constitucionalmente la consulta popular, pues bajo los parámetros de las racionalidades del legislador, incluyendo el criterio de razonabilidad, no hay justificación fuerte de la intervención del Pleno de la SCJN en el procedimiento de consulta popular, y muy cuestionable la facultad de modificar la pregunta, lo cual está regulado en ley y no en la Constitución. Así, el reproche debe estar dirigido al Poder Reformador y no a la actuación que tenga en cada consulta popular el Pleno de la SCJN, pues es evidente que no ha quedado ni quedará bien con tirios ni troyanos, pues bajo una analogía “amplia”, con las consultas populares que se han tramitado hasta ahora es evidente que ocurre lo que pasaba con aquella facultad de investigación de

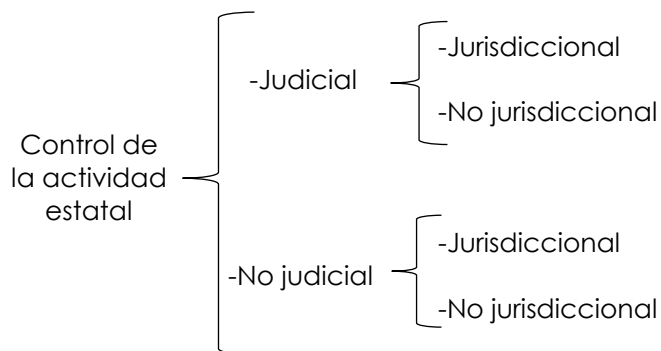
- (iii) No judicial/jurisdiccional (V. gr., recurso de revisión a cargo del Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, artículo 6º, apartado A, fracción VIII, párrafo 4, constitucional);⁶⁹⁵ y
- (iv) No judicial/no jurisdiccional (V. gr., procedimientos de investigación de la Comisión Nacional de Derechos Humanos a partir de quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor público con excepción del Poder Judicial de la federación que violen derechos humanos, artículo 102, apartado B, párrafo uno, constitucional).

violaciones graves de derechos humanos que tenía a su cargo el Pleno de la SCJN y que para 2011 se le quita la facultad de su nómina competencial: cada asunto que se planteó como violaciones graves de derechos humanos generó problemas “políticos” respecto de la actuación del Pleno de la SCJN y, por ende, lo más razonable era eliminar tal competencia. Quizá pase lo mismo, después de algunos desaguizados, con la competencia del Pleno de la SCJN en materia de consultas populares.

⁶⁹⁵ En este punto es importante precisar que, si la adscripción de la regla de competencia sobre control de la constitucionalidad o de la convencionalidad a un órgano que no pertenece a la judicatura, es decir, que no es adscrita a ninguno de los depositarios del poder judicial (judicatura), la consideramos como control no judicial, entonces la adscripción de regla de competencia a un órgano *ad hoc* (cortes o tribunales constitucionales) que están fuera de la esfera institucional del poder judicial (sus depositarios), es un control no judicial jurisdiccional. Esta precisión, dada la diferenciación que hacemos entre lo judicial y lo jurisdiccional, no tendrá mayor relevancia en nuestro sistema jurídico, pues en México la adscripción de la regla de competencia de control constitucional y convencional está otorgada tanto a depositarios del Poder Judicial, vistos bajo unidad funcional, como a otras instancias no judiciales jurisdiccionales y no jurisdiccionales. En nuestro sistema no hay un órgano *ad hoc* responsable del control constitucional y convencional (difuso) fuera del Poder Judicial (judicatura), pero de ello no se sigue que no existan órganos no judiciales jurisdiccionales o no jurisdiccionales que tengan competencia en materia de control constitucional y convencional. Más adelante veremos como juegan estas dimensiones (judicial y no judicial, jurisdiccional y no jurisdiccional) en la conformación de un sistema maestro de control de constitucionalidad y de convencionalidad. En los países en los que se encarga de manera concentrada el control de constitucionalidad y de convencionalidad a un órgano que no forma parte de los depositarios del Poder Judicial, se presenta la paradoja de que dicho control es no judicial (judicatura) jurisdiccional como los casos de los tribunales constitucionales español y chileno.

De acuerdo con estos señalamientos, bajo el criterio judicial y no judicial, y el criterio jurisdiccional y no jurisdiccional, la clasificación es la siguiente:

Esquema 83 Variantes del control de la actividad estatal bajo los criterios judicial y jurisdiccional



Es, entonces, importante, sobre todo por cuestiones conceptuales y, por ende, terminológicas, diferenciar entre poderes y la clase de poder, como regla de competencia, que se otorga a cada poder. A decir, de Jorge Ulises Carmona Tinoco:

“Las funciones del Estado tradicionalmente se han distinguido entre sí de acuerdo con la concepción clásica de la división de poderes (con mayor precisión división de funciones), según la cual los órganos legislativo, ejecutivo y judicial realizan funciones de producción de normas jurídicas, de ejecución de tales normas y de soluciones de controversias, respectivamente; ésta es una idea que tuvo destellos en el pensamiento de Aristóteles, fue esbozada por John Locke y finalmente delineada con contornos precisos por Carlos Luis Secondant, Barón de Montesquieu.”⁶⁹⁶

No obstante que a cada poder se asigna en forma primordial la función acorde con su naturaleza: al poder legislativo la función normativa; al poder ejecutivo la función ejecutiva y al poder judicial la función jurisdiccional, de

⁶⁹⁶ Carmona Tinoco, Jorge Ulises, “La división de poderes y la función jurisdiccional”, en *Revista Latinoamericana de Derecho*, Año IV, núm. 7-8, enero-diciembre de 2007, UNAM-IIJ-Rubinzal-Culzoni Editores, p. 176.

ello no se sigue exclusividad ni exclusión de las otras tareas que formalmente son el núcleo de atención <<natural>> del poder de que se trate, por lo que a un poder le pueden ser asignadas tareas (funciones) de los otros poderes, lo cual hace que la división de poderes no sea rígida sino flexible, pero sujeta a reglas lo más precisas que sea posible sobre cómo se debe operar cada función cuando no es la función natural y primordial que corresponde desarrollar a cada poder. De aquí deriva una distinción fundamental a partir de los criterios formal y material. En palabras de Jorge Ulises Carmona Tinoco:

“La división tradicional de poderes, de carácter tripartito horizontal, atiende a un criterio formal, a partir del cual lo que otorga el carácter legislativo, administrativo o jurisdiccional a determinado acto estatal es precisamente el órgano que lo emite o del cual emana; en efecto, desde este ángulo son claras las facultades constitucionales asignadas a los órganos legislativo, ejecutivo y judicial; si las reducimos al esquema clásico observamos que al órgano legislativo le corresponde crear las leyes, al órgano Ejecutivo toca aplicarlas y al órgano judicial dirimir las controversias jurídicas que se le planteen con base en dichas leyes.

Desde un punto de vista material, considerando el contenido del acto estatal, su esencia, su sustancia, nos encontramos que los órganos legislativos, administrativos y jurisdiccionales llevan a cabo cada uno, en cierta medida, actos materialmente legislativos, administrativos y jurisdiccionales.”⁶⁹⁷

La función jurisdiccional es, de acuerdo con Jorge Ulises Carmona Tinoco, “una de las funciones concomitantes al nacimiento [del Estado], la cual se caracteriza por la solución de controversias por parte de un tercero imparcial [objetivo e independiente] que se encuentra sobre las partes en conflicto, elementos que distinguen dicha función respecto a otros estadios en los que imperaba la venganza privada o la autodefensa”⁶⁹⁸, e, implica, a decir de este autor:

⁶⁹⁷ *Idem*, p. 180

⁶⁹⁸ *Idem*, p. 207.

“... una actividad creativa, por cuanto consiste en la aplicación de normas generales a casos concretos, dando como resultado una norma jurídica individualizada. Pero la creatividad judicial [es decir, de los depositarios del Poder Judicial o de órganos a los que se les adscribe la regla de competencia para ejercer la función jurisdiccional] no se agota en este tipo de normas, también puede crear normas generales, cuando las decisiones de un determinado juez o tribunal [o de órganos no judiciales que ejercen función jurisdiccional] se convierten en pautas obligatorias de decisión para el resto de los jueces [u entes obligados a seguir esas pautas] en presencia de casos similares”.⁶⁹⁹

Conforme a lo señalado, si lo judicial refiere al órgano y lo jurisdiccional a la actividad o función de decir el derecho (*iuris-dictio*), cuando se hace alusión a la <<función judicial>> realmente se está haciendo alusión a la actividad o función jurisdiccional, la cual, si bien es realizada primordialmente por el órgano judicial, ello no obsta para que órganos no judiciales a los que se adscriba la regla de competencia para realizar actos jurisdiccionales, lleven a cabo la función jurisdiccional.⁷⁰⁰

En múltiples estudios leemos <<jurisdicción constitucional>>, locución que debemos precisar, terminológicamente, y significar como actividad jurisdiccional, propiamente función jurisdiccional, de órgano judicial y que no es otra cosa que el control de la constitucionalidad de normas, actos, omisiones y estados de cosas, llevado a cabo por algún depositario del Poder Judicial mediante procedimientos jurisdiccionales, es decir, ejerciendo función jurisdiccional.

Si la función -actividad- jurisdiccional consiste, materialmente, en determinar, y decidir, el derecho aplicable a un caso mediante un

⁶⁹⁹ *Idem*, p. 208.

⁷⁰⁰ El propio Jorge Ulises Carmona Tinoco incurre en considerar lo judicial como función jurisdiccional al titular el apartado IV del artículo que citamos en la forma siguiente: “IV. La aplicación del derecho y la naturaleza de la *función judicial*.”, p. 197. (Las cursivas son nuestras)

procedimiento reglado, no tiene sentido calificar a actividades jurisdiccionales que no son desarrolladas por órganos judiciales como actividad <<cuasi jurisdiccional>>, porque señalan que se desarrolla “a la manera de”, es decir, <<cuasi>>, como si fuera una función jurisdiccional, pero desde el punto de vista material esa actividad jurisdiccional no tiene nada de <<cuasi>>, pues es tan jurisdiccional como la que desarrollan depositarios del Poder Judicial. Así, la actividad jurisdiccional que realiza el INAI es tan jurisdiccional como la de los órganos judiciales, no se justifica calificarla como <<cuasi>> jurisdiccional, pues muestra un dejo de minusvalía que no se justifica. Además, hay una distorsión de pragmática lingüística, al significar <<cuasi>> como <<casi>>, y esto es incorrecto, pues cuasi significa ‘a la manera de’ o ‘aproximadamente’ y si bien se emplea como sinónimo de ‘casi’, implica que existe una semejanza a lo denotado, pero sin contar con todas las características.

No vemos que impide que autoridades no judiciales, bajo procedimientos jurisdiccionales o no jurisdiccionales, puedan realizar control convencional difuso (incluso constitucional difuso) cuyos efectos no sean eliminar o desaplicar una norma sino señalar que hay una violación (afectación) de derechos humanos y que cierta autoridad, o un particular, debe actuar de determinada forma para que se ajuste al parámetro convencional (o constitucional), sobre todo tratándose de derechos sociales. Justo este es uno de los puntos justificativos del control omnicompreensivo de la actividad estatal. Vienen bien las palabras de Isaac de Paz González:

“...la aplicación en sede jurisdiccional de los derechos sociales revela una limitación, de asignación caso por caso, no del todo coherente con la solución estructural que requiere la adjudicación de los bienes públicos enmarcados en los derechos sociales. Sin duda, la complejidad de las necesidades sociales no puede ser ordenada -para todo el ámbito estatal- desde la vía jurisdiccional. Sin embargo, en [el juicio de] amparo es posible articular decisiones

que orienten una exigibilidad amplia. Por esta razón, cuando los fallos establecen la obligación constitucional con la horizontalidad de ordenar a todas las autoridades involucradas, -como resultado de la interdependencia de los derechos sociales- se fomenta la exigibilidad para todo entre público y privado. Consecuentemente, la decisión judicial adquiere una función objetiva pero no (necesariamente) unívoca o nomogenética para la activación de los DESC en otros sectores. Sin embargo, es necesario recordar que...la adjudicación de los derechos sociales implica la mejora de las instituciones administrativas. Desde luego, en el mundo real, una sentencia de amparo no resuelve, cuantitativamente, el problema de la pobreza, la salud, la educación, etc. La Solución de fondo corresponde a todas las áreas de gobierno involucradas, aunque la decisión judicial, siempre es saludable ya que expone en el reflector público la importancia y difusión pedagógica de la justicia constitucional como remedio a ciertos problemas sociales.⁷⁰¹

Aunado a lo anterior, De Paz González refiere la problemática de la ejecución de sentencias en materia de derechos sociales. Al respecto señala:

“Una de las objeciones, que refleja la realidad procesal de la justiciabilidad de los derechos sociales, es que el confiar demasiado en el enfoque [judicial] jurisdiccional trae consigo el problema del litigio posterior a la sentencia para cumplir con todas las provisiones que fueron ordenadas. Los casos *Mini Numa* y *Comunidad Yaqui contra Sonora* son un ejemplo de la dificultad para cumplir con la sentencia de amparo debido al entramado procesal en su ejecución; que, por un lado, deja en manos de la

⁷⁰¹ De Paz González, Isaac, *Constitucionalismo y Justiciabilidad de los Derechos Sociales. Estudio comparado internacional y leading cases a través del juicio de amparo en México*, Porrúa- Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional (IMDPC), Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, núm. 127, México, 2016, pp. 522-523. Cabe destacar el tema de la problemática de la ejecución de las sentencias de amparo en materia de derechos sociales, tema que no abordamos por distraernos de nuestro objeto de estudio, sin embargo, junto a la recurrente referencias de los casos *Mini Numa* y *Comunidad Yaqui contra Sonora*, está un caso muy interesante e importante: se trata de Amparo en Revisión 332/2020, Juzgado Primero de Distrito en el Estado de México, con residencia en Naucalpan de Juárez, por el que 112 habitantes de Ecatepec, Estado de México, obtuvieron el amparo para ser dotados por el Ayuntamiento de agua potable (abasto diario de 100 litros de agua potable por cada vecino), asunto en el que el cumplimiento está en vías de realizarse y que no ha estado exento de severos problemas de ejecución que van desde la falta de recursos presupuestarios por parte del Municipio y de deficiencia en la infraestructura hidráulica.

autoridad responsable las medidas sustanciales para la protección efectiva del derecho constitucional, y por otro, genera diversos procedimientos de cumplimiento e hipótesis para que la autoridad busque subterfugio para aplazar el cumplimiento. Situación que persiste a pesar de la existencia de un régimen de sanciones administrativas penales en casos de incumplimiento de las sentencias de amparo, su ejecución depende de sub-procedimientos en los que se debe dictar otra resolución que determine el incumplimiento y, por el tipo y tiempo de tramitación, puede restar eficacia al cumplimiento idóneo de la sentencia y, en consecuencia, retardar o evadir la protección al bien jurídico amparado.”⁷⁰²

Es evidente que, como lo hemos señalado, en materia de derechos sociales, los mecanismos de control de la constitucionalidad y de la convencionalidad de índole judicial y no judicial, sean jurisdiccionales o no jurisdiccionales, se complementan.

Aún más, en el espacio de las relaciones entre Derecho y Política, la exigibilidad y control de la actividad estatal que incide en los derechos humanos, en especial de los derechos sociales, reporta características peculiares.

Siguiendo a Isaac de Paz González, cabe tener en cuenta sus señalamientos:

“Uno de los argumentos relacionados con la legitimidad democrática y política de los jueces para adjudicar derechos sociales es señalado por GARGARELLA, quien sostiene que en la concepción de la separación de poderes el juez puede tomar el rol del legislador y que el diseño de las políticas públicas debe ser organizado y definido por la ciudadanía a través de sus representantes. Es acertado mencionar que -en terminología electoral- los jueces no tienen la misma clase de legitimación política que tiene el poder legislativo o ejecutivo para diseñar y ejecutar los mandatos constitucionales en la administración

⁷⁰² *Idem.*, pp. 524-525.

pública; por el contrario, la legitimidad de los jueces es constitucional y su función les otorga facultades expresas para salvaguardar la Constitución. Asimismo, el autor argentino afirma que desde la visión de HAMILTON, en su idea de los frenos y contrapesos; cada una de las ramas del gobierno debía tener el poder suficiente para interactuar con otras y contrarrestar el posible embate de las demás, entonces, es posible afirmar que si el objeto de una revisión entre poderes es para cumplir los fines constitucionales, es válido aceptar que la decisión judicial, o -como afirma FUDGE- la ley reemplaza a la política como el vehículo para articular las necesidades en el ámbito público. Finalmente, la postura de la restricción judicial carece de argumentos metodológicos verificables. Lo cierto es que los jueces llegan hasta donde la Constitución y los actos lesivos a su núcleo, les permite. Aquí se puede afirmar una justificación lógica de esta actividad: a mayor lesión de los derechos humanos mayor acción e intervención de la justicia constitucional.

De forma colateral a estas aseveraciones, surge un tema (no menos importante) en el que subyace la discusión constitucional: la interacción del Derecho y la Política, que conduce al abordaje la doctrina de la contención judicial frente a las cuestiones políticas no justiciables. Sin duda dicha cuestión tiene relevancia para fijar el límite a la revisión judicial de los actos del poder ejecutivo o legislativo...

Vista de este modo, la justiciabilidad de los derechos sociales no pretende invadir, restringir o suprimir obligaciones o competencias exclusivas del área legislativa o del ejecutivo; su objetivo es instar a que cumplan con los mandatos constitucionales. La solución a esta problemática radica en buscar formas equilibradas e incluyentes para lograr el balance de los procedimientos de control judicial con pautas democráticas y coordinadas.⁷⁰³

Ahora bien, recordemos que uno de los sesgos, obstáculo o limitación de la justiciabilidad que analizamos fue el inherente a la focalización del control de constitucional y de convencionalidad en órganos judiciales jurisdiccionales (capítulo II, apartado E), sesgo que distorsiona la imagen integral de los procedimientos, mecanismos e instituciones con vocación para controlar las actividades estatales que inciden, directa o indirectamente, en los derechos humanos, en especial de los derechos

⁷⁰³ *Idem.*, pp. 524-526.

sociales, y, como veremos más adelante al construir un sistema maestro de control omnicomprendivo de constitucionalidad y de convencionalidad de los derechos humanos, de la simple distinción entre lo judicial y lo no judicial, lo jurisdiccional y lo no jurisdiccional, es posible dar cuenta de esa otra dimensión de atención a los derechos humanos que no caen en una atención judicial (judicial/jurisdiccional = justiciabilidad), sino que se trata de mecanismos, procedimientos e instituciones de carácter no judicial que operan procedimientos jurisdiccionales y no jurisdiccionales. Como ya hemos apuntado, la batalla por la justiciabilidad de los derechos sociales técnicamente está ganada, pero ahora los doctrinarios se dan cuenta que no es suficiente la justiciabilidad y que no hay que dejar de mirar ese otro espacio no judicial, sea jurisdiccional o no jurisdiccional.

El señalamiento de que la justiciabilidad no es suficiente para atender las prestaciones objeto de los derechos sociales lo hacen diversos tratadistas. Así, por ejemplo, Christian Courtis apunta que durante más de una década los esfuerzos teóricos para “saldar la deuda de atención que tradicionalmente habían padecido los derechos sociales”⁷⁰⁴, giraron en dos ejes: (i) respecto del concepto de derechos sociales, superando que no son genuinos derechos humanos, y (ii) su justiciabilidad:

“Aunque la discusión sobre esos dos ejes diste de estar definitivamente saldada, al menos en muchos países de la región, incluyendo a México,² ya existe sobre estos temas una sana pluralidad de voces y una práctica judicial y académica heterogénea pero muy fértil. Este debate ha permitido al menos expulsar del paraíso de las verdades incuestionables a las doctrinas que hasta no hace muchos años han prevalecido en la mayoría de nuestros países: la idea de que los “derechos sociales” solo podrían concebirse como programáticos –o, peor aún, que la

⁷⁰⁴ Courtis, Christian, “Democracia, administración pública y derechos sociales”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Julio-diciembre, 1917, Año III. Núm. 5, México, p. 533.

sola idea de derechos sociales constituía un sinsentido—, y la correlativa idea de su carácter no justiciable.

Me parece, en todo caso, que, para ser relevante, la discusión no puede quedar confinada a esos ejes. Una parte importante del debate teórico sobre derechos sociales ha tomado un giro complementario, a partir de la creciente conciencia de que, pese a su importancia tanto simbólica como práctica, la protección judicial de los derechos sociales no puede constituir su principal instrumento de garantía. Esta constatación ha llevado a poner mayor atención a una gama más amplia de metodologías y mecanismos de garantía de los derechos sociales —y de los derechos humanos en general— que no se centra únicamente en sus componentes puramente jurídicos o formales, sino que intenta vincular el disfrute de derechos sociales con otras aproximaciones conceptuales, echando mano para ello de herramientas teóricas que eran poco frecuentes en el debate entre los juristas.

Las metodologías de garantía son herramientas conceptuales que permiten una mejor evaluación del grado de cumplimiento de obligaciones estatales en materia de derechos, y de la efectividad del goce de esos derechos. Entre las metodologías de garantía, existen tres exploraciones promisorias que han obligado a una apertura interdisciplinaria, representadas por: a) el intento de desarrollar indicadores de efectividad de los derechos sociales, utilizando para ello una combinación de metodologías cualitativas y cuantitativas; b) el intento de desarrollar técnicas de análisis presupuestario en clave de derechos, lo que supone un diálogo con las finanzas públicas y la economía, y c) el intento de desarrollar un marco conceptual que vincule la realización de derechos con la formulación, la implementación y el seguimiento de las políticas públicas.

Entre los mecanismos de garantía, una parte importante del debate se ha centrado en la crítica a las limitaciones del papel del Poder Judicial como mecanismo de corrección de las fallas e incumplimientos de los poderes políticos en la realización de derechos sociales. Se señala, con razón, que la actuación del Poder Judicial se produce por regla general a posteriori, una vez que los derechos en cuestión ya han sido afectados, y que el marco estrecho de las causas judiciales impide una visión holística de la política pública que se cuestiona a través de la alegación de violaciones puntuales, con el consiguiente riesgo de distorsiones o efectos indeseados. Aunque no faltan propuestas concretas que han sugerido soluciones antes estas críticas —la creciente literatura procesal sobre acciones colectivas es prueba de ello—,³ de todos modos parece importante tomar conciencia de que la plena realización de los derechos sociales, particularmente en países caracterizados por la desigualdad y la injusta distribución de la riqueza, es una tarea compleja que requiere la articulación de

múltiples mecanismos de garantía, incluyendo (pero no limitándose a) los mecanismos judiciales.”⁷⁰⁵

Bajo esta misma línea de pensamiento, Cruz Parceró. señala:

“Los derechos sociales son concebidos hoy como derechos que pueden ser justiciables y no como meras aspiraciones que conceptualmente no lograrán ser nunca derechos genuinos. Esto está bien, pero sospecho que dejarlo ahí no nos ayudará mucho. La historia ha mostrado que los avances sociales, la construcción del bienestar que logre extenderse a la mayor parte de la población, depende de un conjunto de mecanismos y acciones colectivas de distinta índole: depende de políticas económicas responsables, del crecimiento económico, de la creación de empleo, de buenos salarios, de políticas públicas bien diseñadas para atender problemas específicos, de servicios como educación, salud, seguridad social, alimentación, que logren extenderse a toda población, etcétera. Los derechos sociales sirvieron para apuntalar y legitimar a los gobiernos que intentaron hacer reformas sociales. Hoy día no podemos renunciar a esta dimensión ni al potencial político que detentan los derechos sociales, sería un grave error. Pero tampoco podemos dejar que tal potencial reformista refuerce un sistema autoritario, se ponga a su servicio y nos aleje de la consolidación de un sistema democrático.”⁷⁰⁶

Como lo hemos hecho notar, esta clase de señalamientos son muy importantes, sin embargo, debemos, ya, ir más allá de señalamientos afortunados y certeros, y examinar, investigar, escudriñar, cuáles son esos mecanismos, procedimientos e instituciones que mediante ellos se promueven, respetan, protegen y garantizan los derechos sociales, y en general los derechos humanos, y que no se desarrollan bajo los cánones de la justiciabilidad, es decir, de lo judicial/jurisdiccional, tarea sobre la que,

⁷⁰⁵ *Idem.*, pp. administración pública y derechos sociales”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Julio-diciembre, 1917, Año III. Núm. 5, México, pp 534-536.

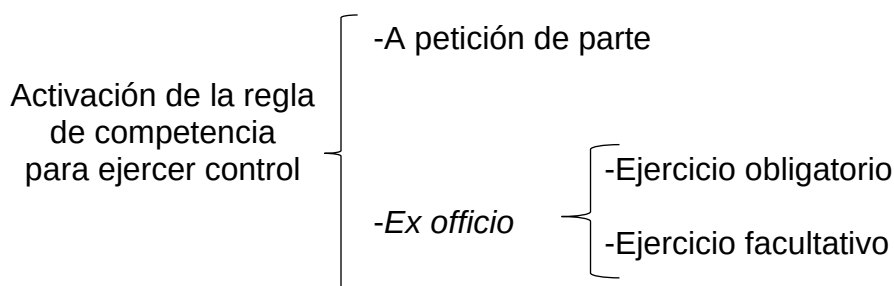
⁷⁰⁶ Cruz P, Juan Antonio, “Reflexiones sobre ‘Derechos Sociales y Desigualdad’”, en VV. AA., *Entre la libertad y la igualdad. Ensayos críticos sobre la obra de Rodolfo Vázquez*, coordinadores: Jorge Cerdio, Pablo de Larrañaga, Pedro Salazar, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Serie Doctrina Jurídica, núm 807, tomo II, México, 2017, p. 353.

más adelante, contribuimos analizando ese enorme espacio de lo no judicial (jurisdiccional o no jurisdiccional).

k) [10] Criterio basado en si el ejercicio de la regla de competencia es a instancia de parte o ex officio

Una vez adscrita la regla de competencia para ejercer control es importante diferenciar si el ejercicio de tal competencia se activa a petición de parte o se establece que es *ex officio*, es decir, que el órgano o institución competente puede ejercer control, caso en el que el ejercicio puede ser con base en una facultad de ejercicio facultativo o con base en una facultad de ejercicio obligatorio basada en una norma de mandato.

Esquema 84. Criterio de ejercicio a petición de parte o *ex officio*



Este criterio permite calificar los procedimientos de control a partir de la forma en que son activados. Sin embargo, es preciso hacer algunas acotaciones a partir de la confusión que se presenta al calificar el procedimiento convencional difuso como equivalente a ejercicio de control *ex officio*, pues en el caso del control difuso (criterio de la forma de adscripción de la regla de competencia en forma no exclusiva) se ordena que toda autoridad, es decir, no solamente las autoridades judiciales sino cualquier autoridad, lo ejerza sin que medie petición de parte.

Así, hay que distinguir los tipos de actividades que desarrollan las autoridades y cómo opera dicho control convencional que es difuso precisamente porque la regla de competencia está adscrita a todas las autoridades, ya que, como hemos visto, en esto consiste el control difuso.

Con el objetivo de ejemplificar la problemática referida, vale la pena señalar el caso de autoridades judiciales de un Estado, las cuales desarrollan procedimientos jurisdiccionales ordinarios, es decir, en los que no se cuestiona directamente una norma, y en los que puede ocurrir que se presente un problema de convencionalidad, y entonces el juez debe dilucidar si la norma es convencional o no, y determinar, en su caso, su no aplicación al caso que se esté analizando. En este supuesto solamente se cuestiona la convencionalidad y no la constitucionalidad, y al parecer el requisito de la procedencia *ex officio* consiste en que la inconvencionalidad es evidente en sentido fuerte, es decir, determinar el curso del procedimiento judicial ordinario de que se trate.

De manera similar al supuesto anterior, puede ocurrir que en un procedimiento judicial jurisdiccional ordinario se presente un problema de constitucionalidad y de convencionalidad respecto de una norma aplicable en el procedimiento. En este caso la práctica judicial jurisdiccional muestra la preferencia por agotar el análisis de constitucionalidad, caso en el que se estaría ante un control constitucional difuso e igualmente el requisito de procedencia radicaría en la exigencia de ser evidente, en sentido fuerte, la inconstitucionalidad.

Ahora bien, puede tratarse de alguna autoridad no judicial que desarrolle procedimientos jurisdiccionales (como por ejemplo el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales -

INAI-), caso en el que, a partir de los criterios de la resolución del expediente Varios 912/2010, Radilla Pacheco⁷⁰⁷, si se trata de control constitucional, no procedería el análisis de constitucionalidad, pues éste en su forma difusa solamente está autorizado a autoridades formal y materialmente judiciales jurisdiccionales.

Pero, en cambio, si se trata de una autoridad no judicial que desarrolle procedimientos jurisdiccionales o no jurisdiccionales, puede ejercer control convencional difuso con efectos distintos a la mera determinación de no aplicación de normas.

Así, por ejemplo, una autoridad no judicial no jurisdiccionales puede recomendar cierta actuación en materia de políticas sociales con base en principios, criterios y lineamientos convencionales como lo hace el Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (CONEVAL) o, el caso de la Comisión Nacional de Derecho Humanos (CNDH), la cual es una autoridad no judicial no jurisdiccional que atiende quejas de violaciones de derechos humanos y, por ende, actúa a petición de parte⁷⁰⁸, pero también puede actuar *ex officio* tratándose de violaciones graves de derechos humanos, caso en el que la regla de actuación *ex officio* es una regla de competencia facultativa (no obligatoria)⁷⁰⁹.

⁷⁰⁷ Suprema Corte de Justicia de la Nación, expediente Varios 912/2010, Caso Radilla Pacheco Vs. México (publicada en el Diario Oficial de la Federación del 4 de octubre de 2011)

⁷⁰⁸ Artículo 102, apartado B, primer párrafo, constitucional: “El Congreso de la Unión y las legislaturas de las entidades federativas, en el ámbito de sus respectivas competencias, establecerán organismos de protección de los derechos humanos que ampara el orden jurídico mexicano, los que *conocerán de quejas* en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor público, con excepción de los del Poder Judicial de la Federación, que violen estos derechos.” (las negritas son nuestras); la indicación de <<conocerá de quejas>> implica que actúa a petición de parte.

⁷⁰⁹ Artículo 102, apartado B, último párrafo, constitucional: “La Comisión Nacional de los Derechos Humanos *podrá* investigar hechos que constituyan violaciones graves de derechos humanos, cuando

Si esta perspectiva apunta en el camino correcto, entonces tenemos que considerar que la categoría *ex officio* opera en sentido estricto cuando se trata de autoridades judiciales jurisdiccionales y en sentido amplio ante autoridades no judiciales, sea que operen procedimientos jurisdiccionales o no jurisdiccionales.

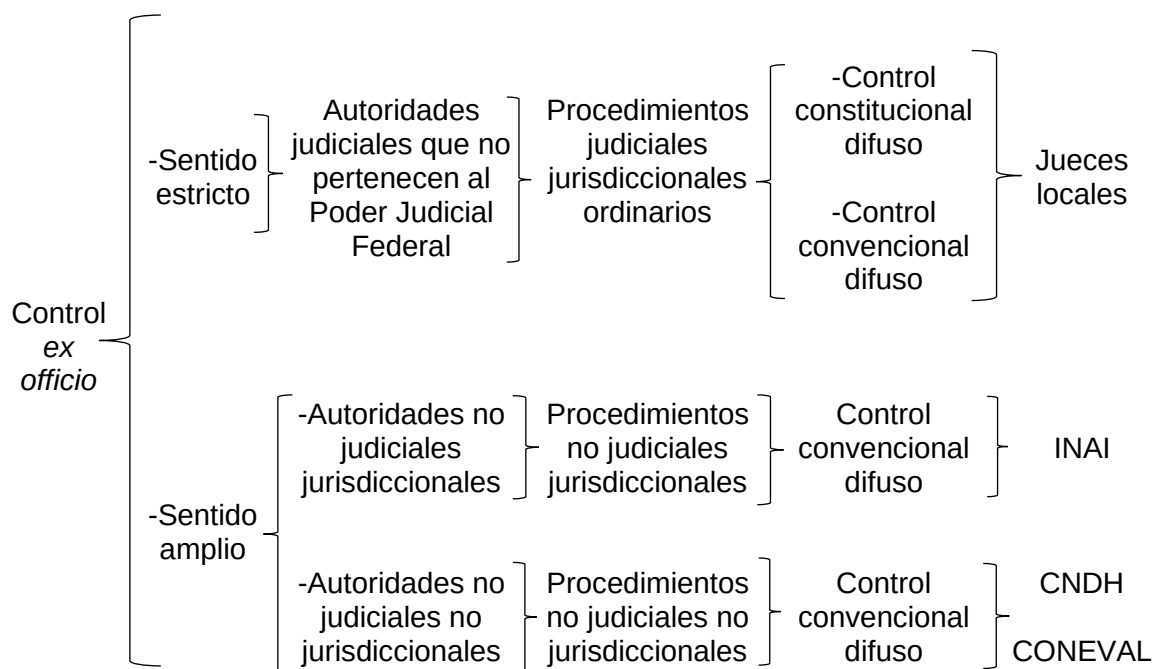
En el supuesto de autoridades no judiciales jurisdiccionales se opera de manera similar a las judiciales jurisdiccionales, pero solamente en control convencional difuso, pues como se ha señalado el control constitucional difuso, bajo los criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, está reservado, en principio, a autoridades judiciales jurisdiccionales⁷¹⁰.

así lo juzgue conveniente o lo pidiere el Ejecutivo Federal, alguna de las Cámaras del Congreso de la Unión, los titulares de los poderes ejecutivos de las entidades federativas o las Legislaturas de éstas.” (Las cursivas son nuestras)

⁷¹⁰ No obstante, lo señalado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, nada impide que autoridades no judiciales, jurisdiccionales o no jurisdiccionales, lleven a cabo control constitucional difuso o control convencional difuso. Véase la Resolución dictada por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación dictada en el expediente varios 912/2010 y Votos Particulares formulados por los Ministros Margarita Beatriz Luna Ramos, Sergio Salvador Aguirre Anguiano y Luis María Aguilar Morales; así como Votos Particulares y Concurrentes de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea y Jorge Mario Pardo Rebolledo, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 4 de octubre de 2011. De esta sentencia destacan, respecto del control constitucional concentrado y difuso del control convencional difuso, los párrafos 29, 30, 31 y 34: “29. Es en el caso de la función jurisdiccional, como está indicado en la última parte del artículo 133 en relación con el artículo 1o. en donde los jueces están obligados a preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales, aun a pesar de las disposiciones en contrario establecidas en cualquier norma inferior. Si bien los jueces no pueden hacer una declaración general sobre la invalidez o expulsar del orden jurídico las normas que consideren contrarias a los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados (como sí sucede en las vías de control directas establecidas expresamente en los artículos 103, 107 y 105 de la Constitución), sí están obligados a dejar de aplicar estas normas inferiores dando preferencia a los contenidos de la Constitución y de los tratados en esta materia. 30. De este modo, el mecanismo para el control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos debe ser acorde con el modelo general de control establecido constitucionalmente, pues no podría entenderse un control como el que se indica en la sentencia que analizamos si el mismo no parte de un control de constitucionalidad general que se desprende del análisis sistemático de los artículos 1o. y 133 de la Constitución y es parte de la esencia de la función judicial. 31. El parámetro de análisis de este tipo de control que deberán ejercer todos los jueces del país, se integra de la manera siguiente: •Todos los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal (con

En los casos de autoridades no judiciales no jurisdiccionales que pueden operar control convencional difuso, lo hacen en sentido distinto a los supuestos anteriores.

Esquema 85. Criterio de ejercicio *ex officio* en sentido estricto y en sentido amplio



Como se puede observar, el criterio de control *ex officio*, además de implicar la regla de competencia de ejercicio facultativo (puede o no

fundamento en los artículos 1o. y 133), así como la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación; •Todos los derechos humanos contenidos en Tratados Internacionales en los que el Estado mexicano sea parte. •Criterios vinculantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos establecidos en las sentencias en las que el Estado mexicano haya sido parte, y criterios orientadores de la jurisprudencia y precedentes de la citada Corte, cuando el Estado mexicano no haya sido parte. [...] 34. Actualmente existen dos grandes vertientes dentro del modelo de control de constitucionalidad en el orden jurídico mexicano que son acordes con un modelo de control de convencionalidad en los términos apuntados. En primer término, el control concentrado en los órganos del Poder Judicial de la Federación con vías directas de control: acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y amparo directo e indirecto; en segundo término, el control por parte del resto de los jueces del país en forma incidental durante los procesos ordinarios en los que son competentes, esto es, sin necesidad de abrir un expediente por cuerda separada.”

realizarse el control) o de ejercicio obligatorio (es obligatorio llevar a cabo el control), opera de manera diferente según se esté ante el parámetro de control constitucional o convencional y se considere la clase de autoridad a la que se la ha adscrito la regla de competencia de control y si debe actuar a petición de parte o *ex officio*. Asimismo, observa que órganos no judiciales con categoría de constitucionalmente autónomos, en nuestro sistema jurídico, juegan un rol relevante en el control *ex officio* de ejercicio obligatorio como los casos destacados de la CNDH, del CONEVAL y del INAI, los cuales no tienen impedimento algunos para desarrollar control convencional difuso *ex officio* obligatorio y a pesar de que los efectos de sus controles no sea necesariamente la inaplicación de normas, pues salvo el caso del INAI que puede desaplicar normas, la CNDH y CONEVAL hacen recomendaciones precisamente porque se ha incumplido la obligación o deber general de respeto de los derechos humanos por parte de la autoridad o de algún particular.

l) [11] Criterio a partir del parámetro de control

La actividad de control necesariamente requiere de referentes de control. Éstos, por lo que hace a la actividad estatal y en cuanto a su <<regularidad>>, tiene primariamente una pauta: el texto constitucional.

En la relación entre el objeto de control (V. gr., actividad estatal que incide en los derechos humanos) y la pauta de control, se debe tomar en cuenta que la dirección de ajuste primordial va del mundo a la pauta de control⁷¹¹, es decir, la realidad debe ser conforme al parámetro de control.

⁷¹¹ Jordi Ferrer Beltrán y Jorge Luis Rodríguez citan a Elizabeth Anscombe en lo relativo a las direcciones de ajuste, véase su obra *Jerarquías normativas y dinámica de los sistemas jurídicos*, Marcial Pons, colección Filosofía y Derecho, Madrid, Es., 2011, pp. 36-38. En todo caso hay que precisar que, si primordialmente se da una dirección de ajuste del mundo a la norma, de ello no se

Centrando nuestro análisis en los derechos humanos, individuales y sociales, en el mundo está la actividad estatal que incide en los derechos humanos y ésta debe ser conforme a las normas que la rigen. La pauta normativa, en el plano nacional -interno-, empieza en el más alto peldaño jurídico conformado por el texto constitucional que opera como base primaria y junto al cual, en materia de derechos humanos, opera otra pauta que complementa a la pauta constitucional y que deriva necesariamente de la apertura de índole internacional y que se conoce como pauta o parámetro convencional. Así, lo constitucional se complementa con lo convencional.

La comprobación de que el mundo que integra la actividad estatal que incide en los derechos humanos se lleva a cabo considerando la Constitución y las convenciones internacionales como parámetros de contraste constituye el objetivo o finalidad de control. El contraste tiene como finalidad determinar si esa actividad (normas, actos, omisiones o estados de cosas) se ajusta o no con lo establecido en el texto constitucional o en los textos convencionales en materia de derechos humanos, y si hay contravención, la actividad estatal debe ajustarse a tales parámetros.

infiere que quede excluida la posibilidad de llevar a cabo un ajuste de la norma al mundo, pues se puede evaluar que lo que está mal o sea deficiente sea la norma y, por ende, haya que corregirla tomando en cuenta la práctica jurídica (el mundo). Así, por ejemplo, falta mucho camino por recorrer en materia de normas adjetivas que rigen el juicio de amparo, pues sigue siendo rígido, formalista y, en especial, no pronto ni expedito. El juicio de amparo, respecto de la justiciabilidad de los derechos sociales, nuestras prácticas que tienen peculiaridades que no tienen los derechos individuales como los casos de los derechos humanos de colectividades que sólo tiene sentido proteger colectivamente, sin perjuicio del efecto individual en cada integrante de la colectividad de que se trate. Nos parece que en la agenda pendiente del juicio de amparo, a pesar de la nueva ley de 2013, está el cumplimiento cabal de lo ordenado en el tercer párrafo del artículo 17 constitucional: “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.”, el cual fue adicionado mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación del 15 de septiembre de 2017 y que entró en vigor 180 días después, es decir, desde marzo de 2018 está vigente la proscripción de los formalismo procedimentales.

Hay que iniciar el camino del control de la actividad estatal por la propia Constitución, pero sin perder de vista, en su caso, la pauta convencional, en especial sobre los derechos humanos. Estas pautas no son aplicadas en frío, a secas, sino que requieren de una labor hermenéutica que desarrollan los operadores jurídicos internos y externos del ordenamiento jurídico.

Todo lo que expresamente está previsto en la Constitución y en el espacio convencional, y lo que de los planos constitucional y convencional se deriva tanto en sentido lógico⁷¹² como vía normas materialmente implícitas o, en la terminología de Robert Alexy, normas adscritas⁷¹³, conforma el conjunto de

⁷¹² El sistema jurídico de un orden jurídico está conformado no solamente por los enunciados jurídicos expresos de los que se construyen las normas (en sentido estricto) sino también por todas las consecuencias lógicas que el propio sistema, como tal, implica. Véase: Alchourrón, Carlos y Bulygin, *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*, Astrea, Buenos Aires, Arg., 1975. Para estos autores, “La definición del concepto de sistema en términos de consecuencias normativas permite dar cuenta de enunciados no-normativos que pueden figurar en un sistema normativo, sin necesidad de tratarlos como normas incompletas o mutiladas.”, (p. 23), así “el concepto de sistema se funda en el de consecuencia deductiva. La noción de consecuencia depende de las reglas de inferencia adoptadas, que son las que determinan qué enunciados son consecuencias de un enunciado dado o de un conjunto dado de enunciados. (Entendemos por «enunciado» un cierto tipo de expresión lingüística...)”, (p. 86), de tal forma que “Un conjunto normativo es un conjunto de enunciados tales que entre sus consecuencias hay enunciados que correlacionan casos con soluciones. Todo conjunto normativo que contiene todas sus consecuencias es, pues, un sistema normativo.”, (p. 92)

⁷¹³ De acuerdo con Robert Alexy, hay normas que “no son estatuidas directamente por el texto constitucional, sino que, más bien, son adscriptas a las normas directamente estatuidas por la Constitución. Esto justifica llamarlas ‘normas adscriptas’. Las normas de derecho fundamental pueden, por ello, dividirse en dos grupos: en las normas de derecho fundamental directamente estatuidas por la Constitución y las normas de derecho fundamental a ellas adscriptas.”, Alexy, Robert, *Teoría de los derechos...*, Op. Cit., p. 70. Para este autor, las normas adscriptas son producto de una labor interpretativa en las que juegan varios elementos: (i) cuestiones semánticas que derivan de la imprecisión de las formulaciones lingüísticas y que conforma una dimensión de significación; (ii) apertura estructural de los enunciados en cuanto a la eliminación de la indeterminación que presenta la norma por lo que hace a su estructura y que genera una “relación de precisión”, relación a la que hay que agregar una segunda (iii) relación especial y que consiste en la vinculación con el texto constitucional (con la norma directamente expresada). Para Alexy, “Una adscripción se realiza conforme a derecho cuando la norma adscripta puede ser catalogada como válida. Para catalogar como válida a una norma de derecho fundamental directamente estatuida, basta la referencia a su positivización. En el caso de las normas adscriptas tal referencia está excluida por definición. Por lo

criterios o parámetros de control de constitucionalidad y, en su caso, de convencionalidad.

De acuerdo con el criterio de clasificación normativo constitucional y normativo no constitucional, vimos que la propia Constitución, en cuanto texto normativo puede ser objeto de control, específicamente, las modificaciones que se hagan a la misma, pero además de que puede ser objeto de control⁷¹⁴ es, a su vez, la pauta que se sigue para llevar a cabo el control de la constitucionalidad de la actividad estatal y que junto con el parámetro convencional conforman el bloque de control de la regularidad de la actividad estatal.

tanto, no es posible su identificación dentro del marco del concepto jurídico de validez. Lo mismo vale para los conceptos sociológico y ético de validez. El que una norma valga social o éticamente no significa que, conforme a derecho, pueda ser adscripta a una norma de derecho fundamental estatuida directamente. Ninguno de los tres conceptos de validez es, pues, adecuado para la identificación de normas adscriptas de derecho fundamental. Pero los tres son relevantes dentro del marco del siguiente criterio: Una norma adscripta vale y es una norma de derecho fundamental si para su adscripción a una norma de derecho fundamental estatuida directamente es posible dar una fundamentación iusfundamental correcta. Los tres conceptos de validez están presentes en el marco de este criterio, tal como puede percibirse en el papel que juegan el texto de las disposiciones de derechos fundamentales, los precedentes jurisprudenciales del Tribunal Constitucional Federal y los argumentos prácticos generales en las fundamentaciones iusfundamentales. Por lo tanto, el que una norma adscripta sea o no una norma de derecho fundamental depende de la argumentación iusfundamental que para ella sea posible.”, p. 71

⁷¹⁴ Las posibilidades de control de modificaciones constitucionales se desarrollan en dos planos: uno material y otro adjetivo. Respecto del primero, hasta ahora, la Suprema Corte de Justicia de la Nación considera que no se pueden revisar las modificaciones constitucionales en cuanto a su contenido material; pero, respecto de las cuestiones constitucionales adjetivas, es decir, el respeto de las reglas procedimentales para llevar a cabo modificaciones constitucionales el entendimiento es que si no se cumplen las reglas respectivas no se produce modificación constitucional alguna y se puede declarar la invalidez por vicios de procedimiento. Sobre el control de constitucionalidad de las reformas constitucionales y la doctrina de la sustitución de la Constitución, en la teoría colombiana, véase: Bernal Pulido, Carlos, “Fundamentación y significado de la doctrina de la sustitución de la Constitución...”, *Op. Cit.*, pp. 403-431. La doctrina de la sustitución de la Constitución es, técnicamente, desconocida en México.

Dentro del plano convencional podemos aún establecer otra clasificación relacionada con los derechos humanos si consideramos (como otro criterio) si lo convencional lo es del sistema universal o del sistema regional al que pertenece México, incluso considerar criterios de otros sistemas regionales como el europeo o el africano.

De acuerdo con lo señalado, hay dos parámetros de control: el constitucional y el convencional; sin embargo, nada impide considerar que ambos parámetros operen sucesivamente, primero el constitucional (de alguna manera tiene prelación, lo cual se muestra por la práctica constitucional y de derechos humanos) y luego el convencional, el cual presenta un carácter subsidiario primario). Incluso, con mayor precisión y a partir de esa concurrencia sucesiva, lo que tenemos es una tercera categoría: la coexistencia de control constitucional y de control convencional, es decir, un parámetro mixto. El contraste no es simultáneo sino sucesivo: cuando en un asunto existe la posibilidad de llevar a cabo un contraste constitucional y convencional, sea en un análisis de control constitucional concentrado o difuso y convencional difuso (en materia convencional único al que puede acceder la autoridad nacional), la práctica jurídica muestra que se comienza con el contraste constitucional y si en este hay inconstitucionalidad de la norma, acto, omisión o estado de cosas, ya no es necesario llevar a cabo el contraste convencional, por lo que de resultar que el análisis de constitucionalidad es positivo, es decir, no hay inconstitucionalidad, se pasa al análisis de convencionalidad pudiendo darse la posibilidad de inconvencionalidad, pero si no es así, el objeto de análisis pasa la prueba de constitucionalidad y de convencionalidad.

Sobre el parámetro convencional es pertinente exponer algunas acotaciones a fin de evitar confusiones, ya que la comprensión adecuada

de su análisis implica su vinculación con otros criterios de clasificación de la actividad de control.

El primer punto que hay que considerar es que el control convencional, en cuanto a la adscripción de la regla de competencia para ejercerlo en forma exclusiva o en forma no exclusiva, da lugar a dos clases de controles convencionales: concentrado y difuso. El control convencional concentrado corresponde -en exclusiva- a la CortelDH: solamente ella aplica directamente la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) respecto de los Estados miembros de la OEA, enjuiciando la actividad estatal en forma integral (sea una norma constitucional o infraconstitucional, actos, omisiones o estados de cosas)⁷¹⁵, y, bajo una

⁷¹⁵ Véase: Rojas Caballero, Ariel Alberto, *El control difuso y la recepción del control de convencionalidad en materia de derechos humanos en México*, prólogo Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Porrúa- Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional (IMDPC), Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, núm. 117, México, 2015, pp. 52-84. Señala Rojas Caballero: “García Ramírez afirma que el control que le es propio de convencionalidad recae en el tribunal supranacional [CortelDH] llamado a ejercer la confrontación entre actos domésticos y disposiciones convencionales, en su caso, con el propósito de apreciar la compatibilidad entre aquéllos y éstas -bajo el imperio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos-, y resolver la contienda a través de la sentencia declarativas y condenatoria que, en su caso, corresponda. En definitiva -dice el ex juez de la ColDH- ese control incumbe, original y oficialmente, a ese Tribunal Internacional, cuando se trata de examinar casos de los que conoce y a los que se aplica normas conforme a su propia competencia material. De ahí que haya aludido a un control propio, original o externo, características a las que agregó también concentrado, ya que, como lo reconoce Albanese, ese control de convencionalidad es la función esencial de la ColDH.”, p. 52. Faltar a este entendimiento sobre el control convencional concentrado y manejar la posibilidad de que exista en sede nacional puede llevar a confusiones: en sede nacional el parámetro convencional solamente opera en forma difusa, es decir, bajo el criterio de la forma de adscripción de la regla de competencia, el control convencional se ejerce en forma no exclusiva. Así, Cossío Díaz incurre en equívocos y, de alguna manera, en ambigüedad, al señalar: “[equívoco] que en caso de que no se admita el control concentrado de convencionalidad, no será posible impugnar y analizar la validez de las normas generales a la luz de los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales. [Ambigüedad] Ello no sólo afectará al amparo y, lo que es verdaderamente importante, a las posibilidades de defensa de los particulares frente a los actos de autoridad, sino a las posibilidades de que la Suprema Corte pueda declarar la invalidez de ese tipo de normas por considerar que afectan a los derechos de las personas aun cuando las acciones hayan sido promovidas por órganos u órdenes jurídicos (controversias y acciones).”, Cossío Díaz, José Ramón, *Sistemas y modelos de control constitucional en México*, 2ª ed., UNAM-Instituto de Investigaciones

construcción jurisprudencial, la CortelDH ha mandatado que todas las autoridades nacionales deben realizar control convencional, es decir, control convencional en forma difusa (adscripción de la regla de competencia en forma no exclusiva⁷¹⁶).

Respecto de este mandato para realizar control convencional por parte de todas las autoridades de un Estado es en el que fijamos nuestra atención. La significación de autoridad que debe realizar control convencional difuso debe partir de la diferenciación entre (i) la obligación genérica de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos por parte de todas las autoridades nacionales y (ii) propiamente cumplir el mandato de realizar control convencional difuso. Justamente cuestionar, entre otros

Jurídicas, Serie Estudios Jurídicos, núm. 186, México, 2017, p. 182. Nos parece, si se toma en cuenta el parámetro de convencionalidad en procedimientos de control constitucional concentrado, nada impide que en tales procedimientos concentrados de análisis de constitucionalidad se pueda llevar a cabo análisis de convencionalidad, pues no debemos perder de vista que el mandato de la CortelDH, de realizar control convencional difuso atañe a todas las autoridades nacionales que por regla de competencia pueden llevar a cabo control convencional y ello incluye a los depositarios del Poder Judicial, incluso al realizar procedimientos jurisdiccionales de control constitucional concentrado, y si, con base en el parámetro convencional, la norma (infraconstitucional) resulta (notoriamente) inconvencional (salvo si se tratase de una restricción, Contradicción de Tesis 293/2011) y se excluya la posibilidad de una interpretación conforme al tratado internacional, por inferencia deductiva lógica tendría que eliminarse del sistema jurídico. Nos parece que parte de la confusión deriva de considerar que en el control constitucional concentrado solamente opera el parámetro constitucional excluyendo análisis de convencionalidad (difusa), además de que se parte de la regla de que el control convencional solamente da lugar a la inaplicación, lo cual choca con los efectos de dos de los procedimientos constitucionales concentrados: la acción de inconstitucionalidad, la controversia constitucional y el juicio de amparo: en el primero el efecto es *erga omnes* y en los otros dos es relativo a las partes. La lección, entre otros aspectos, muestra que debemos revisar los diseños normativos e institucionales de los procedimientos constitucionales concentrados, pues en estos no opera en exclusiva el control constitucional, sino que concurre, en su caso, el control convencional difuso y éste no solamente puede tener como efecto la inaplicación sino también la eliminación de la norma ya que este efecto deriva de la clase de procedimiento jurisdiccional.

⁷¹⁶ Nos distrae de nuestro objeto de estudio analizar la fuente de la regla de competencia referida, sin embargo, apuntamos que su origen es convencional/jurisprudencial de la CortelDH, y complementado por lo establecido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el caso expediente Varios 912/2010 (Radilla Pacheco, la tesis de jurisprudencia derivada de la Contradicción de Tesis 293/2011 sobre obligatoriedad de la jurisprudencia de la CortelDH, y por lo establecido en el artículo 1° constitucional, primer párrafo.

aspectos, el incumplimiento de la obligación general puede dar lugar a un control convencional difuso. ¿Cuál clase de autoridad debe llevar a cabo control convencional difuso? Para una adecuada respuesta se debe considerar el desarrollo jurisprudencial de la CorteIDH respecto del control convencional difuso. Los tratadistas hacen referencia, en términos generales, a tres etapas⁷¹⁷:

Primera etapa, a partir del *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*, sentencia del 26 de noviembre de 2006, por la que la ColDH señala, párrafo 124:

“124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no sean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.”⁷¹⁸

Esta primera etapa podemos calificarla como de control convencional difuso de índole judicialista.

La segunda etapa se da con el *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Perú)*, sentencia del 24 de noviembre de 2006, en la que, en el párrafo 128, se determina que el control convencional difuso es complementario del

⁷¹⁷ Seguimos la obra de Rojas Caballero, Ariel Alberto, *El control difuso y la recepción... Op. Cit.*, pp, 89-122.

⁷¹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Texto consultado en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf

control constitucional y, además, no requiere, para activarse, petición de parte:

“128. Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también ‘de convencionalidad’ *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones.”⁷¹⁹

Como se puede constatar, esta segunda etapa de desarrollo jurisprudencial muestra que el control convencional difuso es *ex officio*, es decir, no se requiere petición de parte, y, además, es complementario al control constitucional: los jueces nacionales realizan un control constitucional y si este no es negativo se pasa al análisis de convencionalidad.⁷²⁰

La tercera etapa de desarrollo jurisprudencial implica la extensión de las autoridades responsables de realizar control convencional difuso. La CoIDH señala que no solamente las autoridades judiciales nacionales sino cualquier autoridad que realice funciones jurisdiccionales está obligada a ejercer dicho control. Este mandato deriva del Caso Cabrera García y Montiel Flores

⁷¹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Trabajadores Cesados del Congreso. (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Texto consultado en:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf

⁷²⁰ Rojas Caballero, Ariel Alberto, *El Control Difuso y la recepción... Op. Cit.*, p. 101.

vs. México, sentencia del 26 de noviembre de 2010, resolución en la que la CoIDH determina, en el párrafo 225, lo siguiente:

“225. Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico³³². Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana³³³.”⁷²¹

Lo que observamos es cierta ambigüedad, pues por un lado se señala que “todos sus órganos” y posteriormente se ciñe a “los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia”, por lo que si se considera la acotación solamente las autoridades vinculadas a la administración de justicia serían las autoridades obligadas a realizar control de convencionalidad (necesariamente difuso).

Para la significación de “órganos vinculados a la administración de justicia”, es importante acudir a los señalamientos del juez *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot en su voto razonado:

⁷²¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Sentencia del 26 de noviembre de 2010 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Texto consultado en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf

“18. Como puede apreciarse, la Corte IDH aclara su doctrina sobre el “control de convencionalidad”, al sustituir las expresiones relativas al “Poder Judicial” que aparecían desde el leading case *Almonacid Arellano vs. Chile* (2006), para ahora hacer referencia a que “todos sus órganos” de los Estados que han ratificado la Convención Americana, “incluidos sus jueces”, deben velar por el efecto útil del Pacto, y que “los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles” están obligados a ejercer, de oficio, el “control de convencionalidad”.

19. La intencionalidad de la Corte IDH es clara: definir que la doctrina del “control de convencionalidad” se debe ejercer por “todos los jueces”, independientemente de su formal pertenencia o no al Poder Judicial y sin importar su jerarquía, grado, cuantía o materia de especialización.

20. Así, no existe duda de que el “control de convencionalidad” debe realizarse por cualquier juez o tribunal que materialmente realice funciones jurisdiccionales, incluyendo, por supuesto, a las Cortes, Salas o Tribunales Constitucionales, así como a las Cortes Supremas de Justicia y demás altas jurisdicciones de los veinticuatro países que han suscrito y ratificado o se han adherido a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y con mayor razón de los veintiún Estados que han reconocido la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH,³³ de un total de treinta y cinco países que conforman la OEA.”⁷²²

No obstante ceñir el control convencional difuso a “cualquier juez o tribunal que materialmente realice funciones jurisdiccionales”, puede darse una interpretación aún más extensiva a cualquier autoridad si consideramos los argumentos de Sergio García Ramírez, el cual, citado por Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot en la sentencia del Caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, señala:

“60. La obligación del cumplimiento del derecho convencional obliga a todas las autoridades y órganos nacionales, con independencia de su pertenencia a los poderes legislativo, ejecutivo o judicial, toda vez que el Estado responde en su conjunto y adquiere responsabilidad internacional ante el incumplimiento de los instrumentos internacionales que ha asumido. Como lo ha expresado García Ramírez:

⁷²² *Idem.*

27. Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio --sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto-- y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del «control de convencionalidad» que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional». [parágrafo 27 del voto razonado se Sergio García Ramírez con motivo del Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, supra nota 11.] (Subrayado añadido).⁷²³

En efecto, la significación de autoridad no se limita a autoridades que materialmente realicen funciones jurisdiccionales. Al respecto, debe considerarse, lo señalado por la CorteIDH, en diversa sentencia, Caso Gelman Vs., Uruguay, parágrafo 239:

“239. La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, per se, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana. La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un “control de convencionalidad” (supra párr. 193), que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial. En este sentido, la Suprema Corte de Justicia ha ejercido, en el

⁷²³ *Idem.*

Caso Nibia Sabalsagaray Curutchet, un adecuado control de convencionalidad respecto de la Ley de Caducidad, al establecer, *inter alia*, que “el límite de la decisión de la mayoría reside, esencialmente, en dos cosas: la tutela de los derechos fundamentales (los primeros, entre todos, son el derecho a la vida y a la libertad personal, y no hay voluntad de la mayoría, ni interés general ni bien común o público en aras de los cuales puedan ser sacrificados) y la sujeción de los poderes públicos a la ley”. Otros tribunales nacionales se han referido también a los límites de la democracia en relación con la protección de derechos fundamentales.⁷²⁴

Por tanto, cualquier autoridad que tenga adscrita, expresa o implícitamente, la regla de competencia para ejercer control convencional (difuso) debe realizarlo. La mencionada regla de competencia es implícita en el caso de autoridades nacionales, pero ésta competencia está condicionada a que la autoridad de que se trate tenga en su nómina competencial llevar a cabo control de actividades estatales que inciden en los derechos humanos lo que implica tomar como parámetros de control tanto el texto constitucional como las convenciones internacionales en materia de derechos humanos y, además, aunque no en principio no es indispensable, existen regulaciones expresas sobre procedimientos, jurisdiccionales o no jurisdiccionales, para llevar a cabo el control respectivo.

Si esto es correcto, no le asiste razón a Ariel Alberto Rojas Caballero cuando, interpretando lo que afirma, señala que solamente autoridades judiciales jurisdiccionales son las que ejercen control convencional difuso, pues considera que otras autoridades sólo siguen el deber general de respetar las obligaciones a que alude el artículo 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. En sus palabras:

⁷²⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gelman Vs. Uruguay. Sentencia de 24 de febrero de 2011. (Fondo y Reparaciones), [Omitimos las citas]. Texto consultado en: https://www.youtube.com/watch?v=IC-CwFr29no&list=RDIC-CwFr29no&start_radio=1

“Soy de la opinión de que la actuación en el contexto que se analiza, de órganos diversos a los materialmente jurisdiccionales y en un acto propio de sus facultades, en sentido estricto no puede reputarse como ‘control’, sino que se debe ubicar dentro de las obligaciones generales del artículo 1 de la CADH de respetar. Esto es, cuando un órgano legislativo aprueba una norma que no viola Derechos Humanos, propiamente cumple con el deber de respetar, pero cuando esa actuación es revisada por un juez u otro ente, entonces se puede llamar propiamente ‘control’ que, por su propia naturaleza, involucra la actuación primero de un órgano distinto al que realiza funciones materialmente jurisdiccionales y efectúa el contraste entre la norma aprobada y el *corpus iuris* de Derechos Humanos. Cuando el mismo órgano toma en cuenta ese conjunto normativo y se abstiene de aprobar una norma en determinado sentido, respeta los Derechos Humanos, cumple con ese deber, esto es, en el lenguaje tradicional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, pero no realiza ningún control. Gramaticalmente, incluso ‘control’ es sinónimo de comprobación, inspección, fiscalización o intervención. Lo que necesariamente involucra un ente diverso al controlado.”⁷²⁵

Es correcto distinguir las obligaciones generales de la CADH de lo que es el deber de ejercer control, pero que el control convencional difuso sólo lo pueden desarrollar por autoridades judiciales jurisdiccionales no es exacto, pues hemos demostrado que hay autoridades no judiciales que bajo procedimientos jurisdiccionales o no jurisdiccionales llevan a cabo control convencional difuso como los casos del INAI, CNDH y de CONEVAL. Otra cuestión es la fuerza y efectos de sus resoluciones, pero es control convencional difuso.

En este punto es importante afinar el análisis y señalar que, de acuerdo con lo señalado, y considerando lo que vimos en el apartado H del Capítulo II,

⁷²⁵ Rojas Caballero, Ariel Alberto, *El Control Difuso y la recepción... Op. Cit.*, p. 117. Más adelante, al analizar el sujeto de control en el control convencional difuso, precisa: “Previamente destaque mi opinión respecto a que no obstante que la ColDH en el *Caso Geleman vs. Uruguay*, llevó al extremo el control de convencionalidad [difuso] al incorporar a todas las autoridades, incluso las que representan la voluntad popular, he referido que ello no es propiamente un control, sino la concreción del deber de respeto previsto en el artículo 1° de la CADH...”, p. 143.

en el que examinamos que el Principio de Programatividad General (PPG) de los derechos humanos, en especial respecto de los derechos sociales, el cual se proyecta positivamente en el enunciado del artículo 1º, tercer párrafo, constitucional, es el momento de vincular ese principio con el deber general convencional de proteger y garantizar los derechos humanos referidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), expresado en su artículo 1, deber general convencional que se despliega en varios dispositivos de la convención, destacando lo dispuesto en el artículo 2. La vinculación entre el PPG y el deber general convencional se manifiesta por efecto del fin común que persiguen tanto el PPG como el deber general convencional: el pleno goce de los derechos humanos, y la realización de los valores que ello conlleva. A su vez, hay que vincular estos deberes/obligaciones con la evaluación sobre si la actividad estatal es conforme con los derechos humanos lo que implica ejercer control de convencionalidad o de constitucionalidad, o ambos, en cualquiera de sus mecanismos o modalidades de control (independientemente de los efectos del control respectivo).

Con base en los anterior, es de suma importancia diferenciar tres componentes:

- (i) Deber general convencional de proteger y garantizar los derechos humanos referidos en la CADH;
- (ii) Obligación constitucional de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, fundamento positivo del Principio de Programatividad General; y

- (iii) El (ejercicio de) control de constitucionalidad o convencionalidad, o ambos.

Así, tenemos que diferenciar esas tres dimensiones que inciden en los derechos humanos y, por ende, no confundirlas. Justamente la evaluación/verificación acerca de si una actividad estatal cumple o no cumple con el deber general convencional o con las obligaciones generales constitucionales se lleva a cabo a través del tercer componente: el control de constitucionalidad y de convencionalidad para determinar si la actividad de que se trate cumple o no los deberes u obligaciones correspondientes.

De lo establecido en los artículos 1 y 2 de la CADH podemos completar el fundamento positivo del PPG, ya que la obligación de adoptar “medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos” los derechos humanos implica considerar que la actividad estatal que incide en los derechos humanos, directa o indirectamente, deber ser racional y razonablemente planificada, programada y ello conlleva fijar con la mayor claridad y precisión posible fines y valores que se deben alcanzar para el despliegue pleno de los derechos humanos, y, desde luego, la elección de medios idóneos.

El control convencional y constitucional presupone una relación de, por lo menos, cuatro términos: X tiene competencia para controlar a Y respecto de Z (objeto prestacional del derecho humano), conforme al parámetro T (tratados internacionales/espacio convencional) o C (constitucional), o ambos, y determinar si la actividad respectiva es acorde o no al contenido y alcance del derecho humano respectivo.

Esquema 86. Contraste entre (i) deber general convencional de proteger y garantizar los derechos humanos referidos en la CADH; (ii) obligación constitucional de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, fundamento positivo del Principio de Programatividad General; y (iii) el (ejercicio de) control de constitucionalidad o convencionalidad, o ambos.

<i>Deber general convencional de respetar y garantizar los derechos humanos</i>	<i>Deber de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos Principio general de programatividad</i>	<i>Ejercicio de control de constitucionalidad y convencionalidad</i>
Convención Americana sobre Derechos Humanos Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano. Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya	Artículo 1°, 3er párrafo, constitucional: Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.	El fundamento de la regla de competencia es: En el parámetro constitucional: artículo 1°, 3er párrafo, en la porción de la obligación de garantizar, pues en uno de sus sentidos se significa garantizar como control; y la resolución del caso Varios 912/2010 Radilla Pacheco. En el parámetro convencional, con base en la jurisprudencia de la CorteIDH (a la que se ha hecho referencia)

garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.		
Es una obligación genérica de fuente convencional a cargo de los Estados miembros de la Convención Americana sobre Derechos Humanos	Es una obligación genérica de fuente constitucional a cargo de todas las autoridades de realizar sus actividades de manera que promuevan, respeten, protejan y garanticen los derechos humanos lo que implica seguir directrices de planeación y de hechura de políticas públicas	Implica el ejercicio de la regla de competencia para ejercer control constitucional o convencional, su adscripción deriva de la constitución (control concentrado o difuso o de la CADH/CorteIDH/jurisprudencia convencional (control difuso)
	Es una obligación genérica relacionada con la relación triádica en la que una persona tiene el derecho de exigir a una autoridad realice el objeto de la prestación del derecho humano de que se trate (en la fórmula triádica de Alexy: “a tiene frente a b un derecho a G -DabG-”, b sería quien está obligado a proporcionar determinada prestación) Como deber general implica también una relación triádica: las personas tienen el derecho de exigir a las autoridades cumplan su deber general de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos.	La actividad de control consiste en evaluar si una norma, un acto, una omisión o un estado de cosas son conformes o no con el parámetro constitucional o convencional
	Se cumple o incumple, sin embargo, en ciertos	Los parámetros de evaluación constitucional y convencional

	derechos sociales hay gradación	desarrollan el contenido y alcance de cada derecho
	La promoción, respeto, protección y garantía depende del contenido y alcance de cada derecho	Mediante la actividad judicial y no judicial, jurisdiccional y no jurisdiccional, se van determinando los contenidos y alcances de cada derecho
	La promoción, respeto, protección y garantía son actividades estatales, o de particulares que siguen las determinaciones sobre contenido y alcance que se fijan en los parámetros constitucional y convencional, así como de los desarrollos interpretativos judiciales y no judiciales, jurisdiccionales y no jurisdiccionales.	Los criterios judiciales (jurisdiccionales) tienen un papel primordial en la orientación de la actividad estatal, pero no son los únicos criterios de orientación
	En un sentido amplio proyecta formas de control de los derechos humanos (V. gr., al señalarse que cierta política pública es acorde con determinado derecho humano: se ha controlado <i>ex ante</i> e <i>in abstracto</i> , una actividad estatal a desarrollar respecto de un derecho humano, pues al concebir y diseñar la política pública de que se trate se han considerado los parámetros constitucional y convencional que rigen el derecho humano respectivo)	En un sentido amplio proyecta formas de promoción, respeto, protección y garantía de los derechos humanos (V. gr., en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se determina, invariablemente, que: “La Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas constituye <i>per se</i> una forma de reparación”)

Por otra parte, hay que considerar que si antes se dio un monopolio del control de constitucionalidad -exclusivamente concentrado- por parte de los depositarios del Poder Judicial, y que se dejó atrás a partir de la resolución del expediente Varios 912/2010, Radilla Pacheco, el planteamiento de que solamente autoridades judiciales (bajo procedimientos jurisdiccionales) pueden ejercer control convencional difuso, de alguna manera, conlleva

un nuevo monopolio, pero en este supuesto lo sería de autoridades judiciales jurisdiccionales, federales o locales, excluyéndose la posibilidad de control convencional difuso por parte de autoridades no judiciales que desarrollen procedimientos jurisdiccionales o no jurisdiccionales.

Si autoridades no judiciales actúan con base en el principio de que nadie debe ser juez de su propia causa, nada impide que puedan ejercer control convencional (difuso) como el caso del INAI, del CONEVAL y de la CNDH. Recordemos que hay controles que no tienen como finalidad eliminar o desaplicar normas, sino controlar actos, omisiones o estados de cosas que vulneran derechos humanos mediante el señalamiento de actuaciones indebidas o de falta de actuación, incluso observar que no se están tomando en cuenta pautas internacionales, en especial en materia de derechos sociales.

En materia de promoción, respeto, protección y garantía de los derechos humanos no debe haber monopolio sino una actividad concertada, coordinada, colaborativa, cooperativa de todos: Estado, sociedad y organizaciones e instituciones internacionales, aunque de ello no se sigue que no haya instancias de interpretación que, como faros, guíen y orienten sobre el contenido y alcance de los derechos humanos, en especial de los derechos sociales, actividad interpretativa que en el caso nacional está a cargo de los jueces constitucionales y en el ámbito internacional de varias instancias entre las que destaca la labor de la CorteIDH.

Un punto sobre el control convencional difuso sobre el que debemos hacer algunas anotaciones se refiere al objeto de dicho control. En el análisis del sesgo cognitivo sobre el objeto de control señalamos que éste no se ciñe solamente a normas sino que comprende, además, actos, omisiones y

estados de cosas, es decir, cualquier actividad estatal susceptible de control; asimismo, en el análisis de los criterios de control en el inherente al objeto de control de igual manera apuntamos que la actividad estatal puede comprender normas, actos, omisiones y estados de cosas, por lo que cualquier control, sea constitucional o convencional, tiene esos objetos de control, y en este sentido no es exacto el señalamiento de Ariel Alberto Rojas Caballero respecto de que el control convencional difuso única y exclusivamente gira en torno al análisis de normas. Al respecto, apunta:

“...se puede precisar que el objeto de control son las categorías normativas ‘contrastadas en la operación de control de constitucionalidad’, es decir, el precepto o preceptos que se presumen contrarios al corpus iuris de Derechos Humanos y que marcan, de forma objetiva, los límites de actividad del juez [149] ...De lo anterior se desprende que puede ser objeto del control de convencionalidad cualquier tipo de norma jurídica con independencia de su jerarquía u origen. Cabe señalar que, en sede nacional, estimo que propiamente no pueden quedar comprendidas dentro del objeto las prácticas de cualquier naturaleza. Tal como se ha precisado en apartados anteriores, este mecanismo se gestó para dotar a los jueces nacionales de la potestad de velar por el cumplimiento del objeto y fin de la CADH, pudiendo inaplicar leyes que sean contrarias a ella, entendiendo por normas jurídicas, cualquier disposición estatal obligatoria, general e imperativa; propiamente en la terminología actual, diríamos una regla de derecho. El control de otros actos estatales distintos no quedan comprendidos en el de convencionalidad en sede nacional, sino que deben ser controlados a través del bagaje de mecanismos que en cada Estado se establezca para supervisarlos judicialmente y, en su caso, decretar la nulidad, que podría ir desde el contencioso administrativo, la responsabilidad administrativa, la sentencia penal, el habeas corpus, el amparo, la acción de tutela, etcétera. Tal como se ha fijado, este ejercicio no podría realizarse con las características que anteriormente quedaron precisadas, sobre todo de manera oficiosa por actos distintos a las normas, ya que de considerarlo así se trastocarían gravemente las competencias y regulaciones procesales, y hacerlo oficiosamente podría poner en riesgo toda la estructura del sistema jurídico, con la posibilidad de que so pretexto de velar por los Derechos Humanos de alguna persona, se transgredan los de otra. Lo anteriormente expuesto no obstaculiza que en el ejercicio del control de convencionalidad en

sede interna se haga la interpretación conforme de algún precepto legal que impida el acceso a la justicia o impida la eficacia de algún recurso interno. Finalmente, lo importante es que a través de los mecanismos internos de tutela de los Derechos Humanos se pueda plantear la violación y se repare el daño causado, pero los jueces oficiosamente no deben, fuera de sus competencias y regulaciones procesales, incluir actos en la litis de un proceso de manera oficiosa, ni actuar al margen de las regulaciones procesales correspondientes, lo que incluso podría generar responsabilidades penales por ejercer funciones que legalmente competen a otras autoridades.”⁷²⁶

No compartimos la opinión del autor citado, pues el control convencional difuso tiene por objeto el análisis de normas, actos, omisiones o estados de cosas y, por ende, no se ciñe única y exclusivamente a normas, y hacerlo refleja una posición extremadamente normativista y formal.

En efecto, en el caso Radilla Pacheco la CortelDH si bien se examinó un acto: la desaparición forzada de una persona, y que de ello deriven análisis de normas (especialmente un dispositivo en materia de justicia militar), también llevó a cabo el estudio de omisiones fácticas (capacitación de jueces en materia convencional), análisis de omisiones normativas (falta de actuación del poder legislativo), y, además, implícitamente, el estudio de un estado de cosas recurrente en materia de investigaciones ministeriales, muestra que la CortelDH evalúa toda la actividad estatal en el asunto en litigio, es decir, normas, actos, omisiones y estados de cosas (inconstitucionales), el control convencional difuso -en sede nacional y ex *officio*- también puede tener como objeto de análisis de convencionalidad de normas, actos, omisiones y estados de cosas, y la diferencia notable entre control convencional concentrado y control convencional difuso reside en la forma en que está adscrita la regla de competencia para ejercer

⁷²⁶ Rojas Caballero, Ariel Alberto, *El Control Difuso y la recepción... Op. Cit.*, p. 149, 153-154.

control⁷²⁷, siendo en el primer caso exclusiva y en el segundo no exclusiva (precisamente difusa), es decir, compete a todas las autoridades nacionales que por su esfera competencial corresponde llevar a cabo control convencional (difuso). Así, estas autoridades nacionales son competentes para el análisis de la actividad estatal, trátase de normas, actos, omisiones o estados de cosas.

Cerramos este criterio sobre el parámetro de control afinando el esquema 83 (p. 617), en el que diferenciamos y combinamos los criterios judicial, no judicial y jurisdiccional y no jurisdiccional, pues si agregamos, como criterios, si se da en sede nacional o en sede internacional, observamos que el control no judicial puede ser nacional o internacional y que el control judicial es nacional. Por tanto, el control convencional puede darse desde sede nacional (siempre en modo difuso) o internacional jurisdiccional (convencional concentrado -exclusivo- a cargo de la CorteIDH) o no jurisdiccional (ComisiónIDH del Sistema Interamericano o Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del Sistema Universal).

Asimismo, cambia la imagen de los circuitos de control si se considera la dimensión internacional. En efecto, en el inciso f) [6], nos referimos a los circuitos de control y mencionamos la importancia de contemplar esa dimensión⁷²⁸, por lo que respecto del parámetro de control, implicado en los

⁷²⁷ Otra diferencia relevante radica en que la perspectiva de la CorteIDH es “enjuiciar” a un Estado; en cambio en sede interna se enjuicia una norma no constitucional (México), un acto de autoridad, una omisión o un estado de cosas. Cabe señalar que en juicios de amparo indirecto que versan sobre la constitucionalidad de actos de autoridades ejecutivas se debe -y de hecho así ocurre- analizar, después del examen de constitucionalidad y de resultar positivo, llevar a cabo el estudio de convencionalidad.

⁷²⁸ En el inciso f) [6], en la parte final (p. 597), señalamos que los circuitos de control se enriquecen al considerar el ámbito internacional.

circuitos de control, en el espacio convencional está referido al sistema interamericano (en el que juegan tres clases de mecanismos de protección: sistema de informes periódicos; sistema de peticiones individuales; y sistema jurisdiccional vinculatorio) y al sistema universal en el que el Comité DESC, entre otros mecanismos, desempeña un papel fundamental.

Sobre el Sistema Universal de Derechos Humanos (quizá sea más correcto referir “Sistema de las Naciones Unidas”), es importante tomar en cuenta diversas categorías que operan en el ámbito internacional:

“...en el marco del Derecho Internacional Público (DIP) encontramos un importante desarrollo de diferentes sistemas normativos que buscan otorgar protección a la persona humana partiendo del reconocimiento de derechos y obligaciones que están garantizados mediante el establecimiento de mecanismos especializados y organismos competentes para este propósito. En este orden, encontramos principalmente al Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) y de manera complementaria otros sistemas como el del Derecho Internacional Humanitario (DIH), el Derecho Internacional del Trabajo (DIT), el Derecho Internacional de los Refugiados (DIR), y el Derecho Penal Internacional (DPI), los cuales representan importantes sistemas normativos que reconocen derechos humanos sin ser, stricto sensu, sistemas normativos de derechos humanos. De esa forma, tanto el DIDH como el DIH, el DIT, el DIR y el DPI en conjunto le dan contenido y alcance al Derecho Internacional de Protección de la Persona Humana (DIPPH). Además, en el orden internacional existen tratados que no son parte del DIPPH, pero que reconocen derechos humanos pese a que, por el objeto y fin que persiguen, son tratados sinalagmáticos que reconocen derechos y obligaciones mutuas entre los Estados sin que su objeto y fin sea la protección de la persona humana. En este amplio orden normativo que emana del Derecho Internacional Público se debe entender la fracción primera del artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) que protege los derechos humanos reconocidos ‘en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte’, sin distinguir si éstos son tratados propios del DIPPH, tratados internacionales sobre

derechos humanos (TIDH) u otros tratados con un objeto y fin diferente.”⁷²⁹

Por lo que hace al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, a decir de Gutiérrez Contreras, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) crea el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos en el que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos constituyen los órganos primordiales para evaluar el cumplimiento de la CADH.”⁷³⁰

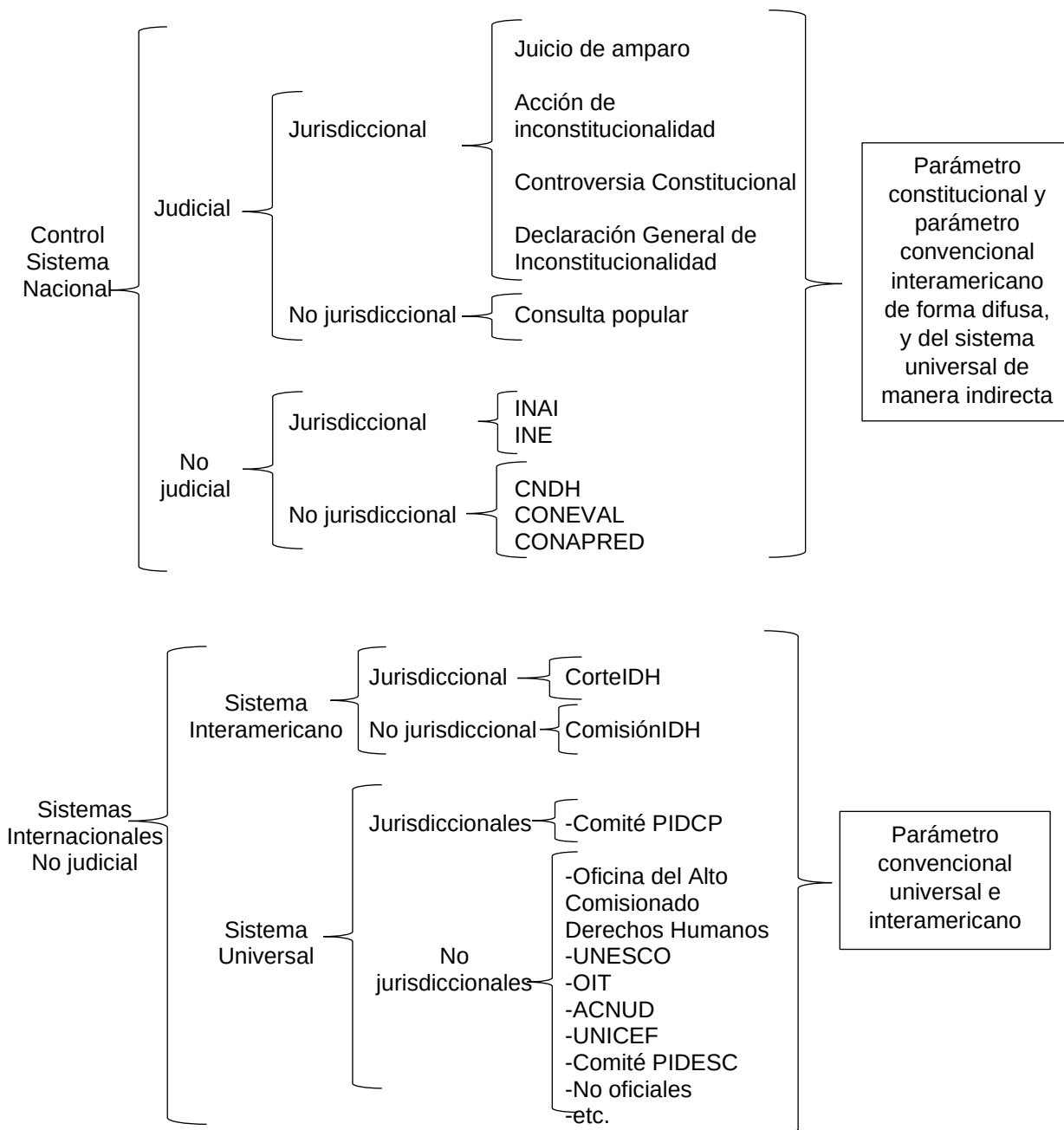
De esta manera nuestro mapa del control permite una visión más amplia e integral al incluir, entre otros aspectos, la operatividad del Sistema Universal de Derechos Humanos mostrando la coexistencia en el ámbito internacional de este sistema y del Sistema Interamericano de Derechos Humanos., incluso sin menospreciar, bajo diálogos jurisprudenciales entre cortes, la labor interpretativa de los sistemas europeo y africano, los cuales muestran gran preocupación por los derechos humanos, en especial sobre los derechos sociales.”⁷³¹

⁷²⁹ Suprema Corte de Justicia de la Nación y Oficina en México del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Compilación de Instrumentos Internacionales sobre Protección de la Persona aplicables en México*, Tomo I, Derecho Internacional de los Derechos Humanos, México, 2012, pp. XXXV-XXXVI (Introducción).

⁷³⁰ Véase la locución “Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Litigio)” a cargo de Juan Carlos Gutiérrez Contreras, en VV. AA, *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional...* Op. Cit., Tomo II, p. 1178; Véase en esta obra la locución “Sistema interamericano de protección de derechos humanos” desarrollada por Carlos María Pelayo Moller (pp. 1181-1184), en la que señala, entre otros aspectos, lo siguientes: “El sistema interamericano de protección de derechos humanos es un sistema regional el cual se encuentra establecido en el marco de la Organización de los Estados Americanos (OEA). Sus instituciones principales son la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), p. 1181.

⁷³¹ Dan cuenta de ello, entre otros, Abramovich y Courtis, en su obra *Los derechos sociales coo derechos exigibles...* Op. Cit..

Esquema 87. Clasificación del control judicial y no judicial, jurisdiccional o no jurisdiccional, considerando parámetros nacional o internacional



Es importante señalar que la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos no es estrictamente jurisdiccional, sin embargo, en materia de medidas cautelares se presentan elementos de índole jurisdiccional, pero visto integralmente nos parece que dicha comisión es

estrictamente no jurisdiccional, pero de ello no se sigue que sus determinaciones no tengan efectos.

Por otra parte, vale la pena considerar que el Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, opera bajo esquemas jurisdiccionales.⁷³²

m) [12] Criterio basado en el momento en que se realiza el control

Existe un criterio de clasificación del control de la actividad estatal que juega un papel relevante en relación con la obligación general de todas las autoridades de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos

⁷³² Por su interés para México, y para ejemplificar, referimos el dictamen aprobado por el Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos PIDCP), a tenor del artículo 5, párrafo 4, del Protocolo Facultativo, respecto de la comunicación núm. 2767/2016; Adoptado por el Comité en su 123er período de sesiones (2 a 27 de julio de 2018), que versa sobre la tortura de la periodista Lydia Cacho, del Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En lo que nos interesa, en el dictamen se señala: “11. De conformidad con el artículo 2, párrafo 3 a), del Pacto, el Estado parte tiene la obligación de proporcionar a la autora un recurso efectivo. Ello requiere una reparación íntegra a los individuos cuyos derechos hayan sido violados. En este sentido, el Estado parte debe: a) realizar una investigación imparcial, pronta y exhaustiva sobre los hechos denunciados por la autora; b) procesar, juzgar y castigar con penas adecuadas a las personas halladas responsables de las violaciones cometidas; y c) ofrecer una compensación adecuada a la autora. El Estado parte también tiene la obligación de adoptar las medidas necesarias para evitar que se cometan violaciones semejantes en el futuro, garantizando que todos los periodistas y defensores de derechos humanos puedan ejercer su derecho a la libertad de expresión en sus actividades, incluido mediante la despenalización de los delitos de difamación y calumnia en todos los estados federados. 12. Teniendo presente que, por ser parte en el Protocolo Facultativo, el Estado parte reconoce la competencia del Comité para determinar si ha habido o no violación del Pacto y que, con arreglo al artículo 2 del Pacto, el Estado parte se ha comprometido a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio o estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el Pacto y a garantizar una reparación efectiva y jurídicamente exigible cuando se compruebe una violación, el Comité desea recibir del Estado parte, en un plazo de 180 días, información sobre las medidas que haya adoptado para aplicar el presente dictamen. Se pide asimismo al Estado parte que publique el dictamen del Comité y le dé amplia difusión.” Fuente: <https://hchr.org.mx/comite/dictamen-aprobado-por-el-comite-a-tenor-del-articulo-5-parrafo-4-del-protocolo-facultativo-respecto-de-la-comunicacion-num-2767-2016-caso-lydia-cacho/>

humanos y que consiste en el análisis del momento en el que se lleva a cabo la actividad de control⁷³³.

Así, puede haber actos preparatorios para esas obligaciones, necesidad de monitoreo del cumplimiento de obligaciones cuando la actividad estatal se

⁷³³ Para Riccardo Guastini "...existen sistemas de control muy diversos, que pueden ser evaluados desde el punto de vista de su eficacia. A grandes rasgos, se pueden distinguir tres modelos fundamentales: a) Primer modelo (como ejemplo, Estados Unidos): control *a posteriori* (por vía de excepción) y, por lo tanto, *in concreto*, ejercido por cada juez en el ámbito de su propia competencia jurisdiccional...la decisión que declare la ilegitimidad constitucional de una ley, no produce efectos generales, sino sólo efectos circunscritos a la controversia decidida...[no obstante este punto] la ilegitimidad constitucional, aunque teóricamente limitados, son prácticamente generales en todo ordenamiento en que esté vigente el principio *stare decisis*, o sea, el principio que confiere fuerza vinculante a los precedentes... Segundo modelo (Francia): control *a priori* (por vía de acción) y, por lo tanto, *in abstracto*, ejercido por un Tribunal Constitucional (o por un órgano similar)...c) Tercer modelo (Alemania, Italia, España, etc.): control *a posteriori* (por vía de excepción) y, por lo tanto, *in concreto*, ejercido por un Tribunal Constitucional...la decisión que declara la ilegitimidad constitucional de una, está provista de efectos generales *erga omnes*. En otras palabras: la ley es anulada en definitiva y ya no puede ser aplicada por juez alguno.", Guastini, Riccardo, "La <<constitucionalización>> del ordenamiento jurídico: el caso italiano", en VV. AA. *Neoconstitucionalismo(s)*, Op. Cit., pp. 51-52. Más adelante se evidenciará que Guastini, como otros autores, mezcla varios criterios, por lo que, en este punto, solamente nos interesa resaltar que la actividad de control se puede llevar a cabo en diversos momentos. Para Carla Huerta se pueden clasificar los controles bajo el criterio de temporalidad: "Otra forma de clasificar el control es de acuerdo con su temporalidad, es decir, de conformidad con el momento en que se lleva a cabo. Así, puede ser: 1. Previo. Es de tipo preventivo, ya que se verifica antes de la realización del acto. Generalmente es ejercido por un órgano judicial, pero no necesariamente, ya que puede ser un órgano de tipo político, como lo fue en su tiempo el Supremo Poder Conservador, o bien por un órgano que tenga a su cargo completar cierta función o sancionarla. También podría ser realizado por el Poder Legislativo antes de la emisión o reforma de una norma, a través de comisiones u órganos internos de control, o 2. Posterior. Éste se lleva a cabo cuando el acto ya se ha consumado, es decir, que ya no tiene como fin evitar una situación de abuso de poder, sino que va a remediar un conflicto suscitado por el ejercicio excesivo de facultades. Por lo general el control se realiza mediante la anulación de los efectos que causan perjuicios, o, en su defecto, mediante la reparación del daño. El control puede referirse tanto a actos como a leyes; sin embargo, no en todos los sistemas jurídicos se siguen los mismos procedimientos (en unos procedería la anulación total o parcial de los efectos, en otros probablemente la derogación de la ley). Para este efecto se han establecido tribunales constitucionales, como es el caso de Italia, España o Alemania. En el caso del control posterior se hace patente otra de las cualidades del control, además de las de supervisión y verificación de la vigencia de los límites, que consiste en la posibilidad de remediar el daño causado al gobernado. Este tipo de control generalmente se ejerce por vía de acción, es decir, a petición del perjudicado.", Huerta, Carla, *Mecanismos...* Op. Cit., pp. 42-43.

está llevando a cabo, y desde luego situaciones en las que ya se realizó la actividad estatal y es necesario evaluar la actividad estatal.

El control de la actividad estatal puede darse antes de que se produzcan los efectos o consecuencias que una actividad estatal en concreto habrá de producir causalmente; puede darse durante el proceso de desarrollo de la actividad estatal o una vez concluida. Así, podemos hablar de control de la actividad estatal *ex ante*, durante (o *in situ*) o *a posteriori*.

Para ejemplificar, tenemos varias actividades estatales que antes de realizarse pueden ser objeto de control como el caso de la hechura del presupuesto de egresos el cual por efecto de control constitucional y convencional de los derechos humanos, sobre todo de los derechos sociales, debe respetarse el principio de progresividad; en el supuesto de programas de política pública en materia social, durante su formulación las autoridades responsables deben observar lineamientos de no discriminación, igualdad de trato, siendo evidente un control antes de operar el programa de política pública, y si durante su ejecución se prevén instancias de monitoreo o seguimiento durante la instrumentación, estaríamos en un caso de control durante.

El control de la actividad estatal, dada su dinámica, es normalmente objeto de control posterior, pero de ello no se sigue que haya momentos de control anteriores a la realización concreta de la actividad estatal⁷³⁴ de que se trate, incluso durante su desarrollo (*in situ*).

⁷³⁴ Es necesario matizar este punto, pues hablar de control anterior a la realización concreta de la actividad estatal, genera algunos problemas de tipo temporal: ¿cómo se controla algo antes de que se realice? Al parecer, hay que diferenciar el mundo normativo del mundo no normativo (del ser). Al estar en presencia de actos materiales/físicos sino de actos no materiales/no físicos como lo son las normas y éstas antes de producir plenamente sus efectos pueden ser evaluadas *in abstracto*, y justo este es

n) [13] Criterio basado en los efectos del control

Dentro de este criterio cabe hacer varias distinciones:

i) Efectos respecto de la obligatoriedad: vinculantes o no vinculantes

El resultado de la actividad de control puede tener efectos vinculantes o no vinculantes. Si ejercido el control se generan obligaciones para seguir cursos de acción que debe llevar a cabo el sujeto objeto de control o a quien es atribuible el estado de cosas que es el objeto de control, entonces el efecto es vinculatorio. En cambio, si sólo hay observaciones o recomendaciones, el efecto es no vinculatorio.

el sentido primario del control abstracto de constitucionalidad. Respecto de otras formas de control *ex ante* como la evaluación de políticas públicas bajo pautas de prospectiva, las preguntas oscilan en varios caminos: qué debe suceder, qué podría suceder, qué sucederá, podría suceder. Sobre la prospectiva en materia de gestión gubernamental véase: Jiménez Cabrera, Édgar, “La prospectiva y la gestión gubernamental en América Latina”, en VV. AA. *El futuro a debate. Respuestas prospectivas y estratégicas ante la incertidumbre global*, coordinadores: Tomás Miklos y Margarita Arroyos, Limusa-INAP, México, 2016, pp. 503-538. Para este autor, bajo el tema de la prospectiva y la formulación de escenarios, “Los escenarios permiten esquematizar la interpretación de la realidad, pues describen el paso de un sistema político y social de una situación presente a una futura. Los escenarios son simuladores. Según Masini y Medina..., los tipos de escenarios de futuro más usuales que se puedan construir son los siguientes: a) *Escenario tendencial*. Es el escenario que trata de mostrar lo que sucederá si las cosas siguen como van. b) *Escenario optimista*. Es el escenario que plantea acciones deseables, factibles y viables que pueden lograrse a corto, mediano y largo plazo. c) *Escenario pesimista*. Es el escenario que contempla un deterioro creciente de la situación actual, marcada por la inestabilidad política y el desequilibrio económico (ingobernabilidad), d) *Escenario catastrófico*. Es el escenario que prevé aquella situación caótica que tiende a empeorar dramática y aceleradamente la estabilidad del sistema económico y político a causa de factores de perturbación y turbulencia inesperados y de factores no controlables. e) *Escenario contrastado*. Es el escenario donde ocurre lo inesperado y reina la incertidumbre. Lo improbable es probable. Es el momento donde abundan los factores de ruptura. En nuestra opinión, debemos incorporar otros escenarios que pueden ampliar los escenarios anteriores y enriquecer el análisis del presente y sus tendencias. Nos referimos a los escenarios: a) Desde la perspectiva gubernamental. b) Desde el interés y la perspectiva de los actores. c) Desde el mercado. La formulación de estos escenarios describe los posibles estados situacionales, a nivel económico, político y social. Permite analizar la estrategia de los actores; sirve, además, para decidir lo que se debe hacer en el presente.”, pp. 510-511.

El ejemplo por antonomasia de efectos vinculantes es el juicio de amparo, pero tal conexión es relativa a las partes, no tiene efectos *erga omnes*.

Un ejemplo de no vinculación, pero de efecto recomendatorio, son las resoluciones de la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) o del Consejo Nacional para la Evaluación de la Política de Desarrollo Social (CONEVAL)

ii) Efectos recomendatorios

Derivado de los criterios anteriores, efecto vinculatorio y no vinculatorio, vale la pena analizar con mayor puntualidad un efecto que opera dentro de los efectos no vinculatorios y que merece especial mención: nos referimos al efecto recomendatorio de ciertas clases de control, sea constitucional o convencional, como los casos destacados de los procedimientos no judiciales no jurisdiccionales que llevan a cabo la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) y el Consejo Nacional para la Evaluación de la Política de Desarrollo Social (CONEVAL).

La mencionada comisión puede llevar a cabo recomendaciones particulares (singulares) o generales, por lo que las recomendaciones pueden ser relativas a la persona que interpuso la queja⁷³⁵ o ser de carácter

⁷³⁵ En el artículo 102, apartado B, constitucional, primer párrafo, y primera parte del segundo párrafo, se prescribe: “El Congreso de la Unión y las legislaturas de las entidades federativas, en el ámbito de sus respectivas competencias, establecerán organismos de protección de los derechos humanos que ampara el orden jurídico mexicano, los que conocerán de quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor público, con excepción de los del Poder Judicial de la Federación, que violen estos derechos.

Los organismos a que se refiere el párrafo anterior formularán recomendaciones públicas, no vinculatorias, denuncias y quejas ante las autoridades respectivas.”

general cuando analiza un estado de cosas generalizado sobre el que proceden recomendaciones generales⁷³⁶.

Por su parte CONEVAL tiene la encomienda de emitir recomendaciones, a partir de la evaluación de los programas, objetivos, metas y acciones, en materia de política de desarrollo social.⁷³⁷ Con base en la encomienda a este órgano, sus recomendaciones son de índole general.

iii) Efectos sobre los destinatarios: efectos relativos a las partes o efecto erga omnes.

Hay controles, generalmente litigios, en los que los efectos del control de constitucionalidad o de convencionalidad se circunscriben exclusivamente a las partes contendientes⁷³⁸ y, por ende, solamente a ellas afecta la resolución, es decir, la resolución respectiva es relativa a ellas⁷³⁹.

⁷³⁶ Véase: Recomendación General número 26 sobre la falta y/o actualización de programas de manejo en áreas naturales protegidas de carácter federal y su relación con el goce y disfrute de diversos derechos humanos, del 13 de abril de 2016;

https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/doc/Recomendaciones/Generales/RecGral_026.pdf

⁷³⁷ De acuerdo con lo establecido en el primer párrafo del artículo 26 constitucional: “El Estado contará con un Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, que será un órgano autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propios, a cargo de la medición de la pobreza y de la evaluación de los programas, objetivos, metas y acciones de la política de desarrollo social, así como de emitir recomendaciones en los términos que disponga la ley, la cual establecerá las formas de coordinación del órgano con las autoridades federales, locales y municipales para el ejercicio de sus funciones.”

⁷³⁸ De ello no se sigue que no haya efectos indirectos en el sistema jurídico, pues vía sistemas de jurisprudencia -en general, criterios judiciales- la *ratio decidendi* y la argumentación en que se basa, tienen efectos en todo el sistema jurídico.

⁷³⁹ Este efecto es conocido como Principio de Relatividad, el cual rige el juicio de amparo, entre otras modalidades de control como las controversias constitucionales. Dicho principio también es conocido como Fórmula Otero, y que consiste en que el efecto de la sentencia que conceda la protección de la justicia federal solicitada solamente beneficia al quejoso, de manera que quien no haya sido expresamente amparado no puede beneficiarse de la sentencia. Esta aseveración hay que matizarla, pues por técnica del precedente se puede invocar una resolución en otro asunto que por similitud debe resolverse de igual manera, aplicando el principio de universalidad (casos iguales deben ser tratados iguales). Sobre el principio de universalidad en la aplicación del Derecho Josep Aguiló Regla señala:

En cambio, los efectos *erga omnes* (o efectos generales) operan respecto de todos o frente a todos (o respecto de alguna clase de sujetos, lo cual es muy común, V., gr., exportadores, comerciante, arrendatarios, notarios, incluso respecto de ciertas autoridades: las que realizan determinados actos, por ejemplo).⁷⁴⁰.

“En el contexto de aplicación del Derecho —aunque no sólo en él— justificar una decisión requiere la utilización de una norma universal (es decir, una norma formulable mediante un cuantificador universal en la forma de «para todo *x*, tal que *x* reúna las propiedades *a*, *b*, *c*...»). [...] Afirmar de una decisión que satisface el requisito de la universalidad (esto es, que es universalizable porque se funda en una norma universal) supone reconocer que esa decisión tiene implicaciones hacia el futuro. O dicho en otros términos, la universalidad presupone el compromiso de resolver del mismo modo todos los casos iguales al que se ha decidido. Para explicar este compromiso hacia el futuro puede recurrirse a dos expedientes distintos, aunque íntimamente relacionados entre sí. El primero de ellos supone ver la universalidad como condición de posibilidad de cualquier discurso racional, sea éste teórico o práctico. El segundo supone ver la universalidad como condición de la igualdad formal en el ámbito normativo. En efecto, desde la primera perspectiva, el compromiso representado por la universalidad puede expresarse recurriendo a las palabras de Robert Alexy: «Si se aplica un predicado *F* a un hecho (objeto u evento) *a* se debe estar dispuesto a aplicar *F* a cualquier otro hecho igual a *a* en todos los aspectos relevantes». Así, por ejemplo, puede decirse que una proposición como «*X* es rojo» implica la proposición «todo lo que es como *X* en los aspectos relevantes es rojo», porque, en otro caso, «rojo» no significaría nada y la comunicación devendría imposible. Desde la segunda perspectiva, la valorativa, el requisito de la universalidad se nos presenta como una condición de la igualdad formal. La igualdad formal supone que todos los que se hallen en las mismas circunstancias relevantes deben ser tratados de la misma manera. En este contexto, el compromiso que supone hacia el futuro la universalidad es el de la igualdad de trato. Si desde la primera perspectiva vulnerar las implicaciones de la universalidad desemboca en la irracionalidad, desde la segunda desemboca en la arbitrariedad (la arbitrariedad no es otra cosa que la violación del principio de universalidad en el ámbito normativo). Si para justificar una decisión el juez debe invocar una norma universal y ello supone un compromiso hacia el futuro, entonces una vez que el juez ha resuelto un caso, ha adquirido un compromiso de resolver del mismo modo los casos futuros iguales al caso ya decidido.”, citado por Atienza, Manuel, *Curso de Argumentación Jurídica*, Trotta, Madrid, Es., 2013, pp. 334-335.

⁷⁴⁰ Como ejemplo cabe referir las sentencias de las acciones de inconstitucionalidad cuando se surta la hipótesis prevista en el artículo 72 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: “Las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia sólo podrán declarar la invalidez de las normas impugnadas, si fueren aprobadas por cuando menos ocho votos. Si no se aprobaran por la mayoría indicada, el Tribunal Pleno desestimaré la acción ejercitada y ordenará el archivo del asunto. Si con posterioridad a la entrada en vigor de la declaratoria se aplicara la norma general declarada inválida, el afectado podrá denunciar dicho acto de conformidad con el procedimiento previsto para tal efecto en la Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.”. Evidentemente estos efectos son muy claros en asuntos judiciales jurisdiccionales, pero habría que explorar los efectos *erga omnes* o relativos de las evaluaciones de órganos que no son judiciales ni desarrollan

iv) Efectos de invalidez

Un acto, una norma, una omisión o un estado de cosas puede ser declarado inválido, sea por inconstitucionalidad o inconvencionalidad. La invalidez puede dar lugar a la eliminación del acto, norma, omisión o estado de cosas, o a su inaplicación. Así, primordialmente, respecto de normas inconstitucionales o inconvencionales, el efecto de la resolución puede ser la eliminación del sistema jurídico o solamente su inaplicación.

En términos generales, el control constitucional judicial jurisdiccional concentrado, es decir, exclusivo, bajo la modalidad de acción de inconstitucionalidad lleva a la expulsión de la norma del sistema jurídico; en cambio, el control constitucional judicial jurisdiccional concentrado bajo la modalidad de juicio de amparo lleva a la inaplicación relativa, es decir, sólo beneficia al quejoso.

Si estamos ante control constitucional difuso (no exclusivo) lleva a la inaplicación de la norma. En el control convencional difuso (no exclusivo) la invalidez también lleva a la inaplicación de la norma. En la práctica jurídica, genéricamente, se identifica el control concentrado con la expulsión de normas inconstitucionales y el control constitucional difuso se reconduce al efecto de inaplicación de la norma inconstitucional, sin embargo, hay que matizar estas aseveraciones, pues no todo control concentrado implica expulsión ni todo control difuso implica inaplicación.

procedimientos jurisdiccionales como los casos de la Comisión Nacional de Derechos Humanos o de CONEVAL.

v) Efecto restitutorio.

En no pocos casos el efecto del amparo es restitutorio cuando el acto reclamado es de carácter positivo, es decir, cuando se trata de actos de autoridad fácticos por los que se lesiona un derecho. La restitución deriva de la invalidez del acto positivo respectivo e implica el restablecimiento del goce del derecho humano que fue violado⁷⁴¹. Para efectos expositivos hemos separado el efecto restitutorio, el cual, en materia de juicio de amparo juega un papel primordial.

vi) Efectos tratándose de omisiones

En el caso de omisión hay que diferenciar si es fáctica o normativa. En situaciones de omisiones fácticas lo que procede es ordenar se lleven a cabo las acciones correspondientes como, por ejemplo, entregar medicamentos, subvenciones, despensas.

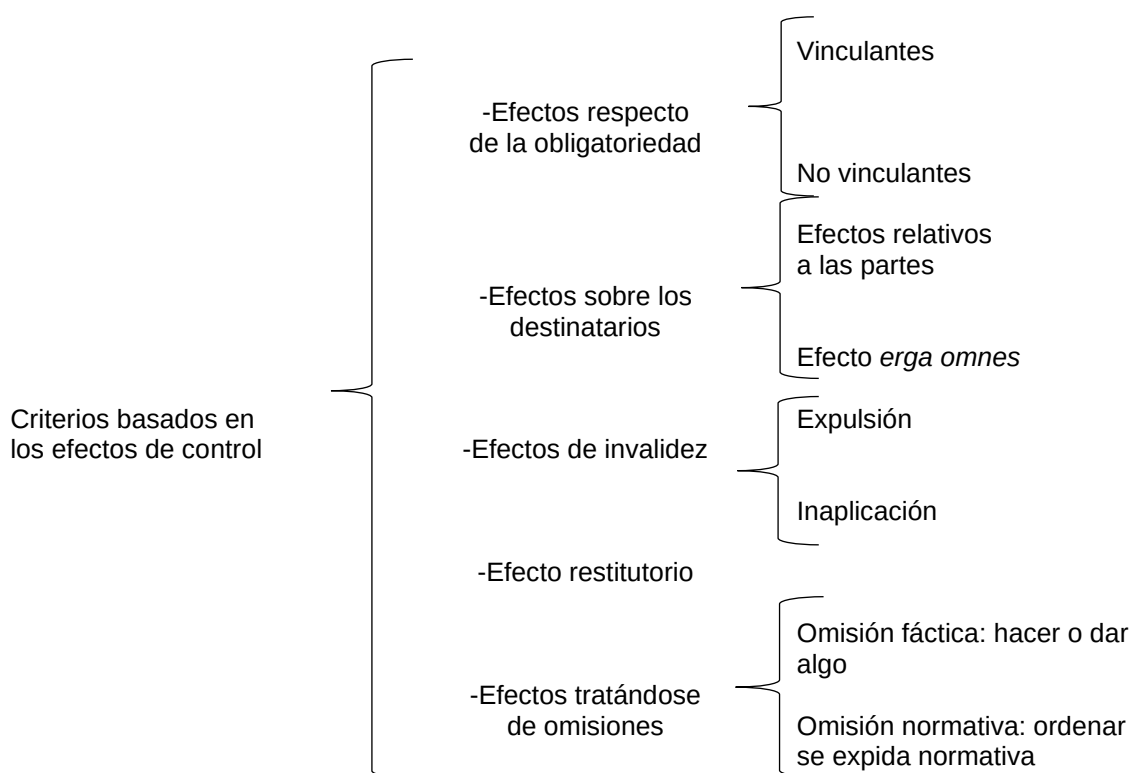
En los escenarios de omisiones normativas, el juez constitucional mandata se expida la normatividad respectiva indicando o no las pautas de configuración normativa que se deben tomar en cuenta por el órgano normativo, el cual puede ser formalmente el depositario del poder legislativo o el depositario del poder ejecutivo, incluso tratarse de un organismo constitucionalmente autónomo (los OCA's cuentan con una nómina competencial exclusiva que puede involucrar cualquiera de las tres clases

⁷⁴¹ En el artículo 77, fracción I, y párrafo segundo, de la Ley de Amparo, se establece: "Artículo 77. Los efectos de la concesión del amparo serán: I. Cuando el acto reclamado sea de carácter positivo se restituirá al quejoso en el pleno goce del derecho violado, restableciendo las cosas al estado que guardaban antes de la violación; y... En el último considerando de la sentencia que conceda el amparo, el juzgador deberá determinar con precisión los efectos del mismo, especificando las medidas que las autoridades o particulares deban adoptar para asegurar su estricto cumplimiento y la restitución del quejoso en el goce del derecho."

de poderes: ejecutivo, normativo y jurisdiccional, incluso, si se considera el poder recomendatorio, tenemos cuatro clases de poderes, o combinaciones de éstos como el caso del Instituto Federal de Telecomunicaciones que presenta las tres; en cambio, el Consejo Nacional para la Evaluación de la Política Social -CONEVAL- solamente tiene poderes recomendatorios).

Recapitulando, los principales criterios en relación con los efectos del control son los siguientes:

Esquema 88. Criterios basados en los efectos de control



B. Resumen general de criterios de control de la actividad estatal

En este punto es importante que la terminología sea lo más precisa posible. Podemos aludir a la locución <<control de los derechos humanos>> por economía de lenguaje. Los usos pragmáticos en la doctrina constitucional, específicamente en la disciplina del Derecho Procesal Constitucional, en la que se habla de control constitucional, y en los temas de la protección de los derechos humanos, además del control constitucional, del control convencional, terminología que ha cobrado carta de naturaleza, pues en puridad habría que referirse a control de la constitucionalidad de la actividad estatal que incide en los derechos humanos y control de la convencionalidad de la actividad estatal que incide en los derechos humanos, o, en forma más abreviada, control de la actividad estatal en materia de derechos humanos⁷⁴².

Recapitulando, nuestro análisis contempla trece criterios:

- (1) Criterio sobre el objeto de control es finito, pero inconmensurable, ya que los objetos de control pueden ser cualquier cosa susceptible de control dentro del mundo de

⁷⁴² Al respecto véase: Ávila Ornelas, Roberto, "Control Jurisdiccional de Reformas Constitucionales por la Suprema Corte de Justicia de la Nación", en VV. AA., *Derecho Procesal Constitucional*, coordinador Armando Soto Flores, Secretaría de Gobernación, Secretaría de Cultura, Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México e Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2016. Este autor señala: "A riesgo de decir una perogrullada, debe señalarse que los tribunales constitucionales se encargan del control constitucional, siendo pertinente señalar que en puridad técnica, no debe hablarse del control constitucional sino del *control de la constitucionalidad*, dado que la primera expresión sugiere que se sometería a control a la propia norma fundamental, cuando que en realidad se está haciendo referencia a mecanismos que verifiquen que los actos de las autoridades sean acordes con la ley suprema, de ahí que lo correcto sea referirse a este último concepto; y en consecuencia debería hacerse referencia a los tribunales de la constitucionalidad. Empero, debe igualmente advertirse que tanto la expresión control constitucional como la de tribunal constitucional, están firmemente arraigadas en la doctrina general respectiva, motivo por el cual haremos uso indistinto de ellas.", (las cursivas son nuestras), pp. 173-174.

materias que se sectoricen y que podemos seguir seccionando o desagregando, y si bien lo ceñimos a la actividad estatal también comprende la actividad no estatal (de particulares) y ambas son muy amplias, pero divisibles en sectores cada vez más singulares;

- (2) Criterio relativo a los sujetos de control es también muy amplio pues, por regla general, por cada objeto de control existe un sujeto de control, incluso un sujeto puede tener a su cargo diversas actividades estatales;
- (3) Criterio sobre algo normativo o no normativo;
- (4) Criterio normativo constitucional o normativo no constitucional;
- (5) Criterio tipológico de reglas constitucionales y reglas no constitucionales;
- (6) Criterio sobre quién es competente o está legitimado para controlar y a quién se controla (circuitos de control entre entes públicos y entes privados);
- (7) Criterio de adscripción de la regla de competencia en forma exclusiva o no exclusiva;
- (8) Criterio de adscripción de dicha regla a órgano judicial o no judicial;
- (9) Criterio de cómo se controla: jurisdiccionalmente o no jurisdiccionalmente;
- (10) Activación del ejercicio de la regla de competencia para ejercer control a instancia de parte o *ex officio*;
- (11) Criterio sobre parámetro de control: control constitucional o control convencional, o respecto de ambos;
- (12) Criterio sobre el momento en que se realiza el control; y
- (13) Criterio sobre los efectos del control se desagrega en cinco criterios, los cuales, a su vez, son dicotómicos.

Esquema 89. Resumen de criterios de control: orden implicado de control (orden generativo)

Criterios	Desagregados analíticos	
Componentes del orden implicado (orden generativo)		
1. Material: objetos de control		
2. Sujetos de control		
3. Si el asunto es normativo	-Normativo -No normativo	
4. Si es normativo Constitucional o no	-Normativo constitucional -Normativo no constitucional	
5. Tipológico normativo	-7/8 clases de enunciados jurídicos	
6. Criterio sobre quién es competente o está legitimado para controlar y a quién se controla (circuitos de control entre entes públicos y entes privados)	-6 circuitos de control	
7. Criterio relativo a la adscripción de la regla de competencia en forma exclusiva (concentrada) o no exclusiva (difusa)	-Adscripción exclusiva -Adscripción no exclusiva	
8. Relativo a la adscripción de la regla de competencia a órgano judicial o no judicial	-Judicial -No judicial	
9. Inherente a cómo controlar procedimentalmente	-Jurisdiccional -No jurisdiccional	
10. Si el ejercicio de la regla de competencia es a instancia de parte o ex officio	-Control a instancia de parte -Control ex officio	
11. Parámetro de control	-Constitucional -Convencional -Mixto	
12. Momento en que realiza el control	-Ex ante -In situ -Posteriormente	
13. Efectos del control	-Obligatoriedad	Vinculantes
	-Efectos recomendatorios	No vinculantes
	-Efectos sobre los destinatarios	Relativos a las partes contendientes Erga omnes
	-Efectos de invalidez	Expulsión de la norma Inaplicación de la norma
	-Efecto restitutorio	
	-Efectos en materia de omisiones	Fácticos Normativos

C. Construcción de un Sistema Maestro de Control Omnicomprensivo de la Actividad Estatal, y sus subsistemas

1. Componentes de control (criterios) y su capacidad generativa de un Sistema Maestro de Control Omnicomprensivo de la Actividad Estatal (estructura)

El esquema 89, Resumen de criterios de control: orden implicado de control (orden generativo), nos permite mostrar la complejidad del control de la actividad estatal. Para diseñar un sistema maestro de control y sus (sub)sistemas de control, *los criterios se transforman en componentes*⁷⁴³ y dan lugar a los fundamentos del orden (o sistema) implicado (orden o sistema generativo) en el que juegan los criterios de control y que se expresarán en órdenes explicados (o desplegados) en el que operan las modalidades de control al poner en movimiento los criterios pertinentes.

Los componentes (derivados de los criterios) se combinan entre sí y algunos operan en forma excluyente y otros en forma inclusiva, incluso componentes desagregados de cada criterio pueden operar en forma excluyente o inclusiva. Las combinatorias dependen de concepciones sobre los diseños normativos y los diseños institucionales (en el sentido de instituciones organizaciones que requieren reglas de competencia).

Así, los diseños normativos e institucionales se complementan, precisando que a todo diseño institucional subyace un diseño normativo (precisamente por la necesidad de configurar normativamente reglas de competencia, entre otras clases de reglas), pero no necesariamente a la inversa, pues

⁷⁴³ <<Transformar>> es cambiar la forma de algo y <<componente>> es algo que compone o entra en la composición de un todo. Por su parte componer significa formar de varias cosas una, juntándolas y colocándolas con cierto modo y orden. Real Academia Española, *Diccionario... Op. Cit.*, voces: transformar, componente y componer.

pueden darse diseños normativos sin que se requiera, relativamente, un diseño institucional.

a) Quién controla: diseño institucional/organizacional

Al observar con detenimiento los componentes de control se observa que algunos se vinculan con el diseño de instituciones/organización a las que se les responsabilizará del control y otros componentes juegan más en las cuestiones procedimentales.

Así, el componente <<quién controla>> junto con el componente de la adscripción de la regla de competencia en forma exclusiva o no exclusiva, determinan la decisión sobre quien debe controlar y que en nuestro análisis se trata, básicamente, de dos componentes: órgano judicial u órgano no judicial, y si agregamos la adscripción de la regla de competencia para ejercer control en forma exclusiva o no exclusiva, se decide si se ha de tratar de un control judicial concentrado o difuso, o no judicial concentrado o difuso.

Para el diseño normativo/organizacional el sentido primario de control concentrado o control difuso tiene que ver primordialmente con la adscripción de la regla de competencia. El control concentrado puede otorgarse a un órgano o conjunto de órganos bajo unidad funcional. Si la adscripción de la regla es a todos los miembros de un conjunto de órganos en forma indiferenciada y todos ejercen control estamos en presencia de un control difuso.

En la realidad la decisión de la adscripción de la regla de competencia necesariamente se vincula con órganos judiciales o no judiciales. Por tanto, los componentes de a quien se otorga la tarea de controlar implican

necesariamente adscribir la regla de competencia y ésta se puede otorgar en forma exclusiva o no exclusiva. Hasta aquí la concepción de un diseño institucional/organizacional es dicotómica, pero en la realidad se diseñan sistemas y procedimientos (cómo controlar) dependiendo de otros componentes.

Así, por ejemplo, si el objeto de control son normas generales expedidas por el Poder legislativo (su depositario), y se pretende realizar un control *in abstracto*, es decir, recién promulgada y publicada la norma general, lo que presupone muy poca aplicabilidad de la misma y, por ende, se convierta en un control *ex ante*, se decide que sea un órgano judicial el que lleve a cabo dicho control, y lo haga en forma exclusiva y que los efectos del control sean *erga omnes* (de lograrse la mayoría calificada del voto de los jueces constitucionales).

De acuerdo con estos señalamientos, hablar de modelos de control concentrado o de control difuso es muy impreciso, y en todo caso ver sus referencias en forma hiper-abstracta, lo cual no abona en una adecuada comprensión y entendimiento del control de la actividad estatal. Lo que hay que revisar por cada (sub)sistema de control y sus modalidades específicas de control (V. gr., juicio de amparo, acción de inconstitucionalidad) es cuáles componentes están en juego.

Ahora bien, en el diseño institucional/organizacional, es decir, quién controla, la pregunta clave es quién o quiénes controlan, es decir, a cuáles órganos se les adscribe la regla de competencia, pero esta pregunta, necesaria, es insuficiente, ya que la determinación de quién o quiénes controlan está estrechamente vinculada con la determinación de cómo controlar, es decir, los procedimientos concretos que se desarrollan ante el

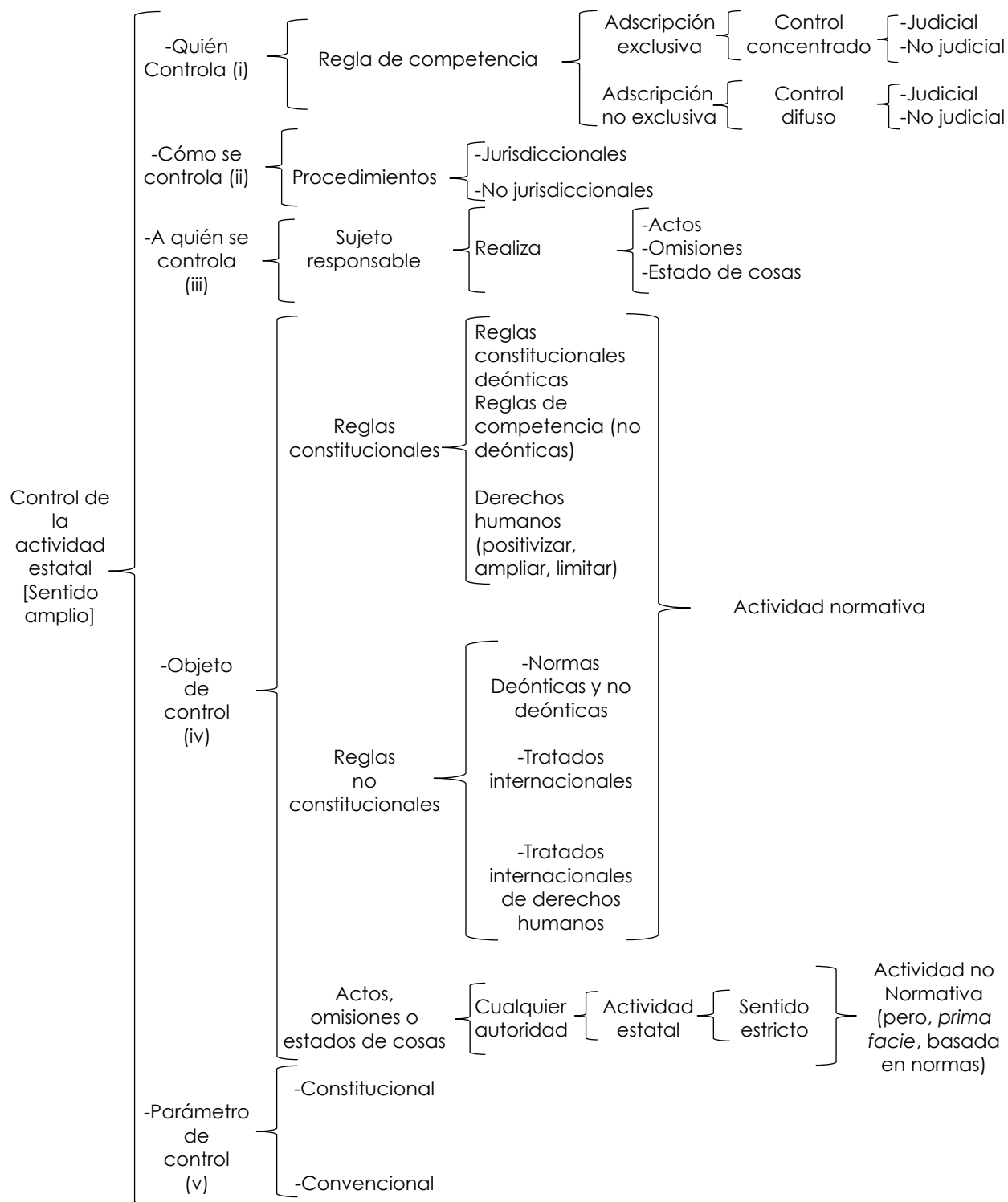
controlador para que éste lleve a cabo la actividad de control. Asimismo, en el diseño de instituciones/organizaciones se debe considerar a quién se controla, cuál es el objeto de control y cuál es el referente de control (parámetro).

La concepción básica del diseño institucional/organizacional, es decir, quién controla y si lo hará en forma concentrada o difusa, implica considerar cinco componentes: (1) quién controla; (2) si la regla de competencia se adscribe en forma exclusiva o no exclusiva; (3) a quién se controla; (4) el objeto de control y (5) el parámetro de control, y sus desagregados analíticos. Estos componentes conforman un orden implicado del que se deriva o genera un orden explicado o desplegado atinente al diseño de una institución/organización competente para ejercer control constitucional o convencional.

Los otros criterios o componentes del orden implicado (orden generativo) juegan más en la generación de sistemas concretos de control vistos como modalidades de control, pues junto con la concepción de una institución/organización a la que se le adscribe competencia para ejercer control constitucional o convencional (difuso), se diseñan normativamente las modalidades de control en la que cobran relevancia los criterios acerca del momento de control, efectos del control tanto respecto de los destinatarios del control como efectos respecto del sistema jurídico como lo son si la norma es expulsada o inaplicada, si hay que restituir o enfrentar una omisión (fáctica o normativa).

Así, en términos generales, para efectos de diseño institucional/organizacional nos parece que hay que considerar, por lo menos, cinco criterios. La representación esquemática es la siguiente:

Esquema 90. Elementos básicos para la concepción de diseños institucionales/organizacionales en materia de control constitucional y convencional



Si combinamos, por ahora, solamente cuatro componentes: (i) quién controla (adscripción de la regla de competencia en forma exclusiva o no exclusiva; (ii) adscripción de la regla de competencia a órgano judicial o a órgano no judicial; (iii) forma de ejercer el control: bajo procedimiento jurisdiccional o procedimiento no jurisdiccional; y (iv) si el parámetro de control es constitucional o convencional, obtenemos las posibilidades hipotéticas de las clases de control, , prescindiendo del componente del objeto de control y del componente a quien se controla, tenemos los elementos imprescindibles para el diseño institucional/organizacional.

Los componentes por combinar están compuestos por binomios: judicial/no judicial; exclusivo/no exclusivo; jurisdiccional/no jurisdiccional; y constitucional/convencional

Esquema 91. Binomios de componentes de control

Judicial	A	Exclusivo	a	Jurisdiccional	i	Constitucional	X
No judicial	B	No exclusivo	b	No jurisdiccional	ii	Convencional	Y

Las combinaciones hipotéticas son las siguientes:

Esquema 92. Combinaciones entre los términos de los binomios judicial/no judicial; exclusivo/no exclusivo; jurisdiccional/no jurisdiccional; y constitucional/convencional

1	AaiX	Judicial/exclusivo/jurisdiccional/constitucional
2	AaiY	Judicial/exclusivo/jurisdiccional/convencional
3	AaiiX	Judicial/exclusivo/no jurisdiccional/constitucional
4	AaiiY	Judicial/exclusivo/no jurisdiccional/convencional
5	AbiX	Judicial/no exclusivo/jurisdiccional/constitucional
6	AbiY	Judicial/no exclusivo/jurisdiccional/convencional
7	AbiiX	Judicial/no exclusivo/no jurisdiccional/constitucional
8	AbiiY	Judicial/no exclusivo/no jurisdiccional/convencional
9	BaiX	No judicial/exclusivo/jurisdiccional/constitucional
10	BaiY	No judicial/exclusivo/jurisdiccional/convencional
11	BaiiX	No judicial/exclusivo/no jurisdiccional/constitucional

12	BaiiY	No judicial/exclusivo/no jurisdiccional/convencional
13	BbiX	No judicial/no exclusivo/jurisdiccional/constitucional
14	BbiY	No judicial/no exclusivo/jurisdiccional/convencional
15	BbiiX	No judicial/no exclusivo/no jurisdiccional/constitucional
16	BbiiY	No judicial/no exclusivo/no jurisdiccional/convencional

De estas combinaciones se infiere que hay que ser cuidadosos con el manejo de las clases de control denominadas, llanamente, concentrado y difuso, pues aún dentro de éstas caben diferenciaciones. Podemos señalar -en general- que lo que se califica como control concentrado constitucional se corresponde con la combinatoria AaiX (1) y que su opuesto es el control convencional concentrado representado por la combinatoria BaiY (10). Estos serían los extremos, y en medio varios tipos de control. Así, por ejemplo, el control convencional difuso puede darse por las combinatorias AbiY (6) o BbiY (14) si se toma en cuenta que el procedimiento de control es judicial o no judicial, pero si dentro de lo judicial consideramos si es o no jurisdiccional pueden ser AbiY (6) o AbiiY (4).

Hasta aquí vemos la combinación de algunos componentes del esquema general de control de la actividad estatal, combinaciones que se presentan binariamente, pero si pasamos a otro nivel de análisis llegamos a un Sistema Maestro de Control Omnicomprensivo de la Actividad Estatal (constitucionalidad y convencionalidad).

El paso metodológico del esquema general (simple exposición de los principales criterios de control) a la construcción del sistema maestro mencionado, se desarrolla si respecto de las 16 combinatorias nos preguntarnos si la combinatoria existe en la realidad, y, si existe, cuáles son las modalidades (sub-sistemas) bajo las que opera.

Así, a partir de las 16 combinatorias hipotéticas damos un paso adelante y analizamos (i) si el control es judicial o no judicial (ii) si es concentrado o difuso (y que no es otra cosa que la adscripción de la regla de competencia de control en forma exclusiva o no exclusiva); (iii) si es jurisdiccional o no jurisdiccional; y (iv) si es constitucional o convencional; asimismo, mostramos (v) si la combinatoria opera en la realidad e (vi) identificamos las principales modalidades a través de las cuales se lleva a cabo el control de la actividad estatal, es decir, los mecanismos, instrumentos o instituciones principales⁷⁴⁴.

b) Componentes y estructura de un Sistema Maestro de Control Omnicomprensivo de la Actividad Estatal (constitucionalidad y convencionalidad)

Con este análisis obtenemos un mapa de control de la actividad estatal más completo y que se va a erigir como Sistema Maestro de Control Omnicomprensivo de la Actividad Estatal (constitucionalidad y convencionalidad) cuando se consideran los fines y los valores a los cuales responde el sistema.

La estructura de este sistema es la siguiente:

⁷⁴⁴ Asimismo, debe considerarse que nos orienta el espacio federal. En este coexisten tres ámbitos competenciales los cuales tienen adscritas reglas de competencias de índole jurisdiccional. Así, no solamente los órdenes federal y estatal operan la función jurisdiccional, pues, también, el orden municipal opera reglas de competencia normativas, ejecutivas y jurisdiccionales. De esta manera, el espacio municipal puede llegar a manejar reglas de competencia de naturaleza jurisdiccional como la materia de orden cívico en el que se solucionan jurisdiccionalmente conflictos cívicos (V. gr., tensiones vecinales), pero también en la aplicación de reglas de competencia en materia de ordenación de operaciones de establecimientos comerciales se resuelven asuntos jurisdiccionalmente como el caso de imposición de sanciones como multas, clausuras, suspensión de actividades, así como también en materia de usos del suelo y construcción en las que se llega a suspender actividades por inobservancia de la normatividad respectiva. El papel que juegan los municipios en el ejercicio de la actividad jurisdiccional requiere una revisión detallada, pues los estudios en la materia son muy escasos, dando se preferencia al examen de actividades ejecutivas, incluso la función “legislativa”, es decir, normativa, está poco estudiada (incluyendo el estudio de los procedimientos de producción de normatividad municipal (destacando los famosos bandos de policía y buen gobierno)

Esquema 93. Estructura base de un Sistema Maestro de Control Omnicomprensivo de la Actividad Estatal

		Modalidades				
<u>Judicial</u>	Concentrado	Exclusivo/ jurisdiccional/ constitucional	Existe	Concentrado constitucional: -Amparo (el efecto es inaplicación) -Acción de inconstitucionalidad (el efecto es erga omnes) -Controversia Constitucional -Materia electoral (el efecto es inaplicación)	AaiX	1
		Exclusivo/ jurisdiccional/ convencional	No existe		AaiY	2
		Exclusivo/ no jurisdiccional/ constitucional	No existe (existió)	[SCJN tuvo facultad de investigar violaciones graves de derechos humanos]	AaiiX	3
		Exclusivo/ no jurisdiccional/ convencional	No existe		AaiiY	4
	Difuso	No exclusivo/ jurisdiccional/ constitucional	Existe	Cualquier autoridad judicial no federal	AbiX	5
		No exclusivo/ jurisdiccional/ convencional	Existe	Difuso convencional (el efecto es inaplicación de normas): -Amparo (el efecto es inaplicación) -Acción de inconstitucionalidad (efecto erga omnes) -Controversia Constitucional -Materia electoral -Cualquier autoridad judicial no federal	AbiY	6
		No exclusivo/ no jurisdiccional/ constitucional	No existe		AbiiX	7
		No exclusivo/ No jurisdiccional/ convencional	No existe		AbiiY	8
<u>No judicial</u>	Concentrado	Exclusivo/ jurisdiccional/ constitucional	Existe*	-Justicia administrativa -Justicia agraria -INAI	BaiX	9
		Exclusivo/ jurisdiccional/ convencional	Existe	Concentrado convencional CortelDH	BaiY	10
		Exclusivo/ no jurisdiccional/ constitucional	Existe	-CNDH -CONEVAL [Históricamente Constitución de 1824, artículo 165, correspondía al Congreso]	BaiiX	11
		Exclusivo/ no jurisdiccional/ convencional	Existe	-CNDH -Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos -ComisiónLDH	BaiiY	12
	Difuso	No exclusivo/ jurisdiccional/ constitucional	Existe	Cualquier autoridad: Admon. Pública; Poder legislativo; OCA's	BbiX	13
		No exclusivo/ jurisdiccional/ convencional	Existe	Cualquier autoridad: Admon. Pública; Poder legislativo; OCA's	BbiY	14
		No exclusivo/ no jurisdiccional/ constitucional	Existe	Sociedad civil y cualquier autoridad: Admon. Pública; Poder legislativo; OCA's	BbiiX	15
		No exclusivo/ no jurisdiccional/ convencional	Existe	Sociedad civil y cualquier autoridad: Admon. Pública; Poder legislativo; OCA's	BbiiY	16

* En los sistemas que adoptan el modelo de órganos *ad hoc* que no forman parte de los depositarios del Poder Judicial, dichos órganos implican, paradójicamente, un control no judicial jurisdiccional.

Estas bases analíticas son, como lo hemos señalado, bases para realizar diseños institucionales, pero si bien es necesario considerar los elementos que se refieren (criterios), no es suficiente pues se deben considerar los demás criterios que forman parte del control determinando si operan o no a partir de considerar el objeto de control, el sujeto al cual se controla, efectos, momento, etc. Nos parece que los elementos de diseño institucional se complementan con la regulación de los otros elementos en los procedimientos específicos que están a cargo de las instituciones responsables de control, un control específico, es decir, especializado y que queda determinado por la consideración y juego de todos los elementos (o criterios de control)

La construcción y diseño de sistemas de control (órdenes explicados o desplegados) consideran combinaciones de los criterios analizados, por lo que, para nuestros efectos, por el momento, es suficiente crear la imagen básica general del <<Sistema de Control Constitucional y Convencional Judicial Jurisdiccional de la Actividad Estatal>> considerando los criterios pertinentes, pero acotando algunos elementos y obviando el criterio de los sujetos de control, es decir, a quien se controla, pues, en general, lo determinante es el objeto de control, ya que éste condiciona, genéricamente, al sujeto de control. Asimismo, no se refleja el criterio inherente a los circuitos de control.

c) (Sub)Sistema de control judicial: Sistema de Control de Constitucionalidad (concentrado) y de Convencionalidad (difuso)

Del Sistema Maestro de Control Omnicomprensivo de la Actividad Estatal, se despliega el (sub)Sistema de Control de Constitucionalidad y de Convencionalidad Judicial Jurisdiccional. Con base en el esquema 93, desplegamos el (sub)sistema de control judicial.

Esquema 94. Sistema de control judicial de constitucionalidad (concentrado) y de convencionalidad (difuso)

Orden implicado (orden generativo)	Orden explicado (desplegado)			
Criterio*	Elemento			
Objeto de control	A. Actividad estatal			
Normativo o no normativo	Normativo I.a norma general, u I.b omisión normativa		No normativo: II.a actos, u II.b omisión fáctica	
Normativo constitucional o normativo no constitucional	1. Normativo constitucional	2. Normativo no constitucional		
Tipología de reglas	W. (V. gr., principio, directriz, Regla de acción, regla de fin, etc.)			
Adscripción exclusiva o no exclusiva de la regla de competencia de control	Z. Adscripción exclusiva (concentrado)***			
Órgano judicial o no judicial	Y. Órgano judicial			
Ejercicio de regla de competencia	r. A petición de parte		m. <i>Ex officio</i>	
Jurisdiccional o no jurisdiccional	D. Jurisdiccional			
Parámetro de control: constitucional o convencional	i. Constitucional		ii. Convencional (difuso)	
Momento de control**	a. Posterior		b. Durante	
Efectos del control	+Erga omnes		*Vinculante y relativo a las partes	
	\$Expulsión de la norma	%Inaplicación relativa	#Restituir	&Actuar (omisión)

* No incluye el criterio sobre sujeto de control ni el criterio sobre circuitos de control. Así, de los trece criterios que analizamos, en este esquema solamente se consideran once criterios.

**No se considera el control anterior o *ex ante*.

***No se considera el control constitucional difuso.

Con la finalidad de mostrar el potencial generativo del Sistema Maestro de Control Omnicomprensivo de la Actividad Estatal, a continuación, analizamos los componentes de tres de los (sub)sistemas más importantes: el juicio de amparo, la acción de inconstitucionalidad y la declaratoria general de inconstitucionalidad.

i) Juicio de Amparo⁷⁴⁵

El juicio de amparo, modalidad de control, se despliega del Sistema Maestro de Control Omnicomprensivo de la Actividad Estatal y se constituye dentro

⁷⁴⁵ El juicio de amparo es el gran protagonista del control constitucional judicial en México. Sobre la evolución histórica del control constitucional en nuestro país véase: Cossío Díaz, José Ramón, *Sistemas y modelos de control constitucional en México*, 2ª ed., UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Estudios Jurídicos, núm. 186, México, 2017. Cossío, en esta obra, refiere que hay cuatro periodos en la evolución histórico-normativa del control constitucional en México: (i) Antecedentes, 1814-1856, en el que el modelo europeo de entonces -político-representativo- fue el dominante; (ii) Formación, 1857-1917, en el que la solución dominante fue el juicio de amparo; (iii) Reiteración, 1917-1987, en el que, en síntesis, el control de constitucional se reduce al juicio de amparo y a las controversias constitucionales, pero el primero predominó; y (iv) Constitucionalización, 1987 a la actualidad, en el que se dan diversas modalidades de control: juicio de amparo, controversia constitucional, acción de inconstitucionalidad, declaratoria general de inconstitucionalidad y, gran avance, la apertura al control convencional difuso (incluido en el control constitucional según entendimiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver el expediente varios 912/2010, Radilla Pacheco). Una acotación metodológica pertinente sobre esta obra de Cossío, parte de fijar la atención en la diferenciación entre sistema y modelo, pues al primero lo denomina sistema de control de constitucionalidad y al segundo lo identifica como modelo de jurisdicción constitucional, sin que, nos parece, quede muy claro a qué se refiere:

Sistema de control de constitucionalidad	Modelo de jurisdicción constitucional
“...el conjunto de normas de derecho positivo propias de cada orden jurídico, mediante las cuales se lleva a cabo el control de regularidad constitucional en sentido estricto.”	“...el resultado de acentuar unilateralmente uno o varios elementos relativos a la manera como en diversos órdenes normativos se lleva a cabo el control de regularidad constitucional (primordialmente de órganos, procesos y prácticas), a efecto de formar un conjunto más o menos homogéneo de características comunes que permita el agrupamiento de diversos sistemas (nacionales) de control de constitucionalidad.”
“...tales normas están encaminadas a posibilitar que ciertos órganos lleven a cabo el contraste entre las disposiciones inferiores a la Constitución y esta última a fin de determinar su validez y, en su caso y en sentido lato, declarar su nulidad.”	

En todo caso nos parece más apropiado señalar que por sistema de control de constitucionalidad se refieran los mecanismos procedimentales mediante los cuales se lleva a cabo el control de constitucionalidad, es decir, las modalidades de control, judiciales o no judiciales, jurisdiccionales o no jurisdiccionales, y por modelo de jurisdicción constitucional debemos hacer referencia a cuál o cuáles son las instituciones/organización competentes para operar los mecanismos procedimentales, es decir, quiénes son los responsables de llevar a cabo el control constitucional y si lo hacen en forma exclusiva o no exclusiva.

del Sistema de control de constitucionalidad (concentrado) y de convencionalidad (difuso) judicial jurisdiccional.

En el esquema 94, simbolizamos cada elemento o componente de cada criterio, por lo que para derivar -desplegar- la modalidad (subsistema de control) que llamamos juicio de amparo, se deben considerar los componentes o elementos siguientes:

Esquema 95. Componentes del juicio de amparo

A	I.a	2	W	Z	r	Y	D	i	a	*	%
	I.b							ii	b		#
	II.a										&
	II.b										

Son 48 combinatorias de las que hay que eliminar las que presentan imposibilidad legal o inconsistencia como, por ejemplo, las combinatorias en las que aparezcan los elementos II.a o II.b, junto con el componente 2, deben ser eliminados, pues el componente 2 solamente opera si se da junto con I.a o I.b. Para ejemplificar mostraremos combinatorias que operan en la realidad.

Esquema 96. Ejemplos de juicio de amparo y sus componentes

Elementos de la combinatoria	Descripción
AI.a2WZrYDia*%	Actividad estatal en materia de derechos humanos, normativa, se examina x clase de norma de nivel no constitucional (v.gr, regla de acción), la regla de competencia es adscrita exclusivamente a órgano judicial bajo procedimiento jurisdiccional, parámetro constitucional, análisis posterior, vinculante y relativa a las partes y se inaplica la norma en beneficio de la parte quejosa
AI.b2WZrYDia*&	Actividad estatal en materia de derechos humanos, normativa, se examina una omisión normativa de nivel no constitucional (V. gr., expedir reglamentación) la regla de competencia es adscrita exclusivamente a órgano judicial bajo procedimiento jurisdiccional, parámetro constitucional,

	análisis posterior, vinculante y relativa a las partes y se ordena actuar expidiendo la normatividad respectiva
All.aZrYDia*#	Actividad estatal en materia de derechos humanos, no normativa, se examina un acto gubernamental, la regla de competencia es adscrita exclusivamente a órgano judicial bajo procedimiento jurisdiccional, parámetro constitucional, análisis posterior, vinculante y relativa a las partes y se ordena restituir al quejoso en el goce de su derecho violado (implica nulidad del acto gubernamental)
All.bZrYDib*#	Actividad estatal en materia de derechos humanos, no normativa, se examina una política pública en curso, es decir, un acto gubernamental (V gr., programa de apoyo a adultos mayores), la regla de competencia es adscrita exclusivamente a órgano judicial bajo procedimiento jurisdiccional, parámetro constitucional, análisis durante la realización o desarrollo del acto, vinculante y relativa a las partes y se ordena a la autoridad incluir a cierta población de adultos que no están incluido en el padrón de beneficiarios, restituyéndolos en el goce de sus derechos.
All.bZrYDib*&	Actividad estatal en materia de derechos humanos, no normativa, se examina una omisión fáctica gubernamental (V gr., recolección de basura), la regla de competencia es adscrita exclusivamente a órgano judicial bajo procedimiento jurisdiccional, parámetro constitucional, análisis durante el desarrollo de la actividad, vinculante y relativa a las partes y se ordena a la autoridad actuar a efecto de que se elimine la omisión fáctica respectiva (que no se deje de recolectar o se empiece a recolectar la basura en cierto sector)

Es importante precisar que si bien el juicio de amparo no puede tener por objeto modificaciones constitucionales, es muy frecuente que cuando se propicia una interpretación de un dispositivo constitucional se dé lugar a la conocida interpretación conforme tanto del dispositivo cuestionado implicando también una interpretación del dispositivo constitucional que sirve de parámetro de contrastación, es decir, no solamente se interpreta el dispositivo cuestionado sino que también opera una interpretación, implícita o explícitamente, de la norma constitucional.

ii) Acción de Inconstitucionalidad

En el caso de la Acción de Inconstitucionalidad, la cual también forma parte del Sistema de control de constitucionalidad (concentrado) y de

convencionalidad (difuso) judicial jurisdiccional los componentes en juego, considerando la simbología del esquema 94, son los siguientes:

Esquema 97. Componentes de la Acción de Inconstitucionalidad

A	I.a	2	W	Z	r	Y	D	i	a	+	\$
								ii			

Hay que precisar que, si bien el control convencional difuso implica por regla general la inaplicación de la norma, en el caso de la acción de inconstitucionalidad la invalidez de la norma general deriva en su expulsión del sistema jurídico, lo cual no ocurre en el caso del juicio de amparo, pues éste, tanto en control constitucional como convencional, tratándose de normas no válidas, lo que procede es la inaplicación en el caso concreto.⁷⁴⁶

Las peculiaridades de la Acción de Inconstitucionalidad muestran que el control constitucional concentrado bajo la modalidad de control abstracto, es decir, *ex ante* (criterio del momento de control), incluye no solo el parámetro constitucional sino también el control convencional difuso visto desde el mandato de la CortelDH, pero, paradójicamente, en ambos parámetros el efecto es del de expulsión de la norma, sea por inconstitucionalidad o inconvencionalidad.

⁷⁴⁶ Los efectos del juicio de amparo tratándose de inconstitucionalidad de normas generales están previstos en la Ley de Amparo, artículo 78: “Cuando el acto reclamado sea una norma general la sentencia deberá determinar si es constitucional, o si debe considerarse inconstitucional.

Si se declara la inconstitucionalidad de la norma general impugnada, los efectos se extenderán a todas aquellas normas y actos cuya validez dependa de la propia norma invalidada. *Dichos efectos se traducirán en la inaplicación únicamente respecto del quejoso.*

El órgano jurisdiccional de amparo podrá especificar qué medidas adicionales a la inaplicación deberán adoptarse para restablecer al quejoso en el pleno goce del derecho violado.”, (Las cursivas son nuestras)

iii) Declaratoria General de Inconstitucionalidad

Un caso peculiar lo constituye la Declaratoria General de Inconstitucionalidad⁷⁴⁷, la cual también forma parte del Sistema de control de constitucionalidad (concentrado) y de convencionalidad (difuso) judicial jurisdiccional. En tal declaratoria, además de expulsar la norma general del sistema jurídico, se puede llegar a suplir la labor legislativa mediante el señalamiento de los alcances y condiciones de la omisión normativa en la que incurra el órgano normativo al que se le declaró inválida la normativa. Sus componentes, con base en el esquema 94, son los siguientes:

Esquema 98. Componentes de la Declaratoria General de Inconstitucionalidad

A	I.a	2	W	Z	m	Y	D	i	a	+	\$
								ii			&

La regulación constitucional y de nivel ley de la Declaratoria General de Inconstitucionalidad es la siguiente:

⁷⁴⁷ Como procedimiento la Declaratoria General de Inconstitucionalidad está regulada en el artículo 107, fracción II, párrafos dos, tres y cuatro, constitucional: “Cuando en los juicios de amparo indirecto en revisión se resuelva la inconstitucionalidad de una norma general por segunda ocasión consecutiva, la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo informará a la autoridad emisora correspondiente. Cuando los órganos del Poder Judicial de la Federación establezcan jurisprudencia por reiteración en la cual se determine la inconstitucionalidad de una norma general, la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo notificará a la autoridad emisora. Transcurrido el plazo de 90 días naturales sin que se supere el problema de inconstitucionalidad, la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitirá, siempre que fuere aprobada por una mayoría de cuando menos ocho votos, la declaratoria general de inconstitucionalidad, en la cual se fijarán sus alcances y condiciones en los términos de la ley reglamentaria. Lo dispuesto en los dos párrafos anteriores no será aplicable a normas generales en materia tributaria.”

Esquema 99. Regulación constitucional y de nivel ley de la Declaratoria General de Inconstitucionalidad

Texto constitucional	Texto de la Ley de Amparo
Artículo 107, II, párrafos dos, tres y cuatro: [2] Cuando en los juicios de amparo indirecto en revisión se resuelva la inconstitucionalidad de una norma general por segunda ocasión consecutiva, la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo informará a la autoridad emisora correspondiente. [3] Cuando los órganos del Poder Judicial de la Federación establezcan jurisprudencia por reiteración en la cual se determine la inconstitucionalidad de una norma general, la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo notificará a la autoridad emisora. Transcurrido el plazo de 90 días naturales sin que se supere el problema de inconstitucionalidad, la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitirá, siempre que fuere aprobada por una mayoría de cuando menos ocho votos, la declaratoria general de inconstitucionalidad, en la cual se fijarán sus alcances y condiciones en los términos de la ley reglamentaria. [4] Lo dispuesto en los dos párrafos anteriores no será aplicable a normas generales en materia tributaria.	Artículo 231. Cuando las salas o el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en los juicios de amparo indirecto en revisión, resuelvan la inconstitucionalidad de una norma general por segunda ocasión consecutiva, en una o en distintas sesiones, el presidente de la sala respectiva o de la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo informará a la autoridad emisora de la norma. Lo dispuesto en el presente Capítulo no será aplicable a normas en materia tributaria. Artículo 232. Cuando el pleno o las salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en los juicios de amparo indirecto en revisión, establezcan jurisprudencia por reiteración, en la cual se determine la inconstitucionalidad de la misma norma general, se procederá a la notificación a que se refiere el tercer párrafo de la fracción II del artículo 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Una vez que se hubiere notificado al órgano emisor de la norma y transcurrido el plazo de 90 días naturales sin que se modifique o derogue la norma declarada inconstitucional, el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitirá la declaratoria general de inconstitucionalidad correspondiente siempre que hubiera sido aprobada por mayoría de cuando menos ocho votos. Cuando el órgano emisor de la norma sea el órgano legislativo federal o local, el plazo referido en el párrafo anterior se computará dentro de los días útiles de los periodos ordinarios de sesiones determinados en la Constitución Federal, en el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal, o en la Constitución Local, según corresponda. Artículo 233. Los plenos de circuito, conforme a los acuerdos generales que emita la Suprema Corte de Justicia de la Nación, podrán solicitar a ésta, por mayoría de sus integrantes, que inicie el procedimiento de declaratoria general de inconstitucionalidad cuando dentro de su circuito se haya emitido jurisprudencia derivada de amparos indirectos en revisión en la que se

	declare la inconstitucionalidad de una norma general. Artículo 234. La declaratoria en ningún caso podrá modificar el sentido de la jurisprudencia que le da origen, será obligatoria, tendrá efectos generales y establecerá: I. La fecha a partir de la cual surtirá sus efectos; y II. Los alcances y las condiciones de la declaratoria de inconstitucionalidad. Los efectos de estas declaratorias no serán retroactivos salvo en materia penal, en términos del párrafo primero del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Artículo 235. La declaratoria general de inconstitucionalidad se remitirá al Diario Oficial de la Federación y al órgano oficial en el que se hubiera publicado la norma declarada inconstitucional para su publicación dentro del plazo de siete días hábiles.

La Declaratoria General de Inconstitucionalidad es parecida a la Acción de Inconstitucionalidad, pero se diferencia de ésta. En primer término está el origen de uno u otro procedimiento: en las declaratorias el procedimiento se inicia a partir de juicios de amparo indirecto en revisión en los que se determina la falta de validez constitucional de una norma general por dos ocasiones o con base en jurisprudencia por reiteración⁷⁴⁸ en la cual se determina la inconstitucionalidad de una norma general; en cambio, en la acción de inconstitucionalidad se comienza con el planteamiento *in abstracto* de la constitucionalidad de una norma general recién

⁷⁴⁸ De la Ley de Amparo, considérense los dispositivos siguientes: “Artículo 222. La jurisprudencia por reiteración del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se establece cuando se sustente un mismo criterio en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario, resueltas en diferentes sesiones, por una mayoría de cuando menos ocho votos. Artículo 223. La jurisprudencia por reiteración de las salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se establece cuando se sustente un mismo criterio en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario, resueltas en diferentes sesiones, por una mayoría de cuando menos cuatro votos. Artículo 224. Para el establecimiento de la jurisprudencia de los tribunales colegiados de circuito deberán observarse los requisitos señalados en este Capítulo, salvo el de la votación, que deberá ser unánime.”

promulgada y publicada⁷⁴⁹. En segundo lugar, se debe considerar que el efecto en la declaratoria general de inconstitucionalidad y en la acción de inconstitucionalidad es diferente:

Por otra parte, es importante destacar que la Declaratoria General de inconstitucionalidad solamente opera tratándose de jurisprudencia por reiteración, pues en el caso de que se resuelva la inconstitucionalidad de una norma general por segunda ocasión consecutiva, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, funcionando en Pleno o en Salas, únicamente está obligada a informarlo a la autoridad emisora correspondiente.

Esquema 100. Efectos genéricos de la Declaratoria General de Inconstitucionalidad y de la Acción de Inconstitucionalidad

Declaratoria General de Inconstitucionalidad	Acción de Inconstitucionalidad
Con base en la invalidez de la norma determinada mediante jurisprudencia por reiteración, y ante la no superación del vicio de inconstitucionalidad por parte del órgano emisor, con base en una votación especial de por lo menos 8 votos de los ministros del Pleno de la SCJN, se emite la declaratoria fijando el alcance y condiciones normativas para que no prevalezca el vacío normativo que se generó con la inconstitucionalidad de la norma.	La invalidez de la norma general impugnada tiene efectos <i>erga omnes</i> , y si la norma es o no eliminada formalmente no hay curso de acción para subsanar el vacío normativo que se genera por efecto de la eliminación de la norma del sistema jurídico.
Hay actuación de creación normativa del Pleno de la SCJN	No hay actuación de creación normativa del Pleno de la SCJN. Sin embargo, vía eliminación de “porciones

⁷⁴⁹ Conforme a lo establecido en el artículo 60, primer párrafo, de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I Y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el plazo para interponer la Acción de Inconstitucionalidad es de treinta días naturales, los cuales se computan a partir del día siguiente a la fecha en que la ley o tratado internacional impugnado se haya publicado en el medio oficial de difusión, lo que presume que la aplicabilidad y observancia de la norma impugnada es técnicamente inexistente.

	normativas”, es decir, supresión de partes de enunciados jurídicos de dispositivos jurídicos impugnados, se puede generar un nuevo texto significando algo diferente al texto original ⁷⁵⁰

Con la finalidad de ilustrar la operatividad de la Declaratoria General de Inconstitucionalidad, consideramos oportuno, y pertinente, presentar, esquemáticamente, un breve examen de la Declaratoria General de Inconstitucionalidad 1/2018, resuelta en junio de 2021, sobre el consumo lúdico o recreativo de la marihuana. En el esquema número 69, p. 511, expusimos un análisis esquemático del primer juicio de amparo en revisión inherente al uso lúdico o recreativo de la marihuana, expediente 237/2014, por lo que ahora presentamos los amparos relevantes que le siguieron y de los cuales derivaron criterios judiciales -jurisprudencia⁷⁵¹- y cómo se dio lugar

⁷⁵⁰ Ya analizamos esta forma de creación normativa por parte del juez constitucional: Capítulo II, apartado B, punto 8, p. 237 y ss.

⁷⁵¹ En el párrafo 23 de la Declaratoria General de Inconstitucionalidad 1/2018 (versión publicada en el Diario Oficial de la Federación del 15 de julio de 2021), se da cuenta de las diversas jurisprudencias derivadas de los juicios de amparo. Nos interesa referir la siguiente: Registro digital: 2019365; Instancia: Primera Sala; Décima Época; Materias(s): Constitucional; Tesis: 1a./J. 10/2019 (10a.); Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 63, Febrero de 2019, Tomo I, página 493; Tipo: Jurisprudencia.

INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PROHIBICIÓN ABSOLUTA AL CONSUMO LÚDICO O RECREATIVO DE MARIHUANA PREVISTA POR LA LEY GENERAL DE SALUD. Los artículos 235, último párrafo, 237, 245, fracción I, 247, último párrafo, y 248, todos de la Ley General de Salud, en las porciones normativas que establecen una prohibición para que la Secretaría de Salud emita autorizaciones para realizar las actividades relacionadas con el autoconsumo con fines lúdicos o recreativos –sembrar, cultivar, cosechar, preparar, poseer y transportar– del estupefaciente "cannabis" (sativa, índica y americana o marihuana, su resina, preparados y semillas) y del psicotrópico "THC" [tetrahidrocannabinol, los siguientes isómeros: ?6a (10a), ?6a (7), ?7, ?8, ?9, ?10, ?9 (11) y sus variantes estereoquímicas], en conjunto conocido como "marihuana", son inconstitucionales, toda vez que provocan una afectación innecesaria y desproporcionada en el derecho al libre desarrollo de la personalidad. En efecto, la medida no es necesaria debido a que existen medios alternativos a la prohibición absoluta del consumo lúdico de marihuana que son igualmente idóneos para proteger la salud y el orden público, pero que afectan en menor grado al derecho fundamental en cuestión; asimismo, la ley ocasiona una afectación muy intensa al derecho al libre desarrollo de la personalidad,

a la tramitación de la declaratoria mencionada, pues fue evidente que el órgano normativo competente no subsanó la inconstitucionalidad respectiva, a pesar de haber realizado cambios normativos, pero falló y, por ende, la Suprema Corte de Justicia de la Nación procedió a tramitar la referida declaratoria ya que se actualizaron los supuestos previstos en el artículo 107, fracción II, párrafos dos, tres y cuatro, precisando que la tramitación de declaratorias generales de inconstitucionalidad no es

en comparación con el grado mínimo de protección a la salud y al orden público que alcanza dicha medida.

Amparo en revisión 237/2014. Josefina Ricaño Bandala y otros. 4 de noviembre de 2015. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, quien formuló voto concurrente, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, quien formuló voto concurrente. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto particular. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretarios: Arturo Bárcena Zubieta y Ana María Ibarra Olguín.

Amparo en revisión 1115/2017. Ulrich Richter Morales. 11 de abril de 2018. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, quien formuló voto concurrente, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, quien formuló voto concurrente y Norma Lucía Piña Hernández, quien reservó su derecho para formular voto concurrente. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto particular. Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Secretario: Guillermo Pablo López Andrade.

Amparo en revisión 623/2017. Armando Ríos Piter. 13 de junio de 2018. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, quien formuló voto concurrente, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y Norma Lucía Piña Hernández, quien reservó su derecho para formular voto concurrente. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto particular. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Luz Helena Orozco y Villa.

Amparo en revisión 548/2018. María Josefina Santacruz González y otro. 31 de octubre de 2018. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y Norma Lucía Piña Hernández. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto particular. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretarios: Arturo Bárcena Zubieta y José Ignacio Morales Simón.

Amparo en revisión 547/2018. Zara Ashely Snapp Hartman y otros. 31 de octubre de 2018. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y Norma Lucía Piña Hernández. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto particular. Ponente: Norma Lucía Piña Hernández. Secretario: Alejandro González Piña. Tesis de jurisprudencia 10/2019 (10a.). Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada de trece de febrero de dos mil diecinueve.

Esta tesis se publicó el viernes 22 de febrero de 2019 a las 10:24 horas en el Semanario Judicial de la Federación y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del lunes 25 de febrero de 2019, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013.

potestativo sino obligatorios una vez que se da el supuesto normativo del párrafo tres de la fracción II, del mencionado artículo 107 constitucional.

Los juicios de amparo en revisión relevantes son los siguientes:

Esquema 101. Amparos indirectos en revisión acerca del uso lúdico o recreativo de la marihuana

Sentencia	Fecha de resolución	Test de proporcionalidad
AR 237/2014	4 noviembre 2015	Se genera el test de proporcionalidad primario (Véase esquema 69, p. 511)
AR 1115/2017	11 abril 2018	Con base en el test primario, <i>mutatis mutandi</i> , el test de proporcionalidad se desarrolla íntegramente [técnicamente se repite el test primario]
AR 623/2017	13 junio 2018	Con base en el test primario, <i>mutatis mutandi</i> , el test de proporcionalidad se desarrolla íntegramente [técnicamente se repite el test primario]
AR 1163/2017	4 julio 2018	No desarrolla test de proporcionalidad. Implícitamente da por válido el test de proporcionalidad primario. La sentencia analiza únicamente los efectos de la concesión de amparo (principio de congruencia) y lo concede para que la autorización administrativa incluya la importación y adquisición de semillas de marihuana.
AR 547/2018	31 octubre 2018	Con base en el test primario, <i>mutatis mutandi</i> , el test de proporcionalidad se desarrolla íntegramente [técnicamente se repite el test primario] y amplía la concesión del amparo para incluir la adquisición de la semilla de marihuana

Esquema 102. Elementos del test de proporcionalidad de cada juicio de amparo en revisión

Asunto Elemento	237/2014	1115/2017	623/2017	1163/2017	547/2018
Fin legítimo	✓	✓	✓	✓	✓
Idoneidad	✓	✓	✓	✓	✓
Medida necesaria	X	X	X	X	X
Proporcionalidad en sentido escrito	X	X	X	X	X
✓= Existencia del elemento X= Inexistencia del elemento					

Esquema 103. Comparativo de sentencias posteriores al primer amparo (237/2014)

AR 1115/2017 Resuelta 11 abril 2018 Primer Sala	AR 623/2017 Resuelta 13 junio 2018 Primera Sala	AR 1163/2017 Resuelta 4 julio 2018 Segunda Sala	AR 547/2018 Resuelta 31 octubre 2018 Primera Sala
De acuerdo con esta distinción, el examen de constitucionalidad de una medida legislativa debe realizarse a través de un análisis en dos etapas. En una primera etapa, debe determinarse si la norma impugnada incide en el <i>alcance</i> o contenido <i>prima facie</i> del derecho en cuestión. O dicho, en otros términos, debe establecerse si la medida legislativa impugnada <i>limita</i> el derecho fundamental. En esta etapa del análisis es necesario recurrir a la <i>interpretación</i> de las disposiciones normativas correspondientes. Por un lado, debe interpretarse la disposición legislativa impugnada con la finalidad de determinar los alcances de la prohibición u obligación	De acuerdo con esta distinción, el examen de constitucionalidad de una medida legislativa debe realizarse a través de un análisis en dos etapas. En una primera etapa, debe determinarse si la norma impugnada incide en el <i>alcance</i> o contenido <i>prima facie</i> del derecho en cuestión. O dicho en otros términos, debe establecerse si la medida legislativa impugnada <i>limita</i> el derecho fundamental. En esta etapa del análisis es necesario recurrir a la <i>interpretación</i> de las disposiciones normativas correspondientes. Por un lado, debe interpretarse la disposición legislativa impugnada con la finalidad de determinar los alcances de la	Los razonamientos desarrollados por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el amparo en revisión 237/2014 —criterio que el Juez de Distrito hizo suyo por no tratarse de una resolución obligatoria—, en el sentido de que los artículos 235, último párrafo, 237⁷⁵², 245, fracción I, 247, último párrafo, y 248⁷⁵³ de la Ley General de Salud son inconstitucionales porque vulneran el derecho a la libre determinación de los quejosos, según fue expuesto en la sentencia en los siguientes términos.	Esta Primera Sala, el cuatro de noviembre de dos mil quince, resolvió el amparo en revisión 237/2014¹, asunto que guarda una similitud substancial con éste, por lo que se retomarán las consideraciones de dicho amparo en revisión para resolver el asunto en lo concerniente a los artículos 235, 237, 245, fracción I, 247, último párrafo y 248 de la Ley General de Salud. Así mismo, en sesión de trece de junio de dos mil dieciocho esta Primera Sala resolvió el amparo en revisión 623/2017, que guarda una semejanza substancial con el presente caso² en lo tocante a la constitucionalidad de los artículos 234, 368 y 479

⁷⁵² Artículo 237. Queda prohibido en el territorio nacional, todo acto de los mencionados en el Artículo 235 de esta Ley, respecto de las siguientes sustancias y vegetales: opio preparado, para fumar, diacetilmorfina o heroína, sus sales o preparados, *papaver somniferum* o *adormidera*, *papaver bacteatum* y *erythroxylon novogratense* o coca, en cualquiera de sus formas, derivados o preparaciones.

Igual prohibición podrá ser establecida por la Secretaría de Salud para otras sustancias señaladas en el artículo 234 de esta Ley, cuando se considere que puedan ser sustituidas en sus usos terapéuticos por otros elementos que, a su juicio, no originen dependencia.

⁷⁵³ Artículo 248. Queda prohibido todo acto de los mencionados en el artículo 247 de esta Ley, con relación a las sustancias incluidas en la fracción I del artículo 245.

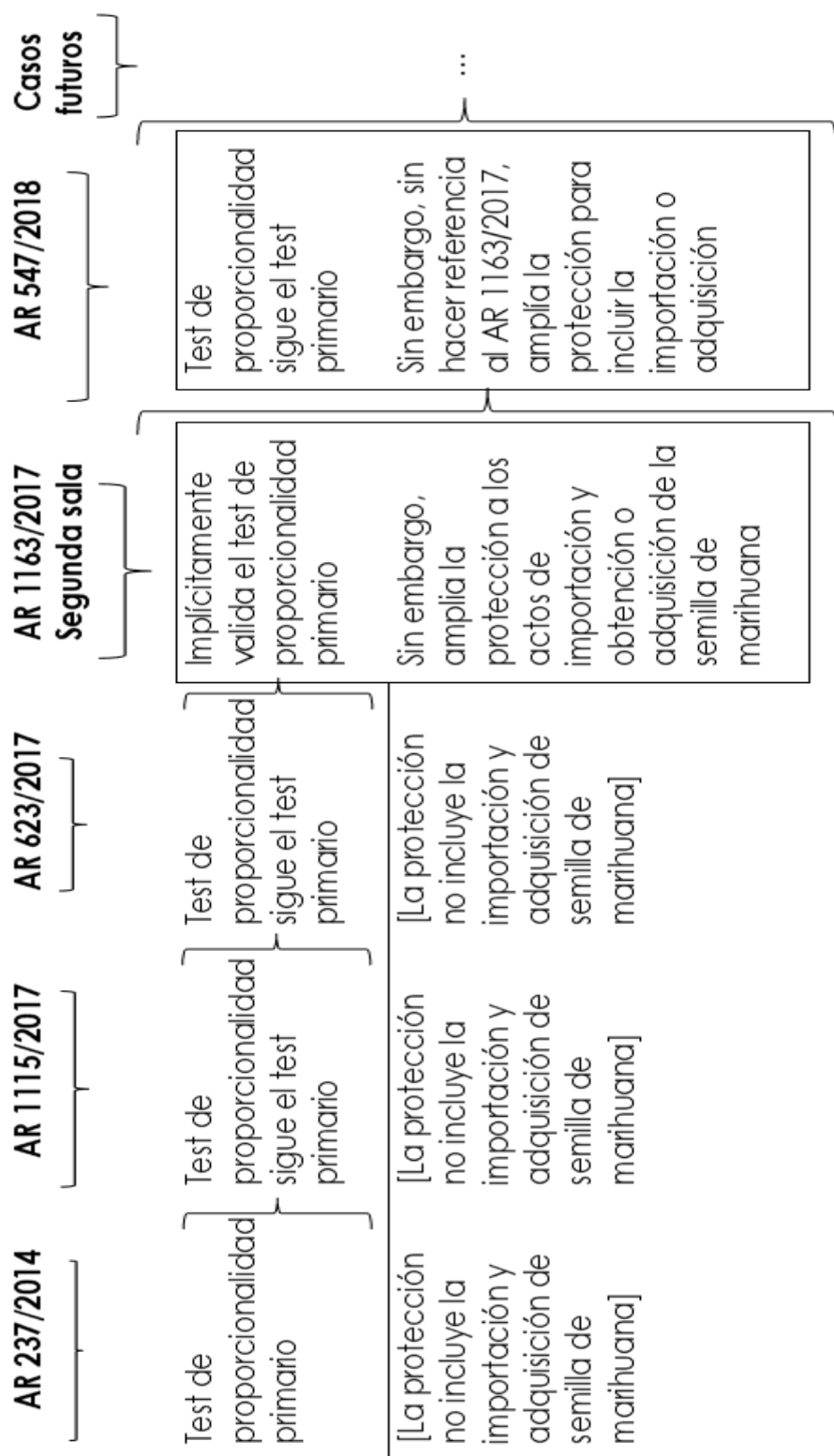
que establece. Por otro lado, también debe interpretarse la disposición constitucional que aloja el derecho fundamental en cuestión, con la finalidad de fijar el alcance o contenido <i>prima facie</i> de éste. De esta manera, en esta primera etapa se precisan las conductas cubiertas <i>prima facie</i> o <i>inicialmente</i> por el derecho fundamental en cuestión. Una vez hecho lo anterior, debe decidirse si la norma impugnada incide o no en el ámbito de protección <i>prima facie</i> del derecho aludido. Si la conclusión es negativa, el examen debe terminar en esta etapa con la declaración de que la medida legislativa impugnada es constitucional. En cambio, si la conclusión es positiva, debe pasarse a otro nivel de análisis. En una segunda etapa del análisis, debe determinarse si la norma que efectivamente interviene en el contenido <i>prima facie</i> del derecho fundamental es constitucional. Así, en esta fase del análisis debe examinarse si en el caso concreto existe una justificación constitucional para que la medida legislativa reduzca la <i>extensión de</i>	prohibición u obligación que establece. Por otro lado, también debe interpretarse la disposición constitucional que aloja el derecho fundamental en cuestión, con la finalidad de fijar el alcance o contenido <i>prima facie</i> de éste. De esta manera, en esta primera etapa se precisan las conductas cubiertas <i>prima facie</i> o <i>inicialmente</i> por el derecho fundamental en cuestión. Una vez hecho lo anterior, debe decidirse si la norma impugnada incide o no en el ámbito de protección <i>prima facie</i> del derecho aludido. Si la conclusión es negativa, el examen debe terminar en esta etapa con la declaración de que la medida legislativa impugnada es constitucional. En cambio, si la conclusión es positiva, debe pasarse a otro nivel de análisis. En una segunda etapa del análisis, debe determinarse si la norma que efectivamente interviene en el contenido <i>prima facie</i> del derecho fundamental es constitucional. Así, en esta fase del análisis debe examinarse si en el caso concreto existe una justificación constitucional para que	del mismo ordenamiento (cuya constitucionalidad no fue objeto de litis en el amparo en revisión 237/20143), así como en el hecho de que en este caso se deberá determinar, también, si debe autorizarse la importación y adquisición de la semilla de marihuana. Ahora bien, para poder justificar la decisión ya anunciada y dar respuesta a los argumentos planteados por los quejosos en relación con la constitucionalidad de los artículos reclamados, esta Primera Sala, al igual que lo hizo en el amparo en revisión 237/2014, considera necesario desarrollar los siguientes puntos: (i) explicar el marco regulatorio de los estupefacientes y sustancias psicotrópicas previsto en la Ley General de Salud; (ii) establecer la incidencia de la medida legislativa impugnada en el contenido <i>prima facie</i> del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad; y (iii) determinar si la medida impugnada supera las cuatro gradas del test de

<i>la protección</i> que otorga inicialmente el derecho. Este ejercicio implica que se analice si la intervención legislativa cumple con las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad: una finalidad constitucionalmente válida, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido de la medida. 1) Finalidad. Una vez que se ha establecido que el marco regulatorio para el control de estupefacientes y sustancias psicotrópicas previsto en la Ley General de Salud tiene una finalidad constitucionalmente válida, corresponde ahora analizar si la prohibición de consumir marihuana para fines lúdicos y, en consecuencia, la prohibición también de todas las acciones necesarias para poder estar en posibilidad de llevar a cabo el autoconsumo (siembra, cultivo, cosecha, preparación, acondicionamiento, posesión, transporte, etc.), constituye una medida idónea para proteger la salud y el orden público. 2) Idoneidad. En el caso concreto el “sistema de	la medida legislativa reduzca la <i>extensión de la protección</i> que otorga inicialmente el derecho. Este ejercicio implica que se analice si la intervención legislativa cumple con las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad: una finalidad constitucionalmente válida, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido de la medida. 1) Finalidad. El análisis practicado por el Juez de Distrito fue sustancialmente correcto al determinar que los fines perseguidos por la norma eran la protección de la salud y el orden público y que éstos resultaban constitucionalmente válidos. 2) Idoneidad. La conclusión del Juez de Distrito de que la medida es idónea en los términos señalados. 3) Necesidad. el “sistema de prohibiciones administrativas” configurado por los artículos impugnados <i>constituye una medida innecesaria</i>, toda vez que existen medidas alternativas igualmente idóneas para proteger la		proporcionalidad: (a) constitucionalidad de los fines perseguidos con la medida; (b) idoneidad; (c) necesidad; y (d) proporcionalidad en sentido estricto. Finalmente, (iv) exponer las conclusiones del estudio de constitucionalidad de los artículos 235, 237, 245, fracción I, 247, último párrafo y 248 de la Ley General de Salud, y (v) analizar la constitucionalidad de los artículos 234, 368 y 479 de la Ley General de Salud. No obstante, la evidencia analizada no logró mostrar que el consumo de marihuana influyera en el aumento de la criminalidad, pues aunque el consumo se asocia a consecuencias antisociales o antijurídicas, éstas pueden explicarse por otros factores, como al contexto social del consumidor o al propio sistema punitivo de la droga. Con todo, los estudios analizados sí permiten concluir que el consumo de marihuana entre los conductores es un factor que aumenta la probabilidad de causar accidentes vehiculares, lo

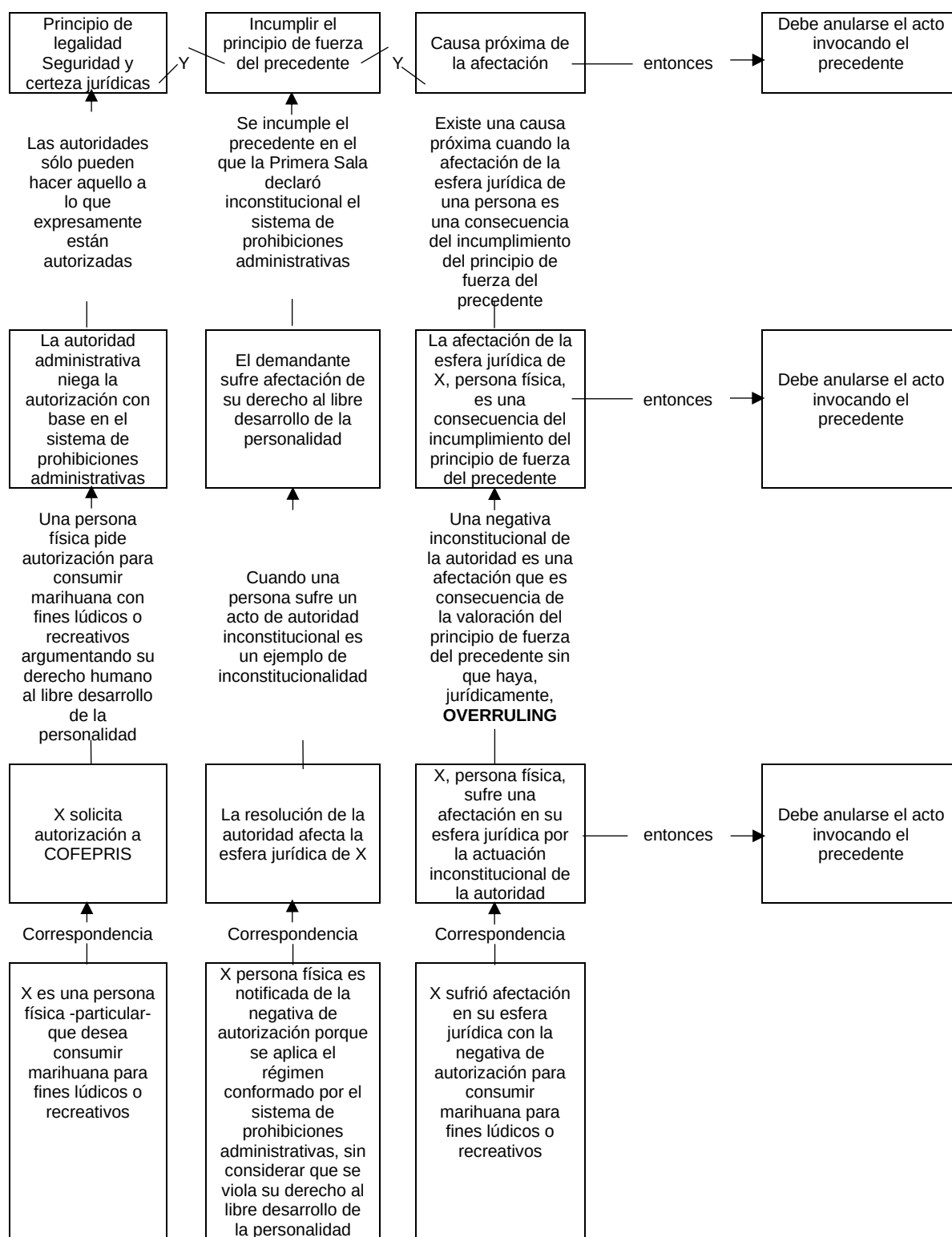
prohibiciones administrativas” conformado por los artículos impugnados efectivamente <i>es una medida idónea</i> para proteger la salud de las personas. 3) Necesidad.El “sistema de prohibiciones administrativas” configurado por los artículos impugnados <i>constituye una medida innecesaria</i>, toda vez que existen medidas alternativas igualmente idóneas para proteger la salud y el orden público que intervienen el derecho fundamental en un <i>grado menor</i>. Así, esta Primera Sala considera que la prohibición del consumo personal de marihuana con fines lúdicos es inconstitucional al no superar esta grada del test de proporcionalidad. 4) Proporcionalidad en sentido estricto. A pesar de que el “sistema de prohibiciones administrativas” conformado por los artículos de la Ley General de Salud impugnados por el quejoso supera las dos primeras gradas del examen de proporcionalidad, al haberse establecido que se trata de una medida que busca proteger la salud y el orden público y resulta idónea para	salud y el orden público que intervienen el derecho fundamental en un <i>grado menor</i>. Así, esta Primera Sala considera que la prohibición del consumo personal de marihuana con fines lúdicos es inconstitucional al no superar esta grada del test de proporcionalidad. 4) Proporcionalidad en sentido estricto. A pesar de que el “sistema de prohibiciones administrativas” conformado por los artículos de la Ley General de Salud impugnado por el quejoso supera las dos primeras gradas del examen de proporcionalidad, al haberse establecido que se trata de una medida que busca proteger la salud y el orden público y resulta idónea para alcanzar dichos objetivos, esta Primera Sala, contrario a lo sostenido por el Juez de Distrito, considera que se trata de una medida que no sólo es <i>innecesaria</i>, al existir medios alternativos igualmente idóneos que afectan en un menor grado el derecho al libre desarrollo de la personalidad, sino que además es <i>desproporcionada</i> en estricto sentido, toda vez que genera una protección mínima a la salud y orden público		que significa que la medida impugnada únicamente en este aspecto también es una medida idónea para proteger el orden público. De acuerdo con lo anterior, el “sistema de prohibiciones administrativas” configurado por los artículos impugnados constituye una medida innecesaria, toda vez que existen medidas alternativas igualmente idóneas para proteger la salud y el orden público que intervienen el derecho fundamental en un grado menor. Así, esta Primera Sala considera que la prohibición del consumo personal de marihuana con fines lúdicos es inconstitucional al no superar esta grada del test de proporcionalidad. De conformidad con lo anterior, es indudable que en la actualidad existen vías legales para la adquisición de la semilla, ya sea vía tenedores especiales o permisos de adquisición o de traspaso, por lo que no existe una imposibilidad jurídica ni material para que una eventual

alcanzar dichos objetivos, esta Primera Sala considera que se trata de una medida que no sólo es <i>innecesaria</i>, al existir medios alternativos igualmente idóneos que afectan en un menor grado el derecho al libre desarrollo de la personalidad, sino que además es <i>desproporcionada</i> en estricto sentido, toda vez que genera una protección mínima a la salud y orden público frente a la intensa intervención al derecho de las personas a decidir qué actividades lúdicas desean realizar.	frente a la intensa intervención al derecho de las personas a decidir qué actividades lúdicas desean realizar.		concesión de amparo pudiese surtir plenos efectos y tener debida ejecución. En conclusión, y a diferencia de lo resuelto en el amparo en revisión 237/2014, en la presente ejecutoria se declara la inconstitucionalidad de los artículos 235, último párrafo, 237, 245, fracción I, 247, último párrafo, y 248, todos de la Ley General de Salud, incluyendo las porciones normativas que establecen una prohibición para que la Secretaría de Salud emita autorizaciones para adquirir la semilla de cannabis en los términos señalados, por ser una medida desproporcionada y constituir el presupuesto necesario para que la cadena de autoconsumo de marihuana con fines lúdicos y recreativos amparada por el libre desarrollo de la personalidad de los quejosos pueda completarse.

Esquema 104. Seguimiento del test de proporcionalidad primario



Esquema 105. Algoritmo del precedente en los casos del consumo lúdico o recreativo de la marihuana



Nota bene: Sobre la *ratio decidendi* y la descripción algorítmica, cabe referir que, en los casos anteriores al 4 de noviembre de 2015, la *ratio decidendi* es relativamente sencilla: la razón de decidir, negar la autorización a personas físicas para que consuman marihuana para fines lúdicos o recreativos, está basada en el sistema de prohibiciones administrativas regulado en la Ley General de Salud. Bajo esquema condicional: si es una ocasión de solicitud de autorización para consumo de marihuana para fines lúdicos o recreativos entonces, con base en el sistema de prohibiciones administrativas, se debe negar la autorización. Conforme al precedente primario (test de proporcionalidad primario), bajo esquema condicional, en la lectura del diagrama de manera horizontal de izquierda a derecha: si la autoridad emite una negativa de autorización a una persona física para consumo de marihuana para fines lúdicos o recreativos, entonces se afecta la esfera jurídica del solicitante, específicamente su derecho humano al libre desarrollo de la personalidad porque ya la SCJN declaró (precedentes/jurisprudencia) que dicho sistema es inconstitucional para ese fin. Ahora bien, los conectores por analogía, específicamente en el antecedente, son: (i) Se trate de personas físicas; (ii) Soliciten autorización a la autoridad administrativa para consumir marihuana para fines lúdicos o recreativos; (iii) la negativa de autorización está basada en la aplicación del sistema de prohibiciones administrativas; (iv) la negativa implica una afectación a la esfera jurídica de las personas físicas, y (v) el plano normativo debe compartirse plenamente en los casos subsecuentes que se presenten. La *ratio decidendi* cambia a partir del nuevo test de ponderación (con el que se rompe la secuencia). Bajo una descripción algorítmica de los pasos de razonamiento para resolver los casos posteriores al 4 de noviembre de 2015, conforme a la *ratio decidendi* del amparo en revisión 237/2014, cabe señalar lo siguiente: (i) se trate de una solicitud de consumo de marihuana para fines lúdicos o recreativos; (ii) la negativa de la autoridad está fundada en el sistema de prohibiciones administrativas (Ley General de Salud), y (iii) procede impugnar la resolución administrativa invocando el precedente (test de proporcionalidad primario). Hasta ahora se ha analizado que se debe seguir el curso de acción por el que una persona acude a COFEPRIS a pedir autorización, esta autoridad se la niega y hay que impugnar mediante amparo la negativa para que en el amparo se resuelva a favor del solicitante en aplicación del precedente. Sin embargo, es revisable este curso de acción (de hecho, es el que ha marcado la autoridad administrativa: dará las autorizaciones hasta que se lo ordene un juez), no obstante, debe tenerse en cuenta lo establecido en el artículo 1° constitucional, párrafo tercero, por el que todas las autoridades tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos. Así, es cuestionable que la autoridad administrativa –COFEPRIS- no aplique directamente el criterio judicial (precedente(s) de la SCJN, así como, derivado de dos resoluciones posteriores (1163/2017 y 547/2018), la ampliación de la concesión de amparo para incluir la importación o adquisición de la marihuana (semilla).

Ahora bien, con la Declaratoria General de Inconstitucionalidad 1/2018, a partir de la realización del supuesto normativo previsto en el artículo 107, II, párrafos tres y cuatro (recordemos que el párrafo segundo solamente implica dar aviso a la autoridad normativa respectiva), declaratoria en la que se analiza pormenorizadamente los plazos de actuación de la autoridad normativa y que a pesar de reformas a la legislación sanitaria no se superó la inconstitucionalidad, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió por unanimidad de ministros presentes declarar la inconstitucionalidad del sistema de prohibiciones administrativas respecto del consumo de marihuana para fines lúdicos o recreativos por estar en

contra del derecho humano al libre desarrollo de la personalidad. Respecto de los efectos, contenido y alcance de la declaratoria la Suprema Corte de Justicia de la Nación señala una serie de efectos entre los que destacan que COFEPRIS debe establecer lineamientos y modalidades para la adquisición de la semilla (parágrafo 92⁷⁵⁴), vincula a la Secretaría de Salud a emitir autorizaciones para uso recreativo de la marihuana con lo que se supera el problema de inconstitucionalidad (parágrafo 94⁷⁵⁵) y exhorta al Congreso General a legislar, aclarando que no es tarea de la corte dar mayores lineamientos respecto de las políticas que el legislador decida (parágrafo 95⁷⁵⁶).

⁷⁵⁴ En los párrafos 92 y 93, textualmente se dispone: “Así mismo, la COFEPRIS deberá establecer los lineamientos y modalidades de la adquisición de la semilla y tomar todas las medidas necesarias para dar cauce al derecho tutelado, sin que la autorización incluya en ningún caso la permisión de importar, comerciar, suministrar, o cualquier otro acto que se refiera a la enajenación y/o distribución de las sustancias antes aludidas. 93. Además, al emitir las autorizaciones la COFEPRIS deberá precisar que el ejercicio del derecho de autoconsumo de cannabis y THC con fines lúdicos o recreativos en ningún caso podrá hacerse afectando a terceros, por lo que ese derecho no deberá ser ejercido frente a menores de edad ni en lugares públicos donde se encuentren terceros que no hubieran brindado su autorización, y precisará que no está permitido conducir vehículos u operar máquinas peligrosas bajo los efectos de esas sustancias, ni realizar, en general, cualquier otra actividad bajo los efectos de esas sustancias que pueda poner en riesgo o dañar a terceros.

⁷⁵⁵ En el párrafo 94, textualmente se señala: “94. De esta manera, invalidando las porciones normativas precisadas y vinculando a la Secretaría de Salud, a través del órgano competente, a emitir las autorizaciones necesarias para permitir las actividades necesarias para el autoconsumo recreativo de cannabis y THC, con las limitaciones y restricciones precisadas, este Tribunal Pleno considera que se supera el problema de constitucionalidad advertido por la jurisprudencia de la Primera Sala.

⁷⁵⁶ En el párrafo 95, textualmente se señala: “Por último, esta Suprema Corte de Justicia de la Nación exhorta al Congreso de la Unión a legislar respecto del derecho al autoconsumo recreativo de cannabis y THC, a fin de generar seguridad jurídica a los usuarios y a terceras personas, así como las condiciones de información necesarias para ejercerlo responsablemente; a tomar las medidas que estime pertinentes para tratar esta cuestión como un problema de salud pública; y para brindar a las autoridades de Salud un marco normativo que les permita delimitar adecuadamente el ejercicio de ese derecho para evitar daños a terceros, sin que corresponda a esta Suprema Corte de Justicia de la Nación dar mayores lineamientos respecto de las políticas que el legislador, en uso de su libertad política, decida tomar al respecto.”

d) (Sub)Sistema de control no judicial: Sistema de Control de Constitucionalidad (concentrado o difuso) y de Convencionalidad (difuso)

Basándonos en el esquema 93, y con los debidos ajustes, en el Sistema de Control de Constitucionalidad (concentrado) y de Convencionalidad (difuso) No Judicial Jurisdiccional y No Jurisdiccional, juegan los componentes siguientes:

Esquema 106. Sistema de control no Judicial de Constitucionalidad (concentrado o difuso) y de Convencionalidad (difuso)

Orden implicado (orden generativo)	Orden explicado (desplegado)			
Criterio	Elemento			
Objeto de control*	A. Actividad estatal			
Normativo o no normativo	Normativo I.a norma general, u I.b omisión normativa		No normativo: II.a actos, u II.b omisión fáctica	
Normativo constitucional o normativo no constitucional	1. Normativo constitucional	2. Normativo no constitucional	↓	
Tipología de reglas	W. (V. gr., principio, directriz, Regla de acción, regla de fin, etc.)			
Adscripción exclusiva o no exclusiva de la regla de competencia de control	Z. Adscripción exclusiva (concentrado)			
Órgano judicial o no judicial	X. Órgano no judicial			
Ejercicio de regla de competencia	r. A petición de parte		m. <i>Ex officio</i>	
Jurisdiccional o no jurisdiccional	D. Jurisdiccional		E. No Jurisdiccional	
Parámetro de control: constitucional o convencional	i. Constitucional		ii. Convencional (difuso)	
Momento de control**	a. Posterior		b. Durante	
	g. Vinculantes		h. No vinculantes	
Efectos del control	+Erga omnes		*Relativo a las partes	
	Q Recomendatorio	%Inaplicación relativa	#Restituir	&Actuar (omisión)

* No incluye, en general, al sujeto de control, pues se considera que el objeto de control condiciona al sujeto de control.

**No se considera el control anterior

Al igual que hicimos con el (sub)sistema judicial, y con la finalidad de mostrar el potencial generativo del Sistema de control de Constitucionalidad (concentrado) y de Convencionalidad (difuso) No Judicial Jurisdiccional o No Jurisdiccional, a continuación, analizamos los componentes de cuatro de los (sub)sistemas relevantes: los que están a cargo de la CNDH, del INAI, del CONEVAL y de la CortelDH.

i) Control a cargo de la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH)

Los componentes del (sub)sistema de control de constitucionalidad y de convencionalidad a cargo de la CNDH, considerando el esquema 106, son los siguientes:

Esquema 107. Componentes del control constitucional y convencional a cargo de la CNDH

A	I.a	2	W	Z	X	r	E	i	a	h	Q
	I.b			M		m		ii	b	+	%
	II.a									*	#
	II.b										&

Z y M refiere que la CNDH tiene tanto facultades exclusivas como no exclusivas. Opera Z, por ejemplo, en materia de violaciones graves de derechos humanos, materia que entendemos sólo es competencia de la CNDH y, por ende, las entidades federativas carecen de competencia para investigar violaciones graves de derechos humanos. En general la materia de derechos humanos no judicial no jurisdiccional es competencia no exclusiva, pues está adscrita tanto a la CNDH como a las comisiones estatales respectivas.

Las resoluciones de la CNDH, y sus equivalentes estatales, no son vinculantes (componente h), pero pueden versar sobre la sugerencia de ciertos efectos

del tipo %, # ó &, ya que se puede recomendar que no se aplique una norma en cierto caso, que se lleve a cabo una restitución o que se actúe porque hay una omisión, sea fáctica o normativa.

ii) Control a cargo del Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI)

Los componentes del (sub)sistema de control de constitucionalidad y de convencionalidad a cargo del INAI, considerando el esquema 106, son los siguientes:

Esquema 108. Componentes del control constitucional y convencional a cargo del INAI

A	I.a	2	W	Z	X	r	D	i	a	g	%
	II.a			M		m	E	ii		*	#
	II.b										&

El caso del INAI es muy interesante. Se trata de un organismo constitucionalmente autónomo (evidentemente no judicial) que tiene competencia en 3 rubros principales: (i) derecho de acceso a la información (y transparencia gubernamental en sentido amplio), (ii) derecho de protección de datos personales en posesión de autoridades (sujetos obligados) y (iii) derecho de protección de datos personales en posesión de particulares. Las dos primeras dos materias son concurrentes y, por ende, se rigen por leyes generales, en sentido de leyes marco, por las que se distribuyen competencias entre los órdenes de gobierno, pero la última materia mencionada es exclusiva federal y se rige por la ley federal respectiva y su reglamento expedido por el titular del Poder Ejecutivo.

Como se puede observar, la materia de protección de datos personales está dividida, a su vez, en dos (sub) materias a partir del criterio clasificatorio

del sujeto que está en posesión de los datos personales según se trate de particular o de una autoridad. En el caso de particulares la materia es exclusiva federal, pero en los supuestos de autoridades la materia de datos personales es concurrente.

Conforme con lo establecido en el artículo 73, fracción XXIX-O, el Congreso general está facultado "Para legislar en materia de protección de datos personales en posesión de particulares.", por tanto, se trata de una materia exclusiva federal. La fracción XXIX-O se adicionó mediante reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación del 30 de abril de 2009.

En ejercicio de tal facultad, el Congreso Federal expidió la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares (LFPDPPP), publicada en el Diario Oficial de la Federación del 5 de julio de 2010.

Con base en esta ley federal, el Ejecutivo Federal expidió el Reglamento de la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares (RLFPDPPP), publicado en el Diario Oficial de la Federación del 21 de diciembre de 2011.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 73, fracción XXIX-S, el Congreso general es competente "Para expedir las leyes generales reglamentarias que desarrollen los principios y bases en materia de transparencia gubernamental, acceso a la información y protección de datos personales en posesión de las autoridades, entidades, órganos y organismos gubernamentales de todos los niveles de gobierno.", por tanto, la materia de datos personales en posesión de autoridades es una materia concurrente. Esta materia se establece con motivo de las reformas

constitucionales en materia de transparencia, derecho de acceso a la información y protección de datos personales en posesión de sujetos obligados (autoridades) publicadas en el Diario Oficial de la Federación del 7 de febrero de 2014.

En ejercicio de tal facultad, el Congreso Federal expidió la Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados (LGPDPPO), publicada en el Diario Oficial de la Federación del 26 de enero de 2017.

No obstante, la división de la materia de datos personales en dos (sub) materias, éstas son responsabilidad institucional primaria del Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI).

En efecto, la materia de datos personales en posesión de los sujetos obligados/autoridades se encomienda al INAI conforme a lo prescrito en el artículo 6º, apartado A, constitucional; y la materia de datos personales en posesión de particulares se le mandata atender a dicho instituto de acuerdo con lo establecido en el artículo séptimo transitorio de las reformas constitucionales publicadas en el Diario Oficial de la Federación del 7 de febrero de 2014:

“SÉPTIMO. En tanto se determina la instancia responsable encargada de atender los temas en materia de protección de datos personales en posesión de particulares, el organismo garante que establece el artículo 6o. de esta Constitución ejercerá las atribuciones correspondientes.”

De esta manera, corresponde al INAI la atención de la protección de datos personales tanto en posesión de sujetos obligados/autoridades como de particulares.

Por lo que hace al procedimiento de solicitud de acceso, rectificación, cancelación u oposición de datos personales ante particular/responsable, se debe considerar lo dispuesto en el artículo 28 de la LFPDPPP, "El titular o su representante legal podrán solicitar al responsable en cualquier momento el acceso, rectificación, cancelación u oposición, respecto de los datos personales que le conciernen."

La solicitud mencionada da lugar a un trámite ante el particular/responsable que tiene en posesión los datos personales, y debe resolver en un plazo máximo de 20 días, los cuales se pueden ampliar por un periodo igual si hay causa justificada (artículo 32 LFPDPPP)

El titular de los datos personales puede Impugnar la resolución del Particular/responsable ante el INAI. En efecto, si el titular de los datos personales, ante la respuesta o falta de ésta, considera se lesionan sus derechos, puede presentar una solicitud de protección de datos ante el INAI (artículos 35, último párrafo, 39, fracción VI, y 45, de la LFPDPPP).

La regulación del procedimiento de impugnación ante el INAI (solicitud de protección de datos), se encuentra en el RLFPDPPP, procedimiento que una vez desarrollado concluye con una resolución del INAI.

De acuerdo con la LFPDPPP y su reglamento, la resolución definitiva del INAI puede ser impugnada en los términos señalados en el artículo 56 de la LFPDPPP: "Contra las resoluciones del Instituto, los particulares podrán

promover el juicio de nulidad ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa [actualmente se denomina Tribunal Federal de Justicia Administrativa].". Esta disposición es sustancialmente replicada en el artículo 126 del RLFPDPPP: "Contra la resolución al procedimiento de protección de derechos procede el juicio de nulidad ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa [actualmente se denomina Tribunal Federal de Justicia Administrativa]."

No obstante esta normatividad, conforme a la cual contra la resolución del INAI procede juicio de nulidad ante el Tribunal Federal de Justicia Administrativa, se debe considerar que con motivo de las reformas constitucionales en materia de transparencia, derecho de acceso a la información y protección de datos personales en posesión de sujetos obligados (autoridades) publicadas en el Diario Oficial de la Federación del 7 de febrero de 2014, se transformó al otrora Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos (IFAI), organismo descentralizado de la Administración Pública Federal, en organismo constitucionalmente autónomo bajo la denominación de INAI, y éste opera las materias de transparencia, derecho de acceso a la información y la protección de datos personales (tanto en posesión de particulares como de sujetos obligados/autoridades, y, por ende, entre otras consecuencias, es improcedente el juicio de nulidad ante el Tribunal Federal de Justicia Administrativa respecto de las resoluciones que dicte en materia de procedimiento de protección de derechos en materia de datos personales, en especial en posesión de particulares, ya que lo que procede es el juicio de amparo directo ante tribunales colegiados de circuito.

Además, debe considerarse que hay omisión legislativa por parte del Congreso Federal, pues dada la responsabilidad –competencia- que se le

adscribe al INAI en materia de datos personales en posesión de los particulares, y la naturaleza del INAI como organismo constitucionalmente autónomo, no se ha armonizado la LFPDPPP, tal y como está mandatado en el artículo segundo transitorio del decreto de modificaciones constitucionales publicado en el Diario Oficial de la Federación del 7 de febrero de 2014, en materia de transparencia, derecho de acceso a la información y protección de datos personales⁷⁵⁷.

Con base en lo señalado, consideramos que se está en una etapa de transición procedimental, pues con los argumentos mencionados se ha hecho ver a los tribunales de justicia administrativa y a los jueces y tribunales federales que no es procedente el juicio de nulidad (de naturaleza eminentemente administrativa) sino el juicio de amparo, en especial respecto de la impugnación de particulares que violentan derechos de acceso, rectificación cancelación u oposición (por sus siglas, derechos ARCO). Se han logrado varios fallos en los que ya se determina que tal juicio de nulidad es improcedente contra resoluciones del INAI y que lo que procede es el juicio de amparo directo. Se confía en que pronto quedará establecido un criterio con base en el cual los tribunales de justicia administrativa se declaren incompetentes para tramitar juicio de nulidad, reconociendo que lo que procede es el juicio de amparo directo.

Actualmente opera la dualidad para interponer juicio de nulidad o juicio de amparo, sobre todo el primero dado lo expreso de la normativa aplicable,

⁷⁵⁷ Artículo segundo transitorio: “Congreso de la Unión deberá expedir la Ley General del Artículo 6o. de esta Constitución, así como las reformas que correspondan a la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, a la *Ley Federal de Datos Personales en Posesión de los Particulares*, al Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, a la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral y los demás ordenamientos necesarios, en un plazo de un año contado a partir de la fecha de publicación del presente Decreto.” (las cursivas son nuestras)

pues pueden impugnar tanto titular de los datos personales como el particular que violenta derechos ARCO).

En relación con el procedimiento de solicitud de acceso, rectificación, cancelación u oposición de datos personales ante particular/responsable, en los términos de lo establecido en el artículo 43 de la LGPDPPSO, el titular de los datos personales podrá solicitar el ejercicio de derechos ARCO, es decir, “solicitar al responsable, el acceso, rectificación, cancelación u oposición al tratamiento de los datos personales que le conciernen”.

El procedimiento ante el particular/responsable inicia con la solicitud ante la Unidad de Transparencia (artículo 52, párrafo ocho) y debe desahogarse en un plazo no mayor a veinte días, pudiendo ampliarse hasta por diez días más (artículo 51 LGPDPPSO).

Cabe la impugnación de la resolución del Particular/responsable ante el INAI. En efecto, la respuesta del sujeto obligado ante el ejercicio de derechos ARCO, podrá ser impugnada ante el INAI mediante el recurso de revisión (artículo 56 de la LGPDPPSO).

El INAI debe resolver el recurso de revisión en un plazo de 20 días, el cual se puede ampliar por diez días por una sola ocasión y esté justificado (artículo 51 LGPDPPSO)

Dictada la resolución por parte del sujeto obligado, el titular de los datos personales podrá interponer el recurso de revisión ante el INAI (artículos 56, 94 y 103 de la LGPDPPSO) en un plazo de 15 días hábiles siguientes al que se le notifique la resolución respectiva (artículo 103 de la LGPDPPSO)

Procede la impugnación de la resolución del INAI mediante juicio de amparo directo, pero sólo para particulares, ya que para las autoridades la resolución del INAI es vinculatoria, definitiva e inatacable.

La resolución dictada por el INAI en el recurso de revisión puede ser impugnada por el titular de los datos personales mediante juicio de amparo directo ante los tribunales colegiados de circuito del Poder Judicial de la Federación (Artículo 115, segundo párrafo, de la LGPDPPSO)

La resolución que emita el INAI en los recursos de revisión no puede ser impugnada por los sujetos obligados, pues para éstos son vinculantes, definitivas e inatacables (artículo 115, primer párrafo, de la LGPDPPSO)

Existe un procedimiento de verificación de cumplimiento de obligaciones de protección de datos personales en posesión de particulares. De acuerdo con la LFPDPPP, el INAI puede de oficio o a petición de parte iniciar el procedimiento de verificación de cumplimiento de obligaciones en materia de protección de datos personales en posesión de particulares. El procedimiento de verificación solamente procede cuando se dé incumplimiento con motivo de procedimientos de protección de derechos ARCO o se presuma de manera fundada y motivada la violación de la ley federal (artículo 59 LFPDPPP)

El procedimiento de verificación debe tener una duración máxima de 180 días, contado a partir de que el Pleno del INAI haya dictado el acuerdo de inicio y concluirá con la determinación o resolución (artículo 132, primer párrafo, del RLFPDPPP)

Concluido la verificación el INAI emite una resolución sobre cumplimiento total o parcial en la que se establecerán las medidas que se deben adoptar.

Asimismo, la resolución podrá instruir el inicio del procedimiento de imposición de sanciones o establecer un plazo para su inicio (artículo 137 del RLFPDPPP)

Contra la resolución dictada en el procedimiento de verificación se podrá interponer el juicio de nulidad ante el Tribunal de Justicia Administrativa (artículo 138 del RLFPDPPP)

Respecto del juicio de nulidad y su improcedencia, así como la procedencia de juicio de amparo directo ante tribunales colegiados de circuito del Poder Judicial de la Federación, en obvio de repeticiones aplica lo ya señalado.

Asimismo, se prevé un procedimiento de imposición de sanciones por incumplimiento de obligaciones de protección de datos personales en posesión de particulares. Con base en la resolución dictada en el procedimiento de verificación de cumplimiento de obligaciones de protección de datos personales en posesión de particulares, y considerando que hubo incumplimiento se procederá a iniciar procedimiento de imposición de sanciones. (Artículo 61 de la LFPDPPP)

El procedimiento de imposición de sanciones si dará comienzo con la notificación que efectúe el Instituto al presunto infractor. Éste contará con un plazo de 15 días para que manifieste lo que a su derecho convenga y ofrecerá pruebas (artículo 140 del RLFPDPPP).

Desahogadas las pruebas se conceden cinco días al infractor para que produzca alegatos, y una vez presentados los alegatos o vencido el plazo

para haberlo hecho, se dicta resolución de cierre de instrucción y el INAI deberá emitir resolución en un plazo no mayor a 50 días (Artículo 143 del RLFPDPPP)

Contra la resolución del INAI dictada en el procedimiento de imposición de sanciones se podrá interponer el juicio de nulidad ante el Tribunal de Justicia Administrativa (artículo 144 del RLFPDPPP)

Respecto del juicio de nulidad y su improcedencia, así como la procedencia de juicio de amparo directo ante tribunales colegiados de circuito del Poder Judicial de la Federación, aplica lo señalado respecto de las impugnaciones de las resoluciones del INAI mediante juicio de amparo sin que sea procedente el juicio de nulidad administrativo.

Por lo que hace al derecho de acceso a la información pública, en la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública y Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública (LGTAIP), se regula el procedimiento de acceso a la información. Éste se realiza ante las unidades de transparencia de los sujetos obligados (autoridades). La ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública (LFTAIP), replica los dispositivos de la ley general.

El plazo para dar respuesta a las solicitudes de información es de 20 días hábiles, el cual podrá ampliarse por 10 días más (artículo 132 de la LGTAIP)

Contra la resolución dictada por el sujeto obligado respecto de la solicitud de información el solicitante podrá interponer recurso de revisión ante el INAI.

El recurso de revisión debe resolverse en un plazo no mayor a 40 días y que podrá ampliarse por una sola ocasión hasta por 20 días (artículo 146 de la LGTAIP)

Conforme a lo establecido en el artículo 157 de la LGTAIP, las resoluciones del INAI respecto de los sujetos obligados son vinculatorias, definitivas e inatacables.

Los solicitantes podrán impugnar las resoluciones del INAI mediante juicio de amparo directo ante los tribunales colegiados de circuito del Poder Judicial de la Federación (artículo 158 de la LGTAIP)

Por otra parte, el Pleno del INAI puede ejercer facultad de atracción respecto de recursos de revisión tramitados ante organismos garantes locales que estén pendientes de resolución y que se trate de casos de interés y trascendencia (artículo 181 LGTAIP). También los organismos garantes locales pueden solicitar al Pleno del INAI ejerza su facultad de atracción.

Una vez atraído el recurso de revisión por el INAI, se estará a las reglas del recurso de revisión, por lo que la resolución que se dicte no puede ser impugnada por los sujetos obligados, pero el solicitante puede interponer juicio de amparo directo ante los tribunales colegiados de circuito del Poder Judicial de la Federación.

Los solicitantes de información que hayan interpuesto recurso de revisión ante organismos garantes locales pueden combatir la resolución optando por acudir ante el INAI mediante recurso de inconformidad o acudir a juicio de amparo directo ante los tribunales colegiados de circuito del Poder Judicial de la Federación (artículo 159 LGTAIP).

El recurso de inconformidad deberá tramitarse en un plazo de 30 días, el cual podrá ampliarse por un periodo igual por una única vez.

Contra la resolución dictada en el recurso de inconformidad por parte del INAI, el solicitante podrá interponer juicio de amparo directo ante los tribunales colegiados de circuito del Poder Judicial de la Federación. El sujeto obligado parte en el recurso de inconformidad no puede impugnar la resolución del INAI, pues para él tiene carácter vinculante, definitivo e inatacable (artículo 180 de la LGTAIP)

Si alguna resolución del INAI pone en peligro la seguridad nacional porque así lo considera el Consejero Jurídico del Gobierno Federal, éste podrá interponer recurso de revisión en materia de seguridad nacional directamente ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN).

Conforme a lo establecido en los artículos 192 y 193 de la LGTAIP, la SCJN resolverá con plenitud de jurisdicción, y en ningún caso procederá el reenvío. La SCJN puede confirmar el sentido de la resolución recurrida y, por tanto, el sujeto obligado deberá dar cumplimiento y entregar la información, pero si revoca la resolución del INAI, éste deberá actuar en los términos que lo ordene la SCJN.

Existe el procedimiento de verificación vinculante para revisar el cumplimiento de obligaciones de transparencia. Con base en lo establecido en los artículos 84 a 88, así como 89 al 98, de la LGTAIP, el INAI, de oficio o por denuncia de cualquier persona, está facultado para verificar el cumplimiento de obligaciones de transparencia y emitir, agotado el procedimiento, resolución en la que considerando subsiste el incumplimiento total o parcial, disponga el cumplimiento de acciones que

debe realizar el sujeto obligado para dar cumplimiento a sus obligaciones de transparencia.

De no cumplirse la resolución de verificación vinculante, el Pleno del INAI puede instruir se inicie el procedimiento de imposición de sanciones.

Contra la resolución de verificación vinculante y contra el procedimiento de imposición de sanciones por incumplimiento de obligaciones de transparencia no procede recurso alguno en virtud de que las resoluciones del INAI para los sujetos obligados son vinculantes, definitivas e inatacables.

Como se puede observar, el INAI desarrolla procedimientos de control de constitucionalidad y de convencionalidad no judicial jurisdiccional y no jurisdiccional en tres materias inherentes a derechos humanos.

iii) Control a cargo del Consejo Nacional para la Evaluación de la Política de Desarrollo Social (CONEVAL)

Por su parte el CONEVAL, conforma un (sub)sistema de control de constitucionalidad y de convencionalidad no menos interesante que los anteriores, asume una responsabilidad fundamental en materia de derechos sociales. También es un organismo constitucionalmente autónomo y conforma un (sub)sistema de control cuyos componentes, siguiendo el esquema 106, son los siguientes:

Esquema 109. Componentes del control constitucional y convencional a cargo del CONEVAL

A	I.a	2	W	Z	X	m	E	i	a	H	Q
	II.a			M				ii	b	+	&
	II.b										

Con base en lo establecido en el artículo 26, apartado C, constitucional, corresponde al CONEVAL "...la medición de la pobreza y ... la evaluación de los programas, objetivos, metas y acciones de la política de desarrollo social, así como ... emitir recomendaciones", en los términos que se establezcan en la Ley General de Desarrollo Social.

Es importante destacar que su actuación es *ex officio*, sus recomendaciones no son vinculatorias y que su contenido es la evaluación de políticas de desarrollo social destacando la superación de omisiones fácticas y normativas, primordialmente lo que se conoce como reglas de operación de los programas de política pública. Básicamente sus recomendaciones están focalizadas a la actividad que desarrolla la Secretaría de Bienestar, otrora Secretaría de Desarrollo Social.

El 5 de octubre de 2020 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Programa Institucional 2020-2024 de CONEVAL. En los considerandos del mencionado programa se señala que: "...el Programa Institucional 2020-2024 tiene como finalidad fortalecer la visión integral del Consejo a partir de las siguientes estrategias prioritarias: 1) Medir la pobreza y el estado del desarrollo para proporcionar análisis y recomendaciones en materia social que fomenten el uso de información; 2) Monitorear, evaluar y dar seguimiento a las intervenciones públicas para proporcionar análisis y recomendaciones sobre el estado del desarrollo social que fomenten el uso de la información del Consejo; 3) Vincular al Consejo con actores nacionales e internacionales para impulsar intercambios técnicos que fomenten el uso de la información del CONEVAL y 4) Divulgar los productos del CONEVAL para fomentar el uso de la información."

El objetivo prioritario del referido programa consiste en: “Propiciar que los tomadores de decisión y hacedores de la política social usen los análisis y las recomendaciones sobre el estado del desarrollo social que genera el CONEVAL.”

No está de más señalar que lo que se puede medir, se puede mejorar, y de allí la importancia de una institución/organización cuya tarea es evaluar la política social, en especial en el espacio de la pobreza, en la que juegan los derechos sociales. Otro punto que cabe destacar es la especial relación, asimétrica, entre CONEVAL y la Secretaría de Bienestar, relación que se muestra nítidamente en la siguiente tabla del Programa Institucional 2020-2024 de CONEVAL⁷⁵⁸:

Tabla 1 de Vinculación del Programa Institucional 2020-2024 del Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social con el Programa Sectorial de Bienestar 2020-2024

Programa Institucional del Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social 2020-2024	Programa Sectorial de Bienestar 2020-2024
Objetivo prioritario: Propiciar que los tomadores de decisión y hacedores de la política social usen los análisis y las recomendaciones sobre el estado del desarrollo social que genera el CONEVAL	Objetivo prioritario 1. Contribuir a garantizar un conjunto básico de derechos humanos de manera efectiva y progresiva comenzando por quienes más lo necesitan.
	Objetivo prioritario 2. Reducir las brechas de desigualdad socioeconómica entre territorios.
	Objetivo prioritario 4. Reducir las brechas de desigualdad socioeconómica que enfrentan los grupos poblacionales históricamente excluidos.

⁷⁵⁸ Consultado en:
https://www.coneval.org.mx/quienessomos/PlaneacionInstitucional/Documents/Programa%20%20Institucional%202020_2024%20CONEVAL.pdf

iv) Control a cargo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH)

Por lo que corresponde a la CorteIDH, conforma, desde la perspectiva de nuestro sistema jurídico, un (sub)sistema de control de convencionalidad de suma relevancia para los derechos fundamentales, y que en nuestro país ha jugado un papel primordial desde hace una década.

Los componentes de control, siguiendo el esquema 106, son los siguientes:

Esquema 110. Componentes del control de convencionalidad a cargo de la CorteIDH

A	I.a	1	W	Z	X	r	D	ii	a	G	#
	I.b	2								*	&
	II.a										
	II.b										Otros efectos

La CorteIDH ejerce un control convencional concentrado jurisdiccional cuyos efectos no se ciñen a los de nuestro esquema y por ello se señala "otros efectos" entre los que destacan declarar inconvencional una norma general de nivel constitucional o de nivel no constitucional, actos, omisiones o estados de cosas. Nos distrae de nuestro objeto de estudio analizar las variantes más importantes en materia de los efectos de las sentencias de la CorteIDH.

No está de más señalar que Desde el Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), la CorteIDH ha mandatado que los Estados y sus autoridades internas nacionales y, en su caso, subnacionales, deben ejercer control de convencionalidad *ex officio*, lo que implica que el control de convencionalidad de esas autoridades de suyo es difuso, es decir, que

la regla de competencia para ejercer control no es exclusiva de una autoridad o conjunto de autoridades actuando bajo unidad funcional (como el caso de los depositarios del Poder Judicial), sino de todas las autoridades, sean judiciales, administrativas o legislativas, incluso órganos constitucionalmente autónomos. Así, no hay que confundir el control difuso con la activación del ejercicio de la regla de competencia, pues el control convencional difuso es *ex officio*, pero, en México, el control constitucional difuso se activa a petición de parte. De esta manera podemos señalar que, si bien el control convencional difuso es necesariamente *ex officio*, de acuerdo con el parámetro jurisprudencial de la CortelDH, no todo control difuso es *ex officio*, pues puede darse el caso de control difuso a petición de parte.

2. Poder descriptivo y explicativo del Sistema Maestro de Control Omnicomprensivo de la Actividad Estatal: contraste con las modalidades y modelos de Leticia Morales

La bondad de un modelo reside, en gran parte, en su poder descriptivo y explicativo de la realidad (incluso, propiedades de predicción) y poder ser utilizado para el diseño de instituciones.

El Sistema Maestro de Control Omnicomprensivo de la Actividad Estatal, visto como modelo, presenta dos dimensiones básicas: por un lado, su capacidad representativa y explicativa de la realidad y, por otro lado, fungir como punto de referencia para imitarlo o reproducirlo, es decir, adaptarlo para diseñar normatividad e instituciones.

Así, nuestra primera preocupación es la de su poder descriptivo y explicativo, y en cuanto a ser punto de referencia lo encauzamos a la revisión del diseño institucional, necesariamente basado en un diseño

normativo primordialmente inherente a la adscripción de reglas de competencia, pues es claro que las variantes a que da lugar el sistema maestro (modelo), es decir, los subsistemas, requieren ajustes tanto de reglas de competencia como de reglas adjetivas, sobre todo en relación con el juego de los componentes de los efectos del control.

El calificativo de omnicompreensivo se proyecta de diversas maneras:

- (i) no solamente se contempla el control de normas (generales) sino de actos, omisiones, tanto fácticas como normativas, y estados de cosas;
- (ii) es un control no sólo de constitucionalidad sino también de convencionalidad;
- (iii) contempla el control judicial y no judicial, y dentro de estos se distingue entre control jurisdiccional y no jurisdiccional, considerando que lo no judicial, sea jurisdiccional o no jurisdiccional se proyecta como justibilidad y, por ende, la cuestión no se reduce solamente a justiciabilidad;
- (iv) es un control que contempla efectos que no implican invalidez de norma alguna sino parámetros de actuación a partir de recomendaciones;
- (v) es un control que al contemplar lo no judicial, jurisdiccional o no jurisdiccional, incluye formas de control anteriores responsabilidad del poder legislativo como el caso peculiar del presupuesto de egresos en el que al determinar montos de gasto público y se condiciona -controla- la hechura de políticas públicas, y, así, no es que haya un dilema entre la preferencia entre constitucionalismo

jurídico⁷⁵⁹ o constitucionalismo político⁷⁶⁰, sino que éstos se complementan⁷⁶¹;

- (vi) es un control que muestra -describe- relaciones complejas entre el (1) poder ejecutivo y el poder legislativo, entre el (2) poder ejecutivo y el poder judicial, entre el (3) poder legislativo y el poder ejecutivo, entre el (4) poder legislativo y el poder judicial, entre el (5) poder judicial y el poder ejecutivo, entre el (6) poder judicial y el poder legislativo, y, en especial, entre el (7) poder ejecutivo o el poder legislativo y organismos constitucionalmente autónomos. Asimismo, se consideran las (8) relaciones entre el estado y organismos internacionales destacando la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Oficina del Alto Comisionado de la ONU en Derechos Humanos, la UNESCO, la UNICEF, la OIT, entre otros.

⁷⁵⁹ A decir de Leticia Morales, “Los partidarios del *constitucionalismo jurídico* sostienen que en las sociedades democráticas los derechos sociales deberían incluirse en una Constitución rígida y protegerse con un control robusto de constitucionalidad. Este diseño institucional estaría justificado en la creencia de que ciertos intereses fundamentales de los individuos (como por ejemplo la autonomía y el bienestar) son tan importantes que merecen su protección a través de la máxima garantía constitucional. De esa manera se los resguarda de ser sacrificados por la posible obtención de una mayor eficiencia, prosperidad o cualquier otra agregación de intereses menos importantes bajo el nombre del bien común. En la medida en que los derechos sociales encarnan esos intereses se justificaría que los jueces constitucionales tengan la potestad de decidir a su respecto con carácter final.”, Morales, Leticia, *Derechos sociales constitucionales y democracia*, Marcial Pons, Es., 2015, capítulos III y IV, los cuales se corresponden con el análisis de la dimensión institucional de los derechos sociales, p. 39.

⁷⁶⁰ Respecto del constitucionalismo político, señala Leticia Morales, que sus defensores “promueven un modelo de tutela legislativa de los derechos sociales e incluso algunos aceptan un control judicial debilitado incorporando al debate diversas teorías del diálogo entre el poder judicial y el poder legislativo. En este último caso, el órgano legislativo retendría la potestad de preservar la decisión final en materia de derechos sociales. El proceso político sería el foro adecuado en el cual deberían tomarse esas decisiones, dado que tal procedimiento garantiza a cada ciudadano y ciudadana la participación política en el mismo... En concreto, desde el constitucionalismo político se critica el papel de los jueces en un sistema de control robusto de constitucionalidad por su *falta de legitimidad mayoritaria* para interpretar los derechos sociales o para invalidar decisiones adoptadas por las mayorías sobre estos derechos supliendo la voluntad popular.”, *Idem*, p. 39.

⁷⁶¹ Tal y como apunta Leticia Morales, no se trata de un dilema: “Estoy de acuerdo con la importancia de las consideraciones democráticas, pero no creo que de ello se siga el rechazo de la protección robusta de los derechos sociales constitucionales.”, *Idem*, p. 40.

Bajo estas consideraciones es pertinente y oportuno revisar los modelos de control constitucional de Leticia Morales para y compararlo con el sistema (modelo) que hemos construido y evidenciar ventajas y desventajas respecto del poder descriptivo y explicativo que cada modelo representa.

Así, vamos a analizar y revisar el modelo que Leticia Morales construye y que reporta en su libro *Derechos sociales constitucionales y democracia*⁷⁶².

a) Las modalidades y modelos de Leticia Morales

Comenzaremos por exponer, analíticamente, los elementos en los cuales se basa Leticia Morales para construir los modelos de protección de derechos sociales.

- a) La investigación de Leticia Morales parte de una preocupación: la legitimidad democrática, y la desarrolla a partir de tres ejes: conceptual, institucional y normativo⁷⁶³.
- b) En el plano institucional examina los diferentes mecanismos constitucionales de protección de los derechos sociales⁷⁶⁴. Se busca determinar el grado de protección. Para ello, considera dos criterios fundamentales: (i) la forma jurídica para regular exigencias de orden socioeconómico. Las formas son las siguientes: (a) mera gracia; (b) directriz política; y (c) derecho subjetivo en sentido estricto; y (ii) la jerarquía

⁷⁶² Morales, Leticia, *Derechos sociales constitucionales... Op. Cit.*, capítulos III y IV, los cuales se corresponden con el análisis de la dimensión institucional de los derechos sociales, pp. 115-178.

⁷⁶³ *Idem*, pp. 40-41.

⁷⁶⁴ *Idem*, p. 41.

jurídica de cada forma jurídica: (a) constitucional y (b) infraconstitucional o legislativa⁷⁶⁵.

- c) Los derechos subjetivos pueden ser promulgados como reglas de acción (ordenan hacer o no hacer) o como reglas de fin (ordenan obtener cierto estado de cosas o alcanzar un fin, pero no se prescriben los medios causalmente idóneos para ello). Estos derechos subjetivos son (directamente) justiciables⁷⁶⁶.
- d) Las directrices no están dotadas de garantías adicionales de petición ante la justicia. Las personas son beneficiarias de las directrices que adopte el poder legislativo. Las directrices no tienen una acción procesal para reclamar ante los jueces constitucionales la violación o incumplimiento de las directrices, pero de ello no se sigue que no se puedan someter a procesos de justiciabilidad⁷⁶⁷.
- e) Respecto de las meras gracias o favores, el estado puede o no otorgar una prestación, pero no está obligado y los destinatarios de la gracia no pueden exigir la prestación objeto de la gracia. Normalmente la gracia implica que los destinatarios cumplan ciertas condiciones y, por ende, la discrecionalidad, y no pocas veces la arbitrariedad, juegan un papel preponderante en materia de gracias.

⁷⁶⁵ *Idem*, p.113.

⁷⁶⁶ *Idem*, pp. 116-117.

⁷⁶⁷ *Idem*, pp. 118-119.

Asimismo, distingue entre gracia como acción y gracia como fin⁷⁶⁸.

- f) Considera que la inclusión de derechos fundamentales en los textos constitucionales (a la manera de la concepción de las garantías primarias de Ferrajoli) no significa que se dote de una garantía de protección robusta⁷⁶⁹, ya que la protección robusta o débil depende de otros factores.
- g) En el análisis de la tutela constitucional, considera que el constitucionalismo presenta tres características. Así, siguiendo a Juan Carlos Bayón, señala que esas características son: (i) los derechos fundamentales representan límites al poder político; (ii) la rigidez constitucional; y (iii) la existencia de mecanismos de control de la constitucionalidad de la legislación ordinaria.
- h) El control de la legislación ordinaria, el cual implica ver a los derechos sociales como derechos subjetivos dotados de garantías de control robusto de constitucionalidad, es el que mayores controversias genera, pues se enfrentan los poderes legislativo y judicial⁷⁷⁰.

⁷⁶⁸ *Idem*, p. 120.

⁷⁶⁹ *Idem*, p. 122.

⁷⁷⁰ *Idem*, pp. 122-123.

- i) Derivado del punto anterior, se debe considerar la tesis de la esfera de lo indecible o el atrincheramiento de los derechos fundamentales conforma un perímetro en el que las mayorías no deberían decidir⁷⁷¹, de aquí la conveniencia de que los textos constitucionales sean rígidos, es decir, dificulten tomar decisiones en materia de derechos fundamentales.
- j) Respecto del tercer rasgo del constitucionalismo contemporáneo, se trata de un diseño institucional para instaurar procesos de supervisión singular por parte de un órgano del poder judicial o de un órgano *ad hoc*. La decisión del órgano supervisor revisa la validez de normas infraconstitucionales (legales)⁷⁷².
- k) Por lo que hace al diseño institucional de los mecanismos de supervisión considera cuatro criterios que considera los más relevantes para establecer tipos de justicia constitucional y que varían de un sistema jurídico a otro. Los criterios son: (i) momento de control: (ii) órganos que controlan: (iii) efectos; y (iv) fuerza de las decisiones⁷⁷³.
- l) En relación con el momento u oportunidad para realizar el control, señala que puede ser preventivo, es decir, anterior a la promulgación de la norma y refiere el modelo francés en el que el Consejo Constitucional emite

⁷⁷¹ *Idem*, p. 123.

⁷⁷² *Idem*, p. 126.

⁷⁷³ *Idem*.

una sentencia de anulación o de conformidad, y el momento reparador o posterior que se da después de la promulgación de la norma, señalando que éste es el típico control adoptado por la mayoría de los sistemas jurídicos⁷⁷⁴.

m) Sobre el criterio de los órganos competentes de control, señala que hay dos clases: (i) concentrado cuando se confiere potestad a un órgano jurisdiccional específico no vinculado a los tres poderes tradicionales⁷⁷⁵; y (ii) difuso si se confiere poder de revisión a cualquier órgano jurisdiccional sin distinguir la justicia constitucional de la justicia ordinaria⁷⁷⁶.

n) De los efectos señala dos clases: (i) *inter partes*, es decir, un control concreto; y (ii) *erga omnes* cuando el control es abstracto y tiene efectos generales⁷⁷⁷.

o) El criterio sobre la fuerza o carácter de las decisiones constitucionales, lo divide en dos clases: (i) control robusto y (ii) control débil, dependiendo si el poder judicial tiene la última palabra. Al respecto, Leticia Morales señala:

“... desde el punto de vista de la fuerza o el carácter de sus decisiones, el control de constitucionalidad puede adoptar

⁷⁷⁴ *Idem*, pp. 126-127.

⁷⁷⁵ No considera la posibilidad de que el depositario o depositarios (actuando bajo unidad funcional) del poder judicial tengan adscrita la regla de competencia en forma exclusiva y, por ende, concentrada.

⁷⁷⁶ Morales, Leticia, *Derechos sociales constitucionales...* Op. Cit., p. 127.

⁷⁷⁷ *Idem*.

una forma robusta si los pronunciamientos del órgano de control significan la <<última palabra>> institucional respecto de la constitucionalidad de las leyes. Por ejemplo, el control que realiza el tribunal Constitucional de España. En cambio, adoptaría una forma débil cuando el órgano de control examina la constitucionalidad de la ley pero, aunque su pronunciamiento pueda tener diversos efectos respecto de aquella (tales como el veto, la declaración de incompatibilidad, la suspensión temporal), no está autorizado para invalidarla. Tal es lo que ocurre, por ejemplo, con la <<declaración de incompatibilidad>> en el sistema jurídico del Reino Unido.”⁷⁷⁸

- p) La noción de <<control robusto>> es fundamental en la construcción de las modalidades y de los modelos que presenta Leticia Morales, por lo que es importante abundar en la significación que para esta autora tiene dicha noción:

“La forma robusta del control de constitucionalidad de los derechos sociales consiste en un mecanismo mediante el cual se dota a un órgano jurisdiccional con facultades para pronunciarse con carácter final sobre la validez de las normas que se refieren a las disposiciones constitucionales sobre derechos sociales. El carácter final de las decisiones judiciales sobrepasa la idea del mero control judicial de la legislación, pues incorpora la nota de supremacía del poder jurisdiccional sobre el poder legislativo. El control de la constitucionalidad es la actividad que realizan los órganos jurisdiccionales cuando revisan que las leyes promulgadas por el órgano legislativo o los actos administrativos del gobierno no violen disposiciones constitucionales. Que este control sea calificado como robusto estaría dado por la idea de supremacía jurisdiccional la cual, de acuerdo con Kramer, agrega la noción de que <<los jueces tienen la última palabra cuando se trata de la interpretación constitucional y que sus decisiones determinan el significado de la Constitución para todos>>. En suma, bajo este diseño los derechos sociales

⁷⁷⁸ *Idem*, pp. 127-128.

constitucionales estarían protegidos robustamente mediante la máxima garantía institucional.”⁷⁷⁹

- q) La combinación de los cuatro criterios (momentos de control; órgano competente; efectos; y fuerza de las decisiones), considerando del primer criterio solamente el momento posterior, es decir, un efecto reparador, da como resultado ocho modalidades de control judicial⁷⁸⁰.

Si simbolizamos cada elemento, los componentes a combinar son:

- a: Efecto reparador
- b: Órgano competente:
 - b1: Difuso
 - b2. Concentrado
- c: Efectos
 - c1. Inter partes
 - c2. *Erga omnes*
- d: Fuerza de las decisiones:
 - d1. Robusto (última palabra, preeminencia del judicial sobre el legislativo)
 - d2. Débil (órgano no está autorizado para invalidar la norma, preeminencia del legislativo)

Los componentes de cada combinatoria son los siguientes:

⁷⁷⁹ *Idem.*, p. 130. No está de más resaltar la equivalencia entre lo judicial y lo jurisdiccional.

⁷⁸⁰ *Idem.*, pp. 128-129.

Esquema 111. Modalidades de control de Leticia Morales

	Momento posterior: reparador	Órgano	Efectos	Fuerza decisión	Ejemplos*
1	Reparador	Difuso	Inter partes	Robusto	USA en derechos civiles y políticos
	a	b.1	c.1	d.1	
2	Reparador	Difuso	Inter partes	Débil	USA, Argentina (hipotéticamente) en materia de derechos sociales
	a	b.1	c.1	d.2	
3	Reparador	Difuso	<i>Erga omnes</i>	Robusto	Canadá respecto de algunos derechos políticos, de movilidad y relativos a la lengua
	a	b.1	c.2	d.1	
4	Reparador	Difuso	<i>Erga omnes</i>	Débil	Canadá con la cláusula no obstante
	a	b.1	c.2	d.2	
5	Reparador	Concentrado	Inter partes	Robusto	Uruguay
	a	b.2	c.1	d.1	
6	Reparador	Concentrado	Inter partes	Débil	No hay**
	a	b.2	c.1	d.2	
7	Reparador	Concentrado	<i>Erga omnes</i>	Robusto	Mayoría de las constituciones de Europa continental
	a	b.2	c.2	d.1	
8	Reparador	Concentrado	<i>Erga omnes</i>	Débil	Reino Unido***
	a	b.2	c.2	d.2	

* Los ejemplos son señalados por Leticia Morales⁷⁸¹.

** Leticia Morales plantea que podría ser el caso de una decisión que involucre una regla de fin y que se declare en un caso particular que se debe alcanzar el fin, pero se deja al legislativo la adopción de los medios causalmente idóneos⁷⁸².

*** A partir de la inclusión de la Carta de Derechos Humanos de 1998, de acuerdo con lo señalado por Leticia Morales⁷⁸³.

- r) En las ocho modalidades construidas por Leticia Morales, solamente se está considerando que el órgano que

⁷⁸¹ *Idem.*

⁷⁸² *Idem.*

⁷⁸³ *Idem.*

controla es un órgano judicial (que también identifica, equívocamente, como jurisdiccional).

- s) Además del control judicial/jurisdiccional, analiza el control no judicial inherente al poder legislativo y lo denomina <<tutela legislativa>>⁷⁸⁴.

La tutela legislativa la hace residir en la protección de los derechos sociales “a través de su consideración legislativa y su inclusión en leyes ordinarias.”⁷⁸⁵. Para Leticia Morales:

“Este tipo de protección puede corresponder a un sistema jurídico que, o bien no tiene Constitución que contenga una carta de derechos en absoluto, o bien cuenta con una pero no hay mención en ella de los derechos sociales. Se suele señalar que este es el tipo de tutela que correspondería otorgar a las exigencias sociales cuando éstas están receptadas en la Constitución en forma de directrices o aspiraciones políticas orientadoras de la función legislativa. Sin embargo, en los sistemas jurídicos cuyas Constituciones establecen exigencias sociales en la forma de directrices, tal regulación significa un tipo de protección constitucional que no cabe ignorar.”⁷⁸⁶

- t) La tutela legislativa la analiza por grados, y considera que es robusta en el caso de los países escandinavos, es decir, en Suecia, Noruega y Dinamarca, pues señala que se protege el bienestar socioeconómico de los individuos de manera institucional a través de programas sociales universales igualitarios. El mecanismo de protección

⁷⁸⁴ *Idem*, p. 148.

⁷⁸⁵ *Idem*.

⁷⁸⁶ *Idem*.

primordial de los derechos sociales se lleva a cabo por medio de legislación que incorpora políticas de bienestar. Con estos mecanismos, esos países han alcanzado una significativa satisfacción de los derechos sociales.⁷⁸⁷

- u) El caso canadiense presenta, a decir de Leticia Morales, una tutela legislativa intermedia, pues operan con base en la cláusula “no obstante”. En efecto, a pesar de tratarse de un sistema de control constitucional difuso y con efectos generales y considerar que la Corte Suprema de Justicia de Canadá tiene la última palabra institucional sobre el contenido y alcance de los derechos sociales, al final se impone la mencionada cláusula, conforme a la cual:

“... le otorga al Parlamento la facultad de inmunizar ciertas disposiciones de una ley, *no obstante*, el órgano judicial entienda que adolecen de un vicio de inconstitucionalidad...de esta manera, la última palabra institucional respecto del alcance y contenido de ciertos derechos fundamentales establecidos en la Carta [de Derechos y Libertades, 1982] permanecería en el Parlamento. Por lo tanto, si la legislatura estuviera resuelta a preservar una ley que podría ser considerada como violatoria de derechos fundamentales protegidos por la Carta (y por ello pasible de ser declarada inválida por la justicia) puede hacerlo. Este particular sistema ha llevado a considerar como débil al régimen canadiense de control judicial de constitucionalidad.”⁷⁸⁸

- v) Por lo que hace al sistema estadounidense éste representa una protección legislativa débil de las

⁷⁸⁷ *Idem.*

⁷⁸⁸ *Idem*, p. 150.

exigencias sociales, pues a pesar de las modificaciones constitucionales (enmiendas) en materia de derechos fundamentales, éstas están referidas a los derechos civiles y políticos y no a los derechos sociales. Así, el control constitucional estadounidense si bien es difuso, con efectos para el caso particular y robusto, solamente opera para los derechos civiles y políticos. La peculiaridad del sistema estadounidense se explica, a decir de Leticia Morales por varias razones:

“La Corte Suprema estadounidense no se ha manifestado favorable a la intervención en la protección de los derechos sociales, rechazando en cambio el principio de indivisibilidad de los derechos instituido en el ámbito internacional de los derechos humanos, y negándoles remedios judiciales. En este sentido, si bien Estados Unidos ha firmado el PIDESC en 1977, hasta el presente no lo ha ratificado (para lo cual es requisito indispensable que el Senado preste consentimiento), por lo que el pacto no le es vinculante. Tampoco se ha sujeto a la jurisdicción interamericana de protección de los derechos humanos. en consecuencia, los derechos sociales en Estados Unidos sólo cuentan con una protección legislativa a nivel nacional en el marco de un régimen de estado de bienestar liberal, pero no con protección constitucional ni supraestatal.”⁷⁸⁹

Más adelante señala:

“La sola idea de derechos sociales no tiene raíces en la mentalidad norteamericana popular, por lo cual la adopción

⁷⁸⁹ *Idem*, p. 154. Esta marginación de los derechos sociales es relativa, pues la misma autora señala que conforme al federalismo estadounidense, varios estados muestran preocupación por los derechos sociales, pero, en general, “los tribunales estatales adoptan un <<criterio de deferencia>> hacia las decisiones de los órganos legislativos y administrativos en estas cuestiones, los cuales tienen amplia libertad y flexibilidad en el diseño de la naturaleza y alcance de sus programas asistenciales. Además de la actividad federal y estatal, existen considerables intereses privados, mutualistas y corporativos en la provisión de los servicios sociales, como por ejemplo el servicio de atención médica.”, p. 154-155.

de medidas nacionales tendentes a paliar los graves problemas sociales y económicos del país es fuertemente resistida, mientras que los recortes legislativos en la materia son posibles sin mayores costes políticos. La excepción está dada por el acceso a la educación que es tutelado como un derecho legal universal en todo el territorio (si bien con serias restricciones relativas a la adecuación y a la igualdad).⁷⁹⁰

- w) Como complemento del análisis del control constitucional judicial o jurisdiccional y de la tutela legislativa, Leticia Morales examina el espacio convencional en materia de derechos sociales bajo tres criterios: (i) el contenido de los derechos sociales en las convenciones internacionales; (ii) el grado de sujeción de los Estados nacionales al derecho internacional de los derechos humanos; y (iii) el nivel de desarrollo de los mecanismos de control o supervisión internacional.⁷⁹¹

Sobre el espacio internacional en materia de derechos humanos, concluye:

“...el sistema de protección regional e internacional de los derechos sociales es un proceso en construcción con una tendencia hacia el fortalecimiento de la tutela por numerosas vías (tales como mayor especificación de los derechos protegidos y de las obligaciones de los Estados). Por el momento, no obstante las buenas intenciones de la comunidad internacional a favor de su vigencia, los tratados regionales e internacionales sobre derechos sociales tienen una relativa incidencia en los sistemas jurídicos domésticos de protección de estos derechos, dependiendo principalmente de la voluntad política de los Estados para hacerlos efectivos.”⁷⁹²

⁷⁹⁰ *Idem*, p. 155.

⁷⁹¹ *Idem*, p. 158.

⁷⁹² *Idem*, pp. 167-168.

- x) Con el análisis de la recepción jurídica de las exigencias sociales, cierra el estudio del tema "Protección Legislativa y Protección Constitucional". Señala que en algunos sistemas jurídicos "se ha regulado...el establecimiento constitucional de ciertas exigencias sociales bajo una forma diversa de las del derecho subjetivo", es decir, bajo la forma jurídica de directriz política⁷⁹³ y de mera gracia⁷⁹⁴. Su corolario es el siguiente:

"... dotar a una exigencia social de jerarquía constitucional (en el sentido de excluirla del debate parlamentario, al menos ordinario, y protegerla mediante el control de constitucionalidad) o infraconstitucional, no determina

⁷⁹³ *Idem*, p. 168. Ejemplifica señalando que en el derecho español "La protección constitucional de las exigencias sociales bajo la forma jurídica de directrices políticas y sociales orientadoras de la actividad estatal no genera una obligación directamente exigible sobre el Estado de asegurar el disfrute de las exigencias sociales respecto de individuos particulares. En cambio, a través del establecimiento de este tipo de mandatos, el Estado se compromete a una tarea de protección genérica de las exigencias sociales asumiendo el deber de legislar según esas directrices plasmadas en la Constitución.", p. 169; en la India, señala Leticia Morales, "La constitución India -al igual que en el caso español- estatuye una distinción entre derechos fundamentales y principios directivos de la política estatal, otorgándoles diferente ubicación en el texto constitucional...La protección de las exigencias sociales [a diferencia de los derechos fundamentales que sí tienen diversos recursos ante la Corte Suprema de Justicia], en cambio, se encuentra listada en otro apartado...Su incumplimiento o agravio no tiene previsto remedio jurídico expreso para obligar una acción positiva del Estado. Es más, la Constitución [de la India] establece que estas directivas <<no serán justiciables por ningún tribunal>>, pero agrega que son <<fundamentales en el gobierno del país y será el deber del Estado aplicar esos principios al hacer las leyes>>, [no obstante]... A partir de fines de la década de los setenta, la Corte adoptó una posición especialmente activista respecto de la protección de las exigencias sociales expresadas en las directrices. El máximo tribunal interpretó que tales pautas formaban parte de los derechos fundamentales que están contenidos en la Constitución, haciéndolos indirectamente ejecutables.", p. 170.

⁷⁹⁴ *Idem*, p. 172. Por lo que hace a la forma jurídica de "mera gracia", Leticia Morales ejemplifica con el caso de estadounidense y señala: "De acuerdo con Arjun Sengupta, el gobierno federal de Estados Unidos provee asistencia a las personas económicamente carenciadas (individuos y familias en situación de pobreza, ancianos, y personas discapacitadas), a través de unos ochenta programas oficiales...para acceder a ellos las personas deben cumplir una serie de requisitos de admisión, extremadamente complicados y difíciles de satisfacer. Esta forma de regulación de las exigencias sociales carece de obligación correlativa por parte del Estado, y tampoco podría exigirse resguardo adicional alguno.", p. 172.

necesariamente el tipo de regulación de que trate: derecho subjetivo, directriz o mera gracia. Así, una ley puede dotar a una exigencia social de mayor protección institucional en cuanto a su exigibilidad jurisdiccional respecto de otra consagrada constitucionalmente pero que carece de la primera. No obstante, en la medida en que un derecho subjetivo esté consagrado en la Constitución y protegido con el mecanismo del control de constitucionalidad, por ejemplo, se lo estará dotando de la máxima garantía de protección institucional. Y muy difícilmente (aunque ello no es imposible lógica ni empíricamente) se incluirá en la Constitución un instituto jurídico como el de una simple gracia. Esto muestra que la jerarquía legal que goza una exigencia social y el tipo de regulación jurídica que se establece, aunque diferentes, mantienen ciertas relaciones entre sí.”⁷⁹⁵

y) Finalmente presenta los modelos de protección de los derechos sociales, los cuales son el resultado de combinar las formas de regulación jurídica (derecho subjetivo, directriz y mera gracia) y los regímenes jurídicos de tutela: (i) control constitucional judicial robusto o débil y (ii) tutela legislativa robusta, intermedia y débil). Así obtiene nueve modelos. Esquemáticamente, y simplificando⁷⁹⁶:

Esquema 112. Modelos de control constitucional de Leticia Morales

Estatus Jerarquía	Derecho subjetivo	Directriz	Gracia
Constitucional con control robusto	Modelo I (1)	Modelo IIa (2)	(3) Vacío
Constitucional Con control débil	Modelo IIb (4)	Modelo IIc (5)	(6) Vacío ²
Tutela legislativa	Modelo IIIa (7)	Modelo IIIb (8)	Modelo IIIc (9)

⁷⁹⁵ *Idem*, pp. 172-173.

⁷⁹⁶ *Idem*, La tabla original y completa está en la página 173.

- z) Una interpretación de los modelos de protección de los derechos sociales, a partir de la combinatoria de dos elementos, es que existen tres modelos de protección:
- (i) El *modelo I* no presenta variantes y representa la regulación de una exigencia social bajo el estatus o forma jurídica de derecho subjetivo correlativo de un deber u obligación del estado de satisfacer el objeto (prestación) del derecho fundamental de que se trate y, además, se cuenta con un mecanismo procesal de protección. Este modelo muestra el control constitucional judicial que, de acuerdo con las modalidades de justicia constitucional que había analizado Leticia Morales (véase el inciso q), puede ser concentrado o difuso, característica que en el *modelo I* no se indica expresamente.
 - (ii) El *modelo II* presenta tres variantes, las cuales dependen de si se trata de control robusto o débil: si se está en presencia de una directriz el modelo puede ser robusto (*modelo IIa*) o débil (*modelo IIc*); si se trata de un derecho subjetivo solamente puede considerarse como un control débil (*modelo IIb*).
 - (iii) El *modelo III* únicamente se refiere a la tutela legislativa y presenta tres variantes dependiendo si se trata de un derecho subjetivo (*modelo IIIa*), de una directriz (*modelo IIIb*) o de una gracia (*modelo IIIc*).

b) Revisión y crítica de las modalidades y modelos de Leticia Morales

Lo primero que salta a la vista es la diferenciación entre modalidades y modelos. Las modalidades solamente son atinentes al control constitucional judicial/jurisdiccional, y son el resultado de combinar solamente cuatro criterios: (i) momentos de control; (ii) órgano competente; (iii) efectos; y (iv) fuerza de las decisiones. En contraste, los modelos son la combinación de solo dos elementos: (i) es estatus o forma jurídica que asume la regulación de un derecho social y (ii) la jerarquía que asume la forma jurídica, es decir, (a) jerarquía constitucional con control robusto o (b) débil o (c) la tutela legislativa.

Nos parece que las modalidades deberían, metodológicamente, reflejarse en los modelos, por lo menos en los modelos constitucionales judiciales jurisdiccionales con control robusto y con control débil, pues los criterios con los que se construyen las modalidades operan en los modelos robusto y débil. Así, los modelos constitucionales solamente están referidos en relación con las clases de normas que pueden asumir los derechos sociales y su jerarquía (constitucional robusto o débil y tutela legislativa). Al no quedar clara la distinción entre modalidad y modelo, la autora reconduce dos modalidades a los modelos americano y continental-europeo, y éstos siempre se han distinguido por la forma de adscripción de la regla de competencia a un órgano en forma exclusiva, es decir, concentrada (incluyendo diversos depositarios del poder judicial considerándolos bajo unidad funcional, además de otros órganos que pueden tener adscrita una regla de competencia en forma exclusiva y que se encuentran fuera del poder judicial tradicional), o a cualquier órgano judicial/jurisdiccional, o sea en forma difusa.

Por otro lado, metodológicamente las modalidades deberían reflejarse en los modelos y no ocurre así, pues el modelo que considera paradigmático, constitucional con control robusto, el cual en las modalidades se refiere como concentrado o difuso, ya como modelo no refleja esta última característica y, por tanto, si se considera esta característica (concentrado o difuso), el Modelo I se desagrega en, por lo menos, dos (sub) modelos, e igual ocurre con el modelo Ila, pues habría, a su vez, dos (sub) modelos, robusto concentrado y robusto difuso.

Ahora bien, la forma en que presenta tanto las modalidades como los modelos da la impresión que son exhaustivos y excluyentes, y en la realidad -la práctica social constitucional- nos muestra que hay combinaciones de mecanismos de control concentrado y difuso en un mismo sistema jurídico como el mexicano en el que coexisten mecanismos de control concentrado y mecanismos de control difuso lo que da al traste con la visión reduccionista de que se debe optar por un modelo concentrado o por un modelo difuso.

Por otra parte, si bien analiza el espacio internacional de los derechos sociales, no se refleja en las modalidades ni en los modelos, y nos parece que los parámetros de evaluación, el constitucional y convencional, referidos como bloques de regularidad deben reflejarse en los modelos, pues el control robusto y débil, meramente judiciales jurisdiccionales, pende de la primacía de lo judicial con lo legislativo bajo el esquema de última palabra del primero, y en el caso de la tutela legislativa se incluye también el control robusto y débil, pero en esta clase de tutela la noción de control robusto y de control débil no presenta el mismo significado que en el control judicial: la tutela legislativa robusta radica en que “el mecanismo de

protección relevante de los derechos sociales se instrumenta mediante legislación que incorpora políticas de bienestar”⁷⁹⁷.

Asimismo, refiere una tutela legislativa intermedia -caso canadiense- en la que opera la cláusula “no obstante” (*notwithstanding*), con la que terminan prevaleciendo los dictados del poder legislativo. En cuanto a la tutela legislativa débil, ejemplificada con el caso estadounidense, se trata de un control legislativo a partir de meras gracias con las que se desarrollan programas sociales⁷⁹⁸, incluso, cabe señalar, meras gracias de índole ejecutiva.

Nos parece que las combinatorias -de alguna manera correlaciones- entre control judicial/jurisdiccional y las formas jurídicas que pueden asumir los derechos sociales (derecho subjetivo, directriz y mera gracia) desdibuja la operatividad del control judicial “robusto” y “débil”, pues ambas nociones, vistas en sentido muy amplio, sólo son dos criterios que operan en el control de constitucionalidad y de convencionalidad de la actividad estatal. Al vincular el control, sea judicial (jurisdiccional) o legislativo, robusto o débil, con las formas jurídicas, muestra que puede darse un control bajo quince posibilidades y no solamente nueve como muestra la autora:

⁷⁹⁷ *Idem*, p. 148. El control legislativo robusto lo ejemplifica con los países escandinavos.

⁷⁹⁸ *Idem*, p. 154. “...los derechos sociales en Estados Unidos sólo cuentan con una protección legislativa a nivel nacional en el marco de un régimen de estado de bienestar liberal, pero no con protección constitucional ni supraestatal.”, p. 154. Sin embargo, hay que considerar que “El federalismo norteamericano ha delegado muchas de las cuestiones sociales importantes en los Estados de la Unión (tales como asistencia pública, cuidado médico y vivienda).”, p. 154.

Esquema 113. Combinatorias realmente posibles a partir de las categorías de análisis que utiliza Leticia Morales

Jerarquía \ Estatus	Derecho subjetivo	Directriz	Gracia
Constitucional con control robusto	1	2	3
Constitucional Con control débil	4	5	6
Tutela legislativa robusta	7	8	9
Tutela legislativa intermedia	10	11	12
Tutela legislativa Débil	13	14	15

El caso intermedio de tutela legislativa, en realidad se trata de un caso “débil” de control constitucional judicial. En efecto, por lo menos en el caso canadiense, si bien muestra la preferencia por el legislativo, éste no es el que instrumenta políticas sociales, pues solamente tiene la competencia última de dar contenido y alcance a las exigencias sociales “a pesar de lo que determine el poder judicial”.

Así, hay que distinguir dos dimensiones: quién y cómo se va determinando el (i) contenido y alcance de las exigencias sociales a partir del análisis del núcleo prestacional del derecho social de que se trate y otra dimensión inherente a quién lleva a cabo, y cómo, la (ii) concreción de las prestaciones sociales. En el primer plano, si la determinación del alcance y contenido queda, como última palabra al poder legislativo a pesar de lo que determine el poder judicial, se trataría de un control débil, pero si la última palabra corresponde al poder judicial se estaría en presencia de un control fuerte o robusto. Pero, en ambos casos, la instrumentación concreta de la realización de las exigencias sociales, con base en los alcances y contenidos determinados por el poder legislativo o el poder judicial, queda en manos del poder ejecutivo, y éste es el que opera programas de política social, y

en esta dimensión de concreción se trata a los derechos sociales como derechos subjetivos, directrices o gracias, incluso las dos primeras formas pueden ser tratadas, de facto, como meras gracias, pues al operar políticas sociales mediante programas de política pública es posible constatar que su instrumentación, bajo reglas de operación o en ausencia de éstas, termina como meras gracias.

Dejar las meras gracias solamente correlacionables con tutela legislativa débil desenfoca la problemática de la realización de los derechos sociales. Aún en el caso de los países escandinavos (Suecia, Noruega y Dinamarca), la tutela legislativa refiere obligaciones estatales que son determinadas legislativamente, pero su instrumentación queda a cargo de la rama ejecutiva, y ésta, al operar las prestaciones, juega en el tratamiento de los derechos sociales como derechos subjetivos, directrices o gracias, en especial éstas dos últimas, pues en la perspectiva de directrices necesariamente se requieren de programas de política pública y en el caso de gracias, que también requieren de algún tipo de programa de política pública social, se protegen prestaciones siempre y cuando se cumplan ciertas condiciones y se reúnan determinados requisitos, y si no se colman no procede otorgar la prestación correspondiente. Así, debe distinguirse cómo se operan las prestaciones sociales de su exigibilidad: si no hay garantía, como el caso de las gracias, el sistema es débil, y si hay mecanismos de exigibilidad el sistema es robusto. Por tanto, el tratamiento de una exigencia social sea como derecho subjetivo, directriz o mera gracias, determina la operatividad para la concreción de prestaciones sociales, lo que es distinto a establecer mecanismos de garantía, es decir, de exigibilidad.

Queda claro en el modelo de Leticia Morales que las meras gracias carecen de justiciabilidad, y que en los casos de los derechos subjetivos y de las directrices pueden existir instrumentos de justiciabilidad. Así, la tutela legislativa solamente refleja una protección primaria de índole positiva: prever en la constitución y en la legislación derechos sociales, en sí, constituye una garantía, y de cómo se promuevan, respeten, protejan y garanticen pasa a otra dimensión en la que las exigencias son de realización de las prestaciones objeto de los derechos sociales y que juegan más en el campo del poder ejecutivo. El poder judicial se proyecta en el ámbito de la justiciabilidad, pero de ello no se sigue que la concreción quede a su cargo, pues los derechos prestacionales de índole social se despliegan, primordialmente, en el desarrollo de políticas sociales que requieren de programas de política pública.

Uno de los problemas reales que lesiona la efectividad, eficiencia y eficacia de los derechos sociales puestos como directrices es que, en su ejecución por parte del Poder Ejecutivo, en muchos casos, terminan bajo un tratamiento de meras gracias. Esta conversión, es decir, pasar de una directriz a su tratamiento como mera gracia, es contextual y, por ende, termina operando como limitación fáctica e implica que los derechos sociales regulados como directrices se hacen depender de condiciones y requisitos específicos altamente sofisticados, que en el menor de los casos se concretan en exigencias fijadas en reglas de operación, y cuando se instrumentan programas de política social sin reglas de operación, la proyección de las gracias se lleva a cabo bajo altos parámetros de discrecionalidad rayando en la arbitrariedad, incluso se da un efecto inhibitorio para la evaluación, pues no hay certeza en los datos y en el manejo de recursos públicos. No es excesivo considerar lo señalado aplicable, *mutatis mutandi*, a los derechos subjetivos, pues no son inmunes a su

tratamiento -de facto- como meras gracias, incluso su tratamiento como meros derechos programáticos en el sentido tradicional bajo el que quedaban a la discreción y arbitrio de la autoridad política fuera legislativa (básicamente a través de la asignación de recursos presupuestarios) o ejecutiva (en la formulación de programas de política pública)⁷⁹⁹.

Por lo que hace a la tutela legislativa robusta, nos parece pertinente señalar que, si bien es cierto que las exigencias sociales son de alta consideración por parte del poder legislativo, se olvida que hay un tramo de ejecución de las pautas que establece el legislador para concretar las prestaciones objeto de los derechos sociales que queda a cargo de autoridades ejecutivas. Por tanto, el control judicial (primordialmente jurisdiccional) y la tutela legislativa (sea robusta, intermedia o débil), se complementan con la acción gubernativa que se desarrolla fuera de la esfera competencial del legislativo, aunque de ello no se sigue que el legislativo deje de ejercer controles efectivos de la actividad ejecutiva.

El desarrollo histórico de la tutela o protección constitucional nos muestra que se planteó bajo los cánones de la justiciabilidad y que el debate inicial versó sobre dos criterios: cuál órgano y si se le debe adscribir la regla de competencia en forma exclusiva (concentrada) o en forma no exclusiva (difusa). En torno a estos dos aspectos, básicamente, giró el ya clásico debate entre Kelsen y Carl Schmitt. Esta disputa tuvo como protagonista los derechos individuales clásicos liberales; para nada pintaron los derechos sociales (concediendo que en los años treinta del siglo XX ya se utilizara el concepto de derechos sociales). La práctica social constitucional ha

⁷⁹⁹ Esta “conversión” fáctica opera en muchos países latinoamericanos. En México hay evidencia del uso clientelar de programas sociales por parte del gobierno para beneficiar electoralmente al partido al que se debe. Véase: VV. AA. *Por qué vendo mi voto*, coordinador Jaime Pérez Dávila, Luna Media Comunicación, S.A. de C.V., México, 2016.

evolucionado y se fueron creando más espacios de tutela y se abrió la comprensión hacia los derechos sociales (a partir de los 60's del siglo XX), los cuales demandaron nuevos mecanismos de justicia que no se centraran exclusivamente en la justiciabilidad, pues era evidente (sigue siéndolo) que hay otros espacios que juegan en exigencias de justicia complementarios que se desenvuelven fuera del ámbito no judicial (sea jurisdiccional o no jurisdiccional).

No debe perderse de vista que instrumentos de justiciabilidad paradigmáticos, como el juicio de amparo, fueron diseñados para la atención de derechos individuales (incluso con alguna marginación o postergación los derechos políticos y la indiferencia hacia los derechos sociales), y se fueron extendiendo a los derechos sociales provocando paradojas, o aparentes paradojas, al tener como objeto de litigio derechos sociales de forma indirecta, pero directamente alegando la violación de un derecho individual, y generar crisis de varias figuras o instituciones muy propias de esos mecanismos (piénsese en el juicio de amparo) como el principio de relatividad de las sentencias y el interés jurídico.

El sistema maestro omnicomprendivo que mostramos en este estudio evidencia la diversidad de mecanismos de protección de la Constitución y de los instrumentos convencionales que, si bien en su conjunto se constituyen como alternativas, en su operación integral funcionan siguiendo el principio de programatividad que es consustancial a los derechos fundamentales, en especial a los derechos sociales. Así, cabe destacar que las modalidades y modelos de Leticia Morales solamente se orientan a la actividad legislativa y a la actividad judicial, pero se margina la actividad que tiene lugar en los espacios del poder ejecutivo e internacional, incluso, en México, las dimensiones que también contribuyen a la protección y defensa de la

constitucionalidad y de la convencionalidad que no están dentro de los poderes clásicos y que es el caso de los organismos constitucionalmente autónomos.

La separación entre protección judicial y protección legislativa considerando ésta como alternativa de la primera, distorsiona el entendimiento del control de la constitucionalidad y de la convencionalidad de la actividad estatal, en especial la que incide en los derechos sociales, ya que la tutela legislativa no es, propiamente, una alternativa al control judicial; la tutela legislativa complementa el control judicial (o, quizá dicho con mayor precisión, al ser el control legislativo de índole primaria -primera garantía- se complementa con el control judicial; y entre ambos se crea un circuito de realimentación bidireccional y genera diálogos entre los depositarios de los poderes legislativo y judicial) . Por otro lado, la tutela judicial (jurisdiccional) y la tutela legislativa se complementan, a su vez, con otras clases de tutelas o controles entre los que destacan el que está a cargo del poder ejecutivo y de ciertos órganos no judiciales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos y, en México, de organismos constitucionalmente autónomos.

El problema es también cognitivo, pues privilegiar el control judicial sobre otras clases de controles lleva a considerarlos como alternativas cuando realmente no lo son, pues juegan complementándose y, sobre todo, considerarlos formando parte de un sistema omnicompreensivo, lo que permite ampliar nuestra visión y considerar que sí bien el control judicial tiene una primacía dogmática, al tomar en cuenta la práctica de los derechos sociales se evidencia que hay ciertos mecanismos de control no judiciales/jurisdiccionales que tienen mayor relevancia ya que su propensión a la justicia es más evidente que el quehacer bajo justiciabilidad.

Justamente esos espacios no judiciales, jurisdiccionales y no jurisdiccionales son tan importantes o más que reducir el problema de la efectiva realización de los derechos sociales a una cuestión exclusivamente de justiciabilidad.

Bajo un esquema ideal metodológico el diseño institucional inicia con las preguntas de quién controla y si lo hará en forma exclusiva o no, y posteriormente se pregunta cómo controlara, momento en el que se conciben los procedimientos de control; enseguida se determinan los efectos en varios aspectos tomando en cuenta el equilibrio y colaboración de poderes, tanto clásicos como otros tipos de órganos competentes que no actúan en la esfera de los poderes clásicos. La regulación de los derechos humanos como derechos subjetivos, directrices o gracias marca el tratamiento regulativo por parte del poder reformador o del legislador ordinario, pero ello no agota la regulación que incide en el tratamiento normativo de un derecho humanos, en especial de los derechos sociales, y correlacionar esas formas de regulación solamente con formas de control judicial o legislativo, margina el desarrollo de un derecho subjetivo bajo programas de política pública, es decir, como directriz, y éstas y los derechos subjetivos como gracias en la operación concreta al establecerse reglas de operación. El tratamiento concreto de un derecho social puede verse fortalecido o debilitado al tratarse como derecho subjetivo, directriz o como gracia, pues hay que atender los diversos sistemas de protección de los derechos fundamentales, en especial de los derechos sociales, que operan en un sistema jurídico. Así, la tutela legislativa de los países escandinavos es efectiva porque los programas de política social a cargo del poder ejecutivo, ajustándose a las pautas legislativas -en especial la proyección del principio presupuestario- están operando como derechos subjetivos, directrices y, en ocasiones inevitables, como gracias (para personas que presenten y acrediten ciertas características), y así las exigencias sociales,

en principio, no requieren de justiciabilidad, pues están inmersas más en la dimensión de justibilidad. El caso estadounidense es llamativo en relación con los derechos sociales: es uno de los países más desiguales, pero no presenta altos grados de pobreza, y, aun así, sobre todo a nivel subnacional, existe atención programática de derechos sociales, destacando la materia educativa.

D. Corolario del control omnicomprensivo de la actividad estatal

Desde el análisis del sesgo, obstáculo o limitación de la excesiva focalización del control constitucional y convencional en el órgano judicial jurisdiccional mostramos la insuficiencia <<orgánica>> de la justiciabilidad (véase capítulo II, apartado E), sin perjuicio de los otros sesgos.

Presentamos en el esquema 38, p. 281, un modelo de control, pero indicamos su precariedad al evidenciar que faltaban criterios de clasificación para dar debida cuenta de un modelo más vigoroso y, sobre todo, más completo, incluso al analizar la Teoría Constitucional del Control, acompañados de Manuel Aragón Reyes, apartado A, punto 1, de este capítulo III, también constatamos que faltaban criterios de clasificación y, por ende, solamente muestra algunas facetas de los controles jurídico, político y social y, consecuentemente, era indispensable abundar en el análisis de criterios para hacer lo más completa posible una imagen adecuada del control de la actividad estatal que incide, directa o indirectamente, en los derechos humanos, en especial de los derechos sociales.

A partir de 13 criterios de control que revisamos en este capítulo III, apartado A, punto 3, y que sintetizamos en el apartado B, procedimos a construir, lo más completo posible, un Sistema Maestro de Control Omnicomprensivo de

Constitucionalidad y de Convencionalidad de la actividad estatal (resaltando su incidencia en los derechos humanos, sea directa o indirectamente). En este sistema se destacan, a su vez, como órdenes desplegados o explicados, dos (sub)sistemas: uno judicial (básicamente jurisdiccional) y otro no judicial, sea jurisdiccional o no jurisdiccional, y en cada uno pasamos revista a las modalidades de control más significativas, lo que muestra los criterios en juego de cada modalidad y que conforma, en su conjunto, el basamento del diseño normativo y del diseño institucional que cada modalidad implica.

Por otra parte, contrastamos el sistema maestro, como modelo, con el modelo y modalidades de Leticia Morales de control constitucional de los derechos sociales y constatamos su insuficiencia para dar cuenta de las facetas que una red de controles opera en los sistemas jurídicos, específicamente en nuestro país, y evidenciar la riqueza del sistema maestro que hemos construido.

A estas alturas queda claro que el adjetivo <<omnicomprensivo>> presenta varias dimensiones de proyección, y que una de ellas, quizá de las más importantes, se manifiesta en que el control de constitucionalidad y de convencionalidad conforma una red compleja que no se agota en la justiciabilidad (control judicial jurisdiccional), sino que contempla otro gran espacio de no justiciabilidad en la que operan los controles de constitucionalidad y de convencionalidad, jurisdiccionales o no jurisdiccionales de suma relevancia.

Ahora lo que falta es comprender cómo se relacionan los espacios de justiciabilidad y de no justiciabilidad (lo judicial y lo no judicial) y cómo se complementan.

Tales espacios coexisten y forman parte de algo más complejo, por lo que procede indagar qué es ese algo, tarea que desarrollamos en el capítulo siguiente en el que nos interrogamos qué tiene que ver el mencionado sistema maestro con la justicia, cuáles son los fines y valores que persigue, cuáles son sus funciones políticas y sociales y cuál es su papel en el Estado Constitucional de Derecho.

Capítulo IV. Algo más que justiciabilidad: justibilidad y Sistema Maestro de Control Omnicomprensivo de la Actividad Estatal

A. Hacia la exigencia y procesos de justibilidad

Una de las preocupaciones primordiales sobre los derechos sociales ha sido su justiciabilidad. Durante muchas décadas se debatió si eran o no justiciables, pues se partía de considerar que eran normas <<única y exclusivamente>> programáticas. Este entendimiento marginó la posibilidad de someterlos a escrutinio judicial. Sin embargo, ahora podemos decir que se está ganando la batalla y comprender que los derechos sociales son justiciables. No obstante, en México, este curso de acción de éxito todavía muestra avances escasos e insuficientes, y, aunque simbólicos, al tener en cuenta los retos de la desigualdad real injustificada y de la pobreza (en todas sus dimensiones), queda mucho camino por andar.

Pero ¿la justiciabilidad es el único camino para considerar que los derechos sociales cumplen los parámetros de justicia que están llamados a realizar? La respuesta es que no es el único camino y que hay otras vías que, de manera paralela y complementaria a la justiciabilidad, posibilitan realizar un examen de si una norma, una acción, una omisión o un estado de cosas cumple con ciertas pautas de justicia. La justiciabilidad⁸⁰⁰, como la cualidad de justiciable⁸⁰¹, significa que algo puede ser sometido a examen de un juez

⁸⁰⁰ El sufijo <<bilidad>>, indica “cualidad de”. Etimológicamente procede del latín que significa “cualidad”; <http://www.gramaticas.net/2011/01/ejemplos-sufijo-bilidad.html>. Nota bene: el término <<justiciabilidad>> no aparece en el Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, *Diccionario... Op. Cit.*

⁸⁰¹ Justiciable es adjetivo que significa, léxicamente, “que puede o debe someterse a la acción de los tribunales de justicia”, Real Academia Española, *Diccionario... Op. Cit.*, voz: justiciable.

o tribunal de justicia para que se pronuncie sobre el caso planteado en cuanto a la falta de constitucionalidad planteada⁸⁰².

La justiciabilidad está correlacionada con órganos judiciales que mediante procedimientos jurisdiccionales pasan a examen de constitucionalidad normas, actos, omisiones o estados de cosas derivados de la actividad estatal, en especial la que está vinculada o que incide en la materia de los derechos humanos. A esos órganos judiciales se les ha adscrito la regla de competencia para ejercer control de la constitucionalidad, además de regular procedimientos conforme a los cuales se llevará a cabo el control de la constitucionalidad respectivo.

La justiciabilidad, al implicar que algo asume la calidad de justiciable, se puede mirar en dos vías: a) como derecho de acceso a la justicia cuando una persona señala que una norma, una acción, una omisión o un estado de cosas es violatoria de sus derechos humanos y somete el caso a la acción de los tribunales de justicia para que examinen su constitucionalidad; o b) como competencia de ciertos órganos para conocer de asuntos que son puestos a su consideración y pronunciarse determinando cuál es el derecho aplicable al asunto. Así, la justiciabilidad presupone la regla de competencia por la que se adscribe a un órgano judicial poder jurisdiccional. Pero, además, junto con la regla de competencia se establecen procedimientos jurisdiccionales, es decir, conjuntos de reglas adjetivas que marcan cursos de acción para el conocimiento del asunto planteado y tomar la decisión respectiva.

⁸⁰² Para Víctor Abramovich, y Christian Courtis, la justiciabilidad es “la posibilidad de reclamar ante un juez o tribunal de justicia el cumplimiento al menos de algunas de las obligaciones que se derivan [de un] derecho [fundamental].”, *Los derechos sociales... Op. Cit*, p. 37

En ambas perspectivas encontramos aspectos problemáticos que impactan tanto el ejercicio del derecho de acción -genérico- para hacer valer la efectividad de un derecho humano como el ejercicio de la competencia del órgano, competencia que está vinculada con una serie de cuestiones procedimentales que guían la labor del juez y que consideran, en general, aspectos inherentes al debido proceso.

El procedimiento para llevar a cabo el examen de constitucionalidad y, en su caso, de convencionalidad, en nuestro sistema jurídico es, preferentemente, el juicio de amparo dentro del cual, al accionante o quejoso se le exigen requisitos de procedibilidad que han llegado a constituirse, en no pocos casos, en obstáculos adjetivos en detrimento de los aspectos sustantivos, pues, en general, están sobrados y son excesivos como, por ejemplo, probar por parte del quejoso el interés jurídico o el interés legítimo y, desde la perspectiva de la autoridad judicial/jurisdiccional dicho juicio se ha rodeado de reglas adjetivas que son parasitarias de la regla de competencia como, por ejemplo, cambio de situación jurídica o casos de duda de no definitividad del acto reclamado, en los que opera alto grado de discrecionalidad en la apreciación de la realización del supuesto normativo de procedibilidad por parte del juzgador. La práctica judicial/jurisdiccional muestra una injustificada preferencia de requisitos formales/adjetivos en detrimento de los aspectos sustantivos.

Lidiar con la preeminencia de lo adjetivo sobre lo sustantivo es una batalla que, nos parece, va en declive, pues poco a poco, lentamente, muy lentamente, pero de manera cada vez más consistente y contundente, la justiciabilidad se impone desde una perspectiva sustantiva, sobre todo en materia de derechos sociales, pues respecto de éstos, nos parece, se está

ganando la batalla a favor de la efectividad sustantiva de los derechos sociales dentro de las pautas de la justiciabilidad⁸⁰³.

⁸⁰³ Para muestra reciente de ello véase el Amparo en Revisión 115/2019, en el que, no obstante algunas peripecias competenciales entre los tribunales colegiados de circuito y la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ésta, sin mayores preámbulos (y a pesar de varias referencias a los intereses de la niñez y de la comunidad indígena, y considerando que no hubo mayor debate sobre si hay o no interés jurídico o interés legítimo, en especial respecto de este último), demuestra que el juez constitucional privilegia la atención de uno de los derechos sociales fundamentales: el derecho a la educación, nada más y nada menos que en sede de comunidades indígenas. Dicho amparo fue resuelto por la Primera Sala en sesión del 21 de noviembre de 2019. La decisión fue la siguiente: “145. De conformidad con el artículo 74, fracción V, de la Ley de Amparo y en congruencia con el considerando anterior, la protección de la Justicia Federal se concede a fin de que las autoridades responsables: a) Garanticen el derecho humano a la educación inicial indígena de la parte quejosa como se garantizaba hasta antes de la promulgación del Decreto. Sin embargo, toda vez que es posible para esta Primera Sala presumir que los menores quejosos ya no se encuentran dentro del rango de edad de las personas que reciben educación inicial en términos de la Ley General de Educación, en aras de respetar su derecho a recibir una reparación integral, se insta a esas autoridades señaladas como responsables a que adopten las medidas alternativas necesarias para garantizarles su derecho a recibir educación bilingüe —en español y en su lengua indígena— y a que la misma se les instruya conforme a los valores de su comunidad, ello a propósito de anular, en la medida de lo posible, todas las consecuencias del acto ilícito, como lo es esa merma educativa, y así restablecer la situación que debió haber existido con toda probabilidad si el acto no se hubiera cometido; y, b) previo a la ejecución de cualquier otro acto que pueda representar un impacto a los intereses de los quejosos, se garantice el derecho humano de su comunidad indígena a una consulta previa, en los términos expuestos en la parte considerativa de esta sentencia.” Asimismo, de la sentencia respectiva resultan relevantes los señalamientos siguientes: “25. En ese sentido, esta Primera Sala estima necesario aclarar que la competencia para conocer del presente asunto es del Tribunal Colegiado, en virtud de que goza de competencia originaria por cuanto hace a los actos señalados en los numerales 2, 3 y 4; y competencia delegada por cuanto hace al Decreto; conclusión que, necesariamente, conduciría a esta Suprema Corte a devolver el asunto al Tribunal Colegiado para que lo resolviera en su integridad. 26. Sin embargo, esta Primera Sala considera necesario reasumir jurisdicción por cuanto hace al estudio del Decreto (acto 1), toda vez que implica el análisis de su constitucionalidad; lo cual, a su vez, fijará el alcance del derecho humano a la educación previsto en el artículo 3 de la Constitución Federal, en relación con el derecho a una consulta previa propio de las comunidades indígenas. 27. Ahora bien, en la medida en que el resto de los actos impugnados son actos que se traducen en la materialización de ese Decreto, sería imposible que esta Primera Sala se avocara únicamente al estudio del Decreto, pues el estudio de éste provocará —inevitablemente— que la declaratoria que se haga sobre su constitucionalidad o inconstitucionalidad recaiga sobre el resto de los actos que son resultado de su aplicación o materialización, esto es: la solicitud verbal a las maestras, las instrucciones al Gobernador para la celebración de Convenios con el CONAFE, y la

Ahora bien, la precisa dimensión de la justiciabilidad está dada por considerar lo que primariamente es: un medio, entre otros, de carácter judicial/jurisdiccional, por el que se revisa y determina si una norma, una acción, una omisión o un estado de cosas ha impedido o impide, incluso pudiera llegar en el futuro a impedir, el pleno goce de un derecho fundamental, es decir, si se está ante un caso de violación o vulneración de un derecho humano. En términos generales el análisis de contravención implica considerar el contenido y alcance del derecho humano objeto de examen.

Hasta ahora, el escrutinio de la constitucionalidad de algo vía justiciabilidad, es decir, a través de los procedimientos judiciales/jurisdiccionales, es la vía a la que más atención se ha prestado, por no decir que es (casi) la única que se analiza. En efecto, a pesar de los señalamientos de Héctor Fix Zamudio en el sentido de que la defensa de la Constitución no solamente se refiere a esos procedimientos. Como ya lo señalamos, pero lo reiteramos, en palabras de este autor:

firma del Convenio del uno de octubre de dos mil catorce. 28. Aunado a lo anterior, se considera que esta Primera Sala es competente para estudiar los conceptos de violación tendentes a impugnar esos actos —indicados en los numerales 2, 3 y 4—, toda vez que ese trata de un asunto que, en su totalidad, reviste las características de importancia y trascendencia que justifican que este Alto Tribunal haga efectivo el ejercicio de su facultad de atracción. 29. Aquello en virtud de que, en primer lugar, resolverá sobre la necesidad de llevar a cabo una consulta previa respecto de todo programa social que pueda impactar en el ejercicio del derecho humano a la educación, específicamente de las comunidades indígenas; e, interpretará el estándar de protección del derecho humano a la educación, específicamente en cuanto a qué se debe entender por educación “inicial” y por educación “indígena”; y, en tercer lugar, determinará la forma en que opera el principio de progresividad —no regresividad— en tratándose de la obligación del Estado de garantizar los derechos sociales, en particular, el derecho a la educación. 30. Los anteriores, temas sobre los que —en específico— no se ha pronunciado esta Suprema Corte de Justicia de la Nación y que, además, tienen impacto tanto en la interpretación, como en el ejercicio y la garantía del derecho humano a la educación.” Consultamos la sentencia (engrose) en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=250377>.

“... la defensa de la Constitución debe entenderse como el conjunto de medios que se han establecido para lograr el respeto a las normas fundamentales, pero deben distinguirse, en ese concepto genérico, dos sectores. El primero que se puede calificar, para efectos de este estudio, como *protección de la Constitución*, se integra con los instrumentos políticos, económicos, sociales y jurídicos, canalizados por conducto de normas fundamentales, para lograr el funcionamiento armónico de los organismos constitucionales. Si dichos medios no son suficientes, deben utilizarse los instrumentos o mecanismos por medio de los cuales se puede restaurar el orden constitucional desconocido o violado, y estos son precisamente las garantías constitucionales, que es la materia de estudio del derecho procesal constitucional.”⁸⁰⁴

Las garantías constitucionales más importantes que refiere Fix Zamudio son ocho:

“las...garantías constitucionales, cuyo conjunto integran lo que puede calificarse de derecho procesal constitucional mexicano: a) el juicio político...b) las controversias constitucionales...c) la acción abstracta de inconstitucionalidad...d) el procedimiento de investigación de la Suprema Corte de Justicia [el cual fue eliminado de la nómina competencias de la mencionada corte en 2011]...; f) [sic, se salta el inciso e)] el juicio de amparo...; g) “el juicio para la protección de los derechos político-electorales...; h) el juicio de revisión constitucional electoral...; i) los organismos autónomos no jurisdiccionales protectores de los derechos humanos, inspirados en el escandinavo del ombudsman...”⁸⁰⁵

De estos procedimientos de garantía, es decir, solamente cinco son judiciales/jurisdiccionales, pues el juicio político y la actuación de los organismos defensores de derechos humanos no son judiciales (y el juicio político si bien es jurisdiccional no es judicial, y el procedimiento de los organismos protectores de derechos humanos no es judicial ni tampoco

⁸⁰⁴ Fix Zamudio, Héctor, *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*, prólogo de Andrés Garrido del Toral, Fundap, colección Derecho, Administración y Política, México, 2002 [publicado originalmente en 1977 en la Memoria del Colegio Nacional, México, pp. 27-84], pp. 117-118

⁸⁰⁵ *Idem*, p. 115. Sin considerar el procedimiento de investigación de la corte, en términos actuales Fix Zamudio hubiera referido siete garantías constitucionales.

jurisdiccional), y el caso de la facultad que tenía la Suprema Corte de Justicia de la Nación de hacer investigaciones de violaciones graves de derechos humanos era judicial pero no jurisdiccional, ya que se trataba de una tarea investigadora (tal y como la propia corte lo señalaba).

El punto es que la determinación de normas, acciones, omisiones y estados de cosas, en cuanto a su conformidad con la Constitución y textos convencionales, ha sido atendido bajo un enfoque preeminentemente judicial/jurisdiccional, destacando el mecanismo o procedimiento del juicio de amparo y, de alguna manera relevante, bajo las acciones de inconstitucionalidad (control abstracto), sin perjuicio de la controversia constitucional y de otros mecanismos como la declaratoria general de inconstitucionalidad.

En efecto, las normas, acciones, omisiones o estados de cosas que violan derechos humanos, en una primera instancia (a la cual se le considera, bajo cierto sesgo cognitivo, como única y exclusiva), han sido vistas solamente como evaluables en sede judicial/jurisdiccional, con lo que se oculta que la justiciabilidad sólo resuelve una parte del problema del escrutinio – evaluación- de que algo –norma, acción, omisión o estado de cosas-, tiene la calidad de justo tomando como parámetros la Constitución y los textos convencionales. Este sesgo cognitivo ha afectado a los derechos sociales, pues aún ganada la batalla de su justiciabilidad, ésta no es la única vía por la que se promueven, respetan, protegen y garantizan los derechos sociales.

Hay infinidad de actividades estatales que no pasan por la justiciabilidad y que, sin embargo, no dejan de someterse a ciertos mecanismos y procedimientos de control que no corresponden a los de la justiciabilidad como, por ejemplo, la evaluación de la política de desarrollo social, la cual

involucra, en general, los derechos sociales más relevantes (agua, alimentación, salud, medio ambiente, educación, vivienda), y que es desarrollada por un organismo constitucionalmente autónomo denominado Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (CONEVAL, no es un órgano judicial ni desarrolla procedimientos jurisdiccionales)⁸⁰⁶.

Así, junto con la justiciabilidad, y sus mecanismos y procedimientos, está otro conjunto de instituciones, mecanismos y procedimientos que no se desarrollan en el espacio de la justiciabilidad. El primer punto es que no son

⁸⁰⁶ Consideramos que CONEVAL es un organismo constitucionalmente autónomo desde el 11 de febrero de 2014, fecha en la que entraron en vigor las modificaciones constitucionales publicadas en el Diario Oficial de la Federación del 10 de febrero de 2014. No obstante, su operatividad está injustificadamente trunca porque no se han llevado a cabo las instrucciones previstas en el artículo vigésimo transitorio del mencionado decreto de modificaciones constitucionales: “VIGÉSIMO.- La reforma al artículo 26 de esta Constitución entrará en vigor al día siguiente de la publicación del presente Decreto. El Consejo General del Consejo Nacional para la Evaluación de la Política de Desarrollo Social deberá integrarse dentro de los sesenta días naturales siguientes a la entrada en vigor del presente Decreto. Para dicho efecto, se deberán elegir dos consejeros por un periodo de dos años, dos por un periodo de tres años, dos por un periodo de cuatro años y un consejero presidente por un periodo de cuatro años. En caso de que en el plazo referido no quede integrado el órgano constitucional referido y hasta su integración, continuará en sus funciones el organismo descentralizado denominado Consejo Nacional para la Evaluación de la Política de Desarrollo Social. Con excepción del Secretario de Desarrollo Social, los integrantes del Comité Directivo del organismo descentralizado referido en el párrafo anterior, que se encuentren en funciones a la entrada en vigor del presente Decreto, podrán ser considerados para integrar el nuevo órgano autónomo que se crea. El Congreso de la Unión deberá expedir la ley que regirá al órgano autónomo denominado Consejo Nacional para la Evaluación de la Política de Desarrollo Social, dentro de los ciento veinte días naturales siguientes a la entrada en vigor del presente Decreto. En tanto el Congreso de la Unión expide la Ley a que se refiere el párrafo anterior, el Consejo Nacional para la Evaluación de la Política de Desarrollo Social que se crea por virtud del presente Decreto, una vez instalado, ejercerá sus atribuciones y competencias conforme a lo dispuesto en el mismo y en el Decreto por el que se regula el Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 24 de agosto de 2005.” Así, paradójicamente, el CONEVAL es un organismo constitucionalmente autónomo que funciona como organismo descentralizado de la Administración Pública Federal del sector de la Secretaría de Bienestar, otrora Secretaría de Desarrollo Social. Sobre la nómina competencial de los organismos constitucionalmente autónomos véase: Gutiérrez Parada, Oscar, *Los organismos constitucionalmente autónomos y su caracterización jurisprudencial*, Asesoría de Diseños Normativos, S.C., enero, 2019.

instancias judiciales y pueden o no desarrollar procedimientos jurisdiccionales o no jurisdiccionales.

Las evaluaciones que no operan por vía de justiciabilidad son múltiples y variadas, y están a cargo de diversos actores: la sociedad civil, como por ejemplo Fundar, Centro de Análisis e Investigación⁸⁰⁷, la Fundación Appleseed, A.C., capítulo México⁸⁰⁸, (preocupada, entre otros temas, por los menores migrantes no acompañados), Artículo 19 (cuyo objeto de atención es, primordialmente, el derecho a la información), Un Techo para mi país (www.techo.org⁸⁰⁹), de órganos internos-nacionales que no dependen de ninguno de los depositarios de los poderes clásicos y que en México denominamos organismos constitucionalmente autónomos como el

⁸⁰⁷ <http://fundar.org.mx/>

⁸⁰⁸ <http://www.appleseedmexico.org/>

⁸⁰⁹ Organización que interpuso un amparo impugnando la omisión del Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), organismo constitucionalmente autónomo; se busca que se declare inconstitucional la omisión de censar asentamientos informales, situación que repercute directamente en el derecho social a la vivienda digna ya que al no contar con datos es más difícil, y muy probablemente errático, para enfrentar la problemática de la vivienda de asentamientos informales. El asunto llegó a la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, amparo en revisión 635/2019, y no ha sido resuelto (hasta el 4 de junio de 2020), pero en el proyecto se propone otorgar el amparo respectivo: “134. Por lo que, al haber resultado fundados los conceptos de violación, se concede el amparo para que el Instituto Nacional de Estadística y Geografía realice los censos y acciones necesarias a fin de recabar información desagregada solicitada por la quejosa sobre dichos asentamientos informales o irregulares en situación de pobreza que define la Organización de Naciones Unidas¹¹. Ello, acorde con los lineamientos¹² que le permitan: - La adecuación conceptual relacionada con la definición de asentamientos informales o irregulares antes precisada, a fin de que el Estado cuente con los elementos indispensables para implementar políticas públicas que eviten la discriminación de la población que habita tales asentamientos y acceda al derecho a una vivienda digna, de acuerdo a los estándares precisados en la presente resolución; - La comparabilidad de esa información en el tiempo y en el espacio; - La adecuación del procedimiento geográfico y estadístico respectivo a estándares internacionales, para facilitar su comparación atendiendo, fundamentalmente, a su periodicidad con relación a la de otros países. Así, la restitución en el goce del derecho fundamental violado tiene por objeto obligar a la autoridad la realización de todas las acciones necesarias para el ejercicio de sus facultades, en los términos precisados¹³. Dicho actuar permitirá a la asociación quejosa ejercer, de forma plena, su objeto social respecto a la protección del derecho a la vivienda.”, consulta: https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento_dos/2020-05/AR-635-2019-200528.pdf

CONEVAL, la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH), el Instituto Nacional de transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI), de organismos internacionales como el Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas.

Los órganos por antonomasia para llevar a cabo los procesos de justiciabilidad (lo justiciable) son los depositarios del Poder Judicial u órganos *ad hoc* ubicados dentro o fuera del poder judicial, esto es, son los jueces constitucionales, sea por control concentrado o difuso de constitucionalidad o por control difuso de convencionalidad. En cambio, para la evaluación del *conjunto* de derechos humanos y, sobre todo, de los derechos sociales, son varias instancias las que evalúan, es decir, ejercen control de la constitucionalidad o de la convencionalidad, destacando instituciones nacionales como el Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (CONEVAL) e internacionalmente instancias como el mencionado Consejo de Derechos Humanos de la ONU.

La evaluaciones de estas instancias no judiciales, jurisdiccionales o no jurisdiccionales, buscan determinar si normas, acciones, omisiones o estados de cosas tienen la calidad de justas, y aquí está la diferencia con la evaluación de las acciones justiciables: lo justiciable sólo es la posibilidad de que se pueda reclamar ante un juez o tribunal de justicia el cumplimiento de obligaciones por parte del Estado que derivan de un derecho humano cuando se plantea su vulneración o incumplimiento; precisando que cuando se está en presencia de una reclamación por violación de un derecho humano, es posible plantear su justiciabilidad, es decir, acudir a la instancia judicial/jurisdiccional para que, por ejemplo en vía de amparo, se constate que se ha violado un derecho humano y, por ende, haya que restituir al afectado en el goce del derecho respectivo.

Esta diferenciación nos lleva a plantear que hay normas, acciones, omisiones o estados de cosas que no son evaluables por vía de justiciabilidad, sino que son directamente evaluables, bajo ciertos parámetros estimativos, mediante mecanismos que no son del espacio de la justiciabilidad, para determinar que van acordes con la promoción, respeto, protección y garantía de los derechos humanos. Por ello necesitamos dar cuenta de las evaluaciones que no se llevan a cabo por un juez o tribunal de justicia constitucional y para ello se requiere un término que las denote o refiera. Nos parece que podemos servirnos de las construcciones lingüísticas –neologismos- siguientes:

En primer lugar, necesitamos dar cuenta de normas, acciones, omisiones o estados de cosas que pueden o no ser justos, es decir, *justibles*. Con el sufijo –ible- se forman adjetivos, generalmente a partir de verbos de la segunda y tercera conjugación (-er, -ir), indicando la capacidad de recibir la acción expresada en el verbo base (V. gr., rompible: que se puede romper; dirigible: que se puede dirigir⁸¹⁰); en cuanto a su uso, toma la forma -able cuando el verbo base es de la primera conjugación, como aceptable (de aceptar). Si seguimos estas composiciones morfológicas, y aunque justo no sea un verbo, sino un adjetivo, podemos connotar que la capacidad de algo de poder ser justo se exprese con el término *justible* (neologismo), es decir, lo que puede ser justo (que tiene la calidad de justo).

Si señalamos que algo es justo ya estamos determinado que lo es, e implica, entonces, que se evaluó si era o no justo. Así, que algo <<podiera>> ser justo lo expresamos como algo *justible*, término que lleva a señalar que algo

⁸¹⁰ Otros ejemplos: amabilidad refiere calidad de amable; afabilidad, calidad de afable; aceptabilidad, calidad de aceptable; adaptabilidad, calidad de adaptable; justiciabilidad, calidad de justiciable; viabilidad, calidad de viable; etc.

puede ser justo, pero puede no serlo, y determinarlo requiere evaluar (bajo algún procedimiento) si es justo o que no lo es, y aquí radica la utilidad del término (neologismo) *justible*: calificar algo como *justible* es señalar que puede ser justo, pero que requiere desarrollar un procedimiento de evaluación para determinar, bajo ciertos criterios, si lo es, o sea si es justo.

La afirmación, o negación, de que algo es justo o no es justo (injusto) es una proposición y, por ende, en principio, puede ser verdadera o falsa, pero ¿cómo se determina que es verdadera o falsa? Si recurrimos al estándar de determinación de verdad o falsedad como correspondencia con la realidad a través del proceso de verificabilidad, observamos que es altamente problemático porque no hay hechos justos o hechos injustos dentro de los hechos brutos⁸¹¹. Incluso, en el espacio de los hechos sociales/institucionales, tampoco hay hechos morales⁸¹². Lo que aparece es una operación humana por la que se califica ciertos hechos humanos como buenos o malos, correctos o incorrectos, justos o injustos, pero el hecho en sí es neutro hasta antes de su calificación moral.

Así, no hay hechos morales. Lo que hacemos son calificaciones “morales” (o éticas) sobre normas, acciones, omisiones o estados de cosas para determinar si son buenos, malos, benéficos, perjudiciales, equitativos, inequitativos, justos, injustos, correctos o incorrectos. Estas calificaciones las

⁸¹¹ Asumimos los señalamientos de John Searle sobre la realidad, la cual, en síntesis, está conformada por hechos brutos (realidad física) y hechos sociales/institucionales. Los primeros no dependen de la voluntad humana para su existencia (tesis del realismo externo); pero los segundos los creamos los seres humanos, dependen de nuestra voluntad y se crean gracias al lenguaje (primera gran institución social) y por efecto de la regla constitutiva. Searle, John, *La Construcción de la realidad social*, Op. Cit.

⁸¹² El realismo moral, en suma, sostiene que hay hechos morales.

llevamos a cabo con base en parámetros evaluatorios morales que están insertos en sistemas morales⁸¹³, es decir, en sistemas de valores.

La proposición valorativa de que algo es o no justo más que verdadera o falsa es, de acuerdo (necesariamente) con cierto sistema ético, plausible o razonable como correlativa en sentido lógico necesario del sistema ético con la cual la valoración está vinculada, y esta vinculación como correlación lógica, la designamos como plausible o razonable. La correlación lógica implica que los hechos –normas, acciones, omisiones o estados de cosas- calificados como justos o injustos no se entienden sin la referencia al sistema valorativo conforme al cual se determina que son justos o injustos, y estos sistemas dependen de que ciertos hechos –normas, acciones, omisiones o estados de cosas- tengan, presenten o se les adscriban ciertas características respecto de las cuales es posible evaluar y, por ende, determinar, si son justos o injustos. Este proceso evaluativo y su producto (la determinación de ser justo o injusto) lo identificamos como *justibilidad*.

Así, nuestra terminología es la siguiente: *justible* como algo que puede o no ser justo; *justibilidad* como proceso por el cual se evalúa que algo es justo o injusto y se determina si lo es o no.

⁸¹³ Entre las cosas más complejas están los sistemas morales. Sobre ellos véase: Fullat, Octavi, Mélich, Joan-Carles, *Los sistemas morales. Textos y ejercicios*, Vicens-vives, Biblioteca Didáctica de Filosofía, Barcelona, España, 1990. Estos autores dan cuenta de tres (macro) enfoques morales: 1) Moral como sociología (Maquiavelo, Durkheim); Moral como norma, la que dividen en dos clases: Morales interesadas (hedonismo, Eudemonismo objetivo) y Morales desinteresadas (formales o del deber -autónomas-; materiales o del contenido -heterónomas-; abiertas -mixtas-). Este resumen lo formulamos a partir del cuadro sinóptico de la página 6 de la obra citada.

Ahora bien, la ubicación de la dimensión de justiciabilidad está dentro de la *justibilidad*, pues ésta tiene dos ramificaciones básicas: (i) *justibilidad* judicial (propriadamente justiciabilidad) y (ii) *justibilidad* no judicial.

En la justibilidad judicial opera la justiciabilidad ya que básicamente es un mecanismo de evaluación de normas, acciones, omisiones o estados de cosas en cuanto a que son *justibles*, es decir, que pueden ser justas o injustas y su determinación pasa por órganos judiciales y procesos jurisdiccionales. Aquí es evidente que se recupera la auténtica dimensión de la justiciabilidad como uno más de los mecanismos o procesos de evaluación de normas, acciones, omisiones o estados de cosas para determinar su justicia o injusticia o, incluso, grado de justicia o injusticia en perspectiva de cumplimiento de derechos sociales que se mueven de manera muy significativa bajo el principio progresividad (sin perjuicio de otros principios) y respecto de los cuales hay una prohibición de no regresión injustificada. La determinación tiene como parámetros el texto constitucional y los textos convencionales.

Por lo que hace a la justibilidad no judicial, baste por ahora identificarla genéricamente por exclusión: lo que no es justiciable está en el camino de la justibilidad no judicial. Lo no justiciable puede ser objeto de procesos de justibilidad por cuestiones normativas o por cuestiones fácticas. Asimismo, cabe apuntar que justiciabilidad y justibilidad no son estrictamente excluyentes, sino que se complementan (pueden darse casos que se evalúen vía justibilidad y también, simultáneamente, vía justiciabilidad).

Así operan los procedimientos para determinar lo justo o injusto y el problema se traslada, básicamente, a (i) quiénes son los que determinan que algo es

justo o injusto; (ii) cómo lo determinan y (iii) conforme a cuál parámetro se evalúa⁸¹⁴.

Una parte queda resuelta a través de la justiciabilidad en la que un juez o tribunal “de justicia” (control de la constitucionalidad y de la convencionalidad) competente determina, a partir de una reclamación concreta -caso concreto-, si se cumplen las obligaciones estatales y de particulares que derivan de cierto derecho humano, pero las normas, acciones, omisiones o estado de cosas que no se canalizan por vía justiciable (justiciabilidad), como el caso de los programas de política pública en materia de desarrollo social para combatir el hambre, abatir los niveles de deserción escolar, etc., se evalúan por vía de justibilidad, aunque de ello no se sigue que las políticas públicas no puedan ser evaluadas por los jueces constitucionales, es decir, pasar por procesos de justiciabilidad.

Ahora bien, cómo se relacionan la justibilidad y la justiciabilidad: ésta es un elemento de aquella⁸¹⁵.

En efecto, podemos distinguir entre *justibilidad* en sentido amplio, como procedimiento de evaluación de normas, acciones, omisiones o estados de cosas en cuanto a calidad de justos o no justos; la justibilidad en sentido estricto, o justibilidad no judicial, como proceso de evaluación de estados de cosas en cuanto a calidad de justos o no que son realizados por entidades especializadas en dicho proceso y con sujeción a metodologías estrictas y tomando como estándar de evaluación principios

⁸¹⁴ Recordemos que son cinco los elementos básicos de control: (i) Quién realiza la actividad de control; (ii) Cómo se realiza la actividad de control (medios); (iii) El objeto de control, es decir, lo que se controla (o comprueba); (iv) A quién se controla, es decir, el responsable de la acción, omisión o estado de cosas que es objeto de control, y (v) El referente de control, es decir, el parámetro conforme al cual se lleva a cabo el control (comprobación).

⁸¹⁵ Se trata de una relación de género a especie o de especie a género.

constitucionales y convencionales; y justibilidad como justiciabilidad, o justibilidad judicial en la que respecto de una norma, un acto, una omisión o un estado de cosas es evaluado, en relación con parámetros constitucionales o convencionales, para determinar si es o no violatoria de derechos humanos y determinar su invalidez para que cesen los efectos de la norma, acto o estado de cosas violatorio del derecho humano respectivo o, en caso de omisión, y si la misma constituye violación a un deber positivo del Estado, obligar al omiso a respetar el derecho humano y a realizar acciones que permitan la efectividad, eficiencia y eficacia del derecho humano correspondiente, precisando las medidas (fácticas o normativas) que deben adoptarse para asegurar el cumplimiento de la resolución judicial respectiva.

Entre justibilidad en sentido estricto, es decir, justibilidad no judicial, y justiciabilidad, esto es, justibilidad judicial, hay otras clases de relaciones (quizá las de análisis más complejo, pero teóricamente más fructíferas).

Así, las decisiones que se tomen como resultado de evaluaciones de justibilidad no judicial, como, por ejemplo, reorientación de políticas públicas, pueden ser referente de soluciones en el camino de la justiciabilidad, es decir, que el juez constitucional tenga en cuenta el contexto estatal/institucional/social de los derechos sociales en cuanto que están siendo atendidos, principalmente, por órganos de la administración pública. Y en la otra vía, justibilidad judicial, puede ser, y de hecho así ocurre, que una decisión judicial en materia de derechos sociales impacte políticas públicas y éstas se reorienten a atender reclamos legítimos en los que vía judicial se ha determinado que se debe actuar en determinada forma, o no se actúe de cierta manera.

En estas relaciones cabe destacar el impacto de uno hacia otro y viceversa, impacto en el que, respecto de los derechos sociales, juega un papel importante la magnitud del problema social, económico, político y cultural que globalmente representan los derechos sociales.

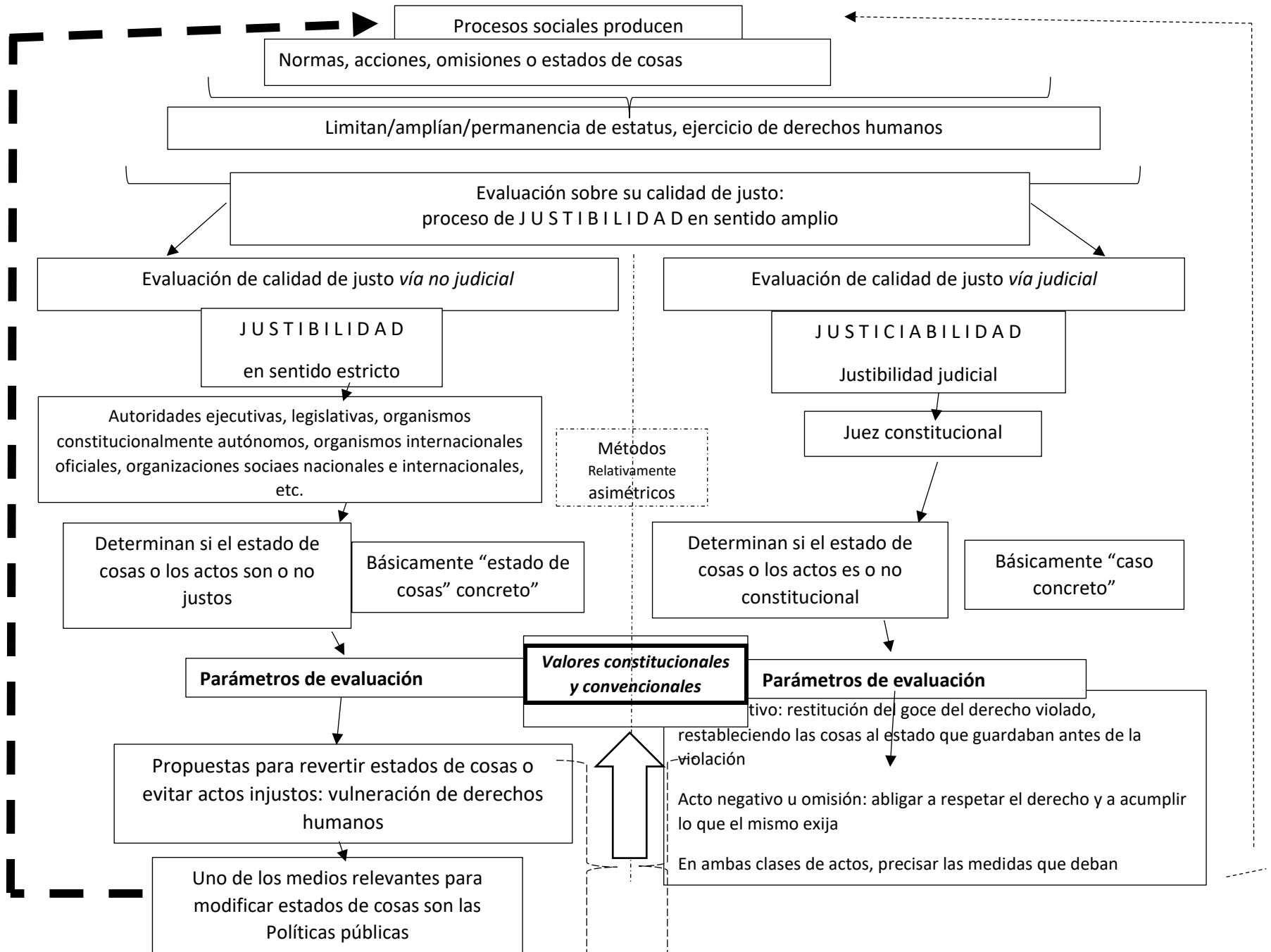
El impacto de los jueces hacía las políticas públicas, hoy por hoy en nuestro sistema jurídico, es relevante, pero (muy) modesto⁸¹⁶; el impacto de las políticas públicas hacia los jueces, si bien existe de manera contextual al ser evidente para todo mundo, pasa técnicamente desapercibido.⁸¹⁷

Ahora bien, hay una clase de impacto que va de las propuestas resultado de evaluaciones en el que hay que diferenciar si el impacto va de los procesos de justibilidad no judiciales o de los procesos de justibilidad judiciales –justiciabilidad- hacia los procesos sociales en los que se dan los estados de cosas. El impacto de propuestas es mayor y, por ende, la exigencia de estados de cosas justibles es más imperioso si viene de procesos de evaluación de justibilidad no judiciales. Deriva de esto que debemos mirar también, sobre todo en el caso de las políticas públicas sociales, hacía la justibilidad no judicial y dejar de hiperfocalizar los derechos sociales como un problema que se ha de resolver única y exclusivamente por la vía de la justiciabilidad o justibilidad vía judicial. Esto no significa, como se muestra en los esquemas, que no haya impacto de la actividad judicial en las políticas públicas sociales, incluso que algunas resoluciones judiciales impacten el parámetro evaluatorio dentro del proceso de evaluación de justibilidad estricta, pero es menor en cuanto a impacto que llega a tener en los procesos sociales.

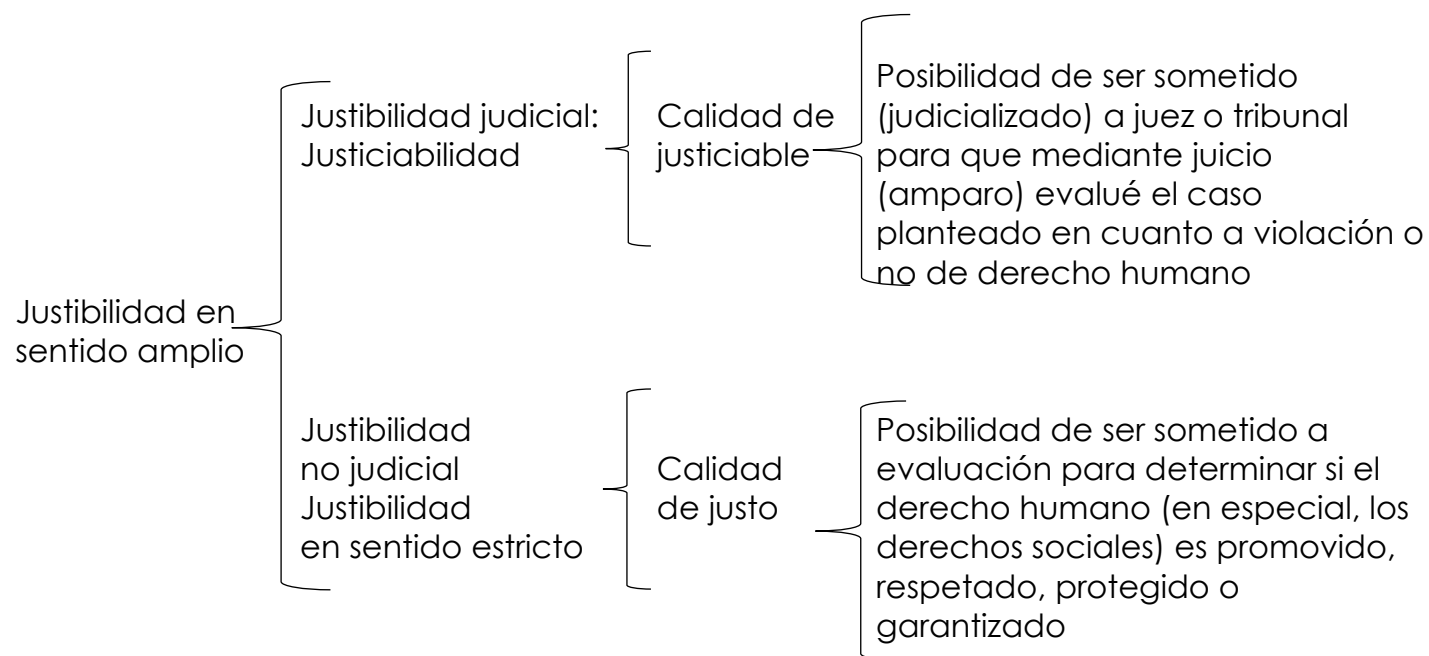
⁸¹⁶ El tema relevante en este punto es el de las “sentencias estructurales”.

⁸¹⁷ Es también importante plantear la necesidad de fortalecer el “diálogo” entre poderes, incluyendo a los organismos constitucionalmente autónomos, el cual, además, debe ser paralelo al “diálogo jurisprudencial”.

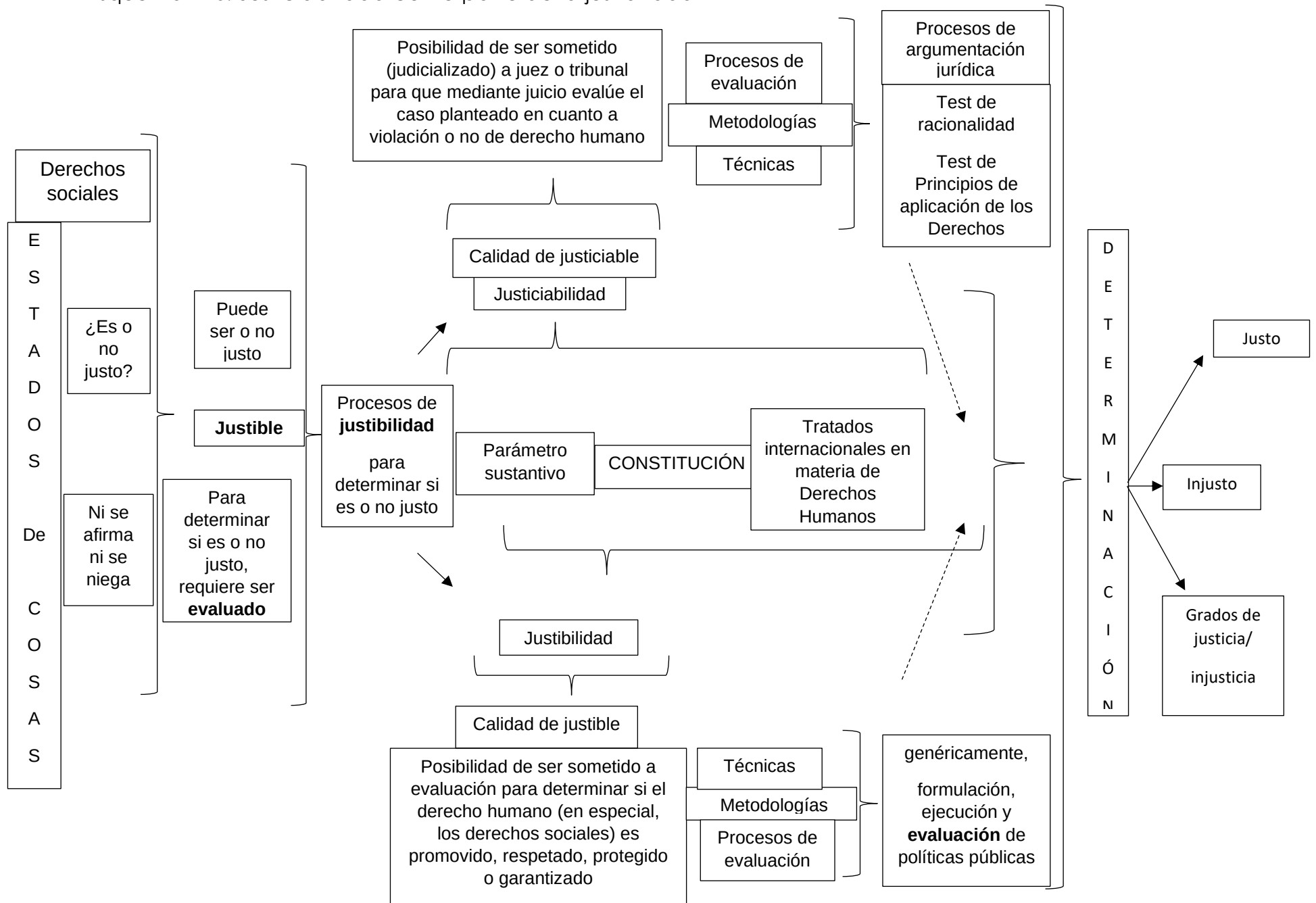
Esquema 114. Procesos de Justibilidad



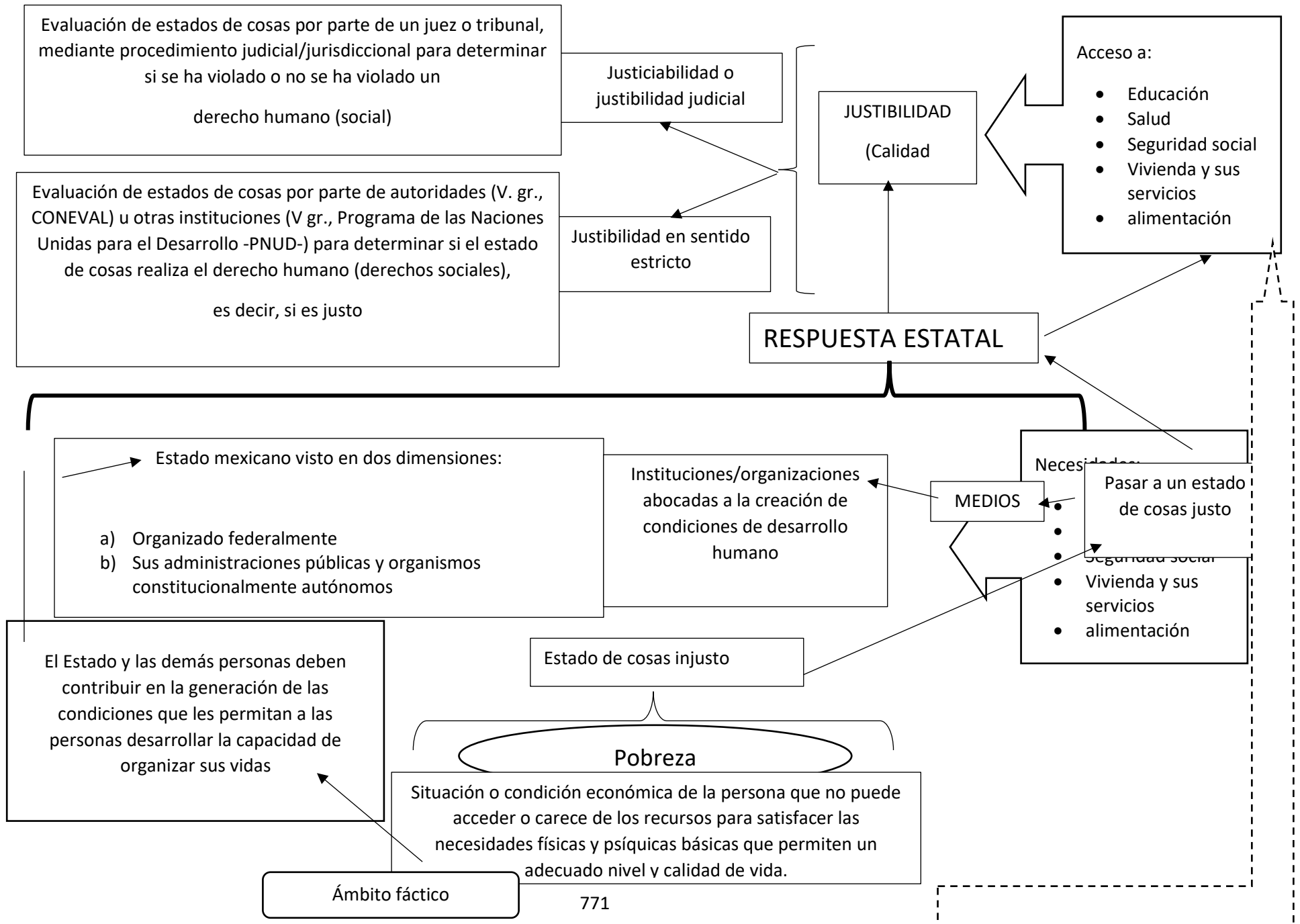
Esquema 115. Proceso de justibilidad y proceso de justiciabilidad



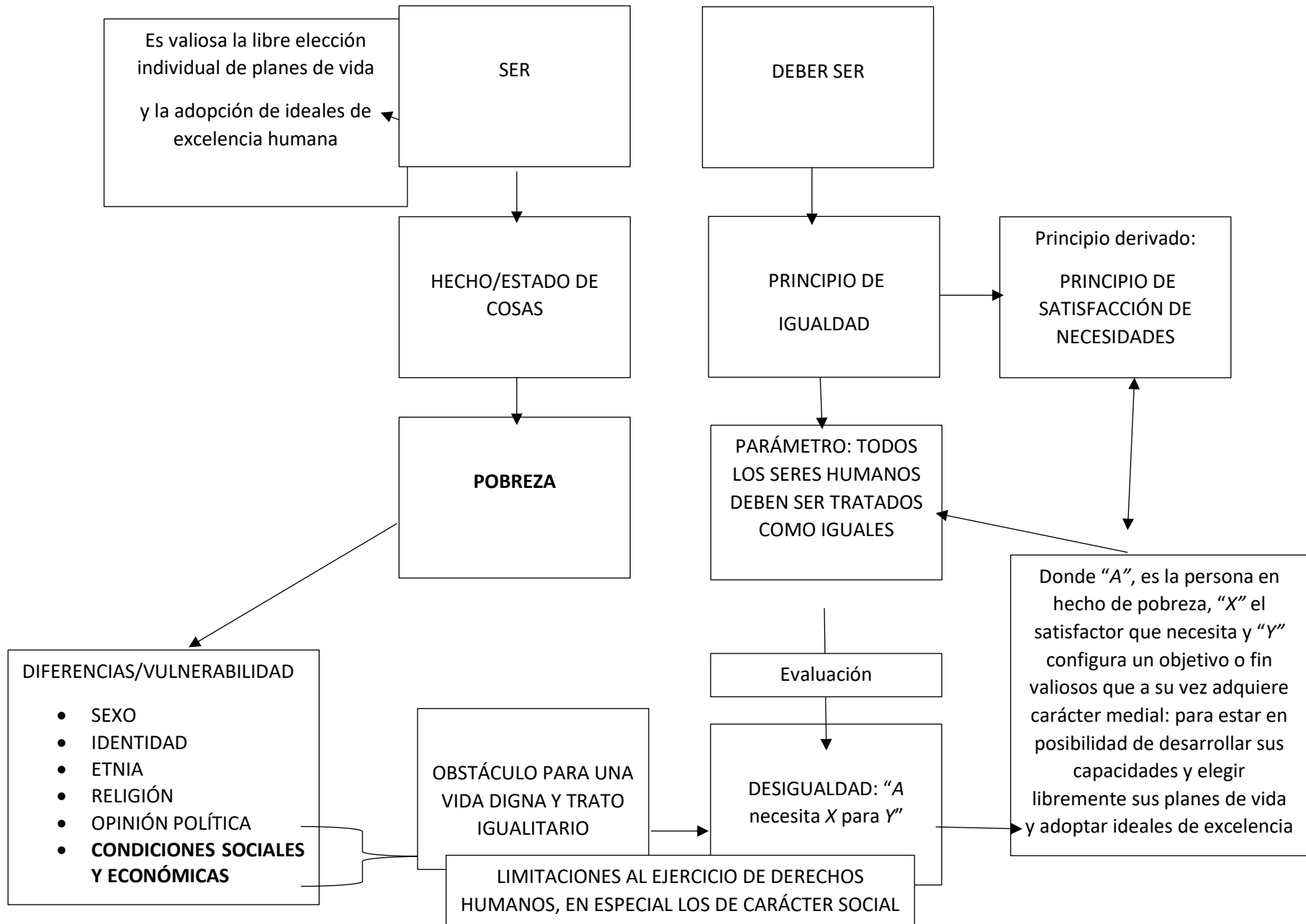
Esquema 116. Justiciabilidad como parte de la justibilidad



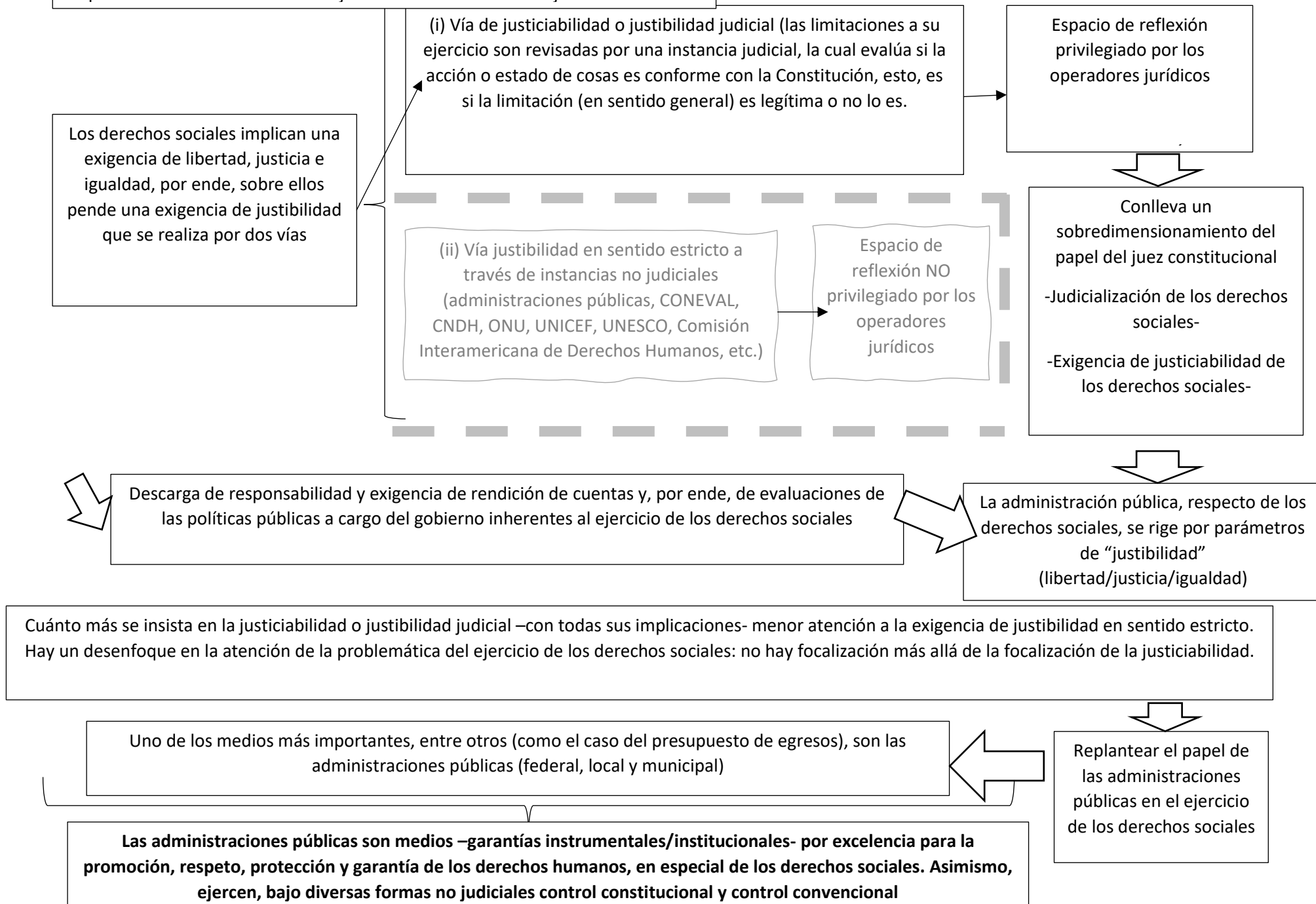
Esquema 117, Pobreza y Justibilidad como respuesta estatal



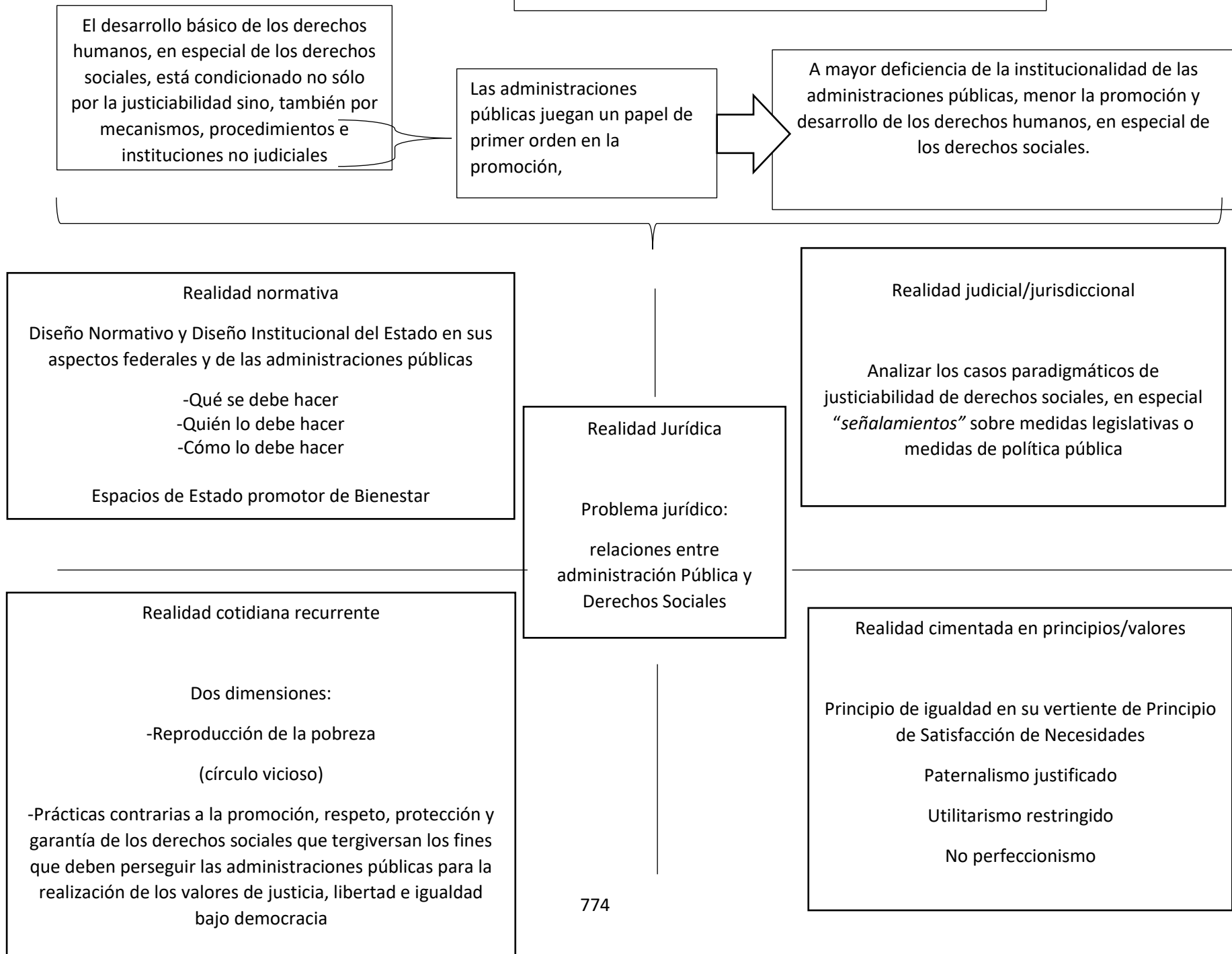
Esquema 118. Pobreza: mundo del ser; Principio de Igualdad: mundo del deber ser (metanorma)



Esquema 119. La focalización en la justiciabilidad invisibiliza la justibilidad estricta



Esquema 120. Derechos sociales y administraciones públicas



En el esquema 120, referimos a la administración pública, la cual tiene una importancia superlativa, pues es uno de los componentes más importantes en la realización de los derechos sociales. Este papel es significativamente destacado por Miluska Orbegoso:

“Con el nacimiento y configuración del Estado como Social y Democrático de Derecho ha surgido una nueva Administración, la Administración Pública Prestadora, que no encaja ya en el cuadro tradicional y propio de un Estado calificado sólo como de Derecho, sino que opera en un Estado Social de Derecho, calificativo que cambia los fines estatales y por tanto su forma de actuar.”⁸¹⁸

Señala Orbegoso que la actual Administración Pública Prestadora de servicios personales o materiales que posibiliten la realización de los derechos sociales, tiene como antecedente inmediato la Administración Pública de Policía propia del Estado de Derecho:

“El antecedente inmediato de la actual Administración Pública Prestadora es la Administración Pública de Policía, la cual se forjó durante la formulación del ya clásico Estado de Derecho. Éste se basaba en el principio de legalidad, de reserva de ley y veía a los derechos fundamentales sólo como un límite a su actuación, creándose así una Administración Pública que se caracterizaba por ser una Administración de Policía, la cual se encargaba sólo de garantizar una esfera de libertad y propiedad para el ciudadano. Sin embargo, con el paso del Estado de Derecho al Estado Social y Democrático de Derecho, la Administración Pública cambió y asumió nuevas funciones llegando a ser una Administración interventora para convertirse, hoy por hoy, en una Administración de las prestaciones, de la que el ciudadano ya no sólo demanda inactividad por el clásico conculcador de derechos, sino que por el

⁸¹⁸ Orbegoso Silva, Miluska Fiorella, *La protección de los derechos fundamentales en las prestaciones sociales: relevancia de la organización y el procedimiento*, Universidad de Navarra, Facultad de Derecho, Pamplona, Es., diciembre 2016. Fuente: <https://dadun.unav.edu/handle/10171/54580>, pp. 19.

contrario, le exige sobre todo una actividad positiva y de provisión³⁰, una acción de procura.”⁸¹⁹

Así, el rol de la Administración Pública en el campo de los derechos sociales en general es fundamental:

“La Administración Pública realiza una actuación prestadora general que se concreta en dos encargos o tareas específicas, la primera, que resulta un tanto evidente y más conocida, consiste en ejecutar materialmente los derechos sociales a través de prestaciones una vez que éstos han sido desarrollados por el legislador. Pero a su vez, existe una segunda función, que es previa a la primera, de más trascendencia y que a veces se pierde de vista; pues sobre la Administración Pública Prestadora recae también una nueva función llamada de diseño social. Es decir, que la Administración Pública no sólo es una ejecutora material de aquello que el legislador ha dispuesto en lo que a derechos prestacionales se refiere, sino que también tiene un encargo específico desde la Constitución y que se encuentra implícitamente contenido en la cláusula social y en la forma de un Estado Administrativo o Estado Prestador...”⁸²⁰

Pero la Administración Pública contemporánea no opera sin guías que conduzcan su actividad para el logro de sus fines y contribuir a la realización de los valores que subyacen a cada derecho social, incluso de los derechos civiles y políticos, requiere de organización y procedimiento, tal y como nos lo hace ver Orbegoso:

“La protección de los derechos fundamentales se puede presentar de dos maneras. De forma preventiva, antes de cualquier

⁸¹⁹ *Idem.*, p. 47. Más adelante apunta, al referirse al significado de la cláusula social del artículo 1. 1. De la Constitución Española: “...con la caracterización del Estado como social lo que se busca es darle a éste una nueva función, que viene a complementar las que tenía con anterioridad (seguridad, orden público, defensa, etc.). Esto significa que “la cláusula “social” añadida a ese Estado “no afecta la estructura de éste sino a sus fines”⁴⁸, pues incorpora como fin primordial de su agenda alcanzar la igualdad material⁴⁹. Por tanto, la Administración Pública será la encargada material no sólo de la ejecución de las prestaciones, sino, sobre todo, de alcanzar la igualdad material, lo cual deberá realizar conforme a lo mandado por el Estado de Derecho.”, *Idem.*, p. 53.

⁸²⁰ *Idem.*, p. 74.

vulneración, es decir, como una suerte de “garantía de no vulneración” o protección ex- ante; o de forma reactiva, es decir una vez que éstos han sido vulnerados, a la cual llamaremos protección ex-post. Ambas formas de protección resultan desde nuestro punto de vista adecuadas y de algún modo necesarias, pues sería bastante ilógico configurar sólo garantías ex-post de protección, sin que antes se establezca un marco que permita la eficacia de los derechos fundamentales sin esperar a una efectiva vulneración.

Asimismo, la existencia de ambas formas de protección es una manifestación de la idea de organización y procedimiento como forma de protección de los mismos. La protección ex-post se enmarca dentro de lo que se clasifica como “derecho a la organización y procedimiento” y la protección ex-ante, como “derecho mediante la organización y procedimiento”, conforme a la clasificación antes mencionada y que surge de la relación entre organización y procedimiento con los derechos fundamentales.”⁸²¹

Ahora bien, la justibilidad no es algo que atañe en exclusiva al mundo jurídico sino que se proyecta en tres dimensiones básicas: filosofía moral, filosofía política y filosofía jurídica, y, desde luego, quizá en una cuarta dimensión relativa a la economía que ha dado lugar a una disciplina que se conoce como filosofía de la economía, o filosofía económica, en la que existen tópicos relacionados con algunos temas de las filosofías referidas, pues hay pautas económicas que inciden directamente en la Moral, en la Política y en el Derecho, siendo evidente su impacto en los derechos sociales, en especial cobra relevancia el tema de los modelos macroeconómicos.

Sobre las relaciones entre Derecho y poder económico Manuel Atienza señala:

“La conexión entre el Derecho y el poder económico parece cosa obvia, especialmente con la aparición (tras la primera guerra mundial) del llamado ‘Estado social’, que es un Estado intervencionista que pretende regular la economía por medio del

⁸²¹ *Idem*, pp. 242-243.

Derecho, para asegurar así ciertos derechos básicos (sociales) de los individuos. A pesar del auge de la ideología neoliberal en los últimos tiempos (que promueve la devolución al mercado de muchos ámbitos de actividad de los que se habría 'adueñado' el Estado), parece indiscutible que una buena parte de la reglamentación de nuestros estados contemporáneos tiene un contenido netamente económico, como ocurre también con mucho del Derecho que surge de fuera del Estado. Este fenómeno es tan manifiesto que es usual hablar de 'Derecho económico' para referirse, no a la regulación de instituciones jurídicas tradicionales como el contrato o la propiedad privada (cuyo carácter económico es evidente), sino a las normas de Derecho público que regulan la intervención del Estado en la economía. Además, parece también indudable que los intereses económicos de determinados grupos sociales o de ciertas empresas juegan un papel que puede ser más o menos determinante en el establecimiento de muchas normas jurídicas: los 'verdaderos' legisladores son muchas veces, no las autoridades políticas, sino los grupos de presión (el poder económico)."⁸²²

Las relaciones entre Derecho y economía son objeto de estudio de diversas disciplinas, por lo que el tema no se agota necesariamente en perspectivas filosóficas, pero en la frontera de éstas los temas a que dan lugar esas relaciones importan atender tópicos, primordialmente de la ciencia política (V. gr., condiciones de legitimidad del mercado), de la ciencia jurídica (V. gr., análisis de las funciones de las normas e instituciones como condición de eficiencia del mecanismo de mercado), de la moral (V. gr., economía del bienestar y derechos económicos, éstos como proyección de los valores de vida material) y de la economía (V. gr., su expresión en un constitucionalismo económico, necesario en los Estados contemporáneos cuya base normativa se conforma por el constitucionalismo, la democracia y el capitalismo), dando lugar a compuestos conceptuales complejos.

⁸²² Atienza, Manuel, *El sentido del Derecho*, Ariel, Barcelona, España, 2001, pp. 135-136.

Así, sobre estos aspectos, en especial el entramado de relaciones entre derecho, moral, política y economía, Pablo de Larrañaga (y conscientes de citarlo *in extenso*) apunta:

“... [he señalado] la necesidad de una teoría robusta de la regulación, descriptivamente amplia y justificativamente coherente. Una teoría amplia implica ir más allá de las nociones de fallo del mercado y/o fallo del Estado y, consecuentemente, no reducir la regulación al análisis de las funciones de las normas e instituciones como condición de eficiencia del mecanismo de mercado vis à vis las capacidades del Estado para alcanzar fines públicos. Una teoría coherente de la regulación debe dar cuenta, además de las funciones de la regulación de los órdenes económicos de mercado, de su relación con los órdenes jurídico y político, y de sus efectos en las formas alternativas de organización social a la luz de sus condiciones de legitimidad, a saber: del bienestar de las personas involucradas.

Abordar sistemáticamente estas temáticas es una condición necesaria para formular una teoría del orden de la vida material que, a un tiempo, dé cuenta de su objeto y aporte criterios de evaluación de las prácticas de organización colectiva contemporáneas, que suelen recogerse bajo la idea de Estado democrático de derecho. Es decir, se trata de una teoría que no ceda ante la aparente oposición entre los valores que solemos recoger bajo los rótulos de eficiencia y de justicia, sino que aporte criterios para su complementación, no sólo en los distintos niveles de organización de la vida social (económica, política, jurídica, etcétera), sino también respecto de otras formas de coordinación colectiva o comunitaria (cultural, religiosa, etcétera).

Desde esta posición, la coherencia en la justificación del orden económico en su conjunto y de las medidas regulativas particulares —constitucionales, legales, administrativas, etcétera— depende de que, en tanto arreglos y procesos normativo-institucionales, las actividades de mercado y la acción gubernamental sean compatibles con las demandas de tres cuerpos normativos que identifican a la modernidad: la democracia, el constitucionalismo y el capitalismo.

Lo anterior, como veremos, es una condición necesaria para que el ejercicio de autoridad, por un lado, sea un instrumento eficaz para establecer las condiciones del ejercicio de derechos y la realización de políticas públicas y, por otro, exprese efectivamente las razones públicas, los principios y valores, que sustentan la organización del poder social en torno a la realización de la autonomía individual. Es

síntesis, se trata de una condición necesaria de los órdenes económicos de mercado democráticos.

Esto es así porque, como es sabido, aunque, lamentablemente, olvidado con demasiada frecuencia, para que las democracias alcancen algo más que sus efectos retóricos o su carisma aspiracional, deben generar entornos que impacten positivamente en el bienestar material de las personas involucradas en la comunidad política de referencia. Para ello, se requieren ineludiblemente dos cosas: primero, la intervención efectiva de la forma de acción colectiva que podemos identificar con la idea de gobierno —y, en particular, respecto de la actividad económica, una regulación que responda a la idea robusta que he apuntado— y, segundo, por exigencias tanto de eficacia como de legitimidad, que tal regulación se lleve a cabo mediante cierto tipo de instituciones, entre las que destacan aquellas que conocemos como Estado “constitucional” de derecho. Esto es, se requiere de ciertas formas específicas de organización del poder público, con el objeto de controlarlo y, aún más importante, de crearlo y de ejercerlo.”⁸²³

En el punto 3, apartado E, del Capítulo 1, pp. 164-165, analizamos los elementos para una definición del concepto de derechos sociales entre los que cabe destacar el inherente al señalamiento de que los derechos sociales configuran las precondiciones para que una persona tenga la posibilidad real de hacer o no hacer lo permitido y estar en aptitud de ejercer (autonomía) adecuadamente libertades y ejercer competencias privadas, y, además, que los objetos prestacionales de los derechos sociales (salud, educación, trabajo, alimentación, vivienda, agua, etc., los cuales observan de manera especial el Principio de Programatividad General: promoverlos, respetarlos, protegerlos y garantizarlos), son las condiciones materiales de existencia básicos de las personas.

Relacionado con lo anterior está la noción de “orden de la vida material” a la que alude Larrañaga y que en sus palabras (también citándolo *in extenso*) es una locución cuya significación es la siguiente:

⁸²³ Larrañaga, Pablo de, *El orden de la vida material. Regulación y constitucionalismo económico*, UNAM.IIJ, Serie Doctrina Jurídica, núm. 926, México, 2021, Introducción, pp. XIII-XIV.

“[En relación con la noción de orden de la vida material] La referencia a la idea de ‘orden’ es intencionalmente ambigua porque quiere aludir tanto a la noción de ordenación en el sentido de la intervención intencional en la disposición de las cosas, como a la noción de pertinencia de las cosas, o de ciertas categorías de cosas, respecto de otras de las que conviene diferenciar, pero no necesariamente desvincular. La forma en la que una economía se organiza es, desde luego, el efecto de la aplicación de amplios conjuntos de normas y del funcionamiento de distintas instituciones que posibilitan, crean y sostienen una cierta manera de desenvolvimiento de esta dimensión de la vida humana. Se trata de una dimensión que por distintas razones teóricas y prácticas es útil distinguir, por ejemplo, de los órdenes político, jurídico, religioso, etcétera. Pero, si queremos entender cómo realmente tienen lugar las relaciones económicas existentes, es un grave error tratar de aislar esta dimensión de la vida de las distintas dimensiones de lo humano, presuponiendo algún tipo de separación ‘natural’, por ejemplo, entre la vida política y la vida económica, entre la esfera de lo público y de lo privado, entre los valores y los intereses, entre la justicia y el bienestar.

La noción de ‘vida material’ quiere recoger dos ideas entrelazadas: por un lado, de manera bastante obvia, la noción de ‘materialidad’ en contraste con la de ‘idealidad’ en el sentido que se utiliza, por ejemplo, en la tradición marxista. Es decir, este trabajo versa sobre cómo se organizan las sociedades para producir y distribuir las ‘cosas’ que constituyen la base material, el sustento, de sus distintas formas de vida y de organización social. Pero también alude otra noción de ‘vida material’ vinculada con la anterior, pero que no idéntica, y que suele pasarse por alto con significativas consecuencias para la comprensión de las ideas de orden a las que me refería antes. Me refiero a la idea de ‘vida material’ que propuso y desarrolló Ferdinand Braudel en su monumental obra *La civilización material. Economía y capitalismo. Siglos XV-XVIII*, en la que habla de ‘vida’ o ‘civilización material’ para denotar las actividades cotidianas a las cuales la mayoría de las personas dedica la mayoría del tiempo —¡la mayor parte de su vida!—. Braudel plasma esta noción de manera brillante en el título del primero de los tres volúmenes de los que consta la obra: *Estructuras de lo cotidiano: lo posible y lo imposible*. Se refiere Braudel (1985, p. 12) —en su visión histórica de largo alcance (*longue dureé*) carente de la ‘nobleza’ propia de otras narraciones, como diría en otro momento— a las actividades primordiales de procuración de alimento, vestido y alojamiento en las que la mayoría de las personas agotaba sus vidas, dentro del espacio de lo posible y lo imposible, antes del surgimiento de las economías capitalistas; es decir, dentro del horizonte de lo posible definido por el arado, la cantera, el telar y el comal, la forja, las redes, etcétera.

En nuestras economías postindustriales, en las que la productividad y, por ende, disponibilidad de bienes materiales se ha multiplicado exponencialmente, podemos identificar otras configuraciones de la vida posible e imposible en las formas de vida enajenantes en las que la mayor parte de la población mundial vive ‘su vida cotidiana’ en las economías afluentes y, aún más, en las economías no desarrolladas —no he podido todavía entender a quienes consideran la escasez como estado dignificante y liberador—. *Si bien es cierto que, pese a todo, para la mayoría de la población mundial la abundancia de bienes materiales generada por el capitalismo ha significado un crecimiento generalizado del bienestar, también es lo es que ese bienestar material no ha alumbrado inequívocamente el camino de emancipación hacia una vida individual y colectiva autónoma* [las cursivas son nuestras].⁸²⁴

Así, hay que considerar que diversos conceptos son objeto de estudio de cada filosofía, de cada ciencia, sea jurídica, política, moral, económica, antropológica, cultural. Por ejemplo, el tema de los valores puede ser abordado desde la filosofía moral, la filosofía política o la filosofía jurídica, incluso de la filosofía de la economía o, como señala Larrañaga, del constitucionalismo económico.

Con base en los estudios de Joseph Raz⁸²⁵, hay que considerar que la filosofía práctica comprende, al menos, tres filosofías o campos filosóficos (moral, política y jurídica), y una serie de conceptos comunes que ellas comparten, pero que en cada una se proyectan de muy diversas formas, aunque de ello no se sigue que en cada filosofía sean diferentes en cuanto a su núcleo intensional más abstracto, y del cual no se puede prescindir en cada esfera de conocimiento bajo el campo unificado de la filosofía práctica.⁸²⁶

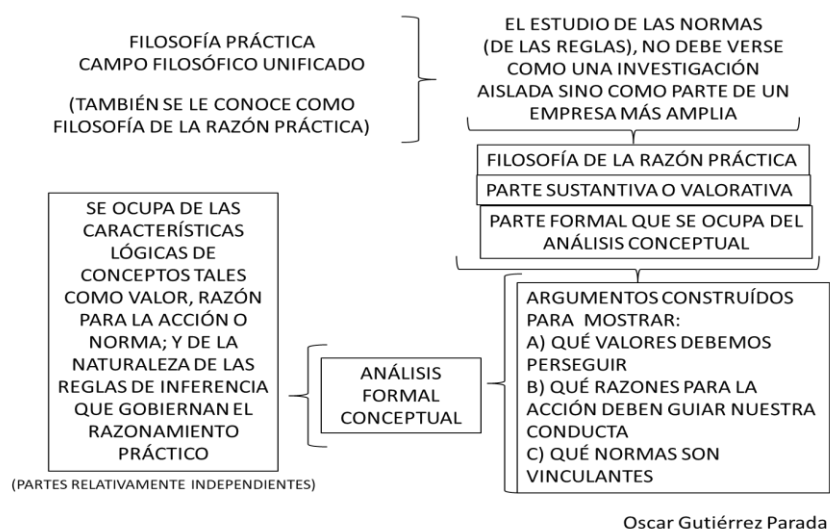
⁸²⁴ *Idem*, Introducción, pp. XVI-XVII.

⁸²⁵ Raz, Joseph, *Razón práctica y normas*, Centro de Estudios Constitucionales, traducción de Juan Ruíz Manero, colección El Derecho y la justicia, Madrid, España, 1991.

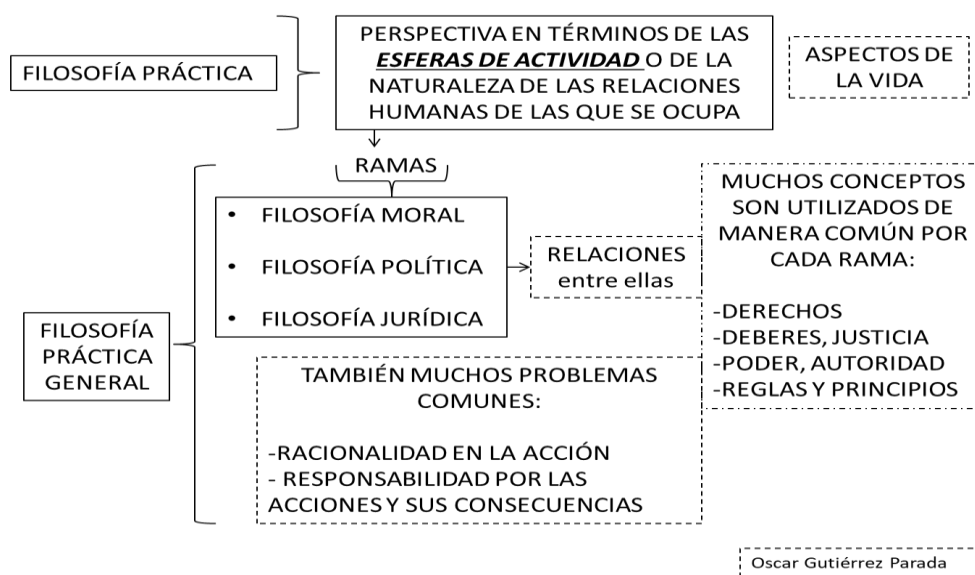
⁸²⁶ Los mapas conceptuales los elaboramos a partir de la lectura de la “Introducción” de la obra referida en la cita anterior, pp. 11-15.

A continuación, bajo la técnica de mapas conceptuales, exponemos algunos elementos de la filosofía práctica, las esferas de actividad de ésta, los problemas prácticos objeto de discusión, los componentes básicos de la teoría del valor, de la teoría normativa y de la teoría de la imputación o responsabilidad.

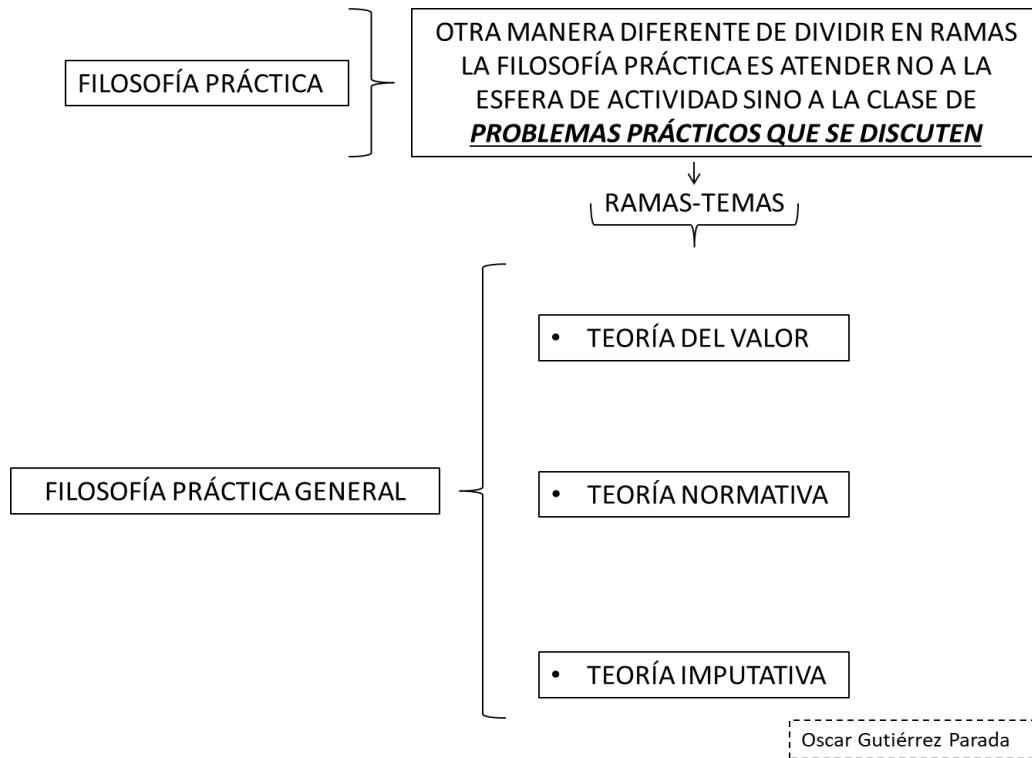
Esquema 121. Filosofía práctica como campo filosófico unificado



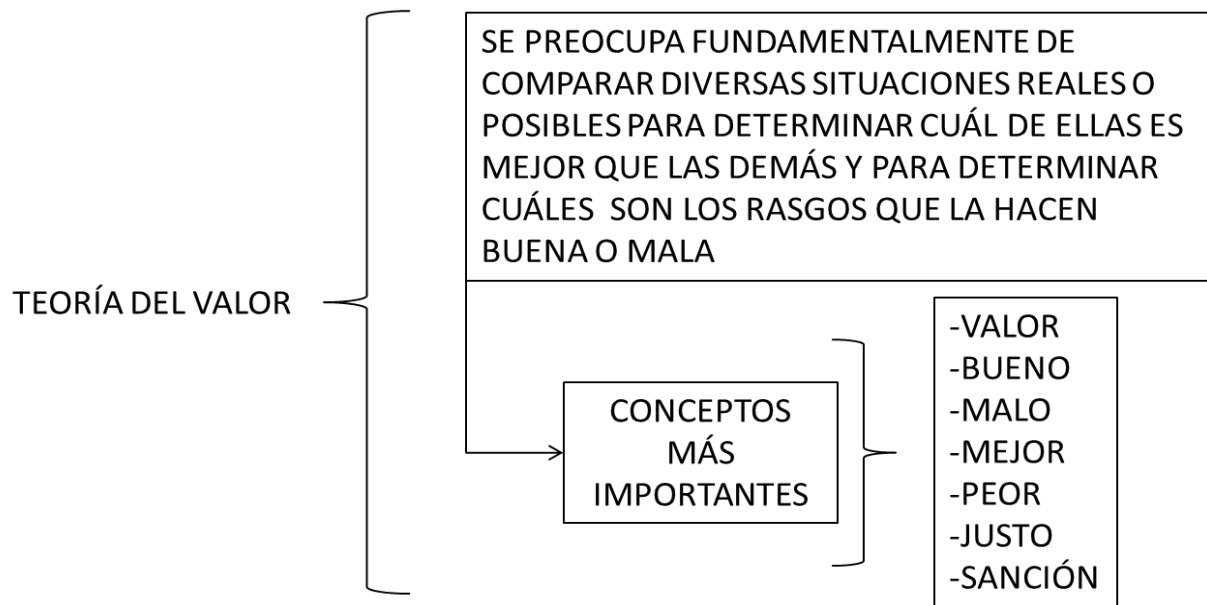
Esquema 122. Filosofía práctica y esferas de actividad



Esquema 123. Filosofía práctica y problemas que se discuten

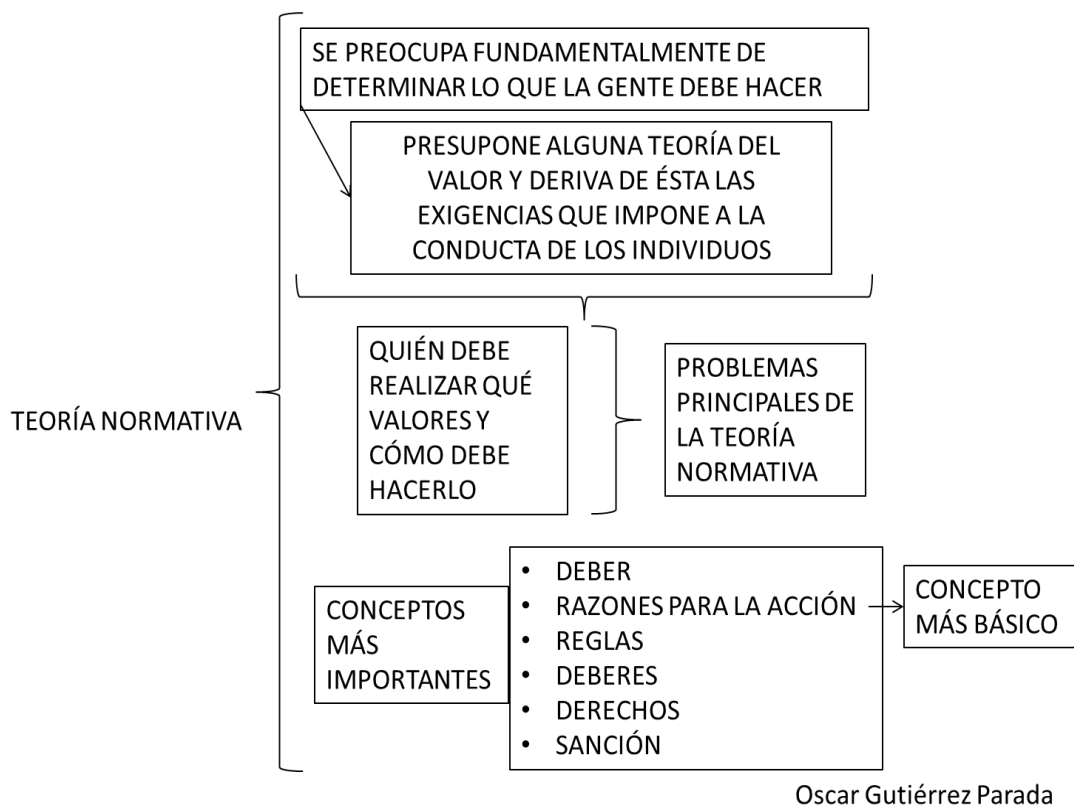


Esquema 124. Teoría del valor

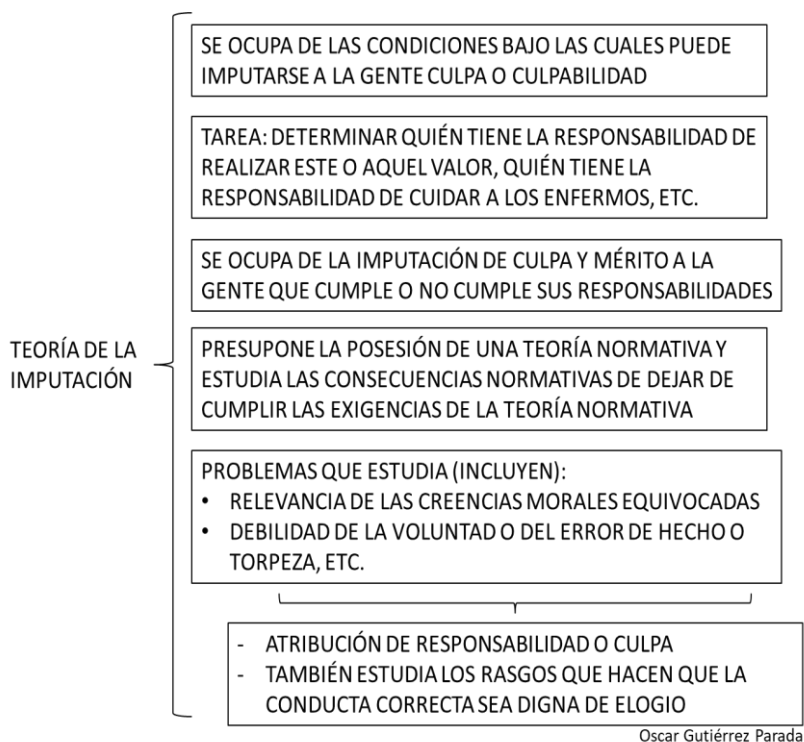


Oscar Gutiérrez Parada

Esquema 125. Teoría normativa



Esquema 126. Teoría de la imputación (responsabilidad)



El estudio de cada campo de conocimiento sin comunicación con los otros ha llevado a una fragmentación que no contribuye a la solución de los problemas reales⁸²⁷. Ver la realidad sólo desde una óptica sin considerar los espacios de los otros campos genera una percepción incompleta y, por ende, deficiente.

Necesitamos visión de campo y articular desde cualquiera de los espacios, sea el político, el moral, el jurídico o el económico, respuestas integrales. El derecho sin política es ilusión, pero el poder sin derecho es arbitrariedad, ¿qué es la política sin mínimos de ética pública?, ¿la economía sin ciertas reglas jurídicas termina en abusos del mercado?, ¿cuál ha sido el costo de una política sin ética pública?, la moral sin el derecho se queda sin procedimientos y sin instituciones/organización y solamente sirve, en el mejor de los casos, para debates *in abstracto*; la moral sin la política tampoco se proyecta en la vida cotidiana, la política sin la moral también genera arbitrariedad, ¿realmente la política funciona sin un mínimo de ética?

⁸²⁷ Sobre la fragmentación, Bohm señala: "... la fragmentación está muy extendida por todas partes, no sólo por toda la sociedad, sino también en cada individuo, produciendo una especie de confusión mental generalizada que crea una interminable serie de problemas y que interfiere en la claridad de nuestra percepción tan seriamente que nos impide resolver la mayor parte de ellos...Al quedar insatisfechos con este estado de cosas, los hombres han seguido planteando temas interdisciplinarios que pretenden unir estas especialidades, pero que, a fin de cuentas, han servido principalmente para añadir otros fragmentos separados... La idea de que todos estos fragmentos existen por separado es, evidentemente, una ilusión, y esta ilusión no puede hacer otra cosa que llevarnos a un conflicto y una confusión sin fin. Es más, el intento de vivir de acuerdo con la idea de que estos fragmentos están realmente separados es, en esencia, lo que nos ha llevado a la creciente serie de crisis sumamente urgentes que hoy se nos están planteando. Porque, como ya sabemos, este modo de vivir nos ha abocado a la contaminación, a la destrucción del equilibrio de la naturaleza, a la superpoblación, al desorden económico y político del mundo entero, y a la creación de un medio ambiente que no es física ni mentalmente saludable para la mayoría de la gente que tiene que vivir en él. Se ha desarrollado una sensación generalizada de desamparo y desesperanza individuales ante lo que parece ser una aplastante masa de fuerzas sociales dispares, que han escapado al dominio e incluso a la comprensión de los propios seres humanos que han sido afectados por ellas...", Bohm, David, *La totalidad y el orden implicado*, Kairos, Barcelona, España, 1987, pp. 19-20.

Detengámonos, brevemente, en el tema de la fragmentación de nuestros conocimientos. Lo primero que hay que tener en cuenta es que la fragmentación, si bien es inevitable y, hasta ciertos límites, benéfica, llevada a sus extremos, es decir, considerar que el mundo es una serie de parcelas perfectamente separadas, provoca distorsiones de nuestro conocimiento del mundo⁸²⁸, y más en los momentos actuales en los que la globalización y sus problemas reclama un campo de visión epistemológico más amplio que la acumulación de fragmentos respecto de los cuales cada quien atiende solamente su campo de actividad.⁸²⁹

En este punto es importante considerar el papel que juegan las teorías. David Bohm señala:

“...la relación entre el pensamiento y la realidad de la que trata este pensamiento es mucho más compleja que la de una mera correspondencia, ya que, en la investigación científica, gran parte de nuestro pensamiento la forman las *teorías*. La palabra <<teoría>> procede del griego *teoría*, que tiene la misma raíz que

⁸²⁸ Señala Bohm: “Siempre ha sido necesario para el hombre, y propio de su pensamiento el dividir las cosas hasta cierto punto, y el separarlas para reducir sus problemas a unas proporciones manejables, porque, es evidente que, si intentáramos tratar con toda la realidad a la vez en nuestra técnica práctica, nos estancaríamos en ella. De modo que, en cierto sentido, la creación de temas especiales de estudio y la división del trabajo fueron pasos importantes hacia adelante. Incluso al principio, la primera vez que el hombre se dio cuenta de que él no era exactamente lo mismo que la naturaleza, dio también un paso crucial, porque ello le hizo posible una especie de autonomía mental que le permitió llegar más allá de los límites inmediatos que le imponía la misma naturaleza, al principio con su imaginación y, más recientemente, con su trabajo práctico. Sin embargo, esta especie de habilidad que tiene el hombre para separarse de su entorno y para dividir y distribuir las cosas le ha llevado últimamente a un campo de resultados negativos y destructores, porque el hombre ha perdido la consciencia de lo que está haciendo y, por tanto, ha extendido el proceso de división más allá de los límites dentro de los cuales funciona correctamente.”, *Idem*, pp. 20-21.

⁸²⁹ Señala Bohm: “Lo que hay que poner de relieve, ante todo en la investigación científica, y más tarde en un contexto más general, es que la fragmentación produce continuamente la costumbre casi universal de pensar que el contenido de nuestro pensamiento es «una descripción del mundo tal como es». O que, según esta costumbre, consideremos nuestro pensamiento en correspondencia directa con la realidad objetiva. Como nuestro pensamiento está permeado de diferencias y distinciones, esta costumbre nos lleva a considerar estas divisiones como reales, y vemos y experimentamos el mundo como realmente dividido en fragmentos.”, *Idem*, p. 22.

<<teatro>>, una palabra que significa <<ver>> o <<hacer un espectáculo>>. Luego, podemos muy bien decir que una teoría es, en primer lugar, una manera de *formarse una idea* es decir, una manera de mirar el mundo, y no una forma de *conocimiento* de lo que es el mundo.”⁸³⁰

Para David Bohm es la totalidad lo que es real:

“... si consideramos nuestras teorías como «descripciones directas de la realidad tal como es», entonces trataremos inevitablemente esas diferencias y distinciones como divisiones, lo que supondrá la existencia separada de los diferentes términos elementales que aparezcan en la teoría. Esto nos conduce a la ilusión de que el mundo está realmente constituido de fragmentos separados y, como ya se ha indicado, esto nos hará actuar de tal manera que, de hecho, produciremos la verdadera fragmentación presupuesta en nuestra actitud hacia la teoría.

Es importante que subrayemos este punto. Por ejemplo, alguien puede decir: «La fragmentación en ciudades, religiones, sistemas políticos, conflictos en forma de guerras, violencia general, fratricidio, etcétera, es la realidad. La totalidad es solamente un ideal, por el que tal vez deberíamos esforzarnos». Pero esto no es lo que se está diciendo aquí. Más bien debería decirse que es la totalidad lo que es real, y que la fragmentación es la respuesta de esta totalidad a la acción del hombre, guiado por una percepción ilusoria y deformado por un pensamiento fragmentario. En otras palabras, es precisamente porque la realidad es un todo por lo que el hombre, con su modo fragmentario de acercarse a ella, encontrará inevitablemente la correspondiente respuesta fragmentaria. Por ello, lo que necesita el hombre es tener en cuenta su costumbre de pensar fragmentariamente, ser consciente de esta costumbre y, así, terminar con ella. La aproximación del hombre a la realidad debe, pues, ser total, y así su respuesta será también total.

Sin embargo, para que esto suceda es decisivo que el hombre esté advertido de la actividad de su pensamiento como tal, es decir, como una forma de observación, una manera de mirar más bien que como «una copia exacta de la realidad tal como es».”⁸³¹

⁸³⁰ *Idem*, p. 22

⁸³¹ *Idem*, pp. 27-28. Además, Bohm señala: “Nos consta que podemos tener un número indeterminado de formas de considerar las cosas. Lo que necesitamos no es una integración del pensamiento, una especie de unificación impuesta, porque cualquier punto de vista impuesto sería, obviamente, otro fragmento. Más bien debemos considerar todos nuestros diferentes modos de pensar como maneras

De lo que se trata es no perder de vista que nuestras percepciones de la realidad fragmentarias <<están>> en una totalidad, y ésta es la que da sentido a nuestras maneras de observar el mundo. Las consecuencias de quedarnos con fragmentos son, a decir, de Bohm, negativas:

“Nuestra manera fragmentaria de pensar, observar y obrar tiene, evidentemente, implicaciones en todos los aspectos de la vida humana. Es decir, por una especie de ironía bastante interesante, la fragmentación parece ser lo único en nuestro sistema de vida que es universal, que funciona por todas partes sin fronteras ni límites. Ello sucede porque las raíces de la fragmentación son muy profundas y amplias. Como ya hemos dicho, intentamos dividir aquello que es único e indivisible, y esto supone que, en el paso siguiente, intentaremos hacer idéntico aquello que es diferente.”⁸³²

distintas de observar una realidad única, y cada uno de ellos con un campo para el cual es claro y adecuado. En efecto, se puede comparar una teoría con la visión de un objeto desde un cierto punto. Cada vista nos da solamente la apariencia del objeto en cierto aspecto. El objeto completo no se percibe en ninguna de las vistas, sino que más bien se ha captado sólo implícitamente como una realidad singular que se muestra en todas estas vistas. Cuando comprendamos profundamente que nuestras teorías también funcionan de este modo ya no caeremos en el vicio de ver la realidad y actuar sobre ella como si estuviera constituida por fragmentos existentes por separado, lo que corresponde al modo en que ésta aparece en nuestro pensamiento y en nuestra imaginación cuando tomamos nuestras teorías por «descripciones directas de la realidad tal como es». Más que una conciencia general del papel que juegan las teorías, como hemos señalado más arriba, lo que necesitamos es prestar una atención especial a esas teorías que contribuyen a expresar la globalidad de los conceptos de nuestro propio mundo. Porque, en una parte muy considerable, es en esos conceptos del mundo donde se han formado, implícita o explícitamente, nuestras ideas generales sobre la naturaleza del mundo real y sobre la relación entre nuestro pensamiento y la realidad.”, pp. 28-29

⁸³² *Idem*, p. 39. Señala, además, “La fragmentación es, en esencia, una confusión acerca de la cuestión de la diferencia y la mismidad (o unidad), pero la percepción clara de estas categorías es necesaria en cada fase de la vida. Estar confundido acerca de lo que es diferente y lo que no lo es, es estar confundido acerca de todo. Así que no es accidental que nuestra forma fragmentaria de pensar nos esté llevando a un amplio conjunto de crisis: social, política, económica, ecológica, psicológica, etcétera, tanto en el individuo como en la sociedad considerada como un todo. Esta forma de pensar supone el inacabable desarrollo de un conflicto caótico e insensato, en el cual tienden a perderse las energías de todos en movimientos antagónicos o, si no, en malentendidos. Es importante y, en verdad, de suma urgencia, aclarar esta profunda y extendida confusión que penetra en la totalidad de nuestras vidas. ¿Para qué sirven los intentos en la sociedad, en la política, en la economía o en cualquier otro campo, si la mente queda atrapada en un movimiento confuso en el que generalmente se está diferenciando lo que no es diferente y se está identificando aquello que no es idéntico? Tales acciones serán, en el mejor de los casos, inútiles y, en el peor, realmente destructoras.”, pp. 39-40.

Hacia el camino de enfrentar estos efectos negativos de la fragmentación, Bohm, advierte que la solución no va por el lado de instaurar un <<principio holístico>>:

“Tampoco servirá de nada el imponer una especie de principio «holístico» integrador o unificador en nuestro propio concepto del mundo, porque, como ya indicamos antes, cualquier forma fija de concebir el propio mundo supone que ya no vamos a tratar nuestras teorías e intuiciones como maneras de mirar, sino más bien como «conocimiento absolutamente verdadero de las cosas tal como ellas realmente son». Es decir, tanto si queremos como si no, las distinciones que están presentes en cada teoría, incluso en una teoría «holística», se tratarán falsamente como divisiones, lo que supondrá la existencia separada de los términos que se han diferenciado (de modo que, asimismo, lo que no sea así diferenciado, recibirá un falso tratamiento como algo absolutamente idéntico).”⁸³³

Si nuestras teorías son formas de observar la realidad⁸³⁴, entonces ¿cuál es el camino que debemos seguir? Al respecto, apunta Bohm:

“¿Qué es, pues, lo que cabe hacer para terminar con el estado de fragmentación predominante? A simple vista, esto parece ser una cuestión razonable, pero un examen más detenido le llevaría a uno a preguntarse si, en efecto, es una cuestión razonable; puede advertirse que esta pregunta plantea cuestiones que no están claras...Uno de los puntos más difíciles y sutiles en esta cuestión es precisamente el clarificar qué es lo que significa la relación entre el contenido del pensamiento y el proceso de pensar que produce este contenido. Ciertamente es una fuente mayor de fragmentación la idea generalmente aceptada de que el proceso del pensamiento

⁸³³ *Idem*, p. 40-41: “Tenemos, pues, que estar preparados para dedicar una cuidadosa atención y la más seria consideración al hecho de que nuestras teorías no son «descripciones de la realidad tal como es», sino más bien formas de observar siempre cambiantes, que pueden señalar o apuntar a una realidad que sólo está implícita y que no se puede describir ni especificar en su totalidad. Así, esta necesidad de estar preparados nos sostendrá incluso ante lo que estamos diciendo en este capítulo, en el sentido de que no hay que considerarlo como «conocimiento absolutamente verdadero de la naturaleza de la fragmentación de la totalidad». Esto es también una teoría que nos ofrece un modo de ver esta cuestión. Le corresponde al lector constatar por sí mismo si el modo de ver es claro o no, y cuáles son los límites de su validez.”

⁸³⁴ *Idem*, pp. 27-29

es lo suficientemente independiente de su contenido como para permitirnos un pensamiento claro, ordenado y racional que pueda juzgar con propiedad si este contenido es correcto o incorrecto, racional o irracional, fragmentario o completo, etcétera. En realidad, como se ha visto, la fragmentación involucrada en una visión del mundo no está sólo en el contenido del pensamiento, sino en la actividad general de quien está «desarrollando el pensamiento» y, por eso, está tanto en el proceso de pensar como en su contenido. Ciertamente, contenido y proceso no son dos cosas separadas, sino que más bien son dos aspectos o visiones de un movimiento total. Por eso se debe terminar con el contenido y con el proceso fragmentario a la vez... No podemos enfrentarnos con cuestiones de esta naturaleza mientras estemos atrapados, consciente o inconscientemente, en un modo de pensar que intenta analizarse a sí mismo según una presunta separación entre el proceso de pensar y el contenido del pensamiento que es su producto. El aceptar esta premisa nos llevaría, en el paso siguiente, a buscar alguna actuación fantástica por medio de causas eficientes que terminara con la fragmentación del contenido, mientras dejábamos intacta la fragmentación del verdadero proceso de pensar. Lo que necesitamos de un modo u otro es algo que ponga al alcance de nuestra mano la causa formativa de la fragmentación de la totalidad, en la cual se verán juntos, en su plenitud, el contenido y el proceso real... Naturalmente, este aprendizaje y descubrimiento requerirá mucha y cuidadosa atención y un duro trabajo. Estamos dispuestos a emplear esta atención y este trabajo en variados campos: científico, económico, social, político, etcétera. Sin embargo, hasta ahora poco o nada se ha adelantado en la creación de un modo de considerar el proceso del pensamiento, a pesar de la evidencia de que de ello depende el valor de todo lo demás. Lo más necesario es que nos vayamos dando cada vez más cuenta del gran peligro que significa seguir con un proceso fragmentario de pensamiento. Esta consciencia le dará a la investigación de cómo actúa en realidad el pensamiento, el sentido de urgencia y la energía que le van a hacer falta para enfrentarse con la verdadera magnitud de las dificultades con las que la fragmentación se nos está oponiendo.”⁸³⁵

⁸³⁵ *Idem*, David Bohm se apoya en las causas material, eficiente, formal y final planteadas por Aristóteles, y señala: “La causa material es, pues, precisamente la materia sobre la que operan todas las demás causas, y de la cual está constituida la cosa...La causa eficiente es cierta acción, externa a la cosa que se está considerando, que permite que todo el proceso se realice...En este contexto es crucial comprender lo que significa «causa formal». Desgraciadamente, en su connotación moderna, la palabra «formal» tiende a referirse a una forma externa con muy poco significado (por ejemplo, en «persona formal» o «una mera formalidad»). Sin embargo, en la antigua filosofía griega, la palabra forma significaba, en su primera acepción, una actividad formativa interna que es la causa del

Podríamos estar tentados a pensar que la justibilidad es un elemento a partir del cual se podría llevar a cabo una visión totalizadora, pero no es así, aunque en ello la justibilidad puede jugar un papel importante. Parece ser que la responsabilidad comienza por las tareas de la Filosofía para articular los diferentes saberes y darnos una visión de campo totalizadora en la que se articulen, por lo menos, elementos morales, políticos, jurídicos y económicos. Lo que nos parece que corresponde a la justibilidad como exigencia y proceso es que se deben considerar otros campos de conocimiento como los son, ejemplificando, las metodologías sobre políticas públicas, metodologías presupuestarias, análisis sociológicos, modelos y políticas económicas.

crecimiento de las cosas y del desarrollo y diferenciación de sus diversas formas esenciales...En lenguaje más moderno, esto se describiría mejor como causa formativa, para subrayar que lo que supone no es una mera forma impuesta desde fuera, sino más bien un movimiento interno ordenado y estructurado que es esencial para que las cosas sean...la causa final como designio, que la mente guarda conscientemente en el pensamiento (esta noción se hace extensiva a Dios, que se considera que creo el universo según un vasto designio). El designio es, sin embargo, solamente un caso especial de causa final. Por ejemplo, los hombres se proponen a menudo ciertos fines en sus pensamientos, pero lo que en realidad surge de sus acciones es, por lo general algo diferente de lo que estaba en su designio, algo que, sin embargo, estaba implícito en lo que estaban haciendo, sin percibirlo conscientemente. Según el concepto antiguo de las cosas, la causa formativa era esencialmente de la misma naturaleza para la mente que para la vida y para el cosmos como un todo. Aristóteles consideraba el universo como un organismo singular en el que cada una de sus partes crecía y se desarrollaba en relación con el todo, en el cual tenía su propio lugar y función. Por lo que se refiere a la mente, podemos comprender esta noción utilizando términos más modernos si nos fijamos en el movimiento del flujo de la consciencia..., a primera vista se pueden discernir en este flujo diferentes modelos de pensamiento...Aquí hay que subrayar que el hecho de razonar es esencialmente una especie de percepción mental, similar en ciertos aspectos a la percepción artística, y no simplemente la repetición asociativa de razones que resultan ya conocidas. Por consiguiente, uno puede quedar perplejo ante una gran cantidad de factores como cosas que no encajan, hasta que súbitamente se produce la comprensión y se puede ver que todos aquellos factores están relacionados como aspectos de un todo...No se puede hacer un análisis o descripción detallados de estas percepciones. Más bien deben considerarse como aspectos de la actividad formativa de la mente. Por lo tanto, el producto de su actividad es una estructura particular de conceptos, y estos productos existen porque están unidos por la serie de causas eficientes que operan en el pensamiento asociativo ordinario, y, como ya hemos señalado antes, según este concepto de las cosas se considera la actividad formativa como primaria, tanto en la naturaleza como en la mente, porque las formas producidas en la naturaleza también existen ya que están unidas por causas eficientes.”, pp. 41-43.

La justibilidad, por ahora, sólo es una manera de abordar problemas de justicia en relación con los derechos fundamentales, pretensión que se lleva a cabo bajo parámetros omnicomprendivos de control de constitucionalidad y de convencionalidad. La justibilidad no justiciable, sea por disposición normativa o por estrategia de agotar otras vías no justiciables, representa un vínculo entre los fines y valores que se persiguen con la eficiencia, eficacia y efectividad de los derechos fundamentales y los poderes no judiciales jurisdiccionales, es decir, con los poderes legislativo y ejecutivo, en especial con este último, así como de ciertas instituciones/organización como los son algunos organismos constitucionalmente autónomos (entre los que destacan el CONEVAL, el INAI y la CNDH).

Apostar solamente por la justiciabilidad distorsiona las obligaciones generales de las autoridades de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos fundamentales (actividades que, básicamente, conforman el principio de programatividad). Estas acciones, como sabemos, están sujetas a los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

Nuestra apuesta es que, desde el Derecho se articulen zonas de comunicación con la Política, la Moral y la Economía, y en las que estén presentes sus versiones más poderosas en favor de la libertad, la justicia y la igualdad, así como del bienestar social.

En esa tarea de articulación la justibilidad puede jugar un papel importante, ya que ésta, como exigencia de que las cosas sean justas implica un proceso por el cual se evalúa si algo es justo o injusto y se determina si lo es o no. La responsabilidad institucional no recae en la Moral o en la Política o

en el Derecho o en la Economía, pues cada uno de estos espacios de actuación -y de conocimiento- por su cuenta, logran poco, pero si ante el reto de libertad, justicia e igualdad que actualmente reclaman nuestras sociedades, se articulan esos espacios los resultados serían otros.

Cuando las reglas son razonablemente claras (en todos los ámbitos), las instituciones políticas y económicas funcionan razonablemente y hay valores también claros que se persiguen, las cosas funcionan mejor. La obra de Jeffrey Sachs, *El fin de la pobreza*⁸³⁶, está plena de ejemplos reales que van por el camino de las libertades, de la justicia y de la igualdad, y que han implicado la combinación de muchos factores, pero que en su conjunto se reconducen a cuestiones morales, jurídicas, políticas y económicas basadas en la libertad, la justicia y la igualdad.

En este punto, antes de continuar, son oportunas algunas aclaraciones terminológicas: por un lado, por moral entendemos el conjunto de hábitos del ser humano relacionados con valores, normatividad y responsabilidad, y que se proyectan en varios espacios: una moral positiva o social, una moral(es) individual(es), una moral(es) religiosa(s), y una moral crítica o reflexiva con pretensiones universalistas; por otro lado, la ética es una disciplina filosófica que tiene como objeto de estudio la moral. Muchos autores hacen equivalentes moral y ética y así, por ejemplo, se dice “esta conducta es inmoral” o “esta conducta es antiética”, expresiones que se reconducen el reproche de una conducta con base en su valoración moral o ética. Nosotros distinguiremos entre moral como conjunto de hábitos del

⁸³⁶ Sachs, Jeffrey, *El fin de la pobreza. Cómo conseguirlo en nuestro tiempo*, Debate, México, 2006. En los casos que refiere este autor (Bolivia, Polonia, Rusia, China, India, África), aparece una constante común: la libertad de comercio.

ser humano relativos a las conductas correctas y la Ética como la disciplina filosófica que estudia la(s) moral(es)⁸³⁷.

También es importante señalar que la moral crítica refiere una moral (con pretensión) universalista, basada en un objetivismo moral por el que se posibilita el examen racional de normas y de valores. Incluso, implica no dejar de considerar las relaciones entre la moral social y la moral ideal o crítica.⁸³⁸

⁸³⁷ A decir de Norbert Bilbeny: "... ¿es lo mismo decir hoy <<ética>> que <<moral>>? En un sentido popular, sí, pero en un plano intelectual no es lo mismo. La moral se refiere, con cierta vaguedad, al tipo de conducta reglada por costumbres o por normas internas del sujeto. La ética es, en sentido académico, la <<filosofía moral>> o disciplina filosófica que estudia las reglas morales y su fundamentación. En sentido más laxo indica, usada como sustantivo, aquella conducta oral de la que es capaz de dar cuenta o razonar uno mismo (<<El ministro actuó al margen de toda ética>>) Usada como adjetivo señala, por lo general, la calidad ética, en esta anterior versión, de cualquier acto o norma moral (La dimisión del ministro ha sido ética>>) Podríamos decir, por lo tanto, que hay muchas <<morales>> y no menos éticas o <<filosofías morales>>, pero una sola *ética* o conducta consistente en una forma razonadora -capaz de dar cuenta de sí misma- de ser moral. Mientras que la moral tiende a ser particular, por la concreción de sus objetos, la ética tiende a ser universal, por la abstracción de sus principios. De acuerdo con esto podemos establecer también, aunque por modo negativo, que algo es <<moral>> cuando se opone a lo <<inmoral>>, o contrario a ciertas normas y costumbres, y a lo <<amoral>>, o falta de ellas. De la misma manera, algo es <<ético>> cuando es contrario a cualquier conducta que carece de principios, a la que llamamos <<injusta>> o >>sin ley>> y en todo caso injustificada.", Bilbeny, Norbeert, *Aproximación a la Ética*, 2ª ed., actualizada, Ariel, España, 2000, pp. 15-16.

⁸³⁸ Refiere Carlos Santiago Nino: "...uno de los factores que inciden en lo que [llamo] 'el vaciamiento conceptual de la moral' es una desnaturalización de la distinción muy sutil entre moral social, positiva o vigente, por un lado, y moral ideal o crítica, por el otro. La utilidad de esta distinción está dada, entre otras cosas, por el hecho de que ella permite superar el tipo tosco de relativismo...que, sobre la base de la supuesta variación de los sistemas sociales vigentes en diferentes sociedades pretende inferir que la validez de los juicios morales críticos que formulamos está supeditada a circunstancias personales, especiales, temporales que no están recogidas en los mismos juicios. La distinción también permite superar un tipo de positivismo moral -que puede estar asociado a una concepción metaética subjetivista como la de Aarnio... según la cual es la mayoría de la sociedad la que determina los estándares de bondad y corrección moral...La moral social o positiva es el *producto* de la formulación y aceptación de juicios con los que se pretende dar cuenta de principios de una moral ideal. Sin la aspiración de actuar y juzgar de acuerdo con una moral ideal no habría moral positiva. Las reglas de la moral positiva se generan a partir de un tipo de discurso en el que se formulan juicios que pretenden referirse no a tales reglas de la moral vigente sino a los principios de una moral ideal. Los juicios que se refieren a la moral positiva describen *hechos* (como los juicios que dan cuenta de

En el ámbito político, aceptando que el derecho está vinculado necesariamente con razones finalistas y de corrección⁸³⁹, y considerando los diferentes espacios de conocimiento que formula Bobbio respecto de la Filosofía Política⁸⁴⁰, hay uno que nos interesa de manera especial por su vinculación con la Filosofía Moral y con la Filosofía Jurídica, y es el que se refiere al tema del óptimo Estado. El planteamiento de Bobbio es el siguiente:

un orden jurídico), y, como tales, no expresan razones operativas para justificar una acción o decisión. La moral positiva sólo concierne al razonamiento práctico del hombre 'prudente', quien está principalmente preocupado por las reacciones sociales que pueden provocar sus actos. El hombre 'moral' -cuyo razonamiento práctico está dirigido a *justificar* sus actos y decisiones – se preocupa sólo por los dictados de una moral ideal. Paradójicamente, la moral positiva se genera sólo a través de los actos y actitudes del hombre moral y no del hombre prudente. Una moral social se mantiene sólo en la medida en que hay cierta convergencia en los juicios morales críticos que la gente está dispuesta a formular. De modo que es equivocado aislar completamente la moral ideal de la moral social.”, Nino, Carlos Santiago, *Ética y derechos humanos, ...Op. Cit.* pp. 92-93

⁸³⁹ Atienza, al revisar y criticar el modelo de argumentación de Alexy, en especial sobre la tesis de la pretensión de corrección, señala: “...el modelo de racionalidad discursiva utilizado por Alexy no puede aceptarse como un modelo *general*, válido para todos los campos de la argumentación jurídica. Sólo cubriría lo que Habermas llama el derecho *como institución*, esto es, el derecho que regula las esferas de actividad del mundo de la vida, pero no el derecho *como medio*, esto es, las reglamentaciones jurídicas que organizan los subsistemas de la economía, del estado o de la Administración pública...O, si se quiere decir de otra manera, en la justificación de las decisiones jurídicas se utilizan no sólo razones de corrección, sino también razones finalistas. Puede pensarse que las razones de corrección están situadas en un nivel superior a las otras (estos es, las razones de corrección controlan las razones finalistas), pero, con todo, parece claro que en relación con las argumentaciones que se producen, por ejemplo, en el campo del derecho administrativo o del derecho económico, justificar una decisión significa a menudo no tanto -o no sólo- mostrar que es correcta (que es discursivamente racional), sino que permite alcanzar determinados fines.”, Atienza, Manuel, *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2009, pp. 196-197. En otra obra de Atienza señala, refiriéndose a la clasificación de Summers sobre razones sustantivas: “Las razones finalistas son razones <<cuya fuerza procede del hecho de que sirven para apoyar una decisión que previsiblemente (en el momento en que se toma la decisión) tendrá efectos que contribuirán a un fin social valioso>>... Las razones de corrección <<derivan su fuerza justificativa (...) de la aplicabilidad de una norma socio-moral válida (*sound*) a las acciones de las partes, o a un estado de cosas que resulta de esas acciones>>... Y las razones institucionales son razones de fin o razones de corrección que aparecen vinculadas a roles o a procesos institucionales específicos.”, Atienza, Manuel, *El Derecho como argumentación...Op. Cit.*, p.187.

⁸⁴⁰ Bobbio, Norberto, *Teoría General de la Política*, 3ª ed., Trotta, Madrid, España, 2009. Los cuatro espacios de la Filosofía Política, de acuerdo con Bobbio, son: a) el modelo de Estado ideal; b) el fundamento último del poder (criterios de legitimidad del poder); c) la determinación del concepto general de política; y d) la filosofía política como discurso crítico -metaciencia-, pp. 77-79.

“La manera más tradicional y corriente de entender la filosofía política es concebirla como la descripción, diseño y teorización de la óptima república, o si se quiere, como la construcción de un modelo ideal de Estado fundado en algunos postulados éticos últimos, sin preocuparnos de cuándo y cómo pueda ser efectivo y totalmente realizado. Pertenecen a esta misma forma de pensamientos ciertas <<utopías al revés>> de las que ha habido algunos ejemplos conocidos sobre todo en el último siglo, que consisten en la descripción no de la óptima, sino de la peor república o, si se desea, del modelo ideal del Estado que *no debe realizarse*.”⁸⁴¹

Respecto de la Moral no está de más considerarla más en serio, es decir, revalorar las consecuencias sociales que tiene menospreciar, marginar o excluir los aspectos morales. ¿De dónde vamos a obtener los fundamentos últimos sobre pretensiones incontestables sobre la libertad, la justicia y la igualdad? De la conjugación de la Moral, la Política y el Derecho, y de elementos de filosofía económica. Tarea nada fácil, pero no imposible. Al respecto, Adela Cortina señala, entre otros puntos, lo costoso que resulta no tener mínimos éticos en el ámbito público. Señala: “Ninguna sociedad puede funcionar si sus miembros no mantienen una actitud ética. Ningún país puede salir de la crisis si las conductas inmorales de sus ciudadanos y políticos siguen proliferando con toda impunidad”.⁸⁴²

⁸⁴¹ *Idem.*, 77-78. En 1971 señalaba Bobbio: “...si se me preguntara cuáles son los temas y los problemas que han suscitado un más amplio debate en estos últimos años, no dudaría en responder que los provocados por obras como *Una teoría de la justicia* de Rawls o *Anarquía, Estado y utopía* de Nozick, a los que se podría añadir *Esferas de justicia* de Walser. No sabría definir estas obras más que como intentos de proponer soluciones, o por lo menos de ofrecer indicaciones, para la consecución de una buena, o al menos, mejor sociedad. Entendido así el mayor debate contemporáneo de la filosofía política, y no acierto a comprender cómo podría entenderse de otra forma, uno de los temas tradicionales de la filosofía política, el tema del óptimo Estado, siquiera en una versión moderna, resulta cualquier cosa menos agotado. Diría, por el contrario, que está más vivo que nunca.” (p. 92-93.), Palabras que si se pronunciaran actualmente estarían vigentes: si el Derecho persigue fines y valores, entonces requiere de un Estado que coadyuve en tal tarea.

⁸⁴² Tomado de la portada del libro Cortina, Adela, *¿Para qué sirve realmente...? La Ética*, Paidós, España, 2013. En este libro, al finalizar cada apartado (salvo uno de ellos), apunta: “¿Para qué sirve la ética? Para abaratar costes en dinero y sufrimiento en todo aquello que depende de nosotros, e invertirlo en lo que vale la pena, sabiendo priorizar (p. 26); Para intentar forjarse un buen carácter, que

La justibilidad no es algo que se agote en la garantía por la vía de la justiciabilidad de los derechos fundamentales, en especial de los derechos sociales. Considerando el principio de programatividad general de los derechos sociales, el diseño normativo y el diseño institucional del control de la constitucionalidad y de la convencionalidad, contrastemos la perspectiva de la justibilidad con el modelo que nos presenta Cruz Parceros⁸⁴³.

El modelo de Cruz Parceros considera un concepto de garantía más amplio que el tradicional. Bajo un concepto tradicional de garantía se entiende que un derecho está garantizado si existe algún mecanismo judicial jurisdiccional para protegerlo. El concepto más amplio de garantía es tratarla como un concepto multidimensional en el que entran en juego no sólo cuestiones jurídicas sino también aspectos no estrictamente jurídicos sino sociales.⁸⁴⁴

Para este autor hay tres niveles o grados de garantías. En el primer nivel las garantías de los derechos sociales son la protección que deriva de arreglos

aumenta la probabilidad de ser felices y justos, al ayudar a estimar los mejores valores y optar por ellos (p. 46); Para recordar que los seres humanos necesitamos ser cuidados para sobrevivir y que estamos hechos para cuidar de los cercanos, pero también para recordar que tenemos la capacidad de llegar hasta los lejanos, creando vecindarios nuevos. Para ello hace falta no sólo poder, sino también querer hacerlo (p. 72); Para recordar que es más prudente cooperar que buscar el máximo beneficio individual, caiga quien caiga, buscar aliados más que enemigos. Y que esto vale para las personas, para las organizaciones, para los pueblos y los países (p. 93); Para ser protagonista de la propia vida, autora del guion de la propia biografía, para construir con otros la vida compartida, sin permitir que nos la hagan. Para realizar un sueño, el de una sociedad sin dominación, en que todos podamos mirarnos a los ojos sin tener que bajarlos para conseguir lo que es nuestro derecho (pp. 113-114); Para aprender a degustar lo que es valioso por sí mismo, para estrechar el vínculo con todos aquellos que son dignos de respeto y compasión (p. 127); Para ayudar a construir una democracia auténtica, que sea gobierno del pueblo (p. 159); Para aprender a apostar por una vida feliz, por una vida buena, que integra como un sobreentendido las exigencias de la justicia y abre el camino a la esperanza (p. 178)".

⁸⁴³ Cruz Parceros, Juan Antonio, *Hacia una Teoría Constitucional... Op. Cit.*

⁸⁴⁴ *Idem*, pp. 204-205.

sociales o institucionales básicos.⁸⁴⁵ El segundo nivel es el área en la que el Estado lleva a cabo políticas públicas de índole social.⁸⁴⁶ El tercer nivel se conforma por las garantías legales y la justiciabilidad, y es primordialmente jurídico.⁸⁴⁷

En el tercer nivel, Cruz Parceró distingue dos aspectos (temas):

- (i) La protección constitucional de los derechos fundamentales, y
- (ii) La justiciabilidad de los derechos sociales.⁸⁴⁸ La protección constitucional es el reconocimiento positivo en texto constitucional de los derechos sociales, y ello, de suyo, ya es una forma de protección.⁸⁴⁹

Por lo que hace a la justiciabilidad de los derechos sociales, distingue entre dos formas de justiciabilidad:

- (a) La protección directa de los dispositivos constitucionales y que denomina “justiciabilidad constitucional”; y

⁸⁴⁵ *Idem*. Señala Cruz Parceró: “Estos arreglos básicos definen los rasgos generales de la sociedad en que opera el tipo de Estado social o Estado de bienestar que se intenta implementar. Este arreglo básico consiste en una relación específica entre el Estado -gobierno y los demás poderes-, el mercado, los ciudadanos y otros actores -grupos sociales diversos-; y otras instituciones sociales, donde hay que destacar invariablemente la familia y la religión. La manera en que estas relaciones se establecen no depende de procesos del todo voluntarios, sino que se trata, en buena medida de procesos históricos y adaptativos de las sociedades”, p. 207. Más adelante precisa que se trata de una cuestión empírica.

⁸⁴⁶ *Idem*, p. 212. En este nivel, señala Cruz Parceró que la actividad relacionada con las políticas públicas está incluida en el arreglo social o institucional básico que conforma el primer nivel. El segundo nivel es más voluntarista que el primero.

⁸⁴⁷ *Idem*, pp. 218-219.

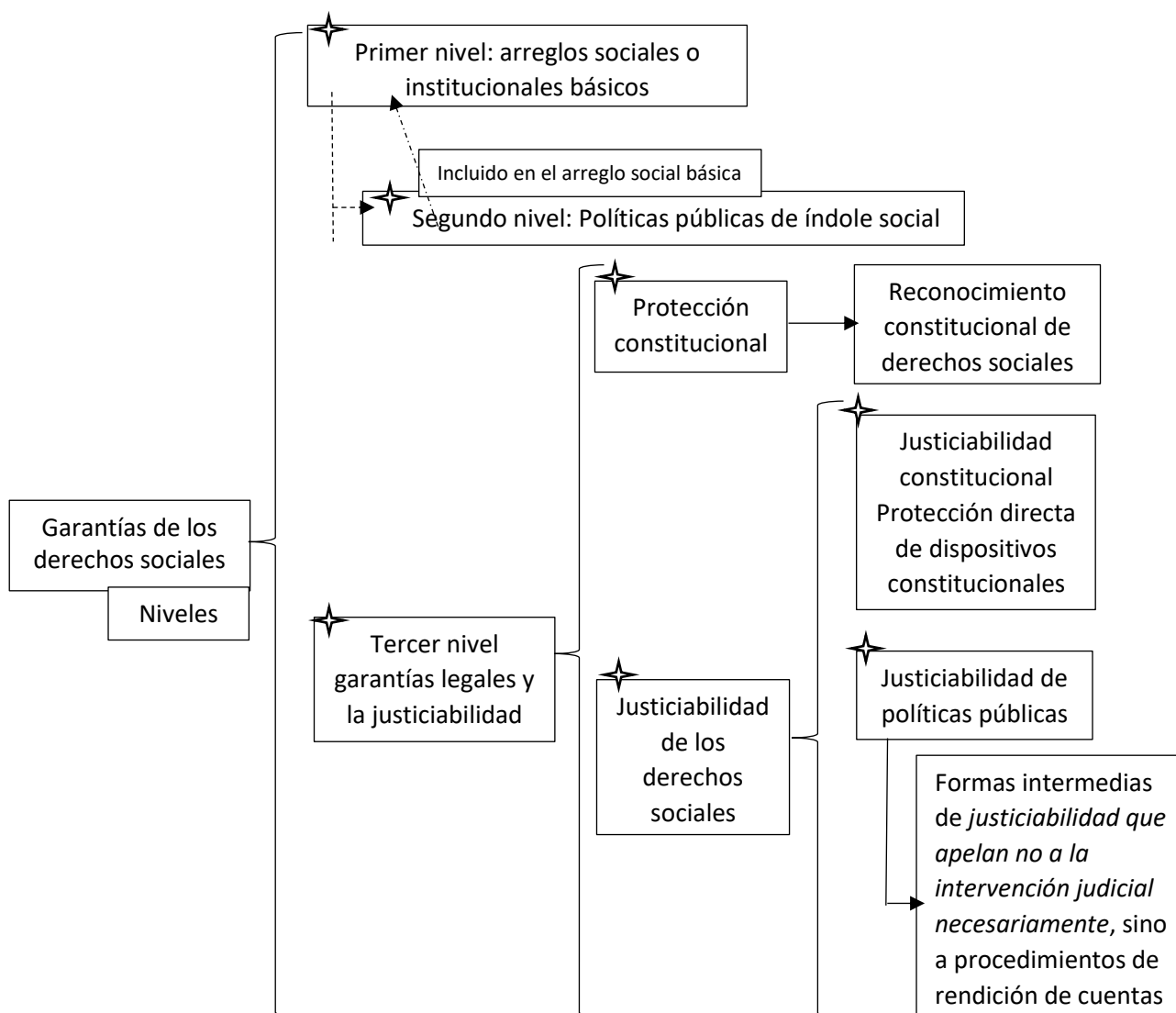
⁸⁴⁸ *Idem*, p. 219.

⁸⁴⁹ *Idem*.

(b) La relacionada con el funcionamiento y diseño de políticas sociales, y que llama “justiciabilidad de políticas públicas”.⁸⁵⁰

Esquemáticamente el modelo que propone Cruz Parceró es el siguiente:

Esquema 127. Modelo de garantías de los derechos sociales de Cruz Parceró



Algunas observaciones a este modelo son las siguientes:

⁸⁵⁰ *Idem*, p. 220.

El modelo está referido al Estado social o Estado de Bienestar, y se da a entender con ello que en otras clases de estados que no siguen las pautas del Estado benefactor no operan esos arreglos básicos. Refiere Cruz Parceró, citando a Gøsta Esping-Andersen⁸⁵¹, que el Estado de Bienestar se proyecta en tres modelos: liberal, corporativista (colectivo) y socialdemócrata, y que en cada uno la dimensión de los derechos sociales opera de manera diferente.

En el modelo liberal se “restringe el ámbito de los derechos sociales y erige un orden de estatificación que es una combinación de una relativa igualdad de pobreza entre los beneficiarios del Estado de bienestar, un bienestar diferenciado por el mercado entre las mayorías y una diferenciación política entre dos clases.”⁸⁵²

En el modelo corporativista en el que “los derechos iban anexos a la clase y estatus...De aquí también El Estado juega aquí el rol principal como proveedor de bienestar y al mercado se le deja un rol marginal...Los beneficios a los excluidos del mercado de trabajo o la familia son selectivos y escasos.”⁸⁵³

Por su parte, en el modelo socialdemócrata, “se describe como una fusión entre liberalismo y socialismo. El resultado es un modelo que hace transferencias directas a los niños, los ancianos y a quienes más necesitan ayuda,”⁸⁵⁴

⁸⁵¹ *Idem*, pp. 201-204.

⁸⁵² *Idem*, p. 202.

⁸⁵³ *Ib.*

⁸⁵⁴ *Idem*, p. 203.

Esta tipología del Estado de bienestar muestra que éste presenta tres formas genéricas respecto de las cuales, a través de estudios empíricos, se puede constatar qué tanto un Estado real se aproxima a uno u otro modelo, o, incluso, presenta contextos mixtos.

Al respecto hay que considerar que, en realidad, en cualquier clase de Estado, en cuanto a forma de organización política, hay arreglos sociales o institucionales, y algunos arreglos, con ciertas características, son más proclives al desarrollo de los derechos sociales sin ser estrictamente arreglos básicos desarrollados en un Estado Benefactor.

Del planteamiento de que un Estado Benefactor, en cualquiera de sus modelos, es más favorable o menos favorable a los derechos sociales no se sigue que sea el único tipo de Estado, en cualquiera de sus modalidades, en el que haya arreglos sociales básicos que favorezcan los derechos sociales.

Para arreglos básicos que sean favorables a los derechos sociales, inmersos en los principios de libertad, justicia e igualdad, se requieren varias condiciones entre las que destacan las exigencias democráticas (pluralismo político) y de índole económica, sin las cuales es impensable un entorno socio/estatal abocado a la <<procura existencial>>, es decir, generar las condiciones que permitan a las personas desarrollar sus planes de vida bajo pautas razonables de libertad, justicia e igualdad.

Precisamente, una de las significaciones de los derechos humanos como esfera de lo indecible (Ferrajoli), coto vedado (Garzón Valdés) o territorio inviolable (Bobbio), es que, sea cual sea la clase (o forma) de Estado que cada país asuma (y sin perder de vista que los criterios de clasificación son diversos y se traslapan), los derechos fundamentales “deben” ser la base

social y estatal primaria del arreglo social e institucional que cada Estado conforme para su desarrollo social, político, jurídico, económico, cultural y moral.

La asunción de este <<deber>> por parte de los estados, ya existe, relativamente, a nivel mundial por efecto de la Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptada por la Organización de las Naciones Unidas en 1948⁸⁵⁵, y que se extiende, complementariamente, a los sistemas regionales. Los Estados asumen asumir los derechos humanos. En esta línea de pensamiento recordemos los señalamientos de Norberto Bobbio:

“Hace tres años, en 1964, ...tuve ocasión de decir en un tono algo perentorio...que el problema grave de nuestro tiempo respecto a los derechos humanos no era el del fundamentarlos, sino el de protegerlos. Desde entonces no he tenido razón alguna para cambiar de idea. Si acaso, esa frase que, dirigida a un público de filósofos, podía tener una intención polémica...cuando he tenido que repetirla, ha podido servir como introducción...casi obligada. El problema que se nos presenta, en efecto, no es filosófico sino jurídico y, en sentido más amplio, político. No se trata de saber cuáles y cuántos son estos derechos, cuál es su naturaleza y su fundamento, si son derechos naturales o ahistóricos, absolutos o relativos, sino cuál es el modo más seguro para garantizarlos, para impedir que, a pesar de las declaraciones solemnes, sean continuamente violados. Por lo demás, cuando la Asamblea general en su última sesión acogía la propuesta de que la Conferencia Internacional de Derechos Humanos, decidida en la sesión del año anterior, se desarrollara en Teherán en la primavera de 1968, deseaba que la conferencia marcara <<un notable paso adelante en la acción realizada para alentar y extender el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales>>. Se

⁸⁵⁵ En la última parte del preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos se determina: “La Asamblea General Proclama la presente Declaración Universal de Derechos Humanos como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción.”

entiende que la existencia del <<respeto>> a los derechos humanos y a las libertades fundamentales nace de la convicción generalmente compartida de que ya están fundados: el problema del fundamento es ineludible. Pero cuando digo que el problema cada vez más urgente frente al que nos encontramos no es el problema del fundamento, sino el de las garantías, quiero decir que consideramos el problema del fundamento no como inexistente sino como, en un cierto sentido, resuelto, de tal modo que no debemos preocuparnos más de su solución. En efecto, hoy se puede decir que el problema del fundamento de los derechos humanos ha tenido su solución en la Declaración Universal de Derechos Humanos aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. La Declaración Universal de Derechos Humanos representa la manifestación de la única prueba por la que un sistema de valores puede ser considerado humanamente fundado y, por tanto, reconocido: esta prueba es el consenso general acerca de su validez..."⁸⁵⁶

Sea cual sea la forma que cada Estado adopte, pero compatible con la democracia y con los derechos humanos, y aun considerando una muy amplia gama de criterios de calificación de Estados, sean políticos, económicos, democráticos, sociales, incluso tomando en cuenta las tipologías de las formas de gobierno y que dan, también, lugar a combinaciones diversas en las que se presentan tanto formas de Estados como formas de gobierno, lo que importa es que, bajo criterios de compatibilidad con formas de Estados o de Estados y formas de gobierno, se asuma la categoría de <<Estado Constitucional de Derecho>>, la cual se constituye como una de las formas primordiales de Estado actual más proclive a los derechos fundamentales, en especial a los derechos sociales.

⁸⁵⁶ Bobbio, Norberto, *El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid, España, 1991, pp. 63-64 (Ponencia: Presente y porvenir de los derechos humanos). Palabras que actualmente no han perdido su vigencia, pues fueron dichas hace más de 50 años, y respecto de las cuales cabría señalar que el "consenso" a que alude Bobbio no implica que se esté aceptando que el consenso sustituye a la exigencia de un objetivismo moral mínimo, el cual se requiere para echar a andar la maquinaria de fundamentación última de los derechos humanos como derechos morales y sobre los que se pueden desarrollar discusiones racionales objetivas, tanto de las normas como de los valores.

El Estado Constitucional de Derecho presupone ciertos principios políticos, morales y jurídicos entre los que destacan la división de poderes, la incorporación de principios últimos y supremos en los textos constitucionales (libertad, justicia e igualdad, los cuales se proyectan en la regulación de los derechos humanos), principios democráticos y principios institucionales del propio Derecho, muestran un basamento no desplazable constituido por los Estados Constitucionales de Derecho.

Sobre el Estado Constitucional de Derecho, Manuel Atienza, mostrando que el Derecho, además de conformarse por un plano organizativo y autoritativo, representa un plano finalista y valorativo⁸⁵⁷, señala que lo que importa no es cualquier Derecho sino el Derecho del Estado Constitucional de Derecho:

“Hay, naturalmente, muchos sistemas jurídicos que obedecen a ese modelo [el del Estado Constitucional de Derecho], y que difieren entre sí en muchos aspectos. Pero todos ellos tienen también (si efectivamente se trata del Derecho de un Estado constitucional) ciertos elementos básicos en común: una serie de principios que establecen los fines y valores del sistema y en donde ocupa un lugar destacado la tabla de derechos fundamentales; y un conjunto de medios, de instituciones, diseñados para obtener finalidades utilizando recursos coactivos y burocráticos pero que

⁸⁵⁷ Ya en la nota de pie de página número 168, p. 113, de este estudio nos referimos a ello y que, por mor de la claridad de nuestra exposición, nos permitimos volver a citar: “...el Derecho no tiene solo una dimensión organizativa y autoritativa, sino también una finalista y valorativa. Este segunda, además, tiene que gozar de cierta prioridad frente a la primera, pues en otro caso se caería simplemente en el ritualismo, en conceder a los medios un papel preponderante frente a los fines. Es la razón por la que Alexy, al hablar de la << doble naturaleza del Derecho >>, pone, sin embargo, en primer lugar, la pretensión de corrección. O la que explica el cambio que se ha producido desde finales de los años setenta del siglo pasado...y que se refiere a la manera de entender los derechos humanos; curiosamente, ese cambio ha sido aceptado también por algunos autores iuspositivistas (como Laporta, Hierro o Celano) y consiste en dar prioridad a los valores sobre las normas: los derechos humanos pasan a verse, en consecuencia, como valores o bienes para cuya protección es necesario articular una red normativa; lo que podría expresarse también diciendo que los derechos humanos son fines que requieren de una cierta organización externa: de normas y sanciones.”, Atienza, Manuel, *Filosofía del Derecho y Transformación Social... Op. Cit.*, p. 45

están limitados de diversas maneras: sobre todo, por la necesidad de respetar las normas establecidas mediante procedimientos válidos lo que, en última instancia, remite a criterios de carácter democrático en los procesos de creación del Derecho; y por la existencia efectiva de algún mecanismo de separación de poderes que produzca cierto equilibrio entre los mismos: que unos controlen a otros. Ese tipo de Derecho no es, sin duda, el mejor Derecho posible, pero sí que parece ser el mejor de los que hemos conocido. Y el constitucionalismo en cuanto concepción general del Derecho se caracteriza por defender ese modelo de Derecho y por construir una teorización del mismo que cumpla tanto funciones explicativas como normativas: que permita entender nuestros Derechos y actuar con sentido en los contextos que ellos determinan, lo que incluye tanto a los operadores jurídicos -a los profesiones del derecho- como a la gente en general...El Derecho es, en parte, razón instrumental, razón técnica, pero también, en otra parte, razón práctica. Forma una unidad con los otros componentes de la racionalidad práctica: la ética y la política. Y una unidad tal que no tiene sentido relegar el Derecho a un plano de inferioridad en relación con la ética y la política...cuando se hace esto último, se incurre en algún tipo de deformación ideológica, consistente en reducir el Derecho a sus elementos coactivos y burocráticos (la organización externa de la sociedad), olvidándose de que es también un sistema de fines, y en presentar a la ética y a la política como si ellas no dependiesen para nada de los elementos de la organización externa. Creo que eso es lo que ocurre, por ejemplo, cuando se identifica la ética con el desarrollo de la autonomía humana, pero sin darse cuenta de que no pueden existir seres autónomos -realmente autónomos- sin instituciones que, entre otras cosas, regulen el uso de la coacción. O cuando se ve la política como una actividad dirigida a alcanzar una sociedad plenamente democrática, pero sin advertir tampoco que los fines presuponen medios, y que los fines y los medios (los elementos materiales y los formales de una democracia) constituyen una unidad. La función del Derecho en el contexto de la racionalidad práctica es precisamente la de servir de puente entre la ética y la política. La fórmula de Ost resulta a este respecto perfectamente aceptable: <<'civilizar' la fuerza y 'realizar' los ideales normativos que persigue una sociedad>>.”⁸⁵⁸

⁸⁵⁸ Atienza, Manuel, *Filosofía del Derecho y Transformación Social... Op. Cit.*, pp. 335-337.

Otra observación que consideramos importante tomar en cuenta sobre la justiciabilidad de las políticas públicas, tal y como lo plantea Cruz Parceró, puede llevar a equívocos. Señala este autor:

“Este tipo de justiciabilidad es más fácil de concebir en cuanto a sus límites y su contenido, precisamente porque está -o debe estar- estrechamente relacionada con el funcionamiento y diseño de las políticas sociales. Por ejemplo, el reclamo sobre el monto de una pensión o de un crédito de vivienda de un trabajador, una queja sobre el tipo de atención médica para un paciente, la expulsión de un niño de una escuela pública, etc., son el tipo de casos de este tipo de justiciabilidad. Los jueces y tribunales se convierten en un poder asociado al mantenimiento de la legalidad o, en algunos casos, un poder para resolver casos de contradicciones y de lagunas jurídicas. La justiciabilidad en este sentido es solo parte de la forma en que debe funcionar un Estado de derecho. Los recursos jurídicos son en este sentido un *refuerzo* de las garantías que funcionan en el segundo nivel de nuestra distinción.”⁸⁵⁹

Nos parece que hay que distinguir entre el posible efecto indirecto de la justiciabilidad sobre las políticas sociales y, de haberlos, respecto de los programas de política pública en materia social, y el objetivo directo de la justiciabilidad en los casos de derechos sociales o, incluso, en el alegato de la violación de algún derecho individual que está implicando la violación de un derecho social⁸⁶⁰.

El cuestionamiento tiene que ver con el hecho de que el juez constitucional, en casos como los que refiere dicho autor, no enjuicia directamente políticas sociales o programas de política pública en materia social, sino que analiza la constitucionalidad de una norma, un acto, una omisión o un

⁸⁵⁹ Cruz Parceró, Juan Antonio, *Hacia una Teoría Constitucional...* Op. Cit., p. 223.

⁸⁶⁰ Véase: Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles...* Op. Cit., pp. 168-249. Estos autores tratan estrategias de exigibilidad de los derechos sociales mediante algunas vías indirectas, es decir, aducir la violación de un derecho individual e implícitamente reclamar la vulneración de un derecho social.

estado de cosas, es decir, si se vulnera algún derecho humano, sea individual o social. Parece ser que en este punto habría que precisar que en lugar de hablar de “la justiciabilidad de políticas públicas” sería mejor señalar que se trata de una justiciabilidad con efectos indirectos en políticas sociales o en programas de política pública (quizá el planteamiento lo que busca es dar un sentido similar a lo que se conoce como sentencias con efectos estructurales⁸⁶¹). En este punto hay que considerar que una cosa es el planteamiento de violación de un derecho humano y otra cosa, distinta, es el planteamiento de que el juez constitucional esté habilitado o capacitado para evaluar políticas públicas.⁸⁶²

⁸⁶¹ Un ejemplo paradigmático es la sentencia T-760 de 2008 dictada por la Corte Constitucional de Colombia. En esta, a decir de Henrik López Sterup “Una de las principales dificultades con la protección de los derechos prestacionales particularmente cuando se trata de omisiones es el hecho de que en muchas ocasiones la causa de la violación de los derechos se traduce en violaciones de los derechos de personas que no han demandado protección judicial, lo que lleva a dos problemas distintos. Uno, de igualdad, pues quien no ha demandado queda excluido de una solución que le debería ser extensible y, dos, puede generar una avalancha de demandas de protección que tendrían un impacto negativo sobre el funcionamiento de la administración de justicia. Para enfrentar tales situaciones la Corte Constitucional de Colombia ha apuntado a diversas soluciones. En algunos casos ha optado por acumular procesos, a fin de otorgar una solución igualitaria a todos los demandantes. En otros, ha acudido a la figura del *estado de cosas inconstitucional*. En la sentencia T-760 de 2008, aunque se habían acumulado varios procesos, ellos no eran más que gotas de agua dentro del mar de demandas. La solución del tribunal estudiado fue más allá y ordenó la adopción de cambios normativos.”, López Sterup, Henrik, *Justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales a partir de la praxis judicial: evaluación sobre el impacto en la consolidación de una democracia constitucional*, Tesis Doctoral, Universidad de Alicante, España, junio de 2015, p. 292. Sobre las medidas (órdenes) estructurales que dictó la Corte Constitucional Colombiana en dicha sentencia, véase en la misma obra citada el apartado 4.2.2., pp. 308-313. Nosotros no conocemos sentencia alguna de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México parecida y, sobre todo, que reconozca un <<estado de cosas inconstitucional>>. De este señalamiento no se sigue que varias resoluciones de nuestra Corte no hayan tenido o tengan impacto en algunas actividades de la administración pública, sea federal o local, incluso municipal, pero el impacto es muy modesto.

⁸⁶² Véase Acuña, Juan Manuel, *Justicia constitucional y políticas públicas...Op. Cit.* El razonamiento de este autor es el siguiente: “El límite que tendría la justicia constitucional para ejercer el control de las políticas públicas podría estar trazado por las directrices que establecen normas de fin para los poderes del Estado, pero someten la consecución de esos fines a la discrecionalidad política de las autoridades. Ahora bien, si esas directrices han sido desarrolladas legislativamente y este desarrollo ha generado la reglamentación de la actividad administrativa y el desarrollo de políticas públicas sociales, la justicia constitucional se encuentra habilitada para desarrollar su labor de control.”, p. 278.

Asimismo, dentro de la categoría de la justiciabilidad de políticas públicas, Cruz Parceró maneja un nivel o formas intermedias de justiciabilidad al referirse a garantías que “apelan no a la intervención judicial necesariamente, sino procedimientos de rendición de cuentas (*accountability*) de las agencias encargadas del diseño y ejecución de políticas sociales, o a la intervención de instituciones no jurisdiccionales como la del *Ombudsman*, que suelen ser más ágiles y eficientes que los procesos administrativos o judiciales normales.”⁸⁶³. El equívoco es considerar que garantías no judiciales, sean jurisdiccionales o no jurisdiccionales, sean una forma de garantía vía justiciabilidad⁸⁶⁴. La justiciabilidad implica

Nos sumamos a esta conclusión, la cual opera plenamente en el espacio de la justiciabilidad, una justiciabilidad que tiene por objeto el control de la constitucionalidad y de la convencionalidad de políticas públicas sociales. Una cuestión es que, *prima facie*, los jueces constitucionales estén “habilitados” para ese control y otra cuestión muy distinta es si las resoluciones judiciales en materia de derechos sociales están implicando el control de las políticas públicas sociales (cuestión que requiere la revisión de resoluciones judiciales en materia de derechos sociales y que conforma un tema pendiente de estudio en México).

⁸⁶³ *Idem*, p. 224. La alusión al Ombudsman -Comisión Nacional de Derechos Humanos y sus equivalentes locales-, muestra la importancia de la justiciabilidad en sentido estricto, es decir, que no se trata de justiciabilidad. Este órgano “investiga” violaciones a derechos humanos y a través de sus recomendaciones pone en el banquillo de los acusados políticas públicas. Por referir un ejemplo, destaca el caso de la recomendación en materia de áreas naturales protegidas por la que directamente se evalúa la política pública en dicha materia. Véase: Recomendación General número 26 sobre la falta y/o actualización de programas de manejo en áreas naturales protegidas de carácter federal y su relación con el goce y disfrute de diversos derechos humanos, del 13 de abril de 2016; https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/doc/Recomendaciones/Generales/RecGral_026.pdf

⁸⁶⁴ El error reside, implícitamente, en no diferenciar lo judicial y lo jurisdiccional y hacerlos equivalentes. Nuestro análisis muestra que es indispensable diferenciar lo judicial de lo jurisdiccional, sobre todo para comprender los diseños institucionales que se desarrollan en cada país. No está de más señalar que en la práctica jurídica es común (a diestra y siniestra) utilizar la equivalencia mencionada. Otro ejemplo de la no diferenciación mencionada la encontramos en el excelente artículo de Alejandro Días Pérez sobre el derecho a la salud en el que al no distinguir entre lo judicial y lo no judicial y que en cualquiera de éstos pueden darse controles jurisdiccionales o no jurisdiccionales, comete el error de hacer equivalente lo judicial con lo jurisdiccional. Sus palabras: “El presente trabajo se enclava en ese contexto, mediante el análisis pormenorizado de cómo los órganos no judiciales o jurisdiccionales de protección de los derechos humanos, específicamente en México, funcionan como entidades que abonan a la justiciabilidad del derecho a la salud, considerándolos como una posible alternativa en una sociedad democrática, frente a los posibles vacíos que pudieran existir en los mecanismos judiciales. Hacer efectiva la justiciabilidad del derecho a la salud mediante salvaguardias

necesariamente la evaluación de una autoridad judicial/jurisdiccional (juez constitucional) y lo que no entre en este cajón, sencillamente no es justiciabilidad.⁸⁶⁵

De lo señalado sobre la exigencia y procesos de justibilidad, resulta evidente que ésta requiere, necesariamente, desarrollarse de manera ordenada y sistemática, y aquí es donde opera el Sistema Maestro de Control Omnicomprensivo de la Actividad Estatal. Éste, además de ser un medio organizacional cuya función es la de posibilitar alcanzar fines valiosos, implica en su operatividad proyectar la pretensión de corrección, pretensión que evidencia que entre Derecho y Moral existe una relación conceptualmente necesaria. Así, en el apartado siguiente desarrollamos cómo opera la pretensión de corrección del Derecho que subyace al mencionado sistema y que conlleva la relación conceptualmente necesaria entre Derecho y Moral.

administrativas abona en la ampliación de las formas de acceso a la justicia para las personas que sufren violaciones a sus derechos, desmitifica las objeciones a la exigibilidad de este tipo de derechos, y reivindica a la protección de la salud en el papel relevante que tiene, en el marco de una concepción liberal de la sociedad actual.”, Díaz Pérez, Alejandro, “Reflexiones sobre la protección no judicial del derecho a la salud”, en *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 28, enero-junio de 2019, pp. 35-70. Bajo nuestro esquema omnicomprensivo, la labor de la Comisión Nacional de Derechos Humanos es no judicial no jurisdiccional y se enmarca bajo los parámetros de la <<justibilidad>> en sentido estricto.

⁸⁶⁵ De nuestra propuesta de justibilidad se desprende que toda justiciabilidad es justibilidad, pero no toda justibilidad es justiciabilidad, y es así porque la justibilidad en sentido estricto implica procedimientos no judiciales, jurisdiccionales o no jurisdiccionales, por los que directamente se evalúan, entre otras cosas, programas de política pública en materia social y se posibilita determinar su justicia o injusticia, su equidad o inequidad.

B. El Sistema Maestro de Control Omnicomprensivo de la Actividad Estatal como proyección integral de la pretensión de corrección y de la vinculación conceptualmente necesaria entre Derecho y Moral

Hemos señalado que el Sistema Maestro de Control Omnicomprensivo de la Actividad Estatal existe para alcanzar fines y realizar valores, lo que implica que dicho sistema tiene carácter instrumental, es decir, es un medio, entre otros, por el que se establecen mecanismos, procedimientos y organizaciones institucionales con base en los cuales determinar si normas, actos, omisiones o estados de cosas son conformes con los fines y valores - principios- del Estado Constitucional de Derecho, y del orden internacional en materia de derechos humanos (Derecho Internacional de los Derechos Humanos).

La conexión entre fines y valores y el control de la constitucionalidad y de la convencionalidad está vinculada con la relación entre Derecho y Moral. ¿De dónde derivamos u obtenemos cuáles fines y cuáles valores constituyen el parámetro de evaluación que se lleva a cabo en el proceso de control de la constitucionalidad y de la convencionalidad?: están en la Moral. La relación entre Derecho y Moral puede verse de dos formas: (i) una relación contingente o (ii) una relación conceptualmente necesaria.

En la perspectiva de una relación contingente entre Derecho y Moral se implica que se acepta que hay relaciones, pero el Derecho, en sí, no incorpora para su operatividad elementos morales, es decir, no los necesita y, por tanto, los fines y valores que se plantea perseguir el Derecho, básicamente, sólo son los que el Derecho, como instrumento de control de la conducta humana, tiene de suyo: la seguridad jurídica y la eficacia son primordialmente los valores que el Derecho debe preservar.

Las cosas cambian completa y radicalmente bajo una perspectiva en la que se considera que la relación entre Derecho y Moral es conceptualmente necesaria. Si superamos el positivismo y otras concepciones del Derecho que marginan los fines y valores que debe perseguir el Derecho, siguiendo a Manuel Atienza, "lo que queda", son un conjunto de tesis sobre las que debemos trabajar para mejorar la práctica teórica y la teoría práctica del Derecho⁸⁶⁶. De estas tesis nos interesan la 8 y la 10:

⁸⁶⁶ Las tesis son las siguientes: "1) La importancia otorgada a los principios como ingrediente necesario -además de las reglas- para comprender la estructura y el funcionamiento de un sistema jurídico. 2) La tendencia a considerar las normas -reglas y principios- no tanto desde la perspectiva de su estructura lógica, cuánto a partir del papel que juegan en el razonamiento práctico. 3) La idea de que el Derecho es una realidad dinámica y que consiste no tanto -o no tan sólo- en una serie de normas o de enunciados de diverso tipo, cuanto -o también- en una práctica social compleja que incluye, además de normas, procedimientos, valores, acciones, agentes, etc. 4) Ligado a lo anterior, la importancia que se concede a la interpretación que es vista, más que como resultado, como un proceso racional y conformador del Derecho. 5) El debilitamiento de la distinción entre lenguaje descriptivo y prescriptivo y, conectado con ello, la reivindicación del carácter práctico de la teoría y de la ciencia del Derecho, las cuales no pueden reducirse ya a discursos meramente descriptivos. 6) El entendimiento de la validez en términos sustantivos y no meramente formales: para ser válida, una norma debe respetar los principios y derechos establecidos en la Constitución. 7) La idea de que la jurisdicción no puede verse en términos simplemente legalistas -de sujeción del juez a la ley- pues la ley debe ser interpretada de acuerdo con los principios constitucionales. 8) La tesis de que entre el Derecho y la Moral existe conexión no sólo en cuanto al contenido, sino de tipo conceptual o intrínseco; incluso aunque se piense que la identificación del Derecho se hace mediante algún criterio como el de la regla de reconocimiento hartiana, esa regla incorporaría criterios sustantivos de carácter moral y, además, la aceptación de la misma tendrá necesariamente un carácter moral. 9) La tendencia a una integración entre las diversas esferas de la razón práctica: el Derecho, la moral y la política. 10) Como consecuencia de lo anterior, la idea de que la razón jurídica no es sólo razón instrumental, sino razón práctica (no sólo sobre medios, sino también sobre fines); la actividad del jurista no está guiada -o no está guiada exclusivamente- por el éxito, sino por la idea de corrección, por la pretensión de justicia. 11) La difuminación de las fronteras entre el Derecho y el no Derecho y, con ello, la defensa de algún tipo de pluralismo jurídico. 12) La importancia puesta en la necesidad de tratar de justificar racionalmente las decisiones -y, por tanto, en el razonamiento jurídico- como característica esencial de una sociedad democrática. 13) Ligado a lo anterior, la convicción de que existen criterios objetivos (como el principio de universalidad o el de coherencia o integridad) que otorgan carácter racional a la práctica de la justificación de las decisiones, aunque no se acepte la tesis de que existe una respuesta correcta para cada caso. 14) La consideración de que el Derecho no es sólo un instrumento para lograr objetivos sociales, sino que incorpora valores morales y que esos valores no pertenecen simplemente a una determinada moral social, sino a una moral racionalmente fundamentada, lo que lleva también

8) La tesis de que entre el Derecho y la Moral existe conexión no sólo en cuanto al contenido, sino de tipo conceptual o intrínseco; incluso aunque se piense que la identificación del Derecho se hace mediante algún criterio como el de la regla de reconocimiento hartiana, esa regla incorporaría criterios sustantivos de carácter moral y, además, la aceptación de la misma tendrá necesariamente un carácter moral.

10) Como consecuencia de lo anterior, la idea de que la razón jurídica no es sólo razón instrumental, sino razón práctica (no sólo sobre medios, sino también sobre fines); la actividad del jurista no está guiada -o no está guiada exclusivamente- por el éxito, sino por la idea de corrección, por la pretensión de justicia.”⁸⁶⁷

En los siguientes incisos analizaremos estas tesis, pero invertiremos el orden de presentación y comenzaremos por la tesis 10 y luego por la tesis 8.⁸⁶⁸

1. Pretensión de corrección y Sistema Maestro de Control Omnicomprensivo de la Actividad Estatal

La significación de la conexión conceptualmente necesaria es inherente a la definición del Derecho y se traduce en considerar que uno de los elementos definitorios del derecho es la moral universalista, es decir, el núcleo intensional del concepto del Derecho incluye elementos de esa moral. Además, la tesis de la conexión necesaria conceptual está íntimamente vinculada a la pretensión de corrección del Derecho que también es un elemento de la definición del concepto del Derecho.

en cierto modo a relativizar la distinción entre normal positiva y moral crítica.”, Atienza, Manuel, *El Derecho como argumentación...Op. Cit.*, pp. 57-58.

⁸⁶⁷ Atienza, Manuel, *El Derecho como argumentación...Op. Cit.*, pp. 57-58.

⁸⁶⁸ Si el Derecho es uno de los grandes actos de habla del ser humano y como tal implica la corrección o rectitud de sus normas, acciones, omisiones y estados de cosas, entonces tal corrección tiene que estar referida a algún parámetro conforme al cual llevar a cabo la corrección pertinente y oportuna. Por tanto, la cuestión de la corrección se traslada a la determinación de ese parámetro y el candidato incontestable es la Moral; nos parece que el primer entendimiento es considerar la pretensión de corrección.

Como se desprende de lo señalado, la pretensión de corrección es uno de los elementos fundamentales de la tesis de la conexión conceptualmente necesariamente entre Derecho y Moral, por lo que para un mejor entendimiento nos parece importante exponer los elementos teóricos sobre los que dicha pretensión funciona.

¿Cuál es la significación de que el derecho plante una pretensión de corrección? De acuerdo con Alexy:

En sentido estricto, las pretensiones sólo pueden plantearlas sujetos capaces de actuar y de hablar. De ahí que el Derecho, en la medida en que se contemple como un sistema de normas, no pueda plantear pretensión alguna, según ha puesto acertadamente de relieve N. MacCormick. Que el Derecho plantee una pretensión de corrección sólo puede significar, por tanto, que la plantean aquellos que intervienen en el Derecho, y actúan por él, al crearlo, interpretarlo, aplicarlo y hacerlo cumplir. Los casos paradigmáticos son el del legislador y el del juez. Que ellos planteen esa pretensión significa, primero, que a sus actos institucionales -es decir, a las decisiones legislativas y a las sentencias judiciales- está unido el acto no institucional de aserción o afirmación de que el acto jurídico es procedimental y materialmente correcto. La corrección implica justificabilidad. Luego la pretensión de corrección incluye, en segundo lugar, una aseveración de justificabilidad. Como tercer elemento, a la afirmación y a la aseveración se suma la expectativa de que todo aquel que se sitúe en el punto de vista del correspondiente sistema jurídico y sea razonable aceptará el acto jurídico como correcto. El planteamiento de una pretensión de corrección, por consiguiente, se compone de la tríada de: 1) afirmación de la corrección, 2) aseveración de la justificabilidad, y 3) expectativa de aceptación. Esta tríada no se halla unida solamente a actos institucionales como las decisiones legislativas y las sentencias judiciales. Cualquiera que, en cuanto participante en un sistema jurídico —por ejemplo, como abogado ante un tribunal o como ciudadano dentro de un debate público—, aduzca argumentos a favor o en contra de determinados contenidos de dicho sistema estará planteando la pretensión integrada por la afirmación de la corrección, la aseveración de la justificabilidad y la expectativa de aceptación.”⁸⁶⁹

⁸⁶⁹ Alexy, Robert, “Los principales elementos de mi Filosofía del Derecho”, en Alexy, Robert, *La doble naturaleza del Derecho*, Op. Cit, pp. 26-27.

a) La pretensión de corrección es inherente a los actos de habla regulativos (normativos) y de juicios de valor

La pretensión de corrección es inherente a los usuarios -participantes- del Derecho, y éstos, primordialmente, a través de actos lingüísticos, hacen real el Derecho. Así como en el Derecho hay una dimensión política, ética, social, económica, por mencionar algunas de las más relevantes, hay una dimensión lingüística de gran relevancia, por no decir imprescindible.

Asimismo, las prescripciones, junto con los enunciados descriptivos, los enunciados interrogativos, los enunciados exclamativos y los enunciados realizativos, conforman el elenco básico de las funciones del lenguaje. El Derecho se vale de todos ellos para realizarse.

Del planteamiento de una pretensión de corrección derivan consecuencias muy importantes para el Derecho. Dicha pretensión es tributaria de diversas teorías de naturaleza lingüística.

Nos interesa referir algunas de ellas, las cuales consideramos que juegan un papel primordial para el entendimiento de la pretensión de corrección. Así, destacan la teoría de los actos de habla (Austin⁸⁷⁰, Searle⁸⁷¹), de la teoría de la argumentación (Toulmin⁸⁷²), y de la teoría de la acción comunicativa (Habermas⁸⁷³).

⁸⁷⁰ Austin, John L., *Cómo hacer cosas con palabras. Palabras y acciones*, Paidós, Barcelona, España, 1971 [Esta obra es la compilación de 12 conferencias dictadas por Austin en la Universidad de Harvard en 1955]

⁸⁷¹ Searle, John, *Actos de habla. Ensayo de filosofía de lenguaje*, Planeta-Agostini, México, 1994 [obra original de 1969]

⁸⁷² Toulmin, Stephen, *Los usos de la argumentación*, (edición actualizada, 2002) Península, España, 2007 (obra original de 1957)

⁸⁷³ Habermas, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa I. Racionalidad de la acción y racionalización social*, Taurus, 1987.

i) John L. Austin.

John Langshaw Austin, realizó, a decir de Genaro R. Carrió y Eduardo A. Rabossi, estudios de “filosofía del lenguaje ordinario”⁸⁷⁴, respecto de los cuales nos interesan los actos de habla realizativos y la función “se sigue”.

En relación con los actos de habla realizativos, Austin señala:

“Durante mucho tiempo los filósofos, han presupuesto que el papel de un ‘enunciado’ sólo puede ser “describir” algún estado de cosas, o ‘enunciar algún hecho’, con verdad o falsedad. Es cierto que los gramáticos han señalado siempre que no todas las ‘oraciones’ son (usadas para formular) enunciados: tradicionalmente, junto a los enunciados (de los gramáticos) hay también preguntas y exclamaciones, y oraciones que expresan órdenes o deseos o permisiones. Y los filósofos no se han propuesto negarlo, pese a algún empleo poco riguroso de ‘oración’ para significar ‘enunciado’. Sin duda, también, tanto los gramáticos como los filósofos han caído en la cuenta de que ni siquiera es en modo alguno fácil distinguir las preguntas, las órdenes, etc, de los enunciados por medio de los escasos e insatisfactorios criterios gramaticales disponibles, tales como el orden de las palabras, el modo verbal, etc., aunque quizá no ha sido común detenerse en las dificultades que este hecho obviamente suscita...”

El tipo de expresión lingüística que hemos de considerar aquí, no es en general un tipo de sinsentido; aunque, como veremos, el mal uso de ella puede originar variedades especiales de ‘sinsentido’. Más bien pertenece a la segunda clase: a la de las expresiones lingüísticas que se disfrazan. Pero en modo alguno se disfraza necesariamente de enunciado fáctico, descriptivo o ‘constatativo’. Sin embargo, es bastante común que así lo haga y, curiosamente, que ello ocurra cuando asume su forma más explícita...

Comenzaremos, pues, poniendo como ejemplos algunas expresiones lingüísticas que no pueden ser subsumidas en ninguna categoría *gramatical* admitida hasta ahora, excepto la de ‘enunciado’. Dichas expresiones no son un sinsentido, y no contienen ninguna de esas señales de peligro verbales que los filósofos han descubierto, o creen haber descubierto. Me refiero a palabras curiosas como ‘bueno’ o ‘todos’, a verbos sospechosos tales como ‘poder’ o ‘deber’, y a construcciones dudosas tales

⁸⁷⁴ Austin, John L., *Cómo hacer cosas con palabras...* Op. Cit., p. 8.

como las de los enunciados hipotéticos. Todos nuestros ejemplos tendrán, como se verá, verbos en la primera persona del singular del presente indicativo en la voz activa. Se pueden hallar expresiones que satisfacen estos requisitos y que, sin embargo: A) no ‘describen’ o ‘registran’ nada, y no son ‘verdaderas o falsas’; y B) el acto de expresar la oración es realizar una acción, o parte de ella, acción que a su vez no sería *realmente* descripta como consistente en decir algo...

E.a) ‘Sí, juro (desempeñar el cargo con lealtad, honradez, etc.)’, expresado en el curso de la ceremonia de asunción de un cargo.

E.b) ‘Bautizo este barco *Queen Elizabeth*’, expresado al romper la botella de champaña contra la proa.

E.c) ‘Lego mi reloj a mi hermano’, como cláusula de un testamento.

E.d) ‘Te apuesto cien pesos a que mañana va a llover’.

En estos ejemplos parece claro que expresar la oración (por supuesto que en las circunstancias apropiadas) no es describir ni *hacer* aquello que se diría que hago al expresarme así, o enunciar que lo estoy haciendo: es hacerlo. Ninguna de las expresiones mencionadas es verdadera o falsa; ...Puede ocurrir que la expresión lingüística ‘sirva para informar a otro’, pero esto es cosa distinta. Bautizar el barco es decir (en las circunstancias apropiadas) la palabra ‘Bautizo...’ Cuando, con la mano sobre los Evangelios y en presencia del funcionario apropiado, digo ‘Sí, juro’, no estoy informando acerca de un juramento; lo estoy prestando.

¿Cómo llamaremos a una oración o a una expresión de este tipo? Propongo denominarla *oración realizativa* o expresión realizativa o, para abreviar, ‘un realizativo’... Deriva, por supuesto, de ‘realizar’, que es el verbo usual que se antepone al sustantivo ‘acción’. Indica que emitir la expresión es realizar una acción y que ésta no se concibe normalmente como el mero decir algo.”⁸⁷⁵

Una vez establecido en qué consiste un enunciado realizativo, Austin propone una serie de criterios o reglas para su adecuado funcionamiento⁸⁷⁶.

⁸⁷⁵ Austin, John L., *Cómo hacer cosas con palabras...* Op. Cit., pp. 41-47 (de la conferencia I)

⁸⁷⁶ Austin propone una especie de curso de acción para que los actos realizativos tengan éxito. Las reglas son las siguientes: “A.1) Tiene que haber un procedimiento convencional aceptarlo, que posea cierto efecto convencional; dicho procedimiento debe incluir la emisión de ciertas palabras por parte de ciertas personas un en ciertas circunstancias. Además, A.2) en un caso dado, las personas y circunstancias particulares deben ser las apropiadas para recurrir al procedimiento particular que se emplea. B.1) el procedimiento debe llevarse a cabo por todos los participantes en forma correcta, y B.2) en todos sus pasos. r.1) En aquellos casos en que, como sucede a menudo, el procedimiento requiere que quienes lo usan tengan ciertos pensamientos o sentimientos, o está dirigido a que

La violación de estas reglas lleva a que la expresión realizativa sea infortunada. Los infortunios pueden ser desaciertos si la violación de la regla se refiere a la existencia del acto de habla realizativo, es decir, respecto de los elementos constitutivos del acto para que exista como tal, pero si una vez que se lleva a cabo el acto realizativo de forma adecuada (es decir, no hay desacierto), se viola alguna de las reglas relativas a los pensamientos, sentimientos o intenciones de quien enuncia el acto de habla realizativo, el infortunio puede referirse a un abuso en la utilización del acto de habla realizativo. Los desaciertos y los abusos configuran la doctrina de los infortunios⁸⁷⁷.

Para efectos de nuestro objeto de estudio, tienen relevancia los infortunios que Austin refiere como abusos y que divide en actos realizativos insinceros y de incumplimiento⁸⁷⁸. En éstos el acto no es nulo, pero sigue siendo desafortunado. De la regla que requiere que quien profiera un enunciado realizativo tenga determinados pensamientos, sentimientos o intenciones⁸⁷⁹, Austin da varios ejemplos. Nos interesan los pensamientos y las intenciones. En relación con los pensamientos expone el ejemplo siguiente: "'Lo declaro inocente' o 'lo absuelvo' dicho cuando creo que la persona en cuestión es culpable"⁸⁸⁰. Este acto no es nulo, pero es insincero⁸⁸¹.

sobrevenga cierta conducta correspondiente de algún participante, entonces quien participa en él y recurre así al procedimiento debe tener en los hechos tales pensamientos o sentimientos, o los participantes deben estar animados por el propósito de conducirse de la manera adecuada, y, además, r.2) los participantes tienen que comportarse efectivamente así en su oportunidad.", Austin, John L., *Cómo hacer cosas con palabras...Op. Cit.*, pp. 55-56 (de la conferencia II)

⁸⁷⁷ *Idem*, pp. 55-59.

⁸⁷⁸ *Idem*, pp. 81 y sig. (Conferencia IV)

⁸⁷⁹ La regla es la r.1), citada en la nota 416.

⁸⁸⁰ *Idem*, p. 82. Al respecto, Austin señala un paralelo con un elemento de la mentira en cuanto "es una ocasión de llevar a cabo un acto lingüístico de tipo asertivo", p. 82-83.

⁸⁸¹ *Idem*, p. 82.

Por lo que hace a las intenciones⁸⁸², elemento que nos interesa en especial, ejemplifica así:

“Los siguientes son ejemplos de casos en los que no se tienen las intenciones requeridas:
‘Te prometo’, dicho cuando no me propongo hacer lo que prometo;
‘te apuesto’, dicho cuando no tengo intenciones de pagar.
‘Declaro la guerra’, dicho cuando no tengo intenciones de luchar.”⁸⁸³

Más adelante (conferencia IV) Austin examina los enunciados constatativos (que él prefiere llamarlos así en lugar de descriptivos) y los enunciados realizativos:

“...cuando decimos ‘te prometo’ podíamos en algún sentido *implicar* que se dan muchas cosas, pero esto es completamente distinto de afirmar que la expresión te prometo es un enunciado, verdadero o falso, que dice que tales cosas son así (p. 88)...
[...] en los casos comunes, por ejemplo el de correr, es el hecho de que alguien esté corriendo lo que hace que el enunciado de que está corriendo sea *verdadero*; o si no, que la verdad de la expresión constatativa ‘él está corriendo’ depende de que esté corriendo. Mientras que en nuestro caso es la fortuna del realizativo ‘le pido disculpas’ lo que constituye el hecho de que estoy pidiendo disculpas, y mi realización satisfactoria del acto de pedir disculpas depende de la fortuna de la expresión realizativa ‘le pido disculpas’. Esta es una manera en la que podríamos justificar la distinción ‘realizativo-constatativo’, esto es, la distinción entre hacer y decir.”⁸⁸⁴

Enseguida Austin analiza las implicaciones y las presuposiciones de un enunciado constatativo y las de un enunciado realizativo. Sin entrar en

⁸⁸² De la regla *r.1*), citada en la nota 416, las intenciones del acto de habla realizativo radica en que “está dirigido a que sobrevenga cierta conducta correspondiente de algún participante, entonces quien participa en él y recurre así al procedimiento debe tener en los hechos... el propósito [es decir, la intención] de conducirse de la manera adecuada.”, Austin, John L., *Cómo hacer cosas con palabras...Op. Cit.*, p. 56 (de la conferencia II)

⁸⁸³ *Idem*, p. 83.

⁸⁸⁴ *Idem*, p. 90

detalles entre las diferencias entre suposición e implicación⁸⁸⁵, en una segunda revisión, señala:

“Consideremos ‘implica’ y ‘presupone’ otra vez.

Implica

Supongamos que digo ‘el gato está sobre el felpudo’ cuando no es el caso que creo que el gato está sobre el felpudo. ¿Qué diríamos

⁸⁸⁵ *Idem*, En un primer examen, Austin señala:

“1. *Implica lógicamente* (‘Se sigue’)

De ‘todos los hombres se sonrojan’ se sigue ‘algunos hombres se sonrojan’. No podemos decir ‘todos los hombres se sonrojan pero algunos hombres no se sonrojan’, o ‘el gato está debajo del felpudo y el gato está sobre el felpudo’ o ‘el gato está sobre el felpudo y no está sobre el felpudo’. En estos casos de la primera cláusula se sigue la contradicción de la segunda.

2. *Implica*

El hecho de que yo diga ‘el gato está sobre el felpudo’ implica realmente que yo creo que está allí, en un sentido de ‘implica’ que ya advirtió G. E. Moore. No podemos decir ‘el gato está sobre el felpudo pero yo no lo creo’. (Este en realidad no es el uso ordinario de ‘implica’...)

3. *Presupone*

‘Todos los hijos de Juan son calvos’ presupone que Juan tiene hijos. No podemos decir ‘todos los hijos de Juan son calvos pero Juan no tiene hijos’...

Frente a estos casos existe un sentimiento común de que se incurre en un abuso. Pero para abarcarlos no podemos usar un término general como ‘implica’ o ‘contradicción’ porque hay grandes diferencias... Hay más maneras de abusar del lenguaje que la de incurrir simplemente en contradicción...

1. *Implica lógicamente*. (‘Se sigue’)

Si de p se sigue q, entonces de -q se sigue -p. Si de ‘el gato está sobre el felpudo’ se sigue ‘el felpudo está debajo del gato’, entonces de ‘el felpudo no está debajo del gato’ se sigue ‘el gato no está sobre el felpudo’. Aquí, de la verdad de una proposición se sigue la verdad de otra, o la verdad de una proposición es incompatible con la verdad de otra.

2. *Implica*

Esto es diferente: si el hecho de decir que el gato está sobre el felpudo implica que creo que es así, no es el caso que si no creo que el gato está sobre el felpudo ello implica, en lenguaje ordinario, que el gato no está sobre el felpudo. Aquí no nos ocupamos de la incompatibilidad de proposiciones; ellas son perfectamente compatibles. Puede ser el caso de que el gato esté sobre el felpudo pero que yo no crea que está. Pero en el otro caso no podemos decir ‘puede ocurrir que el gato esté sobre el felpudo pero que, al mismo tiempo, el felpudo no esté debajo del gato’. Aquí lo que no es posible es decir ‘el gato está sobre el felpudo’ y añadir ‘pero yo no lo creo’. La aserción implica una creencia.

3. *Presupone*

También aquí la situación es distinta de los casos que podemos afirmar que de una proposición se sigue otra. Si ‘los hijos de Juan son calvos’ presupone que Juan tiene hijos; no es verdad que el hecho de que Juan no tenga hijos presuponga que los hijos de Juan son calvos. Además, tanto ‘los hijos de Juan son calvos’ como ‘los hijos de Juan no son calvos’ presuponen por igual que Juan tiene hijos. Pero no es el caso de que tanto de ‘el gato está sobre el felpudo’ como de ‘el gato no está sobre el felpudo’ se sigue que el gato está debajo del felpudo. pp. 90-93.

entonces? Claramente es un caso de *insinceridad*. En otras palabras, aquí el infortunio está afectando un enunciado, exactamente de la misma manera en que el infortunio infecta 'te prometo' cuando digo esto y no tengo la intención, no creo, etc. La insinceridad de una afirmación es la misma que la de una promesa. 'Prometo pero no tengo la intención de hacer lo prometido' es paralelo a 'esto es así pero yo no lo creo'. decir 'prometo' sin tener la intención, etc., es paralelo a decir 'esto es así' sin creerlo.

Presuposición

...Podría ocurrir que la manera en la cual de una proposición se sigue otra no difiere de la manera en que de 'prometo' ('me comprometo') se sigue 'yo debo'. No es lo mismo pero es paralelo: 'prometo pero no debo' es paralelo a 'es y no es'. Decir 'prometo' pero no realizar el acto prometido es paralelo a decir simultáneamente 'es' y 'no es'. Tal como el propósito de la afirmación se frustra por una contradicción interna (cuando *a la vez* equiparamos y contraponemos y de esa manera anulamos o neutralizamos el procedimiento) así también el propósito de un contrato se frustra si decimos 'prometo pero no debo'. Esta expresión me comprometo y cancela el compromiso. Es un proceso que se auto-anula...

En conclusión...no podemos limitar nuestra atención a la proposición en juego...Tenemos que considerar la situación total en que la expresión es emitida -el acto lingüístico total- para poder ver el paralelo que hay entre los enunciados y las expresiones realizativas...Quizá en verdad, no hay una gran diferencia entre los enunciados y las expresiones realizativas."⁸⁸⁶

¿Qué obtenemos de los estudios de Austin?: el germen de lo que se conoce como pretensión(es) de los diversos actos de habla. En los casos de enunciados constatativos (descriptivos) hay una pretensión de verdad, pero en ciertos actos realizativos como prometer hay una pretensión de sinceridad.

Otra de las aportaciones de Austin que nos interesa es la del efecto perlocucionario de ciertos actos lingüísticos. Así, Austin, en la conferencia VIII, desarrolla lo que él llama la doctrina de las 'fuerzas ilocucionarias':

⁸⁸⁶ *Idem.*, pp. 93-95.

“Al embarcarnos en el programa de encontrar una lista de verbos realizativos explícitos, tuvimos la impresión de que no iba a ser siempre fácil distinguir las expresiones realizativas de las constatativas. Por lo tanto, nos pareció conveniente volver por un momento a cuestiones fundamentales, esto es, a considerar desde la base en cuantos sentidos puede entenderse que decir algo es hacer algo, o que *a/* decir algo hacemos algo e, incluso, que *porque* decimos algo hacemos algo... Llamo al acto de ‘decir algo’, en esta acepción plena y normal, realizar un acto locucionario (*locutionary act*)... Hemos distinguido entre el acto fonético, el acto ‘fático’ y el acto ‘rético’. El acto ‘fático’ consiste en la emisión de ciertos términos o palabras, es decir, ruidos de ciertos tipos, considerados como pertenecientes a un vocabulario, y en cuanto pertenecen a él, y como adecuados a cierta gramática, y en cuanto se adecuan a ella. El acto ‘rético’ consiste en realizar el acto de usar esos términos con un cierto sentido y referencia, más o menos definidos... Podemos decir que realizar un acto locucionario es, en general, y *eo ipso*, realizar un acto ilocucionario (*illocutionary act*), como propongo denominarlo... Hay un tercer sentido (C), según el cual realizar un acto locucionario, y, con él, un acto ilocucionario, puede ser también realizar un acto de otro tipo. A menudo, e incluso normalmente, decir algo producirá ciertas consecuencias o efectos sobre los sentimientos, pensamientos o acciones del auditorio o de quien emite la expresión, o de otras personas. Y es posible que al decir algo lo hagamos con el propósito, intención o designio de producir tales efectos. Podemos decir entonces, pensando en esto, que quien emite la expresión ha realizado un acto que puede ser descripto haciendo referencia meramente oblicua..., o bien no haciendo referencia alguna..., a la realización del acto locucionario o ilocucionario. Llamaremos a la realización de un acto de este tipo la realización de un acto *perlocucionario o perlocución*...”⁸⁸⁷

Con esto tenemos más completo el mapa de los actos lingüísticos: actos locucionarios, actos ilocucionarios y actos perlocucionarios. La pretensión de corrección se mueve en estos actos de habla.

En este punto, vale la pena hacer alusión a la <<contradicción performativa>>, tributaria de las aportaciones de Austin, ya que juega un papel importante en el Derecho (y entre otros campos de conocimiento). A

⁸⁸⁷ Austin, John L., *Cómo hacer cosas con palabras...* Op. Cit., pp. 138-145 (de la conferencia VIII)

decir de Leandro Gastón Indavera Stieben: “[la] auto-contradicción performativa, pragmática o realizativa [se presenta] cuando determinado hablante realiza un acto de habla cuyo contenido proposicional se autorefuta en el mismo acto de enunciación porque se contradice con el contenido proposicional de supuestos que son inherentes indefectiblemente a la realización de dicho acto de habla.”⁸⁸⁸

La trascendencia de las contradicciones performativas en el ámbito del Derecho, en específico, en la actividad judicial, es puesta de relieve por Manuel Atienza:

“...el silogismo judicial concluye con un anunciado normativo que establece que ‘A’ y ‘B’ deben ser condenados, mientras que en el fallo de la sentencia no sólo se dice esto, sino que también se condena a A y B. Esta distinción entre el enunciado normativo y el enunciado performativo (el acto lingüístico de la condena) en que consiste propiamente la decisión, implica que en la misma se está efectuando un paso del plano del discurso al de la acción, esto es, un paso que cae ya fuera de la competencia de la lógica. Es interesante poner de manifiesto que en la redacción de la parte dispositiva de las sentencias —al menos en nuestro país [España]— se emplea una cláusula de estilo que recoge precisamente esta distinción: “Fallamos que debemos condenar y condenamos...”, o “...debemos absolver y absolvemos...”. Aquí es interesante tener en cuenta que una expresión como: Fallamos que debemos condenar, pero no condenamos, la consideraríamos sin duda incorrecta, pero no porque se trata de una contradicción de tipo lógico, sino más bien de una contradicción pragmática o performativa...”⁸⁸⁹

⁸⁸⁸ Indavera Stieben, Leandro Gastón, “La existencia de contradicciones performativas y su importancia para la crítica al falibilismo ilimitado en Karl-Otto Apel”, en *Cuadernos del Sur. Filosofía*, publicación semestral del Departamento de Humanidades de la Universidad Nacional del Sur (UNS), versión On-line ISSN 2362-2989, no.39, Bahía Blanca, Argentina, 2010. Consultable en: http://bibliotecadigital.uns.edu.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1668-74342010001100007.

⁸⁸⁹ Atienza, Manuel, *Las razones del Derecho...* Op. Cit., pp. 22-23.

Hasta aquí los señalamientos de Austin. Veamos enseguida los puntos de Toulmin sobre los actos de habla aseverativos, los cuales son relevantes debido a que son retomados por Habermas.

ii) Toulmin

Bajo cierta cronología, ahora pasemos a los estudios de Toulmin. Éste, en su obra, *Los usos de la argumentación*, señala:

“Quien formula una aseveración está formulando una pretensión: reclama nuestra atención o que le creamos. A diferencia de quien habla frívolamente, en broma o sólo de manera hipotética (bajo la rúbrica <<supongamos que...>>, de quien desempeña un papel o habla únicamente por impresionar, o de quien compone inscripciones lapidarias (en las que, como observa el Dr. Johnson, <<no se está bajo juramento>>), quien asevera algo quiere que lo que dice se tome en serio; y si su enunciado es tomado como afirmación, así sucederá. Cuan en serio será tomado depende de muchas circunstancias: del tipo de persona que sea, por ejemplo, y de la confianza general que despierte. Se confía en las palabras de algunos hombres sólo por la reputación de que disfruten como hombres prudentes, de buen juicio y veraces. Sin embargo, eso no significa que la cuestión del derecho que tienen a gozar de nuestra confianza no pueda surgir en el caso de todas sus aseveraciones: significa sólo que estamos seguros de que se probará que cualquier afirmación que hagan sopesada y seriamente tendrá un caso sólido detrás de ella y que merece nuestra atención por mérito propio, que tiene derecho a ello. La pretensión implícita en una aseveración es como la pretensión o reivindicación de un derecho o título...Cualquiera que sea la naturaleza de esa aseveración en concreto...se puede poner entredicho la afirmación y exigir que nuestra atención se centre en los aspectos básicos (fundamento o razones en los que se apoya, datos, hechos, pruebas, consideraciones, componentes) de los que depende el valor de la afirmación. Esto es, podemos exigir un argumento; y la reclamación ha de ser atendida sólo si el argumento que puede producirse en su apoyo muestra estar a la altura del nivel exigido.”⁸⁹⁰

⁸⁹⁰ Toulmin, Stephen, *Los usos de la argumentación*, Op. Cit., pp. 29-30.

He aquí la pretensión de verdad: del simple acto de habla por el que mediante una proposición hacemos una aseveración (afirmamos algo), está necesariamente implícita la pretensión de que lo que decimos - aseveramos- es <<verdadero>>.

En este punto es importante una breve digresión sobre el uso de enunciados aseverativos, ya que éstos pueden ser verdaderos o falsos, pero también puede haber enunciados negativos que pueden ser verdaderos o falsos. Así, se impone un manejo cuidadoso con las proposiciones que entran en juego en una pretensión de verdad porque se genera el sesgo de que solamente las aseveraciones, sean proposiciones universales o particulares, pero afirmativas, suponen la pretensión de verdad, pero puede darse el caso de proposiciones universales o particulares negativas, es decir, no aseveraciones, que sean verdaderas (o falsas). La pretensión de verdad de ciertos enunciados no solamente se refiere a aseveraciones, sino que puede incluir no aseveraciones, en el sentido de negaciones⁸⁹¹, que pueden ser verdaderas o falsas.

Al respecto hay que hacer una precisión lingüístico-metodológica. Tanto en Austin como en Toulmin, y posteriormente la mayoría de los tratadistas,

⁸⁹¹ Tomamos <<no aseveraciones>> como negaciones de aseveraciones porque puede darse el caso de no aseveraciones que no sean negaciones de aseveraciones. V. gr., El cielo es azul tiene como negación el cielo no es azul, pero pudiera alguien decir <<no sé si el cielo es azul>>, lo que vendría a ser una no aseveración que no implica la negación de la aseveración <<sé que el cielo es azul>>; si alguien dice que no sabe si X sentencia es justa no está aseverando que es injusta o que es justa y, por tanto, se trata de una no aseveración. Por ello, en este punto de nuestro estudio tomamos las no aseveraciones como las negaciones de aseveraciones (negaciones como especies de no aseveraciones). Recordemos que para la negación se debe cumplir la condición lógica siguiente: "Para que un enunciado sea realmente la negación de otro no debe pasar que puedan ser ambos verdaderos, ni tampoco que puedan ser ambos falsos. Realmente estamos frente a un enunciado y su negación, cuando y solo cuando únicamente uno de los enunciados es falso y únicamente uno de ellos es verdadero", Pazos María Alicia y Ramírez, Sandra Lucía, *Conectivas y usos del lenguaje... Op. Cit.*, p. 49 [Referido con anterioridad en diversa nota de pie de página de nuestro estudio número 512, p. 407, pero que repetimos por mor de la claridad de exposición]

parten de una ecuación simple: si afirmas, es decir, si enuncias una <<aseveración>>, implica la pretensión de verdad, es decir, el emisor del acto de habla parte del supuesto de que lo que afirma es verdadero, pero si es puesto en duda -problematizado- el emisor tiene que demostrar que su aseveración es verdadera o el destinatario mostrar que no es verdadero jugando en contra de la aseveración del emisor.

Así, hay que diferenciar dos planos del acto de habla: (i) uno inherente a la estructura lingüística del enunciado: las proposiciones están compuestas por sujeto, verbo y predicado, en las que el predicado le es adjudicado al sujeto (proposición afirmativa) o no le es adjudicado al sujeto (proposición negativa). En el caso de la proposición afirmativa se trata del tradicional enunciado descriptivo y que se conoce como proposición, pero en el caso de proposiciones negativas no se trata estricta y técnicamente de un enunciado descriptivo, pues, de resultar verdadero el enunciado (aunque sea negativo -no aseveración-), evidentemente no hay, de suyo, una correspondencia con la realidad⁸⁹²; y el otro (ii) plano es relativo a la verdad o falsedad del enunciado proposicional.

⁸⁹² Nos distrae de nuestro estudio entrar al análisis de los hechos negativos, si es que existen, pero vale la pena considerar los señalamientos de Searle: "Históricamente, no es ningún accidente que la teoría de la verdad como correspondencia haya ido de la mano de la teoría figurativa del significado, esto es, de la teoría según la cual los enunciados tienen los significados que tienen porque son imágenes o figuraciones convencionalizadas de los hechos. El aserto clásico de esa concepción se halla en el *Tractatus* de Wittgenstein. Esa concepción de la teoría de la correspondencia tiene problemas notorios. Por ejemplo: aunque resulta plausible entender el hecho de que haya un gato en el felpudo como un complejo de gato, felpudo y la relación entre ambos, ¿qué pasa con el enunciado según el cual el gato no está en el felpudo? ¿O con el hecho de no haya gatos con tres cabezas? ¿O con el hecho de que si el gato hubiera estado en el felpudo, el perro tendría que haber estado en la cocina? Russell, en una carta dirigida al joven Wittgenstein: «¿Hay hechos negativos?». Respuesta de Wittgenstein: «¡Por supuesto que no!». La imagen generada por la teoría de la correspondencia, la imagen de acuerdo con la cual los hechos son objetos o acontecimientos complejos y la verdad consiste en una suerte de encajamiento o isomorfismo entre los elementos del enunciado y los elementos del hecho, es absurda. Una vez identificados el enunciado y el hecho, no tendríamos sino que compararlos, porque el único modo de identificar un hecho es hacer un enunciado verdadero. Una

En el plano lingüístico/lógico nos interesa la construcción canónica de las proposiciones basada en tres propiedades⁸⁹³:

- i) La combinación de sujeto-verbo-complemento, en la que la que el sujeto puede ser universal o particular, es decir, se ve la proposición en cuanto a su cantidad;
- ii) La relación con su cualidad y que hace referencia a si se afirma o se niega el predicado respecto del sujeto

vez respondida la cuestión «¿Qué hecho?», ya habríamos establecido la verdad, pues, siguiendo el argumento de Strawson, no hay dos entidades independientes, el enunciado verdadero y el hecho. Ocurre más bien que «los hechos son lo que los enunciados (si son verdaderos) afirman; no son aquello sobre lo que versan los enunciados». Los hechos no son cosas en el mundo, independientes del lenguaje; al contrario, la palabra «hecho», como las mismas palabras «enunciado» y «verdad», lleva incorporado cierto tipo de discurso que relaciona mundo y palabra. Los hechos, por decirlo escuetamente, no son cosas extralingüísticas, sino que llevan ya incorporadas las nociones de enunciado y de verdad, pues para determinar un hecho necesitamos enunciar un enunciado verdadero...[pp. 208-209] Tendemos a pensar que, puesto que «hecho» es un nombre y puesto que los nombres nombran objetos, los hechos deben ser clases complicadas de objetos; tendemos a pensar que la correspondencia debe implicar algún tipo de isomorfismo, y entonces nos dejan perplejos los hechos negativos, los hechos hipotéticos, etc. No bien entendemos, en cambio, la lógica de las palabras en cuestión, nos damos cuenta de que los hechos no son objetos complicados, y de que no hay necesariamente un isomorfismo entre la estructura sintáctica de los enunciados verdaderos y la estructura de los hechos. Nos damos cuenta entonces, además, de que no hay el menor problema con los hechos negativos, hipotéticos, etc. El enunciado verdadero de que el gato no está en el felpudo corresponde al hecho de que el gato no está en el felpudo.”, Searle, John, *La construcción de la realidad social... Op. Cit.*, pp. 217-218.

⁸⁹³ La clasificación de proposiciones se basa en diversos criterios: cualidad (afirmación-negación); cantidad (universal-particular); propiedad fundamental o función veritativa (verdadero o falso); nexos (necesario-contingente); comprensión (analítico-sintético); fundamentación (a priori-a posteriori); unidad (simple-compuesto); composición (copulativa, disyuntiva, condicional y reduplicativa). Solamente hacemos alusión a dos criterios: el de cualidad, el de cantidad y el de función veritativa. Véase: Maritain, Jacques, *El orden de los conceptos. I. Lógica Menos (lógica formal)*, Club de Lectores, Biblioteca Argentina de Filosofía, Buenos Aires, Argentina, 1964, pp. 143-166; y Gutiérrez Sáenz, Raúl, *Introducción a la lógica*, 9ª ed., Esfinge, México, 2006, pp. 129-137; Copi Irving M. y Cohen, Carl, *Introducción a la lógica*, Limusa, México, 2001, de esta obra consultar las proposiciones en cuanto a su cualidad, cantidad y distribución, pp. 213-217.

Combinando cantidad y cualidad, obtenemos proposiciones universales afirmativas, universales negativas, particulares afirmativas, y particulares negativas; y

iii) Otro plano inherente a la propiedad fundamental o función veritativa de las proposiciones con base en el cual las proposiciones pueden ser verdaderas o falsas. Si combinados estos tres criterios obtenemos ocho clases de proposiciones de las cuales solamente cuatro serán verdaderas y cuatro falsas.

Esquema 128. Tipos de proposiciones en relación con su cantidad, cualidad y función veritativa

Proposición	Ejemplo	Pretensión	Correspondencia con la realidad (verificabilidad)	Verdadera o falsa
Universal Afirmativa	Los seres humanos (todos) son libres Las aves (todas) vuelan	Pretensión de verdad	Corresponde	Verdadero
Particular Afirmativa	Pedro mató a Juan Ariel se suicidó			
Universal Negativa	Los semáforos (todos) no indican el paso de triciclos Los huracanes (todos) no son eventos naturales		No corresponde	Falso
Particular Negativa	Alberto no mató a Miguel Ariel no se suicidó			

Cabe resaltar que las proposiciones tienen la peculiaridad de que su verdad o falsedad se determina por correspondencia con la realidad.

Hasta aquí la convención sobre la función veritativa radica en la tesis de la correspondencia de la proposición (lo que enuncia) con la realidad, por lo que la cuestión se reduce a verificar si hay o no correspondencia con la realidad y determinar si es verdadera o falsa.

iii) John Searle (y los actos de habla insinceros)

Ahora revisemos la posición de John Searle respecto de la pretensión en ciertos actos de habla (realizativos) no sinceros, ya que supera el problema de la insinceridad al establecer la necesidad de que ante un acto de habla realizativo se implica la responsabilidad de tener la intención de hacer lo que conlleva la emisión del enunciado. En efecto, la condición 6 de las 9 que conforman las condiciones para que opere un acto de habla realizativo por el que se prometa algo, consiste en:

“6. H tiene la intención de hacer A.

La distinción entre promesas sinceras e insinceras consiste en que en el caso de las promesas sinceras el hablante tiene la intención de llevar a cabo el acto prometido; en el caso de las promesas insinceras, no tiene la intención de llevar a cabo el acto. Además, en las promesas sinceras el hablante cree que le es posible llevar a cabo el acto (o abstenerse de hacerlo), pero pienso que la proposición de que él tiene intención de llevarlo a cabo entraña que él piensa que le resulta posible hacerlo (o abstenerse de hacerlo); por lo tanto, no estoy enunciando esto como una condición extra. A esta condición la denomino *condición de sinceridad*.”⁸⁹⁴

La problemática de la sinceridad e insinceridad se resuelve (o disuelve) si se asume que una promesa -acto realizativo- implica la responsabilidad de

⁸⁹⁴ Searle, John, *Actos de Habla... Op. Cit.*, p. 68.

hacer lo prometido. La responsabilidad pende (de alguna manera) del destinatario, pues éste asume que el emisor del acto asume la responsabilidad de realizar lo que el acto implica, por lo que la insinceridad del emisor no tiene (no debería tener) consecuencias ante terceros (o las consecuencias se difuminan), es decir, ante el destinatario y ante los espectadores:

“Una promesa incluye una expresión de intención, ya sea sincera o insincera. Así, para tomar en consideración las promesas insinceras, necesitamos solamente revisar nuestras condiciones y enunciar que el hablante asume la responsabilidad de tener la intención más bien que enunciar que la tiene efectivamente. Un indicio de que el hablante asume tal responsabilidad lo constituye el hecho de que no podría decir, sin caer en el absurdo, por ejemplo, <<Prometo hacer A, pero no tengo la intención de hacer A>>. Decir <<Prometo hacer A>> es asumir la responsabilidad de tener la intención de hacer A, y esta condición vale, ya sea la emisión sincera o insincera. Para tomar en consideración la posibilidad de una promesa insincera, tenemos solamente que revisar la condición 6, de modo que enuncie no que el hablante tiene la intención de hacer A, sino que él asume la responsabilidad de hacer A, y para evitar la acusación de circularidad expresaré esto de la manera siguiente:

6a. H intenta que la emisión de T le haga responsable de tener la intención de hacer A.

Así rectificado (y con <<sinceramente>> eliminado de nuestro *analysandum* y de la condición 9 [*Las reglas semánticas del dialecto hablado por H y por O son tales que T se emite correcta y sinceramente si y sólo si se dan las condiciones 1-8*]), nuestro análisis es neutral respecto de la cuestión de si la promesa era sincera o insincera.”⁸⁹⁵

⁸⁹⁵ *Idem*, p. 70. La atribución de responsabilidad al emisor de un acto de habla por el que se promete, y otros actos de habla similares (V. gr., “me obligo a..., pero no tengo la intención de realizar la prestación objeto de la obligación”), es de suma importancia en la teoría de la imputación en diversas materias como la civil, la administrativa, la penal. En esta última es de suma relevancia la consideración de la adscripción de responsabilidad, pues en ciertos actos ilícitos el sujeto activo del delito manifiesta que no era su intención se diera el resultado que como consecuencia de su acto indefectiblemente se produciría, caso en el que el derecho imputa responsabilidad sin considerar cuál era la real intención del sujeto activo del delito, pues independientemente de que no se quisiera cometer el ilícito o, incluso, hubiera tal intención, el resultado ilícito se produjo, calificándose el acto bajo el parámetro de “responsabilidad objetiva”.

Con esto, Searle nos hace avanzar en el sentido de que la consecuencia de un acto insincero, por decirlo de alguna manera, no afecta la responsabilidad que el destinatario atribuye al emisor al enunciar el acto de habla y que consiste en considerar que la enunciación genera la responsabilidad, en sentido "intencional" de hacer lo que el acto de habla implica ante el destinatario del acto de habla, incluso los demás "espectadores" actúan conforme al hecho de que el emisor realizará el acto objeto de la promesa, ya que el destinatario del acto de habla presume la asunción de responsabilidad del emisor del enunciado y que consiste en que hará lo que el objeto de la promesa implica.

iv) Habermas

Habermas, en su Teoría de la Acción Comunicativa, y considerando que toma en cuenta los señalamientos de Toulmin, refiere, a partir del análisis del concepto de racionalidad, que:

"Siempre que hacemos uso de la expresión <<racional>> suponemos una estrecha relación entre racionalidad y saber. Nuestro saber tiene una estructura proposicional: las opiniones pueden exponerse explícitamente en forma de enunciados. Voy a presuponer este concepto de saber sin más aclaraciones, pues la racionalidad tiene menos que ver con el conocimiento o con la adquisición de conocimiento que con la forma en que los sujetos capaces de lenguaje y de acción hacen uso del conocimiento. En las emisiones o manifestaciones lingüísticas se expresa explícitamente un saber, en las acciones teleológicas se expresa una capacidad, un saber implícito...El saber puede ser criticado por no fiable. La estrecha relación que existe entre saber y racionalidad permite sospechar que la racionalidad de una emisión o de una manifestación depende de la fiabilidad del saber que encarnan. Consideremos dos casos paradigmáticos: una afirmación con que A manifiesta con intención comunicativa una determinada opinión y una intervención teleológica en el mundo con la que B trata de lograr un determinado fin. Ambas encarnan un saber fiable, ambas

son intentos que pueden resultar fallidos. Ambas manifestaciones, tanto la acción comunicativa como la acción teleológica, son susceptibles de crítica. Un oyente puede poner en tela de juicio que la afirmación hecha por A sea *verdadera*; un observador puede poner en duda que la acción ejecutada por B vaya a tener *éxito*. La crítica se refiere en ambos casos a una pretensión que los sujetos agentes necesariamente han de vincular a sus manifestaciones, para que éstas puedan ser efectivamente lo que quieren ser, una afirmación o una acción teleológica.”⁸⁹⁶

Ahora bien, junto con la pretensión de verdad y la pretensión de eficiencia, se generan otras clases de pretensiones dependiendo del contexto en el que se formule determinado acto de habla. Así, para Habermas las pretensiones de validez son diversas y se generan a partir de la clase de acto de habla que se enuncia. Señala Habermas:

“...existen *otros* tipos de emisiones y manifestaciones que, aunque no vayan vinculadas a pretensiones de verdad o de eficiencia, no por ello dejan de contar con el respaldo de buenas razones. En los contextos de comunicación no solamente llamamos racional a quien hace una afirmación y es capaz de defenderla frente a un crítico, aduciendo las evidencias pertinentes, sino que también

⁸⁹⁶ Habermas, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa... Op. Cit.*, pp. 24-27. La necesidad de la pretensión, vinculada a los actos de habla, es de carácter conceptual. Al respecto, apunta Habermas: “Esta necesidad es de naturaleza conceptual. Pues A no está haciendo ninguna afirmación si no presenta una pretensión de verdad en relación con el enunciado *p* afirmado, dando con ello a conocer su convicción de que en caso necesario ese enunciado puede fundamentarse. Y B no está realizando ninguna acción teleológica en absoluto, si no considera que la acción planeada tiene alguna perspectiva de éxito, dando con ello a entender que si fuera preciso podría justificar la elección de fines que ha hecho en las circunstancias dadas... Estas consideraciones tienen por objeto el reducir la racionalidad de una emisión o manifestación a su susceptibilidad de crítica o de fundamentación. Una manifestación cumple los presupuestos de racionalidad si y sólo si encarna un saber falible guardando así una relación con el mundo objetivo, esto es, con los hechos, y resultando accesible a un enjuiciamiento objetivo. Y un enjuiciamiento sólo puede ser objetivo si se hace por la vía de una pretensión transubjetiva de validez que para cualquier observador o destinatario tenga el mismo significado que para el sujeto agente. La verdad o la eficacia son pretensiones de este tipo. De ahí que de las afirmaciones y de las acciones teleológicas pueda decirse que son tanto más racionales cuanto mejor puedan fundamentarse las pretensiones de verdad proposicional o de eficacia vinculadas a ellas... el término <<racional>> no solamente se utiliza en conexión con emisiones o manifestaciones que puedan ser verdaderas o falsas, eficaces o ineficaces. La racionalidad inmanente a la práctica comunicativa abarca un espectro más amplio. Remite a diversas formas de argumentación como a otras tantas posibilidades de proseguir la acción comunicativa con medios reflexivos...”, *Idem*.

llamamos racional a aquel que sigue una norma vigente y es capaz de justificar su acción frente a un crítico interpretando una situación dada a la luz de expectativas legítimas de comportamiento. E incluso llamamos racional a aquel que expresa verazmente un deseo, un sentimiento, un estado de ánimo, que revela un secreto, que confiesa un hecho, etc., y que después convence a un crítico de la autenticidad de la vivencia así develada sacando las consecuencias prácticas y comportándose de forma consistente con lo dicho.”⁸⁹⁷

De lo señalado por Habermas existe la pretensión de rectitud normativa y la pretensión de veracidad subjetiva o pretensión evaluativa, Asimismo, Habermas refiere otras dos pretensiones: la de veracidad de las manifestaciones o emisiones expresivas⁸⁹⁸ y la de inteligibilidad o corrección constructiva de los productos simbólicos⁸⁹⁹, las cuales junto con las pretensiones de verdad y de eficiencia, completan el elenco de pretensiones de los actos de habla. Ahora bien, en el sistema habermasiano⁹⁰⁰ de la teoría de la acción comunicativa tenemos cinco

⁸⁹⁷ *Idem*, pp. 33-34.

⁸⁹⁸ *Idem*, p. 41-42.

⁸⁹⁹ *Idem*, p. 42-43

⁹⁰⁰ Las referencias que hacemos de Habermas sobre las pretensiones de los actos de habla, es una referencia a la parte conceptual, ya que Habermas después del análisis conceptual lo conecta con los aspectos sociológicos, a través del concepto de <<*mundo de la vida*>>. Señala Habermas: “Nos habíamos servido del uso del término <<racional>> como hilo conductor para esclarecer las condiciones de racionalidad, así de las emisiones como de los sujetos capaces de lenguaje y de acción. Pero este concepto, a causa de su corte individualista y ahistórico, no es utilizable sin más en una consideración de tipo sociológico. Incluso cuando se trata de enjuiciar la racionalidad de personas particulares, no basta con recurrir a esta o aquella manifestación o emisión. Sino que más bien se plantea la cuestión de si A y B, o un grupo de individuos, se comportan *por lo general* racionalmente, si cabe esperar sistemáticamente que sus manifestaciones vengan avaladas por buenas razones y que sus manifestaciones sean correctas o tengan éxito si se trata de la dimensión cognitiva, sean fiables o sapientes si se trata de la dimensión práctico-moral, sean inteligentes o convincentes si se trata de la dimensión evaluativa, sean sinceras o autocríticas si se trata de la dimensión expresiva, sean comprensivas si se trata de la dimensión hermenéutica, o incluso que sean racionales en todas estas dimensiones. Si en las diversas áreas de interacción y durante largos periodos de tiempo (incluso quizá en el espacio de toda una vida) se perfila en todos estos aspectos un efecto sistemático hablamos también de la racionalidad de un *modo de vida* (*Lebensführung*)...[dada la complejidad del concepto de *mundo de la vida*]...[p]or el momento vamos a analizar...las condiciones que tienen que

pretensiones de validez que junto con las formas de argumentación (Habermas se basa de manera significativa en Toulmin) y el objeto de la argumentación conforman el sistema de pretensiones de validez:

“El concepto de racionalidad que hasta ahora hemos introducido de una forma más bien intuitiva, se refiere a un sistema de pretensiones de validez que, como muestra la figura 2, sería menester aclarar con ayuda de la teoría de la argumentación...

[Esquema 129. Pretensiones de validez según Habermas]

Objeto de la argumentación Forma de argumentación	Manifestaciones o emisiones problemáticas	Pretensiones de validez controvertidas
Discurso teórico	Cognitivo-instrumentales	Verdad de las proposiciones; eficacia de las acciones teleológicas
Discurso práctico	Práctico-morales	Rectitud de las normas de acción
Crítica estética	Evaluativas	Adecuación de los estándares de valor
Crítica terapéutica	Expresivas	Veracidad de las manifestaciones o emisiones expresivas
Discurso explicativo	-	Inteligibilidad o corrección constructiva de los productos simbólicos

Fig. 2. Tipos de argumentación⁹⁰¹

Es importante destacar que en este sistema de pretensiones no hay pretensiones referidas a los valores que no sean los estándares de valor en la crítica estética, es decir, las cuestiones valorativas no son objeto de pretensión alguna porque, a decir, de Habermas, “los estándares de valor

cumplir las estructuras de las imágenes del mundo en su función de orientar la acción para que a aquellos que comparten ese mundo de la vida les sea posible configurar racionalmente sus vidas. Esta forma de proceder ofrece dos ventajas: por una parte, nos obliga a pasar de un análisis conceptual a un análisis de base empírica y a inquirir las estructuras de racionalidad simbólicamente materializadas en las imágenes del mundo y, por otra, nos fuerza a no suponer universalmente válidas, sin más examen, las estructuras de racionalidad determinantes de la comprensión moderna del mundo, sino a considerarlas desde una perspectiva histórica.”, Habermas, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa...* Op. Cit., pp. 70-71.

⁹⁰¹ *Idem*, pp. 43-44

[que no estén referidos a la crítica estética, pues en ésta sólo opera una adecuación de los estándares de valor] ni tienen la universalidad de normas intersubjetivamente reconocidos ni tampoco son absolutamente privados.”⁹⁰². Habermas asume una posición cognitivista respecto del discurso práctico, pero éste solamente se refiere a la rectitud de las normas de acción, por lo que en relación con las manifestaciones de valor solamente vale la referencia cultural aprendida por el emisor del enunciado, es decir, se trata de valores relativos y, por ende, de valores sociales vigentes en un tiempo y lugar determinados, es decir, de moral social o positiva, no de la moral crítica o reflexiva:

“Ahora bien [señala Habermas], no solamente existe un medio reflexivo para el ámbito cognitivo-instrumental y para el práctico-moral, sino también para las manifestaciones de valor aprendidas en su cultura. Llamamos racional a una persona que interpreta sus necesidades a la luz de estándares de valor aprendidos en su cultura; pero sobre todo, cuando es capaz de adoptar una actitud reflexiva frente a los estándares de valor con que interpreta sus necesidades. Los valores culturales, a diferencia de las normas de acción, no se presentan como una pretensión de universalidad. Los valores son a lo sumo *candidatos* a interpretaciones bajo las que un círculo de afectados puede, *llegado el caso*, describir un interés común y normarlo. El halo de reconocimiento intersubjetivo que se forma en torno a los valores culturales no implica todavía en modo alguno una pretensión de aceptabilidad culturalmente general o incluso universal. De ahí que las argumentaciones que sirven a la justificación de estándares de valor no cumplan las condiciones del discurso. En el caso prototípico tienen la forma de *crítica estética*.”⁹⁰³

Este pasaje permite explicar, de alguna manera, aunque no justifica, por qué Habermas no es objetivista moral respecto de los valores, pero,

⁹⁰² *Idem*, p. 35.

⁹⁰³ *Idem*, pp. 39-40

inconsistentemente, si lo es en relación con las normas (de acción, como las denomina).⁹⁰⁴

Para nosotros, basados en un objetivismo moral mínimo, la pretensión de corrección no sólo se refiere a normas, sino que también comprende valores -juicios de valor-.

Para nuestro estudio es relevante el origen de la pretensión de corrección en cuanto que está vinculada con los actos de habla, en especial los regulativos (normas) y los valorativos (juicios de valor), es decir, la pretensión de corrección, también identificada como pretensión de justicia, mira tanto a normas como a valores. Estas pretensiones de corrección forman parte de otras tantas pretensiones y que en su conjunto conforman el abanico de pretensiones que tienen lugar en el mundo jurídico y en especial en la argumentación que exige el proceso de justificabilidad cuando se cuestiona la aseveración de una pretensión de corrección, y del nivel de justificabilidad dependerá el grado de la expectativa de aceptabilidad.

Con base en el entendimiento de las pretensiones de los actos de habla, especialmente de los actos de habla regulativos y de los actos de habla valorativos, nuestro paso siguiente es conocer cómo opera la pretensión de corrección, lo que desarrollamos en el punto siguiente.

⁹⁰⁴ Una exposición sucinta sobre el objetivismo moral es la de Manuel Atienza en su conferencia “Objetivismo Moral, Derecho y Globalización”, dictada el 6 octubre 2015, en el Congreso Internacional de Filosofía del Derecho. Problemas Constitucionales en un Mundo Global, Escuela Judicial del Estado de México, Atienza; Fuente: <https://www.youtube.com/watch?v=cZuTocEoSug>. (Versión estenográfica propia). En esta conferencia Atienza hace alusión a la inconsistencia de Juan Ramón Capella, Luigi Ferrajoli y Habermas (entre otros, no pocos), y que hace residir en que estos autores (entre otros), critican el estado de cosas actual en el mundo (de injusticia, desigualdad y pobreza), lo cual implica un juicio moral, pero rechazan el objetivismo moral, es decir, la discusión racional objetiva sobre valores.

b) Operatividad de la pretensión de corrección

De la tríada que se deriva del planteamiento de la pretensión de corrección a que alude Alexy (1. afirmación de la corrección, 2. aseveración de la justificabilidad, y 3. expectativa de aceptación), comencemos por el análisis de la operatividad del primer componente: la aseveración o afirmación de la pretensión de corrección.

i) Aseveración o afirmación de la pretensión de corrección

La pretensión de corrección se realiza mediante una proposición, es decir, afirmando que determinada norma, acto, omisión o estado de cosas es lo normativamente correcto. Así, se profiere el acto de habla del tipo proposición al que está unida la pretensión de que lo enunciado es correcto, es decir, que reúnen los requisitos y se cumplen las condiciones de que es lo correcto conforme a determinados parámetros.

Los enunciados descriptivos los utilizamos para dar cuenta del mundo, tanto de hechos físicos como de hechos sociales/institucionales. Esta clase de enunciados se estructuran de acuerdo con las reglas gramaticales de una lengua y sólo así adquieren sentido, pues se pueden componer estructuras lingüísticas sin seguir las reglas sintácticas respectivas caso en el que lo más probable es proferir conjuntos de palabras sin sentido.

Los enunciados descriptivos se denominan proposiciones y su estructura canónica básica en español es sujeto, verbo y predicado o complemento, y al tratarse de la descripción de cosas del mundo sólo se puede hacer afirmando o negando predicados respecto de un sujeto. Hasta aquí, mera estructura lingüística, pero para conocer si lo que se afirma o niega es verdadero o falso se requiere operar la función veritativa, es decir, verificar

si lo enunciado se corresponde con la realidad y de corresponderse el enunciado es verdadero y de no corresponderse el enunciado es falso. Algo similar ocurre con las prescripciones, pero considerando que las normas no son verdaderas o falsas y, por ende, no son proposiciones, no operan función veritativa alguna, es decir, no se puede decir que una norma sea verdadera o falsa. Lo que sí se puede indicar es que una prescripción, una norma, es correcta o incorrecta, válida o inválida, justa o injusta, equitativa o inequitativa.

Esta diferenciación entre proposiciones y prescripciones es fundamental para el tema de la pretensión de corrección, pues ésta implica que “el acto de prescribir conlleva la intención [pretensión] de cambiar un estado de cosas de conformidad con algo que se pretende correcto”⁹⁰⁵, de tal manera que lo que se establece en una prescripción o norma no es verdadero o falso sino que implica lo que se considera normativamente correcto, válido, justo o equitativo de acuerdo con determinados parámetros de evaluación.

La similitud que podemos establecer entre proposiciones y prescripciones es que la verdad o falsedad de las primeras se verifica bajo el criterio de correspondencia con la realidad y el que las prescripciones sean correctas, válidas, justas o equitativas se verifica bajo el criterio de adecuación con estándares a los que se puede corresponder el señalamiento de que son correctas, válidas, justas o equitativas.

⁹⁰⁵ Gaido, Paula, “Introducción”, en Robert Alexy/Eugenio Bulygin, *La pretensión de corrección del derecho. La polémica sobre la relación entre derechos y moral*, Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, Núm. 18, Col., 2001, p. 22.

Los estándares de evaluación se comparten y complementan por la moral y el derecho, pues hay estándares exclusivos del derecho como el estándar o principio de seguridad jurídica o el estándar de principios institucionales por los que se derrota un principio sustantivo en aras a preservar el funcionamiento del propio derecho en un sentido institucional (V. gr., prisión preventiva justificada), pero hay otros estándares que derivan directamente de la moral.

Ahora bien, para referirnos (describir) el mundo del deber ser, el mundo prescriptivo (de creación netamente humana), utilizamos las proposiciones, pues sólo a través de éstas es posible <<describir>> cosas que hay en el mundo, y, así, operamos lo que se conoce como proposiciones normativas y éstas pueden ser, por regla general, verdaderas o falsas.

Existen diversas clases de proposiciones normativas de acuerdo con la descripción que se pretenda hacer del mundo del deber ser. En la Teoría General del Derecho se manejan diversas clases de proposiciones normativas que van desde la afirmación o negación de existencia de una norma hasta la afirmación o negación del valor moral que representa o subyace a una norma, pasando por descripciones, afirmativas o negativas, de validez, de vigencia (formal) de eficacia, de interpretación, de regulación, de relación, de aplicación, de eficacia, etc.

Con base en los estudios de Daniel Mendonca, hay, por lo menos, nueve tipos de proposiciones normativas⁹⁰⁶.

⁹⁰⁶ Mendonca, Daniel, *Las claves del derecho*, Gedisa, Serie Filosofía del Derecho, Barcelona, España, 2000, Capítulo I, pp. 25 –43. Nosotros hemos agregado, junto con las proposiciones de eficacia, las proposiciones de efectividad y de eficiencia.

Esquema 130. Clases de proposiciones normativas

PROPOSICIONES NORMATIVAS (PORTADORES DE VERDAD):

1. PROPOSICIONES DE REGULACIÓN: LA NORMA “N” REGULA DEL MODO “M” LA ACCIÓN “A”.
2. PROPOSICIONES DE EXISTENCIA: LA NORMA “N” EXISTE.
3. PROPOSICIONES DE VALIDEZ: LA NORMA “N” ES VÁLIDA EN EL SISTEMA “S”.
4. PROPOSICIONES DE VIGENCIA: LA NORMA “N” ESTÁ VIGENTE.
5. PROPOSICIONES DE EFICACIA: LA NORMA “N” ES EFICAZ EN EL GRUPO “G”, EN EL TIEMPO “T”.
 - 5 a. PROPOSICIONES DE EFECTIVIDAD
 - 5 b. PROPOSICIONES DE EFICIENCIA
6. PROPOSICIONES DE INTERPRETACIÓN: LA FORMULACIÓN NORMATIVA “F” EXPRESA LA NORMA “N”, o bien LA FORMULACIÓN NORMATIVA TIENE EL SIGNIFICADO “S”.
7. PROPOSICIONES DE RELACIÓN: LA NORMA “N1” GUARDA LA RELACIÓN “R” CON LA NORMA “N2” EN EL SISTEMA “S”.
8. PROPOSICIONES DE APLICACIÓN: LA NORMA “N” ES (FUE) APLICADA EN LA RESOLUCIÓN DEL CASO “C”.
9. PROPOSICIONES DE VALOR: LA NORMA “N” TIENE EL VALOR MORAL “V”.

Si observamos con detenimiento estas proposiciones nos percatamos que unas no presentan mayor dificultad en cuanto a su verdad o falsedad, pues opera el criterio de correspondencia con la realidad de forma fluida y solamente basta, relativamente, verificar si se da o no la correspondencia. Así, respecto de las proposiciones de regulación, de existencia, de validez (formal), de vigencia, de eficacia, efectividad y eficiencia, de relación, de aplicación, es relativamente sencillo constatar su verdad o falsedad⁹⁰⁷, pero en el caso de las proposiciones de interpretación y de las proposiciones de valor la cuestión de su verdad o falsedad es más problemática, más compleja que la simple contrastación con la realidad.

⁹⁰⁷ Una vez determinada la significación del calificativo respectivo, es relativamente sencilla la operación de verificación de correspondencia.

Todas las proposiciones están sujetas a lo que se conoce como relativismo conceptual⁹⁰⁸, pero en las proposiciones sobre las que hemos señalado que la verificación sobre su verdad o falsedad es más sencilla, el relativismo conceptual es mínimo por no decir que técnicamente inoperante, pues sobre esa clase de proposiciones opera conocimiento lineal, es decir, conocimiento unánime respecto de comunidades de hablantes en las que se comparten sistemas de representación uniformes, poco cuestionados. Veamos el ejemplo siguiente: en las proposiciones de regulación de la conducta humana solamente caben, básicamente, tres posibilidades excluyentes: prohibir, obligar o permitir, y éstas se excluyen, por lo que identificar si una norma, por ejemplo, prohíbe realizar una conducta basta con la lectura del enunciado jurídico para verificar si determinada conducta se prohíbe o no, y quizá el problema no esté en alguno de los operadores deónticos (prohibir, obligar y permitir) sino en la forma lingüística que se utiliza, por ejemplo, por el legislador (V. gr., prohibir se puede expresar de diferentes maneras: “no se podrá x”, “es obligatorio no hacer x”, “está prohibido hacer x”, “no está permitido hacer X”, etc.), por lo que hay que tener presente tanto la interdefinibilidad de los operadores deónticos como la forma lingüística respectiva.⁹⁰⁹

Por lo que hace a las proposiciones normativas de interpretación y de valor, el relativismo conceptual es más complejo y el consenso respecto de cuál interpretación es la más correcta y cuáles son los valores subyacentes de

⁹⁰⁸ La tesis del relativismo conceptual consiste en que la realidad puede ser representada mediante distintos sistemas de representaciones. Así, sobre una misma realidad pueden presentarse diversas maneras para representarla. Véase: Searle, John, *La Construcción de la Realidad Social*, Op. Cit., p. 160. Asimismo, véase la nota 831 de este trabajo en la que se muestra, nos parece, que David Bohm asume el relativismo conceptual.

⁹⁰⁹ El fenómeno por el que un operador deóntico se puede expresar de diversas maneras lo llamamos alotropía lingüística, véase: Gutiérrez Parada, Oscar, *Técnicas legislativas/Técnicas normativas. Hacia una mejor hechura de las leyes: operadores deónticos y alotropía lingüística*, Asesoría de Diseños Normativos, S.C., México, 2015.

una norma y cuáles realiza directa e indirectamente es más difícil de determinar.⁹¹⁰

¿A qué se debe que ciertas proposiciones son más fáciles de verificar en cuanto a su verdad o falsedad y otras es más difícil y altamente complejo? Para encaminarnos hacia una respuesta adecuada lo primero que hay que diferenciar es que la realidad presenta, al menos, dos dimensiones: una dimensión de hechos físicos, o como señala Searle hechos brutos, y otra dimensión que es social/institucional que es creada por la voluntad del hombre. En ambas opera la tesis del realismo externo⁹¹¹, pero en la segunda dimensión hay que introducir ciertos matices, pues por iteración los hechos sociales/institucionales son externos a nosotros, sin embargo, si la humanidad dejase de existir, los hechos sociales/institucionales dejarían de existir, pues de acuerdo con el realismo externo y en lo tocante al mundo de los hechos brutos no hay cosas como el derecho, dinero, diputados, los valores, las interpretaciones, etc., cosas que crea el hombre, a voluntad, con base en reglas constitutivas. Justo aquí está el *quid* del asunto: la proposiciones sobre interpretaciones y las proposiciones sobre valores se refieren a cosas que son creaciones humanas que dependen de reglas constitutivas y, por ende, determinar su verdad o falsedad no sigue estrictamente los cánones del criterio de correspondencia con la realidad de hechos brutos, pues llevar a cabo la verificación de si hay o no correspondencia es altamente problemático dado el complejo entramado de asignar significación en los

⁹¹⁰ El relativismo conceptual sobre valores no significa ocurrencias sin fundamento razonable ni consensos arbitrarios que sean indiferentes a los disensos. El relativismo conceptual de valores <<en serio>> requiere mínimos objetivos cognitivos sobre valores, pues éstos percibidos como meras emotividades no sirven a los sistemas de representaciones axiológicas requeridas por prácticas sociales que persiguen fines valiosos como la práctica social del Derecho.

⁹¹¹ La noción de realismo externo consiste, en palabras de Searle, en considerar que “El mundo (o la realidad, o el universo) existe independientemente de nuestras representaciones del mismo. Llamo a esta concepción <<realismo externo>>”, Searle, John, *La construcción de la realidad social*, Op.Cit., p. 160.

procesos de interpretación y por lo que hace a los valores la existencia de multiplicidad de sistemas éticos. Nos abruma varias preguntas: señalar que *X* interpretación es la que se utilizó para resolver el caso *Y*, conlleva interrogar ¿la interpretación *X* es verdadera o, más que verdadera, es la correcta?; ¿cuál es el valor que está en juego en una interpretación que se considera correcta?, ¿por qué y cómo es que un valor prevalece sobre otros?, ¿cómo se determina que una proposición como “esta sentencia es justa” es verdadera o, más que verdadera, es correcta?, si lo es, ¿cómo operar el proceso de verificación/correspondencia con la realidad si es que se puede determinar su verdad o, más que verdadera, cómo se verifica que es correcta?

De acuerdo con el realismo externo, la realidad de hechos brutos da al traste con la teoría consensual de la verdad, pues afirmar “la nieve es blanca” no depende de consenso alguno, pues los consensos son creaciones humanas, y que se problematice si realmente la nieve es blanca es otra cosa. Cuando la comunidad astronómica mundial redefinió el concepto de planeta, Plutón dejó de ser planeta, pero no por ello dejó de existir como cuerpo celeste y que para identificarlo se inventó el concepto de planeta enano o planetoide, lo cual tiene sin cuidado a eso que seguimos llamando Plutón. Aquí se ve claramente que muchas disputas versan más sobre cuestiones de *nomen* que implican connotaciones para mejores y adecuadas denotaciones, lo que conlleva manejar que un objeto, una cosa, una acción tiene ciertas peculiaridades que son basamento de su núcleo intensional y al dotar de un nombre a la cosa - *nomen*- esperamos que ese nombre denote la cosa porque la cosa presenta las propiedades que conforman el núcleo intensional⁹¹². No vemos

⁹¹² La cosa *X* tiene el *nomen* *W* y *X* tiene las propiedades *p1*, *p2*, *p3*, *p4* -núcleo intensional o connotación-, y si una cosa no tiene esas propiedades no es (la cosa) *X*, es decir, no es *W*.

como establecer verdades respecto del mundo (realidad) de hechos brutos a partir de consensos⁹¹³. Pero, del mundo (realidad) social/institucional sí que hay que generar consensos (V. gr., la proposición “el Estado democrático es mejor que el Estado dictatorial”, requiere para hacerse <realidad> de consenso); sin embargo, los consensos no se buscan o generan para que algo del mundo social/institucional sea verdadero en el mismo sentido en que lo son los hechos brutos, sino para que ciertas <<realidades sociales/institucionales>> funcionen en y para el mundo humano. Por tanto, los consensos no operan para la realidad de hechos brutos.

El manejo de las proposiciones de la mejor forma posible juega un papel primordial en los usos del lenguaje, por lo que no cabe escatimar entendimiento respecto de la importancia de las proposiciones. Al respecto, vale tener en cuenta los señalamientos de Ernst Tugendhat:

“[la] pregunta por la comprensión de los seres humanos, tanto de sí mismos como del mundo, parece ser el punto clave de la antropología [p. 20]...Nuestro próximo problema se refiere a si tenemos algún guion sobre cómo entender la pregunta por la estructura de nuestra comprensión. Aquí me quiero valer una vez más de un pasaje clásico. (No uso estas citas naturalmente en lugar de argumentos) Aristóteles, en el segundo capítulo de su *Política* donde se propuso aclarar la estructura social de los seres humanos, parte de una comparación del lenguaje humano con los lenguajes primitivos que tienen otras especies sociales como las abejas, y dice que lo específico del lenguaje humano es lo que él llamó *logos*, y con esto se refiere a la estructura predicativa o proposicional del lenguaje humano. Los otros animales, dice, se comunican recíprocamente sus estados sensitivos, dolor y placer, mientras que los hombres pueden hablar de lo bueno. Lo bueno sólo puede entenderse como predicado, se trata siempre de un juicio de que algo es bueno, y comunicarse sobre esto presupone el lenguaje proposicional. Aristóteles quiere demostrar que

⁹¹³ Quizá valga como ejemplo extremo histórico el del “consenso” (acordado en la Iglesia Católica) e impuesto al mundo, sobre la afirmación de que la tierra era el centro del universo, a pesar de que, con base en la tesis del realismo externo referido al mundo de los hechos brutos, no ha sido, no es y no será así. La tierra gira en torno al sol, y para ello no se requiere consenso alguno.

comunicarse sobre lo justo (y aun pensar en tal cosa) es algo que sólo se puede hacer en el lenguaje predicativo...El fenómeno general es el del lenguaje proposicional, que es un lenguaje basado en los denominados <<términos singulares>>, los cuales hacen que el contenido de lo que se está diciendo sea independiente a la situación en que se está hablando. Esto tiene a su vez como consecuencia que el interlocutor, en lugar de reaccionar simplemente, contesta explícita o implícitamente con Sí o No, o con proposiciones intermediarias como pregunta y duda, con lo que el lenguaje llega a tener una función independiente no sólo de la situación sino también de la comunicación misma; surge lo que llamamos pensar y, cuando se piensa, uno mismo puede dudar de lo que está pensando; surge entonces el fenómeno de la deliberación. Los dos componentes..., el opinar que las cosas son así o asá y el desear algo, se separan en dos formas lingüísticas independientes, y esto tiene como consecuencia que tenemos que distinguir entre una deliberación práctica que tiene como meta lo bueno y, por el otro lado, la deliberación teórica que tiene que ver con lo que se está opinando y que tiene como meta lo verdadero. Cuando se delibera, se pregunta por las razones que están a favor y en contra de lo que se está diciendo o pensando... [24-25]."⁹¹⁴

Sobre la verdad de las proposiciones normativas de interpretación y de valor, nos parece que hay que hacer varias acotaciones. Partamos de la proposición siguiente: "El estado de cosas que identificamos como pobreza es injusto". Para determinar la <<verdad>> de esta proposición analicémosla (i) bajo el criterio de correspondencia con la realidad (verificabilidad), y (ii) examinémosla como una proposición verdadera de acuerdo con la teoría consensual de la verdad (Habermas).

Si constatamos que en la realidad hay un estado de cosas X que presenta determinadas características, entonces ese estado de cosas es pobreza. Aquí la correspondencia no presenta mayores dificultades, pues es relativamente fácil percatarse de que ciertos estados de cosas son de pobreza. Pero ¿necesitamos consenso para determinar que es verdadero que el estado de cosas de pobreza es injusto? Nos parece que no, pues

⁹¹⁴ Tugendhat, Ernst, *Antropología en vez de metafísica*, Gedisa, España, 2007, pp. 20; 24-25

calificar la pobreza como un estado de cosas injusto no depende de consensos sino de interpretaciones que necesariamente deben partir, sin perjuicio de la tesis del relativismo conceptual, de ciertos criterios valorativos objetivos, los cuales son imprescindibles para determinar situaciones justas o injustas, y con base en ellos reprochar que haya estados de cosas de pobreza, y plantear su modificación para que ese estado de cosas pase de ser injusto a justo, es decir, deje de ser de pobreza, lo cual conlleva plantear la pretensión de corrección.

Por tanto, si la pretensión de corrección está vinculada con la rectitud - corrección- de las normas (y sus valores subyacentes) teniendo como último parámetro la moral crítica universalista y si las aseveraciones sobre normas y sobre valores no operan exacta y estrictamente como las pretensiones de verdad, nos falta una categoría con base en la cual evaluar las argumentaciones (razones) para determinar la rectitud de las normas y valores (y del Derecho en general) con base en criterios objetivos morales mínimos de carácter universalista por los que los valores que subyacen tanto a las normas como al Derecho en su conjunto sean evaluables, pues cuando la pretensión de corrección es cuestionada o problematizada por los hablantes generando la exigencia de argumentaciones basadas en las mejores razones y se trata de casos difíciles/complejos (en sentido muy amplio, con lo que incluimos el caso de la pobreza), requerimos de un marco evaluatorio que no se corresponde exactamente con los parámetros de verificación de la verdad como correspondencia con la realidad ni con la verdad como consenso, sino con evaluaciones basadas en la razonabilidad o plausibilidad de las argumentaciones correspondientes.

La categoría de lo razonable no es nueva, y tiene tradición en la Filosofía del Derecho y en la Teoría del Derecho. Incluso es importante destacar que en

varias partes de esta investigación se hace alusión a lo razonable o a la razonabilidad tanto por autores citados⁹¹⁵ como por nosotros mismos. Cuando en el apartado A, de este capítulo IV, construimos el neologismo *justibilidad* ya anunciábamos que el parámetro de evaluación preeminente era el de lo razonable. En efecto, señalamos:

<<La proposición valorativa de que algo es o no justo más que verdadera o falsa es, de acuerdo (necesariamente) con cierto sistema ético, plausible o razonable como correlativa en sentido lógico necesario del sistema ético con la cual la valoración está vinculada, y esta vinculación como correlación lógica, la designamos como plausible o razonable. La correlación lógica implica que los hechos –normas, acciones, omisiones o estados de cosas- calificados como justos o injustos no se entienden sin la referencia al sistema valorativo conforme al cual se determina que son justos o injustos, y estos sistemas dependen de que ciertos hechos –normas, acciones, omisiones o estados de cosas- tengan, presenten o se les adscriban ciertas características respecto de las cuales es posible evaluar y, por ende, determinar, si son justos o injustos. Este proceso evaluativo y su producto (la determinación de ser justo o injusto) lo identificamos como *justibilidad*.>> (p. 765)

Es imprescindible, en este punto, hacer una breve referencia a lo razonable, pues si bien hemos llegado a esa categoría por la vía del análisis de los actos de habla descriptivos que utilizan proposiciones afirmativas o negativas y cuya verdad o falsedad se lleva a cabo conforme al criterio de correspondencia con la realidad, esto genera inconsistencias al pretender aplicar dicho criterio a las formulaciones lingüísticas que refieren valores o interpretaciones (jurídicas) mediante las proposiciones normativas respectivas, pues una norma, un acto, una omisión o un estado de cosas, como hechos sociales/institucionales, no presentan estrictamente una

⁹¹⁵ En las referencias de los tratadistas a lo razonable o a la razonabilidad inténtese sustituir estos términos por lo verdadero y el resultado es extraño. No es gratuito que en lugar de señalar que es una cuestión de verdad (o falsedad) auténticamente se trate de una cuestión diferente y que se refiere como “lo razonable” (V. gr., entre las oraciones: “esta sentencia es verdaderamente justa” y “esta sentencia es razonablemente justa”, es más <<adecuada>> la segunda.

pretensión de verdad sino de corrección, y ésta está conectada con lo razonable.

Sobre qué es lo razonable nos parece pertinente y, de alguna manera, inevitable, basarnos en los estudios de Luis Recaséns Siches, filósofo que trató el tema de lo razonable desde mediados de los años 50's del siglo XX⁹¹⁶. Recaséns parte de considerar que el funcionamiento del Derecho no se agota en una operación de lógica deductiva (cuestión que señala que no sólo él se ha percatado, sino que lo han señalado varios tratadistas). Apunta que las decisiones judiciales y administrativas no se explican sólo como deducciones lógicas de lo que se establece en las normas generales.⁹¹⁷ Junto con esta insuficiencia de la lógica deductiva, señala que el punto clave es considerar que en la interpretación jurídica estamos ante un problema sobre el contenido de las normas.⁹¹⁸ Refiere Recaséns:

⁹¹⁶ Tomamos como guía: Recaséns Siches, Luis, "El logos de 'lo razonable' como base para la interpretación jurídica", en *Diánoia*, Vol. 2, N° 2, 1956, Instituto de Investigaciones Filosóficas-UNAM, México, pp. 24-54. Señala Recaséns que el artículo es una síntesis del libro *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho* de próxima publicación (el cual se publicó en 1956). Sobre la importancia de las aportaciones de Recaséns a la argumentación jurídica y sus tesis de lo razonable véase: Apalategui Cabra, José Manuel, "Claves de la argumentación jurídica en Luis Recaséns Siches: estimativa jurídica y logos de lo razonable, en *Anuario de Filosofía del Derecho* (XXVII), 2011, Es., pp. 37-61. Señala Apalategui: "La importancia de su figura de Luis Recaséns Siches en la Filosofía del Derecho española e hispanoamericana del siglo XX está fuera de toda duda. Formado junto a los grandes maestros europeos de la disciplina (Stammler, del Vecchio, Kelsen) y en España con Ortega y Gasset, Recaséns recaló en México al estallar la guerra civil. Allí desarrolló una extensa obra a la que nunca se le ha hurtado un merecido reconocimiento. Se advierte, sin embargo, cierto olvido –que es preterición absoluta en la literatura no hispana – en relación a sus aportaciones a la moderna teoría de la argumentación jurídica. Resulta sorprendente que, al margen de algunas menciones que sitúan a Recaséns junto a Viehweg, Perelman o Toulmin, considerados unánimemente como precursores de la disciplina, pase casi inadvertida en los estudios dedicados a la obra de este autor su importante contribución a la moderna teoría de la argumentación jurídica.", p. 39.

⁹¹⁷ *Idem*, p. 28.

⁹¹⁸ *Idem*, p. 31. En las ofensivas contra la lógica deductiva como única manera de resolver los problemas jurídicos, señala: "...se trata de un tema que, más o menos, ha estado presente en el pensamiento jurídico. Pero en los últimos setenta años se ha dado a este tema un relieve superlativo y una atención preferente, que no había tenido antes. Ahora bien, el análisis crítico de esta cuestión

“Las lógicas tradicionales...estudian las conexiones ideales que son los instrumentos necesarios para conocer objetos, sean éstos realidades naturales o sean ideas.

Pero todas esas lógicas reunidas no constituyen la totalidad de la lógica entera, sino que la suma de todas aquéllas representa tan sólo una parte del logos. Hay otras partes de la lógica: la lógica de la razón vital, la lógica de la razón histórica, la lógica estimativa, la lógica de la finalidad, la lógica de la acción, la lógica experimental. Esas lógicas son también lógicas, tanto como la aristotélica, si bien su campo de aplicación o de validez sea diferente.

Posiblemente, el mapa de la lógica no se divida en regiones separadas por fronteras, sino que entre las varas lógicas haya interferencias, superposiciones y combinaciones...

En los casos de interpretación jurídica en los que se pone de manifiesto que la lógica tradicional resulta un método insuficiente, o que la aplicación de la lógica tradicional conduce a un resultado disparatado, irritante, injusto, *sentimos que hay razones muy importantes*, decisivas, para tratar el problema plantado de una manera tal que se haga a un lado aquella lógica tradicional. Ahora bien, si sentimos que hay *razones*, esto quiere decir que estamos en el campo del logos. Hemos arrojado por la borda unas razones de lógica tradicional, precisamente en virtud de que tenemos otras razones que entendemos deben prevalecer sobre aquéllas, las cuales no parecen servir para resolver correctamente el problema. Por lo tanto, estamos dentro del campo de la *razón*. Entendemos que la lógica tradicional...no nos proporciona la solución correcta del problema y que, en cambio, otros razonamientos, distintos de aquella lógica, suministran el modo correcto de resolver el problema. Nuestra mente se debate en torno a un problema de hallar lo *correcto*, o lo *justo*....

Cuando experimento que los métodos de la lógica tradicional son incapaces de darme la solución correcta de un problema jurídico, o que me llevan a un resultado inadmisibles, frente a esos métodos no opongo un acto de arbitrariedad, un capricho, sino que opongo un *razonamiento* de tipo diferente, que es precisamente el que nos pone en contacto con la solución correcta o justa. Ese razonamiento que nos hace encontrar lo que buscamos, la solución correcta, la solución justa, es la *razón* aplicable al caso, es la *razón* que nos permite dominar el problema. En cambio, la otra lógica, la físico-matemática, se muestra incapaz de dar la solución correcta al caso planteado.”⁹¹⁹

gira en torno al contenido de las normas, especialmente gira en torno al método o métodos para determinar el contenido de las normas particulares o singulares de la sentencia judicial y de la resolución administrativa. Lo que importa comprender claramente es que se trata de un problema sobre el *contenido* de las normas.”, p. 31.

⁹¹⁹ *Idem*, pp. 32-33.

La distinción entre el orden de las cosas naturales (verdaderas) y el orden de las cosas humanas (razonabilidad) queda muy clara en los señalamientos de Recaséns cuando indica que la vida humana es el reino de la acción el cual es diverso del campo del puro conocimiento.⁹²⁰ En el cumplimiento o aplicación de las normas el proceso está “regido por un tipo especial de lógica, que es diferente de la lógica tradicional, a saber, debe estar regido por una especial lógica de la acción humana referida a valores y encaminada a realización de fines”⁹²¹, de tal manera que:

“...el proceso de interpretación de una norma general respecto de los casos singulares, la individualización de las consecuencias de esa norma para tales casos, y las variaciones que la interpretación y la individualización hayan de experimentar, todo eso debe caer bajo el dominio del logos de lo humano, del logos de la acción humana. No es algo fortuito, ni tampoco algo que pueda ser decidido arbitrariamente. Es algo que debe ser resuelto *razonablemente*. Pero para eso no sirven las razones de tipo matemático. La lógica tradicional, la de la razón pura, no sirve para tratar ni resolver tales problemas. Necesitamos otro tipo de lógica, la cual es también *lógica*, pero diferente de la lógica tradicional: necesitamos la lógica de lo humano, la lógica de lo *razonable*, a diferencia de la lógica de lo *racional*.”⁹²²

Bajo esa lógica de lo razonable, Recaséns critica a la escuela de la exégesis francesa, pues considera que al considerar que los artículos del Código Civil son dogmas, verdades intangibles y eternas⁹²³, se margina el mundo humano, su lógica. Señala Recaséns:

“Adviértase que no se critica aquí que la ley esté concebida en términos abstractos. Esos son los únicos términos de que puede servirse la ley. Lo que se censura es el tratar como abstractas las realidades que son concretas, el tratar como entidades de razón pura los ensayos humanos de valoración y de relación entre fines

⁹²⁰ *Idem*, pp. 33-34.

⁹²¹ *Idem*, p. 35.

⁹²² *Idem*, p. 36.

⁹²³ *Idem*, p. 39.

y medios, y de eficacia de éstos, sobre la cual juzga sólo la experiencia vital e histórica. El error mayúsculo consiste en tratar como teoremas lo que debe ser tratado como instrumentos para la acción práctica.

La índole del Derecho positivo no consiste en constituir un reino de ideas puras, válidas en sí mismas, válidas por sí solas, con abstracción de toda aplicación a situaciones concretas de la vida real. Por el contrario, consisten en constituir unos pensamientos humanos, concebidos al conjunto de determinadas necesidades prácticas en la vida social, y destinados a moldear normativamente unas ciertas situaciones reales de esa vida de relación, precisamente las situaciones reales que suscitaron la elaboración de esas normas.

Así, pues, no tiene sentido tratar las normas del Derecho positivo desconectándolas de las situaciones en que se originaron, y de las situaciones para las cuales fueron destinadas.

Las normas del Derecho positivo son la respuesta que el legislador, la sociedad, o el juez dan para satisfacer determinadas necesidades o urgencias sociales, para resolver ciertos problemas humanos tal y como ellos se presentan en un lugar y en un tiempo determinados, inspirándose para ello en las valoraciones que se considera correctas. Con esas normas positivas, sus autores se proponen la realización de un fin cuyo cumplimiento representa precisamente el medio que se entendió como correcto para satisfacer aquellas necesidades o para resolver aquellos conflictos. Y, además, las normas jurídico-positivas contienen los medios que se estiman adecuados y eficaces para la obtención de aquellos fines.

Resulta, pues, bien claro que la validez de las normas jurídico-positivas está necesariamente condicionada por el contexto situacional en el que se produjeron y para el cual se produjeron.⁹²⁴

⁹²⁴ *Idem*, pp. 39-40. Recaséns es muy preciso en diferenciar entre los contenidos del Derecho y las formas *a priori* de lo jurídico: "Vuelvo a recordar aquí, para evitar toda confusión o cualquier equívoco, que lo que estoy exponiendo se refiere única y exclusivamente a los contenidos del Derecho, y no se refiere en modo alguno a las formas o esencias *a priori* de lo jurídico. El concepto de norma, las nociones de derecho subjetivo, de deber jurídico, de sujeto del Derecho, de supuesto, de consecuencia, etc., son esencias de carácter formal pertenecientes a todo orden jurídico, válidas para todos los Derechos que en el mundo han sido, que hoy son y que pueden ser en el futuro. Lo mismo puede decirse de todos los principios de la lógica y de la ontología formales del Derecho. Ahora bien, aquellas esencias y estos principios son elementos necesarios para entender lo que es el Derecho en términos generales, para entender las condiciones formales de toda situación jurídica, y para conseguir un conocimiento científico de cualquier Derecho. Pero de aquellas esencias y de estos principios formales no es posible, no lo es en absoluto, el deducir normas de conducta, mandatos, prohibiciones y permisos.", p. 40.

Sobre el campo de lo razonable, Recaséns apunta que es un espacio de la razón que coexiste con otros espacios:

“Parece ser, pues, que la razón no se agota en el campo de lo tradicionalmente conocido como lo *racional*, sino que tiene también otros campos. Por de pronto ahora empezamos a otear un campo de la razón diferente del campo de lo racional, a saber, empezamos a vislumbrar el campo de lo *razonable* como otro de los sectores de la razón. Creo que esta palabra lo ‘razonable’ es muy expresiva para designar el ámbito y la índole de lo que podríamos denominar también *logos de lo humano*, y que, desde otros puntos de vista, ha sido llamado también razón vital y razón histórica.”⁹²⁵

Recaséns manejó la noción de ponderación estimativa⁹²⁶ y la noción de casos difíciles⁹²⁷. Para este filósofo lo razonable es “...un campo diferente del campo de la descripción de realidades de la naturaleza, o de entidades ideales [estamos] en un campo que tiene su propio logos...”⁹²⁸

Ahora bien, de la preminencia de los parámetros de lo razonable, no se sigue la exclusión de los otros parámetros, es decir, en la realidad los asuntos presentan una, dos o las tres dimensiones: la verdad como correspondencia con la realidad, la verdad como consenso y la [<<verdad como >>] razonabilidad. Hagamos un ejercicio intelectual: la proposición “El estado

⁹²⁵ *Idem*, p. 45.

⁹²⁶ *Idem*, p. 51.

⁹²⁷ *Idem*, p. 53.

⁹²⁸ *Idem*, p. 54. A decir de Apaletgui, “La obra de Recaséns ofrece al lector contemporáneo algunas claves de la gestación de un modelo teórico –el proporcionado por las teorías de la argumentación– completamente asentado. Se anticipan o retoman ideas que con posterioridad se han revelado centrales para dicho modelo; así, la configuración de los problemas jurídicos como «problemas humanos» y la naturaleza argumentativa de sus modos de resolución, el carácter dialéctico de la racionalidad práctica o la unidad de razonamiento práctico contenido en la noción de prudencia. Desde el punto de vista de la teoría del derecho, se han mostrado, además, los paralelismos existentes entre el iusnaturalismo no ontológico de Recaséns y las actuales concepciones no positivistas implícitas en algunas de las más relevantes teorías de la argumentación jurídica contemporánea.”, Apaletgui Cabra, Jospe Manuel “Claves de la argumentación jurídica..., *Op. Cit.*, p. 58

de cosas que identificamos como, pobreza es injusto”, implica varios planos de análisis: la verdad estrictamente como correspondencia con la realidad, la verdad como consenso y <<la verdad>> como una determinación/aseveración como razonabilidad:

Esquema 131. Proposición verdadera, consensual y razonable

“El estado de cosas que identificamos como pobreza es injusto”		
Verdad	consenso	razonable
Constatación de que el estado de cosas X es de pobreza	IMPLÍCITO: El Estado y la sociedad deben erradicar la pobreza (porque es un estado de cosas injusto)	La afirmación de que el estado de cosas es injusto es razonable conforme a ciertos parámetros valorativos objetivos
	Curso de acción que requiere consenso para actuar coordinadamente	Pretensión de corrección: que el estado de cosas X pase de injusto a justo

Así, la argumentación sobre valores debe mucho a los parámetros de razonabilidad, ya que el cuestionamiento respecto de la aseveración sobre normas o valores (proposiciones normativas o valorativas) y evaluación de la argumentación que se da para fundamentar la <<corrección>> de la aseveración respectiva, no se agota en los criterios objetivos que se exigen para evaluar si una argumentación y sus razones realmente fundamentan la aseveración (o no aseveración) respectiva. Los criterios objetivos de universalidad, de coherencia, de adecuación de las consecuencias, de moral social, y de moral justificada se complementan con otros criterios inherentes a la razonabilidad o plausibilidad de la argumentación correspondiente.

Hay que tener presente que la tesis de la correspondencia como verdad opera relativamente bien en cuestiones del mundo físico⁹²⁹, pero, respecto del espacio moral del mundo social/institucional las cosas ya no operan igual debido a la ambigüedad de los términos “verdadero” y “hecho”⁹³⁰. En efecto, un enunciado como <<Esta es una sentencia que consta, como documento, de 118 fojas, y es injusta>> involucra un enunciado particular afirmativo, pero su <<verdad>> se parte en dos dimensiones: por un lado, el que conste de 118 fojas es constatable empíricamente (mundo físico), es decir, basta contar las fojas y si son 118, entonces es verdadero, pero, por otro lado, ¿cómo constatar que es una sentencia injusta? En la realidad física no existen los hechos morales, es decir, no encontramos hechos que nos indiquen que hay sentencias justas o injustas, sino que sobre un

⁹²⁹ Sobre el tema de la verdad y correspondencia, véase: John Searle, John, *La Construcción de la Realidad Social... Op. Cit.*, pp. 203-224. Para nuestros efectos nos interesan los señalamientos de Searle siguientes: “1. <<Verdadero>> es el adjetivo para evaluar enunciados (así como, por ejemplo, creencias, las cuales, lo mismo que los enunciados de-la-mente-al-mundo o de -la-palabra-al-mundo). Los enunciados se evalúan como verdaderos cuando son fiables, *id est*, cuando la manera en que representan el ser de las cosas es la manera en que las cosas realmente son. 2. El criterio de fiabilidad lo da la descomillación [<<La nieve es blanca>> es verdadera si y sólo si la nieve es blanca]. Eso produce la impresión de que <<verdadero>> es redundante, pero no lo es. Necesitamos un predicado metalingüístico para evaluar el éxito de la adecuación en la dirección de-la-palabra-al-mundo, y ese predicado es el término <<verdadero>>. 3. La asignación de <<verdadero>> a los enunciados no es arbitraria. En general, los enunciados son verdaderos en virtud de condiciones que se dan en el mundo y que no son parte del enunciado. Los enunciados se hacen verdaderos por el modo de ser de las cosas en el mundo, modo de ser que es independiente del enunciado. Necesitamos términos generales para nombrar el modo-de-ser- de-las-cosas-en-el-mundo, y <<hecho>> es uno de esos términos. Otros son <<situación>> y <<estado de cosas>>. 4. Puesto que los enunciados determinan sus propias condiciones de verdad y puesto que el término <<hecho>> refiere a aquello en virtud de lo cual los enunciados son verdaderos, el modo canónico de especificar el hecho es el mismo que el modo de especificar el enunciado, es decir, enunciándolo. Esa especificación requiere una cláusula global; de aquí que tanto los hechos como los enunciados sean especificados proposicionalmente (<<el hecho de que...>>, <<el enunciado de que...>>), pero no por eso tienen los hechos una naturaleza lingüística...”, pp. 222-223.

⁹³⁰ De los señalamientos de Searle expuestos en la nota anterior, y del examen que lleva a cabo, se infiere que <<verdadero>> y <<hecho>>, son utilizados en sentido amplio, pues lo “verdadero” es referido tanto al mundo físico como al mundo social/institucional, y “hecho” es también referido a cualquier hecho del mundo físico o del mundo social/institucional y, además, el término hecho puede ser permutable por “situación” o “estado de cosas”; así, parte del entendimiento se da por efecto de la dirección de ajuste <<de-la-mente-al-mundo>> o <<de-la-palabra-al-mundo>>.

documento al que identificamos como una sentencia y ha sido calificada como justa o injusta, ¿con base en qué determinamos que es justa o injusta?, ¿qué es lo que nos permite señalar que se trata de una sentencia justa o injusta?

El mundo social/institucional es el que nos da el parámetro para determinar que se trata de una sentencia injusta. En efecto, si lo justo o injusto está determinado por el hombre en su creación -artificial- de la moral o ética para calificar lo que es bueno o malo, correcto o incorrecto, justo o injusto, entonces el parámetro es el mundo social/institucional en su espacio de lo que es moral o ético, y este espacio se corresponde con una moral crítica o reflexiva de carácter universalista. En esta moral o ética necesariamente se tiene que operar un objetivismo moral a través del cual se discuta racionalmente que es bueno o malo, correcto o incorrecto, justo o injusto, y sobre reglas de conducta. Este discurso está basado en argumentaciones razonables o plausibles o no razonables o no plausibles. Las mejores razones de por qué algo es bueno o malo son las que se presentan como candidatas a conformar esa moral universalista.

Si esto apunta en el camino adecuado, entonces, como ya se ha señalado, hay una dimensión de correspondencia de enunciados que se constituyen como proposiciones que no responden <<estrictamente>> a la tesis de la verdad o falsedad como correspondencia con la realidad física a partir de verificar si es así o no en la realidad ni con las tesis de la teoría consensual de la verdad, sino que tienen que ver con un concepto parecido al de verdad cuyo equivalente podría ser el de plausibilidad o razonabilidad de las razones que, en conjunto, conforman una argumentación justificatoria que presenta una dimensión moral objetivista mínima.

Para Habermas la verdad (concepto que utiliza pragmáticamente en la dimensión ilocucionaria de los actos de habla) es una cuestión consensual:

“Sólo puedo [...] atribuir un predicado a un objeto si también cualquiera que *pudiera* entrar en discusión conmigo atribuyese el mismo predicado al mismo objeto; para distinguir los enunciados verdaderos de los falsos, me refiero al juicio de los otros y, por ciento, al juicio de todos aquellos con lo que pudiera iniciar una discusión (incluyendo contrafácticamente a todos los oponentes que pudiere encontrar si mi vida fuere coextensiva con la historia del mundo humano). La condición para la verdad de los enunciados es el potencial asentimiento de todos los demás.”⁹³¹

Como ya se ha señalado, la pretensión de corrección no sólo se refiere a normas, sino que también comprende valores -juicios de valor-. Aquí es importante insistir en las clases de enunciados.

Ahora bien, si diferenciamos el (i) criterio de verdad cuando es constatable con la realidad física; (ii) la razonabilidad o plausibilidad, basada en un objetivismo moral mínimo, respecto de la realidad social/institucional primordialmente en su espacio axiológico; y (iii) el consenso en ámbitos en los que se busca el asentimiento de los demás y no se trata de los casos anteriores, pero que implican cursos de acción valiosos (V. gr., establecimiento de reglas adjetivas democráticas), obtenemos proposiciones en las que las pretensiones se diferencian de acuerdo a criterios por los que se validan las pretensiones que las diversas proposiciones implican.

Así, el consenso social/institucional no es la única pauta para la <<verdad>>, en sentido amplio e ilocucionario, tal y como lo utiliza Habermas, sino un espacio de lo moral que tiene que partir de un objetivismo moral mínimo, y

⁹³¹ Citado por Manuel Atienza, *Las razones del Derecho... Op. Cit.*, p. 151.

esto es así porque de cambiar el consenso estaríamos en graves problemas para calificar estados de cosas éticamente. De acuerdo con esto, nuestras tablas de proposiciones y sus respectivas pretensiones serían las siguientes:

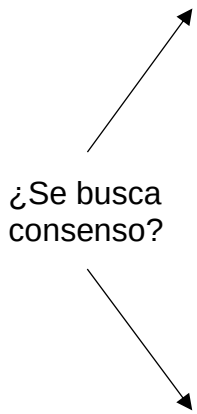
Esquema 132. Tablas de proposiciones (i) verdaderas o falsas; (ii) razonables o plausibles y (iii) consensuales

A. Verdad o falsedad				
	Proposición	Ejemplo	Verdadera/falsa	Pretensión
1	Universal Afirmativa	La luz viaja a 300 mil kilómetros por segundo	Verdadero	Pretensión de verdad
2	Particular Afirmativa	Pedro mató a Juan	Verdadero	
3	Universal Negativa	Los semáforos no indican el paso de triciclos	Verdadero*	
4	Particular Negativa	Alberto no mató a Miguel	Verdadero*	
5	Universal Afirmativa	Todas las aves vuelan	Falso	Fracasa la pretensión de verdad
6	Particular Afirmativa	Ariel mató a Juan	Falsa	
7	Universal Negativa	Los huracanes no son eventos naturales	Falso	
8	Particular Negativa	Ariel no mato a Pedro	Falsa	

* Nota bene: Como se puede observar se evidencia el sesgo cognitivo que consiste en considerar que una negación es una falsedad, y esto no es exacto. Las negaciones pueden ser de cuatro tipos en cuanto a su cantidad y cualidad, pero en la operatividad de la función veritativa solamente dos pueden ser verdaderas. Lo mismo ocurre con las proposiciones afirmativas, pues mentalmente tendemos a considerarlas verdaderas. Junto con estas consideraciones tiene lugar otro sesgo que podríamos denominar de la afirmación o negación sin prueba, es decir, creer que para ciertas afirmaciones o negaciones es suficiente sólo enunciar la oración respectiva para colmar la función veritativa. En las prácticas comunicativas cotidianas así operamos, pues sería imposible cualquier diálogo si ante cualquier proposición exigiéramos la verificabilidad de lo dicho con la realidad (criterio de correspondencia con la realidad); sin embargo, en ciertos contextos prácticos como, por ejemplo, la argumentación judicial, la argumentación en materia de políticas públicas en cuanto a su idoneidad, es indispensable abundar en las razones y pruebas acerca de lo que se afirma o niega para que se tome como verdadero o falso según sea el caso.

B. Razonabilidad o plausibilidad				
	Proposición	Ejemplo	Razonable o plausible	Pretensión
9	Universal Afirmativa	Las sentencias en materia de derechos humanos son justas	¿Es razonable o plausible?	Sí: éxito de la pretensión de razonable o plausible
10	Particular Afirmativa	Esta sentencia es justa		No: fracasa la pretensión de razonable o plausible
12	Universal Negativa	Las sentencias en materia de derechos humanos no son justas		
12	Particular Negativa	Esta sentencia no es justa		
8 posibilidades				
Pretensión de razonabilidad o plausibilidad relacionada con <<aceptación del auditorio universal>>. La noción de “auditorio universal” se debe a Chaïm Perelman, y ha sido objeto de varias interpretaciones, pero, en general e intuitivamente, es retomada por varios autores como, por ejemplo, Alexy y Atienza. Atienza señala: “Sobre todo en los últimos años, se ha concedido una gran importancia al concepto perelmaniano de auditorio universal que, aunque dista de ser un concepto claro, al menos en el Tratado parece caracterizarse por estas notas: 1) es un concepto límite en el sentido de que la argumentación ante el auditorio universal es la norma de la argumentación objetiva; 2) dirigirse al auditorio universal es lo que caracteriza a la argumentación filosófica; 3) el de auditorio universal no es un concepto empírico: el acuerdo de un auditorio universal ‘no es una cuestión de hecho, sino de derecho’... el auditorio universal es ideal en el sentido de que está formado por todos los seres de razón, pero, por otro lado, es una construcción del orador, es decir, no es una entidad objetiva; 5) ello significa no sólo que diversos oradores construyen diversos auditorios universales, sino también que el auditorio universal de un mismo orador cambia.”, Atienza, Manuel, <i>Las razones del Derecho</i>, Op. Cit. pp. 49-50; En otra obra de Atienza, apunta: “La idea del «auditorio universal» de Perelman —el formado por todos los seres de razón—, frente a los auditorios particulares, los auditorios realmente existentes, tiene que ver precisamente con esto, con el esfuerzo por construir un criterio de la argumentación correcta que no se identifica con la eficacia; tiene que ver con la contraposición (como existe también en Habermas, en Rawls, etc.) entre el consenso fáctico y el consenso racional. Por lo demás, en el Derecho parecemos necesitar ambas nociones; lo que caracteriza a la argumentación jurídica (pero no sólo a ella) es el uso (para la construcción de una noción manejable de objetividad) de una combinación de elementos fácticos y elementos normativos; digamos que se busca primero el acuerdo de hecho en ciertas premisas (si faltara esa base común, no se podría propiamente argumentar) y luego se argumenta hipotéticamente: si se acepta X e Y, entonces tendría que aceptarse también Z.”⁹³²				

⁹³² Atienza, Manuel, *Curso de Argumentación... Op. Cit.*, p. 371.

C. Consensual				
	Proposición	Ejemplo	Consenso	Pretensión
13	Universal Afirmativa	Los Estados Constitucionales de Derecho son los mejores sistemas jurídicos que hay que seguir (se deben seguir)	¿Se busca consenso? 	Sí: éxito de la pretensión consensual
14	Particular Afirmativa	El país X tiene (debe) constituirse como Estado Constitucional de Derecho		
15	Universal Negativa	Los Estados Constitucionales de Derecho no son (no deben ser) sistemas jurídicos a seguir		
16	Particular Negativa	El país X no tiene (no debe) constituirse como Estado Constitucional de Derecho		NO: fracasa la pretensión consensual
8 posibilidades				
Nota bene: obsérvese que se trata de propuestas de cursos de acción, lo cual resaltamos con los paréntesis refiriendo que realmente implican un deber				
Pretensión consensual. Variante de la teoría pragmática de la verdad, atribuible a Jürgen Habermas, según el cual «verdad» no es un predicado o propiedad de una proposición o enunciado, sino una exigencia ideal del mismo, por la que se reclama de los demás el asentimiento, o el consenso intersubjetivo, una vez presentadas las justificaciones con que se sostiene y se afirma un enunciado. El trasfondo de esta teoría supone que los enunciados que se pretenden verdaderos, como actos lingüísticos que son, se profieren en una situación ideal de diálogo, en la que ha de ser posible un discurso libre y racional. En la Enciclopedia Herder se señala: “Teoría pragmática de la verdad, Teoría sobre la verdad que se engloba dentro de otra teoría epistemológica más general, el pragmatismo, iniciado por Charles Sanders Peirce (1839-1914), según el cual el significado de un concepto o de un enunciado se ve en la práctica. De acuerdo con estos principios, y más bien debido a una formulación de William James (1842-1910), se la define como propiedad de toda proposición o enunciado -James habla más bien de «creencias»- que en la práctica funciona, resulta o tiene consecuencias útiles. Esta utilidad no debe entenderse en un sentido meramente tecnológico o práctico de alcance inmediato, sino en un sentido mucho más amplio”. ⁹³³				

⁹³³ Enciclopedia Herder:

https://encyclopaedia.herdereditorial.com/wiki/Verdad_como_consenso#:~:text=Variante%20de%20la%20teor%C3%ADa%20pragm%C3%A1tica,una%20vez%20presentadas%20las%20justificaciones

Una vez que se ha planteado una pretensión de corrección y si ésta es cuestionada, problematizada, se genera el proceso de su justificabilidad, punto que analizaremos enseguida.

ii) Justificabilidad de la pretensión de corrección

En la tríada que se genera al plantear una pretensión de corrección de acuerdo con Alexy, el segundo componente es la justificabilidad.

Como hemos visto, la pretensión de corrección se plantea mediante algún enunciado por el que se señala que una norma, una acción, una omisión o un estado de cosas es lo normativamente correcto de acuerdo con cierto parámetro de evaluación, es decir, si alguien dice que una norma es correcta, lo que quiere significar es que la norma cumple determinado estándar valorativo, pero si alguien dice que X norma es correcta está cuestionando que lo sea, entonces se implica que quien asevera, es decir, que hace valer la pretensión de corrección debe justificar que lo es, y aquí la problematización lleva al proceso de justificabilidad. Ésta requiere de razones, es decir, de argumentos tales que el destinatario acepte que la norma es correcta. Por tanto, el proceso de justificabilidad inicia cuando alguien cuestiona que una norma, una acción, una omisión o un estado de cosas es correcta. Una vez concluido el discurso deliberativo de justificabilidad en el que participan, por lo menos, el que sostiene la pretensión de corrección y quien la ha cuestionado (problematizado), aparece la expectativa de aceptación, si se acepta la pretensión de corrección significa que su justificabilidad es suficiente y, consecuentemente su aceptabilidad opera generando consecuencias. Si quien sostiene la pretensión es derrotado porque en el proceso de justificabilidad se dieron mejores razones en contra, entonces la norma,

acto, omisión o estado de cosas no es correcto y, por ende, debe corregirse precisamente porque su justificabilidad giro a favor de su incorrección.

Supongamos una norma -una ley- que expide el legislador por el que se autoriza la tortura en casos de delincuencia organizada y aduce que es una norma correcta, es decir, expresa una pretensión de corrección, pero una persona aduce que esa norma no es correcta, se abre el diálogo en el que el proceso de justificabilidad genera mejores razones a favor de la pretensión de corrección originalmente planteada; por tanto, la norma es incorrecta, es decir, fue derrotada la pretensión de corrección primariamente planteada, y la expectativa de aceptación de la pretensión de corrección originalmente planteada es reducida a su mínima expresión es decir, la expectativa de aceptación es técnicamente inoerable. En Francia recientemente se expidió una norma por la que se aumentan dos semanas a las ya prescritas doce semanas para interrumpir el embarazo (aborto), el legislador hace valer la pretensión de que su norma es correcta, pero alguien señala que no es una norma correcta, se abre el discurso deliberativo dialógico en el que el proceso de justificabilidad se desarrolla y resulta que hay mejores razones a favor de la pretensión original del legislador, derrotándose la posición que contradice dicha pretensión, consecuentemente se valida la normas que incrementa el periodo de interrupción del embarazo a 14 semanas, y con base en esas razones se incrementa la expectativa de aceptación de la pretensión de corrección.

Contrariar una pretensión de corrección respecto de una norma, un acto, una omisión o un estado de cosas implica negar que es correcto, y, precisamente, la negación la plantea quien en un inicio cuestiona que sea correcta, y en el discurso dialógico, deliberativo, se lleva a cabo el proceso

de justificabilidad, es decir, que afirma y quien niega aducen razones - argumentan- a favor de su tesis de corrección o de incorrección.

Debemos considerar que si la pretensión de corrección se plantea mediante algún enunciado por el que se señala que una norma, una acción, una omisión o un estado de cosas es lo normativamente correcto de acuerdo con cierto parámetro de evaluación, entonces significa que alguien dice que una norma, acto, omisión, estado de cosas, es lo correcto. Simplificando: la norma X es correcta porque la norma X cumple determinado estándar valorativo y, por ende, es lo correcto, lo normativamente correcto. Sin embargo, puede ocurrir que alguien cuestione que la norma X sea lo correcto, y esta contradicción implica que quien asevera, es decir, quien hace valer la pretensión de corrección debe justificar que la norma X es lo correcto, además de que quien contradice debe justificar su postura. Este es el litigio a que da lugar la problematización y que implica desarrollar el proceso de justificabilidad.

La justificabilidad es la exigencia de razones, es decir, de argumentos tales que el destinatario acepte que la norma es correcta. Por tanto, implica un proceso de justificabilidad que inicia cuando alguien cuestiona que una norma, una acción, una omisión o un estado de cosas no es lo correcto.

Contrariar una pretensión de corrección respecto de una norma, un acto, una omisión o un estado de cosas implica negar que es lo correcto, y, precisamente, la negación la plantea quien en un inicio cuestiona que sea correcta, y en el discurso dialógico, deliberativo, se lleva a cabo el proceso de justificabilidad, es decir, quien afirma y quien niega aducen razones - argumentan- a favor de su tesis de corrección o de incorrección.

Manuel Atienza, al estudiar la teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy y referirse a la teoría de Habermas, señala:

“La base de la teoría de Habermas es una pragmática universal que trata de reconstruir los presupuestos racionales implícitos en el uso del lenguaje. Según Habermas, en todo acto de habla (afirmaciones, promesas, mandatos, etc.) dirigido a la comprensión mutua, el hablante erige una pretensión de validez (*eine Anspruch auf Gültlichkeit*), es decir, pretende que lo dicho por él es válido o verdadero en un sentido amplio. Pero esa pretensión de validez significa cosas distintas según el tipo de acto de habla de que se trate. En los actos de habla constatativos (como afirmar, referir, narrar, explicar, predecir, negar, impugnar) el hablante pretende que su enunciado es verdadero. En los actos de habla regulativos (como los mandatos, las exigencias, las amonestaciones, las excusas, las recomendaciones, los consejos), lo que se pretende es que lo mandado, exigido, etc., es correcto. En los actos de habla representativos (como revelar, descubrir, admitir, ocultar, despistar, engañar, expresar) se pretende que lo que se expresa es sincero o veraz. Por otro lado, con cualquier acto de habla se plantea una pretensión de inteligibilidad. En definitiva, en los actos de habla consensuales (los que tienen como meta la obtención de un consenso o acuerdo) se presupone el reconocimiento recíproco de cuatro pretensiones de validez:

‘El hablante tiene que elegir una expresión *inteligible* para que el hablante y el oyente puedan *entenderse entre sí*, el hablante tiene que tener la intención de comunicar un contenido proposicional *verdadero* para que el oyente pueda *compartir* el saber del hablante; el hablante tiene que querer manifestar sus intenciones *verazmente* para que el oyente pueda creer en sus emisiones (confiar en él); finalmente, el hablante tiene que elegir una emisión *correcta* en relación con las normas y valores vigentes para que el oyente pueda aceptar su emisión, de modo que hablante y oyente puedan *coincidir entre sí* en lo que se refiere al trasfondo normativo conocido (Habermas...; McCarthy,...).’

En la interacción ordinaria, las pretensiones de validez que se vinculan con cada acto de habla se aceptan de forma más o menos ingenua. Pero esas pretensiones pueden ser también problematizadas, y cuando lo que se problematiza son las pretensiones de verdad o de corrección se produce el paso desde la acción (la acción comunicativa) a lo que Habermas llama el discurso. Eso quiere decir que el hablante tiene que dar razones para tratar de fundamentar el hecho de que sus aserciones son verdaderas (discurso teórico) o de que una determinada acción o

norma de acción es correcta (discurso práctico). Por lo que se refiere a las otras dos pretensiones, la de inteligibilidad es condición, pero no objeto de la comunicación (y da lugar a lo que Habermas llama “discurso explicativo”), y la de veracidad no se resuelve discursivamente: si un hablante es o no sincero sólo puede reconocerse en sus acciones.”⁹³⁴

Con base en los señalamientos de Atienza, en los que refiere a Habermas (y a McCarthy), es evidente que la pretensión de validez de corrección, correlativa de los actos de habla regulativos, busca que lo regulado sea correcto. Lo correcto se determina si es conforme a los fines y valores que condicionan lo regulado; y si lo regulado en materia jurídica está determinado por principios y criterios tanto del Derecho como de la Moral, entonces entre Derecho y Moral, hay una relación conceptual necesaria en la que la pretensión de corrección es elemento definitorio de esa relación conceptual necesaria entre Derecho y Moral. Todo acto de habla regulativo (el Derecho) tiene pretensión de corrección y negarlo es un sinsentido.

En la Teoría de la Argumentación se manejan diversos criterios para evaluar argumentaciones, y esos criterios se deben complementar con el criterio de razonabilidad. Manuel Atienza, quizá el tratadista que desde hace más de tres décadas ha hecho imprescindibles aportaciones a la Teoría de la Argumentación Jurídica, señala que hoy en día se puede hablar del giro argumentativo en el ámbito jurídico. Así, en su obra *Curso de Argumentación* establece tres temas, entre otros, fundamentales sobre la argumentación jurídica: cómo analizar una argumentación, cómo evaluar una argumentación y cómo argumentar. En el tópico de cómo evaluar una argumentación señala que es importante diferenciar diversos puntos:

“...evaluar un argumento no es exactamente lo mismo que evaluar una decisión o una acción; como tampoco deben confundirse la

⁹³⁴ Atienza, Manuel, *Las razones del Derecho... Op. Cit.*, pp.152-153.

evaluación de los argumentos teóricos y la de las creencias o teorías que los mismos avalan. Es obvio (como también hemos visto) que se puede decidir sin argumentar, sin ofrecer ningún tipo de razón, en cuyo caso, el juicio que se haga sobre la decisión no tendrá que ver con ninguna argumentación previa (aunque sí podría tener que ver con la falta de argumentación: si se trataba de una decisión que tenía que ser fundamentada). Pero incluso cuando se decide argumentativamente, ambos aspectos pueden separarse: hay buenas decisiones mal argumentadas, y a la inversa, buenas argumentaciones en favor de decisiones erróneas. Conviene, además, reparar en que las «buenas» y las «malas» argumentaciones (como también las decisiones) pueden serlo en dos sentidos distintos: en sentido técnico y en sentido moral. Una buena argumentación en sentido técnico quiere decir una argumentación hábil, basada en argumentos que puedan resultar efectivos para lograr una cierta finalidad; pero, al mismo tiempo, esa argumentación podría ser mala moralmente (en el sentido amplio de la expresión) si, por ejemplo, oculta argumentos relevantes que servirían para refutar los anteriores (y si quien argumenta tuviera la obligación de ser imparcial: una misma argumentación puede ser mala —en sentido moral— si quien la efectúa es, por ejemplo, un juez que debe resolver un recurso, pero no si su autor fuera el abogado de una de las partes).

De todas formas, en relación con la actividad judicial, el ideal regulativo del Estado de Derecho es que las buenas decisiones sean precisamente las decisiones bien argumentadas. La obligación de motivar (que rige al menos en relación con las decisiones de alguna importancia) supone el cumplimiento de criterios formales (autoritativos y procedimentales) y sustantivos tendentes a asegurar que las decisiones vayan acompañadas de una argumentación —motivación— adecuada. Y por otro lado, el cumplimiento de esos criterios sería la garantía de que una decisión bien motivada no puede ser una mala decisión; o sea, el juez que fundamenta sus decisiones de acuerdo con el Derecho decide jurídicamente bien, aunque la decisión pudiera ser errónea desde otros parámetros: por ejemplo, porque aplica una norma injusta o porque no da como probado un hecho que se ha conocido que vulnera alguna norma jurídica.

Esto último no ocurre en relación con otras instancias jurídicas en las que las decisiones y los procesos de argumentación no tienen entre sí ese tipo de vinculación conceptual. La razón es que los órganos legislativos o administrativos, los abogados o los particulares no tienen el grado de compromiso con el Derecho que caracteriza a la función judicial. Ellos se sirven más bien del Derecho para obtener propósitos sociales e individuales; en

general, la adecuación al Derecho es un límite o un medio, no el fin de su actividad. La argumentación y la evaluación de los argumentos se plantea, por ello, de manera distinta en unas u otras instancias. Una sentencia puede ser anulada por carencia o defecto de fundamentación, pero esto no ocurre con las leyes; o, por lo menos, si ocurre es de manera muy excepcional (y en relación más bien con defectos de carácter formal y procedimental); en las normas legisladas, existe un texto que se separa en cierto modo de los argumentos que hayan podido utilizarse para justificarlo, pero en las de origen judicial, en los precedentes, la norma y su fundamentación son de alguna manera inseparables. Y en cuanto a los abogados, sus argumentaciones no son normalmente evaluadas en términos de validez, sino de eficacia.

En definitiva, la pregunta qué es un buen (y un mal) argumento, tiene respuestas distintas en los distintos campos de la argumentación jurídica, entre otras cosas porque las finalidades que se persiguen al evaluar una argumentación jurídica son diferentes, según cuál sea la instancia argumentadora y la que efectúa la evaluación. La evaluación de los argumentos es, pues, una cuestión fundamentalmente contextual, pero eso no quiere decir que no haya criterios —criterios objetivos— para llevarla a cabo. Quiere decir que los criterios no pueden ser exactamente los mismos para todas las instancias jurídicas.”⁹³⁵

Respecto de los criterios de evaluación de una argumentación <<judicial>>, los cuales consideramos aplicables, *mutatis mutandi*, en otros contextos no judiciales y, por ende, no solamente a normas y valores sino a acciones, omisiones y estados de cosas sobre los que se formule una pretensión de corrección, Atienza señala que son, básicamente, el de universalidad, el de coherencia, el de adecuación de las consecuencias, el de considerar la moral social, y el de considerar la moral justificada.

(a) Universalidad

El criterio de universalidad consiste tanto en una exigencia lógica como de la regla formal de justicia. Señala Atienza:

⁹³⁵ Atienza, Manuel, *Curso de Argumentación... Op. Cit.*, pp. 547-549.

“El requisito de universalidad se aplica tanto en relación con problemas normativos como con problemas fácticos y, en realidad, está también implícito en el propio esquema de justificación interna; o sea, la premisa mayor —normativa— del silogismo judicial tiene que ser un enunciado de carácter universal: para todo x, si x es P, entonces debe ser también Q. En ese sentido, es un requisito de carácter lógico; o sea, si no tuviéramos, como premisa, un enunciado normativo universal (y un enunciado fáctico que afirma que un individuo a pertenece a la clase de los x), no podríamos inferir un enunciado normativo singular (a debe ser Q). Pero la universalidad implica algo más que ese requisito puramente lógico, cuando se entiende que esa noción es la que está detrás de lo que se ha llamado la «regla formal de justicia» (tratar igual a los seres pertenecientes a la misma categoría [Perelman 1964]); del imperativo categórico kantiano (cuya primera formulación dice que se debe obrar de tal manera que uno pueda universalizar la máxima de su conducta); o de una de las reglas fundamentales del discurso racional (Alexy la formula así: «todo hablante que aplique un predicado F a un objeto a, debe estar dispuesto a aplicar F también a cualquier otro objeto igual a a en todos los aspectos relevantes» [Alexy 1989: 283])”⁹³⁶

(b) Coherencia

El criterio de coherencia reclama que la argumentación presente compatibilidad con valores, principios y teorías. En palabras de Atienza:

“La idea de coherencia está ligada a la de consistencia lógica, pero difiere de esta última porque la coherencia se refiere a la compatibilidad (de una decisión, de una norma o de la narración de unos hechos) en relación con valores, principios y teorías. Por eso, mientras que la consistencia (lógica) es una propiedad que sencillamente se da o no se da, la coherencia es más bien una cuestión de grado: por ejemplo, la fundamentación de una decisión puede contener alguna inconsistencia lógica (resultar incompatible con alguna norma específica del sistema, con algún elemento probatorio) y, sin embargo, ser la más coherente de entre las posibles y, en consecuencia, estar justificada.”⁹³⁷

⁹³⁶ Atienza, Manuel, *Curso de Argumentación... Op. Cit.*, pp. 554-555.

⁹³⁷ Atienza, Manuel, *Curso de Argumentación... Op. Cit.*, p. 556.

(c) Adecuación de las consecuencias

El criterio de adecuación de las consecuencias pide que se vean las cosas en el futuro, es decir, cuáles serán los efectos de una argumentación y la decisión que con base en ella se tome. Apunta Atienza:

“Mientras que la coherencia mira hacia el pasado (en el caso de la coherencia normativa, hacia el sistema jurídico, hacia las normas establecidas; en el de la coherencia narrativa, hacia la experiencia acumulada del pasado), el criterio de las consecuencias se enfoca hacia el futuro. Por eso, los argumentos de coherencia son tan importantes en el razonamiento judicial, mientras que en el legislativo o en el de los abogados juega más bien el papel de marcar un límite, y lo fundamental son, precisamente, los argumentos consecuencialistas: lo que justifica dictar una norma con determinado contenido o avanzar una determinada estrategia de defensa o de acusación es la consecuencia que va a producir. Las consecuencias se tienen en cuenta en relación con cuestiones normativas y también (si se quiere, indirectamente) a propósito de cuestiones de hecho.”⁹³⁸

(d) Moral social

Tomar en cuenta la moral social implica, de acuerdo con Atienza, que:

“...los criterios de moralidad social tienen que tener su peso en la argumentación (y en la evaluación de la argumentación) judicial. El juez no puede ser indiferente a (o contradecir), las convenciones sociales, como podría serlo, pongamos por caso, un individuo que argumenta a propósito de alguna cuestión con connotaciones morales. El juez ocupa una cierta posición institucional y eso supone ciertos límites en cuanto al tipo de razones que puede usar y en cuanto al alcance de esas razones. Optar (dentro siempre de ciertos límites) a favor de la moral social facilita, entre otras cosas, que su decisión sea persuasiva y eso, como se ha visto, es un elemento importante de la motivación de sus decisiones. Además, los criterios socialmente mayoritarios parecen estar vinculados a la idea de democracia: decidir como la mayoría preferiría que se

⁹³⁸ Atienza, Manuel, *Curso de Argumentación... Op. Cit.*, p. 558.

hiciese parece un saludable ejercicio democrático particularmente exigible a quienes —como los jueces; salvo excepciones— no han sido elegidos para ocupar sus cargos mediante procedimientos democráticos. Y, en fin, quienes son escépticos en materia de moral suelen pensar que la mejor forma de cerrar la necesaria discrecionalidad que con frecuencia se le abre a los jueces es precisamente ésa: optar por las valoraciones sociales predominantes. Pero esto no es enteramente satisfactorio, por varias razones. 1) Puede ocurrir que no sea fácil saber cuál es la opinión mayoritaria al respecto o que, simplemente, no exista una opinión claramente mayoritaria. 2) No puede excluirse la posibilidad de que esas opiniones, aun siendo mayoritarias, sean expresión de prejuicios que van además en contra de los propios valores del ordenamiento; en muchas sociedades pueden predominar o tener un gran predicamento, por ejemplo, opiniones xenófobas o contrarias a los principios del garantismo penal, recogidos en todas las constituciones contemporáneas. 3) El recurso a la democracia, a la opinión de la mayoría, por parte de los escépticos o relativistas morales, no parece estar bien justificado: si no hay criterios objetivos en materia de moral, tampoco lo será el basado en la democracia, en la opinión de las mayorías. 4) Las constituciones contemporáneas (por ejemplo, la española) incorporan un código moral (reflejado en las declaraciones de derechos) que no es simplemente la moral establecida; el Derecho no proporciona razones últimas de carácter justificativo, y tampoco puede hacerlo la moral social: los criterios últimos de justificación de los razonamientos jurídicos (judiciales) tienen que provenir de una moral racionalmente justificada que, por tanto, en ocasiones puede no coincidir con la moral social. " ⁹³⁹

(e) Moral justificada (crítica, reflexiva)

Respecto de la moral justificada Atienza señala que a partir de los problemas que presenta la moral social (o positiva), se debe recurrir a una moral justificada. Contra esta hay dos objeciones principales: una es inherente al dogma positivista de mantener separados el Derecho y la Moral, objeción que nos parece está superada; la segunda objeción consiste en saber cuál es la moral justificada si es que existe alguna. En relación con esta segunda objeción, Atienza señala:

⁹³⁹ Atienza, Manuel, *Curso de Argumentación... Op. Cit.*, pp. 559-560.

“En la filosofía moral existen diversas propuestas de teorías éticas —de ética normativa— que sostienen (con diversas intensidades) el objetivismo moral y que, en consecuencia, podrían ser aptas para desempeñar esa función: suministrar un método para descubrir la moral correcta. En mi opinión, la postura más adecuada es la del llamado constructivismo o procedimentalismo moral, en alguna versión como la suscrita por Rawls, por Habermas o por Nino que, por lo demás, son sustancialmente coincidentes. La base de las mismas, por cierto, es que los principios de una moral justificada serían aquellos a los que llegaría por consenso una serie de agentes que discutieran respetando ciertas reglas más o menos idealizadas. Los criterios para evaluar los razonamientos judiciales remiten, por lo tanto, a la argumentación racional. Es importante, por lo demás, aclarar que defender una posición objetivista de la moral no es lo mismo que defender el absolutismo moral; el objetivista sostiene que los juicios morales incorporan una pretensión de corrección, pero están abiertos a la crítica, a la discusión racional y, por tanto, pueden ser modificados, no son absolutos. Además, la pretensión de corrección de los juicios morales no se identifica con la pretensión de verdad de los juicios científicos; la objetividad moral es análoga, pero no equivalente a la científica. Nadie pretende que existan criterios de verificación o de falsación de las teorías morales como los que se aplican a las teorías científicas o, en todo caso, no es necesario hacerlo para sostener el objetivismo moral; que haya criterios objetivos para determinar que una proposición moral es o no correcta no supone pensar necesariamente que existen «hechos morales»: objetivismo moral no equivale a realismo moral.”⁹⁴⁰

Pero, no obstante, estos criterios, señala Atienza, no son los únicos que se pueden tomar en cuenta para evaluar una argumentación y, a final de cuentas, su resultado determina en buena medida si la decisión jurídica que al efecto se tome es una buena o mala decisión. La línea de dirección común es que una buena argumentación genera una buena decisión y también en sentido negativo, es decir, una mala argumentación propicia una mala decisión, aunque a veces una buena argumentación no genera una buena decisión sino una mala decisión, y una mala argumentación

⁹⁴⁰ Atienza, Manuel, *Curso de Argumentación... Op. Cit.*, pp. 561-562.

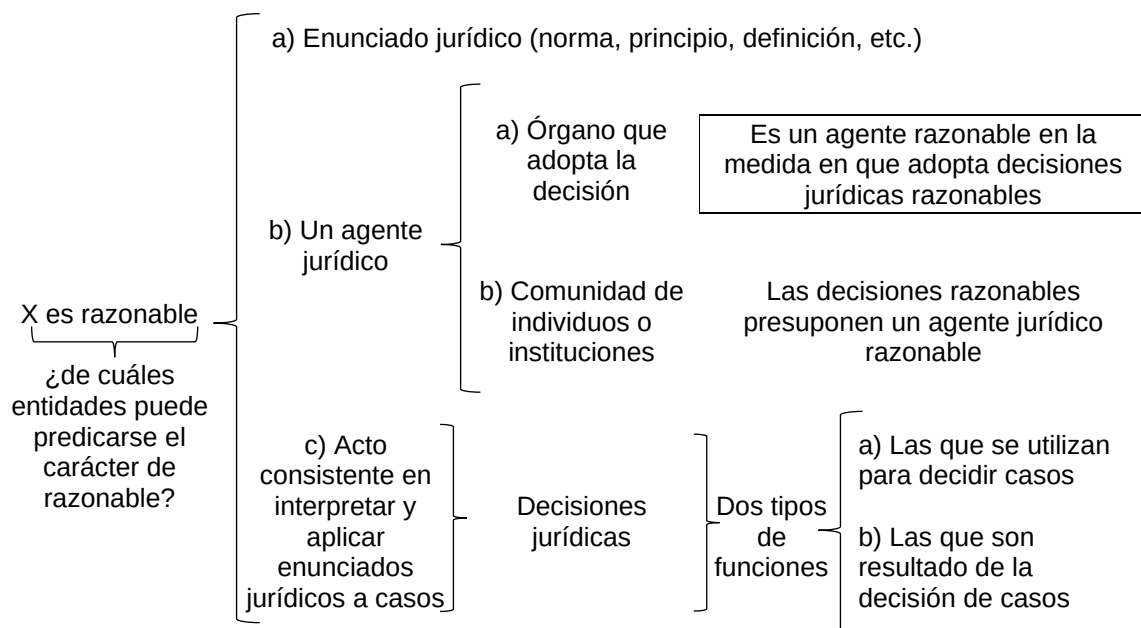
puede no determinar que se tome una buena decisión. La exigencia es tener buenas argumentaciones para tomar buenas decisiones, pero en ocasiones no basta reunir los criterios mencionados, pues hay casos en los que esos criterios son insuficientes o no se pueden cumplir a cabalidad. Aquí es donde entra un parámetro complementario a esos criterios: la razonabilidad, la cual analizamos como una forma de ver la pretensión de corrección y determinar la corrección o no corrección de las proposiciones normativas de interpretación y de valor. Atienza señala:

“Ahora bien, aunque existan criterios, y criterios objetivos como los mencionados, eso no quiere decir que con los mismos se puedan solucionar todos los problemas de evaluación de las argumentaciones jurídicas; en particular, de los razonamientos judiciales. No son suficientes (no siempre) porque algunos de ellos pueden ser difíciles de aplicar, discutibles en algunos de sus extremos, excesivamente indeterminados, etc. Y además, porque puede ocurrir muy bien que entre los mismos surjan contradicciones, o sea, que no sea posible (en algún caso) satisfacer todos ellos. Los anteriores criterios están planteados de tal manera que parecería que los últimos, o el último, gozan de prioridad frente a los anteriores, lo que permitiría resolver en forma más o menos automática esas contradicciones. Pero esto no es así. Como ya hemos visto, es posible que una razón de moral sustantiva (de moral justificada) tenga que ceder frente a razones de carácter institucional. Puede parecer paradójico, pero la paradoja se disuelve cuando se considera que la argumentación justificativa tiene lugar en varios niveles: en un primer nivel, existe un conflicto de razones (entre una razón moral y otra institucional), que se resuelve, en un segundo nivel, dando la prioridad a la de carácter institucional. La razón de segundo nivel es (ha de ser) de tipo moral, lo que se corresponde con la tesis de la supremacía de la moral que rige en el razonamiento práctico y, por tanto, en el jurídico. Pero supremacía de la moral no quiere decir imperialismo de la moral. O sea, la unidad de la razón práctica no significa que el razonamiento judicial se disuelva simplemente en razonamiento moral; la motivación de una sentencia judicial incorpora necesariamente un componente moral, pero el juez no es, sin más, un razonador moral; en el razonamiento judicial (y, en general, en el jurídico), los aspectos institucionales juegan, obviamente, un papel esencial.

En todo caso, la insuficiencia de los anteriores criterios para resolver todos los problemas de evaluación puede entenderse como una llamada a la idea de razonabilidad. Ahora bien, de «razonabilidad» puede hablarse en varios sentidos. En su acepción probablemente más general, se aplica a cualquier decisión judicial (jurídica), pues la razonabilidad marca, simplemente, el límite de lo justificable, de lo jurídicamente aceptable; incluso la decisión más simple, más incuestionable, tiene que ser razonable: la razonabilidad —digamos— es algo más que la racionalidad en sentido estricto, aunque en ocasiones actuar —decidir— de manera razonable signifique hacerlo en forma estrictamente racional. Pero, en un sentido más específico, la razonabilidad entra en juego únicamente a propósito de ciertas decisiones, de ciertas argumentaciones.”⁹⁴¹

Con base en el artículo de Atienza, “Para una razonable definición de <<razonable>>”⁹⁴², elaboramos los esquemas siguientes:

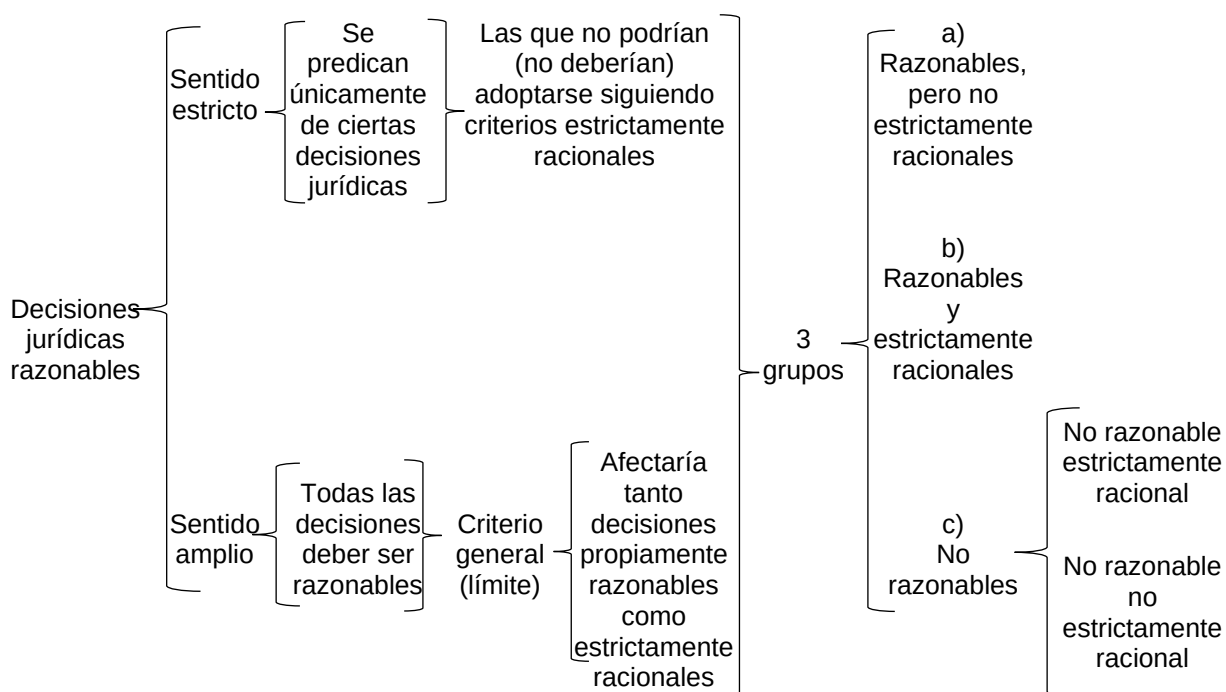
Esquema 133. Lo razonable



⁹⁴¹ Atienza, Manuel, *Curso de Argumentación... Op. Cit.*, pp. 562-563. Es tal la importancia de la <<razonabilidad>> que en el contexto de la argumentación legislativa Atienza, originalmente, se refiere a cinco niveles: racionalidad lingüística; racionalidad pragmática; racionalidad jurídico-formal; racionalidad teleológica; y racionalidad ética, pero posteriormente señala que dichas racionalidades se deben complementar con una meta-racionalidad como nivel presidido por la idea de razonabilidad, *Idem*, pp. 714-715.

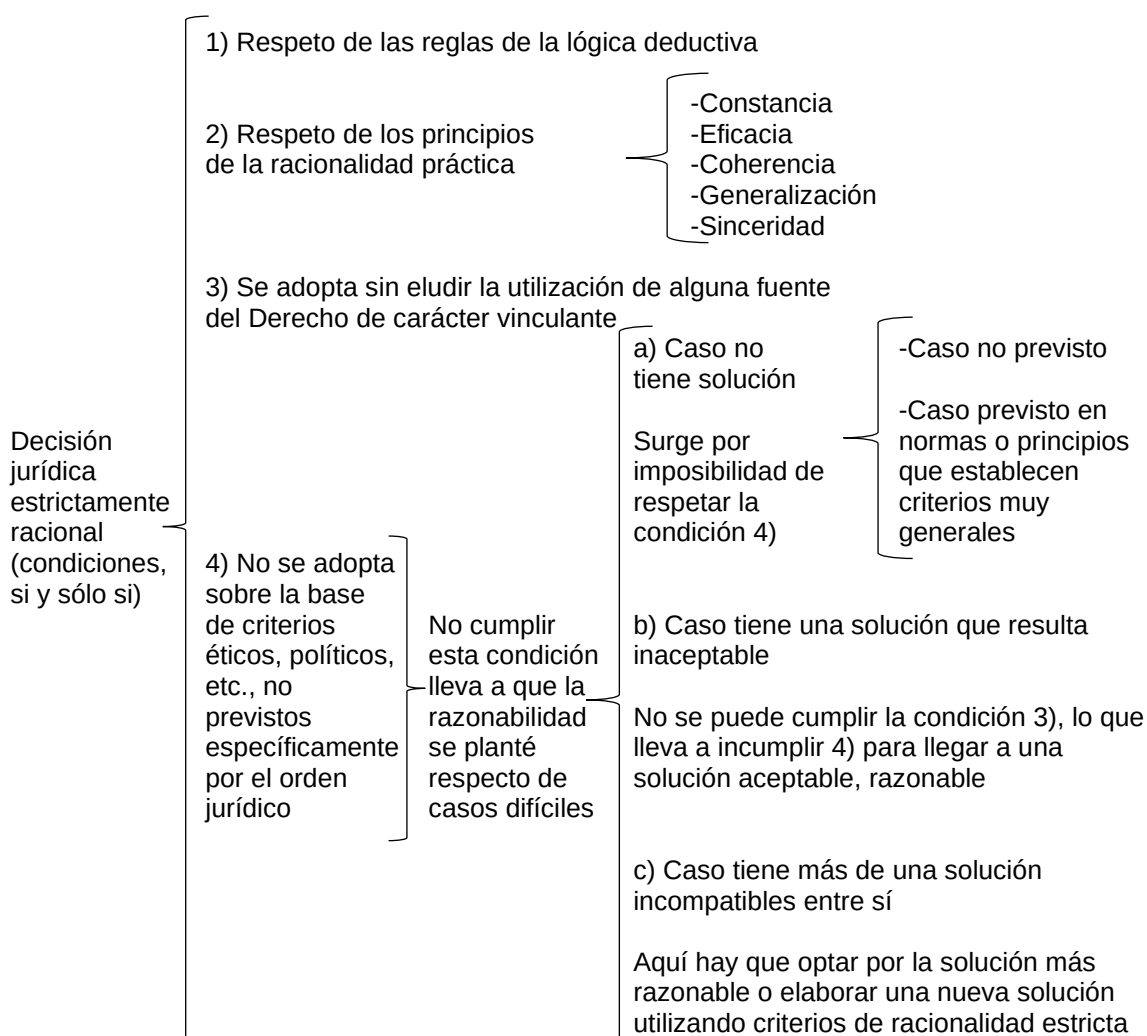
⁹⁴² Los siguientes esquemas los hemos elaborado a partir del artículo de Atienza, Manuel, “Para una razonable definición de <<razonable>>”, en *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Núm. 4, Universidad de Alicante, Es., 1987, pp. 189-200

Esquema 134. Lo Razonable en sentido estricto y en sentido amplio

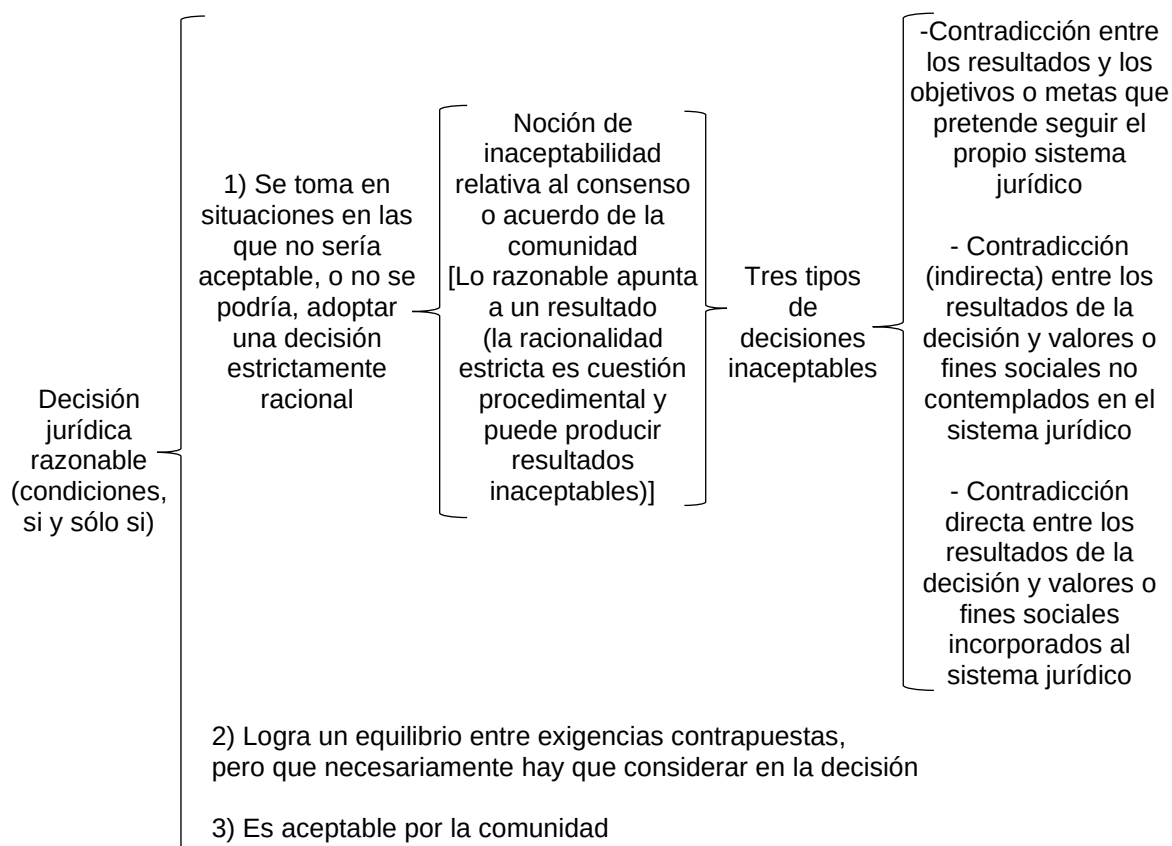


Nota: No se habla de lo racional a secas sino de lo estrictamente racional para no contraponer lo razonable a lo racional. Implica considerar (i) a lo razonable como no racional o como irracional; (ii) que lo razonable también es racional (racional en sentido amplio); y (iii) lo racional puede no ser razonable. Se infiere que todo lo razonable es racional, pero no todo lo racional es razonable.

Esquema 135. Condiciones que debe cumplir una decisión jurídica estrictamente racional



Esquema 136. Condiciones que debe cumplir una decisión jurídica razonable



iii) Expectativa de aceptación de la pretensión de corrección

Una vez concluido el proceso de justificabilidad en el que participan, por lo menos, el que sostiene la pretensión de corrección y quien la ha cuestionado (problematizado), aparece la expectativa de aceptación, si se acepta la pretensión de corrección significa que su justificabilidad es suficiente y, consecuentemente, su aceptabilidad opera generando consecuencias. Si quien sostiene la pretensión es derrotado porque en el proceso de justificabilidad se dieron mejores razones en contra, entonces la norma, acto, omisión o estado de cosas no es correcto y, por ende, debe

corregirse precisamente porque su justificabilidad giro a favor de su incorrección.

Supongamos una norma -una ley- que expide el legislador por el que se autoriza la tortura en casos de delincuencia organizada y aduce que es una norma correcta, es decir, expresa una pretensión de corrección, pero si un participante del orden jurídico señala que no es correcta, se abre el diálogo en el que el proceso de justificabilidad genera la proyección de las mejores razones a favor o en contra de la pretensión de corrección originalmente planteada. Si hay buenas razones para determinar que la norma X es incorrecta, es decir, fue derrotada la pretensión de corrección primariamente planteada, la expectativa de aceptación se torna inoperante. En Francia recientemente se expidió una norma por la que se aumentan dos semanas a las ya prescritas doce semanas para interrumpir el embarazo (aborto), el legislador hace valer la pretensión de que su norma es correcta, pero alguien señala que no es una norma correcta, se abre el discurso deliberativo dialógico en el que el proceso de justificabilidad se desarrolla y resulta que hay mejores razones a favor de la pretensión original del legislador, derrotándose la posición que contradice dicha pretensión, consecuentemente se valida la normas que incrementa el periodo de interrupción del embarazo a 14 semanas, y con base en esas razones se incrementa la expectativa de aceptación de la pretensión de corrección.

La relación entre aseveración y justificabilidad de la pretensión de corrección y la expectativa de su aceptabilidad es proporcional: a mayor razonabilidad de la justificabilidad mayor expectativa de aceptación; y a la inversa: a menor justificabilidad razonable menor la expectativa de aceptación.

Por otra parte, si el Sistema Maestro de Control Omnicomprensivo de la Actividad Estatal que incide directa o indirectamente en los derechos humanos, en especial en los derechos sociales, es un mecanismo de evaluación de los fines valiosos del Estado Constitucional de Derecho entonces dicho sistema es un instrumento imprescindible de proyección de la pretensión de corrección del Derecho del referido Estado.

Hasta aquí, se evidencia que uno de los pilares de la argumentación en favor de la vinculación conceptualmente necesaria entre Derecho y Moral es la pretensión de corrección. Así, cabe plantear si la pretensión de corrección del Derecho existe porque hay una vinculación conceptualmente necesaria entre Derecho y Moral, es decir, la pretensión de corrección deriva de la vinculación conceptualmente necesaria entre Derecho y Moral o si la vinculación conceptualmente necesaria entre Derecho y Moral existe porque hay una pretensión de corrección del Derecho, es decir, si la vinculación conceptualmente necesaria entre Derecho y Moral deriva de la pretensión de corrección.

El primer punto que hay que destacar es que el Derecho es una actividad - práctica social-, es decir, es una empresa colectiva, y es un resultado cuando es visto objetivamente como conjunto de normas que conforma un sistema normativo.

Tanto en el plano de proceso como de resultado su región ontológica es la realidad social/institucional. Si el Derecho persigue fines y valores entonces la actividad y el resultado a través de los que se manifiesta el Derecho debe corresponderse con esos fines y valores.

Este condicionamiento es lo que origina que el Derecho presente una pretensión de corrección. El que los fines y valores condicionen la práctica social y la pauta normativa (sistema normativo) se debe a que los órdenes humanos (como el Derecho) necesariamente son teleológicos y axiológicos.

Si el Derecho, en este sentido, es un medio -carácter instrumental- para realizar los fines y valores que se ha planteado persiga, institucionalmente se crean los órganos y los procedimientos para que se proyecte la pretensión de corrección, es decir, que la práctica y la pauta normativa respondan a esos fines y valores.

Si esto es correcto, entonces la pretensión de corrección lleva necesariamente a considerar que la relación entre Derecho y Moral es conceptualmente necesaria y no solamente contingente, pues de ser eventual no tendría sentido plantear que el Derecho tiene una pretensión de corrección (algo así como una pretensión de corrección contingente), y la relación entre Derecho y Moral conceptualmente necesaria requiere en su núcleo argumental justificatorio de la pretensión de corrección.

Con base en el examen de la pretensión de corrección, en el siguiente segmento abordamos cómo Robert Alexy plantea la relación entre Derecho y Moral, la cual, considera, se trata de una relación conceptualmente necesaria.

2. Relación conceptualmente necesaria entre Derecho y Moral de acuerdo con Robert Alexy

La concepción positivista está por la separación entre Derecho y Moral, es decir, no hay una relación conceptualmente necesaria; lo que hay son relaciones contingentes o eventuales. Los no positivistas señalan que hay

una relación entre Derecho y Moral conceptualmente necesaria y, por ende, no es sólo contingente o eventual.

De acuerdo con Alexy, las tesis de la separación y de la conexión nos dicen cómo ha de ser construido el concepto de Derecho. Tales tesis nos muestran el resultado de una argumentación sin explicitar las razones respectivas y, por ello, Alexy se da a la tarea de exponer los argumentos en que se basa cada tesis. Alexy empieza por señalar que los argumentos pueden dividirse en tres tipos: analíticos, empíricos y normativos.⁹⁴³

Los positivistas utilizan el argumento analítico consistente en la diferenciación entre cómo es el Derecho y cómo debe ser el Derecho, y con ello sostienen la tesis de la separación, pero están confundiendo un argumento analítico que nadie objeta, pues una cosa es cómo es algo y otra muy distinta es cómo debe o debería ser⁹⁴⁴.

Lo único que puede probarse con argumentos analíticos, por sí solos, es el hecho de que hay algunas aplicaciones del término “derecho” en los que la Moral no puede ser incluida por razones conceptuales, pero esto no es lo que dice la tesis de la separación⁹⁴⁵.

La tesis de la separación en su versión universal sólo podría basarse en argumentos analíticos si la inclusión de la Moral fuese conceptualmente imposible. Un positivista que quiera defender la versión universal de la tesis de la separación tiene que sostener dos pretensiones: (i) negar cualquier relación conceptual necesaria entre el Derecho y la Moral en un nivel

⁹⁴³ Alexy, Robert, “Sobre las relaciones necesarias...”, *Op. Cit.*, p. 38.

⁹⁴⁴ *Idem*, p. 39.

⁹⁴⁵ *Ib.*, p. 40

analítico y (ii) en el nivel normativo tiene que sostener que hay mejores razones para una definición independiente de la Moral que para una definición que la incluya⁹⁴⁶.

El no positivista tendrá éxito defendiendo la tesis de la conexión refutando cualquiera de las dos pretensiones positivistas. Se refuta la primera pretensión mostrando que existe una conexión conceptualmente necesaria entre Derecho y Moral⁹⁴⁷.

Los no positivistas señalan que el concepto de Derecho incluye en su núcleo intensional un elemento, entre otros, moral. Esta afirmación la sustentan por medio de argumentos no analíticos.

Ahora bien, tanto la tesis de la separación como la de la no separación se sostienen en argumentos normativos: la exclusión o inclusión en el núcleo intensional de elementos de la Moral en el concepto de Derecho implica plantearse cumplir cierto objetivo. Éste puede consistir en garantizar la seguridad jurídica o resolver problemas de la injusticia del Derecho. En el primer objetivo se busca eliminar cualquier elemento moral en el concepto del Derecho, pues su inclusión no abona a la seguridad jurídica; en cambio si el objetivo es combatir la injusticia del Derecho entonces tenemos que contar con elementos morales para resolver los asuntos que se presenten como injustos (corrección).

Alexy desarrolla la refutación de la segunda pretensión positivista arguyendo que sí hay una relación conceptual necesaria entre Derecho y Moral, es decir, que en el núcleo intensional del concepto del Derecho hay un

⁹⁴⁶ *Ib*

⁹⁴⁷ *Ib.*, pp. 40-41

elemento Moral. Para demostrar esto, Alexy, elabora un marco conceptual en el que hay cuatro puntos sobre los que hay que hacer distinciones:

1. Concepto de validez. Un concepto de Derecho que lo incluye y otro concepto que no lo incluye⁹⁴⁸.

A decir de Alexy, "La inclusión de la validez en el concepto de Derecho significa la inclusión del contexto institucional de promulgación, aplicación y la coacción del Derecho."⁹⁴⁹

2. Norma y procedimiento. Distinguir entre sistema jurídico como un sistema normativo y como sistema de procedimientos⁹⁵⁰.

El sistema jurídico como sistema normativo es un conjunto de normas que tienen unicidad, son coherentes entre sí y son completas⁹⁵¹.

El sistema jurídico como sistema de procedimientos es un conjunto de acciones basadas en, y guiadas por, reglas por medio de las cuales se crean, se justifican, se interpretan, se aplican y se coaccionan normas. Si se propone que hay conexiones necesarias entre el sistema jurídico como procedimiento y la Moral, lo que eran externalidades se envuelven como aspectos internos⁹⁵².

3. Perspectiva del observador o del participante⁹⁵³

⁹⁴⁸ *Idem.*, p. 41

⁹⁴⁹ *Ib*

⁹⁵⁰ *Idem.*, p. 42

⁹⁵¹ *Ib*

⁹⁵² *Ib*

⁹⁵³ *Idem.*, p. 42-43

Participante: alguien que, dentro del sistema jurídico, toma parte en el debate acerca de lo que el sistema obliga, prohíbe y permite, y acerca de los poderes que éste confiere. El juez es el participante protagónico (...cómo el juez debería resolver)

Observador: alguien que no pregunta cuál es la decisión correcta de acuerdo con determinado sistema jurídico, sino que se pregunta cómo son tomadas, de hecho, tales decisiones dentro de un sistema jurídico.

4. Definición e ideal

Hay dos tipos de conexiones conceptuales necesarias entre el Derecho y la Moral. El primer tipo es una conexión definitoria y la del segundo tipo es calificativa.

Definitoria: si una norma o sistema de normas, que no satisface cierto criterio moral, se le niega el carácter de norma jurídica o de sistema jurídico.

Calificatoria: si alguien afirma que una norma o sistema de normas, que no satisface cierto criterio moral, puede ser considerado como norma jurídica o como sistema jurídico, aunque se puede decir, no obstante, que es una norma jurídica o sistema jurídico, defectuosa o defectuoso por razones conceptuales. Lo decisivo es si el defecto es jurídico y no sólo de carácter moral. Las conexiones conceptuales calificativas se basan en la asunción de que los ideales jurídicos están contenidos en la realidad de un sistema jurídico. Podría hablarse de una conexión ideal.

Alexy, procede, con base en este marco conceptual, a referir que hay una serie de combinaciones a partir de considerar una conexión necesaria

normativa y una conceptual y de combinar estas dos variables con cada una de las cuatro distinciones, las cuales pueden ser vistas como cuatro variables dicotómicas. En adelante desarrollamos las combinaciones para mostrar los componentes de la tesis de la vinculación conceptualmente necesaria entre Derecho y Moral.

El primer paso es combinar dos conjuntos: el primero considera dos tipos de conexión, y el segundo conjunto toma en cuenta la dicotomía de cada elemento diferenciador:

Esquema 137. Relaciones entre Derecho y Moral: conjuntos base para combinatorias

Tipo de conexión	Elementos diferenciadores dicotómicos [núcleo intensional]
A. Conexión normativa necesaria	a. Validez incluida/validez no incluida
B. Conexión conceptual necesaria	b. Norma/procedimiento
	c. Observador/participante
	d. Conexiones definitorias (definición)/conexiones calificativas (ideales)

El conjunto de tipos de conexión se trata como excluyente, pero el conjunto de elementos diferenciadores dicotómicos es incluyente, es decir, cada diferenciación es combinable entre sí, pero sin perder de vista que cada uno (singularmente) es dicotómico y, por ende, excluyente.

Al conjunto de elementos diferenciadores se aplica la fórmula de combinatorias, precisando que si bien cada elemento diferenciador realmente está compuesto de dos elementos (dicotomía), se trata cada elemento diferenciador como una unidad (más adelante analizamos las

dicotomías pertinentes que dan lugar al argumento de la corrección y al argumento de la injusticia).

Con base en la fórmula de combinatorias: $X=2^n$, donde X es la incógnita, 2 la base binaria (en este caso si existe o no existe), y n son las variables (en este caso a, b, c, d , es decir, cuatro⁹⁵⁴), obtenemos las 16 combinaciones

⁹⁵⁴ Considerando que cada variable está conformada por una dicotomía, en realidad estamos en presencia de 8 variables por lo que se trata de 256 combinaciones posibles en las que aparecen absurdos al presentarse en algunas combinaciones la presencia simultánea de los dos elementos de cualquiera de las dicotomías (los cuales se consideran necesariamente excluyentes), por lo que al ser absurdas no se toman en cuenta como, por ejemplo, la combinatoria siguiente:

a	a'	b	b'	c	c'	d	d'
Incluye validez	No incluye validez	Norma	Procedimiento	Observador	Participante	Conexión definitoria	Conexión calificatoria o ideal

Esta combinatoria es absurda, pero no lo son las combinatorias, entre otras, siguientes:

a	a'	b	b'	c	c'	d	d'
Incluye validez		Norma		Observador		Conexión definitoria	
a	a'	b	b'	c	c'	d	d'
	No incluye validez		Procedimiento		Participante		Conexión calificatoria o ideal
a	a'	b	b'	c	c'	d	d'
Incluye validez			Procedimiento	Observador			Conexión calificatoria o ideal
a	a'	b	b'	c	c'	d	d'
Incluye validez		Norma			Participante	Conexión definitoria	
a	a'	b	b'	c	c'	d	d'
Incluye validez			Procedimiento		Participante		Conexión calificatoria o ideal

Las combinaciones posibles, al combinarlas con los elementos de (A) conexión normativa necesaria y (B) conexión conceptualmente necesaria, cada una desplegada binariamente, es decir, si existe o no existe y, por tanto, se trata de cuatro elementos, nos da como resultado el total de combinaciones posibles, las cuales son $(256 \times 4 =) 1,024$ combinaciones matemáticamente posibles. Así, la primera combinación sería: conexión normativa necesaria en la que se incluye validez, norma (sistema jurídico visto como sistema normativo), observador y conexión definitoria; en cambio la combinatoria 1,009, que sería la última combinación que presenta todos los elementos del segundo par de cada dicotomía, estaría conformada en los términos siguientes: no hay conexión conceptual necesaria en la que no se

de las variables dicotómicas (es decir, de los elementos diferenciadores tratados como unidad o elemento unitario):

Esquema 138. Combinaciones primarias de elementos diferenciadores dicotómicos

					a	b	c	d
					Incluye validez/no incluye validez	Norma / procedimiento	Observador / participante	Conexiones definitorias/conexiones calificativas (ideales)
1	a	b	c	d				
2	a	b	c	-				
3	a	b	-	-				
4	a	b	-	d				
5	a	-	-	-				
6	a	-	c	d				
7	a	-	-	d				
8	a	-	c	-				
9	-	b	c	d				
10	-	b	c	-				
11	-	b	-	-				
12	-	b	-	d				
13	-	-	c	d				
14	-	-	c	-				
15	-	-	-	d				
16	-	-	-	-				

A este conjunto combinatorio se agregan A, como conexión normativa necesaria, y B, como conexión conceptual necesaria. Por ende, tenemos 32 combinaciones:

incluye validez, se trata de un sistema jurídico como sistema de procedimientos, hay participante y se busca una conexión calificada o ideal. La última combinatoria, es decir, la número 1024 refiere que no existe conexión conceptual necesaria y que no incluye validez, no refiere sistema normativo ni sistema de procedimientos, no hay observador ni participante y no se busca conexión calibratoria o ideal. Esta última combinatoria está conformada así porque en la aplicación de la fórmula de combinatorias no se eliminan los conjuntos vacíos (en la fórmula de combinatorias hay que considerar menos 1: $X = 2n - 1$, con lo que las combinaciones son 255, pues no se consideran las combinaciones vacías; éstas 255 x 4 dan un total de 1020.

A. Conexión normativa necesaria

Esquema 139. Combinatorias de elementos diferenciadores dicotómicos bajo conexión normativa necesaria

					a	b	c	d	
					Incluye validez/no incluye validez	Norma / procedimiento	Observador / participante	Conexiones definitorias/conexiones calificativas (ideales)	
1	a	b	c	d					A. Conexión normativa necesaria
2	a	b	c	-					
3	a	b	-	-					
4	a	b	-	d					
5	a	-	-	-					
6	a	-	c	d					
7	a	-	-	d					
8	a	-	c	-					
9	-	b	c	d					
10	-	b	c	-					
11	-	b	-	-					
12	-	b	-	d					
13	-	-	c	d					
14	-	-	c	-					
15	-	-	-	d					
16	-	-	-	-					

B. Conexión conceptual necesaria

Esquema 140. Combinatorias de elementos diferenciadores dicotómicos bajo conexión conceptual necesaria

					a	b	c	d		
					Incluye validez/no incluye validez	Norma / procedimiento	Observador / participante	Conexiones definitorias/conexiones calificativas (ideales)		
17	a	b	c	d						B. Conexión conceptual necesaria
18	a	b	c	-						
19	a	b	-	-						
20	a	b	-	d						
21	a	-	-	-						
22	a	-	c	d						
23	a	-	-	d						
24	a	-	c	-						
25	-	b	c	d						
26	-	b	c	-						
27	-	b	-	-						
28	-	b	-	d						
29	-	-	c	d						
30	-	-	c	-						
31	-	-	-	d						
32	-	-	-	-						

Son 32 subconjuntos, pero si aplicamos (binariamente) si existe o no conexión conceptual necesaria, obtenemos 32 combinatorias más, con lo que en total son 64 combinaciones (o tesis):

Esquema 141. Combinatorias de elementos diferenciadores dicotómicos considerando si existe o no conexión normativa necesaria o conexión conceptual necesaria

					a	b	c	d	
					Incluye validez/no incluye validez	Norma / procedimiento	Observador / participante	Conexiones definitorias/conexiones calificativas (ideales)	
1	a	b	c	d					A.1 EXISTE Conexión normativa necesaria
2	a	b	c	-					
3	a	b	-	-					
4	a	b	-	d					
5	a	-	-	-					
6	a	-	c	d					
7	a	-	-	d					
8	a	-	c	-					
9	-	b	c	d					
10	-	b	c	-					
11	-	b	-	-					
12	-	b	-	d					
13	-	-	c	d					
14	-	-	c	-					
15	-	-	-	d					
16	-	-	-	-					
17	a	b	c	d					A.2 NO EXISTE Conexión normativa necesaria
18	a	b	c	-					
19	a	b	-	-					
20	a	b	-	d					
21	a	-	-	-					
22	a	-	c	d					
23	a	-	-	d					
24	a	-	c	-					
25	-	b	c	d					
26	-	b	c	-					
27	-	b	-	-					
28	-	b	-	d					
29	-	-	c	d					
30	-	-	c	-					
31	-	-	-	d					
32	-	-	-	-					

					a	b	c	d	
					Incluye validez/no incluye validez	Norma / procedimiento	Observador /participante	Conexiones definitorias/conexiones calificativas (ideales)	
33	a	b	c	d					B.1 EXISTE Conexión conceptual necesaria
34	a	b	c	-					
35	a	b	-	-					
36	a	b	-	d					
37	a	-	-	-					
38	a	-	c	d					
39	a	-	-	d					
40	a	-	c	-					
41	-	b	c	d					
42	-	b	c	-					
43	-	b	-	-					
44	-	b	-	d					
45	-	-	c	d					
46	-	-	c	-					
47	-	-	-	d					
48	-	-	-	-					
49	a	b	c	d					B.2 NO EXISTE Conexión conceptual necesaria
50	a	b	c	-					
51	a	b	-	-					
52	a	b	-	d					
53	a	-	-	-					
54	a	-	c	d					
55	a	-	-	d					
56	a	-	c	-					
57	-	b	c	d					
58	-	b	c	-					
59	-	b	-	-					
60	-	b	-	d					
61	-	-	c	d					
62	-	-	c	-					
63	-	-	-	d					
64	-	-	-	-					

De este conjunto de 64 combinaciones, un primer subconjunto integrado por las combinatorias de la 1 a la 32, obtenemos las combinaciones en las que se considera si existe o no la conexión normativa necesaria, por lo que obtenemos 16 combinaciones (de la 1 a la 16) que se refieren a la existencia de conexión normativa necesaria y 16 combinaciones (de la 17 a la 32) que se refieren a la no existencia de conexión normativa necesaria. En el segundo subconjunto compuesto por 32 combinaciones, de la 33 a la 64, se muestra que 16 combinaciones (de la 33 a la 48) se refieren a la existencia

de conexión conceptual necesaria y 16 combinaciones (de la 49 a la 64) se refieren a la no existencia de conexión conceptual necesaria. Las combinatorias que nos interesan son las 33 a la 64, es decir, si existe o no relación conceptual necesaria.

Esquema 142. Combinatorias de elementos diferenciadores con relación a si existe o no conexión conceptual necesaria

					A	b	c	d	
					Incluye validez*/no incluye validez	Norma / procedimiento	Observador / participante	Conexiones definitorias/conexiones calificativas (ideales)	
33	a	b	c	d					B.1 EXISTE Conexión conceptual necesaria
34	a	b	c	-					
35	a	b	-	-					
36	a	b	-	d					
37	a	-	-	-					
38	a	-	c	d					
39	a	-	-	d					
40	a	-	c	-					
41	-	b	c	d					
42	-	b	c	-					
43	-	b	-	-					
44	-	b	-	d					
45	-	-	c	d					
46	-	-	c	-					
47	-	-	-	d					
48	-	-	-	-					
49	a	b	c	d					B.2 NO EXISTE Conexión conceptual necesaria
50	a	b	c	-					
51	a	b	-	-					
52	a	b	-	d					
53	a	-	-	-					
54	a	-	c	d					
55	a	-	-	d					
56	a	-	c	-					
57	-	b	c	d					
58	-	b	c	-					
59	-	b	-	-					
60	-	b	-	d					
61	-	-	c	d					
62	-	-	c	-					
63	-	-	-	d					
64	-	-	-	-					

[*La inclusión de la validez en el concepto de Derecho significa la inclusión del contexto institucional de promulgación, aplicación y la coacción del Derecho.]⁹⁵⁵

⁹⁵⁵ *Idem.*, p. 42-43

Alexy, de estas combinatorias, solamente analiza las conexiones conceptualmente necesarias que presentan un concepto de Derecho que incluye el concepto de validez⁹⁵⁶. Así, sólo son atendibles 8 combinaciones en la existencia de una conexión conceptual necesaria, y que en la tabla del esquema 142 son las combinatorias 33 a la 40. Las combinatorias 49 a la 56 consideran la validez, pero no hay conexión conceptual necesaria.

De estas combinatorias, la que cobra relevancia y que toma en cuenta Alexy es la combinatoria 33, de la que elimina la variable “no incluye validez”⁹⁵⁷.

Esquema 143. Combinatoria 33, considerando que, necesariamente, incluye validez⁹⁵⁸

	a	b	c	d	B.1
33	Incluye Validez: (inclusión del contexto institucional de promulgación, aplicación y la coacción del Derecho)	Norma / procedimiento	Observador / Participante	Conexiones definitorias / conexión calificativa (ideal)	EXISTE CONEXIÓN CONCEPTUAL NECESARIA

Respecto de la combinatoria 33, no hay que perder de vista que las variables *b*, *c* y *d*, se constituyen dicotómicamente⁹⁵⁹, por lo que se tienen que descomponer, a su vez, en varias combinaciones.

⁹⁵⁶ *Idem.*, p. 43-45

⁹⁵⁷ *Idem.*, p. 41: “...las conexiones conceptualmente necesarias y, segundo, un concepto de Derecho que incluye el concepto de validez será la base de la argumentación. Consecuentemente, sólo quedan ocho combinaciones, es decir, 16 tesis...De las ocho combinaciones restantes sólo las dos extremas serán tratadas más detenidamente.”

⁹⁵⁸ *Idem.*, p. 41.

⁹⁵⁹ Véase la nota 954, p. 887, de este trabajo.

Esquema 144. Combinatoria 33 desagregada donde validez es una constante singular (no dicotómica) y se considera que existe conexión conceptual necesaria

					a	b	c	d	B.1
33	a	b	c	d	Incluye Validez	Norma	Observador	Conexiones definitorias	EXISTE CONEXIÓN CONCEPTUAL NECESARIA
						Procedimiento	Participante	Conexión calificativa (ideal)	

Esquema 145. Combinatoria 33.1.

					a	b	c	d	B.1
33	a	b	c	d	Incluye Validez	Norma	Observador	Conexiones definitorias	EXISTE CONEXIÓN CONCEPTUAL NECESARIA

Esquema 146. Combinatoria 33.2.

					a	b	c	d	B.1
33	a	b	c	d	Incluye Validez	Norma	Observador	Conexiones Calificativa (ideal)	EXISTE CONEXIÓN CONCEPTUAL NECESARIA

Esquema 147. Combinatoria 33.3.

					a	b	c	d	B.1
33	a	b	c	d	Incluye Validez	Norma	Participante	Conexiones definitorias	EXISTE CONEXIÓN CONCEPTUAL NECESARIA

Esquema 148. Combinatoria 33.4.

					a	b	c	d	B.1
33	a	B	c	d	Incluye Validez	Norma	Participante	Conexión calificativa (ideal)	EXISTE CONEXIÓN CONCEPTUAL NECESARIA

Esquema 149. Combinatoria 33.5.

					a	b	c	d	B.1
33	a	B	C	d	Incluye Validez	Procedimiento	Observador	Conexiones definitorias	EXISTE CONEXIÓN CONCEPTUAL NECESARIA

Esquema 150. Combinatoria 33.6.

					a	b	c	d	B.1
33	a	b	C	d	Incluye Validez	Procedimiento	Observador	Conexión calificativa (ideal)	EXISTE CONEXIÓN CONCEPTUAL NECESARIA

Esquema 151. Combinatoria 33.7.

					a	b	c	d	B.1
33	a	b	C	d	Incluye Validez	Procedimiento	Participante	Conexión definitoria	EXISTE CONEXIÓN CONCEPTUAL NECESARIA

Esquema 152. Combinatoria 33.8.

					a	b	c	d	B.1
33	a	b	C	d	Incluye Validez	Procedimiento	Participante	Conexión calificativa (ideal)	EXISTE CONEXIÓN CONCEPTUAL NECESARIA

La combinatoria 33.1., es la que muestra a “alguien [que] ve al Derecho exclusivamente como un sistema de normas, que asume el punto de vista del observador y busca una conexión definitoria.”⁹⁶⁰. Esta combinatoria da lugar al argumento de la injusticia⁹⁶¹.

⁹⁶⁰ Alexy, Robert, “Sobre las relaciones necesarias...”, *Op. Cit.*, p. 44.

⁹⁶¹ *Idem*, Bajo el argumento de la injusticia, señala Alexy: “...alguien busca este tipo de conexión cuando quiere saber, si por razones conceptuales, una violación de un criterio moral remueve el estatus de norma jurídica o sistema jurídico de la norma o sistema de normas en consideración. Quien quiera argumentar esta cuestión positivamente tiene que demostrar que las normas o sistemas de normas pierden necesariamente su carácter jurídico cuando sobrepasan ciertos límites de injusticia.”,

La contraparte de la combinatoria 33.1 (argumento de la injusticia), es la combinatoria es la 33.8, en la que “la perspectiva [está] caracterizada por los conceptos de procedimiento, de participante y de ideal [conexión calificativa].”⁹⁶² Esta combinatoria va a constituir el basamento de la pretensión de corrección: “Quien quiera demostrar una conexión conceptual necesaria entre el Derecho y la Moral desde esta perspectiva puede tratar de mostrar que en los procesos de creación y aplicación del derecho los participantes tienen, necesariamente, una pretensión de corrección, la cual incluye una pretensión de corrección moral. Las razones de esta tesis se pueden englobar como el ‘argumento de la corrección’.”⁹⁶³

Para Alexy el argumento de la injusticia, el cual califica de argumento fuerte, debe ser analizado en dos planos: si se refiere a normas individuales o al sistema jurídico en su totalidad.⁹⁶⁴

Respecto de normas individuales Alexy concluye que “...la tesis de Radbruch para la combinación que se examina aquí [combinatoria 33.1], es decir, la tesis del observador que atiende normas particulares y pregunta por

p. 44. Esta caracterización es externa y analítica, por lo que puede darse la variación interna y normativa como la refiere Dreier, citado por Alexy, variación en la que se trata de una perspectiva del participante, la cual es diferente a la que considera Alexy, es decir, es una perspectiva del observador.
p. 44. El argumento de la injusticia visto desde la perspectiva de un observador sirve, de alguna manera y en sentido muy abstracto, para explicar los conocidos como Juicios de Núremberg para castigar y sancionar crímenes y abusos contra la humanidad cometidos en nombre del Tercer Reich Alemán a partir del 1 de septiembre de 1939 hasta la caída del régimen en mayo de 1945. En total fueron trece procesos. El primero fue instaurado por el Tribunal Militar Internacional (TMI) establecido por la Carta de Londres (Estatuto firmado en 1945, entre Francia, Estados Unidos, Reino Unido y la Unión Soviética, y en él se establecieron los principios y procedimientos de los Juicios de Núremberg; fue publicado el 8 de agosto). Los juicios posteriores fueron conducidos por el Tribunal Militar de los Estados Unidos. De esto se sigue que un observado, o si se prefiere un no participante, puede emitir juicios de valor.

⁹⁶² *Idem*, p. 45.

⁹⁶³ *Idem*.

⁹⁶⁴ *Idem*.

una conexión definitoria, no está fundamentada por una conexión conceptualmente necesaria entre el Derecho y la Moral. Debe notarse, sin embargo, que del hecho de que el positivismo esté en lo correcto, en lo que a las variaciones externa y analítica del argumento de la injusticia de normas individuales se refiere, nada se sigue en lo que respecta a corrección de la variante interna y normativa".⁹⁶⁵

En el plano de sistema jurídico en su totalidad, el argumento de la injusticia opera diferente a como lo hace ante normas particulares. Para Alexy un correcto análisis debe partir de dos clases de requerimientos⁹⁶⁶: criterios formales y criterios materiales. Refiere que Fuller señala criterios formales (principio de legalidad, generalidad de las normas, promulgación, etc.) y que Otfried Höffe menciona criterios materiales (principio de ventaja distributiva), y que hay que distinguir entre conexiones fácticas y conexiones conceptuales.

Respecto de las conexiones fácticas apunta que un sistema jurídico que no tiene normas generales tiene muy escasa oportunidad de validez continua (estabilidad), pero este es un hecho relevante, pero hecho al fin, por lo que lo relevante es si tal sistema jurídico (en el que no hay normas generales) puede incluirse dentro del concepto de sistema jurídico, y para responder Alexy recurre a exponer dos clases de órdenes sociales: los sin sentido y los predatorios. Los primeros son confusos en cuanto saber quién establece las reglas y cuáles intereses se persiguen, por lo que un sistema así no es un sistema jurídico por razones conceptuales.⁹⁶⁷ Por su parte un orden predatorio que opera conforme a reglas, pero que son injustas, ya no es

⁹⁶⁵ *Idem.*, p. 48.

⁹⁶⁶ *Idem.*, p. 48-49.

⁹⁶⁷ *Idem.*

conceptualmente imposible llamarlo sistema jurídico, pero no tiene, no presenta, una pretensión de corrección, es decir, no hay la práctica de esa pretensión, y ésta es un elemento necesario del concepto de Derecho, y la vinculación entre Derecho y Moral se establece mediante la pretensión de corrección, es decir, dejar de ser un sistema de normas injustas para convertirse en un sistema integrado por normas justas. Desde luego, la justificación de tal conexión, al ser exitosa, hace que el positivismo fracase.⁹⁶⁸

Los sistemas sin sentido y predatorio muestran que no basta que haya reglas generales ni, tampoco, cierta ventaja para todos si el sistema sigue siendo injusto (muy injusto). Hace falta algo más para determinar que un sistema jurídico es tal (y, sobre todo, que se trata de un sistema jurídico justo). Para Alexy, el punto nodal, lo que conecta el Derecho y la Moral de manera conceptualmente necesaria, es la pretensión de corrección, y ésta asume el carácter de elemento necesario del concepto de Derecho, es decir, forma parte de su núcleo intensional: un concepto correcto del Derecho necesariamente tiene que incluir como característica peculiar la pretensión de corrección, la cual no es otra cosa que considerar que en el sistema jurídico hay ciertos elementos morales mediante los cuales se pueden corregir normas que presentan contradicción con cuestiones morales.

Aquí Alexy pregunta "...cuándo hay una conexión conceptual necesaria, al menos de carácter calificativo, entre el Derecho y la Moral, si se asume que el sistema jurídico también es un sistema de procedimientos y, si es visto desde el punto de vista de un participante, e.g., desde el punto de vista del juez. Mi respuesta a esta pregunta se basa en dos teorías: la teoría de la

⁹⁶⁸ *Idem.*, pp. 50-51. El sistema injusto podría nunca convertirse en un sistema justo. El paso se da, precisamente, por efecto de la pretensión de corrección.

pretensión y la teoría del discurso, con la tesis del caso especial."⁹⁶⁹. Como se puede observar, Alexy se basa en la combinatoria 33.8 a la que ya se ha hecho alusión.

La pretensión de corrección está conectada directamente con la relación conceptual necesaria entre Derecho y Moral del tipo calificativo, es decir, se califica una norma o un sistema jurídica como defectuoso si no se satisface cierto criterio moral y, por ende, pueden ser considerados como jurídicos, pero defectuosos por razones conceptuales, esto es, se trata de un

⁹⁶⁹ *Idem.*, p. 51. Una crítica de la tesis del caso especial que nos parece justificada es la de Manuel Atienza en su obra *El Derecho como argumentación... Op. Cit.* Atienza señala: "La tesis central de la teoría de Alexy...consiste en afirmar que la argumentación jurídica —el discurso jurídico— es un caso especial del discurso práctico general. A esta tesis se le puede dirigir tanto una crítica conceptual como una crítica que se centra en el alcance práctico de la teoría, o bien en su significado ideológico.", p. 190. El punto es considerar que el razonamiento jurídico en sus diferentes campos de aplicación (razonamiento judicial, dentro del que opera la actuación de los abogados y de los jueces y que se diferencian, por ejemplo, respecto de la pretensión de sinceridad; razonamiento dogmático; razonamiento administrativo; razonamiento en la mediación y el arbitraje; etc.) se reconduce a la tesis de la unidad de la razón práctica y que implica el reconocimiento de que las razones últimas para decidir asuntos prácticos son siempre razones morales (véase: Atienza, Manuel, *El sentido del Derecho... Op. Cit.*, obra en la que Atienza afirma: "La moral ha emigrado...al interior de los Derechos, de manera que, en general, los conflictos morales que tiene que afrontar un jurista no son ya conflictos entre el Derecho y la moral, sino entre maneras distintas de interpretar los principios morales incorporados por el Derecho. El peligro de esto último consiste sin duda en aproximar demasiado el Derecho a la moral, en pasar de la tesis de la unidad de la razón práctica...a la de la identificación entre el Derecho y la moral o la de considerar a la moral una parte del Derecho o al Derecho como una prolongación de la moral. Pero las cosas no son así. Como le gusta decir...a Javier Muguerza...'la ética no es de este mundo': o sea, la ética (no la moral social sino la ética justificada, la moral crítica) no pertenece al mundo del ser, sino al mundo del deber ser; no habla de lo que hay, sino de lo que no hay (y debería haber). Sin embargo, el Derecho sí que es de este mundo. Está afincado de manera firme en el mundo del ser, y eso hace que la noción de validez jurídica sea, en definitiva, distinta a la de validez moral y que la profesión de jurista suponga asumir un pragmatismo que le diferencia del ético", p. 113.) Sobre el pragmatismo a que se refiere Atienza, véase en su obra *El Derecho como argumentación... Op. Cit.*, el apartado sobre el pragmatismo jurídico, pp. 57-59, en la que señala la importancia de una actitud pragmatista en la perspectiva del Derecho como argumentación jurídica; Atienza refiere a Toulmin: "El pragmatismo no es otra teoría más, para ser discutida por la *intelligentsia*, el pragmatismo es el nombre de una actitud mental en que el valor de la teoría se juzga por el grado en que esa teoría puede ponerse en práctica, en que cabe efectuar con ella cambios para el bien de los hombres", p. 58

defecto jurídico y no sólo de índole moral⁹⁷⁰, y es defecto jurídico porque la conexión conceptual calificativa se basa, necesariamente, en la asunción de que los ideales jurídicos están contenidos en la realidad de un sistema jurídico (por ello, también, se le designa como conexión ideal).

De lo señalado, inferimos que la justicia (en sentido amplio y muy abstracto) de una norma o un sistema jurídico se determina con referencia al espacio de la Moral y sólo mediante la incorporación de ciertos parámetros morales en los sistemas jurídicos es posible "calificar" si determinado sistema cumple esos criterios morales. Se explica y justifica mejor la conexión conceptualmente necesaria entre Derecho y Moral si se considera que la pretensión de corrección forma parte, por así decirlo, del *adn* esencial del Derecho al configurarse como uno de los elementos definitorios de la práctica social que la dinámica del sistema jurídico implica y que perenemente reclama corrección moral.

Señala Alexy que la teoría de la pretensión es necesariamente calificativa, es decir, un sistema jurídico que asume dicha pretensión necesariamente contiene los ideales jurídicos y éstos son de matriz moral, pues la calificación no es meramente jurídica: que el sistema jurídico sea autoritativo y refleje una práctica social (positivismo simple y llano), no alcanza para calificar normas o sistemas jurídicos a la luz de los ideales jurídicos/morales. Por ello, se necesita un tercer elemento y que se constituye con la pretensión de corrección, pues ésta permite corregir los defectos de las normas jurídicas o de los sistemas jurídicos a la luz de los ideales respectivos. Las normas jurídicas o sistemas jurídicos que contradicen los ideales jurídicos/morales, no son sólo defectuosas técnicamente, sino que también son defectuosas moralmente,

⁹⁷⁰ Recordemos que en la conexión conceptual necesaria del tipo definitorio la no satisfacción del criterio moral permite negar el carácter de norma jurídica o sistema jurídico.

hay una incorrección moral, siempre y cuando se asuma que la pretensión de corrección está contenida en el sistema jurídico, y considerar que tal pretensión implica que el sistema jurídico contiene los ideales (valores) a los que debe tributo un sistema jurídico. Sin embargo, señala Alexy, que el defecto técnico y el defecto moral son insuficientes para explicar cabalmente porque una norma jurídica o sistema jurídico que contraviene los ideales jurídicos/morales debe ser "corregida", y, por tanto, únicamente queda una explicación: se trata de un defecto conceptual. Así, señala Alexy: "Una pretensión de corrección se relaciona necesariamente con el acto de establecer una constitución, y en este caso se trata, principalmente, de una pretensión de justicia. El autor de una constitución comete una contradicción performativa si en el contenido de su acto constituyente niega esta pretensión".⁹⁷¹

Señala Alexy que la pretensión de corrección implica la pretensión de justificabilidad, y ésta va desde la alusión de autoridades y tradiciones hasta la argumentación racional que considera todos los aspectos. Así, "la conexión que la teoría del discurso crea entre los conceptos de corrección, de justificación y de generalizabilidad puede transportarse al Derecho con la ayuda de la tesis de que el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general...Si esta tesis es verdadera, se podría establecer una relación necesaria entre Derecho y Moral directamente válida para los sistemas jurídicos modernos."⁹⁷²

⁹⁷¹ Alexy, Robert, "Sobre las relaciones necesarias...", *Op. Cit.* El ejemplo al que recurre Alexy es un artículo constitucional en el que se disponga: "X es una república soberana, federal e injusta", en este enunciado hay una contradicción performativa (y, en este sentido, un error conceptual). Así, refiere que la disposición "X es un Estado justo", es redundante. (p. 64). Además, señala Alexy que los participantes tienen necesariamente una pretensión de corrección (p. 65), y uno de los protagonistas fundamentales en la práctica jurídica son las asambleas constituyentes y los poderes reformadores, los cuales, indiscutiblemente asumen la pretensión de corrección en el diseño normativo e institucional de un orden jurídico y su sistema jurídico. Desde estos diseños permea la pretensión de corrección.

⁹⁷² Alexy, Robert, "Sobre las relaciones necesarias...", *Op. Cit.*, p. 55.

El argumento de Alexy a favor de la conexión conceptual necesaria entre Derecho y Moral tiene como base la pretensión de corrección, la cual “tiene carácter definitorio para el sistema jurídico en su conjunto, aparte de que su carácter calificativo se hace obvio si el sistema jurídico se ve como un sistema de procedimientos, desde el punto de vista de un participante. La explicación de esta pretensión dentro del marco de la teoría del discurso deja claro que el Derecho tiene una dimensión ideal conceptualmente necesaria que conecta al Derecho con una moral procedimental universalista.”⁹⁷³

Así, bajo esquema condicional, Alexy, señala:

“Si –y esto es lo único que se puede decir aquí- es verdad la tesis de que la moral universalista que ha encontrado (en el Derecho) expresión en los derechos básicos y en los principios de la democracia, es la –o una- moral correcta, entonces se encontraría alguna conexión entre el Derecho y la –una – Moral correcta.”⁹⁷⁴

Esquema 153. Estructura del argumento condicional de la conexión entre Derecho y una Moral correcta de Alexy ($p \rightarrow q$)

Antecedente	Conector lógico	Consecuente
Si es verdad la tesis de que la moral universalista que ha encontrado en el Derecho expresión en los derechos básicos y en los principios de la democracia, es la moral correcta	entonces	se encontraría alguna conexión entre el Derecho y la Moral correcta

Este esquema cumple la primera regla lógica del silogismo condicional: si se afirma el antecedente se afirma el consecuente, pero no a la inversa:

⁹⁷³ *Idem.*, p. 56.

⁹⁷⁴ *Idem.*, p. 55. El sistema injusto podría nunca convertirse en un sistema justo. Precisamente el paso se da por efecto de la pretensión de corrección.

Esquema 154. *Modus ponens* del argumento condicional de la conexión entre Derecho y una Moral correcta de Alexy

Modo correcto:

<i>Modus ponens:</i>	
$p \rightarrow q$ p ----- q	Al afirmar el antecedente afirmo el consecuente: como es verdad que la moral universalista que ha encontrado en el Derecho expresión en los derechos humanos y en los principios de la democracia, es la moral correcta, entonces hay una conexión entre el Derecho y la Moral correcta.

Modo lógico incorrecto (la regla, pero inversa, afirmando):

<i>Modus ponens incorrecto:</i>	
$p \rightarrow q$ q ----- p	Al afirmar el consecuente afirmo el antecedente: como hay conexión entre Derecho y Moral, entonces es verdad que la moral universalista que ha encontrado en el Derecho expresión en los derechos humanos y en los principios de la democracia, es la moral correcta.

La segunda regla del silogismo condicional reza que si se niega el consecuente se niega el antecedente, pero no a la inversa

Esquema 155. *Modus tollens* del argumento condicional de la conexión entre Derecho y una moral correcta de Alexy

Modo correcto:

<i>Modus tollens:</i>	
$p \rightarrow q$ $-q$ ----- $-p$	Al negar el consecuente niego el antecedente: como no hay conexión entre Derecho y Moral, entonces no es verdad que la moral universalista que ha encontrado en el Derecho expresión en los derechos humanos y en los principios de la democracia, es la moral correcta.

Modo incorrecto (la regla, pero inversa, negando):

<i>Modus tollens:</i>	
$p \rightarrow q$ $\neg p$ ----- $\neg q$	Al negar el antecedente niego el consecuente: como no es verdad que la moral universalista que ha encontrado en el Derecho expresión en los derechos humanos y en los principios de la democracia, es la moral correcta, entonces no hay conexión entre Derecho y Moral, entonces

Una forma de mostrar que es absurdo no aceptar el silogismo condicional en *modus ponens*, sería negando el consecuente, pero afirmando el antecedente:

Esquema 156. Argumento *ad absurdum*

Segunda regla del silogismo condicional: si se niega el consecuente se niega el antecedente, pero no a la inversa, pero negamos el consecuente y afirmamos el antecedente y se evidencia lo absurdo	
$p \rightarrow q$ $\neg q$ ----- p	
No es el caso que exista conexión [necesaria conceptual] entre el Derecho y la –o una- Moral correcta	
[entonces] Sin embargo, es verdad que la moral universalista que ha encontrado en el Derecho expresión en los derechos humanos y en los principios de la democracia, es la moral correcta	
Por tanto, es absurdo negar que exista una conexión, necesariamente conceptual, entre Derecho y Moral.	

Ahora bien, la pretensión de corrección se desarrolla aún más si recurrimos a la tesis de Alexy sobre la doble naturaleza del Derecho:

“En el centro de mi filosofía del derecho se halla la tesis de que el derecho tiene una doble naturaleza. Contiene tanto una dimensión real como una dimensión ideal. La dimensión real se expresa en los elementos de la positividad autoritativa y de la eficacia social que están ligados de manera esencial con la decisión y la coerción. La dimensión ideal, por el contrario, se define a través de la corrección de contenido y de procedimientos que, esencialmente,

incluye la coerción moral en forma de justicia. Quien asocia el derecho exclusivamente con la dimensión real es un positivista jurídico. Tan pronto como se añade la corrección moral, el cuadro cambia radicalmente. Surge un concepto de derecho no positivista. La tesis de la doble naturaleza implica por tanto el no-positivismo jurídico”,⁹⁷⁵

C. Fines que persigue y valores que pretende realizar el Sistema Maestro de Control Omnicomprensivo de la Actividad Estatal

1. Fines y valores del Sistema Maestro de Control Omnicomprensivo de la Actividad Estatal

La imagen de la estructura de un Sistema Maestro de Control Omnicomprensivo de la Actividad Estatal se completa cuando sumamos algo que le es imprescindible: los fines y valores que se pretende perseguir y realizar con la instrumentación del sistema. Metodológicamente la pregunta a contestar es ¿para qué un control de la constitucionalidad y de la convencionalidad?

En camino a una respuesta satisfactoria, y si nos valemos de las categorías de análisis de la Teoría del Orden Jurídico de Eduardo García Máynez⁹⁷⁶, observamos que los fines y los valores son componentes estructurales de los órdenes humanos. Por tanto, es imprescindible determinar cuáles fines y cuáles valores se deben considerar para que el mencionado sistema

⁹⁷⁵ Alexy, Robert, *La doble naturaleza...*, *Op. Cit.*, p. 9, y p. 25.

⁹⁷⁶ García Máynez, Eduardo, *Filosofía del Derecho*, 5a ed., Porrúa, México, 1985. Es importante acotar que para García Máynez, sistema y orden no son lo mismo: el sistema como pauta ordenadora se diferencia del orden porque el sistema es sólo un elemento más del orden. No obstante, hacemos un símil entre las categorías de análisis que el mencionado filósofo utiliza respecto del concepto de orden y las aplicamos al concepto de sistema. Para este filósofo un “Orden es el sometimiento de un conjunto de objetos a una regla o sistema de reglas cuya aplicación hace surgir, entre dichos objetos, las relaciones que permiten realizar las finalidades del ordinante.”, p. 23. Asimismo, señala: “Todo orden presupone: a) Un conjunto de objetos; b) una pauta ordenadora; c) la sujeción de aquéllos a ésta; d) las relaciones que de tal sujeción derivan para los objetos ordenados; e) la finalidad perseguida por el ordinante.”, p. 23

realmente sea un instrumento, un medio, para perseguir y realizar fines y valores. Éstos son planteados y puestos por quien constituye el sistema (o un orden).

Señala García Máynez que los órdenes (sistemas) humanos se conciben y operan para perseguir fines:

“Los órdenes establecidos por el hombre tienden siempre a un propósito...Los ordenamientos humanos...asumen, en todo caso, carácter *medial*, ya se trate de los de índole técnica, ya de los de naturaleza normativa. Desde este punto de vista, aparecen como *medios o instrumentos de realización* de los propósitos de su creador. Se ordena no por ordenar, sino para conseguir, a través de la ordenación, determinados objetivos. En cuanto los ordenamientos están al servicio de fines, su *eficacia* depende del grado en que permitan realizar las miras del ordinante. Pero cuando los juzgamos desde este ángulo, su valor resulta puramente técnico, ya que nada indica sobre la importancia de los fines a cuyo logro se aspira.

Todo proceso teleológico presupone que el sujeto que tiende a la realización de una finalidad atribuye a ésta un valor positivo. La acción humana carecería de sentido si las metas que el individuo le señala no fuesen consideradas por él como valiosas”⁹⁷⁷

En cuanto a los valores, Eduardo García Máynez, apunta:

“Todo orden normativo concreto consiste en la subordinación de la conducta a un sistema de normas cuyo cumplimiento permite la realización de valores. La diferencia entre los grandes órdenes que regulan el comportamiento humano depende...de la estructura del sistema regulador y de la índole de los fines de cada uno de esos órdenes...Cuando se asevera que el derecho ha sido instituido para el logro de valores, con ello se indica -en lo que al mismo atañe- un elemento estructural de todos los órdenes: su finalidad. Este elemento, como los demás...*pertenece a la esencia de lo jurídico*, ya que no podríamos llamar derecho a un orden no orientado hacia valores como la *justicia, la seguridad y el bien común*, para no mencionar ahora sino los *fundamentales*.”⁹⁷⁸

⁹⁷⁷ *Idem.*, pp. 29-30.

⁹⁷⁸ *Idem.*, pp. 413-414.

Por lo que hace a la relación entre fines y valores, siguiendo a Eduardo García Máynez, cabe tomar en cuenta lo siguiente:

“Hemos hablado de *fines y valores* de lo jurídico; pero las diferencias y relaciones entre estos términos deben ser esclarecidos. Toda actividad voluntaria encierra un sentido teleológico, es decir, ineludiblemente se dirige hacia la consecución de ciertas finalidades. Más como el hombre sólo convierte en meta de su obrar lo que es o le parece *valioso*; la actividad que se orienta hacia un fin presupone, en el sujeto de la misma, un juicio *positivo* sobre la *valiosidad* de aquello a que aspira. De este modo descubrimos la relación entre *fines y valores*; los segundos condicionan a los primeros, no a la inversa. En el caso del derecho habrá que decir, por consiguiente: los *valores jurídicos* sirven de fundamento a los *fines* que aquél tiene la misión de realizar. Hacer que la justicia reine es y debe ser aspiración de los creadores, aplicadores y destinatarios de sus normas, porque la *justicia es valiosa*, y lo valioso *debe ser*. Los valores no son únicamente sustentáculo de los fines; fundan, asimismo, el *deber* de realizarlos. Pero ello exige que el hombre convierta el cumplimiento en meta de su obrar...la justicia *debe ser* porque vale; consecuentemente, *obligado estoy a realizarla*. Tengo, pues, que hacer de su realización una *finalidad* mía y, por tanto, *elegir y poner en práctica* los medios que me permitan llevar a cabo mi propósito.”⁹⁷⁹

De esta manera, la pregunta pertinente es ¿cuáles son los fines que se persiguen y cuáles son los valores que se pretenden alcanzar con un Sistema Maestro de Control Omnicomprensivo de la Actividad Estatal?⁹⁸⁰

Los fines y valores que se planteen se reconducen a un conjunto integrador primordial que los contiene: el texto constitucional y los instrumentos convencionales, y a éstos debe conformarse la actividad estatal.

⁹⁷⁹ *Ibidem.*, pp. 414-415.

⁹⁸⁰ Esta es la pregunta pertinente, la cual no hay que confundir con la pregunta de si un sistema, cualquiera que sea, persigue fines: no se trata de saber si se persiguen fines, sino si los que se persigue son los que se *deben* perseguir.

Respecto de los valores que se pretenden realizar se debe considerar que conforman una tríada básica, cuyos términos son interdependientes: libertad, justicia e igualdad, mediados por los valores democráticos deliberativos. Justamente las constituciones democráticas incorporan de manera explícita y de forma implícita esos valores⁹⁸¹.

Algunas líneas argumentativas relevantes acerca de los fines y valores que se impone persiga y realice el Sistema Maestro de Control Omnicomprensivo de la Actividad Estatal serían las siguientes:

a) ¿Por qué y para qué tener como parámetro de evaluación de la actividad estatal la Constitución y los textos convencionales?: (i) porque (causa, razón, motivo) la Constitución y los textos convencionales incorporan valores básicos universalistas (libertad, justicia e igualdad); (ii)

⁹⁸¹ Un ejemplo paradigmático de Constitución que expresamente alude a esos valores es la Constitución Española: “Artículo 1. 1. España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. 2. La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado. 3. La forma política del Estado español es la Monarquía parlamentaria.”. La Ley Fundamental de la república Federal de Alemania, es otro ejemplo del que cabe hacer referencia a los dispositivos siguientes: artículo 1: “(1) La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público. (2) El pueblo alemán, por ello, reconoce los derechos humanos inviolables e inalienables como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo. (3) Los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como derecho directamente aplicable.”; artículo 2: “(1) Toda persona tiene el derecho al libre desarrollo de su personalidad siempre que no viole los derechos de otros ni atente contra el orden constitucional o la ley moral. (2) Toda persona tiene el derecho a la vida y a la integridad física. La libertad de la persona es inviolable. Estos derechos sólo podrán ser restringidos en virtud de una ley.”; artículo 20 (1): “La República Federal de Alemania es un Estado federal democrático y social.”; artículo 21 (1), primera parte: “Los partidos participan en la formación de la voluntad política del pueblo. Su fundación es libre. Su organización interna debe responder a los principios democráticos.”; artículo 23 (1), primera parte: “Para la realización de una Europa unida, la República Federal de Alemania contribuirá al desarrollo de la Unión Europea que está obligada a la salvaguardia de los principios democrático, del Estado de Derecho, social y federativo y del principio de subsidiaridad y garantiza una protección de los derechos fundamentales comparable en lo esencial a la asegurada por la presente Ley Fundamental.”; artículo 28 (1), primera parte: “El orden constitucional de los Länder deberá responder a los principios del Estado de Derecho republicano, democrático y social en el sentido de la presente Ley Fundamental.”

para que la actividad estatal en materia de derechos fundamentales observe los valores básicos referidos. El punto es que la Constitución y los textos normativos incorporan esos valores.

Cadena argumentativa (bajo esquema lógico del sorites⁹⁸²):

Si la actividad estatal debe promover, respetar, proteger y garantizar los derechos fundamentales (principio de programatividad general), y éstos se reconducen a los valores universalistas básicos de libertad, justicia e igualdad, y estos valores están incorporados en la Constitución y en los textos convencionales, entonces la actividad estatal debe ser conforme con la Constitución y los textos convencionales.

Estructura:

Esquema 157. Cadena argumentativa por la que se concluye que la actividad estatal debe ser conforme con los textos constitucional y convencionales

	La actividad estatal debe	promover, respetar, proteger y garantizar los derechos fundamentales (principio de programatividad general)
	Los derechos fundamentales	se reconducen a valores universalistas básicos
	Los valores universalistas básicos	son la libertad, la justicia y la igualdad
	Los valores de libertad, justicia e igualdad	están incorporados a la Constitución y a los textos convencionales
	Por tanto, la actividad estatal debe ser	conforme con la Constitución y los textos convencionales

b) ¿Por qué y para qué la actividad estatal debe promover, respetar, proteger y garantizar los derechos fundamentales?:

⁹⁸² El sorites es una cadena argumentativa por la que la conclusión es producto del enlace de varios enunciados (verdaderos), en el que la idea del predicado se va pasando como sujeto y al final se toma el sujeto de la primera premisa y el predicado de la última premisa y se forma la conclusión. Esta forma muestra un alto grado de coherencia y si las premisas son verdaderas su aceptabilidad es muy alta.

La Cadena argumentativa (bajo esquema lógico del sorites) sería la siguiente:

La actividad estatal en materia de derechos fundamentales debe ser conforme con la Constitución y los instrumentos convencionales, ya que éstos incorporan valores universalistas básicos que consisten en la libertad, la justicia y la igualdad, y estos valores subyacen a los derechos fundamentales, sobre los que existe el deber de promover, respetar, proteger y garantizar, por tanto, la actividad estatal en materia de derechos fundamentales debe promover, respetar, proteger y garantizar los derechos fundamentales (principio de programatividad general)

Estructura:

Esquema 158. Cadena argumentativa por la que se concluye que la actividad estatal debe promover, respetar, proteger y garantizar los derechos fundamentales

	La actividad estatal debe ser	conforme con la Constitución y los instrumentos convencionales
	La Constitución y los textos convencionales	incorporan valores universalistas básicos
	Los valores universalistas básicos	son la libertad, la justicia y la igualdad
	Los valores de libertad, justicia e igualdad	subyacen a los derechos fundamentales
	Los derechos fundamentales	deben ser promovidos, respetados, protegidos y garantizados (principio de programatividad general)
	Por tanto, la actividad estatal debe	promover, respetar, proteger y garantizar los derechos fundamentales

De acuerdo con lo analizado, la Constitución y las pautas convencionales deben ser los parámetros de evaluación de la actividad estatal, pero si observamos con detenimiento hay una premisa en ambas cadenas argumentativas que señala que los fines y valores inherentes a la libertad, la justicia y la igualdad han sido incorporados a la Constitución y a las

convenciones internacionales con lo que, al parecer, esa es la razón por la que debemos seguir como parámetro de evaluación de la actividad estatal esos textos, pero del hecho -eventual- de la incorporación de fines y valores a la Constitución y los instrumentos internacionales no se sigue que sean una razón justificada para que sea obligatorio seguir tales textos. Son una razón operativa, pero no una razón última, una razón autónoma.

Estamos en presencia de la pregunta ¿por qué hay que seguir la Constitución y las convenciones internacionales?, ¿cuál es la razón para aceptar que se deben seguir esos textos normativos? Estas interrogantes se cruzan con otra atinente al control de constitucionalidad: ¿cuál es el fundamento último del control de constitucionalidad?, es decir, ¿cuál es la razón de que haya control constitucional?

Por otra parte, nos enfrentamos con el problema de que el tratamiento del control constitucional está desarrollado solamente como control judicial de constitucionalidad. Pretendemos una perspectiva que sea más amplia de lo meramente judicial e incluir instituciones no judiciales, además contemplar no sólo lo jurisdiccional sino también procedimientos y cursos de acción no jurisdiccionales, que no se centre preferentemente en el análisis de normas y de actos gubernamentales en cuanto a su fundamentación y motivación y observancia del principio de legalidad en cuanto a la competencia del órgano emisor del acto sino que incluya actos de ejecución material y estados de cosas inconstitucionales, cuestiones que, de hecho, son atendidas por el entramado normativo e institucional del conjunto que forman sociedad y Estado, más la concurrencia del espacio internacional. Para abordar el fundamento de por qué atenemos a la Constitución, y a las convenciones internacionales, para el control de la actividad estatal exponemos la postura de Juan Ruíz Manero y Manuel Atienza.

2. El Sistema Maestro sigue el texto constitucional y las convenciones internacionales, ya que estos se reconducen en materia de derechos humanos a principios morales: tesis de Juan Ruíz Manero y Manuel Atienza

Seguir la Constitución y los tratados internacionales se debe a que esos textos se reconducen a razones morales, es decir, razones últimas, autónomas, valiosas intrínsecamente, por las que se justifica la obligación de seguir tales textos⁹⁸³.

La estrategia de estos filósofos es la de utilizar la regla(s) de reconocimiento(s) de Hart, y darle significación como enunciado metajurídico.

Señalan Ruíz Manero y Atienza:

“La aceptación de la regla de reconocimiento como guía y como criterio de valoración equivale a la aceptación de la pretensión excluyente del Derecho, esto es, a la asunción de que, cuando sus normas son aplicables, debe actuarse y juzgarse sobre la base de las mismas, excluyendo como base de la acción y de la valoración cualesquiera razones distintas de esas mismas normas (o de las razones a las que eventualmente estas normas puedan remitir). En cuanto criterio teórico de identificación, la regla de reconocimiento dota de unidad al ordenamiento, al delimitar el ámbito de las normas jurídicas: son tales aquellas a las que la propia regla de reconocimiento remite directa o indirectamente.

Considerada en su aspecto normativo, la regla de reconocimiento es una regla de mandato que, en su vertiente directiva, supone una razón perentoria en favor del sistema jurídico en su conjunto y que provee, en su vertiente justificativa, el criterio de valoración jurídicamente último. La regla de reconocimiento es, pues -como guía de conducta y como criterio de valoración-, la norma jurídicamente última; de ahí que la aceptación de la misma no pueda justificarse sobre la base de razón alguna proporcionada por el Derecho, sino únicamente sobre la base de razones autónomas

⁹⁸³ Ruíz Manero, Juan y Atienza, Manuel, *Las piezas del Derecho...Op. Cit.*, véase el Capítulo V, La regla de reconocimiento, pp. 167-188.

-esto es, de razones que valgan por sus méritos intrínsecos -e imparciales- pues aceptar la regla de reconocimiento implica aceptar las pretensiones normativas del Derecho que, como es obvio, no se limitan sólo a sus aceptantes, sino que se extienden a todos aquellos que se encuentran bajo las condiciones de aplicación establecidas por las propias normas jurídicas. Y hablar de razones autónomas e imparciales es lo mismo que hablar de razones morales.”⁹⁸⁴

Esquemáticamente los elementos de las dos reglas de reconocimiento a que aluden estos autores es el siguiente⁹⁸⁵:

Esquema 159. La(s) regla(s) de reconocimiento de acuerdo con Ruíz Manero y Atienza

Regla(s) de reconocimiento	
(i) Aspecto normativo guía y criterio de valoración	(ii) Criterio teórico de identificación El Derecho como unidad
Se debe obedecer la Constitución	Son normas del derecho mexicano las de la Constitución y las dictadas o recibidas de acuerdo con ella
Forma canónica: deben obedecerse las normas independientes y las normas dictadas de acuerdo con ellas	Forma canónica: son normas jurídicas las normas independientes y las dictadas o recibidas de acuerdo con ellas
Característica: es una regla de mandato consuetudinaria	Característica: es una definición
Función directiva: -razón categórica, -razón perentoria en favor del sistema jurídico en su conjunto -provee criterios últimos de justificación jurídica, no moral	Función directiva: -no es una razón para la acción (no tiene función práctica) -sirve para identificar (reconocer) las normas del sistema
Función justificativa: valor último desde el punto de vista del ordenamiento jurídico, no desde el punto de vista moral;	
Relación con poderes e intereses: refleja la aceptación de la pretensión del derecho: su capacidad para regular en forma excluyente, pero no ilimitada, la conducta.	Hace posible la descripción de un sistema jurídico como una unidad (refleja el carácter unitario del Derecho)

⁹⁸⁴ *Idem*, p. 199. Esta cita, nos parece, expresa la conclusión del análisis que en su obra hacen de la regla de reconocimiento.

⁹⁸⁵ El cuadro sinóptico siguiente lo elaboramos a partir del cuadro 2 del libro Ruíz Manero, Juan y Atienza, Manuel, *Las piezas del Derecho...Op. Cit.*, p. 209

Con la suma de los elementos teleológicos y axiológicos al Sistema Maestro de Control Omnicomprensivo de la Actividad Estatal el mapa es más completo. El fin primordial del sistema es que la actividad estatal sea conforme con la Constitución y los instrumentos convencionales porque estos incorporan los valores supremos de libertad, justicia e igualdad.

Paradójicamente todo control requiere de una pauta de evaluación, ya que se trata de un elemento estructural imprescindible. En el caso del sistema que presentamos, las pautas de evaluación son, a su vez, los referentes de fines y valores y, precisamente por ello, la actividad estatal debe conformarse a esas pautas de evaluación, pero de ello no se sigue que todos los fines y valores estén contenidos en tales pautas, pues no son sistemas cerrados, sino dinámicos que se enriquecen a partir de la práctica social, en especial en su dimensión valorativa. Incluso, si solamente se actuara con los textos constitucional y convencionales, las regulaciones sobre las mismas deben ser constantemente interpretadas dada la dinámica social, política, moral (positiva y crítica), jurídica y, en algún sentido, considerar los modelos económicos.

Los operadores jurídicos -dogmáticos, jueces, litigantes- refieren, en general, el control de la actividad estatal destacando alguno de los criterios (binomios) siguientes:

- Control concentrado y control difuso (criterio de adscripción de la regla de competencia de control en forma exclusiva o no exclusiva).
- Control constitucional y control convencional (criterio de parámetro de control).

Respecto del criterio de control judicial y no judicial, lo recurrente es dar por sentado que el control de la constitucionalidad corresponde a los depositarios del Judicial, y que éstos siempre lo hacen conforme a procedimientos jurisdiccionales, incluso, no pocas veces, se alude a lo judicial y a lo jurisdiccional como si fueran lo mismo.

No obstante estas perspectivas sesgadas y reduccionistas⁹⁸⁶, el sistema maestro conforma, en sí, un orden implicado el cual se despliega (orden explicado)⁹⁸⁷, bajo los parámetros del constitucionalismo democrático del Estado Constitucional de Derecho, como sistema maestro de control que se constituye como un orden generativo, es decir, un orden interno profundo del cual surgen de manera creativa formas manifiestas (explicitas) de las cosas (como, por ejemplo, el sistema de control de la constitucionalidad y de la convencionalidad de la actividad estatal en materia de derechos humanos).

Los mecanismos, instrumentos o instituciones que podemos denominar modalidades de control y que se generan a partir del mencionado sistema

⁹⁸⁶ Percepciones que se agravan cuando se toman como únicos modelos de control constitucional el norteamericano y el europeo, forzando el conocimiento de sistemas nacionales como el nuestro, ya que no se deja de lado la pregunta sobre a cuál de esos modelos se aproxima más nuestro sistema iniciando el abordaje teórico con esa pregunta.

⁹⁸⁷ Sobre el orden implicado, el cual, a su vez, conforma un tipo especial de orden generativo, véase: Bohm, David y Peat, David, *Ciencia, Orden y Creatividad. Las raíces creativas de la ciencia y la vida*, Kairós, Barcelona, España, 1988. Véase el capítulo 4, "Orden generativo y orden implicado, pp. 170-213. El orden implicado es una especie de orden generativo (p. 170), ya que los órdenes generativos tienen la capacidad de generar otros órdenes a través de desplegar ordenes explicados o desenvueltos. Estos autores señalan que: "Lo fundamental [del orden implicado o envuelto] es la presencia simultánea de una secuencia de muchos grados de envolvimiento con las mismas diferencias entre ellos...Un orden de este tipo [es decir, un orden implicado] no puede hacerse explícito como un todo, sino que sólo puede manifestarse [capacidad de generar otro orden, pues el orden implicado es un tipo especial de orden generativo] con la aparición de grados de envolvimiento sucesivos. Frente a esto [orden implicado/generativo] encontramos el orden desenvuelto o explicado, en el que todas las diferencias semejantes se encuentran presentes, de manera extensa y manifiesta. El orden explicado suele encontrarse en la experiencia diaria...", p. 195.

maestro, son, en general, instituciones estatales/sociales que se constituyen en medios para la libertad, la justicia⁹⁸⁸ y la igualdad.

La libertad, la justicia y la igualdad son objeto de conocimiento y de aplicación no solamente de instituciones judiciales sino también de instituciones no judiciales, incluyendo a la sociedad civil y a organizaciones internacionales, pues, no se pierda de vista, que el sistema maestro el control de la constitucionalidad y de la convencionalidad es omnicompreensivo tanto por lo que ve a la actividad estatal como respecto de los mecanismos, instrumentos e instituciones conforme a los cuales se ejerce control, ya que éstos no solamente son nacionales sino, también, internacionales, no sólo son públicos sino también privados, no solamente son judiciales sino también no judiciales, no son meramente jurisdiccionales sino también no jurisdiccionales.

D. Funciones política y social del control omnicompreensivo

En el apartado anterior se analizó la fundamentación (filosófica/moral) del control constitucional (aplicable, *mutatis mutandi*, al control convencional), pero tal fundamentación abona poco respecto de las conexiones con el

⁹⁸⁸ John Rawls señala: “La justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento. Una teoría, por muy atractiva y esclarecedora que sea, tiene que ser rechazada o revisada si no es verdadera; de igual modo, no importa que las leyes e instituciones estén ordenadas y sean eficientes: si son injustas han de ser reformadas o abolidas. Cada persona posee una inviolabilidad fundada en la justicia que incluso el bienestar de la sociedad como un todo no puede atropellar. Es por esta razón por la que la justicia niega que la pérdida de libertad para algunos sea correcta por el hecho de que un mayor bien sea compartido por otros. No permite que los sacrificios impuestos a unos sean sobrevalorados por la mayor cantidad de ventajas disfrutadas por muchos. Por tanto, en una sociedad justa, las libertades de la igualdad de ciudadanía se toman como establecidas definitivamente; los derechos asegurados por la justicia no están sujetos a regateos políticos ni al cálculo de intereses sociales. La única cosa que nos permite asentir a una teoría errónea es la falta de una mejor; análogamente una injusticia sólo es tolerable cuando es necesaria para evitar una injusticia aún mayor. Siendo las primeras virtudes de la actividad humana, la verdad y la justicia no pueden estar sujetas a transacciones.”, Rawls, John, *[Una] Teoría de la Justicia*, FCE, México, 1979 [1ª ed., en español], p. 20.

ámbito político y con el espacio social: el control constitucional no se agota en su dimensión jurídica, sino que presenta, además, una dimensión política y social, sin marginación del espacio moral referido en el apartado anterior.

La sociología del derecho o sociología jurídica sea desde la perspectiva sociológica del derecho o desde una sociología jurídica del derecho⁹⁸⁹, es la disciplina que hace las aportaciones más importantes para comprender el control constitucional como un fenómeno político y como un fenómeno social.

Con base en los estudios de Héctor Fix-Fierro, tomándolos *mutatis mutando* también como aplicables a los espacios no judiciales, a partir de una revisión bibliohemerográfica, se puede afirmar que dentro de una perspectiva

⁹⁸⁹ Fix-Fierro, Héctor, *El poder del Poder judicial y la modernización en el México contemporáneo*, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, Núm. 878, México, 2020. Este autor señala: "...el concepto de 'sociología del derecho' o de 'sociología jurídica' —que con frecuencia se utilizan como términos equivalentes e intercambiables— es en sí ambiguo. En efecto, cabe decir que hay una sociología "sociológica" del derecho y otra sociología "jurídica" del derecho, y que no se trata de un mero juego de palabras. La primera está enraizada en la sociología y, por tanto, tiende a utilizar primariamente conceptos y categorías de esta disciplina, así como a deducir de ella sus preocupaciones teóricas y metodológicas. Lógicamente, sus cultivadores son primariamente los sociólogos. Por otro lado, hay también una sociología del derecho cuyas premisas se derivan preferentemente de los problemas que se advierten en el funcionamiento del derecho (su "eficacia"), como, por ejemplo, la medida en que se cumplen ciertas leyes o el grado en que la población de un territorio tiene acceso a las instancias judiciales para resolver sus conflictos cotidianos. Se trata de una sociología jurídica orientada, de manera práctica, hacia la política jurídica y que toma de las diversas ciencias sociales sus conceptos, métodos e instrumentos de investigación, como son los de tipo estadístico o cuantitativo. A diferencia de la sociología "sociológica" del derecho, esta sociología "jurídica" del derecho no tiene frecuentemente una orientación teórica fuerte o definida y, por ello, no requiere cuestionar algunas premisas internas del mismo sistema jurídico —como por ejemplo, la idea de que las leyes se "aplican" o de que los tribunales "resuelven" conflictos sociales. Previsiblemente, son sobre todo los juristas (a veces un poco renegados) quienes tienden a desarrollar interés en esta perspectiva para el estudio del derecho, aunque crecientemente son los cultivadores de otras ciencias sociales con una fuerte inclinación hacia la política pública —como la economía o la ciencia política— quienes se internan cada vez con más frecuencia en este territorio, armados con herramientas teóricas y metodológicas sofisticadas de las cuales carecen frecuentemente los juristas habilitados como "sociólogos", pp. 187-188.

socio-jurídica, los temas objeto de estudio en relación con los tribunales constitucionales, es decir, con el control constitucional, y que se interrelacionan, son los siguientes:

- “- Los factores sociales que explican la instauración una jurisdicción constitucional, especialmente en un contexto de transición y consolidación democráticas
- La ideología y las estrategias de los jueces constitucionales, así como el impacto de la jurisdicción constitucional sobre las relaciones de poder, especialmente respecto del Poder Legislativo
- La legitimidad, confianza y aceptación de las resoluciones de los tribunales constitucionales
- El funcionamiento institucional, organizacional y deliberativo, de los tribunales constitucionales
- El “diálogo judicial” entre tribunales constitucionales.”⁹⁹⁰

Respecto del (i) primer tema se debe considerar, en general, que se observa una correlación entre la instauración de tribunales constitucionales y la democracia. No obstante, hay casos en los que no hay un claro desarrollo democrático, pero opera el control constitucional como en la Federación Rusa en la que se observa una negociación entre el gobierno central y las provincias y que es conveniente mantener dicho control si ofrece provecho a las élites políticas y no hay mucha interferencia con las políticas públicas.⁹⁹¹

Por lo que hace al (ii) segundo tema, la clave está en el significado de la “judicialización de la política”: “la tendencia a llevar conflictos y cuestiones de naturaleza política a los tribunales para su resolución”⁹⁹², lo cual genera una politización de la justicia, esto es, la influencia de los actores políticos en el control constitucional y que, además incluye las preferencias de los jueces

⁹⁹⁰ *Idem*, pp. 190-191.

⁹⁹¹ *Idem.*, pp. 191-192.

⁹⁹² *Idem.*, p. 193.

y que hacen valer en el desarrollo de los procesos de control constitucional⁹⁹³.

En el (iii) tema sobre legitimidad y la aceptación de las resoluciones de los tribunales constitucionales, señala Fix-Fierro que los tribunales constitucionales “gozan de tanto mayor apoyo difuso cuanto más visible es su actuación”⁹⁹⁴.

Sobre la cuestión del (iv) funcionamiento institucional, organizacional y deliberativo en materia de control constitucional, Fix-Fierro apunta que de lo que se trata es de examinar los procesos deliberativos principalmente los

⁹⁹³ *Idem*. En relación con los jueces, señala Fix-Fierro: “...-la politización de la justicia- ha sido explorada principalmente mediante el análisis de las trayectorias personales y profesionales de los jueces constitucionales, así como de sus preferencias ideológicas, a fin de tratar de explicar su impacto en las resoluciones de los tribunales constitucionales. Al respecto se han elaborado sustancialmente tres modelos: el jurídico o formal (son las normas jurídicas las que determinan el resultado de los juicios), el actitudinal (son las preferencias políticas e ideológicas de los juzgadores el factor decisivo) y el estratégico (son los acuerdos y negociaciones entre los jueces constitucionales, dentro del marco organizacional e institucional de los tribunales, los que explican ese resultado).”, p. 194. Sobre los “consensos” de los ministros del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, véase como ejemplo, en relación con la Contradicción de Tesis 293/2011, Cossío, José Ramón, “Las trampas del consenso”, en *Revista (digital) Hechos y Derecho*, Núm. 17, publicado el 18 de octubre de 2013; <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/6888/8824>. Señala Cossío, entre otros puntos: “En una diversidad de temas es plausible tratar de construir consensos en la Suprema Corte, pero considero que hay decisiones en las que la convicción personal no puede ceder...Lo verdaderamente grave del criterio adoptado por la Corte, y de ahí mi disenso, es que impedirá llevar a cabo un libre juego de apreciación o balance entre los derechos humanos de fuente constitucional y los de fuente convencional y, con ello, afectará el entendimiento cabal del principio *pro persona*. La razón final del peso otorgado a las normas constitucionales es su jerarquía, asunto éste que no fue introducido por el Constituyente en la reforma de junio de 2011. El consenso logrado para llegar a esta conclusión, para mí inaceptable, me llevó a mantenerme fuera de él.” (Por cierto, el argumento de la jerarquía es cuestionable: véase el artículo de Carlos Santiago Nino referido en la nota de pie de página número 96, p. 63, de este trabajo; Como ya se señaló, Nino desmenuza el argumento de Marshall y muestra que la premisa de la jerarquía es inadmisibles; la premisa 4, de lo que Nino llama la “lógica de Marshall”, consiste en: “La supremacía de la Constitución implica que cuando entra en conflicto con una norma dictada por el Congreso esta segunda deja de ser una ley válida”, carece de sustento, p. 100; 107.).

⁹⁹⁴ Fix-Fierro, Héctor, *El poder del Poder judicial...Op. Cit.*, pp. 194-195.

internos que no tienen reglamentación formal, sino que se basan en costumbres y prácticas tradicionales⁹⁹⁵.

Finalmente, en el tópico que Fix-Fierro denomina (v) “diálogo judicial”, señala que vistos varios tribunales constitucionales se percibe una “comunidad global de tribunales” que comparte una empresa común que va más allá de las fronteras nacionales⁹⁹⁶.

Para Fix-Fierro, los estudios que giran en torno a los temas señalados predomina un enfoque político y considera que “sigue haciendo falta un planteamiento más riguroso, amplio e imparcial de las funciones de los tribunales constitucionales, como *instituciones políticas* y como *órganos jurídicos*.”⁹⁹⁷.

Con base en los estudios sobre los temas señalados, Fix-Fierro caracteriza a los tribunales constitucionales de la forma siguiente:

“-...se trata de tribunales en sentido estricto y que por ello forman parte del centro del sistema jurídico, no del centro del sistema político
-...como cualquier otro tribunal, se trata de organizaciones cuya función se despliega a través de la producción de decisiones que

⁹⁹⁵ Fix-Fierro, Héctor, *El poder del Poder judicial... Op. Cit.*, p. 195.

⁹⁹⁶ *Idem*, 195-196. Como ejemplo relevante de ese diálogo judicial, véase: VV. AA. *Diálogos constitucionales de Colombia con el mundo...Op. Cit.* Esta compilación muestra cómo la Corte Constitucional colombiana “dialoga” con otras cortes, con los académicos (entre los que hay científicos sociales como Jon Elster); el primer apartado, Mesa 1, justamente se refiere a la justificación de una jurisdicción constitucional, pp. 47-122, y recopila las participaciones de Robert Alexy (Control Constitucional como representación argumentativa), Jon Elster (¿Por qué una Corte Constitucional?), María Victoria Calle Correa (El control constitucional colombiano, una tradición democrática) y como moderador Rodolfo Arango. Nos parece muy interesante los señalamientos de Elster, pues derivan en considerar en serio la existencia de cortes constitucionales por necesidades sociales y políticas, afirmación que se avala cuando refiere la actuación de la Corte Constitucional colombiana.

⁹⁹⁷ Fix-Fierro, Héctor, *El poder del Poder judicial... Op. Cit.*, p. 196.

utilizan el código binario del sistema jurídico (en este caso: constitucional/inconstitucional)

-...su operación tiene como referente al acoplamiento estructural entre derecho y política configurado por la Constitución, con efectos sobre ambos sistemas”⁹⁹⁸

Fix-Fierro concluye, considerando el estado del arte en materia de la función política y social de los tribunales constitucionales, por ende, del control constitucional, y basándose en el esquema teórico de Niklas Luhmann, lo siguiente:

“En primer lugar, la función general de un tribunal constitucional en un régimen democrático consiste en una operación de *doble transformación*: primero, de los intereses y los disensos sociales, en directivas y lineamientos para las operaciones internas del sistema jurídico; segundo, de los requerimientos de generalización y congruencia internas del sistema jurídico, en valores y lineamientos generales para la política. Ello ocurre bajo la premisa que el tribunal no obstaculice innecesariamente ni las operaciones del sistema político ni las del sistema jurídico. En el primer caso hablamos de “*judicial self-restraint*” o de “autolimitación judicial”, y en el segundo, de “especialización en cuestiones constitucionales”. Dicho, en otros términos: la efectividad de los tribunales constitucionales está condicionada no sólo por el respeto a la autonomía de la política —es decir, en primer término, a la del legislador— sino también por el de la autonomía del derecho ordinario. Respetar la autonomía del legislador significa, por un lado, no restringir innecesariamente las posibilidades de hacer política con el derecho, pero por el otro, no crear expectativas excesivas que la política no pueda satisfacer. Respetar la autonomía del derecho ordinario significa limitar la “constitucionalización del ordenamiento” a intervenciones puntuales, eficaces y selectivas, de modo que las demás ramas del ordenamiento puedan desarrollarse en lo posible de acuerdo con su propia lógica interna. Se trata de mantener, pues, la diferenciación entre “derecho constitucional” y “derecho ordinario”.⁹⁹⁹

⁹⁹⁸ *Idem*, p. 200.

⁹⁹⁹ *Idem*, pp. 207-210. Y agrega: “...Resulta evidente que una condición previa indispensable para que los tribunales constitucionales puedan cumplir las funciones arriba apuntadas es la diferenciación y la autonomía efectivas del sistema jurídico respecto del sistema político. Como sostiene Luhmann, la

A la función que señala Fix-Fierro de doble transformación que desempeña un tribunal constitucional, es decir, el control constitucional, y tomando en cuenta que el análisis sociológico en el que se basa parte de la premisa de la “diferenciación funcional” que consiste en construir diversos subsistemas sociales (político, jurídico, económico, científico, religioso, etc.) y que estos subsistemas realizan funciones particulares unos respecto de otros para el

existencia de una Constitución que sea una estructura social efectiva y no un mero trozo de papel, exige la exclusión de la corrupción, el terror y la violencia como instrumentos de la política, así como una relativa inmunidad frente a las presiones políticas y económicas encaminadas a falsear o distorsionar las operaciones internas del sistema jurídico y su clausura operativa. Desafortunadamente, en la mayoría de los países en desarrollo esta condición previa no se cumple, o sólo de una manera insuficiente... Se trata, por supuesto, de una condición fáctica que no pueden crear ni garantizar los propios tribunales constitucionales, pero a la que sí pueden contribuir mediante una visión de largo plazo de su propia función estabilizadora en el entramado político-institucional. Dicha condición depende, en primer lugar, de un proceso de democratización y pluralización política efectivas, como el que ha ocurrido en México en las últimas tres décadas. En efecto, el reciente proceso de cambio político y jurídico en nuestro país se puede interpretar como proceso de creciente autonomía y diferenciación del sistema jurídico respecto de la política. Aunque la creciente pluralidad política conduce necesariamente a un nivel más elevado de controversia y negociación en la elaboración de las leyes, este incremento en la politización de la legislación tiende a tomar un cauce institucional y a encontrar su árbitro último en la jurisdicción constitucional, la cual somete el conflicto político a la influencia racionalizadora y despolitizadora de los procedimientos judiciales... Una vez que existen condiciones mínimas de diferenciación y autonomía entre política y derecho, la jurisdicción constitucional puede contribuir, como ya se ha dicho, a su propia estabilidad y a la del conjunto de las instituciones. En este sentido, los tribunales constitucionales tienden actuar de tal modo que, dentro del marco constitucional, se amplíen los “intervalos de tolerancia” de los diversos actores políticos, mediante decisiones relativamente equidistantes de las “preferencias ideales” de cada uno de estos actores. Sólo de esta manera son capaces de generar un nivel de legitimidad tal que les permita también perseguir políticas propias innovadoras, aunque resulten ocasionalmente controvertidas o impopulares. En segundo término, la interpretación y la argumentación jurídicas son los modos de comunicación de los tribunales constitucionales con la jurisdicción ordinaria, con la doctrina y con los demás operadores del sistema jurídico, incluyendo a los ciudadanos. La teoría constitucional ha señalado, con razón, de que a pesar de que la jurisprudencia de los tribunales constitucionales tenga fuerza vinculante formal, su autoridad y su influencia reales dependen, en última instancia, de un proceso de persuasión que se realiza mediante la argumentación racional... En resumen: la contribución de los tribunales constitucionales a la consolidación democrática no sólo depende de factores políticos, sino de los vínculos y articulaciones recíprocos que aquéllos establezcan con los demás tribunales (incluyendo las jurisdicciones internacionales o supranacionales), con la doctrina jurídica y con los ciudadanos, de modo que la “irritación” mutua entre el derecho constitucional y las demás ramas del ordenamiento se traduzca en una vida política y jurídica más rica y más acorde con las crecientes necesidades de una sociedad cada vez más plural y tendencialmente más democrática.”

conjunto de la sociedad¹⁰⁰⁰, nos parece que si bien en perspectiva sociológica se diferencian varios subsistemas, hay que tomar en cuenta la teoría de la división de poderes, la cual, como principio del Estado de Derecho moderno, proyectado en el estado Constitucional de Derecho, impacta tanto al subsistema político como al subsistema jurídico/constitucional, sin perjuicio de hacerlo también respecto de los demás subsistemas, en especial el subsistema económico.

La “diferenciación funcional”, junto con los “acoplamientos estructurales”, muestra que estructuras que son comunes a dos sistemas, como por ejemplo la Constitución, contribuyen a mantener la diferenciación entre ellos, pero, a su vez, generan espacios en los que encontramos elementos de uno y otro subsistema.¹⁰⁰¹

Así, la división de poderes, como principio, juega un papel fundamental: (i) por un lado, estrictamente es una asignación formal, a través de reglas de competencia, de las tres funciones básicas estatales, la normativa, la jurisdiccional y la ejecutiva, con lo que, considerando el principio de legalidad, cada depositario de los tres poderes públicos, desarrolla sus funciones de manera diferenciada, pero (ii) por otro lado, se generan espacios compartidos funcionalmente, ya que la asignación competencial de la función no es estricta desde un punto de vista material, pues cada

¹⁰⁰⁰ *Idem*, p. 197.

¹⁰⁰¹ *Idem*. Señala Fix-Fierro: “Luhmann habla de “acoplamientos estructurales” para referirse a aquellas estructuras que son comunes a dos sistemas que contribuyen a mantener la diferenciación entre ellos, especificando su interrelación, aunque cumplen tareas diversas al interior de cada sistema. Pero lo que es más significativo es que, al mismo tiempo que limitan las posibilidades de interrelación externa y de operación interna, estas estructuras permiten a ambos sistemas grados más elevados de libertad y de complejidad propias, lo que acelera la dinámica interior de cada uno. Luhmann habla de un aumento de las “irritaciones” a las que los sistemas se exponen, tanto interna como externamente, como consecuencia de sus acoplamientos estructurales, irritaciones que desencadenan reacciones internas de cambio y ajuste al entorno.”

depositario de los poderes públicos desarrolla funciones de los otros poderes, y aquí se ve la división de poderes desde una perspectiva sistemática que da lugar a relaciones de colaboración, cooperación y coordinación.

No obstante, estos acoplamientos, en el caso del control constitucional judicial/jurisdiccional en las relaciones de coordinación, colaboración y cooperación, hay que distinguir dos planos: (i) uno débil en el sentido de que las “irritaciones” entre varios subsistemas se resuelven mediante ajustes más o menos naturales sin provocar demasiados desgastes entre los subsistemas; pero en (ii) un sentido fuerte de las “irritaciones” cuando el control constitucional versa sobre derechos sociales la percepción es diferente, pues cabe observar que se da un conflicto entre subsistemas, ya que la “irritación” implica algo más que una coordinación, colaboración o cooperación, pues se <<reitera>> por parte de quien ejerce control constitucional que uno o varios órganos ubicados en el subsistema político, den vigencia al (previo) mandato constitucional. El caso ilustrativo en materia de derechos sociales es la resolución dictada conforme a las reglas de control constitucional (primordialmente judicial/jurisdiccional) por la que se afecta el dictado presupuestal del legislador y las facultades de ejercicio presupuestal del ejecutivo: aquí no cabe, estrictamente, coordinación, colaboración o cooperación, sino perspectiva gradual de cumplimiento para dar vigencia al derecho social vulnerado.

Las políticas públicas en materia de derechos sociales son un espacio privilegiado de relaciones entre el subsistema político, el subsistema jurídico/constitucional y el subsistema social. Al respecto, vienen justo las palabras de Juan Manuel Acuña:

“...la labor de la jurisdicción constitucional en el control de la adecuación de políticas públicas, especialmente cuando es

desempeñado por las Altas Cortes, permite habilitar un nuevo espacio comunicativo que habilita diversas opciones cognitivas para las autoridades. Es decir, cuando de acuerdo a las diferentes vías de acción analizadas, el juez constitucional racionaliza la actividad de la administración, lo hace con miras a que esta adecue su accionar a los dictados jurisdiccionales para casos futuros. Es decir, le está haciendo saber la luz bajo la cual deben orquestarse los medios por ella arbitrados para así poder cumplir con los postulados constitucionales. El juez constitucional sabe que la judicialización excesiva de políticas públicas no es un camino óptimo, como lo es el recurso a cualquier instancia confrontativa. Por ello cuando el juez resuelve disputas como las aquí tratadas, además de controlar políticas públicas y racionalizar la actividad administrativa tendiente a la ejecución de éstas, está procurando inaugurar un canal comunicativo a futuro tendiente a motivar la generación de políticas públicas constitucionales y en última instancia a incrementar el grado de fuerza normativa de la Constitución.”¹⁰⁰²

E. El Sistema Maestro de Control Omnicomprensivo de la Actividad Estatal y la Constitución del Estado Constitucional de Derecho

Sobre el Estado Constitucional, Josep Aguiló Regla, señala:

“No supone ninguna novedad afirmar que el constitucionalismo que se ha desarrollado a partir de la segunda guerra mundial ha supuesto (y está suponiendo) un cambio de paradigma dentro de la cultura jurídica. Este cambio de paradigma se ha ido afirmando más o menos lentamente, pero en los últimos años, ciertamente, se ha mostrado de manera manifiesta. En estos momentos es común hablar del ‘Estado constitucional’ como algo diferente del ‘Estado de Derecho’ y referirse a los cambios que esta transición está suponiendo en la concepción del Derecho y del método jurídico. Si el modelo del Estado de Derecho (o Estado legal de Derecho) gravitaba en torno a la idea de imperio de la ley, el modelo del Estado constitucional (o Estado constitucional de Derecho) gravita en torno al carácter normativo (regulativo) de la Constitución (‘la Constitución como norma jurídica’).”¹⁰⁰³

¹⁰⁰² Acuña, Juan Manuel, *Justicia constitucional y políticas públicas... Op. Cit.*, pp. 272-273.

¹⁰⁰³ Aguiló Regla, Josep, *La Constitución del Estado Constitucional*, Palestra-Temis, colección Pensamiento Jurídico Contemporáneo, Bogotá, Colombia, 2004, p. 9.

El cambio de paradigma, el tránsito de un Estado de Derecho a un Estado Constitucional de Derecho, a decir de Josep Aguiló¹⁰⁰⁴, implica varios aspectos entre los que cabe destacar dos cuestiones: (i) la naturaleza de la Constitución y (ii) el papel que juega la Constitución en el interior de un orden jurídico, lo cual genera dos alternativas: (ii-a) la perspectiva de una Constitución plenamente normativa (o regulativa) que supone una ampliación de la tesis tradicional de las fuentes del Derecho y de las operaciones tradicionales del método jurídico, y (ii-b) la Constitución representa una norma cualitativamente diferente respecto de otras fuentes del Derecho y tiene un rol supremo o fundamental y altera la concepción de todas las operaciones del método jurídico.

Respecto de la naturaleza de la Constitución, tema inherente al concepto de Constitución (y, de alguna manera, a las concepciones de la Constitución), es importante señalar que sus notas peculiares conllevan tomarla como un texto tanto político como jurídico, y aquí el problema doctrinal es que se ha creado un falso dilema: o es un texto político o es un texto normativo, cuando, realmente, es un texto tanto político como jurídico¹⁰⁰⁵.

¹⁰⁰⁴ *Idem*, pp. 10-12

¹⁰⁰⁵ Sobre la naturaleza de la Constitución, como texto, es pertinente tener en cuenta los señalamientos de Jon Elster, pues se trata de un filósofo y científico social que ve el fenómeno del Derecho desde una perspectiva política y social: "... ¿cuál es la naturaleza de una Constitución? Cualquiera de los siguientes enunciados sirve para definir dicho interrogante: -La Constitución regula "todos y únicamente" los aspectos básicos de la vida política. -La Constitución regula la expedición de otras normas jurídicas de inferior jerarquía como, por ejemplo, la ley o los decretos. -En caso de contradicción entre la Constitución y cualquier otra norma de inferior jerarquía, prevalecerá la primera. -Dado el principio de supremacía constitucional, los procedimientos de reforma de la Constitución son más difíciles de tramitar que los de las leyes. La mayoría de las constituciones satisfacen los tres últimos criterios; sin embargo, no cumplen con el primero. Me permitiré dar algunos ejemplos de disposiciones "triviales" que son incluidas en las constituciones y otras "vitales" que son excluidas de las mismas. Para entender por qué una Constitución es necesaria, es preciso analizar detenidamente su estructura interna. En términos generales, las constituciones regulan cuatro tópicos principales: -

Conceptualmente el planteamiento ha sido erróneamente disyuntivo: o es una cosa o es otra, pero no las dos simultáneamente. Este falso dilema¹⁰⁰⁶ tiene consecuencias importantes en el tratamiento de ciertos derechos humanos como es el caso de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA o, simplemente, derechos sociales), pues de considerarlos tradicionalmente como normas programáticas¹⁰⁰⁷ y, necesariamente vinculados solamente a cuestiones políticas, se negó su carácter normativo, siendo que si bien son derechos positivos prestacionales ello no implicaba negar su programatividad, generándose un similar falso dilema en el tema de las concepciones de la Constitución al concebir la Constitución como documento meramente político o como documento normativo -norma jurídica-, categorías manejadas como excluyentes (o una u otra).

La estructura del Estado; -Los derechos individuales; -La reforma a la Constitución; y - "La suspensión de la Constitución" o poderes extraordinarios. Las cláusulas constitucionales de estas temáticas pueden tener distintos y variados fundamentos. Veamos. En primer lugar, el diseño de la estructura del Estado obedece en gran medida a razones de eficiencia. Sin embargo, en mi opinión, su fundamento más importante es la protección de la democracia mediante la prevención de la perpetuación en el poder, es decir, que aquellos que están en el poder lo utilicen para continuar con el poder.... En segundo lugar, el fundamento de la Carta de derechos ha sido históricamente el de proteger a los individuos en contra de las indebidas interferencias por parte del Gobierno. Con posterioridad el catálogo de derechos se ha ampliado y ha empezado a incluir los llamados derechos de contenido económico y social, así como derechos de las minorías. En tercer lugar, la justificación de la rigidez constitucional, restricción sin la cual el gobierno de turno podría siempre hacer "mediante dos pasos" lo que la Constitución prohíbe hacer en "un solo paso".... Por último, el fundamento de la "suspensión de la Constitución" o de los _poderes extraordinarios puede ser sintetizado en las palabras del juez Robert Jackson: 'La Carta de derechos no es un pacto suicida'. En una situación de emergencia, el funcionamiento del Gobierno resulta demasiado lento en aras de obtener una acción efectiva, y, en ese supuesto, la protección y garantía de ciertos derechos individuales puede ser supeditada al interés general.", Elster, Jon, *¿Por qué una Corte Constitucional?*, en VV. AA. *Diálogos constitucionales de Colombia con el Mundo. VII Encuentro de la Jurisdicción Constitucional*, editor Juan Carlos Henao, Universidad Externado de Colombia, Col., 2013, pp. 67-70,

¹⁰⁰⁶ De Gortari, Eli, *Diccionario de la lógica*, Plaza y Valdés Editores, México, 1988 voz dilema, p. 147. Abbagnano, Nicola, *Diccionario de Filosofía*, voz dilema, p. 325.

¹⁰⁰⁷ Históricamente los derechos sociales aparecen en cartas constitucionales a principios del siglo XX: en la Constitución mexicana de 1917 y en la Constitución de Weimar de 1919. En términos muy generales los derechos sociales primordiales reguladas en esas cartas fundamentales son el derecho al trabajo, el derecho a la salud y seguridad social, y el derecho a la educación.

Siguiendo a Josep Aguiló Regla¹⁰⁰⁸, en el mismo tema de la naturaleza de la Constitución se ubica el tópico sobre el carácter del texto constitucional en cuanto fuente del Derecho: el texto constitucional o es (i) fuente de las fuentes del Derecho o es (ii) fuente del Derecho.

En la primera perspectiva, la Constitución es, antes que un texto regulativo (normativo), un documento político cuya función primordial es la de organizar el poder político y, consecuentemente, no tiene una función de guía normativa para la resolución de casos.

Esta tesis no implica desconocer que la Constitución contiene normas de carácter regulativo, pero éstas no juegan un papel determinante en la decisión –resolución– de casos debido a que opera el principio de interpretación de la Constitución conforme a los parámetros de la interpretación de la ley, ya que de lo que se trata es de aplicar la ley.

En cambio, en la segunda perspectiva, la consideración de que la Constitución es fuente del Derecho, el texto constitucional es visto como un instrumento jurídico que contiene reglas jurídicas que pueden –deben ser– aplicadas “directamente”¹⁰⁰⁹ por los operadores jurídicos para resolver –decidir– casos, matizando que las reglas constitucionales pragmáticamente requieren de configuración legal y reglamentaria sin perjuicio de la operatividad “directa” que se lleva a cabo a través de la instrumentación de políticas públicas, pues éstas no dejan de ser, en algún sentido, reglas técnicas para hacer cosas evidenciándose las estrechas relaciones entre reglas de deber ser y reglas técnicas instrumentales.

¹⁰⁰⁸ Aguiló Regla, Josep, *La Constitución...* Op. Cit., p. 10.

¹⁰⁰⁹ Esta aplicación directa es sustancialmente una de las grandes diferencias de la concepción de la Constitución meramente como documento político respecto de la concepción del texto constitucional tanto como documento político como documento normativo, de manera simultánea.

En la teoría Constitucional se ha dado la razón a la tesis de que la Constitución es fuente del Derecho, la cual suscribimos plenamente, pero con el matiz ya señalado: la Constitución es tanto texto político como texto normativo, y en la práctica social jurídica se debe privilegiar lo normativo sobre lo político, pues el ámbito político sin sujeción al Derecho se vuelve arbitrariedad: políticamente, título legítimo, sí, pero en su ejercicio observar, de inicio, legalidad (sentido primario de la tesis de que la legitimidad se resuelve en legalidad). De la aceptación como documento normativo – regulativo-, derivan, a su vez, señala Josep Aguiló, dos alternativas¹⁰¹⁰:

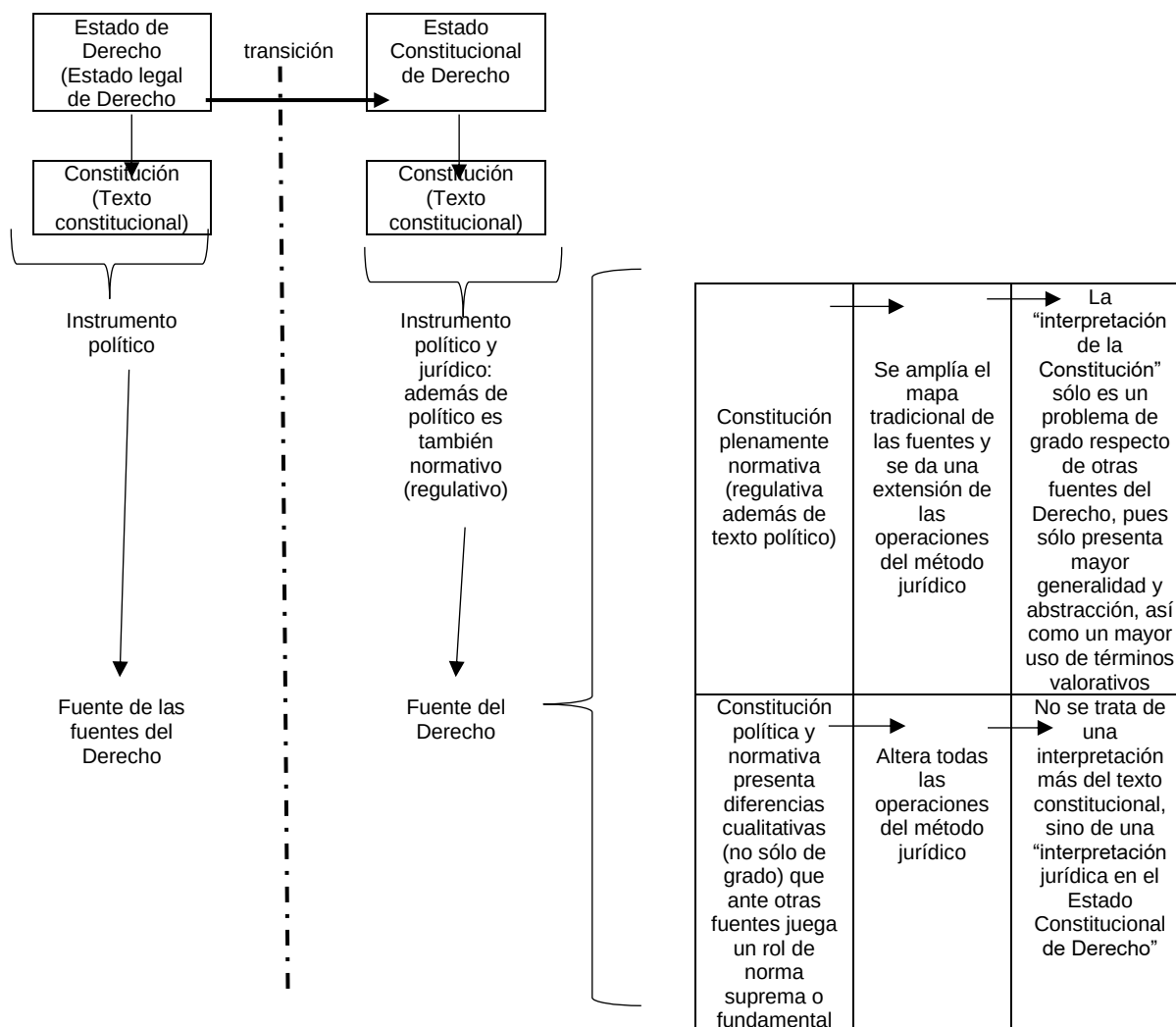
- (i) una Constitución normativa supone solamente la ampliación del mapa tradicional de las fuentes lo que implica extender las operaciones del método jurídico tradicional¹⁰¹¹, y
- (ii) dado que la Constitución presenta diferencias cualitativas respecto de cualquier otro texto normativo, y no solamente diferencias de grado, la Constitución tiene un rol de norma suprema o fundamental y esta peculiaridad afecta todas las operaciones del método jurídico¹⁰¹².

¹⁰¹⁰ Seguimos a Aguiló Regla, Josep, *La Constitución... Op. Cit.*, pp. 11-12.

¹⁰¹¹ Aquí se da una mera interpretación de la Constitución (con los métodos tradicionales). Aguiló Regla, Josep, *La Constitución... Op. Cit.*, pp. 11-12.

¹⁰¹² Señala Josep Aguiló que se da pie a una interpretación "...más genérica y de mayor alcance como es la de la 'interpretación jurídica en el Estado constitucional'. Esta forma de abordar el papel de la constitución está muy relacionada con el auge que en los últimos tiempos están teniendo las

Esquema 160. Transición del Estado de Derecho al Estado Constitucional de Derecho



Para dar cuenta de la Constitución del Estado Constitucional de Derecho, Aguiló Regla pasa revista a diversos conceptos de Constitución e inicia diferenciando los conceptos de Constitución necesaria y de Constitución Rígida. Esta diferenciación parte de oponer una serie de conceptos de Constitución que presuponen que todo sistema político jurídico estable

concepciones interpretativas, argumentativas y justificativas del Derecho." Aguiló Regla, Josep, *La Constitución... Op. Cit.*, p. 12.

cuenta con una Constitución a aquellos otros conceptos que no lo presuponen¹⁰¹³, esto es, la Constitución necesaria es un producto de determinadas exigencias metodológicas que se establecen como indispensables para aprehender los fenómenos jurídicos; en cambio, la Constitución contingente dependerá de una serie de cuestiones fácticas, normativas y axiológicas.¹⁰¹⁴

Dentro del concepto de Constitución necesaria, Aguiló Reglas analiza la Constitución del positivismo normativista como uno de los más relevantes a considerar para comprender la Constitución del Estado Constitucionalista. El positivismo normativista, en voz de Riccardo Guastini, señala que la Constitución es “el conjunto de normas fundamentales de un sistema jurídico-político”¹⁰¹⁵, las cuales operan a partir de dos tesis: (i) la tesis de las fuentes sociales del Derecho y la (ii) tesis de la separación conceptual entre Derecho y Moral.

Respecto de la tesis de las fuentes sociales del Derecho se afirma que el Derecho es un orden social de la conducta de índole artificial, es decir, no natural. El derecho es un producto social histórico. Esta característica es aceptada casi por todos los autores¹⁰¹⁶, salvo algunos iusnaturalistas que apelan a la génesis natural, es decir no artificial, del Derecho¹⁰¹⁷.

¹⁰¹³ *Idem*, p. 25

¹⁰¹⁴ *Ibid.*

¹⁰¹⁵ Citado por Aguiló Regla, Josep, *La Constitución... Op. Cit.*, p. 26. [Guastini, Riccardo, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, Giuffrè. 1998, pags. 310 y ss]

¹⁰¹⁶ Señala Aguiló Regla que “la tesis de las fuentes sociales del Derecho permanece inalterable: el Derecho, o es orden de la conducta social o no es Derecho”, *Idem*, p. 62.

¹⁰¹⁷ No obstante, la tesis clásica iusnaturalista de que el derecho tiene una génesis “natural”, John Finnis, considerado actualmente como el autor más representativo de la hipótesis del derecho natural con su obra *Ley Natural y Derechos Naturales*, no apela estrictamente a un origen natural sino con más aproximación a una génesis artificial del propio derecho natural. A decir de Cristóbal Orrego S, “Los teóricos analíticos del derecho -a quienes primariamente se dirigía *Natural Law and Natural*

Así, el debate actual no está en la tesis de las fuentes sociales del Derecho sino en la tesis de la separación o no separación entre Derecho y Moral. Sostener que hay separación entre Derecho y Moral implica negar que hay una relación conceptualmente necesaria entre ellos y que sus relaciones son contingentes o eventuales; en cambio, aceptar que hay una relación entre Derecho y Moral conceptualmente necesaria, la tesis de la conexión, implica que en la definición del Derecho hay elementos morales que forman parte de su núcleo intensional o connotativo (elementos morales definitorios), y conlleva aceptar que las relaciones entre Derecho y Moral no

Rights- se replantearon seriamente la interpretación tradicional del iusnaturalismo. Puede decirse que la obra de Finnis sustituyó el modo de abordar el tema del derecho natural tal como había quedado establecido en la influyente defensa del positivismo jurídico por H. L. A. Hart, quien había presentado el iusnaturalismo como algo ridículo, hasta el punto de que el positivismo jurídico entendido como "separación conceptual" entre el derecho y la moral venía a ser equivalente a la distinción clásica entre derecho positivo y derecha natural. El planteamiento hartiano de la cuestión hacía perder sentido a la supuesta oposición iusnaturalismo versus iuspositivismo, como se encargaron de mostrar algunos autores analíticos después de Hart. En cambio, Finnis volvió a poner sobre la mesa cuestiones como la inextricable unión de valoraciones -morales en último término- y las descripciones en las ciencias sociales: la necesidad de explicar el derecho positivo en el contexto más amplio de la razonabilidad práctica y de los bienes humanos básicos fundantes del orden moral; la teoría de la justicia, de la obligatoriedad del derecho, del bien común, de la autoridad, de los derechos humanos naturales, el problema de la ley injusta, considerado a la vez desde el punto de vista jurídico, político y moral sin excluirlo de la teoría analítica del derecho, e incluso la cuestión de Dios como fundamento último del orden moral. H. L. A. Hart, figura principal en el ámbito jurídico analítico, consciente de que la obra de Finnis hacía imposible continuar discutiendo los temas del derecho natural sobre la base de las imágenes y objeciones tradicionales refutadas en el Capítulo II, afirmó: 'La flexible interpretación de Finnis sobre el derecho natural es en muchos aspectos complementaria a la teoría jurídica positivista, más que un rival suyo'. Y en seguida: 'El mérito principal, y muy grande, de esta aproximación iusnaturalista, es que muestra la necesidad de estudiar el derecho en el contexto de otras disciplinas, y favorece la percepción de la manera en que asunciones no expresadas, en el sentido común y los propósitos morales influyen en el derecho e integran la adjudicación'. Naturalmente, Hart no llegó a recuperar para sí la tradición iusnaturalista, que siguió considerando confusa. Nosotros sólo queremos destacar que, desde 1980, el iusnaturalismo dejó de ser, ante los ojos de los principales teóricos 'iuspositivistas' liderados por Hart, una posición simplemente irracional y absurda que casi no valía la pena discutir." Finnis, John, *Ley Natural y Derechos Naturales*, Estudio preliminar de Cristóbal Orrego S., Abeledo Perrot, Buenos Aires, Ar., 2000.

son contingentes o eventuales sino necesarias conceptualmente hablando¹⁰¹⁸

F. Corolario sobre la justibilidad y el Sistema Maestro de Control Omnicomprensivo de Constitucionalidad y de Convencionalidad de la Actividad Estatal

En este capítulo hemos evidenciado que la reivindicación de justicia, sin adjetivos, requiere tanto la exigencia como procesos de evaluación y determinación de que algo es justo: los actos, las normas y los estados de cosas deben ser justos, así como evitar y, en su caso, subsanar omisiones fácticas y normativas que sean injustas.

Como lo señalamos en el corolario del Capítulo III, la construcción de un sistema maestro de control no está completo si no explicitamos sus fines y valores, pues a fin de cuentas es un orden desplegado, explicado, artificial y como orden humano tiene fines y valores, y éstos se proyectan como la persecución de la libertad, la justicia, la igualdad, el pluralismo y la democracia, incluso que ciertos aspectos económicos respondan a ellos. Por ello en este capítulo IV nos abocamos al examen de la adecuada dimensión de la justiciabilidad para constatar que se trata de un componente, quizá el más relevante, pero no el único, de un entramado de pretensiones de justicia que se bifurcan en dos grandes ejes: uno judicial y

¹⁰¹⁸ Alexy, Robert, "Sobre las relaciones necesarias entre el Derecho y la Moral", en *Derecho y razón práctica*, Fontamara, México, 1993, pp. 37-58. Señala Alexy que "Todas las teorías positivistas argumentan a favor de la *tesis de la separación*. Esta dice que el concepto de Derecho ha de definirse de manera que no incluya, en absoluto, ningún elemento de la Moral. Consecuentemente, para una teoría positivista, sólo quedan dos elementos definitorios: el elemento de la decisión de la autoridad y el elemento de la efectividad social [cita 1: Los dos elementos de la definición se refieren a la dimensión de validez. Existe, desde luego, la posibilidad de definir el concepto de derecho excluyendo la dimensión de validez... Una teoría positivista que quiera hacer uso de esta posibilidad tendrá, por lo tanto, que determinar un elemento ajeno a la Moral que no se refiere a la dimensión de validez.]", p. 44.

otro no judicial; el primero es lo que llamamos justiciabilidad y el segundo justibilidad en sentido estricto, y ambos conforman la exigencia y procesos de evaluación y determinación de que las cosas son o no justas. Por tanto, la justiciabilidad es justibilidad judicial y el otro espacio es justibilidad estricta. La justibilidad estricta desempeña un papel de primer orden en la atención de los derechos sociales, pues en el ámbito de la justibilidad estricta opera lo no judicial, es decir, el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo, así como un conjunto de órganos/institución no adscritos a los mencionados poderes, pero que ejercen competencias que inciden directa e indirectamente en la atención de los derechos sociales, incluso de un conjunto de instituciones internacionales.

Así, las políticas públicas están para ser eficientes, eficaces y efectivas, y su evaluación *ex post*, es muy importante tanto si la realiza el juez constitucional como otras instancias de evaluación nacionales o internacionales, pero su hechura y su instrumentación debe ser justible, y aquí hay que insistir en que los momentos de concepción de políticas públicas y su ejecución son de suma relevancia, y en este punto no estamos ante justiciabilidad alguna sino ante justibilidad estricta.

La justibilidad estricta tiene en su núcleo dos parámetros de operatividad imprescindibles y que son el Principio de División de Poderes y los principios democráticos, pero juegan sustantivamente y no de manera meramente formal como lo hacen en la justiciabilidad, pues en ésta tales parámetros tienen, *prima facie*, un sentido formal que se proyecta en el debate del Principio Contramayoritario, pero de ello no se sigue que no haya control constitucional y convencional, ya que en éste control no judicial el que el Principio Contramayoritario no tiene sentido plantearlo, pues, salvo los organismos constitucionalmente autónomos y, de alguna manera, los

organismos internacionales, no enfrentan la contra pretensión mayoritaria porque ya le es consustancial el canon democrático: la justibilidad en un Estado Constitucional de Derecho es necesariamente democrática y de funcionalidad colaborativa entre los depositarios de los poderes ejecutivo y legislativo. El Poder Judicial, sus depositarios, atienden <<casos>> y ante el reto del binomio desigualdad/ pobreza es insuficiente en sentido orgánico, a más de los sesgos, obstáculos y limitaciones que conlleva en si misma.

Los argumentos por los que se justifica el control judicial constitucional y de convencionalidad (difuso) son exportables, como lo hemos visto, al sistema maestro y, por ende, está justificada la justibilidad en sentido amplio: la justiciabilidad (justibilidad judicial jurisdiccional) y la justibilidad estricta son mecanismos de control que responden a las pautas justificativas que hunden sus raíces en razones últimas y éstas son de índole moral, de una moral crítica, sin desdeño de la moral social o positiva, y que tiene una vocación universalista.

Así, por ejemplificar, pongamos en la mesa de la discusión el caso del aborto respecto del cual El pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha decidido (sesión del 7 de septiembre de 2021), justificadamente, es decir, razonablemente bien -con base en buenas razones- que no es constitucional la incriminación primaria ni la incriminación secundaria de la mujer que aborta antes de las 12 semanas de gestación, es decir, que interrumpe su embarazo. La corte señala que las autoridades sanitarias deben brindar de manera segura y gratuita -e informada- el procedimiento médico de interrupción del embarazo.

Sin perjuicio del debate bioético de la interrupción del embarazo, miremos el problema social: interrumpen su embarazo mujeres en posición fáctica de

vulnerabilidad, y en no pocos casos de pobreza, generándose un gravísimo problema de salud pública cuyas secuelas en los planes de vida de las mujeres son determinantes, y este problema es un asunto de justibilidad estricta, además se cruza el relativo fracaso de los programas de política pública de educación u orientación sexual y que también tiene que ver con la justibiidad estricta.

Observemos cómo la corte asume un rol muy importante de guía de la conducta y de orientación de actividades de los depositarios de los poderes legislativo al indicarle que debe eliminar la incriminación primaria) y ejecutivo en dos planos: (i) en cuanto al problema punitivo dejar de incriminar secundariamente (en puridad, el mensaje va dirigido a la fiscalías, las cuales son organismos constitucionalmente autónomos, y a los jueces penales federales y locales, porque la incriminación secundaria se proyecta en dos momentos: al ejercer acción penal y en la causa penal), y (ii) revisar su políticas públicas en los problemas referidos (educación u orientación sexual y salud pública), y de haber incidencia de lo determinado por la Corte, cabría hablar de efectos estructurales, pero mientras eso no ocurra el problema fáctico -real-, producto de un relativo fracaso de las políticas mencionadas (efectiva educación u orientación sexual y, cuando se interrumpe el embarazo por mujeres en situación de vulnerabilidad, y pobreza, sin el debido cuidado médico¹⁰¹⁹), la problemática de salud pública habrá de persistir, pues se necesita una decidida intervención de las autoridades competentes y, por qué no de la sociedad¹⁰²⁰.

¹⁰¹⁹ El caso del aborto muestra (como muchos otros casos) la complejidad de las posiciones fácticas de las mujeres en vulnerabilidad y pobreza, posiciones que actualizan las posiciones normativas que se corresponden con los objetos -prestaciones- de los derechos sociales correlativos.

¹⁰²⁰ Por su relevancia téngase presente la labor que realiza GIRE, Grupo de Información en Reproducción Elegida, organización de la sociedad civil que ha jugado un papel relevante en el tema del aborto. Consúltase (fuente): <https://gire.org.mx/>. En su página de internet en el rubro *Quiénes*

Los programas de política pública respectivos deben, en su concepción, hechura e instrumentación, proyectar control constitucional y convencional y, además, con base en el Principio de Programatividad General (deber general de las autoridades de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos), y que en este caso exige un fuerte ingrediente de perspectiva de género y, además, considerar que se está ante la exigencia y ejercicio de derechos sociales de mujeres vulnerables y, en muchos casos, en pobreza.

He aquí un ejemplo de justibilidad amplia que se despliega en el mundo de la justiciabilidad y en el mundo de la no justiciabilidad (justibilidad en sentido estricto).

Somos, se lee lo siguiente: “El Grupo de Información en Reproducción Elegida (GIRE) nació en 1992 con el objetivo de difundir información objetiva, científica y laica sobre el aborto en México, para así posicionarlo como un tema de interés público, de salud pública y de justicia social.

Durante más de 25 años GIRE se ha consolidado como una organización de derechos reproductivos. Además del tema de aborto, desde 2011, ha colocado en la mesa de debate temas prioritarios desde la perspectiva de los derechos humanos de las mujeres, como anticoncepción, violencia obstétrica, muerte materna, reproducción asistida y conciliación de la vida laboral y personal.

GIRE es una organización feminista, cuya misión es lograr una transformación cultural en México a través de la exigencia de justicia reproductiva, desde una perspectiva de derechos humanos. Para ello, incorpora una estrategia integral que contempla la incidencia en legislación y políticas públicas, el acompañamiento de casos, así como estrategias de comunicación e investigación sobre el estado de los derechos reproductivos en México.

El trabajo de GIRE ha merecido diversos reconocimientos, entre los que destacan el Premio C. Lalor Burdick 2004, que otorga la *National Abortion Federation (NAF)*; el premio Hermila Galindo 2007, otorgado por la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (CDHDF), y el premio de derechos humanos Gilberto Bosques 2017, que otorgan las embajadas de Alemania y Francia.”. Véase, asimismo, el documento de esta organización denominado *Ni un paso atrás. La garantía del acceso al aborto legal en México y las consultas populares*, 2021, consultable en la página de internet de la mencionada organización.”

Conclusiones

1. Al inicio de la introducción de esta investigación señalamos que partíamos de un hecho incontrovertible (y notorio):

“...la pobreza y la desigualdad muestran la carencia de bienes básicos para una vida digna...”

2. Respecto de este hecho, señalamos que:

“...esos bienes son los objetos de los derechos sociales; éstos, para su plena vigencia, requieren que la actividad estatal y la de los particulares sea sometida, a petición de parte o *ex officio*, a control constitucional y convencional como parámetros de evaluación sobre si dicha actividad cumple con los requisitos y condiciones de promoción, respeto, protección y garantía de los derechos sociales. Nuestra hipótesis afirma que tal control no es responsabilidad exclusiva del juez constitucional (justiciabilidad) sino, también, de mecanismos, procesos e instituciones no judiciales sean jurisdiccionales o no jurisdiccionales, nacionales o internacionales. La teoría y la práctica jurídicas requieren fortalecer el conocimiento y acciones de las dimensiones paralelas a la justiciabilidad para mejorar la atención de los derechos humanos, tanto individuales como sociales.”

3. De acuerdo con tal hecho y las afirmaciones vinculadas al mismo, hemos demostrado que:

- a) En el Capítulo I, el correcto entendimiento de qué son los derechos sociales considera que éstos son correlativos del basamento material de una vida digna que permita hacer planes de vida y plantearse modelos de excelencia humana. Consideramos que si dentro de la teoría de la dogmática de los derechos sociales se aborda el tema de qué son los derechos sociales y de la determinación de si son o no son derechos humanos genuinos se posibilita su justiciabilidad o no justiciabilidad, analizamos las relaciones entre derechos genuinos y no

genuinos y justiciabilidad o no justiciabilidad, lo que da pie a analizar las respuestas de dicha dogmática y en otra dimensión las tesis de filosofía constitucional que parten de considerar a los derechos humanos como derechos genuinos, pero unos señalan que no deben ser justiciable y otros que si lo son.

La justiciabilidad, desde una perspectiva de filosofía constitucional, es profundamente democrática, pero lo es en un sentido peculiar. El Principio Contramayoritario justificado pertenece a la esfera democrática, pues sólo tiene sentido frente a la democracia, y sin ésta aquel no opera en sus planteamientos: frenar decisiones colectivas/democráticas que afectan negativamente a los derechos humanos; en cambio, en los espacios de la no justiciabilidad (la justibilidad en sentido estricto), el Principio Contramayoritario justificado no tiene sentido, su planteamiento es inoperante, ya que las decisiones colectivas/democráticas (V. gr., políticas públicas de índole social) deben observar las pautas democráticas que en un Estado Constitucional de Derecho son precisamente ajustarse a las exigencias y procesos de justicia, es decir, deben estar permeadas de justibilidad y, en algunos casos, de no ser así se operen mecanismos, procedimientos e instituciones tanto de la justiciabilidad (justibilidad judicial/jurisdiccional) como del espacio de no justiciabilidad (justibilidad en sentido estricto), para marcar las insuficiencias de justicia. Así, la justibilidad en sentido amplio es una proyección de las prácticas sociales jurídicas con un fuerte ingrediente de intencionalidad colectiva que buscan un mundo justo.

Por otra parte, se analiza de manera específica la definición de derechos sociales de Alexy, pues es una de las definiciones más recurridas de los derechos sociales, y constatamos que es deficiente, pero, paradójicamente, el mismo Alexy proporciona elementos para su reconstrucción, punto al que nos abocamos y hacemos la propuesta que consideramos más adecuada. La noción de derechos sociales es altamente compleja al estar conectada con la libertad fáctica y con bienes colectivos. La insatisfacción de la definición de Robert Alexy sobre los derechos sociales nos llevó a construir una noción más precisa y completa que dé cuenta de esa complejidad, lo que lleva a redimensionar los retos de la satisfacción de la prestación que cada derecho social implica. Así, del núcleo intensional, complejo, llegamos a inferir una definición explicativa, pero operativa: <<Los derechos sociales son derechos humanos cuyo objeto son las prestaciones que se constituyen como las precondiciones materiales básicas de existencia de las personas para una vida digna>>.

Los derechos sociales están conectados, de manera conceptualmente necesaria, con la libertad fáctica, la cual, a su vez, está conectada con bienes colectivos que generan exigencias de justicia social peculiares y, por ende, promover, respetar, proteger, garantizar los derechos sociales son acciones que implican una adecuada marcha de las autoridades no solamente judiciales sino, en especial, de las administrativas y legislativas, es decir, autoridades no judiciales (V. gr., primordialmente el manejo del principio de presupuestación), y cuyas actividades deben observar el Principio de Programatividad General de los derechos humanos, en especial de los derechos sociales.

De la conexión con la libertad fáctica, además de considerar el efecto horizontal de los derechos humanos, se infiere que la estructura de los derechos humanos, incluyendo a los derechos sociales, si bien es triádica en su versión más básica, ver así su estructura invisibiliza los componentes de la posición fáctica y de las actividades de los particulares que afectan derechos humanos, por lo que explicitamos que la estructura de los derechos humanos es realmente tetraédrica, es decir, está integrada por cinco componentes (posición fáctica, titular, objeto del derecho, responsable estatal, responsable particular).

Por otra parte, en lo que al fundamento último de los derechos humanos se refiere (fundamento moral) constatamos que el concepto base es el de la dignidad humana, sin perjuicio de otras categorías que concurren a su composición como la libertad (autonomía), igualdad y solidaridad (lo que nos debemos unos a otros).

b) En el Capítulo II, y a partir de qué son los derechos sociales, se presentan una serie de sesgos, obstáculos y limitaciones que juegan en su contra. Los sesgos, obstáculos o limitaciones analizados son los siguientes:

- (i) Detectamos que la atención de la dogmática sobre derechos humanos está enfocada preferente al control de normas con lo que se margina que la actividad estatal no solamente versa sobre normas sino también se proyecta como actos, omisiones y estados de cosas, en especial la ejecución de actos

materiales. Aquí ya vislumbramos una dimensión omnicomprendensiva de control y permite atacar este sesgo al que podemos identificar como <<sesgo normativista>>.

- (ii) Analizamos el caso de las omisiones tanto normativas como fácticas. Respecto de las omisiones normativas señalamos que se deben considerar categorías de análisis y no sólo las que maneja la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (V. gr., el parámetro de configuración normativa tratándose de materias concurrentes, los plazos). Por lo que hace a las omisiones fácticas apuntamos la importancia que cobran en la dimensión peculiar de los derechos sociales. Asimismo, señalamos la necesidad de que en el caso de omisiones normativas el juez constitucional debe tener conocimientos mínimos de teoría de la legislación, pues puede establecer parámetros de configuración normativa que debe seguir el órgano normativo omiso o puede realizar una función de legislador positivo (V. gr., eliminación de porciones normativas de enunciados jurídicos),
- (iii) Abordamos el tema de la diferencia entre derecho y garantía, sesgo que ha sido superado con motivo de las reformas constitucionales en materia de derechos humanos del 6 y del 10 de junio de 2011, pero a las que hay que complementar, sobre todo en la parte adjetiva con la operatividad del principio de antiformalismo, el cual todavía es un tema pendiente en la agenda de los derechos humanos.

- (iv) Abordamos como sesgo el que bajo la noción de bloque de constitucionalidad se incluya el parámetro de control convencional, y de lo que habría que hablar es del bloque de regularidad constitucional y convencional de la actividad estatal y de particulares, pues incluir en el bloque de constitucionalidad a la convencionalidad como parte la primera se distorsiona la operatividad de este parámetro.
- (v) En el sesgo de la focalización del control en los depositarios del Poder Judicial mostramos las distorsiones a que lleva tal focalización, pues se margina el complejo entramado de controles no judiciales jurisdiccionales y no jurisdiccionales. Además, se constata la falta de utilización de la terminología correcta al referirse al control judicial y al control no judicial, pues en no pocas ocasiones al primero se le identifica como control jurisdiccional, y el control no judicial en ocasiones se le denomina control cuasi jurisdiccional.
- (vi) En el sesgo sobre el interés jurídico u el interés legítimo, enfocado a los derechos sociales, mostramos que no hay justificación fuerte respecto de exigir procedimentalmente que el quejoso acredite o pruebe contar con alguno de esos interés, pues demostramos que, además de privilegiar indebidamente lo adjetivo sobre lo sustantivo, en materia de derechos sociales ya existe un interés social legítimo el cual no requiere sea acreditado para que la demanda de amparo sea admitida a trámite.

Si los derechos sociales dimensionan a la persona en posición social es porque implican intencionalidad colectiva, cuestión

que va de la mano con la conexión de los derechos sociales con los bienes colectivos. Si el hacer juntos -práctica social- implica perseguir objetivos y fines compartidos valiosos, entonces está fundamentada la procedencia del interés social legítimo de los derechos sociales, pues es evidente que la intencionalidad colectiva y el goce de bienes colectivos implican el requerimiento de prácticas sociales justibles que no se agotan en la justiciabilidad sino en exigencias de justicia más amplias que el decir de un juez constitucional, lo que no conlleva que no sea importante lo que establezca un juez constitucional, pero que, ante el desafío del trinomio derechos sociales/desigualdad/pobreza, esas prácticas que muestran un interés social legítimo complementan la justiciabilidad, y que se constituyen en un conjunto de mecanismos, procedimientos e instituciones que, junto con la justiciabilidad, pertenecen a un mundo complejo que se despliega en espacios no judiciales en los que las prácticas sociales jurídicas están basadas de forma directa e inmanente en la democracia y la división de poderes.

- (vii) El sesgo sobre las limitaciones de los derechos sociales diferenciamos las limitaciones normativas y las limitaciones fácticas; respecto de las primeras proponemos nuevas categorías de análisis como subespecies del género limitación, y además mostramos que uno de los problemas clave de los derechos sociales reside en las limitaciones fácticas o, como también las denominamos, contextuales. Las limitaciones fácticas en materia de derechos sociales son las que prácticamente <<limitan>> de diversas maneras el logro de los derechos sociales, y esto requiere no apartarse de la realidad

cotidiana, pues el deber ser implicado en los derechos humanos modela la realidad para hacerla más justa. Constatamos que las limitaciones de derechos humanos como normas es un enfoque teórico privilegiado, con lo que se margina el tratamiento de las limitación fácticas o contextuales. Éstas son determinantes para el tratamiento de los derechos sociales.

Comprobamos que, técnicamente, no hay limitaciones expresas en el texto constitucional en materia de derechos sociales, y que más bien se trata de un problema de configuración normativa, cuestión que se complejiza al enfrentarnos a las materias concurrentes de nuestro sistema federal (las leyes con el calificativo <<general>> tienen el sentido de leyes “marco” y son las que distribuyen competencias entre los órdenes de gobierno). El conocimiento de las limitaciones contextuales depende de una labor epistemológica, es decir, de conocimiento. Un buen diagnóstico resuelve en gran parte la selección de medios y, además, enfoca de mejor manera los programas de política pública.

- (viii) Un sesgo también relevante que analizamos es el inherente a la consideración de los derechos sociales como normas programáticas y concluimos que existe el Principio de Programatividad General de los derechos humanos, en especial de los derechos sociales, principio que se diferencia del deber general convencional de respetar y garantizar los derechos sociales y del ejercicio de control de constitucionalidad y convencionalidad. Entramos a una ya

clásica discusión sobre el carácter de los derechos sociales como normas programáticas y la derivación de esta característica de no ser normas genuinas sino meras normas políticas sujetas a las apetencias de los políticos. Nuestra conclusión principal es que en realidad los derechos sociales nunca perdieron su elemento de programatividad, es decir, nunca dejaron de ser normas programáticas y que el problema era de operatividad de los mecanismos de justiciabilidad. A partir de las modificaciones constitucionales de 2011 en materia de derechos humanos se positiviza el principio de programatividad general para todos los derechos humanos al establecerse que todas las autoridades deben promover, respetar, proteger y garantizar los derechos sociales.

Las políticas públicas juegan un papel imprescindible en materia de derechos sociales, por lo que se requiere que los jueces constitucionales tengan conocimientos mínimos de varios saberes sociales destacando estudios sobre administración pública, planeación y políticas públicas.

- (ix) Se examina el sesgo por el que se señala, en la dogmática de los derechos humanos, incluyendo a los derechos sociales, que éstos son objeto de ponderación suponiendo que están sujetos a la Ley de la Colisión, y demostramos que entre derechos sociales técnicamente no hay ponderación de esa clase, sino, por el contrario, lo que se presenta son otros tipos de ponderación (relación medio a fin) y que no están sujetos a la mencionada ley.

El sesgo sobre la ponderación de los derechos sociales requiere dimensionar cuál es el campo de aplicación de la ponderación en el caso de conflicto de principios (ponderación que se basa en la ley de la colisión) y cuál el de la ponderación de medios idóneos para instrumentar derechos sociales (ponderación de medios no basada en la ley de la colisión). El análisis de la ponderación en materia de derechos sociales parte de la pregunta de si realmente hay ponderación de derechos sociales vistos bajo la forma de directrices o normas programáticas. Las conclusiones son varias y conllevan distinguir entre principios en sentido estricto y directrices o normas programáticas. Quedarse en la no distinción, como lo hace Robert Alexy, distorsiona la operatividad de los derechos sociales, pues respecto de estos hay que diferenciar su tratamiento singular y su tratamiento bajo relaciones entre dos o más derechos sociales. Así, se evidencia que en el tratamiento en singular de los derechos sociales hay una especie de ponderación, pero ésta no opera bajo los cánones de la ley de la colisión alexiana; más bien se trata de una ponderación en la que se evalúan los medios idóneos para alcanzar los fines que se persiguen, pero, se insiste, no hay colisión alguna, y quizá la colisión entre medios para seleccionar el más idóneo se resuelva bajo los parámetros de la racionalidad entre medios y fines. La otra relación, la relación plural entre dos o más directrices, tampoco genera una colisión en el sentido de la ley de la colisión alexiana, sino que la concurrencia entre las normas programáticas no implica desplazamiento (inaplicación) de unas respecto de otras: se da una relación de priorización según el estado de cosas vigente. Por tanto, en materia de derechos

sociales, en relaciones entre sí, no hay ponderación que presuponga la ley de la colisión. La concurrencia primaria se da en sede legislativa en la que se opera el principio de presupuestación: la asignación de recursos para las políticas sociales es la herramienta que conforma el basamento de realización de los derechos sociales; unos y otros derechos penden de recursos y su asignación debe ser lo más razonable posible, lo que se determina considerando el estado de cosas respecto de cada derecho. Una vez asignados los recursos la administración pública procede a instrumentar programas de política pública y aquí también debe exigirse razonabilidad.

- c) En el Capítulo III y de acuerdo con lo anterior, consideramos que, si bien es cierto que los derechos sociales y su justiciabilidad presentan sesgos, obstáculos y limitaciones de diversa índole, aun superándolos, los dados no deben estar cargados sólo a su justiciabilidad, pues ésta presenta limitaciones ante el reto del pleno goce de los derechos sociales (pobreza y desigualdad injustificada).

La justiciabilidad es insuficiente para el control constitucional y convencional de los derechos sociales, ya que las peculiaridades de estos derechos muestran que la justiciabilidad no es el único camino que hay que seguir para la atención del trinomio derechos-sociales/desigualdad/pobreza, pues hay otras vías de no justiciabilidad que operan también bajo la exigencia de justicia y que conforman un espacio altamente complejo de mecanismos, procedimiento e instituciones no judiciales jurisdiccionales o no jurisdiccionales. El espacio de la justiciabilidad y de la no justiciabilidad

lo comprendemos como la justiciabilidad (exigencia y procesos de justicia)

Como se ha demostrado, al lado de la justiciabilidad hay un conjunto de espacios conformados por mecanismos, procedimientos y organizaciones que no se desempeñan bajo los cánones de lo judicial/jurisdiccional (en el que opera la justiciabilidad); por el contrario, se desarrollan en ámbitos no judiciales jurisdiccionales y no judiciales no jurisdiccionales. Intuíamos que así era, pero la sorpresa es que encontramos más de lo que buscábamos: la gran red de mecanismos, procedimientos e instituciones abocadas al pleno goce de los derechos humanos, en especial de los derechos sociales, requiere mucha atención en las lógicas de operatividad de cada modalidad específica de control, sea nacional o internacional, por las que se debe promover, proteger, respetar y garantizar los derechos humanos, muy en especial los derechos sociales.

Si la justiciabilidad es sólo un componente más, muy importante, de un complejo sistema de control omnicomprensivo, constitucional y convencional, de la actividad estatal, encontramos lo que está a la vista de todos: un complejo sistema de control omnicomprensivo, constitucional y convencional, de la actividad estatal. Aquí el sesgo de privilegiar lo judicial jurisdiccional tiene gran relevancia, pues, como se ha demostrado, es muy cómodo para los depositarios de los poderes ejecutivo y legislativo que la atención se centre en los depositarios del Poder Judicial, y que si bien los depositarios del Poder Judicial, bajo unidad funcional, deben actuar conforme al principio de deferencia a los otros poderes, incluso de los organismos

constitucionalmente autónomos, el sesgo mencionado ha provocado que no pocos jueces constitucionales olviden o marginen que están insertos en una red compleja que busca realizar la justicia y que no sólo ellos son los que van a resolver la problemática del trinomio derechos-sociales/desigualdad/pobreza, y considerar que sus sentencias son uno más de los faros que guían los caminos para la justicia, la libertad, la igualdad y logro de los valores democráticos en un Estado Constitucional de Derechos.

Así, con base en la identificación de un espacio no judicial (jurisdiccional o no jurisdiccional) de control de la actividad estatal, y como uno de los puntos centrales de esta investigación, en el Capítulo III enfocamos nuestra atención al estudio del control de la actividad estatal que incide directa o indirectamente en los derechos sociales, por lo que mostramos que las teorías del control político (en sentido amplio y, por ende, traducible a la actividad estatal) no dan cuenta de todos los componentes del control que entran en juego. Desarrollamos un análisis de trece (13) componentes con los que se puede dar cuenta con mayor cabalidad, de un complejo de modalidades de control que agrupamos bajo la noción de un sistema maestro de control omnicompreensivo.

La Teoría Constitucional del Control las categorías de análisis son muy básicas, pues sólo manejan algunos criterios para clasificar las clases de control; no obstante, constituye las bases para continuar desarrollando dicha teoría. Ante tal insatisfacción, y bajo el canon de las preguntas del método científico (qué, cómo, quién, cuándo, dónde, por qué y para qué), analizamos diversos criterios (trece) con base en los cuales clasificar el control. Con base en tales criterios

construimos un Sistema Maestro de Control Omnicomprensivo de Constitucionalidad y de Convencionalidad de la Actividad Estatal, con preeminencia en la actividad que incide en los derechos humanos, en especial de los derechos sociales. Este sistema tiene dos grandes ejes: judicial y no judicial, y en ambos, ante la pregunta de cómo se ejerce control, constatamos que puede realizarse mediante procedimiento jurisdiccionales o no jurisdiccionales.

La construcción de un Sistema Maestro de Control Omnicomprensivo de la Actividad Estatal nos ha permitido dar cuenta de sus dos grandes subsistemas: el judicial jurisdiccional (y no jurisdiccional) y el no judicial jurisdiccional y no jurisdiccional. En cada subsistema mostramos las modalidades de control más relevantes y cuáles son sus componentes relevantes y cómo operan, incluso se contempla el ámbito nacional y el ámbito internacional.

Se contrasta el poder explicativo del sistema referido con otros modelos y modalidades y constatamos su insuficiencia, por lo que el Sistema Maestro de Control Omnicomprensivo de la Actividad Estatal sienta las bases para estudios posteriores, pues es más completo.

- d) En el Capítulo IV mostramos que hay algo más que justiciabilidad, y eso algo más es el espacio de la justibilidad en el que se inscribe el Sistema Maestro de Control Omnicomprensivo de la Actividad Estatal, por lo que constatamos que proyecta la pretensión de corrección.

Sobre la pretensión de corrección analizamos su origen teórico lo que nos llevó a la teoría de los actos de habla, e inferimos que requiere, como pretensión de lo correcto, de actos de habla

regulativos/normativos y de juicios de valor que implican, al ser afirmados, que son lo correcto. Afirmar que una norma, un acto, una omisión o un estado de cosas son lo correcto conlleva constatar que son lo correcto y ello se reconduce a argumentos de razonabilidad, es decir, a <<lo razonable>> como una dimensión inherente al mundo humano en el que los fines y valores son imprescindibles.

Llegamos a la conclusión de que los argumentos <<razonables>> de la pretensión de corrección que incrementan el grado de su expectativa de aceptación derivan de la perspectiva de los actos de habla regulativo/normativos y de los juicios de valor, junto con los actos de habla simplemente proposicionales en los que lo que está en juego es su verdad o falsedad bajo el criterio de correspondencia con la realidad, y que, además, pueden operar proposiciones cuya verdad o falsedad se funda en la teoría consensual de la verdad (<<verdades consensuales>> a las que subyacen exigencias de cursos de acción). Por tanto, no se excluyen, sino que coexisten para dar cuenta de lo normativamente correcto.

Así, proponemos diferenciar, básicamente, tres clases de pretensiones: de verdad, de corrección (sujeta a criterios y argumentos de razonabilidad) y consensuales. Cobran especial importancia estas pretensiones, y en la de corrección muy singularmente argumentos razonables, como complemento de los criterios estándar de una buena argumentación, pues sus implicaciones en materia de asignación de recursos y de formulación de políticas públicas es muy importante.

La pretensión de corrección es la bisagra que justifica que haya una relación conceptualmente necesaria entre Derecho y Moral, por lo que, basándonos en los estudios de Robert Alexy, desarrollamos los elementos de análisis que confirman que la relación entre Derecho y Moral no son contingentes (positivismo) sino conceptualmente necesarias (no positivismo o pospositivismo).

Asimismo, al revisar exhaustivamente la metodología subyacente a la argumentación de Robert Alexy sobre su tesis de la conexión conceptualmente necesaria entre Derecho y Moral, nuestra conclusión general es que es válida.

Asimismo, se analiza el Sistema Maestro de Control Omnicomprensivo de la Actividad Estatal en sus relaciones con los fines y valores que persigue, sus funciones política y social y el papel que juega en el Estado Constitucional de Derecho. Evidenciamos que el control omnicomprensivo responde a ciertos fines y valores: éstos condicionan a aquellos y proyectan los valores últimos del orden jurídico del Estado Constitucional de Derecho: libertad, justicia e igualdad, así como los valores democráticos (deliberativos).

Finalmente es indispensable decir que elegimos ver el mundo de los hombres, nuestro mundo, por nosotros mismos, sin duda acompañados de otras miradas, y somos conscientes de los riesgos que se corren, pues también nos acompañan nuestros sueños, y nuestras pesadillas, nuestros anhelos, nuestros hastíos, nuestros temores; lo que vemos y lo que miramos, lo que oímos y lo que escuchamos, lo que nos hace sentir, y, así, llega el mundo de los hombres goteando en cada palabra, y significamos para entender y comprender y, si es posible, hacer cosas, básicamente desde

nuevos pensamientos y miradas, para que ese mundo sea mejor, pues somos el mundo y en el mundo somos o, quizá, porque mundos somos, somos mundo.

Anexos

Anexo I. Tesis de jurisprudencia derivadas de la Controversia Constitucional 41/2006, materia de desarrollo social, planeación, pobreza, marginación

1. Tesis: P./J. 75/2009

DESARROLLO SOCIAL. SURGE COMO PARTE INTEGRAL DE LA INSTAURACIÓN CONSTITUCIONAL DEL SISTEMA DE PLANEACIÓN ECONÓMICA, DEMOCRÁTICA Y SOCIAL, RECONOCIENDO LA NATURALEZA MIXTA DEL ESTADO, POR LO QUE ES PIEZA CENTRAL DEL PROCESO DE PLANEACIÓN DEL DESARROLLO NACIONAL EN GENERAL.

La facultad del Congreso de la Unión para legislar en materia de "planeación nacional del desarrollo económico y social" se incorporó a la Constitución Federal mediante decreto de tres de febrero de mil novecientos ochenta y tres, al adicionarse la letra D a la fracción XXIX del artículo 73 constitucional. Esta reforma al artículo 73 no fue aislada, sino que se incorporó en un paquete de reformas relativo a las principales atribuciones del Estado en materia económica en la que se modificaron, entre otros, los artículos 16, 25, 26, 27 y 28. De este modo, esa facultad surge como parte integral de la instauración constitucional del sistema de planeación económica, democrática y social, reconociendo la naturaleza mixta del Estado. La reforma unificó los elementos de planeación nacional y buscó la coordinación e inducción de distintos niveles de gobierno o particulares al incorporarlos de manera expresa en el sistema nacional de planeación. La materia de desarrollo social es, entonces, una pieza central del proceso de planeación del desarrollo nacional en general, que se desarrolla en concreto a través del sistema nacional de planeación del desarrollo social y se ejecuta mediante la cooperación de las entidades y coordinación de las competencias, en materia de desarrollo social, previstas tanto a nivel federal, como a nivel estatal y municipal.

Novena Época; Núm. de Registro: 166968; Instancia: Pleno Jurisprudencia; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Tomo XXX, Julio de 2009; Materia(s): Constitucional; Página: 1539.

2. Tesis: P./J. 76/2009

PLANEACIÓN DEMOCRÁTICA DEL DESARROLLO NACIONAL Y SISTEMA NACIONAL DE DESARROLLO SOCIAL. SE FUNDAMENTAN EN LOS ARTÍCULOS 25 Y 26 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

Los citados preceptos establecen la rectoría económica del Estado para garantizar el crecimiento económico del país, la cual se cumple en los términos previstos en los propios dispositivos constitucionales, cuando el Estado alienta la producción, concede subsidios, otorga facilidades a empresas de nueva creación, estimula la exportación de sus productos, concede facilidades para la importación de materias primas, organiza el sistema de planeación democrática del desarrollo nacional y el sistema nacional de desarrollo social, entre otras acciones. En estos preceptos constitucionales se establece la responsabilidad del Estado de organizar y conducir el desarrollo nacional, mediante el establecimiento de un sistema de planeación democrática que sea sólido, dinámico, permanente y equitativo al crecimiento de la economía para la independencia y democratización política, social y cultural de la nación. De este modo, la planeación deberá llevarse a cabo como un medio para el eficaz desempeño de la responsabilidad del Estado sobre el desarrollo integral y sustentable del país y deberá atender a la consecución de los fines y objetivos políticos, sociales, culturales y económicos

contenidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Por tanto, la planeación nacional de desarrollo es la ordenación racional y sistemática de acciones que, con base en el ejercicio de las atribuciones del Ejecutivo Federal en materia de regulación y promoción de la actividad económica, social, política, cultural, de protección al ambiente y aprovechamiento racional de los recursos naturales, tiene como propósito la transformación de la realidad del país, de conformidad con las normas, principios y objetivos que la propia Constitución y las diversas leyes que las desarrollan establecen.

Novena Época; Núm. de Registro: 166883; Instancia: Pleno Jurisprudencia; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Tomo XXX, Julio de 2009; Materia(s): Constitucional; Página: 1543.

3. Tesis: P./J. 77/2009

DESARROLLO SOCIAL. ES PARTE INTEGRANTE DE LA PLANEACIÓN NACIONAL DEL DESARROLLO, POR LO QUE ES UNA MATERIA COORDINADA ENTRE LOS DISTINTOS NIVELES DE GOBIERNO, EN SUS RESPECTIVAS COMPETENCIAS, PARA LA CONSECUCIÓN DE LOS OBJETIVOS PREVISTOS EN LOS ARTÍCULOS 25 Y 26 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.

Como lo establecen los artículos 25 y 26 de la Constitución Federal, la planeación nacional de desarrollo es la ordenación racional y sistemática de acciones que con base en el ejercicio de las atribuciones del Ejecutivo Federal en materia de regulación y promoción de la actividad económica, social, política, cultural, de protección al ambiente y aprovechamiento racional de los recursos naturales, tiene como propósito la transformación de la realidad del país, de conformidad con las normas, principios y objetivos contenidos en la propia Constitución y las diversas leyes que las desarrollan. En lo que se refiere a la materia de desarrollo social, si bien ésta no se encuentra definida de manera directa en la Constitución como sí lo están algunas otras vertientes de la planeación, la Ley General de Desarrollo Social en su artículo 15 claramente establece que la elaboración del programa nacional de desarrollo social estará a cargo del Ejecutivo Federal en los términos y condiciones de la Ley de Planeación, lo que hace evidente la íntima relación de ambas materias y el marco normativo al cual se debe ajustar aquélla. De este modo, mediante la llamada "Política Nacional de Desarrollo Social" se llevan a cabo las acciones relacionadas con el Plan Nacional de Desarrollo en lo concerniente a su preparación, formulación, ejecución, instrumentación, evaluación y control en la materia de desarrollo social. Por tanto, si bien la fracción XXIX-D del artículo 73 constitucional no especifica la naturaleza de la facultad como coordinada o de algún otro tipo se puede concluir que la materia de desarrollo social, en el contexto de la planeación, es una materia coordinada mediante los mecanismos establecidos en la propia Ley General de Desarrollo Social entre los distintos niveles de gobierno, en sus respectivas competencias, para la consecución de estos objetivos.

Novena Época; Núm. de Registro: 166673; Instancia: Pleno Jurisprudencia; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Tomo XXX, Agosto de 2009; Materia(s): Constitucional; Página: 1064

4. Tesis: P./J. 78/2009

DIVISIÓN DE PODERES. EL QUE ESTE PRINCIPIO SEA FLEXIBLE SÓLO SIGNIFICA QUE ENTRE ELLOS EXISTE UNA COLABORACIÓN Y COORDINACIÓN EN LOS TÉRMINOS ESTABLECIDOS, PERO NO LOS FACULTA PARA ARROGARSE FACULTADES QUE CORRESPONDEN A OTRO PODER, SINO SOLAMENTE AQUELLOS QUE LA PROPIA CONSTITUCIÓN LES ASIGNA.

El artículo 49 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que el Supremo Poder de la Federación se divide para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial y que no podrán reunirse dos o más de estos poderes en un solo individuo o corporación. Sin embargo, ha sido criterio reiterado de esta Suprema Corte que la división funcional de atribuciones que establece dicho numeral no opera de manera rígida, sino flexible, ya que el reparto de funciones encomendadas a cada uno de los poderes no constituye una separación absoluta y determinante, sino por el contrario, entre ellos se debe presentar una coordinación o colaboración para lograr un equilibrio de fuerzas y un control recíproco que garantice la unidad política del Estado. Como se advierte, en nuestro país la división funcional de atribuciones no opera de manera tajante y rígida identificada con los órganos que las ejercen, sino que se estructura con la finalidad de establecer un adecuado equilibrio de fuerzas, mediante un régimen de cooperación y coordinación que funcionan como medios de control recíproco, limitando y evitando el abuso en el ejercicio del poder público, garantizando así la unidad del Estado y asegurando el establecimiento y la preservación del estado de derecho. Por su parte, el artículo 133 de la Constitución Federal consagra el principio de supremacía, que impone su jerarquía normativa a la que deben sujetarse todos los órganos del Estado y todas las autoridades y funcionarios en el ejercicio de sus atribuciones, por lo que, el hecho de que la división de poderes opere de manera flexible sólo significa que entre ellos existe una colaboración y coordinación en los términos establecidos, pero no los faculta para arrogarse facultades que corresponden a otro poder, sino solamente aquellos que la propia Constitución les asigna. De este modo, para que un órgano ejerza ciertas funciones es necesario que expresamente así lo disponga la Constitución Federal o que la función respectiva resulte estrictamente necesaria para hacer efectivas las facultades que le son exclusivas por efectos de la propia Constitución, así como que la función se ejerza en los casos expresamente autorizados o indispensables para hacer efectiva la facultad propia.

Novena Época; Núm. de Registro: 166964; Instancia: Pleno Jurisprudencia; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Tomo XXX, Julio de 2009; Materia(s): Constitucional; Página: 1540

5. Tesis: P./J. 79/2009

FACULTAD REGLAMENTARIA DEL PODER EJECUTIVO FEDERAL. SUS PRINCIPIOS Y LIMITACIONES.

La Suprema Corte ha sostenido reiteradamente que el artículo 89, fracción I, de la Constitución Federal establece la facultad reglamentaria del Poder Ejecutivo Federal, la que se refiere a la posibilidad de que dicho poder provea en la esfera administrativa a la exacta observancia de las leyes; es decir, el Poder Ejecutivo Federal está autorizado para expedir las previsiones reglamentarias necesarias para la ejecución de las leyes emanadas por el órgano legislativo. Estas disposiciones reglamentarias, aunque desde el punto de vista material son similares a los actos legislativos expedidos por el Congreso de la Unión en cuanto que son generales, abstractas e impersonales y de observancia obligatoria, se distinguen de las mismas básicamente por dos razones: la primera, porque provienen de un órgano distinto e independiente del Poder Legislativo, como es el Poder Ejecutivo; la segunda, porque son, por definición constitucional, normas subordinadas a las disposiciones legales que reglamentan y no son leyes, sino actos administrativos generales cuyos alcances se encuentran acotados por la misma Ley. Asimismo, se ha señalado que la facultad reglamentaria del Presidente de la República se encuentra sujeta a un principio fundamental: el principio de legalidad, del cual derivan, según los precedentes, dos principios subordinados: el de reserva de ley y el de subordinación jerárquica a la misma. El primero de ellos evita que el reglamento aborde novedosamente materias reservadas en forma exclusiva a

las leyes emanadas del Congreso de la Unión o, dicho de otro modo, prohíbe a la ley la delegación del contenido de la materia que tiene por mandato constitucional regular. El segundo principio consiste en la exigencia de que el reglamento esté precedido de una ley, cuyas disposiciones desarrolle, complemente o detalle y en los que encuentre su justificación y medida. Así, la facultad reglamentaria del Poder Ejecutivo Federal tiene como principal objeto un mejor proveer en la esfera administrativa, pero siempre con base en las leyes reglamentadas. Por ende, en el orden federal el Congreso de la Unión tiene facultades legislativas, abstractas, amplias, impersonales e irrestrictas consignadas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos para expedir leyes en las diversas materias que ésta consigna; por tanto, en tales materias es dicho órgano legislativo el que debe materialmente realizar la normatividad correspondiente, y aunque no puede desconocerse la facultad normativa del Presidente de la República, dado que esta atribución del titular del Ejecutivo se encuentra también expresamente reconocida en la Constitución, dicha facultad del Ejecutivo se encuentra limitada a los ordenamientos legales que desarrolla o pormenoriza y que son emitidos por el órgano legislativo en cita.

Novena Época; Núm. de Registro: 166655; Instancia: Pleno Jurisprudencia; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Tomo XXX, Agosto de 2009; Materia(s): Constitucional; Página: 1067

6. Tesis: P./J. 80/2009

DESARROLLO SOCIAL. EL ARTÍCULO 24 DEL REGLAMENTO DE LA LEY GENERAL RELATIVA NO TRANSGREDE LO DISPUESTO EN LOS ARTÍCULOS 18, 20 Y 23 DE ESA LEY.

Los artículos 18, 20 y 23 de la Ley General de Desarrollo Social establecen que los programas, fondos y recursos destinados al desarrollo social no podrán sufrir disminuciones en sus montos presupuestales, excepto en los casos y términos que establezca la Cámara de Diputados al aprobar el Presupuesto de Egresos de la Federación. Asimismo, disponen que el presupuesto federal destinado al gasto social no podrá ser inferior, en términos reales, al del año fiscal anterior y, finalmente, que la distribución del gasto social deberá sujetarse a los criterios establecidos en la Ley. Ahora bien, lo que el artículo 24 del Reglamento de la Ley de Desarrollo Social prevé es que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público integrará el proyecto de presupuesto de egresos de conformidad con las disposiciones aplicables, asimismo establece la obligación de previsión e integración de recursos para aquellas entidades de la Administración Pública Federal que tengan a su cargo programas de desarrollo social. Es por tanto evidente que este artículo en ningún momento autoriza o faculta a la Secretaría para disminuir los montos presupuestales destinados a los programas de desarrollo social ni para que pueda proponer o determinar que el gasto social sea inferior, en términos reales, al del año fiscal anterior, esto es, que violente la garantía presupuestaria establecida en la Ley, por lo que el artículo reglamentario solamente pormenoriza una fase más del complejo proceso de integración del proyecto de presupuesto, en la materia específica de desarrollo social y, por tanto, es constitucional.

Novena Época; Núm. de Registro: 166675; Instancia: Pleno Jurisprudencia; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Tomo XXX, Agosto de 2009; Materia(s): Constitucional; Página: 1062

7. Tesis: P./J. 81/2009

DESARROLLO SOCIAL. EL ARTÍCULO 24 DEL REGLAMENTO DE LA LEY GENERAL RELATIVA NO VULNERA LOS ARTÍCULOS 52 Y 53 DE ESA LEY.

El artículo 24 del citado Reglamento no transgrede los artículos 52 y 53 de la Ley General de Desarrollo Social ya que en ningún momento dispone que los acuerdos de la Comisión Intersecretarial de Derecho Social sean obligatorios en los términos que prevé la Ley ni que éstos se publiquen en el Diario Oficial de la Federación, porque el mencionado artículo 52 establece las funciones de esa Comisión de las que se advierte que no todas son del mismo tipo ni revisten las mismas características formales, como por ejemplo, la fracción II que específicamente le otorga la función de "proponer" las partidas y montos del gasto social que se deben integrar en el anteproyecto de presupuesto, es decir, contiene una facultad de "propuesta". Por su parte, el artículo 53 de la citada Ley señala que los acuerdos de esta Comisión Intersecretarial son obligatorios. En este sentido, es evidente que la facultad que dicha Comisión tiene para proponer las partidas y montos del gasto social no tiene carácter obligatorio, pues se trata solamente de una propuesta que puede o no ser adoptada por las entidades y dependencias de la Administración Pública Federal.

Novena Época; Núm. de Registro: 166674; Instancia: Pleno Jurisprudencia; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Tomo XXX, Agosto de 2009; Materia(s): Constitucional; Página: 1063

8. Tesis: P./J. 82/2009

DESARROLLO SOCIAL. LOS ARTÍCULOS 16, 41, FRACCIÓN VII Y 51, FRACCIÓN III, DEL REGLAMENTO DE LA LEY GENERAL RELATIVA, NO VULNERAN LOS ARTÍCULOS 5 Y 27 DE ESA LEY.

De una lectura sistemática de los artículos legales relacionados con el establecimiento del padrón de beneficiarios se advierte que su integración se realiza a través de una mecánica de coordinación y cooperación por parte de las entidades federativas y los municipios con el Gobierno Federal, con lo que en ningún momento se desnaturaliza la participación de los tres órdenes de gobierno, sino que más bien, la modaliza al canalizarla forzosamente mediante dos tipos de convenios. Así, el artículo 5, fracción X, de la Ley General de Desarrollo Social lo único que establece es lo que debe entenderse por padrón, mientras que el artículo 27 prevé la participación de los tres órdenes de gobierno en la integración del padrón para asegurar la equidad y eficacia de los programas de desarrollo social. Estos dos artículos deben ser leídos en relación con el artículo 39 de la citada Ley que se refiere a la coordinación del Sistema Nacional de Desarrollo Social, el cual establece que la misma: "compete a la Secretaría con la concurrencia de las dependencias, entidades y organismos federales de los gobiernos municipales y de las entidades federativas". En este contexto de coordinación, queda claro que la facultad establecida legalmente es de origen federal otorgada para ser instrumentada por la Secretaría de Desarrollo Social, la que tiene la facultad y mandato de promover la celebración de convenios, en tanto que el Reglamento establece la estructura mediante la cual dicha dependencia integrará los padrones para la aplicación de los programas a su cargo. Así, desde este contexto de coordinación se advierte que los artículos 16, 41, fracción VII y 51, fracción III, del Reglamento establecen un mecanismo para la participación tripartita en la implementación de una facultad federal que no puede ser sino mediante la coordinación y cooperación con los distintos niveles de gobierno. De este modo, se establece un sistema complejo en el cual no se deja solamente a la Secretaría de Desarrollo Social la responsabilidad de la integración del padrón, es decir, la Secretaría no ejerce su facultad de manera autónoma y omnímoda, sino que tiene que promover la participación por medio de los mencionados convenios, los cuales permiten el establecimiento del procedimiento conjunto y el calendario para la integración y actualización tanto de padrones de beneficiarios federales, como de los de las entidades federativas, en el ámbito de sus respectivas competencias.

Novena Época; Núm. de Registro: 166672; Instancia: Pleno Jurisprudencia Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Tomo XXX, Agosto de 2009; Materia(s): Constitucional; Página: 1065

9. Tesis: P./J. 83/2009

SISTEMA DE COORDINACIÓN EN LA PLANEACIÓN DE LA POLÍTICA NACIONAL DE DESARROLLO SOCIAL. SISTEMAS COORDINADOS Y SISTEMAS AUTÓNOMOS DE PLANEACIÓN DE DESARROLLO SOCIAL.

El artículo 73, fracción XXIX-D, de la Constitución Federal establece como facultad del Legislador Federal la expedición de leyes sobre planeación nacional sobre desarrollo económico y social, lo que significa que, de manera residual, las entidades federativas pueden emitir sus normas de desarrollo social a nivel estatal y municipal de manera independiente de las emitidas por la Federación. Esto no es obstáculo para que las entidades federativas establezcan sus propios sistemas de planeación de desarrollo social en coordinación con la Ley General de Desarrollo Social o, en una tercera alternativa, sistemas autónomos por un lado y sistemas coordinados por otro. La coordinación depende del establecimiento de convenios de coordinación y cooperación técnica para la participación de los distintos niveles de gobierno, entidades federativas y municipios, en la concurrencia, colaboración, coordinación y concertación, en los programas federales establecidos en la Planeación de la Política Nacional de Desarrollo Social. De este modo, queda a voluntad de las entidades federativas a través de sus órganos legislativos y ejecutivos, la elección del tipo de relación con la Federación. Los poderes legislativos mediante la emisión de las leyes estatales de desarrollo social y los poderes ejecutivos mediante la posibilidad de suscripción de convenios en los términos de sus propias leyes y de la Ley General de Desarrollo Social y su Reglamento. En este sentido, es claro que la Ley no "imposibilita" a las entidades federativas la emisión de leyes de desarrollo social, sino que faculta a los Estados a permitir la participación de la Federación, por vía de coordinación legal y convenios, para participar en la integración de sus propios padrones. Esto no implica que, de no existir una relación con la Federación, el Estado o municipios queden sin padrones propios ya que los mismos dependen del propio sistema de planeación estatal y municipal.

Novena Época; Núm. de Registro: 166786; Instancia: Pleno Jurisprudencia; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Tomo XXX, Julio de 2009; Materia(s): Constitucional; Página: 1545

10. Tesis: P./J. 84/2009

POBREZA LA DETERMINACIÓN DE LOS LINEAMIENTOS Y CRITERIOS PARA SU DEFINICIÓN, IDENTIFICACIÓN Y MEDICIÓN NO SON FACULTADES ABSOLUTAS DE LA SECRETARÍA DE DESARROLLO SOCIAL.

El artículo 36 de la Ley General de Desarrollo Social prevé que el Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social establecerá los lineamientos y criterios para la definición, identificación y medición de la "pobreza", los cuales serán de aplicación obligatoria para las entidades y dependencias públicas que ejecuten programas de desarrollo social; además, se establece el deber de utilizar la información generada por el Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática, al menos sobre los indicadores establecidos en el mismo artículo. El Reglamento, por su parte, en el primer párrafo del artículo 37 es coincidente con lo establecido en la Ley al señalar que los criterios y lineamientos para la definición, identificación y medición de la "pobreza" que determine el Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, serán los que utilice la Secretaría para la identificación de las personas o grupos

sociales en situación de pobreza. Así, en los preceptos precisados, tanto la Ley como el Reglamento se refieren a criterios y lineamientos para la definición, identificación y medición de la "pobreza". Por otro lado, el segundo párrafo del artículo 37 del Reglamento, refiere la existencia de índices de marginación e identificación de "grupos vulnerables", que deben ser determinados por la Secretaría de Desarrollo Social tomando en consideración la opinión y recomendación del Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social. La referida potestad de la Secretaría no es entonces autónoma y absoluta ya que siempre tendrá que tomar en cuenta los lineamientos y criterios establecidos por el Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, así como su opinión y recomendación.

Novena Época; Núm. de Registro: 166609; Instancia: Pleno Jurisprudencia; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Tomo XXX, Agosto de 2009; Materia(s): Constitucional; Página: 1071

11. Tesis: P./J. 85/2009

POBREZA, MARGINACIÓN Y VULNERABILIDAD. CONFORME A LO ESTABLECIDO EN LA LEY GENERAL DE DESARROLLO SOCIAL NO CONSTITUYEN SINÓNIMOS.

Conforme a lo establecido en la fracción VI del artículo 5 de la Ley citada los "grupos sociales en situación de vulnerabilidad", se definen como: "aquellos núcleos de población y personas que por diferentes factores o la combinación de ellos, enfrentan situaciones de riesgo o discriminación que les impiden alcanzar mejores niveles de vida y, por lo tanto, requieren de la atención e inversión del Gobierno para lograr su bienestar". Por su parte, los artículos 8 y 9 de esa Ley los identifican como los sujetos que tienen derecho a recibir acciones y apoyos tendientes a disminuir su desventaja y su artículo 19, en su fracción III, prevé que son prioritarios y de interés público para la Política Nacional de Desarrollo Social los programas dirigidos a las personas en situación de vulnerabilidad. Por lo que se refiere al concepto de "marginación", el artículo 19 se refiere a los tres conceptos de manera conjunta y en relación con la prioridad y el tipo de interés de los programas de desarrollo social, dirigidos a personas en "condiciones de pobreza, marginación o en situación de vulnerabilidad"; en tanto que el artículo 29 del mismo ordenamiento se refiere a la determinación de zonas de atención prioritaria y a la existencia de "índices" de marginación y pobreza. De las referencias anteriores se llega a la conclusión de que los conceptos y su uso claramente no pueden ser considerados como sinónimos. Desde la definición de "grupos en situación de vulnerabilidad" se desprende que la vulnerabilidad es una condición multifactorial, ya que se refiere en general a situaciones de riesgo o discriminación que impiden alcanzar mejores niveles de vida y lograr bienestar. El derecho de estos grupos y de personas en lo individual, según el artículo 8, es el de recibir acciones y apoyos para disminuir su desventaja. Por tanto, se puede definir que el universo de sujetos a los que se refiere la Ley se encuentra integrado por grupos o personas en esta situación de vulnerabilidad. En este sentido, si bien es cierto que el índice para la definición, identificación y medición de la "pobreza" es una atribución que legalmente le compete al Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, como lo establece el artículo 36 de la Ley; sin embargo, la Ley no establece la exclusividad del índice y menciona de manera explícita los otros dos conceptos dentro su articulado sin determinar de manera específica a qué órgano de la administración le corresponde determinar su contenido. En este sentido y por lo menos en los conceptos acabados de analizar de pobreza, marginación y existencia de grupos vulnerables, el citado Reglamento no se excede a lo determinado en la Ley referida ya que sólo desarrolla los conceptos que ahí se contienen.

Novena Época; Núm. de Registro: 166608; Instancia: Pleno Jurisprudencia; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Tomo XXX, Agosto de 2009; Materia(s): Constitucional; Página: 1072

12. Tesis: P./J. 86/2009

POBREZA Y VULNERABILIDAD. SUS DIFERENCIAS Y RELACIONES EN LA LEY GENERAL DE DESARROLLO SOCIAL.

Conceptualmente la pobreza es de menor extensión que la vulnerabilidad. De acuerdo a la citada Ley la pobreza no es el único factor que puede posicionar a una persona o grupo en una situación de vulnerabilidad. Desde la misma definición legal de grupos vulnerables se hace referencia a la discriminación la cual, desde el concepto de discriminación contenido en el artículo 1o. de la Constitución Federal comprende una multitud de categorías que pueden provocarla: origen étnico o nacional, género, edad, capacidades diferentes, condición social, condiciones de salud, religión, opiniones, preferencias, estado civil; además la lista no es limitativa sino enunciativa, dejando abierta la posibilidad de nuevas categorías al incluir "cualquier otra que atente contra la dignidad humana".

Novena Época; Núm. de Registro: 166607; Instancia: Pleno Jurisprudencia; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Tomo XXX, Agosto de 2009; Materia(s): Constitucional; Página: 1073

13. Tesis: P./J. 87/2009

POBREZA Y MARGINACIÓN. SUS DIFERENCIAS Y RELACIONES EN LA LEY GENERAL DE DESARROLLO SOCIAL Y SU REGLAMENTO.

En ninguna parte de la citada Ley se establece la existencia de un indicador único para la determinación de la asignación de apoyos y orientación de la política de desarrollo social, ya que los indicadores establecidos en su artículo 36 claramente se refieren a la definición, identificación y medición de la "pobreza"; sin embargo, existen índices diversos que se han desarrollado por parte de otras entidades de la Administración Pública Federal que toma en cuenta su Reglamento en su artículo 37 y se encuentran previamente mencionados en la Ley. Incluso, aun cuando de una lectura superficial de los índices parecería que los indicadores que utilizan se refieren a conceptos comunes y aun superpuestos, de un análisis más profundo se puede concluir que éstos se encuentran orientados a necesidades y objetos distintos para la definición de política social. La marginación es un concepto que tiene una expresión territorial, mientras que la pobreza se expresa en indicadores referentes a la persona en lo individual. La marginación se define por la doctrina como: "el fenómeno estructural que se expresa, por un lado, en la dificultad para propagar el progreso técnico en el conjunto de la estructura productiva y en las regiones del país y, por el otro, en la exclusión de grupos sociales del proceso de desarrollo y del disfrute de sus beneficios". En este sentido, este índice "permite estratificar jerárquicamente unidades territoriales como las entidades federativas o los municipios del país según el impacto global de las distintas carencias que enfrenta la población". A diferencia de lo anterior, el índice de pobreza toma como medida de bienestar el ingreso por persona, comparándolo con tres puntos de referencia, lo que agrupa a la población por su nivel de ingreso. Según el Comité Técnico para la Medición de la Pobreza, la manera más sencilla de medir la pobreza es mediante el establecimiento de una línea de pobreza monetaria, pues con este procedimiento sólo se tiene que determinar qué ingreso corriente es necesario para que el individuo satisfaga sus requerimientos fundamentales. En este sentido, los índices analizados no son iguales ni se refieren a lo mismo, ni los conceptos utilizados de marginación, pobreza y vulnerabilidad o grupos vulnerables son sinónimos ni pueden ser considerados como tales en la Ley, debiendo reiterarse que ésta en ningún

momento menciona el índice de pobreza como el único existente y, por tanto, utilizable para la determinación del universo al cual se dirigirán los apoyos de la política de desarrollo social, por lo que es normativamente viable que el Reglamento contemple los diversos índices para la determinación de beneficiarios de distintos programas de manera independiente ya que la Ley se limita a establecer los parámetros para la medición de la pobreza, lo que no excluye la utilización de otros indicadores y parámetros para la elaboración de diversos índices que permitan la medición de la marginación en un sentido territorial o la vulnerabilidad de personas o grupos consecuencia de factores múltiples.

Novena Época; Núm. de Registro: 166881; Instancia: Pleno Jurisprudencia; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Tomo XXX, Julio de 2009; Materia(s): Constitucional, Administrativa; Página: 1544

14. Tesis: P./J. 88/2009

DESARROLLO SOCIAL. SISTEMA DE EVALUACIÓN DE LA POLÍTICA RELATIVA.

El artículo 72 de la Ley General de Desarrollo Social prevé que la evaluación de la Política de Desarrollo Social estará a cargo del Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, pudiendo ejecutarla por sí mismo a través de uno o varios organismos independientes del ejecutor del programa. Estas evaluaciones tienen un objeto particular especificado en el mismo artículo: la revisión periódica del cumplimiento del objetivo social de los programas, metas y acciones de la Política de Desarrollo Social. Así, dependiendo de los resultados obtenidos, tiene facultades para corregirlos, modificarlos, adicionarlos, reorientarlos o suspenderlos total o parcialmente. Por otro lado, el artículo 43, fracción IX, de la citada Ley General prevé que el Gobierno Federal, a través de la Secretaría de Desarrollo Social puede, a su vez, realizar evaluaciones de la Política Nacional de Desarrollo Social para informar a la sociedad sobre las acciones en torno al tema. Ambos tipos de evaluaciones son diversas y tienen cabida en el mismo sistema de evaluación de la Política de Desarrollo Social. En efecto, por un lado, las evaluaciones independientes de los ejecutores de los programas por parte del Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social responden al objeto y fines establecidos en el artículo 72 de esa Ley; mientras que los artículos 77, 78 y 81, fracción III, de su Reglamento claramente se refieren a la segunda modalidad de evaluación, la que puede ser calificada como "autoevaluación con fines informativos", con base en el artículo 43, fracción IX, de la referida legislación. Ambas modalidades deben observar los lineamientos establecidos por el Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, lo que evita la formación de criterios o parámetros diferenciados dentro de ambas modalidades. El segundo tipo de evaluación, la "autoevaluación con fines informativos", se encuentra limitada a los programas, acciones y recursos específicos que tengan a su cargo las dependencias o entidades de la Administración Pública Federal y deben ser cubiertas con cargo a los respectivos presupuestos de las entidades evaluadas. Por el contrario, las evaluaciones realizadas por el Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social no pueden ser sino con cargo a su propio presupuesto como organismo público descentralizado. De este modo, las autoevaluaciones se establecen como sistema paralelo de evaluación y únicamente con efectos informativos. Las evaluaciones que pueden tener efectos sobre los programas son las realizadas por el Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social y los organismos evaluadores independientes que no dependerán de ninguna manera de la Secretaría de Desarrollo Social, ni jerárquica ni financieramente.

Novena Época; Núm. de Registro: 166671; Instancia: Pleno Jurisprudencia; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Tomo XXX, Agosto de 2009; Materia(s): Constitucional, Administrativa; Página: 1066

15. Tesis: P./J. 89/2009

CONSULTAS PÚBLICAS EN MATERIA DE DESARROLLO SOCIAL. LA COMISIÓN NACIONAL RESPECTIVA CARECE DE FACULTADES PARA APROBAR LAS QUE EFECTÚE LA SECRETARÍA DEL RAMO.

De ningún artículo de la Ley General de Desarrollo Social se desprende que la Comisión Nacional de Desarrollo Social tenga que aprobar las consultas específicas que realice la Secretaría de Desarrollo Social, ya que su atribución se refiere a la aprobación de las reglas mediante las cuales se regirá la participación social por parte de la Secretaría de Desarrollo Social. Dentro de estas reglas deben estar los mecanismos y criterios para la realización de consultas; sin embargo, en ningún momento se desprende que la aprobación por parte de la Comisión Nacional de Desarrollo Social deba ser de cada consulta en lo particular. Si bien la Ley establece la facultad de la Comisión de aprobar las reglas aprobadas por la Secretaría, lo cierto es que, en ningún momento, se prevé que la participación social se ciña exclusivamente a las formas establecidas en dichas reglas, sino por el contrario, el artículo 43, fracción VII, de la Ley confiere al gobierno federal la amplia facultad de fomentar la participación de la sociedad en la elaboración, ejecución y evaluación de las políticas públicas de desarrollo social. Además, esta amplia atribución del Ejecutivo Federal es acorde con lo previsto en el artículo 26 constitucional en el sentido de que la ley lo facultará para establecer los procedimientos de participación y consulta popular en el sistema de planeación democrática. De acuerdo a lo anterior, el mismo Reglamento reconoce la facultad de emisión de reglas generales por parte de la Secretaría y su aprobación por la Comisión Nacional de Desarrollo Social en su artículo 55. Además, el Consejo Consultivo de Desarrollo Social no tiene exclusividad sobre los temas que deban ser motivo de consulta por parte de la Secretaría de Desarrollo Social, pues si bien la Ley lo faculta para proponer consultas sobre los temas importantes, en ningún momento esto limita a la Secretaría para realizar, por sí misma, las consultas sobre los programas y acciones de desarrollo social que estime pertinentes, conforme a las reglas previamente aprobadas por la Comisión Nacional de Desarrollo Social. Por su parte, en el artículo 58 del Reglamento se especifica que estas consultas se harán con el propósito de recibir propuestas y, en su caso, incorporarlas a los programas correspondientes.

Novena Época; Núm. de Registro: 166711; Instancia: Pleno Jurisprudencia; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Tomo XXX, Agosto de 2009; Materia(s): Constitucional, Administrativa; Página: 1061

16. Tesis: P./J. 90/2009

DESARROLLO SOCIAL. EL ARTÍCULO 15 DEL REGLAMENTO DE LA LEY GENERAL RELATIVA QUE PREVE UN MODELO SOCIAL ÚNICO DE FOCALIZACIÓN RADICAL PARA LA ATENCIÓN A GRUPOS EN DESVENTAJA, NO VIOLA LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.

En materia de derechos sociales, la Constitución Federal conjunta las obligaciones prestacionales del Estado con la concurrencia y coordinación de las facultades en materia financiera y presupuestal, lo cual permite que se jerarquice y se establezcan prioridades para su asignación en materias específicas dependiendo de las necesidades particulares de los ciudadanos para alcanzar un nivel general de bienestar al cual se encuentra obligado el Estado. En este sentido, ni la Constitución ni la Ley General de Desarrollo Social adoptan un modelo específico que deba implementarse para la atención de las necesidades de la población, pues en algunos casos estos derechos son exigibles de manera universal por la misma estructura del derecho: salud o educación, lo cual se encuentra establecido en sus propios sistemas de concurrencia

y coordinación establecidos en sus propias leyes, mientras que otros se encuentran sujetos a una implementación que puede dar preferencia a necesidades insatisfechas de personas o grupos identificados. Así, la Constitución Federal no obliga al Estado a optar por un modelo en particular, sino que deja en los órganos constituidos la elección e implementación de la planeación del desarrollo y de programas en particular para reducir la desventaja de personas o grupos, por lo tanto el artículo 15 del Reglamento de la Ley General de Desarrollo Social que prevé un modelo social único de focalización radical para la atención a grupos en desventaja, no contraviene la Constitución Federal.

Novena Época; Núm. de Registro: 166969; Instancia: Pleno Jurisprudencia; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Tomo XXX, Julio de 2009; Materia(s): Constitucional; Página: 1538

Anexo II. Textos normativos del proceso de modificaciones constitucionales en materia de derechos humanos

Texto Cámara de Diputados 1	Texto Cámara de Senadores 1	Texto Cámara de Diputados 2	Texto Cámara de Senadores 2	Texto aprobado
Cámara de origen	Cámara revisora	Cámara de origen	Cámara revisora	Publicación DOF
Cámara de Diputados Dictamen 23 abril 2009	Cámara de Senadores Dictamen 7 abril 2010	Cámara de Diputados Dictamen 1 febrero 2011	Cámara de Senadores Dictamen 8 marzo 2011 Aprobado por ambas cámaras 23 marzo 2011	Previo cómputo de votos de legislaturas (Declaratoria de la Comisión Permanente 1 junio 2011)
ARTICULO UNICO.- Se modifica la denominación del Capítulo I "De los Derechos Humanos"; se reforman el artículo 1; el artículo 11; el artículo 33; la fracción X del artículo 89; y el apartado B del artículo 102, todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para quedar como sigue:	Artículo Único. Se reforma la denominación del Capítulo I del Título Primero; el primer párrafo del artículo 1o.; el segundo párrafo del artículo 3o.; el primer párrafo del artículo 11; el artículo 15; el segundo párrafo del artículo 18, el primer párrafo del artículo 29; el primer párrafo del artículo 33, la fracción X del artículo 89; el segundo párrafo del artículo 97; el segundo y tercer párrafos del Apartado B del artículo 102, y el inciso g) de la fracción II del artículo 105; se adicionan dos nuevos párrafos segundo y tercero, al artículo 1o., recorriéndose los actuales en su orden; un nuevo párrafo segundo al artículo 11; los párrafos segundo, tercero y cuarto al artículo 29; un nuevo párrafo segundo al artículo 33, recorriéndose el actual en su orden; y los nuevos párrafos quinto, octavo, décimo primero y décimo segundo al artículo 102, Apartado B, recorriéndose los actuales en su orden, todos ellos de la Constitución	Artículo Único. Se reforma la denominación del Capítulo I del Título Primero; el primero y quinto párrafos del artículo 1; el segundo párrafo del artículo 3; el primer párrafo del artículo 11; el artículo 15; el segundo párrafo del artículo 18, el primer párrafo del artículo 29; el primer párrafo del artículo 33, la fracción X del artículo 89; el segundo párrafo del artículo 97; el segundo y tercer párrafos del apartado B del artículo 102, y el inciso g) de la fracción II del artículo 105; se adicionan dos nuevos párrafos segundo y tercero, al artículo 1, recorriéndose los actuales en su orden; un nuevo párrafo segundo al artículo 11; los párrafos segundo, tercero, cuarto y quinto al artículo 29; un nuevo párrafo segundo al artículo 33, recorriéndose el actual en su orden; y los nuevos párrafos quinto, octavo, décimo primero y décimo segundo al artículo 102, apartado B, recorriéndose los actuales en su orden, todos ellos de la Constitución Política de los	Artículo Único. Se reforma la denominación del capítulo I del título primero; el primero y quinto párrafos del artículo 1o.; el segundo párrafo del artículo 3o.; el primer párrafo del artículo 11; el artículo 15; el segundo párrafo del artículo 18, el primer párrafo del artículo 29; el primer párrafo del artículo 33, la fracción X del artículo 89; el segundo párrafo del artículo 97; el segundo y tercer párrafos del Apartado B del artículo 102, y el inciso g) de la fracción II del artículo 105; se adicionan dos nuevos párrafos segundo y tercero al artículo 1o., recorriéndose los actuales en su orden; un nuevo párrafo segundo al artículo 11; los párrafos segundo, tercero, cuarto y quinto al artículo 29; un nuevo párrafo segundo al artículo 33, recorriéndose el actual en su orden; y los nuevos párrafos quinto, octavo, décimo primero y décimo segundo al artículo 102, Apartado B, recorriéndose los actuales en su orden, todos ellos de la Constitución Política de los	ARTÍCULO ÚNICO.- Se modifica la denominación del Capítulo Primero del Título Primero; el primero y quinto párrafos del artículo 1o.; el segundo párrafo del artículo 3o.; el primer párrafo del artículo 11; el artículo 15; el segundo párrafo del artículo 18; el primer párrafo del artículo 29; el primer párrafo del artículo 33; la fracción décima del artículo 89; el segundo párrafo del artículo 97; el segundo y tercer párrafos del apartado B del artículo 102; y el inciso g) de la fracción segunda del artículo 105; la adición de dos nuevos párrafos, segundo y tercero, al artículo 1o. y recorriéndose los actuales en su orden; un nuevo párrafo segundo al artículo 11, los párrafos segundo, tercero, cuarto y quinto al artículo 29; un nuevo párrafo segundo al artículo 33, recorriéndose el actual en su orden y los nuevos párrafos quinto, octavo y décimo primero, recorriéndose los actuales en su orden, al artículo 102 del Apartado B; todos de la Constitución

	Política de los Estados Unidos Mexicanos, para quedar como sigue	Estados Unidos Mexicanos, para quedar como sigue:	Estados Unidos Mexicanos, para quedar como sigue:	Política de los Estados Unidos Mexicanos, para quedar como sigue:
Título Primero	Título Primero	Título Primero	Título Primero	TÍTULO PRIMERO
Capítulo I De los Derechos Humanos	Capítulo I De los derechos humanos y sus garantías	Capítulo I De los Derechos Humanos y sus Garantías	Capítulo I De los Derechos Humanos y sus Garantías	CAPÍTULO I De los Derechos Humanos y sus Garantías
Artículo 1. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos por esta Constitución y en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado mexicano, los cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que la misma Constitución establece. Las garantías para su protección serán las que establezcan la Constitución y las leyes que de ella emanen.	Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales sobre derechos humanos 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.	Artículo 1. 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.	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.	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.
Tratándose de normas de derechos humanos, éstas se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de derechos humanos de los que México sea parte. En su aplicación, bajo el principio de no contradicción con esta Constitución, se observarán aquellas que resulten más favorables a los derechos de las personas.	Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales sobre derechos humanos antes señalados.	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.	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.	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.
Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de	Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de	Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de	Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de	Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de

promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos. Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes. Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.	promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley. 	promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley. ... Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.	promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones de los derechos humanos, en los términos que establezca la ley. (...) Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.	promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley. (...) Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.
	Artículo 3o.... La educación que imparta el Estado tenderá a desarrollar armónicamente, todas las facultades del ser humano y fomentará en él, a la vez, el amor a la Patria, el respeto a los derechos humanos y la	Artículo 3. ... La educación que imparta el Estado tenderá a desarrollar armónicamente, todas las facultades del ser humano y fomentará en él, a la vez, el amor a la Patria, el respeto a los derechos humanos y la	Artículo 3o. (...) La educación que imparta el Estado tenderá a desarrollar armónicamente todas las facultades del ser humano y fomentará en él, a la vez, el amor a la patria, el respeto a los derechos humanos y la	Artículo 3o. (...) La educación que imparta el Estado tenderá a desarrollar armónicamente, todas las facultades del ser humano y fomentará en él, a la vez, el amor a la Patria, el respeto a los derechos humanos y la

	conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia.	conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia.	conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia.	conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia.
	I. a VIII. ...	I. a VIII....	I. a VIII. (...)	I a VIII. (...)
Artículo 11. Toda persona tiene derecho para entrar en la República, salir de ella, viajar por su territorio y mudar de residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvoconducto u otros requisitos semejantes. El ejercicio de este derecho estará subordinado a las facultades de la autoridad judicial, en los casos de responsabilidad criminal o civil, y a las de la autoridad administrativa, por lo que toca a las limitaciones que impongan las leyes sobre emigración, inmigración y salubridad general de la República, o sobre extranjeros perniciosos residentes en el país. Toda persona tiene el derecho de solicitar asilo. La ley regulará su procedencia y excepciones.	Artículo 11. Toda persona tiene derecho para entrar en la República, salir de ella, viajar por su territorio y mudar de residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvoconducto u otros requisitos semejantes. El ejercicio de este derecho estará subordinado a las facultades de la autoridad judicial, en los casos de responsabilidad criminal o civil, y a las de la autoridad administrativa, por lo que toca a las limitaciones que impongan las leyes sobre emigración, inmigración y salubridad general de la República, o sobre extranjeros perniciosos residentes en el país. En caso de persecución, toda persona tiene derecho de solicitar y recibir asilo. La ley regulará su procedencia y excepciones.	Artículo 11. Toda persona tiene derecho para entrar en la República, salir de ella, viajar por su territorio y mudar de residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvoconducto u otros requisitos semejantes. El ejercicio de este derecho estará subordinado a las facultades de la autoridad judicial, en los casos de responsabilidad criminal o civil, y a las de la autoridad administrativa, por lo que toca a las limitaciones que impongan las leyes sobre emigración, inmigración y salubridad general de la República, o sobre extranjeros perniciosos residentes en el país. En caso de persecución, por motivos de orden político, toda persona tiene derecho de solicitar asilo; por causas de carácter humanitario se recibirá refugio. La ley regulará sus procedencias y excepciones.	Artículo 11. Toda persona tiene derecho para entrar en la república, salir de ella, viajar por su territorio y mudar de residencia sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvoconducto u otros requisitos semejantes. El ejercicio de este derecho estará subordinado a las facultades de la autoridad judicial, en los casos de responsabilidad criminal o civil, y a las de la autoridad administrativa, por lo que toca a las limitaciones que impongan las leyes sobre emigración, inmigración y salubridad general de la república, o sobre extranjeros perniciosos residentes en el país. En caso de persecución por motivos de orden político toda persona tiene derecho de solicitar asilo; por causas de carácter humanitario se recibirá refugio. La ley regulará sus procedencias y excepciones.	Artículo 11. Toda persona tiene derecho para entrar en la República, salir de ella, viajar por su territorio y mudar de residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvoconducto u otros requisitos semejantes. El ejercicio de este derecho estará subordinado a las facultades de la autoridad judicial, en los casos de responsabilidad criminal o civil, y a las de la autoridad administrativa, por lo que toca a las limitaciones que impongan las leyes sobre emigración, inmigración y salubridad general de la República, o sobre extranjeros perniciosos residentes en el país. En caso de persecución, por motivos de orden político, toda persona tiene derecho de solicitar asilo; por causas de carácter humanitario se recibirá refugio. La ley regulará sus procedencias y excepciones.
	Artículo 15. No se autoriza la celebración de tratados para la extradición de reos políticos, ni para la de aquellos delincuentes del orden común que hayan tenido en el país donde	Artículo 15. No se autoriza la celebración de tratados para la extradición de reos políticos, ni para la de aquellos delincuentes del orden común que hayan tenido en el país donde	Artículo 15. No se autoriza la celebración de tratados para la extradición de reos políticos, ni para la de aquellos delincuentes del orden común que hayan tenido en el país donde	Artículo 15. No se autoriza la celebración de tratados para la extradición de reos políticos, ni para la de aquellos delincuentes del orden común que hayan tenido en el país donde

	cometieron el delito, la condición de esclavos; ni de convenios o tratados en virtud de los que se alteren los derechos humanos reconocidos por esta Constitución y en los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que el Estado mexicano sea parte.	cometieron el delito, la condición de esclavos; ni de convenios o tratados en virtud de los que se alteren los derechos humanos reconocidos por esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte.	cometieron el delito la condición de esclavos; ni de convenios o tratados en virtud de los que se alteren los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte.	cometieron el delito, la condición de esclavos; ni de convenios o tratados en virtud de los que se alteren los derechos humanos reconocidos por esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte.
	Artículo 18. ... El sistema penitenciario se organizará sobre la base del respeto a los derechos humanos, del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, observando los beneficios que para él prevé la ley. Las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto. 	Artículo 18. ... El sistema penitenciario se organizará sobre la base del respeto a los derechos humanos, del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, observando los beneficios que para él prevé la ley. Las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto. 	Artículo 18. (...) El sistema penitenciario se organizará sobre la base del respeto a los derechos humanos, del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, observando los beneficios que para él prevé la ley. Las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto. (...) (...) (...) (...) (...) (...) (...)	Artículo 18. (...) El sistema penitenciario se organizará sobre la base del respeto a los derechos humanos, del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, observando los beneficios que para él prevé la ley. Las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto. (...) (...) (...) (...) (...) (...) (...)
	Artículo 29. En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, solamente el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, de	Artículo 29. En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, solamente el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, de	Artículo 29. En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, solamente el presidente de los Estados Unidos Mexicanos, de	Artículo 29. En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, solamente el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, de

	acuerdo con los titulares de las secretarías de Estado y la Procuraduría General de la República y con la aprobación del Congreso de la Unión podrá restringir o suspender en todo el país o en lugar determinado el ejercicio de los derechos y las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación; pero deberá hacerlo por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la restricción o suspensión se contraiga a determinada persona. Si la restricción o suspensión tuviese lugar hallándose el Congreso reunido, éste concederá las autorizaciones que estime necesarias para que el Ejecutivo haga frente a la situación; pero si se verificase en tiempo de receso, se convocará sin demora al Congreso para que las acuerde. En los decretos que se expidan, no podrá restringirse ni suspenderse el ejercicio de los derechos a la no discriminación, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la protección a la familia, al nombre, a la nacionalidad; los derechos de la niñez; los derechos políticos; las libertades de pensamiento, conciencia y de religión; el principio de legalidad y retroactividad; la prohibición	acuerdo con los titulares de las Secretarías de Estado y la Procuraduría General de la República y con la aprobación del Congreso de la Unión o de la Comisión Permanente cuando aquel no estuviere reunido, podrá restringir o suspender en todo el país o en lugar determinado el ejercicio de los derechos y las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación; pero deberá hacerlo por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la restricción o suspensión se contraiga a determinada persona. Si la restricción o suspensión tuviese lugar hallándose el Congreso reunido, éste concederá las autorizaciones que estime necesarias para que el Ejecutivo haga frente a la situación; pero si se verificase en tiempo de receso, se convocará de inmediato al Congreso para que las acuerde. En los decretos que se expidan, no podrá restringirse ni suspenderse el ejercicio de los derechos a la no discriminación, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la protección a la familia, al nombre, a la nacionalidad; los	acuerdo con los titulares de las secretarías de Estado y la Procuraduría General de la República y con la aprobación del Congreso de la Unión o de la Comisión Permanente cuando aquél no estuviere reunido, podrá restringir o suspender en todo el país o en lugar determinado el ejercicio de los derechos y las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación; pero deberá hacerlo por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la restricción o suspensión se contraiga a determinada persona. Si la restricción o suspensión tuviese lugar hallándose el Congreso reunido, éste concederá las autorizaciones que estime necesarias para que el Ejecutivo haga frente a la situación; pero si se verificase en tiempo de receso, se convocará de inmediato al Congreso para que las acuerde. En los decretos que se expidan no podrá restringirse ni suspenderse el ejercicio de los derechos a la no discriminación, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la protección a la familia, al nombre, a la nacionalidad; los	acuerdo con los titulares de las Secretarías de Estado y la Procuraduría General de la República y con la aprobación del Congreso de la Unión o de la Comisión Permanente cuando aquel no estuviere reunido, podrá restringir o suspender en todo el país o en lugar determinado el ejercicio de los derechos y las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación; pero deberá hacerlo por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la restricción o suspensión se contraiga a determinada persona. Si la restricción o suspensión tuviese lugar hallándose el Congreso reunido, éste concederá las autorizaciones que estime necesarias para que el Ejecutivo haga frente a la situación; pero si se verificase en tiempo de receso, se convocará de inmediato al Congreso para que las acuerde. En los decretos que se expidan, no podrá restringirse ni suspenderse el ejercicio de los derechos a la no discriminación, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la protección a la familia, al nombre, a la nacionalidad; los

	de la pena de muerte; la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; la prohibición de la desaparición forzada y la tortura; ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos. La restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías debe estar fundada y motivada en los términos establecidos por esta Constitución y ser proporcional al peligro a que se hace frente, observando en todo momento los principios de legalidad, racionalidad, proclamación, publicidad y no discriminación. Cuando se ponga fin a la restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías, bien sea por cumplirse el plazo o porque así lo decrete el Congreso, todas las medidas legales y administrativas adoptadas durante su vigencia quedarán sin efecto de forma inmediata. El Ejecutivo no podrá hacer observaciones al decreto mediante el cual el Congreso revoque la restricción o suspensión.	derechos políticos; las libertades de pensamiento, conciencia y de profesar creencia religiosa alguna; el principio de legalidad y retroactividad; la prohibición de la pena de muerte; la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; la prohibición de la desaparición forzada y la tortura; ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos. La restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías debe estar fundada y motivada en los términos establecidos por esta Constitución y ser proporcional al peligro a que se hace frente, observando en todo momento los principios de legalidad, racionalidad, proclamación, publicidad y no discriminación. Cuando se ponga fin a la restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías, bien sea por cumplirse el plazo o porque así lo decrete el Congreso, todas las medidas legales y administrativas adoptadas durante su vigencia quedarán sin efecto de forma inmediata. El Ejecutivo no podrá hacer observaciones al decreto mediante el cual el Congreso revoque la restricción o suspensión.	derechos políticos; las libertades de pensamiento, conciencia y de profesar creencia religiosa alguna; el principio de legalidad y retroactividad; la prohibición de la pena de muerte; la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; la prohibición de la desaparición forzada y la tortura; ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos. La restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías debe estar fundada y motivada en los términos establecidos en esta Constitución y ser proporcional al peligro a que se hace frente, observando en todo momento los principios de legalidad, racionalidad, proclamación, publicidad y no discriminación. Cuando se ponga fin a la restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías, bien sea por cumplirse el plazo o porque así lo decrete el Congreso, todas las medidas legales y administrativas adoptadas durante su vigencia quedarán sin efecto de forma inmediata. El Ejecutivo no podrá hacer observaciones al decreto mediante el cual el Congreso revoque la restricción o suspensión.	derechos políticos; las libertades de pensamiento, conciencia y de profesar creencia religiosa alguna; el principio de legalidad y retroactividad; la prohibición de la pena de muerte; la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; la prohibición de la desaparición forzada y la tortura; ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos. La restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías debe estar fundada y motivada en los términos establecidos por esta Constitución y ser proporcional al peligro a que se hace frente, observando en todo momento los principios de legalidad, racionalidad, proclamación, publicidad y no discriminación. Cuando se ponga fin a la restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías, bien sea por cumplirse el plazo o porque así lo decrete el Congreso, todas las medidas legales y administrativas adoptadas durante su vigencia quedarán sin efecto de forma inmediata. El Ejecutivo no podrá hacer observaciones al decreto mediante el cual el Congreso revoque la restricción o suspensión.

	Los decretos expedidos por el Ejecutivo durante la restricción o suspensión, serán revisados de oficio e inmediatamente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la que deberá pronunciarse con la mayor prontitud sobre su constitucionalidad y validez.	Los decretos expedidos por el Ejecutivo durante la restricción o suspensión, serán revisados de oficio e inmediatamente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la que deberá pronunciarse con la mayor prontitud sobre su constitucionalidad y validez.	Los decretos expedidos por el Ejecutivo durante la restricción o suspensión serán revisados de oficio e inmediatamente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la que deberá pronunciarse con la mayor prontitud sobre su constitucionalidad y validez.	Los decretos expedidos por el Ejecutivo durante la restricción o suspensión, serán revisados de oficio e inmediatamente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la que deberá pronunciarse con la mayor prontitud sobre su constitucionalidad y validez.
Artículo 33. Son personas extranjeras las que no posean las calidades determinadas en el artículo 30. Gozan de los derechos que les reconoce la presente Constitución. Previa audiencia, el Ejecutivo de la Unión tendrá la facultad exclusiva de hacer abandonar el territorio nacional a toda persona extranjera cuya permanencia juzgue inconveniente. La ley regulará el procedimiento administrativo así como el lugar y el tiempo que dure la detención. La resolución de este procedimiento será definitiva e inatacable. Los extranjeros no podrán de ninguna manera inmiscuirse en los asuntos políticos del país.	Artículo 33. Son personas extranjeras las que no posean las calidades determinadas en el artículo 30 constitucional y gozarán de los derechos humanos y garantías que reconoce esta Constitución. El Ejecutivo de la Unión, previa audiencia, podrá expulsar del territorio nacional a personas extranjeras con fundamento en la ley, la cual regulará el procedimiento administrativo, así como el lugar y tiempo que dure la detención. ...	Artículo 33. Son personas extranjeras las que no posean las calidades determinadas en el artículo 30 constitucional y gozarán de los derechos humanos y garantías que reconoce esta Constitución. El Ejecutivo de la Unión, previa audiencia, podrá expulsar del territorio nacional a personas extranjeras con fundamento en la ley, la cual regulará el procedimiento administrativo, así como el lugar y tiempo que dure la detención. ...	Artículo 33. Son personas extranjeras las que no posean las calidades determinadas en el artículo 30 constitucional y gozarán de los derechos humanos y garantías que reconoce esta Constitución. El Ejecutivo de la Unión, previa audiencia, podrá expulsar del territorio nacional a personas extranjeras con fundamento en la ley, la cual regulará el procedimiento administrativo, así como el lugar y tiempo que dure la detención. (...)	Artículo 33. Son personas extranjeras las que no posean las calidades determinadas en el artículo 30 constitucional y gozarán de los derechos humanos y garantías que reconoce esta Constitución. El Ejecutivo de la Unión, previa audiencia, podrá expulsar del territorio nacional a personas extranjeras con fundamento en la ley, la cual regulará el procedimiento administrativo, así como el lugar y tiempo que dure la detención. (...)
Artículo 89. ... I. a IX. ... X. Dirigir la política exterior y celebrar tratados internacionales, así como terminar, denunciar, suspender, modificar, enmendar, retirar reservas y formular declaraciones interpretativas	Artículo 89. ... I. a IX. ... X. Dirigir la política exterior y celebrar tratados internacionales, así como terminar, denunciar, suspender, modificar, enmendar, retirar reservas y formular declaraciones	Artículo 89. ... I. a IX. ... X. Dirigir la política exterior y celebrar tratados internacionales, así como terminar, denunciar, suspender, modificar, enmendar, retirar reservas y formular declaraciones	Artículo 89. (...) I. a IX. (...) X. Dirigir la política exterior y celebrar tratados internacionales, así como terminar, denunciar, suspender, modificar, enmendar, retirar reservas y formular declaraciones	Artículo 89. (...) I a IX. (...) X. Dirigir la política exterior y celebrar tratados internacionales, así como terminar, denunciar, suspender, modificar, enmendar, retirar reservas y formular declaraciones

sobre los mismos, sometiéndolos a la aprobación del Senado. En la conducción de tal política, el titular del Poder Ejecutivo observará los siguientes principios normativos: la autodeterminación de los pueblos; la no intervención; la solución pacífica de controversias; la proscripción de la amenaza o el uso de la fuerza en las relaciones internacionales; la igualdad jurídica de los Estados; la cooperación internacional para el desarrollo; así como el respeto, la protección y promoción de los derechos humanos y la lucha por la paz y la seguridad internacionales.	interpretativas sobre los mismos, sometiéndolos a la aprobación del Senado. En la conducción de tal política, el titular del Poder Ejecutivo observará los siguientes principios normativos: la autodeterminación de los pueblos; la no intervención; la solución pacífica de controversias; la proscripción de la amenaza o el uso de la fuerza en las relaciones internacionales; la igualdad jurídica de los Estados; la cooperación internacional para el desarrollo; el respeto, la protección y promoción de los derechos humanos y la lucha por la paz y la seguridad internacionales;	interpretativas sobre los mismos, sometiéndolos a la aprobación del Senado. En la conducción de tal política, el titular del Poder Ejecutivo observará los siguientes principios normativos: la autodeterminación de los pueblos; la no intervención; la solución pacífica de controversias; la proscripción de la amenaza o el uso de la fuerza en las relaciones internacionales; la igualdad jurídica de los Estados; la cooperación internacional para el desarrollo; el respeto, la protección y promoción de los derechos humanos y la lucha por la paz y la seguridad internacionales;	interpretativas sobre los mismos, sometiéndolos a la aprobación del Senado. En la conducción de tal política, el titular del Poder Ejecutivo observará los siguientes principios normativos: la autodeterminación de los pueblos; la no intervención; la solución pacífica de controversias; la proscripción de la amenaza o el uso de la fuerza en las relaciones internacionales; la igualdad jurídica de los Estados; la cooperación internacional para el desarrollo; el respeto, la protección y promoción de los derechos humanos y la lucha por la paz y la seguridad internacionales;	interpretativas sobre los mismos, sometiéndolos a la aprobación del Senado. En la conducción de tal política, el titular del Poder Ejecutivo observará los siguientes principios normativos: la autodeterminación de los pueblos; la no intervención; la solución pacífica de controversias; la proscripción de la amenaza o el uso de la fuerza en las relaciones internacionales; la igualdad jurídica de los Estados; la cooperación internacional para el desarrollo; el respeto, la protección y promoción de los derechos humanos y la lucha por la paz y la seguridad internacionales;
XI. a XX. ...	XI. a XX. ...	XI. a XX. ...	XI. a XX. (...)	XI a XX. (...)
	Artículo 97. ... La Suprema Corte de Justicia de la Nación podrá solicitar al Consejo de la Judicatura Federal que averigüe la conducta de algún juez o magistrado federal. 	Artículo 97. ... La Suprema Corte de Justicia de la Nación podrá solicitar al Consejo de la Judicatura Federal que averigüe la conducta de algún juez o magistrado federal. 	Artículo 97. (...) La Suprema Corte de Justicia de la Nación podrá solicitar al Consejo de la Judicatura Federal que averigüe la conducta de algún juez o magistrado federal. (...) (...) (...) (...) (...) (...)	Artículo 97. (...) La Suprema Corte de Justicia de la Nación podrá solicitar al Consejo de la Judicatura Federal que averigüe la conducta de algún juez o magistrado federal. (...) (...) (...) (...) (...) (...)
Artículo 102.	Artículo 102.	Artículo 102.	Artículo 102.	Artículo 102.
A. ...	A. ...	A. ...	A. (...)	A. (...)
	B. ...	B. ...	B. (...)	B. (...)

B. El Congreso de la Unión y las legislaturas de las entidades federativas, en el ámbito de sus respectivas competencias establecerán organismos de protección de los derechos humanos que ampara el orden jurídico mexicano, los que conocerán de quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor público, con excepción de los del Poder Judicial de la Federación que violenten estos derechos. Los organismos a que se refiere el párrafo anterior, formularán recomendaciones públicas, no vinculatorias y denuncias y quejas ante las autoridades respectivas. Las autoridades que no acepten las recomendaciones emitidas deberán publicar las razones de su negativa.	Los organismos a que se refiere el párrafo anterior, formularán recomendaciones públicas, no vinculatorias, denuncias y quejas ante las autoridades respectivas. Todo servidor público está obligado a responder las recomendaciones que les presenten estos organismos. Cuando las recomendaciones emitidas no sean aceptadas o cumplidas por las autoridades o servidores públicos, éstos deberán fundar, motivar y hacer pública su negativa; además, la Cámara de Senadores o en sus recesos la Comisión Permanente, o las legislaturas de las entidades federativas, según corresponda, podrán llamar, a solicitud de estos organismos, a las autoridades o servidores públicos responsables para que comparezcan ante dichos órganos legislativos, a	Los organismos a que se refiere el párrafo anterior, formularán recomendaciones públicas, no vinculatorias, denuncias y quejas ante las autoridades respectivas. Todo servidor público está obligado a responder las recomendaciones que les presenten estos organismos. Cuando las recomendaciones emitidas no sean aceptadas o cumplidas por las autoridades o servidores públicos, éstos deberán fundar, motivar y hacer pública su negativa; además, la Cámara de Senadores o en sus recesos la Comisión Permanente, o las legislaturas de las entidades federativas, según corresponda, podrán llamar, a solicitud de estos organismos, a las autoridades o servidores públicos responsables para que comparezcan ante dichos órganos legislativos, a	Los organismos a que se refiere el párrafo anterior formularán recomendaciones públicas, no vinculatorias, denuncias y quejas ante las autoridades respectivas. Todo servidor público está obligado a responder las recomendaciones que le presenten estos organismos. Cuando las recomendaciones emitidas no sean aceptadas o cumplidas por las autoridades o servidores públicos, éstos deberán fundar, motivar y hacer pública su negativa; además, la Cámara de Senadores o, en sus recesos, la Comisión Permanente, o las legislaturas de las entidades federativas, según corresponda, podrán llamar, a solicitud de estos organismos, a las autoridades o servidores públicos responsables para que comparezcan ante dichos órganos legislativos, a	Los organismos a que se refiere el párrafo anterior, formularán recomendaciones públicas, no vinculatorias, denuncias y quejas ante las autoridades respectivas. Todo servidor público está obligado a responder las recomendaciones que les presenten estos organismos. Cuando las recomendaciones emitidas no sean aceptadas o cumplidas por las autoridades o servidores públicos, éstos deberán fundar, motivar y hacer pública su negativa; además, la Cámara de Senadores o en sus recesos la Comisión Permanente, o las legislaturas de las entidades federativas, según corresponda, podrán llamar, a solicitud de estos organismos, a las autoridades o servidores públicos responsables para que comparezcan ante dichos órganos legislativos, a

	efecto de que expliquen el motivo de su negativa.	efecto de que expliquen el motivo de su negativa.	efecto de que expliquen el motivo de su negativa.	efecto de que expliquen el motivo de su negativa.
	Estos organismos no serán competentes tratándose de asuntos electorales, y jurisdiccionales.	Estos organismos no serán competentes tratándose de asuntos electorales, y jurisdiccionales.	Estos organismos no serán competentes tratándose de asuntos electorales y jurisdiccionales.	Estos organismos no serán competentes tratándose de asuntos electorales y jurisdiccionales.
Estos organismos no serán competentes tratándose de asuntos electorales, laborales y jurisdiccionales	...	...	(...)	(...)
El organismo que establezca el Congreso de la Unión se denominará Comisión Nacional de los Derechos Humanos; contará con autonomía de gestión y presupuestaria, personalidad jurídica y patrimonio propios.				
Las legislaturas de las entidades federativas garantizarán que los organismos para la protección de los derechos humanos, cuenten con autonomía de gestión y presupuestaria, personalidad jurídica y patrimonio propios.	Las Constituciones de los estados y el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal establecerán y garantizarán la autonomía de los organismos de protección de los derechos humanos.	Las Constituciones de los Estados y el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal establecerán y garantizarán la autonomía de los organismos de protección de los derechos humanos.	Las Constituciones de los estados y el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal establecerán y garantizarán la autonomía de los organismos de protección de los derechos humanos.	Las Constituciones de los Estados y el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal establecerán y garantizarán la autonomía de los organismos de protección de los derechos humanos.
La Comisión Nacional de los Derechos Humanos tendrá un Consejo Consultivo integrado por diez consejeros que serán elegidos por el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de la Cámara de Senadores o, en sus recesos, por la Comisión Permanente del Congreso de la Unión, con la misma votación calificada. La ley determinará los	...	...	(...)	(...)

procedimientos a seguir para la presentación de las propuestas por la propia Cámara. Anualmente serán substituidos los dos consejeros de mayor antigüedad en el cargo, salvo que fuesen propuestos y ratificados para un segundo período. El Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, quien lo será también del Consejo Consultivo, será elegido en los mismos términos del párrafo anterior. Durará en su encargo cinco años, podrá ser reelecto por una sola vez y sólo podrá ser removido de sus funciones en los términos del Título Cuarto de esta Constitución. El titular de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, los titulares de los organismos de protección a los derechos humanos y sus consejos consultivos serán elegidos a través de un procedimiento de consulta pública y participación social, en los términos y condiciones que determinen las leyes respectivas. El Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos presentará anualmente a los Poderes de la Unión un informe de actividades. Al efecto comparecerá ante las	... La elección del presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, así como de los integrantes del Consejo Consultivo, y de los titulares de los organismos de protección de los derechos humanos de las entidades federativas, se ajustarán a un procedimiento de consulta pública, que deberá ser transparente e informado, en los términos y condiciones que determine la ley. ...	... La elección del titular de la presidencia de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, así como de los integrantes del Consejo Consultivo, y de titulares de los organismos de protección de los derechos humanos de las entidades federativas, se ajustarán a un procedimiento de consulta pública, que deberá ser transparente, en los términos y condiciones que determine la ley. ...	... La elección del titular de la Presidencia de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, así como de los integrantes del Consejo Consultivo, y de titulares de los organismos de protección de los derechos humanos de las entidades federativas, se ajustará a un procedimiento de consulta pública, que deberá ser transparente, en los términos y condiciones que determine la ley. (...)	... La elección del titular de la presidencia de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, así como de los integrantes del Consejo Consultivo, y de titulares de los organismos de protección de los derechos humanos de las entidades federativas, se ajustarán a un procedimiento de consulta pública, que deberá ser transparente, en los términos y condiciones que determine la ley.

Cámaras del Congreso en los términos que disponga la ley. La Comisión Nacional de los Derechos Humanos conocerá de las inconformidades que se presenten en relación con las recomendaciones, acuerdos u omisiones de los organismos equivalentes en las entidades federativas.	... Asimismo, investigará hechos que constituyan violaciones graves de derechos humanos cuando así lo juzgue conveniente o lo pidiere el Ejecutivo Federal, alguna de las Cámaras del Congreso de la Unión, el gobernador de un Estado, el Jefe de Gobierno del Distrito Federal o las legislaturas de las entidades federativas. En el desarrollo de este procedimiento ejercerá facultades de autoridad investigadora en los términos de ley, sin que autoridad alguna pueda negarle la información que requiera. La comisión mantendrá la reserva de la información que se le proporcione con ese carácter. Cuando así proceda, presentará las denuncias ante la autoridad competente.	... La Comisión Nacional de los Derechos Humanos podrá investigar hechos que constituyan violaciones graves de derechos humanos cuando así lo juzgue conveniente o lo pidiere el Ejecutivo Federal, alguna de las Cámaras del Congreso de la Unión, el gobernador de un Estado, el Jefe de Gobierno del Distrito Federal o las legislaturas de las entidades federativas. El desarrollo y desahogo del procedimiento corresponderá al Consejo Consultivo, cuya decisión se adoptará por el voto de las dos terceras partes de sus integrantes. Ninguna autoridad podrá negar la información que se le requiera. La Comisión mantendrá la reserva de la información que se le proporcione con ese carácter. Cuando así proceda, presentará las denuncias ante la autoridad competente.	(...) La Comisión Nacional de los Derechos Humanos podrá investigar hechos que constituyan violaciones graves de derechos humanos, cuando así lo juzgue conveniente o lo pidiere el Ejecutivo federal, alguna de las Cámaras del Congreso de la Unión, el gobernador de un estado, el jefe del gobierno del Distrito Federal o las legislaturas de las entidades federativas. En el desarrollo de este procedimiento ejercerá facultades de autoridad investigadora en los términos de ley, sin que autoridad alguna pueda negarle la información que requiera. La comisión mantendrá la reserva de la información que se le proporcione con ese carácter. Cuando así proceda, presentará las denuncias ante la autoridad competente.	(...) La Comisión Nacional de los Derechos Humanos podrá investigar hechos que constituyan violaciones graves de derechos humanos, cuando así lo juzgue conveniente o lo pidiere el Ejecutivo Federal, alguna de las Cámaras del Congreso de la Unión, el gobernador de un Estado, el Jefe de Gobierno del Distrito Federal o las legislaturas de las entidades federativas
	Artículo 105. La Suprema Corte de Justicia de la Nación	Artículo 105. La Suprema Corte de Justicia de la Nación	Artículo 105. La Suprema Corte de Justicia de la Nación	Artículo 105. La Suprema Corte de Justicia de la Nación

	conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes: I. De las controversias constitucionales que, con excepción de las que se refieran a la materia electoral y a lo establecido en el artículo 46 de esta Constitución, se susciten entre a) a k) II. De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución. Las acciones de inconstitucionalidad podrán ejercitarse, dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma, por: a) a f) ... g) La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren los	conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes: I. De las controversias constitucionales que, con excepción de las que se refieran a la materia electoral y a lo establecido en el artículo 46 de esta Constitución, se susciten entre: a) a k) II. De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución. Las acciones de inconstitucionalidad podrán ejercitarse, dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma, por: a) a f) ... g) La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren los	conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes: I. De las controversias constitucionales que, con excepción de las que se refieran a la materia electoral y a lo establecido en el artículo 46 de esta Constitución, se susciten entre a) a k) (...) (...) (...) II. De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución. Las acciones de inconstitucionalidad podrán ejercitarse, dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma, por a) a f) (...) g) La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren los	conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes: I. De las controversias constitucionales que, con excepción de las que se refieran a la materia electoral y a lo establecido en el artículo 46 de esta Constitución, se susciten entre: a - k) (...) (...) (...) II. De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución. Las acciones de inconstitucionalidad podrán ejercitarse, dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma, por: a - f) (...) g) La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren los

	derechos humanos consagrados en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte. Asimismo, los organismos de protección de los derechos humanos equivalentes en los estados de la República, en contra de leyes expedidas por las legislaturas locales y la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, en contra de leyes emitidas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal. III.	derechos humanos consagrados en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte. Asimismo, los organismos de protección de los derechos humanos equivalentes en los estados de la República, en contra de leyes expedidas por las legislaturas locales y la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, en contra de leyes emitidas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal. III.... 	derechos humanos consagrados en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte. Asimismo, los organismos de protección de los derechos humanos equivalentes en los estados de la república, en contra de leyes expedidas por las legislaturas locales y la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, en contra de leyes emitidas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal. (...) (...) (...) III. (...) (...) (...)	derechos humanos consagrados en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte. Asimismo, los organismos de protección de los derechos humanos equivalentes en los estados de la República, en contra de leyes expedidas por las legislaturas locales y la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, en contra de leyes emitidas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal. (...) (...) (...) III. (...) (...) (...)
TRANSITORIOS	Transitorios	Transitorios	Transitorios	TRANSITORIOS
Primero.- El presente Decreto entrará en vigor al día siguiente al de su publicación en el Diario Oficial de la Federación.	Primero. El presente decreto entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Diario Oficial de la Federación.	Primero. El presente Decreto entrará en vigor al día siguiente al de su publicación en el Diario Oficial de la Federación.	Primero. El presente decreto entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Diario Oficial de la Federación.	Primero. El presente decreto entrará en vigor al día siguiente al de su publicación en el Diario Oficial de la Federación.
Segundo.- Los mecanismos de protección de los derechos humanos a que se refiere el artículo 1, entrarán en vigor cuando el legislador adecue la Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 constitucionales, así como la legislación reglamentaria correspondiente, lo cual no	Segundo. La legislación a que se refiere el tercer párrafo del artículo 1o. constitucional sobre reparación deberá ser expedida en un plazo máximo de un año contado a partir de la entrada en vigor del presente decreto.	Segundo. La ley a que se refiere el tercer párrafo del artículo 1 constitucional sobre reparación deberá ser expedida en un plazo máximo de un año contado a partir de la entrada en vigor del presente Decreto.	Segundo. La ley a que se refiere el tercer párrafo del artículo 1o. constitucional sobre reparación deberá ser expedida en un plazo máximo de un año, contado a partir de la entrada en vigor del presente decreto.	Segundo. La ley a que se refiere el tercer párrafo del artículo 1o. constitucional sobre reparación deberá ser expedida en un plazo máximo de un año contado a partir de la entrada en vigor del presente decreto.

podrá exceder el término de 12 meses.				
Tercero.- La legislación a que se refiere el artículo 11, deberá ser expedida en un plazo máximo de un año, contado a partir del inicio de la vigencia de este Decreto.	Tercero. La legislación a que se refiere el artículo 11 constitucional sobre el asilo, deberá ser expedida en un plazo máximo de un año, contado a partir del inicio de la vigencia de este decreto.	Tercero. La ley a que se refiere el artículo 11 constitucional sobre el asilo, deberá ser expedida en un plazo máximo de un año, contado a partir del inicio de la vigencia de este decreto.	Tercero. La ley a que se refiere el artículo 11 constitucional sobre el asilo deberá ser expedida en un plazo máximo de un año, contado a partir del inicio de la vigencia de este decreto.	Tercero. La ley a que se refiere el artículo 11 constitucional sobre el asilo, deberá ser expedida en un plazo máximo de un año, contado a partir del inicio de la vigencia de este decreto.
Cuarto.- La legislación a que se refiere el artículo 33, deberá ser expedida en un plazo máximo de un año, contado a partir del inicio de la vigencia de este Decreto.	Cuarto. El Congreso de la Unión expedirá la Ley Reglamentaria del Artículo 29 Constitucional en materia de suspensión del ejercicio de los derechos y las garantías, en un plazo máximo de un año, contado a partir del inicio de la vigencia de este decreto.	Cuarto. El Congreso de la Unión expedirá la Ley Reglamentaria del Artículo 29 Constitucional en materia de suspensión del ejercicio de los derechos y las garantías, en un plazo máximo de un año, contado a partir del inicio de la vigencia de este decreto.	Cuarto. El Congreso de la Unión expedirá la Ley Reglamentaria del Artículo 29 Constitucional en materia de Suspensión del Ejercicio de los Derechos y las Garantías en un plazo máximo de un año, contado a partir del inicio de la vigencia de este decreto.	Cuarto. El Congreso de la Unión expedirá la Ley Reglamentaria del artículo 29 constitucional en materia de suspensión del ejercicio de los derechos y las garantías, en un plazo máximo de un año, contado a partir del inicio de la vigencia de este decreto.
Quinto.- La legislación de los organismos protectores de los derechos humanos referidos en el artículo 102, apartado 8, primer párrafo, de esta Constitución, establecerá los términos en que habrá de publicarse la determinación de la negativa de las autoridades que no acepten sus recomendaciones.	Quinto. El Congreso de la Unión expedirá la Ley Reglamentaria del artículo 33 constitucional, en materia de expulsión de extranjeros en un plazo máximo de un año contado a partir del inicio de la vigencia de este decreto. En tanto se expida la ley referida, este artículo se seguirá aplicando en los términos del texto vigente.	Quinto. El Congreso de la Unión expedirá la Ley Reglamentaria del artículo 33 constitucional, en materia de expulsión de extranjeros en un plazo máximo de un año contado a partir del inicio de la vigencia de este decreto. En tanto se expida la ley referida, este artículo se seguirá aplicando en los términos del texto vigente.	Quinto. El Congreso de la Unión expedirá la Ley Reglamentaria del Artículo 33 Constitucional en materia de Expulsión de Extranjeros en un plazo máximo de un año, contado a partir del inicio de la vigencia de este decreto. En tanto se expida la ley referida, este artículo se seguirá aplicando en los términos del texto vigente.	Quinto. El Congreso de la Unión expedirá la Ley Reglamentaria del artículo 33 constitucional, en materia de expulsión de extranjeros en un plazo máximo de un año contado a partir del inicio de la vigencia de este decreto. En tanto se expida la ley referida, este artículo se seguirá aplicando en los términos del texto vigente.
Sexto.- Las legislaturas de las Entidades Federativas deberán realizar las adecuaciones que correspondan a sus Constituciones Locales y al Estatuto de Gobierno del Distrito Federal, así como a su legislación secundaria, en un plazo máximo de 120 días naturales contados a partir del inicio de la vigencia de este.	Sexto. Los casos previstos en el segundo párrafo del artículo 97 constitucional, que estén pendientes de resolución al momento de entrar en vigor la reforma, los continuará desahogando la Suprema Corte de Justicia de la Nación hasta su conclusión.	Sexto. Los casos previstos en el segundo párrafo del artículo 97 constitucional, que estén pendientes de resolución al momento de entrar en vigor la reforma, los continuará desahogando la Suprema Corte de Justicia de la Nación hasta su conclusión.	Sexto. Los casos previstos en el segundo párrafo del artículo 97 constitucional, o que estén pendientes de resolución al momento de entrar en vigor la reforma, los continuará desahogando la Suprema Corte de Justicia de la Nación hasta su conclusión.	Sexto. Los casos previstos en el segundo párrafo del artículo 97 constitucional, que estén pendientes de resolución al momento de entrar en vigor la reforma, los continuará desahogando la Suprema Corte de Justicia de la Nación hasta su conclusión.
	Séptimo. En lo que se refiere al Apartado B del artículo 102	Séptimo. En lo que se refiere al Apartado B del artículo 102	Séptimo. En lo que se refiere al Apartado B del artículo 102	Séptimo. En lo que se refiere al Apartado B del artículo 102

	constitucional y a la autonomía de los organismos locales de derechos humanos, las legislaturas locales deberán realizar las adecuaciones que correspondan en un plazo máximo de un año contados a partir del inicio de la vigencia de este decreto.	constitucional y a la autonomía de los organismos locales de derechos humanos, las legislaturas locales deberán realizar las adecuaciones que correspondan en un plazo máximo de un año contados a partir del inicio de la vigencia de este Decreto.	constitucional y a la autonomía de los organismos locales de derechos humanos, las legislaturas locales deberán realizar las adecuaciones que correspondan en un plazo máximo de un año, contado a partir del inicio de la vigencia de este decreto.	constitucional y a la autonomía de los organismos locales de derechos humanos, las legislaturas locales deberán realizar las adecuaciones que correspondan en un plazo máximo de un año contados a partir del inicio de la vigencia de este decreto.
	Octavo. El Congreso de la Unión adecuará la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos en un plazo máximo de un año, contado a partir del inicio de la vigencia de este decreto. Las adecuaciones a esta ley deberán contener los términos, condiciones y circunstancias bajo los cuales se activará la facultad de investigación establecida en el párrafo undécimo del Apartado B del artículo 102 del presente decreto, dentro de los que se establecerá como una de las condiciones para el ejercicio de esta facultad, que el titular de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, deba obtener la aceptación favorable de la mayoría del Consejo Consultivo de la misma. En tanto no se expidan las modificaciones a esta ley, se aplicará lo señalado en este artículo.	Octavo. El Congreso de la Unión adecuará la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos en un plazo máximo de un año, contado a partir del inicio de la vigencia de este decreto.	Octavo. El Congreso de la Unión adecuará la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos en un plazo máximo de un año, contado a partir del inicio de la vigencia de este decreto. Las adecuaciones de esa ley deberán contener los términos, condiciones y circunstancias bajo los cuales se activará la facultad de investigación establecida en el párrafo undécimo del Apartado B del artículo 102 del presente decreto, dentro de los que se establecerá como una de las condiciones para el ejercicio de esta facultad que el titular de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos deba obtener la aceptación favorable de la mayoría del Consejo Consultivo de la misma. En tanto no se expidan las modificaciones de esa ley, se aplicará lo señalado en este artículo.	Octavo. El Congreso de la Unión adecuará la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos en un plazo máximo de un año, contado a partir del inicio de la vigencia de este decreto.
	Noveno. Se derogan todas las disposiciones que contravengan el presente decreto.	Noveno. Se derogan todas las disposiciones que contravengan el presente Decreto.	Noveno. Se derogan todas las disposiciones que contravengan el presente decreto.	Noveno. Se derogan todas las disposiciones que contravengan el presente decreto.

Anexo III. Criterios judiciales relevantes sobre interés simple, interés jurídico e interés legítimo

INTERÉS LEGÍTIMO EN EL AMPARO. SU DIFERENCIA CON EL INTERÉS SIMPLE.	INTERÉS LEGÍTIMO. ALCANCE DE ESTE CONCEPTO EN EL JUICIO DE AMPARO	INTERÉS LEGÍTIMO E INTERÉS JURÍDICO. SUS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS COMO REQUISITOS PARA PROMOVER EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO, CONFORME AL ARTÍCULO 107, FRACCIÓN I, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS	INTERÉS LEGÍTIMO. CONTENIDO Y ALCANCE PARA EFECTOS DE LA PROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 107, FRACCIÓN I, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS)	DERECHO DE ACCESO A BIENES Y SERVICIOS CULTURALES. REQUISITOS PARA TENER POR ACREDITADO EL INTERÉS LEGÍTIMO EN EL AMPARO INDIRECTO, PARA ALEGAR SU VIOLACIÓN	SENTENCIAS DE AMPARO. EL PRINCIPIO DE RELATIVIDAD ADMITE MODULACIONES CUANDO SE ACUDE AL JUICIO CON UN INTERÉS LEGÍTIMO DE NATURALEZA COLECTIVA	INTERÉS LEGÍTIMO PARA PROMOVER UN JUICIO DE AMPARO EN MATERIA AMBIENTAL. OBLIGACIÓN DE LOS JUZGADORES EN SU ANÁLISIS	INTERÉS LEGÍTIMO. NO PUEDE ADUCIRSE PARA IDENTIFICAR AL TERCERO INTERESADO EN EL JUICIO DE AMPARO
Febrero 2013	Marzo 2013	Sept 2013	Nov 2014	Oct 2017	Sept 2018	Dic 2018	Enero 2020
Tesis aislada Primera Sala	Tesis aislada Segunda Sala	Tesis aislada Segunda Sala	Jurisprudencia Pleno	Tesis aislada Primera Sala	Tesis aislada Segunda Sala	Tesis aislada Primera Sala	Jurisprudencia Pleno
La reforma al artículo 107 constitucional, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 6 de junio de 2011, además de que sustituyó el concepto de interés jurídico por el de interés legítimo, abrió las posibilidades para acudir al juicio de amparo. No obstante lo anterior, dicha reforma no puede traducirse	La redacción de la fracción I del artículo 107 de la Constitución Federal, dispone qué debe entenderse por parte agraviada para efectos del juicio de amparo, y señala que tendrá tal carácter quien al acudir a este medio de control cumpla con las siguientes condiciones: 1) aduzca ser titular de un derecho o	El citado precepto establece que el juicio de amparo indirecto se seguirá siempre a instancia de parte agraviada, "teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho o de un interés legítimo individual o colectivo", con lo que atribuye consecuencias de derecho, desde el punto de vista de la	A consideración de este Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el párrafo primero de la fracción I del artículo 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece que tratándose de la procedencia del amparo indirecto -en los supuestos en que no se	Esta Suprema Corte de Justicia de la Nación ha considerado que para que exista interés legítimo se requiere: (i) que dicho interés esté garantizado por un derecho objetivo; (ii) que el acto reclamado produzca una afectación en la esfera jurídica entendida en sentido amplio, ya sea directa o indirecta por la	Conforme al artículo 107, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es posible acceder al juicio de amparo para obtener la protección de los intereses legítimos y colectivos, que son aquellos que atañen a "un grupo, categoría o clase en conjunto". En cualquier caso,	El análisis en relación con la actualización del interés legítimo en juicios ambientales también se rige por los principios que norman esta materia; en este tenor, a la luz del principio de participación ciudadana y el correlativo de iniciativa pública, el Estado tiene la obligación de fomentar la participación del	No puede aducirse el interés legítimo para identificar al tercero interesado en el juicio de amparo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5o., fracción III, inciso a), de la Ley de Amparo, porque: 1. El legislador fue enfático y explícito al establecer que el tercero interesado que pretenda la

en una apertura absoluta para que por cualquier motivo se acuda al juicio de amparo, ya que el Constituyente Permanente introdujo un concepto jurídico mediante el cual se exige al quejoso que demuestre algo más que un interés simple o jurídicamente irrelevante, entendido éste como el que puede tener cualquier persona por alguna acción u omisión del Estado pero que, en caso de satisfacerse, no se traducirá en un beneficio personal para el interesado, pues no supone afectación a su esfera jurídica en algún sentido. En cambio, el interés legítimo se define como aquel interés personal, individual o colectivo, cualificado, actual, real y	de un interés legítimo individual o colectivo; 2) alegue que el acto reclamado viola los derechos reconocidos por la propia Constitución; 3) demuestre una afectación a su esfera jurídica de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico; y, 4) tratándose de actos o resoluciones provenientes de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, aduzca la titularidad de un derecho subjetivo que se afecte de manera personal y directa. Ahora, para explicar el alcance del concepto "interés legítimo individual o colectivo", ante todo, debe señalarse que tanto el jurídico como el legítimo suponen que existe una tutela jurídica del interés en que se apoya	legitimación del promovente, tanto al interés jurídico en sentido estricto, como al legítimo, pues en ambos supuestos a la persona que se ubique dentro de ellos se le otorga legitimación para instar la acción de amparo. En tal virtud, atento a la naturaleza del acto reclamado y a la de la autoridad que lo emite, el quejoso en el juicio de amparo debe acreditar fehacientemente el interés, jurídico o legítimo, que le asiste para ello y no inferirse con base en presunciones. Así, los elementos constitutivos del interés jurídico consisten en demostrar: a) la existencia del derecho subjetivo que se dice vulnerado; y, b) que el acto de autoridad afecta ese derecho, de donde deriva el agravio	combatan actos o resoluciones de tribunales-, quien comparezca a un juicio deberá ubicarse en alguno de los siguientes dos supuestos: (I) ser titular de un derecho subjetivo, es decir, alegar una afectación inmediata y directa en la esfera jurídica, producida en virtud de tal titularidad; o (II) en caso de que no se cuente con tal interés, la Constitución ahora establece la posibilidad de solamente aducir un interés legítimo, que será suficiente para comparecer en el juicio. Dicho interés legítimo se refiere a la existencia de un vínculo entre ciertos derechos fundamentales y una persona que comparece en el proceso, sin que dicha persona requiera de una facultad	situación especial del reclamante frente al ordenamiento; (iii) la existencia de un vínculo entre una persona y la pretensión, de tal forma que la anulación del acto produzca un beneficio actual o futuro pero cierto; (iv) que la afectación sea apreciada bajo un parámetro de razonabilidad; y, (v) que dicho interés resulte armónico con la dinámica y alcances del juicio de amparo	tanto el interés colectivo como el legítimo, comparten como nota distintiva su indivisibilidad, es decir, no pueden segmentarse. De ahí que, si en los intereses colectivos o legítimos la afectación trasciende a la esfera jurídica subjetiva o individual de quien promovió un juicio de amparo, sería inadmisible suponer que por esa cuestión se niegue la procedencia del medio de control constitucional, pretextándose la violación al principio de relatividad de las sentencias. En ese sentido, el artículo 107, fracción II, párrafo primero, de la Constitución Federal, debe interpretarse de la manera más favorable a la persona, por lo cual, lejos de	ciudadano en la defensa del medio ambiente y crear entornos propicios para este efecto. Específicamente, los juzgadores tienen la obligación de hacer una interpretación amplia en relación con la legitimación activa en el juicio de amparo en materia ambiental, lo cual no significa que sea ilimitada, pues quien acude a este juicio debe acreditar ser beneficiario de los servicios ambientales que presta el ecosistema que estima afectado.	subsistencia del acto reclamado debe contar con "interés jurídico"; y, 2. La reforma al artículo 107, fracción I, de la Constitución Federal, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 6 de junio del 2011, que incorporó al ordenamiento jurídico mexicano la institución jurídica del "interés legítimo", sólo la previó para el quejoso, pues su razón de ser obedeció a generar apertura en su legitimación activa para acudir al juicio de amparo –y no así para el tercero interesado–. Considerar lo contrario, esto es, que puede aducirse el interés legítimo para identificar al tercero interesado en el juicio de amparo, implicaría imponer al quejoso cargas procesales imposibles de

jurídicamente relevante, que puede traducirse, en caso de concederse el amparo, en un beneficio jurídico en favor del quejoso derivado de una afectación a su esfera jurídica en sentido amplio, que puede ser de índole económica, profesional, de salud pública, o de cualquier otra. Consecuentemente, cuando el quejoso acredita únicamente el interés simple, mas no el legítimo, se actualiza la causal de improcedencia prevista en el artículo 73, fracción XVIII, de la Ley de Amparo, en relación con el numeral 107, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.	la pretensión del promovente, a diferencia del interés simple que no cuenta con esa tutela, en tanto que la ley o acto que reclama no le causa agravio jurídico, aunque le cause alguno de diversa naturaleza como puede ser, por ejemplo, uno meramente económico. Por otra parte, debe entenderse que al referirse el precepto constitucional a la afectación de un derecho, hace alusión a un derecho subjetivo del que es titular el agraviado, lo cual se confirma con la idea de que en materia de actos de tribunales necesariamente se requiere que cuente con un derecho subjetivo, es decir, tenga interés jurídico. Sentado lo anterior, el interés legítimo no	correspondiente. Por su parte, para probar el interés legítimo, deberá acreditarse que: a) exista una norma constitucional en la que se establezca o tutele algún interés difuso en beneficio de una colectividad determinada; b) el acto reclamado transgreda ese interés difuso, ya sea de manera individual o colectiva; y, c) el promovente pertenezca a esa colectividad. Lo anterior, porque si el interés legítimo supone una afectación jurídica al quejoso, éste debe demostrar su pertenencia al grupo que en específico sufrió o sufre el agravio que se aduce en la demanda de amparo. Sobre el particular es dable indicar que los elementos constitutivos destacados son	otorgada expresamente por el orden jurídico, esto es, la persona que cuenta con ese interés se encuentra en aptitud de expresar un agravio diferenciado al resto de los demás integrantes de la sociedad, al tratarse de un interés cualificado, actual, real y jurídicamente relevante, de tal forma que la anulación del acto que se reclama produce un beneficio o efecto positivo en su esfera jurídica, ya sea actual o futuro pero cierto. En consecuencia, para que exista un interés legítimo, se requiere de la existencia de una afectación en cierta esfera jurídica -no exclusivamente en una cuestión patrimonial-, apreciada bajo		invocarse una concepción restringida del principio referido, será menester maximizar tanto el derecho humano de acceso a la tutela jurisdiccional efectiva, como el principio de supremacía constitucional.		cumplir, tales como obligarlo a señalar en su demanda a todos aquellos terceros que pudieran tener interés legítimo en la subsistencia del acto reclamado; y al juzgador se le obligaría a dictar todas las medidas que estime pertinentes con el fin de que se investigue el domicilio de dichos terceros interesados, lo que retrasaría la tramitación del juicio en perjuicio de la pronta impartición de justicia prevista en el artículo 17 constitucional.

	supone la existencia de un derecho subjetivo, aunque sí que la necesaria tutela jurídica corresponda a su "especial situación frente al orden jurídico", lo que implica que esa especial situación no supone ni un derecho subjetivo ni la ausencia de tutela jurídica, sino la de alguna norma que establezca un interés difuso en beneficio de una colectividad, identificada e identificable, lo que supone la demostración de que el quejoso pertenece a ella.	concurrentes, por tanto, basta la ausencia de alguno de ellos para que el medio de defensa intentado sea improcedente.	un parámetro de razonabilidad, y no sólo como una simple posibilidad, esto es, una lógica que debe guardar el vínculo entre la persona y la afectación aducida, ante lo cual, una eventual sentencia de protección constitucional implicaría la obtención de un beneficio determinado, el que no puede ser lejanamente derivado, sino resultado inmediato de la resolución que en su caso llegue a dictarse. Como puede advertirse, el interés legítimo consiste en una categoría diferenciada y más amplia que el interés jurídico, pero tampoco se trata del interés genérico de la sociedad como ocurre con el interés simple, esto es, no se trata de la				

			generalización de una acción popular, sino del acceso a los tribunales competentes ante posibles lesiones jurídicas a intereses jurídicamente relevantes y, por ende, protegidos. En esta lógica, mediante el interés legítimo, el demandante se encuentra en una situación jurídica identificable, surgida por una relación específica con el objeto de la pretensión que aduce, ya sea por una circunstancia personal o por una regulación sectorial o grupal, por lo que si bien en una situación jurídica concreta pueden concurrir el interés colectivo o difuso y el interés legítimo, lo cierto es que tal asociación no es absoluta e indefectible; pues es factible que un				

			juzgador se encuentre con un caso en el cual exista un interés legítimo individual en virtud de que, la afectación o posición especial frente al ordenamiento jurídico, sea una situación no sólo compartida por un grupo formalmente identificable, sino que redunde también en una persona determinada que no pertenezca a dicho grupo. Incluso, podría darse el supuesto de que la afectación redunde de forma exclusiva en la esfera jurídica de una persona determinada, en razón de sus circunstancias específicas. En suma, debido a su configuración normativa, la categorización de todas las posibles situaciones y supuestos del interés legítimo,				

			deberá ser producto de la labor cotidiana de los diversos juzgadores de amparo al aplicar dicha figura jurídica, ello a la luz de los lineamientos emitidos por esta Suprema Corte, debiendo interpretarse acorde a la naturaleza y funciones del juicio de amparo, esto es, buscando la mayor protección de los derechos fundamentales de las personas.				
Décima Época Núm. de Registro: 2002812 Instancia: Primera Sala Tesis Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Libro XVII, Febrero de 2013, Tomo I Materia(s): Común Tesis: 1a. XLIII/2013 (10a.) Página: 822 [Amparo en revisión 366/2012]	Décima Época Núm. de Registro: 2003067 Instancia: Segunda Sala Tesis Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Libro XVIII, Marzo de 2013, Tomo 2 Materia(s): Común Tesis: 2a. XVIII/2013 (10a.) Página: 1736	Décima Época Núm. de Registro: 2004501 Instancia: Segunda Sala Tesis Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Libro XXIV, Septiembre de 2013, Tomo 3 Materia(s): Común Tesis: 2a. LXXX/2013 (10a.) Página: 1854	Décima Época Núm. de Registro: 2007921 Instancia: Pleno Jurisprudencia Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 12, Noviembre de 2014, Tomo I Materia(s): Común Tesis: P./J. 50/2014 (10a.) Página: 60	Décima Época Núm. de Registro: 2015235 Instancia: Primera Sala Tesis Aislada Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 47, Octubre de 2017, Tomo I Materia(s): Común Tesis: 1a. CXLVI/2017 (10a.) Página: 490	Décima Época Núm. de Registro: 2017955 Instancia: Segunda Sala Tesis Aislada Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 58, Septiembre de 2018, Tomo I Materia(s): Común Tesis: 2a. LXXXIV/2018 (10a.) Página: 1217	Décima Época Núm. de Registro: 2018694 Instancia: Primera Sala Tesis Aislada Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 61, Diciembre de 2018, Tomo I Materia(s): Común, Administrativa Tesis: 1a. CCXC/2018 (10a.) Página: 335	Décima Época Núm. de Registro: 2021419 Instancia: Pleno Jurisprudencia Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 74, Enero de 2020, Tomo I Materia(s): Común Tesis: P./J. 17/2019 (10a.) Página: 9

	[Amparo en revisión 553/2012; Amparo en revisión 663/2012]	[Amparo en revisión 256/2013]	[Contradicción de Tesis 111/2013; criterios contendientes: Primera Sala amparo en revisión 366/2012 y Segunda Sala amparos en revisión 553/2012; 684/2012 y 29/2013]	[Amparo en revisión 566/2015]	[Amparo en revisión 241/2018]	[Amparo en revisión 307/2016]	[Contradicción de tesis 306/2018; Criterios contendientes: Primer Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Administrativa Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicacio nes, con residencia en el Distrito Federal y jurisdicción en toda la República, al resolver la queja 39/2014, y el sustentado por el Sexto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Tercer Circuito, al resolver la queja 179/2018]
Esta tesis aislada se hace Jurisprudencia:		Esta tesis aislada se hace Jurisprudencia:					
INTERÉS LEGÍTIMO EN EL AMPARO. SU DIFERENCIA CON EL INTERÉS SIMPLE. La reforma al artículo 107 constitucional, publicada en el Diario Oficial de		INTERÉS LEGÍTIMO E INTERÉS JURÍDICO. SUS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS COMO REQUISITOS PARA PROMOVER EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO,					

la Federación el 6 de junio de 2011, además de que sustituyó el concepto de interés jurídico por el de interés legítimo, abrió las posibilidades para acudir al juicio de amparo. No obstante lo anterior, dicha reforma no puede traducirse en una apertura absoluta para que por cualquier motivo se acuda al juicio de amparo, ya que el Constituyente Permanente introdujo un concepto jurídico mediante el cual se exige al quejoso que demuestre algo más que un interés simple o jurídicamente irrelevante, entendido éste como el que puede tener cualquier persona por alguna acción u omisión del Estado pero que, en caso de satisfacerse, no se traducirá en un		CONFORME AL ARTÍCULO 107, FRACCIÓN I, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. El citado precepto establece que el juicio de amparo indirecto se seguirá siempre a instancia de parte agraviada, "teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho o de un interés legítimo individual o colectivo", con lo que atribuye consecuencias de derecho, desde el punto de vista de la legitimación del promovente, tanto al interés jurídico en sentido estricto, como al legítimo, pues en ambos supuestos a la persona que se ubique dentro de ellos se le otorga legitimación para instar la acción de amparo. En tal virtud, atento a la naturaleza del						

beneficio personal para el interesado, pues no supone afectación a su esfera jurídica en algún sentido. En cambio, el interés legítimo se define como aquel interés personal, individual o colectivo, cualificado, actual, real y jurídicamente relevante, que puede traducirse, en caso de concederse el amparo, en un beneficio jurídico en favor del quejoso derivado de una afectación a su esfera jurídica en sentido amplio, que puede ser de índole económica, profesional, de salud pública, o de cualquier otra. Consecuentemente, cuando el quejoso acredita únicamente el interés simple, mas no el legítimo, se actualiza la causal de improcedencia		acto reclamado y a la de la autoridad que lo emite, el quejoso en el juicio de amparo debe acreditar fehacientemente el interés, jurídico o legítimo, que le asiste para ello y no inferirse con base en presunciones. Así, los elementos constitutivos del interés jurídico consisten en demostrar: a) la existencia del derecho subjetivo que se dice vulnerado; y, b) que el acto de autoridad afecta ese derecho, de donde deriva el agravio correspondiente. Por su parte, para probar el interés legítimo, deberá acreditarse que: a) exista una norma constitucional en la que se establezca o tutele algún interés difuso en beneficio de una colectividad determinada; b) el acto					

prevista en el artículo 73, fracción XVIII, de la Ley de Amparo, en relación con el numeral 107, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.		reclamado transgreda ese interés difuso, ya sea de manera individual o colectiva; y, c) el promovente pertenezca a esa colectividad. Lo anterior, porque si el interés legítimo supone una afectación jurídica al quejoso, éste debe demostrar su pertenencia al grupo que en específico sufrió o sufre el agravio que se aduce en la demanda de amparo. Sobre el particular es dable indicar que los elementos constitutivos destacados son concurrentes, por tanto, basta la ausencia de alguno de ellos para que el medio de defensa intentado sea improcedente.					
Décima Época Núm. de Registro: 2012364 Instancia: Primera Sala Jurisprudencia		Décima Época Núm. de Registro: 2019456 Instancia: Segunda Sala Jurisprudencia					

Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 33, Agosto de 2016, Tomo II Materia(s): Común Tesis: 1a./J. 38/2016 (10a.) Página: 690		Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 64, Marzo de 2019, Tomo II Materia(s): Común Tesis: 2a./J. 51/2019 (10a.) Página: 1598					

Relación de esquemas

	Pág
1. Estructura tetraédrica de los derechos humanos.....	15
2. Combinaciones entre derechos genuinos/no genuinos y justiciabilidad/no justiciabilidad.....	32
3. Relaciones entre los poderes públicos.....	76
4. Circuitos de control entre Legislativo, Ejecutivo y Judicial.....	77
5. Derechos a algo de Roberto Alexy.....	89
6. Clasificación de los derechos humanos de Robert Alexy diferenciando derechos a prestaciones en sentido amplio y derechos a prestaciones en sentido estricto.....	93
7. Elementos lingüísticos de la definición de derechos sociales de Robert Alexy.....	96
8. Elementos lingüísticos de la definición de derechos sociales de Robert Alexy, bajo lectura negativa.....	97
9. Cuadro sinóptico de elementos de la definición de derechos sociales fundamentales en sentido estricto de Robert Alexy....	99
10. Cuadro de opuestos y correlativos de Hohfeld.....	103
11. Posición fáctica y haz de posiciones jurídicas.....	121
12. Ejemplo (1) de haz de posiciones fácticas y posiciones jurídicas.....	123
13. Ejemplo (2) de haz de posiciones fácticas y posiciones jurídicas.....	124
14. Clases de prestaciones a algo, criterios, prestaciones y lenguaje de los derechos.....	130
15. Colisión de libertad fáctica con otros principios formales y materiales.....	135
16. Precedencia del principio de libertad fáctica respecto de otros principios formales y materiales en el modelo de derechos sociales de Robert Alexy.....	137
17. Relaciones de la libertad fáctica con principios formales y materiales.....	148
18. Derechos fundamentales con propuesta de nueva definición del concepto de derechos sociales fundamentales.....	153
19. Igualdad de oportunidades e igualdad de resultados.....	161
20. Cronograma Poder Reformador/Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH).....	168
21. Cronograma del Caso Radilla Pacheco Vs. México y la actuación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.....	169
22. Evolución normativa del artículo 1º de la Constitución de 1917	189
23. Orden escalonado de la actividad estatal de acuerdo con lo manifestado por Kelsen.....	202

24.	Combinatorias de omisiones legislativas absoluta y relativa, obligatoria y potestativa.....	217
25.	Combinatorias de omisiones legislativas bajo criterio total, parcial; de ejercicio obligatorio, de ejercicio potestativo; con o sin bases de configuración normativa.....	225
26.	Combinatorias de omisiones legislativas considerando materia concurrente.....	228
27.	Supuesto de omisión legislativa parcial de ejercicio obligatorio con bases de configuración normativa.....	230
28.	Combinatorias de omisiones legislativas considerando plazo...	232
29.	Ejemplo de eliminación de porción normativa y generación de nuevo enunciado jurídico.....	241
30.	Ejemplo de propuesta de invalidación de porciones normativas en materia de aborto.....	242
31.	Racionalidad pragmática.....	248
32.	Racionalidad jurídico-formal.....	248
33.	Racionalidad teleológica.....	249
34.	Racionalidad ética.....	249
35.	Racionalidad lingüística.....	250
36.	Problemática de la creación normativa.....	250
37.	Textos de los artículos 1º, 101 y 103 constitucionales de 1857, 1917 y modificaciones de junio de 2011.....	255
38.	Sistema de Control de Derechos Humanos en México.....	281
39.	Constitución de 1857, sus leyes de amparo y el interés jurídico	284
40.	Constitución de 1917, sus leyes de amparo y el interés jurídico, así como la incorporación del interés legítimo.....	285
41.	Texto constitucional y texto de la ley de amparo sobre interés legítimo.....	298
42.	Análisis lingüístico del artículo la fracción I, artículo 107 constitucional.....	299
43.	Combinatorias de variantes lingüísticas implícitas en el artículo 107, fracción I.....	300
44.	Análisis lingüístico del primer párrafo del artículo 5º, fracción I, de la Ley de Amparo.....	300
45.	Combinatorias de variantes lingüísticas implícitas en el artículo 5º, fracción I de la Ley de Amparo.....	301
46.	Construcción del interés jurídico y del interés legítimo conforme a la interpretación judicial del artículo 107 fracción I constitucional.....	304
47.	Curso de acción del interés jurídico o del interés legítimo en el juicio de amparo indirecto.....	306
48.	Interés simple e interés legítimo según Jurisprudencia INTERÉS LEGÍTIMO EN EL AMPARO. SU DIFERENCIA CON EL INTERÉS SIMPLE, Tesis: 1a./J. 38/2016 (10a.).....	316

49.	Regulación colombiana (acción de tutela) y mexicana (juicio de amparo).....	349
50.	Elementos básicos para la procedencia del juicio de amparo (exclusión de cualquier clase de interés).....	355
51.	Relaciones entre derechos individuales y bienes colectivos.....	366
52.	Tesis de Alexy sobre relaciones entre derechos individuales y bienes colectivos.....	367
53.	Ejemplo de relaciones entre bienes colectivos y derechos sociales.....	368
54.	Interés social legítimo, justibilidad y justiciabilidad.....	370
55.	Derechos sociales y su regulación en el texto constitucional....	390
56.	Criterios operativos de las limitaciones normativas y contextuales de los derechos fundamentales.....	398
57.	Sujetos que generan limitaciones.....	400
58.	Clases de limitaciones normativas.....	405
59.	La anulación y sus formas.....	435
60.	Elementos y características de las modalidades de limitación de derechos fundamentales: Negación o restricción, suspensión/restricción y anulación.....	438
61.	Cadena argumentativa de los derechos sociales como meras normas programáticas.....	444
62.	Medios a través de los cuales se articula la protección normativa de un derecho humano (elaboración propia basada en señalamientos de Francisco Laporta).....	462
63.	Conflictos normativos según Carla Huerta.....	492
64.	Clases de conflictos normativos.....	499
65.	Relaciones deónticas.....	502
66.	Posibilidades combinatorias deónticas.....	503
67.	Interdefinibilidad deóntica (tautologías).....	503
68.	Equivalencias deónticas.....	504
69.	Elementos de la sentencia dictada en el Amparo en Revisión 237/2014 (consumo de marihuana para fines lúdicos).....	511
70.	Clases de normas y relación de dos elementos de la clase de norma de que se trate.....	516
71.	Combinaciones entre clases de normas.....	516
72.	Combinaciones posibles entre clases de normas (entre sí), y considerando dos elementos respecto de cada clase de norma.....	518
73.	Concurrencia de derechos sociales por recursos presupuestales.....	524
74.	Formas básicas de razonamiento justificativo.....	527
75.	Ponderación entre principios en sentido estricto (basada en ley de colisión).....	528
76.	Ponderación a partir de directrices.....	529

77.	Limitaciones y controles.....	561
78.	Caracterización entre control jurídico, control político y control social.....	564
79.	Tipología de enunciados jurídicos.....	590
80.	Relaciones entre ente público que controla a ente público o a ente privado, interna o externamente, y ente privado que controla a ente público o a ente privado, interna o externamente.....	595
81.	Variantes de adscripción de regla de competencia de control a órgano judicial o no judicial <i>ad hoc</i>	600
82.	Estructura canónica de la regla de competencia de control concentrado adscrita a órgano judicial jurisdiccional.....	609
83.	Variantes del control de la actividad estatal bajo los criterios judicial y jurisdiccional.....	617
84.	Criterio de ejercicio a petición de parte o <i>ex officio</i>	627
85.	Criterio de ejercicio <i>ex officio</i> en sentido estricto y en sentido amplio.....	631
86.	Contraste entre (i) deber general convencional de proteger y garantizar los derechos humanos referidos en la CADH; (ii) obligación constitucional de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, fundamento positivo del Principio de Programatividad General; y (iii) el (ejercicio de) control de constitucionalidad o convencionalidad, o ambos.....	648
87.	Clasificación del control judicial y no judicial, jurisdiccional o no jurisdiccional, considerando criterios nacional o internacional.....	657
88.	Criterios basados en los efectos de control.....	667
89.	Resumen de criterios de control: orden implicado de control (orden generativo).....	670
90.	Elementos básicos para la concepción de diseños institucionales/organizacionales en materia de control constitucional y convencional.....	675
91.	Binomios de componentes de control.....	676
92.	Combinaciones entre los términos de los binomios judicial/no judicial; exclusivo/no exclusivo; jurisdiccional/no jurisdiccional; y constitucional/convencional.....	676
93.	Estructura base de un Sistema Maestro de Control Omnicomprensivo de la Actividad Estatal.....	679
94.	Sistema de control judicial de constitucionalidad (concentrado) y de convencionalidad (difuso).....	681
95.	Componentes del juicio de amparo.....	683
96.	Ejemplos de juicio de amparo y sus componentes.....	683
97.	Componentes de la Acción de Inconstitucionalidad.....	685

98. Componentes de la Declaratoria General de Inconstitucionalidad.....	686
99. Regulación constitucional y de nivel ley de la Declaratoria General de Inconstitucionalidad.....	687
100. Efectos genéricos de la Declaratoria General de Inconstitucionalidad y de la Acción de Inconstitucionalidad...	689
101. Amparos indirectos en revisión acerca del uso lúdico o recreativo de la marihuana.....	692
102. Elementos del test de proporcionalidad de cada juicio de amparo en revisión.....	692
103. Comparativo de sentencias posteriores al primer amparo (237/2014).....	693
104. Seguimiento del test de proporcionalidad primario.....	698
105. Algoritmo del precedente en los casos del consumo lúdico o recreativo de la marihuana.....	699
106. Sistema de control no Judicial de Constitucionalidad (concentrado o difuso) y de Convencionalidad (difuso).....	702
107. Componentes del control constitucional y convencional a cargo de la CNDH.....	703
108. Componentes del control constitucional y convencional a cargo del INAI.....	704
109. Componentes del control constitucional y convencional a cargo del CONEVAL.....	716
110. Componentes del control de convencionalidad a cargo de la CortelDH.....	719
111. Modalidades de control de Leticia Morales.....	730
112. Modelos de control constitucional de Leticia Morales.....	736
113. Combinatorias realmente posibles a partir de las categorías de análisis que utiliza Leticia Morales.....	741
114. Procesos de Justibilidad.....	768
115. Proceso de justibilidad y proceso de justiciabilidad.....	769
116. Justiciabilidad como parte de la justibilidad.....	770
117. Pobreza y justibilidad como respuesta estatal.....	771
118. Pobreza: mundo del ser; Principios de Igualdad: mundo del deber ser (metanorma).....	772
119. La focalización en la justiciabilidad invisibiliza la justibilidad estricta.....	773
120. Derechos sociales y administraciones públicas.....	774
121. Filosofía práctica como campo filosófico unificado.....	783
122. Filosofía práctica y esferas de actividad.....	783
123. Filosofía práctica y problemas que se discuten.....	784
124. Teoría del valor.....	784
125. Teoría normativa.....	785
126. Teoría de la imputación (responsabilidad).....	785

127. Modelo de garantías de los derechos sociales de Cruz Parcero.....	800
128. Tipos de proposiciones en relación con su cantidad, cualidad y función veritativa.....	828
129. Pretensiones de validez según Habermas.....	834
130. Clases de proposiciones normativas.....	840
131. Proposición verdadera, consensual y razonable.....	853
132. Tablas de proposiciones (i) verdaderas o falsas; (ii) razonables o plausibles y (iii) consensuales.....	857
133. Lo razonable.....	872
134. Lo Razonable en sentido estricto y en sentido amplio.....	873
135. Condiciones que debe cumplir una decisión jurídica estrictamente racional.....	874
136. Condiciones que debe cumplir una decisión jurídica razonable.....	875
137. Relaciones entre Derecho y Moral: conjuntos base para combinatorias.....	883
138. Combinaciones primarias de elementos diferenciadores dicotómicos.....	885
139. Combinatorias de elementos diferenciadores dicotómicos bajo conexión normativa necesaria.....	886
140. Combinatorias de elementos diferenciadores dicotómicos bajo conexión conceptual necesaria.....	886
141. Combinatorias de elementos diferenciadores dicotómicos considerando si existe o no conexión normativa necesaria o conexión conceptual necesaria.....	887
142. Combinatorias de elementos diferenciadores con relación a si existe o no conexión conceptual necesaria.....	889
143. Combinatoria 33, considerando que, necesariamente, incluye validez.....	890
144. Combinatoria 33 desagregada donde validez es una constante singular (no dicotómica) y se considera que existe conexión conceptual necesaria.....	891
145. Combinatoria 33.1.....	891
146. Combinatoria 33.2.....	891
147. Combinatoria 33.3.....	891
148. Combinatoria 33.4.....	891
149. Combinatoria 33.5.....	892
150. Combinatoria 33.6.....	892
151. Combinatoria 33.7.....	892
152. Combinatoria 33.8.....	892
153. Estructura del argumento condicional de la conexión entre Derecho y una Moral correcta de Alexy ($p \rightarrow q$).....	899

154. <i>Modus ponens</i> del argumento condicional de la conexión entre Derecho y una Moral correcta de Alexy.....	900
155. <i>Modus tollens</i> del argumento condicional de la conexión entre Derecho y una moral correcta de Alexy.....	900
156. Argumento <i>ad absurdum</i>	901
157. Cadena argumentativa por la que se concluye que la actividad estatal debe ser conforme con los textos constitucional y convencionales.....	906
158. Cadena argumentativa por la que se concluye que la actividad estatal debe promover, respetar, proteger y garantizar los derechos fundamentales.....	907
159. La(s) regla(s) de reconocimiento de acuerdo con Ruíz Manero y Atienza.....	910
160. Transición del Estado de Derecho al Estado Constitucional de Derecho.....	927

Bibliografía

Abbagnano, Nicola, *Diccionario de filosofía*, 2ª ed., en español, FCE, México, 1985.

Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, 2ª ed., Trotta, Colección Estructuras y Procesos, Serie Derecho, Madrid, España., 2004.

Acuña, Juan Manuel, *Justicia constitucional y políticas públicas. El control de las políticas públicas sociales a partir de la articulación jurisdiccional de los derechos sociales fundamentales*, Porrúa-Universidad Panamericana, [Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, núm. 61], México, 2012.

Acuña, Juan Manuel, *El modelo difuso de control de constitucionalidad y convencionalidad en México*, tirant lo blanch, México, 2019.

Aguiló Regla, Josep, *La Constitución del Estado Constitucional*, Palestra-Temis, colección Pensamiento Jurídico Contemporáneo, Bogotá, Colombia, 2004.

Alchourrón, Carlos y Bulygin, *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*, Astrea, Buenos Aires, Arg., 1975.

Alexy, Robert, "Sobre las relaciones necesarias entre el Derecho y la Moral", en *Derecho y razón práctica*, Fontamara, México, 1993, pp. 37-58.

Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, [Versión castellana: Ernesto Garzón Valdés; Revisión: Ruth Zimmerling] Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España, 1993.

Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, (Traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido), 2ª ed., en español, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España, 2008.

Alexy, Robert "El concepto y la validez del Derecho", Gedisa, Barcelona, España, 1994.

Alexy, Robert, "Ponderación, control de constitucionalidad y representación", en Andrés Ibañez, Perfecto y Alexy, Robert, *Jueces y ponderación argumentativa*, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Estado de Derecho y Función Judicial, México, 2006, pp. 1-18.

Alexy, Robert, "La fórmula del peso", <Addenda> de la obra del mismo autor, *Teoría de la argumentación jurídica*, 2ª ed., tr. Manuel Atienza e Isabel Espejo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España, 2007.

Alexy, Robert, "Control judicial de constitucionalidad como representación argumentativa", en VV. AA. *Diálogos constitucionales de Colombia con el mundo. VII Encuentro de la Jurisdicción Constitucional*, Editor Juan Carlos Henao, Universidad Externado de Colombia-Corte Constitucional de Colombia, Colombia, 2013, pp. 49-50

Alexy, Robert, *La doble naturaleza del Derecho*, Trotta, Colección Estructuras y Procesos, Serie Derecho, Madrid, España, 2016.

Andrés Ibañez, Perfecto y Alexy, Robert, *Jueces y ponderación argumentativa*, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Estado de Derecho y Función Judicial, México, 2006

Apalategui Cabra, José Manuel, "Claves de la argumentación jurídica en Luis Recaséns Siches: estimativa jurídica y logos de lo razonable", en *Anuario de Filosofía del Derecho* (XXVII), 2011, Es., pp. 37-61.

Aragón Reyes, Manuel, *Constitución y control del poder. Introducción a una teoría constitucional del control*, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 1999

Arango, Rodolfo, "Derechos sociales. Un mapa conceptual", en Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Año III, número 5, Julio-diciembre, 2017, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, pp. 495-516.

Arango Rivadeneira, Rodolfo, "Derechos Sociales", en *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, Volumen Dos, Capítulo 47, UNAM-IIJ, Editor General: Jorge Luis Fabra Zamora; Editores: Jorge Luis Fabra Zamora y Verónica Rodríguez Blanco, México, 2015, pp. 1677-1711.

Atienza, Manuel, "Para una razonable definición de <<razonable>>", en *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Núm. 4, Universidad de Alicante, Es., 1987, pp. 189-200

Atienza Manuel, *Contribución a una teoría de la legislación*, Ed. Civitas, Madrid, España, 1997.

Atienza Manuel y Ruíz Manero Juan, "La dimensión institucional del Derecho y la justificación jurídica", en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Núm. 24, Universidad de Alicante, Es., 2001.

Atienza, Manuel, *El sentido del Derecho*, Ariel, Barcelona, España, 2001.

Atienza, Manuel, *El Derecho como argumentación. Concepciones de la Argumentación*, Ariel, Barcelona, España, 2006.

Atienza, Manuel, *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2009.

Atienza, Manuel, *Curso de Argumentación Jurídica*, Trotta, Madrid, Es., 2013.

Atienza, Manuel, Conferencia "Objetivismo Moral, Derecho y Globalización", dictada el 6 octubre 2015, en el Congreso Internacional de Filosofía del Derecho. Problemas Constitucionales en un Mundo Global, Escuela Judicial del Estado de México, Atienza; Fuente: <https://www.youtube.com/watch?v=cZuTocEoSug>. (Versión estenográfica propia).

Atienza, Manuel, *Filosofía del Derecho y Transformación Social*, Trotta, Madrid, España, 2017.

Atienza, Manuel y Ruíz Manero, Juan, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 2ª ed., Ariel, España, 2006.

Atienza, Manuel y Ruíz Manero, Juan, "La dimensión institucional del Derecho y la justificación jurídica", en DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Núm. 24, Universidad de Alicante, Es., 2001, pp. 115-130

Atienza, Manuel, "Cómo desenmascarar a un formalista", en [Revista] *Isonomía*, N° 34, abril 2011, México.

Austin, John L., *Cómo hacer cosas con palabras. Palabras y acciones*, Paídos, Barcelona, España, 1971.

Ávila Ornelas, Roberto, "Control Jurisdiccional de Reformas Constitucionales por la Suprema Corte de Justicia de la Nación", en VV. AA., *Derecho Procesal Constitucional*, coordinador Armando Soto Flores, Secretaría de Gobernación, Secretaría de Cultura, Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México e Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2016

Azaola Garrido, Elena y Ruiz Torres, Miquel Ángel, *Investigadores de papel. Poder y derechos humanos entre la policía judicial de la Ciudad de México*, Fontamara, México, 2009.

Balbín, Carlos F., "El control de los actos políticos", en VV. AA, *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, Centro de Estudios Constitucionales, Cuadernos y Debates núm. 29, Madrid, España, 1991, pp. 35-65.

Baldassarre, Antonio, *Los derechos sociales*, Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, N° 20, Colombia, 1997.

Bazán, Víctor, "Respuestas normativas y jurisdiccionales frente a las omisiones inconstitucionales: una visión de derecho comparado", en VV. AA., *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, UNAM-IIIJ, México, 2003.

Becerra Bautista, José, *El Proceso Civil en México*, 6ª ed., Porrúa, México, 1977.

Bernal Pulido, Carlos, "Fundamentación y significado de la doctrina de la sustitución de la Constitución. Un análisis del control de constitucionalidad de las reformas a la Constitución en Colombia", en VV. AA. *Diálogos constitucionales de Colombia con el Mundo. VII Encuentro de la Jurisdicción Constitucional*, editor Juan Carlos Henao, Universidad Externado de Colombia, Col., 2013, pp. 405-431.

Bertelsen Repetto, Raúl, Notas sobre el control a las reformas constitucionales en Chile, en VV. AA. *Diálogos constitucionales de Colombia con el Mundo. VII Encuentro de la Jurisdicción Constitucional*, editor Juan Carlos Henao, Universidad Externado de Colombia, Col., 2013, pp. 435-440

Biscaretti Di Rufia, Paolo, *Derecho Constitucional*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, España, 1987.

Bilbeny, Norbeert, *Aproximación a la Ética*, 2ª ed., actualizada, Ariel, España, 2000
Bix, Brian H. *Obligación y significado. Derecho, lenguaje y normatividad*, Fontamara, Biblioteca de ética, Filosofía del Derecho y Política, núm. 130, México, 2015.

Brage Camazano, Joaquín, *Los límites a los derechos fundamentales*, tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Constitucional, Madrid, España, 2015.

Bobbio, Norberto, *Teoría General del Derecho*, Debate, Madrid, España, 1991.

Bobbio, Norberto, *El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid, España, 1991.

Bobbio, Norberto, *Teoría General de la Política*, 3ª ed., Trotta, Madrid, España, 2009.

Bobbio, Norberto, Matteucci, Nicola y Pasquino, Gianfranco, *Diccionario de Política*, 2ª ed., en español, corregida y aumentada, Siglo XXI editores, México, 1992

Bohm, David, *La totalidad y el orden implicado*, Kairos, Barcelona, España, 1987.

Bohm, David y Peat, David, *Ciencia, Orden y Creatividad. Las raíces creativas de la ciencia y la vida*, Kairós, Barcelona, España, 1988.

Bunge, Mario, *La investigación científica*, 2ª ed., actualizada, Ariel, Barcelona, España, 1983.

Carmona Tinoco, Jorge Ulises, "La división de poderes y la función jurisdiccional", en *Revista Latinoamericana de Derecho*, Año IV, núm. 7-8, enero-diciembre de 2007, UNAM-IIJ-Rubinzal-Culzoni Editores, pp. 175-21.

Cámara de Diputados, *Gaceta Parlamentaria* del jueves 3 de enero de 2013, *Iniciativa de modificaciones constitucionales presentada en la Cámara de Diputados por el legislador Francisco Agustín Vieyra (grupo parlamentario del PRI)*

Cámara de Diputados, "Proceso Legislativo" de la reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación del 15 de septiembre de 2017, consultable en:

https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_crono.htm

Cámara de Senadores, *Gaceta Parlamentaria* del martes 5 de marzo de 2013. *Iniciativa de reforma constitucional en materia de derechos humanos, presentada por el senador Raúl Cervantes Andrade (grupo parlamentario del PRI)*

Cámara de Diputados. Secretaría General. Secretaría de Servicios Parlamentarios. Dirección General de Servicios de Documentación, Información y Análisis; Proceso Legislativo del "DECRETO por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (DOF 10-06-2011)".

Cervantes Alcayde, Magdalena, "La Constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos y la limitación de su alcance vía interpretación constitucional en México", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLX, núm. Extraordinario, 2019.

Cohen, Morris y Nagel, Ernest, *Introducción a la lógica y al método científico*, Amorrortu editores, Vol. 1, Argentina, 1993.

Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (CONEVAL), *Metodología para la medición multidimensional de la pobreza en México*, 3ª ed., México, junio 2019.

Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (CONEVAL)-UNAM, Instituto de Investigaciones Sociales, (Coordinadores: Gonzalo Hernández Licona, Ricardo Aparicio Jiménez y Fiorella Mancini), *Pobreza y derechos sociales en México*, 2018.

Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (CONEVAL), Programa Institucional 2020-2024 de CONEVAL;

https://www.coneval.org.mx/quienessomos/PlaneacionInstitucional/Documents/Programa%20Institucional%202020_2024%20CONEVAL.pdf

Colón-Ríos, Joel I., "Notas sobre la reforma constitucional y sus límites"; en VV. AA. *Diálogos constitucionales de Colombia con el mundo. VII Encuentro de la Jurisdicción Constitucional*, Editor Juan Carlos Henao, Universidad Externado de Colombia-Corte Constitucional de Colombia, Colombia, 2013, pp. 385-401

Comisión Nacional para la Celebración del Sesquicentenario de la Proclamación de la Independencia Nacional y del Cincuentenario de la Revolución Mexicana, *Diario de los debates del Congreso Constituyente 1916-1917*, dos tomos, México, 1960

Comisión Nacional de Derechos Humanos. *Recomendación General número 26 sobre la falta y/o actualización de programas de manejo en áreas naturales protegidas de carácter federal y su relación con el goce y disfrute de diversos derechos humanos*, del 13 de abril de 2016;
https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/doc/Recomendaciones/Generales/R ecGral_026.pdf

Copi Irving M. y Cohen, Carl, *Introducción a la lógica*, Limusa, México, 2001.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, relación de opiniones consultivas. Fuente de consulta: https://www.corteidh.or.cr/opiniones_consultivas.cfm

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Texto consultado en:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*. Sentencia de 24 de noviembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Texto consultado en:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Sentencia del 26 de noviembre de 2010 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Texto consultado en:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Sentencia de 24 de febrero de 2011. (Fondo y Reparaciones), [Omitimos las citas]. Texto consultado en: https://www.youtube.com/watch?v=IC-CwFr29no&list=RDIC-CwFr29no&start_radio=1

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205 (vinculado a feminicidios); https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-23/17* de 15 de noviembre de 2017, solicitada por la República de Colombia, Medio Ambiente y Derechos Humanos.

Cortina, Adela, *¿Para qué sirve realmente...? La Ética*, Paidós, España, 2013.

Cossío Díaz, José Ramón, *Estado social y derechos de prestación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, Es., 1989.

Cossío Díaz, José Ramón, "Los derechos sociales como normas programáticas y la comprensión política de la Constitución", en VV. AA., *Ochenta años de vida constitucional en México*, Cámara de Diputados LXII Legislatura, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 1998.

Cossío, José Ramón, "Las trampas del consenso", en *Revista (digital) Hechos y Derecho*, Núm. 17, publicado el 18 de octubre de 2013; <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/6888/8824>.

Cossío Díaz, José Ramón, *Sistemas y modelos de control constitucional en México*, 2ª ed., UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Estudios Jurídicos, núm. 186, México, 2017

Diario La República, Colombia, noticia:

<https://www.larepublica.co/globoeconomia/cuatro-paises-donde-los-empresarios-tienen-autorizacion-para-vacunar-contracovid-19-3157899>

Cruz Parceró, Juan Antonio, *El concepto de derecho subjetivo*, Fontamara, México, 1999

Cruz Parceró, Juan Antonio, *El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos*, Trotta, Madrid, Es., 2012.

Cruz Parceró, Juan Antonio, "El concepto de interés legítimo y su relación con los derechos humanos. Observaciones críticas a Ulises Schmill y Carlos de Silva", en *Isonomía*, núm. 39, octubre 2013, Instituto tecnológico Autónomo de México.

Cruz Parceró, Juan Antonio, *Hacia una Teoría Constitucional de los Derechos Humanos*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, colección Constitución y Derechos, México, 2017.

Cruz P, Juan Antonio, "Reflexiones sobre 'Derechos Sociales y Desigualdad'", en VV. AA., *Entre la libertad y la igualdad. Ensayos críticos sobre la obra de Rodolfo Vázquez*, coordinadores: Jorge Cerdio, Pablo de Larrañaga, Pedro Salazar, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Serie Doctrina Jurídica, núm 807, tomo II, México, 2017.

Choza, Jacinto, *Manual de Antropología Filosófica*, 2ª ed., Thémata, Sevilla, España, 2016.

Courtis, Christian, "Democracia, administración pública y derechos sociales", en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Julio-diciembre, 1917, Año III. Núm. 5, México.

Da Silva Moreira, Pedro, *Deferencia al legislador: vinculación del juez a la ley en el Estado Constitucional*, Tesis doctoral, (doctorado en Derecho Gobierno y Políticas Públicas), Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Derecho, Madrid, 2018.

Debré, Jean-Louis, "Las relaciones entre el Consejo Constitucional y los poderes públicos", en VV. AA. *Diálogos constitucionales de Colombia con el Mundo. VII Encuentro de la Jurisdicción Constitucional*, editor Juan Carlos Henao, Universidad Externado de Colombia, Col., 2013, pp. 331-341.

De Gortari, Eli, *Diccionario de la lógica*, Plaza y Valdés Editores, México, 1988.

De Paz González, Isaac, *Constitucionalismo y Justiciabilidad de los Derechos Sociales. Estudio comparado internacional y leading cases a través del juicio de amparo en México*, Porrúa- Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional (IMDPC), Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, núm. 127, México, 2016.

Díaz Pérez, Alejandro, "Reflexiones sobre la protección no judicial del derecho a la salud", en *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 28, enero-junio de 2019, pp. 35-70.

Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel, España, 1984.

Echave, Delia Teresa, Urquijo, María Eugenia y Guibourg, Ricardo. A., *Lógica, proposición y norma*, Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1980.

Elster, Jon, ¿Por qué una Corte Constitucional?, en VV. AA. *Diálogos constitucionales de Colombia con el Mundo. VII Encuentro de la Jurisdicción Constitucional*, editor Juan Carlos Henao, Universidad Externado de Colombia, Col., 2013, pp. 65-80,

Ferrajoli, Luigi, "Prólogo" al libro Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, 2ª ed., Trotta, Colección Estructuras y Procesos, Serie Derecho, Madrid, Es., 2004.

Fernández Rodríguez, José Julio, "Aproximación al concepto de inconstitucionalidad por omisión", en VV. AA. *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre inconstitucionalidad por omisión*, 2ª ed., UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, Núm. 135, México, 2007, pp. 57-58.

Ferrajoli, Luigi, "Igualdad y diferencia", en *Igualdad y diferencia de género*, publicación del Consejo nacional para Prevenir la Discriminación, Colección Miradas, N° 2, México, 2007, pp. 7-33.

Ferrer Beltrán, Jordi y Rodríguez, Jorge Luis, *Jerarquías normativas y dinámica de los sistemas jurídicos*, Marcial Pons, colección Filosofía y Derecho, Madrid, Es., 2011.
Finnis, John, *Ley Natural y Derechos Naturales*, Estudio preliminar de Cristóbal Orrego S., Abeledo Perrot, Buenos Aires, Ar., 2000.

Fioravanti, Maurizio, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, Trotta, 2ª ed., Es., 1998.

Fix Zamudio, Héctor, *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*, prólogo de Andrés Garrido del Toral, Fundap, colección Derecho, Administración y Política, México, 2002, pp. 117-118. [publicado originalmente en 1977 en la *Memoria del Colegio Nacional*, México, pp. 27-84],

Fix-Fierro, Héctor, *El poder del Poder judicial y la modernización en el México contemporáneo*, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, Núm. 878, México, 2020.

Forsthoff, Ernst, *El Estado de la sociedad industrial*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, [traducido por Jaime Nicolás Muñiz y Luis López Guerra; estudio introductorio por Jaime Nicolás Muñiz; epílogo por Luis López Guerra], Madrid, España, 2013.

Fullat, Octavi, Mélich, Joan-Carles, *Los sistemas morales. Textos y ejercicios*, Vicens-vives, Biblioteca Didáctica de Filosofía, Barcelona, España, 1990.

Gama, Leopoldo, *Derechos, democracia y jueces. Modelos de filosofía constitucional*, Marcial Pons, colección Filosofía y Derecho, Es., 2019.

García Gómez, María José, "El impacto de la Ley de la Renta Congelada en la Ciudad de México (1942-2001)", en *El mundo del derecho II. Instituciones, justicia y cultura jurídica*, Coordinadores: Andrés Lira y Elisa Speckman Guerra, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM-Escuela Libre de Derecho, Serie Doctrina Jurídica, núm. 813, México, 2017.

García Máynez, Eduardo, *Filosofía del Derecho*, 5a ed., Porrúa, México, 1985.

García Pelayo, Manuel, "El 'status' del Tribunal Constitucional", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 1, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, Es., 1981.

Gasió, Guillermo, "Estudio preliminar", en Kelsen, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Tecnos, Madrid, España, 1995. (Obra original de 1931)

Gilovich, Thomas, *Convencidos, pero equivocados. Guía para reconocer espejismos en la vida cotidiana*, Milrazones, Barcelona, España, 2009.

González Cuervo, Mauricio, "La tensión entre las cortes constitucionales y otros poderes del Estado", en VV. AA. *Diálogos constitucionales de Colombia con el Mundo. VII Encuentro de la Jurisdicción Constitucional*, editor Juan Carlos Henao, Universidad Externado de Colombia, Col., 2013, pp. 343-365.

Guastini, Riccardo, "La <<constitucionalización>> del ordenamiento jurídico: el caso italiano", en VV. AA. *Neoconstitucionalismo(s)*, 2ª ed., Trotta, Madrid, España, 2005, pp. 51-52.

Gutiérrez Rivas, Rodrigo, "La justiciabilidad del derecho a la salud en México y en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos", en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Año III, número 5, Julio-diciembre, 2017, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, pp. 521-522.

Gutiérrez Parada, Oscar, *Técnicas Normativas. Modelos de análisis lingüístico y lógico de enunciados jurídicos aplicables durante su elaboración (estudios de caso)*, Universidad Pontificia de México-Asesoría de Diseños Normativos, SC, México, 2006.

Gutiérrez Parada, Oscar, *Modificaciones constitucionales de la reforma política del 9 de agosto de 2012*, Asesoría de Diseños Normativos, S.C., México, septiembre de 2012.

Gutiérrez Parada, Oscar, *Sistema de votaciones y de mayorías en el Congreso General. Legitimidad (poder) y legalidad (derecho)*, Asesoría de Diseños Normativos, S.C., México, 2013.

Gutiérrez Parada, Oscar, *Técnicas legislativas/Técnicas normativas. Hacia una mejor hechura de las leyes: operadores deónticos y alotropía lingüística*, Asesoría de Diseños Normativos, S.C., México, 2015.

Gutiérrez Parada, Oscar, Conferencia "Feminicidio. Amparo en Revisión 554/2015"; Youtube, https://www.youtube.com/watch?v=CAo_GHD8esw.

Gutiérrez Parada, Oscar, *Sistema Federal. Tendencia actual. Federalismo normativo centralmente dirigido*, Porrúa-Escuela Libre de Derecho, México, 2016.

Gutiérrez Parada, Oscar y Muñoz Díaz, Pablo Francisco, "Dignidad humana y derechos humanos de las remuneraciones de servidores públicos", en *Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela libre de Derecho*, Número 42, Año 42, México, 2018, pp. 142-171.

Gutiérrez Parada, Oscar, *Combate a la corrupción. Competencia estatal: análisis de las acciones de inconstitucionalidad 56/2016; 58/2016 y 30/2016*, Asesoría de Diseños Normativos, S.C., México, 2019.

Gutiérrez Parada, Oscar, *Los organismos constitucionalmente autónomos y su caracterización jurisprudencial*, Asesoría de Diseños Normativos, S.C., enero, 2019.

Gutiérrez Sáenz, Raúl, *Introducción a la lógica*, 9ª ed., Esfinge, México, 2006.

Haba, Enrique Pedro. "Magia verbal, realidades y sentido fermental de los, así llamados, derechos» económicos", en: *Criterio Jurídico*, Santiago de Cali, Vol. 4, 2004, pp. 7-30.

Habermas, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa I. Racionalidad de la acción y racionalización social*, Taurus, 1987.

Häberle, Peter, *Los derechos fundamentales en el Estado prestacional*, Palestra Editores, Lima, Perú, 2019

Hart, H. L. A., *El concepto de Derecho*, 2ª ed., tr. De Genaro R. Carrio, Editora Nacional, México, 1963.

Herrera Pérez, Alberto, "El control de convencionalidad en materia de derechos humanos y la regularidad constitucional. Comentarios a la Jurisprudencia 20/2014 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación", en *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, Núm. 35, julio-diciembre 2016, México, pp. 277-288.

Hierro, Liborio L., "Los derechos económicos-sociales y el principio de igualdad en la Teoría de los Derechos de Robert Alexy", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Núm. 30, Universidad de Alicante, Es., 2007.

Hohfeld, W.N., *Conceptos jurídicos fundamentales*, Fontamara, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, Núm. 2, México, 1991.

Holmes, Sthepen y Sunstein, Cass R., *El Costo de los Derechos. Porque la libertad depende de los impuestos*, Siglo XXI, colección derecho y política, Buenos Aires, Arg., 2011.

Huerta Ochoa, Carla, *Conflictos Normativos*, 2ª ed., UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, núm. 142, México, 2007.

Ihering, Rudolf von, *3 Estudios jurídicos. Del Interés en los Contratos. La Posesión. La Lucha por el Derecho*, Editorial Atalaya, Buenos Aires, Arg., 1947

Ihering, Rudof von, *La Lucha por el Derecho*, versión española de Adolfo Posada y Biesca con prólogo de D. Leopoldo Alas, 2ª ed., facsimilar, Porrúa, México, 1989.

Indavera Stieben, Leandro Gastón, "La existencia de contradicciones performativas y su importancia para la crítica al falibilismo ilimitado en Karl-Otto Apel", en *Cuadernos del Sur. Filosofía*, publicación semestral del Departamento de Humanidades de la Universidad Nacional del Sur (UNS), versión On-line ISSN 2362-2989, no.39, Bahía Blanca, Argentina, 2010. Consultable en: http://bibliotecadigital.uns.edu.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1668-74342010001100007.

Jiménez Cabrera, Édgar, "La prospectiva y la gestión gubernamental en América Latina", en VV. AA. *El futuro a debate. Respuestas prospectivas y estratégicas ante la incertidumbre global*, coordinadores: Tomás Miklos y Margarita Arroyos, Limusa-INAP, México, 2016

Kahneman, Daniel, *Pensar rápido, pensar despacio*, Debate, México, 2012.

Kelsen, Hans, *Problemas Capitaes de la Teoría Jurídica del Estado (Desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica)*, Porrúa, México, 1987 [Traducción de la segunda edición del alemán de 1923; obra original de 1911]

Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Serie Ensayos Jurídicos, núm. 5, tr. de Rolando Tamayo Salmorán, México, 2016. [El título original en francés es: *La garantie juridictionnelle de la Constitution, (la justice constitutionnelle)*, publicado en el *Annuaire de l'Institut de Droit Public, Paris, Presses Universitaires de France*, 1929, pp. 52-143. También fue publicado anteriormente en *Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Etranger*, Paris, 1928, pp. 197-257.

Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, 2ª ed., traducción de la segunda edición en alemán, por Roberto J. Vernengo, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie G: Estudios Doctrinales núm. 20, México, 1983.

Kelsen, Hans, *¿Qué es la justicia?*, Fontamara, México, 1991.

Kelsen, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*; Estudio preliminar de Guillermo Gasío, Tecnos, Es., 1995.

Larios Velasco, Rogelio y Caballero Gutiérrez, Lucila, *Las directivas de interpretación jurídica*, Fontamara, México, 2011.

Laporta, Francisco J., "El principio de igualdad: introducción a su análisis", en *Sistema, Revista de Ciencias Sociales*, núm. 67, pp. 3-5. Sistema, Revista de Ciencias Sociales, n° 67, publicada por Editorial Sistema, Madrid 1985.

Laporta, Francisco, "El concepto de derechos humanos", en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Núm. 4, Universidad de Alicante, Es., 1987.

Larrañaga, Pablo de, *El orden de la vida material. Regulación y constitucionalismo económico*, UNAM.IIJ, Serie Doctrina Jurídica, núm. 926, México, 2021.

López Sterup, Henrik, *Justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales a partir de la praxis judicial: evaluación sobre el impacto en la consolidación de una democracia constitucional*, Tesis Doctoral, Universidad de Alicante, España, junio de 2015.

Maritain, Jacques, *El orden de los conceptos. I. Lógica Menos (lógica formal)*, Club de Lectores, Biblioteca Argentina de Filosofía, Buenos Aires, Argentina, 1964.

Marradi, Alberto, "Sistema judicial", voz, en Bobbio, Norberto, Matteucci, Nicola y Pasquino, Gianfranco, *Diccionario de Política*, 2ª ed., en español, corregida y aumentada, Siglo XXI editores, México, 1992, p. 1457.

Medina Mora, Alejandra, Salazar Ugarte, Pedro y Vázquez Daniel, *Derechos Humanos y Restricciones. Los dilemas de la Justicia*, Porrúa, México, 2015.

Mendonca, Daniel, *Las claves del derecho*, Gedisa, Serie Filosofía del Derecho, Barcelona, España, 2000

Miembro, Roberto, "Nuevos argumentos en contra de la iniciativa de reforma al artículo 1º de la Constitución, en Revista Nexos, Blog El Juego de la Suprema Corte, 21 enero 2013; consultable en: <https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=2308>.

Morales, Leticia, *Derechos sociales constitucionales y democracia*, Marcial Pons, Es., 2015

Nino, Carlos Santiago, *Ética y derechos humanos*, 2ª ed. Ampliada y revisada, 1989, Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1989.

Nino, Carlos S., "Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad", en VV. AA. *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, Centro de Estudios Constitucionales, Cuadernos y Debates, Núm. 29, Madrid, España, 1991, pp. 95-137.

Palacio Palacio, Jorge Iván, "La reforma constitucional en Colombia", en VV. AA. *Diálogos constitucionales de Colombia con el mundo. VII Encuentro de la Jurisdicción Constitucional*, Editor Juan Carlos Henao, Universidad Externado de Colombia-Corte Constitucional de Colombia, Colombia, 2013, pp. 443-452

Ragone, Sabrina, *El control judicial de la reforma constitucional. Aspectos teóricos y comparativos*, Porrúa, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, núm. 63, México, 2012.

MacCormick, Neil, *Instituciones del derecho*, Marcial Pons, Colección Filosofía y Derecho, Madrid, España, 2011.

Méndez López, Luis Ángel (Universidad Pontificia de Comillas, Madrid), "Los conflictos entre el Tribunal Constitucional y la jurisdicción ordinaria: a propósito del caso Bildu", en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº 67/68, 2009, Universidad de Valencia, Departamento de Derecho Constitucional y Ciencia Política y de la Administración, España, pp. 153-166.

Mijangos y González, Javier, "El juicio de amparo contra particulares", en VV. AA., *El juicio de amparo en el centenario de la Constitución Mexicana de 1917*. Pasado, Presente y Futuro, Tomo I, UNAM-IIJ, México, 2017, pp. 271-287

Moyn, Samuel, *La última utopía. Los derechos humanos en la Historia*, tr. Jorge González Jácome, Pontificia Universidad Javeriana, Colombia, 2015.

Orbegoso Silva, Miluska Fiorella, *La protección de los derechos fundamentales en las prestaciones sociales: relevancia de la organización y el procedimiento*, Universidad de Navarra, Facultad de Derecho, Pamplona, Es., diciembre 2016. Fuente: <https://dadun.unav.edu/handle/10171/54580>

Pazos María Alicia y Ramírez, Sandra Lucía, *Conectivas y usos del lenguaje: hacia un discurso argumentativo*, Universidad de la Ciudad de México, Academia de Filosofía, coordinadora Gabriela Guevara, México, 2003

Pérez Luño, Antonio-Enrique, *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*, Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, N° 23, Colombia, 2002.

Ragone, Sabrina, *El control judicial de la reforma constitucional. Aspectos teóricos y comparativos*, Porrúa, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, núm. 63, México, 212

Rangel Hernández, Laura, "La acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa en la Constitución mexicana. Un avance en el acceso a la Justicia Constitucional", en revista *Cuestiones Constitucionales*, Núm. 18; enero-junio 2008, pp. 201-226.

Rangel Hernández, Laura, *Inconstitucionalidad por omisión legislativa. Teoría general y su control jurisdiccional en México*, Porrúa, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, Núm. 33, México, 2009.

Raz, Joseph, *Razón práctica y normas*, Centro de Estudios Constitucionales, traducción de Juan Ruíz Manero, colección El Derecho y la Justicia, Madrid, España, 1991.

Rawls, John, *[Una] Teoría de la Justicia*, FCE, México, 1979 [1ª ed., en español].

Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 23ª ed.; www.rae.es

Recaséns Siches, Luis, "El logos de 'lo razonable' como base para la interpretación jurídica", en *Diánoia*, Vol. 2, N° 2, 1956, Instituto de Investigaciones Filosóficas-UNAM, México

Red Internacional para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Red-DESC", <https://www.escr-net.org/es/derechos>.

Rousseau, Dominique, "Las relaciones conflictuales entre las cortes constitucionales y os poderes ejecutivo, legislativo y judicial, expresión de una figura nueva de la democracia", en VV. AA. *Diálogos constitucionales de Colombia con el Mundo. VII Encuentro de la Jurisdicción Constitucional*, editor Juan Carlos Henao, Universidad Externado de Colombia, Col., 2013, pp. 321-330.

Rojas Caballero, Ariel Alberto, *El control difuso y la recepción del control de convencionalidad en materia de derechos humanos en México*, prólogo Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional (IMDPC), Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, núm. 117, México, 2015.

Rossi, Julieta, "Mecanismos internacionales de protección de los derechos económicos, sociales y culturales", en en VV. AA. *Derechos Sociales. Instrucciones de uso*, compiladores V. Abramovich y C. Courtis, Fontamara, México, 2003

Sachs, Jeffrey, *El fin de la pobreza. Cómo conseguirlo en nuestro tiempo*, Debate, México, 2006.

Sager, Lawrence G., "Cortes constitucionales, derechos sociales, y el 'espacio de colaboración' entre el significado y la doctrina", en VV. AA. *Diálogos constitucionales de Colombia con el Mundo. VII Encuentro de la Jurisdicción Constitucional*, editor Juan Carlos Henao, Universidad Externado de Colombia, Col., 2013, p. 305

Santos, Boaventura de Sousa, *Sociología jurídica crítica*, Trotta, España, 2009

Salazar, Pedro, *Poder contra Derecho. El caso de la consulta popular para juzgar a los expresidentes*, UNAM-IIJ, Serie Estudios Jurídicos, Núm. 354, México, 2021.

Searle, John, *Actos de habla. Ensayo de filosofía de lenguaje*, Planeta-Agostini, México, 1994 [obra original de 1969]

Searle, John, *La Construcción de la Realidad Social*, prólogo de Antoni Doménech, Paidós, España, 1997.

Silva Meza, Juan N., "El impacto de la reforma constitucional en materia de derechos humanos en la labor jurisdiccional en México", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año XVIII, 2012, Bogotá, Colombia, pp. 151-172.

Schmill Ordoñez, Ulises y De Silva Nava, Carlos, "El interés legítimo como elemento de la acción de amparo", en *Isonomía* N° 38, abril 2013, México.

Smith Adam, *La riqueza de las naciones*, 3ª ed., Alianza Editorial, Madrid, España, 2011.

Soberanes Fernández, José Luis y Martínez Martínez, Faustino José, *Fuentes para la historia del juicio de amparo*, Senado de la República. México, 2004.

Suárez Camacho, Humberto, "El juicio de amparo contra particulares", en VV. AA., *El juicio de amparo en el centenario de la Constitución Mexicana de 1917. Pasado, Presente y Futuro*, Tomo I, UNAM-ILJ, México, 2017, pp. 289-302.

Suprema Corte de Justicia de la Nación y Oficina en México del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Compilación de Instrumentos Internacionales sobre Protección de la Persona aplicables en México*, Tomo I, Derecho Internacional de los Derechos Humanos, México, 2012.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, *La jurisprudencia. Su integración*, 2ª ed., [Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis], México, 2005.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, *La primera sentencia de amparo*, México, 2012.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Amparo en Revisión 115/2019*; <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=250377>

Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Acción de Inconstitucionalidad 33/2015*; <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=182559>

Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Acción de Inconstitucionalidad 22/2009*; <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=105663>

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Versión estenográfica de la sesión del Pleno del 4 de marzo de 2010, relativa a la discusión de la Acción de Inconstitucionalidad 22/2009; https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/versiones-taquigraficas/documento/2016-10-28/20100304_0.pdf

Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Controversia constitucional 41/2006*; <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=81135>.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Controversia constitucional 109/2004*; <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=70946>.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Controversia constitucional 105/2018, y su acumulada 108/2018*; <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=237711>.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Acción de Inconstitucionalidad 86/2009; fuente:
<https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=114476>

Suprema Corte de Justicia de la Nación. Acción de Inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007, y versión estenográfica de la sesión pública extraordinaria vespertina del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación del 27 de agosto de 2008, relativa a la discusión de la Acción de Inconstitucionalidad 146/2007, y su acumulada 146/2007;

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en Revisión 57/2019, sentencia dictada el 14 de agosto de 2019, Segunda Sala

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en Revisión 378/2014 (coloquialmente conocido como "Pabellón de Sida")

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala, amparo en revisión 635/2019.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Contradicción de Tesis 293/2011

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Varios 912/2010, Caso Radilla Pacheco Vs. México (publicada en el Diario Oficial de la Federación del 4 de octubre de 2011)

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en Revisión 1359/2015

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en Revisión 366/2012

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en Revisión 237/2014

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en Revisión 1115/2014

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en Revisión 623/2014

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en Revisión 1163/2014

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en Revisión 547/2014

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en Revisión 332/2020 (Juzgado Primero de Distrito en el Estado de México, con residencia en Naucalpan de Juárez)

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Declaratoria General de inconstitucionalidad 1/2018

Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación*, México, Tesis:

DESARROLLO SOCIAL. SURGE COMO PARTE INTEGRAL DE LA INSTAURACIÓN CONSTITUCIONAL DEL SISTEMA DE PLANEACIÓN ECONÓMICA, DEMOCRÁTICA Y SOCIAL, RECONOCIENDO LA NATURALEZA MIXTA DEL ESTADO, POR LO QUE ES PIEZA CENTRAL DEL PROCESO DE PLANEACIÓN DEL DESARROLLO NACIONAL EN GENERAL. Tesis: P./J. 75/2009; Novena Época; Núm. de Registro: 166968; Instancia: Pleno Jurisprudencia; Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*; Tomo XXX, Julio de 2009; Materia(s): Constitucional; Página: 1539.

PLANEACIÓN DEMOCRÁTICA DEL DESARROLLO NACIONAL Y SISTEMA NACIONAL DE DESARROLLO SOCIAL. SE FUNDAMENTAN EN LOS ARTÍCULOS 25 Y 26 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Tesis: P./J. 76/2009; Novena Época; Núm. de Registro: 166883; Instancia: Pleno Jurisprudencia; Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*; Tomo XXX, Julio de 2009; Materia(s): Constitucional; Página: 1543.

DESARROLLO SOCIAL. ES PARTE INTEGRANTE DE LA PLANEACIÓN NACIONAL DEL DESARROLLO, POR LO QUE ES UNA MATERIA COORDINADA ENTRE LOS DISTINTOS NIVELES DE GOBIERNO, EN SUS RESPECTIVAS COMPETENCIAS, PARA LA CONSECUCIÓN DE LOS OBJETIVOS PREVISTOS EN LOS ARTÍCULOS 25 Y 26 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. Tesis: P./J. 77/2009; Novena Época; Núm. de Registro: 166673; Instancia: Pleno Jurisprudencia; Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*; Tomo XXX, Agosto de 2009; Materia(s): Constitucional; Página: 1064

DIVISIÓN DE PODERES. EL QUE ESTE PRINCIPIO SEA FLEXIBLE SÓLO SIGNIFICA QUE ENTRE ELLOS EXISTE UNA COLABORACIÓN Y COORDINACIÓN EN LOS TÉRMINOS ESTABLECIDOS, PERO NO LOS FACULTA PARA ARROGARSE FACULTADES QUE CORRESPONDEN A OTRO PODER, SINO SOLAMENTE AQUELLOS QUE LA PROPIA CONSTITUCIÓN LES ASIGNA. Tesis: P./J. 78/2009; Novena Época; Núm. de Registro: 166964; Instancia: Pleno Jurisprudencia; Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*; Tomo XXX, Julio de 2009; Materia(s): Constitucional; Página: 1540

FACULTAD REGLAMENTARIA DEL PODER EJECUTIVO FEDERAL. SUS PRINCIPIOS Y LIMITACIONES. Tesis: P./J. 79/2009; Novena Época; Núm. de Registro: 166655; Instancia: Pleno Jurisprudencia; Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*; Tomo XXX, Agosto de 2009; Materia(s): Constitucional; Página: 1067

DESARROLLO SOCIAL. EL ARTÍCULO 24 DEL REGLAMENTO DE LA LEY GENERAL RELATIVA NO TRANSGREDE LO DISPUESTO EN LOS ARTÍCULOS 18, 20 Y 23 DE ESA LEY. Tesis: P./J. 80/2009; Novena Época; Núm. de Registro: 166675; Instancia: Pleno Jurisprudencia; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Tomo XXX, Agosto de 2009; Materia(s): Constitucional; Página: 1062

DESARROLLO SOCIAL. EL ARTÍCULO 24 DEL REGLAMENTO DE LA LEY GENERAL RELATIVA NO VULNERA LOS ARTÍCULOS 52 Y 53 DE ESA LEY. Tesis: P./J. 81/2009; Novena Época; Núm. de Registro: 166674; Instancia: Pleno Jurisprudencia; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Tomo XXX, Agosto de 2009; Materia(s): Constitucional; Página: 1063

DESARROLLO SOCIAL. LOS ARTÍCULOS 16, 41, FRACCIÓN VII Y 51, FRACCIÓN III, DEL REGLAMENTO DE LA LEY GENERAL RELATIVA, NO VULNERAN LOS ARTÍCULOS 5 Y 27 DE ESA LEY. Tesis: P./J. 82/2009; Novena Época; Núm. de Registro: 166672; Instancia: Pleno Jurisprudencia; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Tomo XXX, Agosto de 2009; Materia(s): Constitucional; Página: 1065

SISTEMA DE COORDINACIÓN EN LA PLANEACIÓN DE LA POLÍTICA NACIONAL DE DESARROLLO SOCIAL. SISTEMAS COORDINADOS Y SISTEMAS AUTÓNOMOS DE PLANEACIÓN DE DESARROLLO SOCIAL. Tesis: P./J. 83/2009; Novena Época; Núm. de Registro: 166786; Instancia: Pleno Jurisprudencia; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Tomo XXX, Julio de 2009; Materia(s): Constitucional; Página: 1545

POBREZA LA DETERMINACIÓN DE LOS LINEAMIENTOS Y CRITERIOS PARA SU DEFINICIÓN, IDENTIFICACIÓN Y MEDICIÓN NO SON FACULTADES ABSOLUTAS DE LA SECRETARÍA DE DESARROLLO SOCIAL. Tesis: P./J. 84/2009; Novena Época; Núm. de Registro: 166609; Instancia: Pleno Jurisprudencia; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Tomo XXX, Agosto de 2009; Materia(s): Constitucional; Página: 1071

POBREZA, MARGINACIÓN Y VULNERABILIDAD. CONFORME A LO ESTABLECIDO EN LA LEY GENERAL DE DESARROLLO SOCIAL NO CONSTITUYEN SINÓNIMOS. Tesis: P./J. 85/2009; Novena Época; Núm. de Registro: 166608; Instancia: Pleno Jurisprudencia; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Tomo XXX, Agosto de 2009; Materia(s): Constitucional; Página: 1072

POBREZA Y VULNERABILIDAD. SUS DIFERENCIAS Y RELACIONES EN LA LEY GENERAL DE DESARROLLO SOCIAL. Tesis: P./J. 86/2009; Novena Época; Núm. de Registro: 166607; Instancia: Pleno Jurisprudencia; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Tomo XXX, Agosto de 2009; Materia(s): Constitucional; Página: 1073

POBREZA Y MARGINACIÓN. SUS DIFERENCIAS Y RELACIONES EN LA LEY GENERAL DE DESARROLLO SOCIAL Y SU REGLAMENTO. Tesis: P./J. 87/2009; Novena Época; Núm. de Registro: 166881; Instancia: Pleno Jurisprudencia; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Tomo XXX, Julio de 2009; Materia(s): Constitucional, Administrativa; Página: 1544

DESARROLLO SOCIAL. SISTEMA DE EVALUACIÓN DE LA POLÍTICA RELATIVA. Tesis: P./J. 88/2009; Novena Época; Núm. de Registro: 166671; Instancia: Pleno Jurisprudencia; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Tomo XXX, Agosto de 2009; Materia(s): Constitucional, Administrativa; Página: 1066

CONSULTAS PÚBLICAS EN MATERIA DE DESARROLLO SOCIAL. LA COMISIÓN NACIONAL RESPECTIVA CARECE DE FACULTADES PARA APROBAR LAS QUE EFECTÚE LA SECRETARÍA DEL RAMO. Tesis: P./J. 89/2009; Novena Época; Núm. de Registro: 166711; Instancia: Pleno Jurisprudencia; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Tomo XXX, Agosto de 2009; Materia(s): Constitucional, Administrativa; Página: 1061

DESARROLLO SOCIAL. EL ARTÍCULO 15 DEL REGLAMENTO DE LA LEY GENERAL RELATIVA QUE PREVÉ UN MODELO SOCIAL ÚNICO DE FOCALIZACIÓN RADICAL PARA LA ATENCIÓN A GRUPOS EN DESVENTAJA, NO VIOLA LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. Tesis: P./J. 90/2009; Novena Época; Núm. de Registro: 166969; Instancia: Pleno Jurisprudencia; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Tomo XXX, Julio de 2009; Materia(s): Constitucional; Página: 1538

“DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL. Tesis: P./J. 20/2014 (10a.); Décima Época; Núm. de Registro: 2006224; Instancia: Pleno Jurisprudencia; Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación; Libro 5, Abril de 2014, Tomo I; Materia(s): Constitucional; Página: 202. Tesis aprobada por el Pleno el dieciocho de marzo de 2014.

ÓRGANOS LEGISLATIVOS. TIPOS DE FACULTADES O COMPETENCIAS DERIVADAS DEL PRINCIPIO DE DIVISIÓN FUNCIONAL DE PODERES. Tesis jurisprudencial: P./J. 10/2006; Materia(s): Constitucional; Página: 1528; Pleno Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo XXIII, Febrero de 2006 P./J. 10/2006, 1528.

OMISIONES LEGISLATIVAS. SUS TIPOS. Tesis Jurisprudencial núm. P./J. 11/2006 de Suprema Corte de Justicia, Pleno (Controversia Constitucional); Materia: Constitucional; Fecha de Publicación: 1 de Febrero de 2006; Número de Resolución: P./J. 11/2006; Localización: [J]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; XXIII, Febrero de 2006; Pág. 1527; Emisor: Pleno.

FACULTAD O COMPETENCIA OBLIGATORIA A CARGO DE LOS CONGRESOS ESTATALES. SU OMISIÓN ABSOLUTA GENERA UNA VIOLACIÓN DIRECTA A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS (ARTÍCULOS PRIMERO Y SEGUNDO TRANSITORIOS DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y SIETE). Tesis jurisprudencial; Tesis: P./J. 13/2006; Novena Época; Núm. de Registro: 175939; Instancia: Pleno: Jurisprudencia; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo XXIII, Febrero de 2006; Materia(s): Constitucional; Página: 1365.

INTERÉS LEGÍTIMO EN EL AMPARO. SU DIFERENCIA CON EL INTERÉS SIMPLE. Décima Época. Núm. de Registro: 2012364. Instancia: Primera Sala. Jurisprudencia. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 33, Agosto de 2016, Tomo II. Materia(s): Común. Tesis: 1a./J. 38/2016 (10a.). Página: 690

INTERÉS LEGÍTIMO. ALCANCE DE ESTE CONCEPTO EN EL JUICIO DE AMPARO. Décima Época. Núm. de Registro: 2003067. Instancia: Segunda Sala. Tesis Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XVIII, Marzo de 2013, Tomo 2. Materia(s): Común. Tesis: 2a. XVIII/2013 (10a.). Página: 1736.

INTERÉS LEGÍTIMO E INTERÉS JURÍDICO. SUS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS COMO REQUISITOS PARA PROMOVER EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO, CONFORME AL ARTÍCULO 107, FRACCIÓN I, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Décima Época. Núm. de Registro: 2019456. Instancia: Segunda Sala. Jurisprudencia. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 64, Marzo de 2019, Tomo II Materia(s): Común. Tesis: 2a./J. 51/2019 (10a.). Página: 1598

INTERÉS LEGÍTIMO. CONTENIDO Y ALCANCE PARA EFECTOS DE LA PROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 107, FRACCIÓN I, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS). Décima Época. Núm. de Registro: 2007921. Instancia: Pleno Jurisprudencia. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 12, Noviembre de 2014, Tomo I. Materia(s): Común. Tesis: P./J. 50/2014 (10a.). Página: 60

DERECHO DE ACCESO A BIENES Y SERVICIOS CULTURALES. REQUISITOS PARA TENER POR ACREDITADO EL INTERÉS LEGÍTIMO EN EL AMPARO INDIRECTO, PARA ALEGAR SU VIOLACIÓN. Décima Época. Núm. de Registro: 2015235. Instancia: Primera Sala. Tesis Aislada. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 47, Octubre de 2017, Tomo I. Materia(s): Común. Tesis: 1a. CXLVI/2017 (10a.). Página: 490

SENTENCIAS DE AMPARO. EL PRINCIPIO DE RELATIVIDAD ADMITE MODULACIONES CUANDO SE ACUDE AL JUICIO CON UN INTERÉS LEGÍTIMO DE NATURALEZA COLECTIVA. Décima Época. Núm. de Registro: 2017955. Instancia: Segunda Sala. Tesis Aislada. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 58, Septiembre de 2018, Tomo I. Materia(s): Común. Tesis: 2a. LXXXIV/2018 (10a.). Página: 1217

INTERÉS LEGÍTIMO PARA PROMOVER UN JUICIO DE AMPARO EN MATERIA AMBIENTAL. OBLIGACIÓN DE LOS JUZGADORES EN SU ANÁLISIS. Décima Época. Núm. de Registro: 2018694. Instancia: Primera Sala. Tesis Aislada. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 61, Diciembre de 2018, Tomo I. Materia(s): Común, Administrativa. Tesis: 1a. CCXC/2018 (10a.). Página: 335

INTERÉS LEGÍTIMO. NO PUEDE ADUCIRSE PARA IDENTIFICAR AL TERCERO INTERESADO EN EL JUICIO DE AMPARO. Décima Época. Núm. de Registro: 2021419. Instancia: Pleno. Jurisprudencia. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 74, Enero de 2020, Tomo I. Materia(s): Común. Tesis: P./J. 17/2019 (10a.). Página: 9

Tamayo y Salmorán, Rolando, *Costumbre o eficacia. Condición necesaria y suficiente de existencia del derecho*, Fontamara, colección Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, núm. 128, México, 2015.

Torres Checa, Daniel E., "La declaratoria general de inconstitucionalidad en la reforma judicial", en Blog de la Revista Nexos, <https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=11108>; 5 de marzo de 2020.

Tron Petit, Jean Claude, "¿Qué hay del interés legítimo?", documento digital consultable en la página de internet de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, fuente:

https://www.sitios.scjn.gob.mx/reformasconstitucionales/sites/default/files/material_lectura/Jean%20Claude%20Tron%20Inter%C3%A9s%20Leg%C3%ADtimo.pdf.

Tron Petit, Jean Claude, "Interés legítimo", en VV. AA. *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, Poder Judicial de la Federación, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, (coordinadores: Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Fabiola Martínez Ramírez y Giovanni A. Figueroa Mejía, México, 2014, Tomo II, pp. 711-714.

Toulmin, Stephen, *Los usos de la argumentación*, (edición actualizada, 2002) Península, España, 2007 (obra original de 1957)

Tungedhat, Ernst, *Antropología en vez de metafísica*, Gedisa, España, 2007

Uprimny, Rodrigo (moderador), "Mesa de Discusión 5, Reforma constitucional", en VV. AA. *Diálogos constitucionales de Colombia con el mundo. VII Encuentro de la Jurisdicción Constitucional*, Editor Juan Carlos Henao, Universidad Externado de Colombia-Corte Constitucional de Colombia, Colombia, 2013, pp. 455-469

Uprimny, Rodrigo, *Conferencia de del 3 de febrero de 2012*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Foro Internacional sobre Justiciabilidad de los Derechos Económico, Sociales y Culturales en el marco de la reforma constitucional de derechos humanos en México para impulsar la firma y ratificación del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos económicos, Sociales y Culturales, youtube: https://www.youtube.com/watch?v=icsZySkiJ_k (transcripción de nosotros).

Vázquez, Rodolfo, *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*, Instituto de Investigaciones Jurídica-UNAM, serie Estudios Jurídicos, Núm. 274, México, 2015.

Vázquez, Rodolfo, Conferencia "¿Qué es el liberalismo del siglo XXI?", dictada en FLACSO, el 18 de junio de 2013; consultable en: <https://www.youtube.com/watch?v=dA1PUCWCvA4&t=466s>.

Vázquez Gómez Bisogno, Francisco, "El proceso al servicio de los derechos. Alcance del interés legítimo en el derecho comparado", en *Cuestiones Constitucionales*, Revista de Derecho Constitucional, Núm. 26, enero-junio 2012; Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México. pp. 415-466.

Venustiano Carranza, "Discurso de Venustiano Carranza al abrir el Congreso Constituyente sus sesiones, 1 de diciembre de 1916", en Cámara de Diputados, *Los presidentes de México ante la Nación: informes, manifiestos y documentos de 1821 a 1966*; Editado por la XLVI Legislatura de la Cámara de Diputados. 5 tomos. México, 1966. Tomo 3. Informes y respuestas desde el 1 de abril de 1912 hasta el 1 de septiembre de 1934.

Vigo, Rodolfo L., *El iusnaturalismo actual. De M. Villey a J. Finnis*, Fontamara, Biblioteca de ética, Filosofía del Derecho y Política, Número 95, México, 2003.

Vivas Barrera, Tania Giovanna, "El Amparo mexicano y la Acción de Tutela colombiana. Un ejercicio de derechos constitucional comparado en Latinoamérica", en *Revista Pensamiento Jurídico* N° 33, 2012, Universidad Nacional de Colombia. Fuente:

https://revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/37883/pdf_183

Vázquez Gómez Bisogno, Francisco, "La transformación del Estado de Derecho a partir del reconocimiento de los derechos humanos. Apuntes para (re) pensar el Estado mexicano a diez años de la reforma de junio de 2011", en VV. AA., *El artículo 1º constitucional. Una teoría de los derechos humanos*, coordinadores Hugo S. Ramírez García y José María Soberanes Díez, UNAM-ILJ, Serie Doctrina Jurídica, Núm. 917, México, 2021.

VV. AA., *Derecho Procesal Constitucional*, coordinador Armando Soto Flores, Secretaría de Gobernación, Secretaría de Cultura, Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México e Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2016.

VV. AA., *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007.

VV. AA. *Diálogos constitucionales de Colombia con el mundo. VII Encuentro de la Jurisdicción Constitucional*, Editor Juan Carlos Henao, Universidad Externado de Colombia-Corte Constitucional de Colombia, Colombia, 2013.

VV. AA, *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, Serie Doctrina Jurídica, Núm. 692, coordinadores: Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Fabiola Martínez Ramírez y Giovanni A. Figueroa Mejía, Poder Judicial de la Federación y UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, abril 2014, México, Tomo II.

VV. AA. *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre inconstitucionalidad por omisión*, 2ª ed., UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, Núm. 135, México, 2007.

VV. AA, *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, Centro de Estudios Constitucionales, Cuadernos y Debates núm. 29, Madrid, España, 1991.

VV. AA. *Neoconstitucionalismo(s)*, 2ª ed., Trotta, Madrid, España, 2005

VV. AA. *Por qué vendo mi voto*, coordinador Jaime Pérez Dávila, Luna Media Comunicación, S.A. de C.V., México, 2016.

VV. AA. *El futuro a debate. Respuestas prospectivas y estratégicas ante la incertidumbre global*, coordinadores: Tomás Miklos y Margarita Arroyos, Limusa-INAP, México, 2016

Waldron, Jeremy, *Contra el gobierno de los jueces. Ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y en los tribunales*, Siglo XXI editores, Argentina, 2018, p. 14, capítulo 2, "La esencia el argumento contra el control judicial de constitucionalidad", de la versión libro electrónico.

Weber, Max, *Economía y Sociedad*, 4ª ed., Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1964.

Zapata Cruz, Julio César, "El juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano", en *Revista Hechos y Derecho*, Núm. 42, noviembre-diciembre 2017, IJ-UNAM, México, consultable en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/11749/13575>.

Normatividad:

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, texto original de 1917

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (texto vigente; banco de leyes de la Cámara de Diputados)

Constitución de Weimar de 1919;
<https://ezequielsgingman.files.wordpress.com/2016/03/constitucion-de-weimar-alemania-19191.pdf>

Constitución Política de Colombia [versión del Senado colombiano que incluye anotaciones por las que se delimitan varios dispositivos por parte de varias autoridades, principalmente de la Corte Constitucional colombiana. Fuente: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_2591_1991.html#top; (consulta: 4 febrero 2020)].

Constitución Española;
[https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1)/con)

Constitución Política de la República de Chile

Ley General de Salud

Ley General de Desarrollo Social

Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública (DOF 4 mayo 2015))

Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública (DOF 9 mayo 2016)

Ley General para la Atención y Protección a Personas con la Condición del Espectro Autista, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 30 de abril de 2015.

Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares

Ley de Amparo

Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación

Ley Fundamental de la República Federal de Alemania

Declaración Universal de Derechos Humanos;
https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf

Convención Interamericana de Derechos Humanos

Decreto de modificaciones constitucionales publicadas en el Diario Oficial de la Federación del 7 de febrero de 2014

Decreto de modificaciones constitucionales publicadas en el Diario Oficial de la Federación del 10 de febrero de 2014

Decreto de modificaciones constitucionales publicadas en el Diario Oficial de la Federación del 6 de junio de 2011

Decreto de modificaciones constitucionales publicadas en el Diario Oficial de la Federación del 10 de junio de 2011

Decreto de modificaciones constitucionales publicadas en el Diario Oficial de la Federación del 15 de septiembre de 2017

Sitios web:

- <https://www.animalpolitico.com/2013/03/pri-intenta-revertir-reforma-en-derechos-humanos-otra-vez/>.
- [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_2591_1991.html#top](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_2591_1991.html#top;);
- <http://fundar.org.mx/>
- <http://www.appleseedmexico.org/>
- https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/doc/Recomendaciones/Generales/RecGral_026.pdf
- *Enciclopedia Herder*,

- https://encyclopaedia.herdereditorial.com/wiki/Verdad_como_consenso#:~:text=Variante%20de%20la%20teor%C3%ADa%20pragm%C3%A1tica,una%20vez%20presentadas%20las%20justificaciones.
- *Wikipedia*, https://es.wikipedia.org/wiki/Toque_de_queda.
 - Mexicanos contra la Corrupción y la Impunidad, Organización civil; <https://contralacorrupcion.mx/lado-oculto-plan-dn-iii-sedena/>.
 - www.conapred.org.mx
 - Proyecto de resolución “REVISIÓN DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA MATERIA DE CONSULTA POPULAR 1/2020. PETICIONARIO: PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA, consultable en la página:
https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/proyectos_resolucion_scjn/documento/2020-09/Rev%20const%201-2020%20-%20PROYECTO.pdf
 - CONEVAL. Programa institucional 2020-2024;
https://www.coneval.org.mx/quienessomos/PlaneacionInstitucional/Documents/Programa%20%20Institucional%202020_2024%20CONEVAL.pdf
 - https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento_dos/2020-05/AR-635-2019-200528.pdf [Amparo en Revisión 635/2019]

Contenido sinóptico

Introducción	I
Capítulo I. Entendimiento de los derechos humanos en su modalidad de derechos sociales.....	1
A. Qué son los derechos sociales.....	2
1. Planteamiento de la problemática.....	2
2. Tesis que descalifican a los derechos sociales como derechos humanos genuinos	3
a) Tesis que considera a los derechos sociales como meras normas programáticas	4
b) Tesis de la exigencia exclusiva de acciones positivas de los derechos sociales.....	6
c) Tesis del costo de los derechos	7
3. Parámetros que informan el núcleo intensional de los derechos sociales	8
4. Estructura de los derechos sociales	11
5. Fundamento de los derechos sociales.....	15
6. ¿Tiene sentido diferenciar entre derechos civiles y políticos y derechos sociales?	27
B. Justiciabilidad de los derechos sociales	31
1. Problemática sobre la justiciabilidad	31
2. Dogmática de los derechos sociales	35
a) Si los derechos sociales son derechos humanos no genuinos entonces no son justiciables	35
b) Obstáculos que señalan Abramovich y Courtis a la justiciabilidad de los derechos sociales y su superación	37
3. Constitucionalismo: los derechos sociales son derechos humanos genuinos, pero ¿son justiciables?	48
a) El modelo sustantivista de Ronald Dworkin	54
b) El modelo procedimentalista de Jeremy Waldron	58

c) Modelo deliberativo de Nino	62
d) Modelo de la representación argumentativa de Alexy	67
C. La clasificación de derechos a algo de Robert Alexy.....	86
1. Los derechos a prestaciones en sentido estricto -derechos sociales- también implican prestaciones normativas	89
2. Examen de la definición de derechos sociales de Alexy	93
3. Los derechos sociales como posiciones jurídicas	102
4. Los derechos sociales como un todo.....	106
5. Posición fáctica y posición jurídica	108
6. Derechos sociales como un haz de posiciones jurídicas	120
7. Derechos sociales e intencionalidad colectiva	124
8. Una visión desde las clases de prestaciones exigibles de los derechos a algo: el lenguaje de los derechos	128
D. Modelo de derechos sociales fundamentales de Robert Alexy.....	130
1. Descripción del modelo.....	130
2. Examen del modelo de Alexy sobre derechos sociales fundamentales	136
E. Elementos para la construcción del núcleo intensional de los derechos sociales: una definición operativa.....	148
1. Prioridad precondicional fáctica de los derechos sociales	151
2. El principio de igualdad	153
3. Una definición explicativa y operativa de los derechos sociales	164
F. Proceso legislativo de modificaciones constitucionales en materia de derechos humanos en México: la reforma del 10 de junio de 2011	165
1. Contexto internacional del proceso constitucional de las modificaciones en materia de derechos humanos del 10 de junio de 2011	165
2. Tratamiento previo del control de la convencionalidad por parte de la SCJN.....	170
3. Proceso (legislativo/constitucional) de modificaciones constitucionales	178
4. Intentos de reversión de las modificaciones constitucionales en materia de derechos humanos	182

5. Evolución normativa de las modificaciones constitucionales del artículo 1º constitucional	189

Capítulo II. Sesgos, obstáculos y limitaciones primordiales que operan en contra de los derechos sociales y, en general, de la justiciabilidad 193

A. Atención preferente, teórica y práctica, del control de normas: hacia un control omnicompreensivo de la actividad estatal.....	194

B. Sólo actos normativos y actos positivos: marginación de omisiones normativas y omisiones fácticas	209

1. Referencia conceptual sobre omisiones normativas	211
2. La Suprema Corte de Justicia de la Nación y la omisión legislativa...	212

a) Omisión legislativa y competencias normativas de ejercicio obligatorio y de ejercicio potestativo	212
b) Omisión legislativa absoluta y relativa y de ejercicio obligatorio y facultativo o potestativo	215
c) Omisión legislativa y plazo para legislar	217

3. Regla de competencia expresa o implícita de la que depende la omisión legislativa.....	219

4. Ajuste terminológico (semántico) de los términos absoluto/relativo y total/parcial	222

5. Tipología de omisiones legislativas considerando bases de configuración de normativa futura dispuestas en ley general (ley marco)	226

6. Plazo para llevar a cabo la configuración normativa	230

7. ¿Puede una omisión normativa vulnerar derechos humanos?	234

8. En relación con las omisiones normativas, ¿Deben los jueces tener conocimientos (mínimos) de Teoría de la Legislación?	237

C. Derecho, garantía y principio de antiformalismo: atención preferente de formalidades procedimentales.....	252

1. Derecho y garantía	252

a) Orígenes de la distorsión de los derechos fundamentales como garantías individuales	255
b) El debate en el Constituyente de 1916-1917 del artículo 1º constitucional	260

2. Principio de antiformalismo	266
D. Distorsión jurisprudencial del parámetro de regularidad constitucional.....	273
E. Focalización en el órgano judicial/jurisdiccional	277
F. Interés jurídico e interés legítimo en el juicio de amparo tratándose de derechos sociales	282
1. Evolución normativa del interés jurídico y del interés legítimo a nivel constitucional y a nivel ley	283
2. Incorporación al juicio de amparo del requisito de procedibilidad consistente en acreditar (probar) contar con interés jurídico: la teoría del derecho subjetivo como interés jurídicamente protegido de Rudolf von Ihering.....	287
3. Constitucionalización del interés jurídico y del interés legítimo: las modificaciones constitucionales en materia de juicio de amparo de 2011	292
4. Dispositivo constitucional vigente sobre interés jurídico e interés legítimo y su configuración normativa de nivel ley	297
5. Significaciones judiciales sobre interés jurídico e interés legítimo	309
a) Ambigüedad y vaguedad de las nociones de interés simple, jurídico y legítimo	327
i) Ambigüedades de los conceptos de interés simple, jurídico y legítimo.....	328
ii) Vaguedades de las nociones de interés simple, jurídico y legítimo	330
iii) Minimizar la ambigüedad y evitar, en lo posible, la vaguedad.	332
b) El interés de alguien en algo es un rasgo de la conciencia (un estado mental)	332
c) Estatus ontológico y estatus epistemológico del interés de alguien en algo	336
6. La Acción de Tutela en la Constitución colombiana y su configuración normativa	339
7. Doctrina colombiana y los conceptos de interés jurídico e interés legítimo	347
8. Contrastación entre la regulación constitucional de la acción de tutela y el juicio de amparo	349
9. Principios que rigen la acción de tutela	351

10. Un mundo posible: la modificación del texto constitucional mexicano para eliminar las referencias al interés jurídico y al interés legítimo como requisito de procedibilidad del juicio de amparo: en materia de derechos sociales se presupone interés social legítimo	353
11. Superación de la teoría(s) del interés jurídico y del interés legítimo	358
12. Elementos básicos para la construcción de un nuevo concepto: el <<interés social legítimo>> de los derechos sociales	361
 G. Las limitaciones de los derechos humanos en su modalidad de derechos sociales no solamente son normativas sino, sobre todo, fáctico/contextuales.....	373
1. Aspectos generales sobre la limitación de derechos fundamentales	373
a) Limitaciones en perspectiva normativa	378
b) Limitaciones en perspectiva contextual	382
2. Criterios operativos de las limitaciones normativas y contextuales	393
a) Criterios operativos generales	393
b) Criterios sobre sujetos	399
3. Las limitaciones de derechos fundamentales, ¿niegan, suspenden, restringen, anulan?	402
a) Terminología que se utiliza para referir las clases de limitaciones normativas	405
b) Significación de la limitación del derecho fundamental como negación.....	407
i) La tesis de la no adscripción positiva del derecho fundamental.	407
ii) Reconocimiento positivo de los derechos humanos	418
iii) Un derecho fundamental no se niega; se niega su exigibilidad o su ejercicio.....	424
c. Significación de la limitación de un derecho fundamental mediante suspensión	425
d) Significación de la limitación de un derecho fundamental por medio de restricción	431
e) Significación de la limitación de un derecho fundamental mediante anulación	432

f) Elementos característicos -relevantes- de cada clase de limitación normativa	438
H. Los derechos humanos requieren de políticas públicas, en especial los derechos sociales: Principio de Programatividad General	440
1. Breve referencia histórica de los derechos sociales vistos sólo como normas programáticas	440
2. Línea argumentativa sobre la calificación de los derechos sociales como meras normas programáticas	442
3. Derechos sociales y programas de política pública: componente programático.....	448
4. ¿Cuál es la denominación adecuada? (Ya no te llamaremos Pedro sino <i>Peter</i>)	452
5. Principio de Programatividad General	455
6. Discurso jurisprudencial sobre derechos sociales y derechos programáticos	468
7. El Principio de Programatividad General y los Principios Rectores de la Política de Desarrollo Social	475
a) La política de desarrollo social en México	475
b) Principios rectores de la política social y económica, los derechos sociales y la administración pública en España.....	482
I. Los derechos sociales entre sí no colisionan en el sentido de la ley de la colisión, y, por ende, no hay ponderación en sentido estricto	488
1. Conflictos normativos.....	488
a) Conflicto de reglas y colisión de principios	499
i) Conflicto entre reglas (contradicción deóntica)	501
ii) Conflicto entre principio y regla	506
iii) Principio contra principio	507
b) Otras clases de conflictos normativos de acuerdo con la tipología de enunciados jurídicos	515
2. Ponderación y derechos sociales.....	519
3. Esquemas argumentativos: subsunción, ponderación simple y ponderación/colisión.....	526
J. Corolario sobre los sesgos, obstáculos y limitaciones	535

Capítulo III. Componentes de un control omnicompreensivo de la actividad estatal 543

A. El control de la actividad estatal 543

1. La Teoría Constitucional del Control..... 543
2. Significación del término “control”: la actividad de control y sus elementos básicos..... 571
3. Criterios de clasificación del control de la actividad estatal 576

- a) [1] Criterio material: los objetos de control..... 576
- b) [2] Criterio relativo a los sujetos objeto de control..... 582
- c) [3] Criterio normativo y no normativo..... 582
- d) [4] Criterio normativo constitucional y normativo no constitucional 583
- e) [5] Criterio tipológico de reglas constitucionales y reglas no constitucionales..... 589
- f) [6] Criterio sobre quién es competente o está legitimado para controlar y a quién se controla: circuitos de control entre entes públicos y entes privados y principio de no ser juez y parte 592
- g) [7] Criterio de adscripción de la regla de competencia: exclusiva-concentrada o no exclusiva-difusa 598
- h) [8] Criterio de adscripción de la regla de competencia a órgano judicial o no judicial 599
- i) [9] Criterio considerando cómo se controla: procedimientos jurisdiccionales o no jurisdiccionales..... 606
- j) Digresión sobre lo judicial y lo jurisdiccional 609
- k) [10] Criterio basado en si el ejercicio de la regla de competencia es a instancia de parte o *ex officio* 627
- l) [11] Criterio a partir del parámetro de control 632
- m) [12] Criterio basado en el momento en que se realiza el control 658
- n) [13] Criterio basado en los efectos del control 661

- i) Efectos respecto de la obligatoriedad: vinculantes o no vinculantes..... 661
- ii) Efectos recomendatorios 662
- iii) Efectos sobre los destinatarios: efectos relativos a las partes o efecto *erga omnes*..... 663
- iv) Efectos de invalidez 665
- v) Efecto restitutorio. 666
- vi) Efectos tratándose de omisiones 666

B. Resumen general de criterios de control de la actividad estatal.....	668
C. Construcción de un Sistema Maestro de Control Omnicomprensivo de la Actividad Estatal, y sus subsistemas.....	671
1. Componentes de control (criterios) y su capacidad generativa de un Sistema Maestro de Control Omnicomprensivo de la Actividad Estatal (estructura).....	671
a) Quién controla: diseño institucional/organizacional.....	672
b) Componentes y estructura de un Sistema Maestro de Control Omnicomprensivo de la Actividad Estatal (constitucionalidad y convencionalidad).....	678
c) (Sub)Sistema de control judicial: Sistema de Control de Constitucionalidad (concentrado) y de Convencionalidad (difuso).....	680
i) Juicio de Amparo.....	682
ii) Acción de Inconstitucionalidad.....	684
iii) Declaratoria General de Inconstitucionalidad.....	686
d) (Sub)Sistema de control no judicial: Sistema de Control de Constitucionalidad (concentrado o difuso) y de Convencionalidad (difuso).....	702
i) Control a cargo de la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH).....	703
ii) Control a cargo del Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI).....	704
iii) Control a cargo del Consejo Nacional para la Evaluación de la Política de Desarrollo Social (CONEVAL).....	716
iv) Control a cargo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH).....	719
2. Poder descriptivo y explicativo del Sistema Maestro de Control Omnicomprensivo de la Actividad Estatal: contraste con las modalidades y modelos de Leticia Morales.....	720
a) Las modalidades y modelos de Leticia Morales.....	723
b) Revisión y crítica de las modalidades y modelos de Leticia Morales.....	738
D. Corolario del control omnicomprensivo de la actividad estatal.....	748

Capítulo IV. Algo más que justiciabilidad: justibilidad y Sistema Maestro de Control Omnicomprensivo de la Actividad Estatal	751
A. Hacia la exigencia y procesos de justibilidad.....	751
B. El Sistema Maestro de Control Omnicomprensivo de la Actividad Estatal como proyección integral de la pretensión de corrección y de la vinculación conceptualmente necesaria entre Derecho y Moral	811
1. Pretensión de corrección y Sistema Maestro de Control Omnicomprensivo de la Actividad Estatal.....	813
a) La pretensión de corrección es inherente a los actos de habla regulativos (normativos) y de juicios de valor.....	815
i) John L. Austin.	816
ii) Toulmin.....	824
iii) John Searle (y los actos de habla insinceros)	829
iv) Habermas.....	831
b) Operatividad de la pretensión de corrección	837
i) Aseveración o afirmación de la pretensión de corrección	837
ii) Justificabilidad de la pretensión de corrección	860
iii) Expectativa de aceptación de la pretensión de corrección	875
2. Relación conceptualmente necesaria entre Derecho y Moral de acuerdo con Robert Alexy	878
C. Fines que persigue y valores que pretende realizar el Sistema Maestro de Control Omnicomprensivo de la Actividad Estatal.....	902
1. Fines y valores del Sistema Maestro de Control Omnicomprensivo de la Actividad Estatal.....	902
2. El Sistema Maestro sigue el texto constitucional y las convenciones internacionales, ya que estos se reconducen en materia de derechos humanos a principios morales: tesis de Juan Ruíz Manero y Manuel Atienza.....	909
D. Funciones política y social del control omnicomprensivo	913
E. El Sistema Maestro de Control Omnicomprensivo de la Actividad Estatal y la Constitución del Estado Constitucional de Derecho	922
F. Corolario sobre la justibilidad y el Sistema Maestro de Control Omnicomprensivo de Constitucionalidad y de Convencionalidad de la Actividad Estatal.....	930

Conclusiones	935
Anexos.....	953
Anexo I. Tesis de jurisprudencia derivadas de la Controversia Constitucional 41/2006, materia de desarrollo social, planeación, pobreza, marginación	953
Anexo II. Textos normativos del proceso de modificaciones constitucionales en materia de derechos humanos.....	965
Anexo III. Criterios judiciales relevantes sobre interés simple, interés jurídico e interés legítimo	983
Relación de esquemas	995
Bibliografía	1003
Contenido sinóptico	1031